

OIKEUDEN KALEIDOSKOOPPI



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 19

Hannu Tolonen

Oikeuden kaleidoskooppi

Kirjoituksia oikeudesta ja sen historiasta

Toimituskunta

Kaj-Henrik Impola

Kimmo Nuotio

Päivi Paasto

Jyrki Tala

Kaarlo Tuori

Kauko Wikström

Yhteystiedot

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja oikeudenomistajat

ISSN 1458-0446

ISBN 978-951-855-274-4

Gummerus Kirjapaino Oy, Vaajakoski 2008

Sisällys

<i>Kimmo Nuotio</i> : Esipuhe.....	VII
<i>Kaarlo Tuori</i> : Sekä että.....	IX

I

OIKEUSTEORIA

Eräitä näkökohtia systeemistä ja systeemyhteydestä	3
Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä	17
Säännöt, periaatteet ja tavoitteet:	
Oikeuden, moraalın ja politiikan suhteesta	39
Eräitä näkökohtia skandinavista oikeusrealismista	89
Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)	107
Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus	125
Mitä oikeus on?.....	149
Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Otto Brusiniin väitöskirjan tarkastelua aikalais- ja nykykeskustelussa.....	167
Oikeuden kielet ja kielen teoriat	211
Oikeus ja sen tavoitteet.....	229

II

OPPI- JA OIKEUSHISTORIA

Yksityinen ja julkinen uuden ajan alun luonnonoikeudessa.....	247
Valtion juridisesta käsitteellistämisestä sekä julkisoikeudesta ja yksityisoikeudesta.....	281
Korko ja raha Tuomas Akvinolaisella.....	299
Eräitä havaintoja kauppaoikeuden ja kauppiasluokan syntytahtumasta	323
Menneet ja nykyiset käsitteet oikeuden ja yhteiskunnan aatehistoriassa.....	337
Inklusiivinen vai eksklusiivinen:	
John Locken omistuskäsitteen kaksi tulkintaa	363
Näkökohtia julkisesta ja yksityisestä oikeuden alueesta	387
Absoluuttinen ja eksklusiivinen: Yksityisen omistusoikeuden synty.....	405
Artikkelien alkuperäislähteet	423

Esipuhe

Professori Hannu Tolosen (1945–2005) kunniaksi valmistui vuoden 2005 lopulla juhlakirja *Oikeus – Kulttuuria ja teoriaa*, joka oli tarkoitus luovuttaa hänelle hänen 61-vuotissyntymäpäivänään maaliskuussa 2006. Tuohon yhteyteen oli suunniteltu tieteellinen seminaari, jonka oli tarkoitus perustua teokseen sisältyvien kirjoitusten pohjalta pidettyihin alustuksiin. Hannu Tolonen tiesi hankkeesta ja oli ollut siitä mielissään. Valitettavasti tämä suunnitelma ei saanut sellaisenaan toteutua. Hannu Tolonen menehtyi joulunpyhien aikaan eikä ehtinyt itse nähdä hänen kunniakseen julkaistua teosta. Seminaari siirrettiin tuonnemmaksi, ja sen sijasta valmistauduttiinkin hautajaisiin. Seminaari pidettiin vasta vuotta myöhemmin, tammikuussa 2007.

Juhlakirjahanke palautti monen siihen kirjoittaneen mieleen Hannu Tolosen tieteellisen tuotannon omintakeisuuden ja arvon. Hänen tuotantonsa ei ollut nimikkeiden lukumäärällä mitattuna tavattoman laaja, mutta se oli kauttaaltaan korkeatasoinen ja siitä nousi esiin muutamia hallitsevia aiheita. Suomen oikeusfilosofisen yhdistyksen SOFY ry:n hallituksen piirissä syntyi ajatus, että Hannu Tolosen keskeinen artikkelituotanto olisi tarpeen koota yhteen niteeseen, jotta se näin saisi ansaitsemansa arvon ja välittyisi paremmin tuleville tutkijoille.

SOFY:n hallitus lähestyi asiassa joitakin Hannun läheisimpiä työtovereita Turussa. Muodostettiin toimituskunta, joka valitsisi kokoelmaan tulevat artikkelit. SOFY:n puolelta siihen tulivat Kaarlo Tuori, Kimmo Nuotio ja Kaj-Henrik Impola, turkulaisista työtovereista puolestaan Kauko Wikström, Jyrki Tala ja Päivi Paasto.

Toimituskunnan turkulaiset jäsenet ottivat tehtäväkseen artikkelikokoelman julkaisuun liittyvän toimitustyön. Työtä tukivat taloudellisesti Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta ja Suomalainen Tiedeakatemia. Toimitustyön lähtökohtana oli artikkelien julkaiseminen niitä stilisoimatta ja muokkaamatta. Koska kokoelman artikkelit on julkaistu yli kolmenkymmen vuoden aikana eri yhteyksissä, niiden julkaiseminen yhtenäisenä

kokoelmana edellytti kuitenkin jonkin verran teknistä työtä. Kaarlo Tuori, joka taisi olla koko ajatuksen alkuunpanija, oli luonnollinen valinta johdantoartikkelin laatijaksi.

Suurin osa artikkeleista saatettiin ensin skannaamalla sähköiseen muotoon, minkä jälkeen ne tarkastettiin ja korjattiin takaisin alkuperäiseen tekstiasuunsa. Tässä yhteydessä myös alkuperäisten artikkeleiden vähäiset kielivirheet ja tekniset epätäsmällisyydet korjattiin. Artikkelien ulkoasua yhtenäistettiin mm. niin, että loppuviitteet muutettiin alaviitteiksi ja harvennetut tekstinkohdat kursivoitiin. Työn teknisestä toteutuksesta ja siihen liittyvästä kielentarkastuksesta huolehti FL, ON Kaisa Karppinen. Kaj-Henrik Impola huolehti monista kokoelman toimittamiseen liittyvistä käytännön tehtävistä. Suomalainen Lakimiesyhdistys viimeisteli artikkelikokoelman ulkoasultaan E-sarjan mukaiseksi.

Toimituskunnan puolesta tahdon kiittää kaikkia hankkeeseen osallistuneita heidän panoksestaan. Hannu Tolosen oikeudenomistajia kiitän siitä, että he ovat antaneet suostumuksensa artikkeleiden julkaisemiseen uudelleen. Sama kiitos kuuluu kirjoitusten alkuperäisille julkaisijoille. Suomalainen Lakimiesyhdistys, joka on määritellyt yhdeksi tehtäväkseen suomalaisen oikeuskulttuurin vaalimisen, hyväksyi teoksen julkaistavaksi E-sarjassaan. Tämä teos jatkaa osaltaan myös SOFY ry:n ja Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen yhteistyötä julkaisu toiminnassa, onhan E-sarjassa julkaistu useita muitakin oikeusteoriaa ja oikeusfilosofiaa käsitteleviä teoksia muutaman viime vuoden aikana.

Porthaniassa, 7.12.2007

Kimmo Nuotio

Sekä että

VÄLITYKSEN OHJELMA

Hannu Tolosen ensimmäisen ja viimeisen julkaisun välillä oli lähes kolmekymmentä vuotta: artikkeli *Eräitä näkökohtia systeemistä ja systeemyhteydestä* ilmestyi vuonna 1974 ja tilinpäätökseksi jäänyt monografia *Oikeuslähdeoppi* vuonna 2003. Kolmessakymmenessä vuodessa ehti tapahtua paljon, eikä Hannun tutkijapersoonallisuuteen kuulunut juuttua paikalleen. Silti on hämmästyttävää todeta myös tuotannon läpi käyvä temaattinen jatkuvuus: Hannua askarruttivat vuonna 2003 saman tapaiset kysymykset kuin 1974.

Hannu oli eräässä mielessä hyvin perinteinen oikeusteoreetikko. Hän oli kiinnostunut ennen kaikkea oikeuden ontologiasta, siitä mitä oikeus on. Epistemologinen kysymys siitä, miten oikeudesta saadaan tietoa, oli alisteinen ontologiselle tarkastelulle. *Minun metodini* -kirjassa julkaistu Hannun artikkeli keskustelee enemmän siitä mitä oikeus on kuin siitä millaisin menetelmin oikeustiedettä tulisi harjoittaa. Mutta Hannun lähestymistapa oikeuden ontologiaan oli hyvin moderni, joku voisi sanoa postmodernikin. Oikeuden ontologian kyseleminen ei tarkoittanut oikeuden palauttamista yhteen peruseräiteeseen: oikeuden ontologiassa oli olennaista moniulotteisuus ja jännitteisyys. *Minun metodini* -kirjan artikkeli esittelee kaksi ontologista lähtökohtaa, jotka monismin sijasta viittaavat pikemminkin pluralismiin: 1) oikeus on kaleidoskooppi, jota voidaan hahmottaa monilla eri tavoilla ja 2) oikeus on antinominen ilmiö, jota läpäisevät erilaiset ja eritasoiset ristiriidat (1999, s. 279; 149¹).

¹ Kursivoitu sivunumero viittauksessa osoittaa tämän artikkelikokoelman sivulle. *Minun metodini* -teoksessa julkaistun artikkelin ”Oikeus ja sen tulkinta” ollessa kyseessä kursivoitu sivunumero osoittaa tähän kokoelmaan sisältyvän ”Mitä oikeus on?”-artikkelin – artikkelin alkuperäisversion – vastaavaan kohtaan. – Toim. huom.

Voimme erottaa kolme tapaa suhtautua oikeuden eri puoliin ja niiden väliin ristiriitoihin. Ensimmäinen on *dikotomisointi*: jännitteiset ulottuvuudet sijoitetaan eri ”maailmoihin”, ja niiden katsotaan edellyttävän tutkijoilta jyrkästi erilaisia menetelmällisiä ratkaisuja. Tällaisen joko–tai–logiikan mukaisesti ”todellisuutta” tulkitsti tyypillisesti Hans Kelsenin puhdas oikeusoppi, joka erotti olemisen ja pitämisen maailmat sekä kausaalisuuden ja imputaation ylitse käymättömällä muurilla. Toinen vaihtoehto on *reduktionistinen*: ristiriita pyritään häivyttämään määrittelemällä sen toinen puoli toisen ehdoilla. Niinpä oikeusrealismi yritti palauttaa oikeudellisen normativiteetin empiirisiin tosiasioihin, kuten tuomareiden käyttäytymiseen tai heidän keskuudessaan vallitsevaan tuomari-ideologiaan, ja piti oikeustieteen lauseita ennusteina tuomareiden tulevasta käyttäytymisestä. Hannun valinta oli *välitys*. Ristiriitoja ei absolutisoida julistamalla ne ratkaisemattomiksi, eikä niitä kielletä määrittelemällä toinen osapuoli toisen kautta. Joko–tai–ajattelu korvataan sekä–että–logiikalla: ristiriidat tunnistetaan ja tunnustetaan mutta niitä ei absolutisoida vaan pikemminkin keskitytään vastapuolten vuorovaikutukseen ja kulloiseenkin tapaan käsitellä ristiriitaa, tehdä se hallittavaksi. Hannu luonnehti oikeutta ristiriitaiseksi mutta samalla omia ristiriitojaan poistavaksi. Sisäiset jännitteet ovat oikeuden toimijoille jatkuvasti uudestaan ja uusissa muodoissa asettuva haaste, ja oikeuden dynamiikka on paljolti juuri jännitteille osoitettuja ratkaisuja, jotka kuitenkin ovat aina luonteeltaan vain väliaikaisia.

Hannu oli mieltynyt *hermeneuttisen kehän* metaforaan, joka kuvastaa hänen omaa lähestymistapaansa oikeuteen ja sen ristiriitoihin. Hermeneuttisessa kehäsuhteessa ovat, kuten Hannu (2003, s. 59) asian ilmaisi, kaksi asiaa, jotka edellyttävät toisiaan ja ovat ymmärrettävissä vain toistensa kautta. Lähellä hermeneuttista kehää on toinen Hannun oikeusajattelun ja laajemminkin hänen yhteiskunta- ja kulttuurikäsitteensä keskusajatus: *rekursiivisuus*. Rekursiivisia ovat prosessit, joissa prosessin lopputulos on toisen prosessin lähtökohta. Sekä hermeneuttinen kehä että rekursiivisuus korostavat oikeuden dynaamisuutta; oikeuslähteopissakin Hannulle on oikeuslähteiden staattisen luokittelun sijasta olennaista toiminnan ja rakenteen dynamiikka, prosessi.

Hannu korosti oikeuden dynamiikkaa, mutta samalla hän oli hyvin tietoinen traditiosta. Hänen tutkijan profiilissaan oli kaksi puolta, oikeusteoreettinen ja oikeushistoriallinen, mutta nämä puolet limittyivät toisiinsa, noudattivat sekä–että–logiikkaa. Kummankin oikeushistoriallisen monografian – väitöskirjan *Luonto ja legitimaatio* (1984) ja vuonna 1992 ilmestyneen

Korko, raha ja sopimus -teoksen – ongelmanasettelussa oli myös oikeusteoreettinen ulottuvuus. Hannu keskusteli ennen kaikkea välityksen ohjelmaa seuranneiden traditioiden ja tutkijoiden kanssa. Hannun aatehistoriallinen tuotanto käsitteli etupäässä luonnonoikeudellista traditiota, joka ei piitannut Humeen giljotiiniksi sittemmin kutsutusta maksimista, vaan päinvastoin johti faktisista asiainiloista normatiivisia seuraamuksia. Myöhäiskeskiajan tomistisen luonnonoikeuden tärkeä innoittaja oli Aristoteles, joka etiikan ja politiikan teoriassaan paitsi sivuutti tosiasiallisen ja normatiivisen välille myöhemmin tehdyn eron myös pyrki yhdistämään abstraktin – yleiset periaatteet – ja konkreetin – tilanteeseen sidotut valinnat.

Hannu palasi tuotantonsa eri vaiheissa 1800-luvun alkupuolen saksalaisen historiallisen koulukunnan opetuksiin, joihin kuuluivat oikeuden järjestelmän ja historian sekä oikeuden ja sen sääntelemien tosiasiallisten ”elämänsuhteiden” vuorovaikutus. Hannua kiehoi erityisesti Savignyn ajatus oikeusinstituutioista oikeuden systeemyhteyden perustana ja samalla yhteiskunnallisen faktisiteetin ja oikeudellisen normativiteetin sekä oikeuden abstraktien ja konkreettisten piirteiden vuorovaikutuksen muotona.

Hannun inspiraation lähteiden kartoituksessa aristoteelis-tomistiseen luonnonoikeuteen ja saksalaiseen historialliseen koulukuntaan on syytä lisätä Otto Brusiin. Tämä oli Hannun opettaja ja edeltäjä Turun yliopiston yleisen oikeustieteen professorina. Brusiinin ja tämän tuotannon opastamana Hannu muun muassa löysi mannereurooppalaisen hermeneuttisen tradition. Brusiin myös kiinnitti Hannun huomion tuomioistuinratkaisuun oikeuden monien sisäisten jännitteiden saumakohtana. Hannu julkaisi vuonna 1997 laajan artikkelin Brusiinin väitöskirjasta *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Sitä lukiessa on toisinaan vaikea erottaa, milloin Hannu selostaa Brusiinin ajatuksia, milloin taas esittelee omia oikeusteoreettisia lähtökohtiaan; niin lähellä toisiaan nämä olivat.

Hannu viittasi kirjoituksissaan myös Austinin, Kelsenin ja Hartin normativismiin, suomalaiseen analyttiseen oikeustieteeseen ja skandinaaviseen realismiin. Näiden oikeusteorian ”traditioiden” dikotomiat ja reduktiot olivat kuitenkin ristiriidassa hänen vuorovaikutusta ja välityksiä hakevaan ajattelutapaansa. Oikeuspositivistista normativismia tai analyttistä koulukuntaa Hannu ei koskaan yksityiskohtaisesti eritellyt. Skandinaavisesta realismista hän sen sijaan kirjoitti oivaltavan artikkelin (1991), jossa hän esimerkiksi eritteli Axel Hägerströmin ja Alf Rossin antinomioita. Hägerströmin antinomia oli siinä, että yhtäältä oikeusjärjestyksessä oli normatiivisia käsitteitä, joita oikeusteoreettisessa tarkastelussa ei voitu sivuuttaa, mutta toisaalta

nämä olivat realistisista lähtökohdista käsin epätieteellisiä käsitteitä. Rossilla antinomia taas koski sitä, miten oikeuden luonne institutionaalisena pakkojärjestyksenä voitiin yhdistää realistisen tiedekäsityksen tulkintaan oikeustieteen lauseista ennusteina. Realismin antinomioiden ratkaisuna Hannu viittaa Savignyn instituutio-opin tämän päivän seuraajaan, institutionaaliseen oikeusteoriaan.

Koetan seuraavassa koota Hannun ”kaleidoskooppisen” tuotannon oikeusteoreettisia perusteemoja toisiinsa kietoutuneiksi perusjännitteiksi ryhmitettyinä:

- rakenne – toiminta
- abstrakti – konkreetti
- oikeusjärjestys – oikeusjärjestelmä
- oikeudellinen normativiteetti – yhteiskunnallinen faktisiteetti
- muodollinen (formaalinen) – sisällöllinen (materiaalinen) – tosiasiallinen (reaalinen)

Lopuksi esitän joitakin havaintoja Hannun oppihistoriallisen tuotannon metodisesta ohjelmasta.

OIKEUDEN JÄNNITTEET

Hannu painotti erityisesti tuotantonsa viime vaiheessa oikeuden ymmärtämistä *toiminnan ja rakenteen* vuorovaikutuksena: oikeus on prosessi, joka muodostuu rakenteen ja toiminnan rekursiivisesta liikkeestä. Tämä lähtökohhta korostuu erityisesti Hannun viimeisissä töissä, kuten hänen tuotantonsa lankoja yhteen punovassa *Oikeuslähdeopissa*. Hannu ei ollut kiinnostunut oikeuslähteiden luokittelusta niiden sitovuuden kannalta; tähän oli 1980-luvun skandinaavisen keskustelun lähtökohhta. Hän oli kiinnostunut oikeuslähdeopista sen vuoksi, että se tarjosi näkökulman tarkastella oikeuden rakenteen ja toiminnan rekursiivista, hermeneuttista kehää. Oikeudelliset toimijat – ennen kaikkea lainsäätäjät, tuomari ja oikeustieteilijät – tuottavat toiminnallaan oikeuslähteitä, joista tulee puolestaan uusien oikeudellisten toimintojen lähtökohkia.

Hannu etsi rakenteen ja toiminnan välityksiä, ja tämä selittää osaltaan Otto Brusiinin merkitystä hänen ajattelulleen. Hannu omaksui Brusiinilta *objektivaation* käsitteen, jolla tämä lähestyi normatiivista ja kulttuurista todellisuutta. Oikeus on olennaisesti objektivoitumisen prosessi: oikeus

rakenteena ”objektivoituu” oikeudellisista toiminnoista ja niiden tuottamista oikeudellisista lähteistä. Kun oikeudellisia ilmiöitä tarkastellaan objektivaatioina, ”ne ulkoistetaan lausujastaan” siten, että ”ne muodostavat sosiaalisesti jaetun, interaktiivisen merkityssisällön” (1999, s. 291; 159). Oikeusnormit, jotka edustavat oikeuden rakennetta, ovat oikeudellisen toiminnan objektivaatioita. Se kulttuurinen todellisuus, johon Hannu, Brusiinin opetuksia seuraten, oikeuden (rakenteen) sijoittaa, voidaan rinnastaa Karl Popperin tarkoittamaan Maailma 3:een. Toiminnan ja rakenteen jatkuva vuorovaikutus kuitenkin estää normatiivisen todellisuuden irtaantumisen suljetuksi pitämisen sfääriksi.

Hannu liittää objektivaation käsitteen kaikkiin oikeudellisiin käytäntöihin, ei yksin lainsäätäjän toimintaan. Myös ”oikeuskäytäntö objektivoi eli antaa itsenäisiä ja uusia sosiaalisia merkityssisältöjä”, mutta aina konkreettisen tapauksen yhteydessä. Oikeustiede, joka pyrkii käsittämään oikeuden järjestelmänä, puolestaan ”objektivoi juuri sillä kognitiivisella voimalla, joka on mahdollista oikeussystematiikan puitteissa”. (1999, s. 292; 160–161)

Toiminnan ja rakenteen dialektiikka kietoutuu yhteen *abstraktin* (yleisen) ja *konkreettisen* vuorovaikutuksen kanssa. Oikeus elää yhtäältä yleisinä normeina ja toisaalta konkreettisina sovellutuksina, oikeudellisina ratkaisuin; oikeus ei ole vain toiminnan ja rakenteen vaan myös abstraktin ja konkreettisen yhteispeliä. Hannu liittää myös abstraktin ja konkreetin dialektiikan hermeneuttisen kehän ideaan: oikeuden soveltaminen vaikuttaa myös sovellettavaan normiin ja siten tulevien ratkaisujen normatiivisiin lähtökohtiin.

Abstraktin ja konkreetin suhde on Hannun oppihistoriallisia ja oikeusteoreettisia töitä yhdistäviä teemoja. Aristoteleen käytännöllisessä filosofiassa Hannua kiinnosti yhtäältä faktisen ja normatiivisen sekä toisaalta abstraktin ja konkreetin yhdistäminen. Aristoteelisen käytännöllisen filosofian avainkäsite on *fronesis*: aristoteelinen praktinen tieto, *fronesis*, liittää yleiset periaatteet ja päämäärät konkreettisiin tekoihin konkreeteissa tilanteissa.

Hannulle ihmisten sosiaalinen ja kulttuurinen elämä ylipäättään on olennaisesti abstraktin ja konkreetin yhteen punoutumista. Tämän yksi ilmenemismuoto on yleisten normien ja konkreettisten sovellutusten hermeneuttinen kehä. Abstraktin ja konkreetin suhde selittää Hannun kiinnostusta tuomarin ratkaisutoimintaan. Tuomarin harkinta on, kuten Hannu (1999, s. 292; 161) kirjoittaa, abstraktis-konkreettista: se liittyy yhtäältä abstraktiin oikeusjärjestelmään, toisaalta taas ratkaistavien tilanteiden yhteiskunnalliseen konkretiaan. Tuomari ratkaisee konkreettisia yhteiskunnallisia suhteita

koskevan asian ja vaikuttaa ratkaisuillaan näihin konkreettisiin suhteisiin. Mutta tuomarin ratkaisu on samalla yhteydessä myös abstraktiin, oikeuteen oikeusjärjestelmänä. Tämä estää ratkaisutoiminnan muuntumisen kasuistiseksi mielivallaksi. (1997, s. 53; 198) Tuomarin on kyettävä yleistämään ratkaisunsa perusteet normistoiksi, periaatteiksi, oikeusjärjestelmäksi: ratkaisun on täytettävä yhdenvertaisuuden periaatteesta seuraava yleistettävyyden vaatimus. Oikeusnormien tulkinnassa ja soveltamisessa on aina läsnä myös eräänlainen systeemivaade. Kun tuomari soveltaa normeja, hän samalla tulkitsee ja muuttaa niitä; hän vaikuttaa konkreettisen tapauksen ratkaisulla myös oikeuteen abstraktina rakenteena, oikeusjärjestelmänä. Hermeneuttisessa kehässä kumpikin puoli vaikuttaa vastapuoleen: abstrakti vaikuttaa konkreettiseen – normi vaikuttaa soveltamiseen – mutta konkreettinen vaikuttaa myös abstraktiin – sovellutukset vaikuttavat normeihin. Näin ”tuomarin harkinta on yhteydessä sekä reaaliseseen että systemaattiseen”; se on ”yhtä elimellisesti sidottu elävään elämään ja ratkaisukonkretiaan kuin yleiseen, systemaattiseen ja abstraktiin”. (1997, s. 53–54; 199)

Tuomarin toiminta on Hannulle oikeuden paradigmaattinen malli. Se on paradigmaattinen malli juuri sen takia, että se toteuttaa oikeutta määrittäviä keskeisiä välityksiä: toiminta ja rakenne, abstrakti ja konkreetti, faktinen ja normatiivinen. Hannu haluaa siirtää oikeusteorian painopisteen oikeustieteestä tuomioistuinten ratkaisutoimintaan. Oikeustiede painottaa abstraktia, systemaattista, eikä konkreettinen tule siinä samalla tavoin esille kuin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Tuomioistuin tulkitsee konkreettista sovellutustilannetta silmällä pitäen, kunkin tapauksen erityispiirteistä lähtien, kun taas oikeustiede tulkitsee systematisoidakseen. Oikeustieteen toiminta suuntautuu oikeusjärjestelmään, kuten eri oikeudenalojen yleisiin oppeihin. Sen tulkinnoissakin painottuvat systemaattiset argumentit.

Konkreettisen ja abstraktisen kautta voidaan siirtyä tarkastelemaan oikeuden *volitatiivista* (tahdonvaraista) ja *kognitiivista* (tiedonvaraista) puolta. Objektivaationa oikeus on sekä *voluntaksen* että *ration* tuotetta. Hannu liittää oikeuden volitatiivisen ja kognitiivisen ulottuvuuden Brusiinilta omaksumiinsa *oikeusjärjestyksen* ja *oikeusjärjestelmän* käsitteisiin. Oikeusjärjestys on valtajärjestys; järjestys on vallan ilmaus, järjestyksen käsite on volitatiivinen. Järjestelmä on sen sijaan jotain kognitiivista, tietämisprosessiin viittaavaa. Hannu (1997, s. 51; 196) luonnehtii oikeutta myös oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän tai volitatiivisten ratkaisuoaktien ja niiden kognitiivisen kehikon yhdistelmäksi.

Yhteiskunnallinen kehitys ilmenee (ensin) nimenomaan oikeusjärjestyksessä; se tuo oikeusjärjestykseen ristiriitoja, joita pyritään oikeusjärjestelmän tasolla poistamaan. Hannun (1988, s. 191; 34) osuvan luonnehinnnan mukaan ”oikeus on ... luonteeltaan ristiriitainen ja samalla omaa ristiriitaisuuttaan poistava (= johdonmukaisuuteen pyrkivä) systeemi”.

Hannu oli koko akateemisen uransa kiinnostunut siitä, mikä luo oikeuden systeemyhteyden, mihin oikeuden systeemyhteys perustuu. Tämä oli hänen ensimmäisen, vuonna 1974 julkaistun artikkelinsa teema. Tässä artikkelissa hän erottaa kaksi mahdollista systeemyhteyttä: muodollisen ja sisällöllisen. Muodollista systeemiajattelua edustavat Kelsen ja Hart hierarkkisesti jäsenyneine normijärjestelmineen. Sisällöllisen eli materiaalisen systeemyhteyden taas perustaa ”normien tarkoituksenmukaisuusyhteys tai liittyminen tiettyyn instituutioon tai tiettyyn elämänalaaan (praksikseen), jota ne järkevällä tavalla säätelevät”. Hannu viittaa tässä Savignyn oikeusinstituution käsitteeseen. Savignyn mukaan – näin Hannu tiivistää Savignyn lähtökohdan – oikeusjärjestelmä oli ”esitettävä systeeminä sen reaalis-yhteiskunnallisen olemassaolon mukaisesti”. (1974, s. 12; 8)

Hannun mukaan Savignyn tapa ymmärtää systeemyhteys perustui neljään lähtökohtaan. Oikeudellinen tulkinta ei ensinnäkään voi olla vain yhden yksittäisen normin tulkintaa. Toiseksi oikeusnormit liittyvät toisiinsa eräänlaiseksi ”tarkoituksukseksi”, joka tulkinnassa on tiedostettava. Kolmanneksi oikeusnormit kytkeytyvät johonkin instituutioon, ja instituutiot puolestaan ovat ”todellisuudessa vaikuttavia voimia”. Niinpä ””omistus-oikeus’ ei ole pelkkä käsite vaan yhteiskunnallinen-reaalinen instituutio”, joka liittyy institutionalisoituun toimintaan. Ja neljänneksi normeja ei voida ymmärtää ymmärtämättä sen toiminnan (praksiksen) luonnetta, jota normit sääntelevät. (1974, s. 14; 11)

Ei ole vaikea päätellä, kumman vaihtoehdon muodostaa oikeuden systeemyhteys Hannu tuntee itselleen läheisemmäksi. Savignyn käsitykseen oikeusinstituutioista Hannu palaa tuotantonsa eri vaiheissa, myös viimeiseksi jääneessä *Oikeuslähdeoppi*-teoksessaan.

Jos ensimmäinen artikkeli erotti vain kaksi oikeuden systeemyhteyden rakentamistapaa, muodollisen ja sisällöllisen, myöhemmässä tuotannossa niitä on kolme. Se, mitä ensimmäisessä artikkelissa kutsutaan sisällölliseksi järjestelmäksi, eriytyy kahdeksi vaihtoehdoksi: savignylainen oikeuden ja tosiasiallisten yhteiskuntasuhteiden vuorovaikutukseen perustuva institutionaalinen ajattelu saa rinnalleen periaatteisiin pohjautuvan tavan lähestyä oikeuden systeemiä.

Hannu julkaisi 1980-luvun lopulla kaksi kirjoitusta, joissa hän käsitteli yleisiä oppeja, niihin kuuluvia periaatteita ja oikeudellisia teorioita sekä Ronald Dworkinin sääntöjen, periaatteiden ja tavoitteiden (politiikkojen) välille tekemiä eroja (1988–1989). Hannun mukaan juuri yleiset opit ovat oikeuden järjestelmäluonteen kannalta avainasemassa; ne ovat olennainen osa oikeusjärjestelmää. Muutaman viime vuosikymmenen oikeusteoreettisessa keskustelussa sääntöjen ja periaatteiden erottelua on eritelty ennen kaikkea näiden normityyppien pätevyyden ja tunnistamisen sekä soveltamiskäytäytymisen kannalta. Tämä ei riitä Hannulle: hän liittää säännöt, periaatteet ja teoriat oikeuden ristiriitoihin ja niiden poistamiseen. Ideana on, että sääntöjen väliset ristiriidat ratkaistaan periaatteiden tasolla ja periaatteiden ristiriidat taas teorioiden tasolla. Sääntöjen välisiä ristiriitoja ratkovat periaatteet voivat olla luonteeltaan joko muodollisia tai materiaalisia, sisällöllisiä; muodollisia periaatteita ovat ennen muuta perinteiset normiristiriitojen ratkaisustandardit: *lex superior*, *lex posterior* ja *lex specialis*. Oikeudelliset teoriat ratkovat periaatekonflikteja ja määrittelevät periaatteiden (*prima facie*) etusijajärjestyksiä. Ne ovat aina luonteeltaan sisällöllisiä. (1988, s. 190–192; 34–36)

Hannulla on oma muunnelmansa oikeuden tasoista, joita hän erottaa viisi. Tasot voi nähdä myös siirtymänä konkreetista yhä abstraktimpaan. Tärkeää on kuitenkin muistaa abstraktin ja konkreetin vuorovaikutus; konkreettisessa ratkaisussa vaikuttavat oikeuden abstraktimmat tasot, siinä abstrakti palaa takaisin konkreettiseen, saa konkreettisessa ilmauksensa ja liittää samalla normatiivisen faktiseen. Hannun tasot ovat seuraavat:

- konkreettiset ratkaisut (ratkaisutilanteet)
- säännöt, joita ratkaisuissa sovelletaan
- periaatteet, jotka ratkovat sääntöjen ristiriitoja ja lisäävät sääntöihin moraalisen aspektin
- teoriat, jotka jäsentävät periaatteiden suhteita
- abstrakti oikeussysteemi. (1999, s. 296; 164)

Savignyn instituutio-oppi, jota jo ensimmäinen julkaistu artikkeli esitteli, oli Hannulle tärkeä esimerkki välityksen ohjelmaan sitoutuneesta oikeusajattelusta. Se nivoi yhteen yhteiskunnallista faktisiteettia ja oikeudellista normatiiviteettia, joiden suhde myös kuului Hannun tuotannon toistuviin teemoihin. Se on myös toinen *Luonto ja legitimaatio* -kirjan oppihistoriallisia tarkasteluja Hannun oikeusteoreettiseen tuotantoon liittävästä kiinnekohdista.

Luonto ja legitimaatio alkaa Humen giljotiinin esittelyllä. Kuten tunnetua, Humen giljotiini viittaa (loogiseen) mahdottomuuteen johtaa pitäminen

olemisesta, normi yhteiskunnallisesta tosiasiaista. Humeen giljotiini on ollut perustana 1900-luvun loogissävyytteiselle keskustelulle olemisen ja pitämisen välisistä suhteista. Myös Kelsen alkoi USA:han siirryttyään tukea olemisen ja pitämisen jyrkkää eroaan Kantin lisäksi viittauksilla Humeen. Aristoteellinen traditio oli Hannulle tärkeä, paitsi abstraktin ja konkreetin – normin ja sen sovelluksen – liittymien kannalta, myös esimerkkinä olemisesta pitämiseen siirtymisen filosofisesta perustelusta: ”aristotelis-tomistisessa luonnonoikeudessa siirtyminen olemisesta pitämiseen on ... aivan keskeinen ja kantava ajatusteema” (1984, s. 80).

Aristoteelis-tomistisen luonnonoikeusajattelun ja Savignyn instituutiopinin ohella Hannu viittasi myös Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustamaan institutionaaliseen oikeusteoriaan, jonka keskeisiä innoittajia on G. E. M. Anscomben ja John Searlen filosofiseen keskusteluun introdusoima institutionaalisen tosiasian käsite. Institutionaaliset tosiasiat yhdistävät olemisen ja pitämisen: ne ovat yhteiskunnallisten tai psykologisten tosiasioiden ja niiden normatiivisten tulkintaskaemojen yhdistelmiä.

Oikeuden prosessi, toiminnan ja rakenteen dialektiikka, on Hannun tulkinnan mukaan jatkuvaa siirtymistä, paitsi konkreetista abstraktiin ja takaisin konkreettiin, myös yhteiskunnallisesta faktisiteetista oikeudelliseen normativiteettiin ja siitä takaisin yhteiskunnalliseen faktisiteettiin. Brusiinin Gentile-vaikutteista käsitystä esitellessään Hannu (1997, s. 50; 195) viittaa Gentilen luonnehdintaan, jonka mukaan ”abstraktit normit syntyvät konkreettisella tahdonaktilla elävästä elämästä ja palaavat siihen tuomitsemisaktin välityksellä”. Seuraavat Hannun lainaamat Brusiinin sanat kuvastavat myös hänen omaa oikeuskäsitystään: ”Mutta abstraktiset oikeusnormit elävät, so. muuttuvat lihaksi ja vereksi, vasta niitä konkreettisiin tapauksiin sovellettaessa: silloin normin pohjalta syntyy historiallista todellisuutta sanan tehostetussa mielessä, tapahtuu siirtyminen normatiivisesta faktiseen” (Brusiin 1938, s. 172).

Tuomioistuinten ratkaisutoiminta on myös yhteiskunnallisen faktisiteetin ja oikeudellisen normativiteetin suhteen kannalta tärkeässä asemassa; tässä on jälleen yksi perustelu sille, miksi Hannu haluaa suunnata oikeusteoriaa tuomioistuinten toimintaan. Olemisen ja pitämisen dialektiikka toimii kuitenkin myös muissa oikeudellisissa käytännöissä. Oikeustiede suuntautuu abstraktiin, normisysteemiin, mutta myös sillä on yhteytensä yhteiskunnalliseen faktisiteettiin; se ei orientoidu yksin oikeudelliseen järjestelmään vaan myös ”reaalimaailmaan”. Niinpä ”oikeustieteelle ominaiset tyyppikäsitteet eivät koske vain normien suhteita ja systematisointia”; ne ”suuntautuvat

myös normien soveltamiseen ja sen välittämänä reaalisena maailmaan”. (2003, s. 63–64).

Oikeuslähdeopissa Hannu laajentaa olemisen ja pitämisen, yhteiskunnallisen faktisiteetin ja oikeudellisen normativiteetin, tarkastelua. Hän ottaa käyttöön käsitteen ”toimintaympäristö” ja toteaa, että ”jokaisella instituutiolla, normilla ja ratkaistavalla tapauksella on sille ominainen toimintaympäristö”. Hän erottaa oikeuden toimintaympäristössä kolme aluetta tai kontekstia ja tavallaan korvaa tällä erottelulla perinteisen valtio–yhteiskunta-kahtiajaon: julkinen toiminta, markkinat ja yhteistoiminta-alue. Niistä kullakin on erityinen toimintamekanisminsa: sääntely (julkinen toiminta), kilpailu (markkinat) ja yhteistoiminta. Niistä kullakin on myös tyypilliset oikeusinstituutiossa: valtio ja kunta (julkinen toiminta); sopimus, omistus ja yhtiöt (markkinat); perhe, yhdistys ja työehtosopimus (yhteistoiminta-alue). Ja niitä kutakin luonnehtii erityinen oikeudellisen sääntelyn tapa: regulatiiviset normit (julkinen toiminta); konstitutiiviset normit (markkinat); proseduraaliset normit (yhteistoiminta-alue). Hannu kuitenkin haluaa korostaa jaottelujen pelkästään suuntaa-antavaa luonnetta. (2003, s. 101)

Toimintaympäristön käsite hahmottaa oikeudellisen normativiteetin ja yhteiskunnallisen faktisiteetin suhdetta laajemmasta kuin pelkästään yksittäisen tuomioistuinratkaisun tai yksittäisen oikeusinstituution näkökulmasta: oikeudelliset ilmiöt on sijoitettava yhteiskunnalliseen kontekstiinsa. Tämä Hannun viimeisessä julkaisussaan esittämä metodinen vaatimus on linjassa niiden Savignyyn oikeuskäsityksen lähtökohtien kanssa, joita hän esitteli ensimmäisessä artikkelissaan. Siinä voi niin ikään nähdä jälleen yhden liittynään hänen oikeusteoreettisten ja oppihistoriallisten töidensä välillä. Kontekstuallisoiminen on Hannun keskeinen metodinen ohjenuora myös oppihistoriassa.

OIKEUDEN KALEIDOSKOOPPI

Oikeus on Hannun mukaan kaleidoskooppi, jota voidaan hahmottaa monella eri tavalla. Olisi kuitenkin virhe pitää Hannua puhdasverisenä relativistina tai perspektivistinä. Oikeusteorian olisi hänen mukaansa pyrittävä tavoittamaan oikeuden kaleidoskoopista mahdollisimman monta puolta ja samalla luomaan yhteyksiä muiden tieteiden, kuten filosofian, taloustieteen ja sosiologian, tapaan tarkastella oikeutta. Viimeisissä kirjoituksissaan Hannu erotti oikeudessa kolme puolta ja vastaavasti kolme näkökulmaa oikeuteen:

muodollisen (normatiivisen), *sisällöllisen* (arvosuuntautuneen) ja *reaalisen*. Tutkija saattaa tietoisesti tai tiedostamattaan valita näistä jonkin, mutta valinta ei saisi johtaa muiden puolien sivuuttamiseen tai näiden määrittelemiseen valitun puolen ehdoilla: tämä olisi reduktionismia tai dikotomisointia. Väilytyksen metodi vaatii ottamaan huomioon sekä muodollis-normatiivisen, sisällöllisen eli arvosuuntautuneen että faktisen tai reaalisen ulottuvuuden: ”oikeus on sekä normatiivinen järjestys että arvojen toteutuma että tosiasia-maailmassa realisoitunut ilmiö” (1999, s. 281; 151).

Oikeuden kolme puolta ja vastaavasti kolme näkökulmaa oikeuteen jäsentävät Hannun oikeuskäsitystä syntetisoivaa mutta ehkä hieman kesken-eräiseksi jäävää *Oikeuslähdeoppia*. Hannu erottaa siinä kolme oikeuslähteen käsitettä ja vastaavasti kolme oikeuslähde teoriaa tai -käsitystä: formaalisen, sisällöllisen ja reaalisen. Formaalin käsitys painottaa lainsäädäntöä, sisällöllinen oikeusperiaatteita ja reaalinen puolestaan niin sanottuja reaalisia argumentteja (*reella överväganden*). Hannu itse pyrkii kehittämään eräänlaista yhdistelmä teoriaa, joka jakaa oikeuslähteet vaikutusalueittain ja tunnustaa kaikkien ryhmien merkityksen. Hannu tarkastelee oikeuslähteitä – ja oikeutta ylipäätään – korostetusti toiminnan kannalta ja toteaa vaikutusalueittain eriytyneiden oikeuslähteiden täyttävän erilaisia tehtäviä oikeuden toiminnassa (2003, s. 99).

OPPIHISTORIAN KONTEKSTUALISMI

Oikeus- ja oppihistoriallisissa töissään Hannu oli kiinnostunut ennen muuta modernin murroksesta: valtion ja talouden, julkisen ja yksityisen, irtautumisesta, ja talouden markkinaistumisesta sekä oikeuden ja oikeudellisten teorioiden osuudesta näissä kehityskuluissa. Väitöskirjan esipuheesta ilmenee, että senkin taustalla olivat olleet oikeudellisen modernisaation ongelmat: yksityisomistuksen ja valtion juridinen syntyhistoria. Tutkimuksen kulussa väitöskirjan tematiikka kuitenkin laajeni. (1984, s. VII) Kirjaa voikin lukea myös yrityksenä hakea esimodernista, aristoteelis-tomistisesta traditiosta, apua modernin ajattelun dikotomioiden voittamiseksi: abstraktisen ja konkreettisen sekä olemisen ja pitämisen välille avattujen kuilujen ylittämiseksi.

Hannun oppi- ja oikeushistorialliset kirjoitukset eivät ole tärkeitä vain sisällöllisesti vaan myös metodisen antinsa vuoksi. Tähän kokoelmaan sisältyvä artikkeli, jonka taustalla on Hannun monografia-tutkimus *Korko, raha*

ja *sopimus* (1992a), on varhainen ja yhä tärkeä suomalainen puheenvuoro oppihistoriallisen tutkimuksen menetelmistä. Hannun metodiset erittelyt sijoittuvat käsitehistorialliseen tutkimussuuntaukseen; Hannu lienee ensimmäisenä Suomessa esitellyt tämän suuntauksen lähtökohtia.²

Hannun oppihistorian metodiset pohdinnat kuvastavat nekin välityksen ohjelmaa. Eräs kaiken historian tutkimuksen perustavia metodisia ongelmia on tutkijan ja hänen kulttuuriympäristönsä käsitteistön suhde tutkittavan aikakauden käsitteistöön. Hannu (1992b, s. 128; 340) korostaa luonteenomaista hermeneuttista valppauttaan osoittaen, että käsitehistoriallisessa tarkastelussa ei voida sulkea kokonaan pois sen paremmin nykyhetken käsitteistöä kuin nykyisistä ongelmista käytävää normatiivista keskusteluakaan: historiallinen rekonstruktioakin kirjoitetaan aina nykyhetkessä.

Hannu ei artikkelissaan keskustele vain historiallisen ja rationaalisen rekonstruktion tai – toisin ilmaisten – tekstien aikalaiskäsitteiden ja tutkijan nykyhetken käsitteiden suhteesta. Hän pohtii myös ”tekstihermeneuttisen” ja ”funktionaalisen” rekonstruktion asemaa oppihistoriassa. Tekstihermeneuttinen lähestymistapa keskittyy tekstin sisäiseen merkitysulottuvuuteen ja pyrkii tavoittamaan tekstin merkityksen tekstistä itsestään. Funktionaaliossa rekonstruktiossa teksti taas sijoitetaan kontekstiinsa, toimintaympäristöönsä, ja tekstin merkityssisältöä selvitetään sen toimintahorisontista käsin.

Hannun mukaan kontekstuaalinen tarkastelu – funktionaalinen rekonstruktio – on aatehistoriallisessa tutkimuksessa oikeutettua, välttämätöntäkin, mutta se on toteutettava tekstin itsensä ehdoilla. Funktionaalinen rekonstruktio on oikeutettua siinä määrin kuin teksti itse viittaa toimintaympäristöönsä, edellyttää tai pyrkii säätelemään sitä. Näillä edellytyksillä ja rajoituksilla esimerkiksi taloudellisen toiminnan oikeudellisia ehtoja käsittelevät tekstit voidaan – ja tuleekin – sijoittaa aikakautensa taloudelliseen toimintayhteyteen. (1992b, s. 137–143; 351–360)

Toimintaympäristön käsitteen Hannu siirsi myöhemmin oikeusteoreettiseen yhteyteen oikeudellisen normativiteetin ja yhteiskunnallisen faktisiteetin suhteita luodattaan. *Korko, raha ja sopimus* -kirjassa on toinenkin tutkittavien tekstien ja teorioiden yhteiskunnallista kontekstia jäsentävä käsite, jolla voi olla käyttöä myös oikeusteoriassa: ”sosialityypillinen tilanne”. Hannu toteaa, että käsitteen lähtökohtana on jäsentää teorian sisäistä ulottuvuutta mutta että siihen samalla liittyy myös teorian ulkoinen ulottuvuus: se koskee

² Käsitehistoriallista suuntausta suomalaisessa keskustelussa ovat edustaneet erityisesti Kari Palonen ja hänen ympärilleen ryhmittyneet tutkijat. Ks. erit. Hyvärinen et al. 2003.

”erilaisia taloudellisen toimintayhteyden reaalisia tilanteita”. Näin ”tietynlaiset sosiaalityypilliset tilanteet ja niihin liittyvät käsitykset taloudellisesta toiminnasta ovat teoriansisäisesti keskeisen lähtökohdan ja viitekehysten asemassa”. Mutta ”samalla ne viittaavat teorianulkoisesti tiettyihin reaaliin ja olemassaoleviin taloudellisiin toimintoihin”. (1992a, s. 77) *Korko, raha ja sopimus* erittelee korkoa ja rahaa koskevien asenteiden, käsitysten ja teorioiden kehitystä taloudellisen toimintakontekstin ja kulloisenkin sosiaalityypillisen tilanteen kehityksen taustaa vasten kolmena vaiheena: käyttötalous (sosiaalityypillisenä tilanteena raha arkussa); kauppiasraha (sosiaalityypillisenä tilanteena tarpeiden abstrahoituminen ja markkinoiden toiminta); tuotantoraha (sosiaalityypillistä tilannetta määrää näkymättömän käden ohjaama pääoma). Hannun ajatus ”sosiaalityypillisestä tilanteesta” teorioita ja niiden taloudellista toimintaympäristöä välittävänä käsitteenä tulee lähelle sitä, mitä Juha Pöyhönen (1981) on kirjoittanut oikeudellisten teorioiden tosiasiasitoumuksista tai mitä itse (2000 ja 2007) olen kutsunut oikeudellisten käsitteiden ja teorioiden ”kätkeyksi yhteiskuntateoriaksi”.

KIRJALLISUUS

- Brusiin, Otto: *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Suomalaisen Lakimiesten Yhdistyksen julkaisuja 14. SLY: Helsinki 1938.
- Hyvärinen, Matti et al. (toim.): *Käsitteet liikkeessä. Suomen poliittisen kulttuurin käsitehistoria*. Vastapaino: Tampere 2003.
- Pöyhönen, Juha: *Juridisista teorioista. Tutkimus lainopillisen teorian käsitteestä*. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus no 3. Helsinki 1981.
- Tolonen, Hannu:
- Eräitä näkökohtia systeemistä ja systeemiyhteydestä. *Oikeus* 1974, s. 9–18. [Tässä teoksessa: 3–16]
 - *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnon-oikeustradition mukaan*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 164. SLY: Helsinki 1984.
 - Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. *Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988*. Turku 1988, s. 177–194. [Tässä teoksessa: 17–38]
 - Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalien ja politiikan suhteista. *Oikeustiede Jurisprudentia XXII*. Vammala 1989, s. 337–384. [Tässä teoksessa: 39–88]
 - Eräitä näkökohtia skandinavisesta oikeusrealismista. *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta*. Turku 1991, s. 404–419. [Tässä teoksessa: 89–106]
 - *Korko, raha ja sopimus. Korkokiello ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1992. (1992a)

- Menneet ja nykyiset käsitteet oikeuden ja yhteiskunnan aatehistoriassa. *Oikeus* 1992, s. 126–143. (1992b) [Tässä teoksessa: 337–361]
 - Tuomarin harkinta normin puuttuessa, Otto Brusiinin väitöskirjan tarkastelua aikalais- ja nykykeskustelussa. *Lakimies* 1997, s. 26–63. [Tässä teoksessa: 167–210]
 - Oikeus ja sen tulkinta. Häyhä, Juha (toim.) *Minun metodini*. Helsinki 1999, s. 279–297. [Tässä teoksessa (= artikkelin alkuperäisversio vuodelta 1997): 149–164]
 - *Oikeuslähdeoppi*. WSOY Lakitieto: Helsinki 2003.
- Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. WSOY Lakitieto: Helsinki 2000.
- Tuori, Kaarlo: *Oikeuden ratio ja voluntas*. WSOY Pro: Helsinki 2007.

I
Oikeusteoria

Eräitä näkökohtia systeemistä ja systeemiyyhteystä

Tässä esityksessä on tarkoitus hieman uudelta näkökulmasta tarkastella eräitä oikeusteorian traditionaalisia ja klassillisia ongelmia. Käsitteellä ”systeemi” on oma mielenkiintoinen historiansa, johon lienee syytä aluksi viitata muutamalla sanalla.

Systeemin käsite liittyy alun perin tyypillisemmin luontoa kuin ihmistä käsitteleviin tieteisiin. Esimerkiksi antiikin aikana tätä käsitettä käytettiin nimenomaan kosmoksen yhteydessä ja sillä tarkoitettiin lähinnä ehkä ”elementtien liittymistä kokonaisuudeksi” tai ”elementtien yhteenkuuluvaisuutta”.

Uuden ajan alussa systeemi-käsitteen käyttö liittyi läheisesti luonnonlakia käsittelevään problematiikkaan. Esimerkiksi astronomian kielenkäytössä oli ”systema”-sana ahkerassa käytössä. Tähän aikaan keskustelua käytiin kolmen eri maailmanjärjestyksen – ”systema mundi” – välillä. Puhuttiin Ptolemaiuksen, Kopernikuksen ja Tyko Brahen maailmanjärjestyksistä. Alun perin käsitettiin nämä systeemit kysymyksiksi ”todesta maailmanjärjestyksestä”, ts. millainen maailma (kosmos) reaalikosmologisesti ”todella” on. (Tällainen käsitys lienee ollut esim. Kopernikuksella). Tämä olennaisesti antiikin kreikkalaisten ajatustapaa muistuttava käsitys vaihtui kuitenkin pian toisenlaiseksi. Systeemi-käsitteen reaalikosmologinen merkitys muuttui tarkoittamaan suunnilleen samaa kuin ”oletamus” tai ”hypoteesi”. Sanottiin jopa, että ”tosi systeemi” olisi käsitteellinen mahdottomuus, *contradictio in adjecto*. Samat empiiriset havainnot katsottiin ikään kuin voitavan käsitellä useammanlaisina eri systeemeinä. Oltiin sitä mieltä, että ”systema”-käsitteessä ei niinkään ollut kysymys maailman todellisesta rakenteesta ja järjestyksestä kuin ihmisten konstruktioista, ”maailmankuvasta”. Jos tämä asia ilmaistaan nykyisen kielenkäytön mukaan, voitaisiin kontinentaalisen filosofian termin puhua tieteellisestä ”esiymmärtämisestä” (*Vorverständnis*). Analyttisen filosofian mukaisesti voitaisiin ehkä puhua ”valinnaisista kuvaustavoista”, ”toleranssi-prinsipiä” tms.

1600- ja 1700-luvun systeemi-käsitteellä oli eräs toinenkin huomionarvoinen piirre. Se oli olennaisesti matemaattinen systeemi, ja sen viimekätisenä

ihanteena oli lähinnä Eukleideen geometria. Katsottiin, että esinemaailma oli rajoituksetta matemaattisen ajattelun alainen. Puhe hämäristä ”kvaliteeteista” katsottiin voitavan kääntää kvantiteeteiksi ja sellaiset teleologiset käsitteet kuin päämäärä, tarkoitus, luonnollinen tila jne. katsottiin liikettä ja mekaniikkaa koskeviksi ongelmiksi. Käsitettiin, että on olemassa yleisiä, abstraktisia ja evidenttejä ”prinsippejä”, jotka ilmenivät puhtaimmin geometriassa ja mekaniikassa. Nykyisen aksiomaattis-deduktiivisen systeemin ihanteen historialliset juuret lienevät löydettävissä juuri uuden ajan alun tieteenkäsityksestä.

Matemaattisen luonnontieteen systeemikäsitys vaikutti myös ihmistä ja yhteiskuntaa koskeviin tieteisiin, mm. uuden ajan alun luonnonoikeuteen. Voidaan mainita Grotiuksen ja Hobbesin nimet. Grotiuksen mukaan on olemassa tiettyjä abstraktisia, historiallisesta kehityksestä riippumattomia, evidenttejä prinsippejä, jotka tekevät jostakin järjestelmästä oikeudellisen systeemin.¹ Hobbesilla taas ilmenee ajatus, että ihmistä koskeva tiede on viime kädessä johdettavissa geometriasta ja mekaniikasta. Liikkeen käsite on hänelle hyvin keskeinen, ja hän käyttää sitä mm. analysoidessaan, mitä merkitsee vapaus sosiaalisessa yhteisössä.² Tämä on sikälikin merkillepantavaa, että näillä henkilöillä ilmenee samanaikaisesti jo selvästi näkemys yhteiskunnasta inhimillisen tahdon tuottamana asiana, yhteiskuntasopimuksena. Sittemminhän 1800-luvulla uuskantilaisuus ja ns. vanhempi hermeneutiikka kohdistivat kritiikkinsä abstraktis-matemaattista systeemikäsitystä vastaan juuri luonto–inhimillinen toiminta -jaottelun puitteissa. Kritiikin ydin oli se, että inhimillistä toimintaa ja sen tuotetta, kulttuuria t. yhteiskuntaa, ei voida selittää tai ymmärtää abstraktis-matemaattisen systeemikäsitteen puitteissa.³

Toisaalta käsitteet systeemi ja systemaattisuus on 1700- ja 1800-luvulla käsitetty muullakin tavalla kuin em. abstraktis-matemaattisen systeemi-ihanteen mukaisesti. Kantille tämä ongelma merkitsi samalla kysymystä ”Mitä on oikea t. aito tiede?” Kant erottelee toisaalta ”historialliset tieteet” ja toisaalta ”rationaaliset tieteet”. Hän käsitti sanan ”historiallinen” tällöin hyvin laajassa merkityksessä. Aidoksi tieteeksi hän ei tällöin käsittänyt

¹ George Sabine, *A History of Political Theory*, London 1949, s. 358 ss.

² Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth*. The English Works of Thomas Hobbes, Vol. III, London MDCCCXXXIX, s. 196 ss.

³ Ernst Cassirer, *Zur Logik der Kulturwissenschaften*, Darmstadt 1961, s. 8 ss.; Wilhelm Dilthey, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, Frankfurt am Main 1970, esim. s. 242–246.

sellaista tietoa, joka sisälsi puhdasta deskriptiota esim. sairaskertomuksia, tapahtumien pelkkää kuvailua, kertomusta kasvin tai eläimen ominaisuuksista jne. Sitä vastoin systemaattiseksi hän käsittää tiedon silloin, kun tapahtumat kerrotaan syinä ja seurauksina (Zusammenhang von Gründen und Folgen).⁴

Systeemin käsitettä voidaan edellä olevien fragmentaaristen havaintojen perusteella tuskin samaistaa mihinkään tiettyyn systeemi-ihanteeseen. Seuraavassa yritän hahmotella, missä mielessä oikeusjärjestys voidaan ajatella systeemiksi. Erotan kaksi eri systeemyhteyden käsitettä.

SYSTEEMIIHTEYS I,

josta voidaan käyttää nimitystä formaalinen systeemyhteys. Yritän esittää sen Hans Kelsenin ja H. L. A. Hartin ajatusten valossa.

Kelsenin oikeusteoriassa systeemin käsitteellä on keskeinen sija. (Kelsen tosin käyttää nimitystä Ordnung.) Niinpä keskeinen kysymys on: Mikä perustaa normien moneuden ykseyden, miksi normi kuuluu tiettyyn järjestelmään (Ordnung.) Tämä kysymys merkitsee Kelsenille sitä, miksi tietty normi on pätevä t. sitova, ts. miksi ihmisen *pitää* menetellä tietyllä tavalla. (Kelsen lähti uskantilaisesta sein–sollen-dikotomiasta).⁵ Normit ilmenevät tiedostavalle ihmiselle pätevyysperustansa (Geltungsgrund) kautta. Kelsenin perusnäkemys on se, että normin Geltungsgrund voi olla ainoastaan toinen normi. Jos esimerkiksi kysytään, miksi meidän pitää totella kymmentä käskyä, on perusteena se, että meidän pitää totella Jumalan käskyjä ja että Jumala on antanut kymmenen käskyä.

Nyt Kelsenin mukaan voi olla olemassa kahdenlaisia normisysteemeitä, joista hän käyttää nimitystä staattinen ja dynaaminen systeemyyppi. Staattisen normisysteemin muodostavat esim. normit: ei saa valehdella, ei saa pettää, täytyy pitää lupauksensa. Ne ovat kaikki *sisällöllisesti* johdettavissa normista, joka käskää ihmisen pysymään totuudessa. Dynaamista systeemiä voidaan valaista seuraavalla esimerkillä: Lapsen pitää mennä kouluun, koska hänen vanhempansa ovat käskeneet niin. Lapsen tulee totella vanhempiaan, koska moraali määrää niin. Tällöin tietty kompetentti auktoriteetti (vanhemmat, moraali) perustaa normien systeemyhteyden.

⁴ Friedrich Kambartel, "System" und "Begründung" als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant. Teoksessa *Philosophie und Rechtswissenschaft*, herausgeg. von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt am Main 1969, s. 105 ss.

⁵ I. M. Bochénski, *Europäische Philosophie der Gegenwart*, Bern 1951, s. 107–108.

Nyt Kelsen tuntuu olevan sitä mieltä, että oikeusjärjestys on olennaisilta piirteiltään dynaaminen systeemi em. mielessä. Viime kädessä on kysymys siitä, että oikeusyhteisön piirissä on tietyt kompetentit auktoriteetit, jotka voivat säätää oikeusnormeja. (Myös tapa voi olla tällainen auktoriteetti.) Sitä vastoin oikeusnormien systeemyhteyttä ei perusta ajasta ja paikasta riippumattomat, sisällöllisesti yleiset normit.⁶

Kelsenin mukaan ihminen kognitiivisena olentona tajuaa oikeusnormit systeeminä viime kädessä oikeushierarkian huipulla olevan Grundnormin kautta, joka määrää, että ihmisen tulee noudattaa niitä lakeja, jotka historiallisesti ensimmäinen valtiosääntö kvalifioi päteviksi. Grundnormia ei kuitenkaan voida mitenkään todistaa oikeaksi tai sitovaksi. Se on oletettava, jotta oikeusjärjestyksen normit voitaisiin tajuta systeemiksi. Kelsen käyttää attribuutteja hypoteettinen, transkendenttaalis-looginen edellytys⁷. Luonnonoikeus sitä vastoin yrittää Kelsenin mielestä perustaa ajatuksensa siihen, että ylimmät periaatteet tai normit ovat evidenttejä, ts. niiden oikeutus ja sitovuus on välittömästi ”annettu” ihmisille. Tämän ajatuksen Kelsen torjuu jyrkästi, koska kognitiivisella järjellä emme voi tajuta tällaisia asioita. Järjen tehtävä on ”Erkennen” eikä ”Wollen”. Tässä ilmenee tyypillinen kantilaisen ajattelun tieto–tahto–vastakkaisasettelu. Oikeustieteen tehtävänä on kuvaaminen eikä normeeraaminen.⁸

Kantilaisittain ilmaistuna em. Kelsenin systeemiajatus merkitsee tietynlaista järjen apriorista kategorialla, jonka lävitse tarkkailemme empiirisiä asioita. Voidaksemme tajuta jonkin normin oikeusnormiksi meidän tulee ymmärtää se em. tavalla systeemyhteyden osana.

Em. tavalla kelseniläisittäin formuloidulla/legalistis-formaalisella systeemyhteyksijäätöksellä on ollut varsin tärkeä merkitys positivistiselle oikeusteorialle. Mainitsisin toisena esimerkkinä H. L. A. Hartin. Hartille on keskeinen kysymys juuri se, mikä erottaa normisysteemin (a system of rules) ja normijoukon (a set of rules). Hartin ratkaisu tähän kysymykseen on olennaisesti samanlainen kuin Kelsenillä, joskin se on formuloitu jossain määrin toisella tavalla. Oikeusnormit voidaan jakaa primäärinormeihin, jotka käsittelevät oikeusyhteisön jäsenten velvollisuuksia, ts. miten hänen pitää käyttäytyä, ja sekundäärinormeihin, jotka koskettelevat tällaisten velvollis-

⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, s. 198 ss.; Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York 1961, s. 112 ss.

⁷ *Reine Rechtslehre*, s. 204–209.

⁸ *Reine Rechtslehre*, s. 72 ss.

suuksien syntymistä ja lakkaamista. Primääri- ja sekundäärinormien välinen yhteys muodostaa Hartin mukaan juuri oikeudellisen systeemin.⁹

Kuten Kelsenillä Hartillakin oikeudellinen systeemi-yhteys liittyy läheisesti pätevyyden l. voimassaolon (validity) käsitteeseen. Sekundäärinormien nimittäin määräävät, miten primäärinormeja syntyy pätevällä tavalla, ts. ne koskevat juuri kysymystä primäärinormin pätevyydestä t. voimassaolosta. Hartillakin oikeusnormit muodostavat tietynlaisen hierarkian, joka tosin poikkeaa jonkin verran Kelsenin hierarkia-ajatuksesta mutta jonka perusajatus on paljolti sama. Muistamme, että Kelsenillä Grundnorm takasi viime kädessä oikeusnormien systeemi-yhteyden. Hartilla tämän saman tehtävän suorittaa ns. rule of recognition, joka lyhyesti luonnehdittuna tarkoittaa eri oikeuslähteiden hierarkkista järjestystä (esim. että tietyissä tapauksissa tavanomainen oikeus on pätevä oikeuslähde, toisissa tapauksissa taas ainoastaan säädännäinen oikeus.) Rule of recognition määrää kuitenkin ainoastaan oikeuslähteiden keskinäisen hierarkian (subordination). Sitä vastoin kysymys ei ole siitä, että alempi oikeuslähde saa pätevyytensä ylemmästä (derivation)¹⁰, kuten on laita Kelsenin normihierarkiassa. Toinen tärkeä ero Kelsenin ja Hartin systeemiajatuksen välillä on se, että Grundnorm on luonteeltaan hypoteettinen, kun taas rule of recognition on olemassa faktuaalisena ilmiönä.¹¹ Edelleen koko systeemi-yhteyden merkitys on erilainen Kelsenillä ja Hartilla. Edelliselle se merkitsee lähinnä tiedemiehen näkökulmaa lähestyä oikeudellisia asioita, jälkimmäisellä on taasen kysymys siitä, että tuomari praktisessa toiminnassaan identifioi tämän systeemi-yhteyden avulla tietyn normin päteväksi. Nämä seikat eivät kuitenkaan kiinnosta meitä tässä yhteydessä, vaan se olennainen yhtäläisyys, mikä vallitsee molempien systeemi-käsitteiden välillä. Tämä voidaan formuloida esim. seuraavasti: Oikeusjärjestyksessä vallitsee normien välillä sellainen suhde, että eräiden normien pätevyys (Hartin primäärinormit) riippuu eräistä toisista normeista (Hartin sekundäärinormit).

SYSTEEMIIYHTEYS II

Siirryn tämän jälkeen käsittelemään aivan toisenlaista normien systeemi-yhteyttä, jota voitaisiin kutsua materiaaliseksi t. sisäiseksi systeemi-yhteydeksi.

⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 96.

¹⁰ Hart, mts. 98.

¹¹ Hart, mts. 107.

Se voidaan alustavasti määritellä normien tarkoituksenmukaisuusyhdeksi tai normien liittymiseksi tiettyyn instituutioon tai normien liittymiseksi tiettyyn elämänalaan (praksikseen), jota ne järkevällä tavalla säätelevät. Yritän valaista sitä erään historiallisen kehitystrendin avulla. Lähdän liikkeelle F. C. von Savignystä.

Savigny käsittää oikeustieteellä olevan kaksi tehtävää, nimittäin historiallisen ja filosofisen. Käsitteellä ”historiallinen” on Savignyn ajatusmaailmassa ilmeisesti kaksinainen luonne. Toisaalta se tarkoittaa yhtä kuin ”kehityksen tuottama”. Toisaalta se merkitsee ”individuaalista” vastakohtana yleiselle. Oikeustieteen tehtävä on historiallinen ottaen huomioon nimenomaan sen kohteen, positiivisen oikeuden. Voidaan ehkä tässä mielessä sanoa, että Savignyn mukaan oikeusjärjestys muodostuu individuaalisista normeista tai ainakin, että sen raaka-aineena ovat individuaaliset, positiiviset normit.¹²

Savignyllä uuden ajan alun abstraktis-matemaattinen systeemi-ihanne on muuttunut historiallisiksi ja hermeneuttisiksi ajatusteemoiksi. Kun Savigny sanoo, että oikeustieteen tehtävä on toisaalta filosofinen, tarkoittaa hän sillä, että individuaalinen on nähtävä yleisen osana. Tämä yleinen on Savignylle sama kuin systeemi. Täten hän sanookin, että oikeustiede on filosofista siinä määrin kuin se on systemaattista. Oikeustiede on kuitenkin tässäkin mielessä positiivista tiedettä, ts. se tyytyy positiivisesti annettuihin normeihin. Kysymys ei siis ole mistään luontaisoikeudesta, jossa oikeusjärjestystä pyrittäisiin legitimoimaan tai kritisoidaan mistään abstraktisista ja epähistoriallisista periaatteista käsin.

On tärkeää huomata, että Savignylle ei systeemin käsite merkitse normien ”ulkonaista järjestystä” (Äussere Ordnung), jolloin normit liittyisivät systeemiksi irrotettuna niiden reaalisyhteiskunnallisesta merkityksestä, vaan pikemminkin eräänlaista sisäistä systeemiä, jolloin tämä yhteys säilyy. Savignyn perusnäkemys voidaan ehkä tulkita sanomalla, että oikeusjärjestys on esitettävä systeeminä sen reaalisyhteiskunnallisen olemassaolon mukaisesti.¹³

Tyypillisiä Savignyn käsitteitä ovat oikeussuhde (Rechtsverhältnis) ja oikeusinstituutio (Rechtsinstitut). Oikeussuhde merkitsee tietyllä tavalla sään-

¹² F. C. von Savigny, *Juristische Methodenlehre*, herausgeg. von G. Wesenberg 1951, s. 14.

¹³ Savigny: ”Viele wollen nämlich vom historischen Stoff ganz abstrahieren, da aber doch einer notwendig ist, welcher kommt nun dafür ins System? – Eine blosser Meinung, Tradition älterer Juristen, kurz, es entsteht ein Formalismus, eine Wissenschaft ohne Inhalt.” – ”Jurisprudenz an sich kann ebenso gut ohne Naturrecht als mit solchem studiert werden.” *Jur. Methodenlehre*, s. 38 ja s. 50.

neltyä, useamman henkilön välistä yhteiselämää. Oikeussuhteessa on ikään kuin kaksi puolta: ensinnäkin oikeussuhteen kohde (Stoff, Lebensverhältnis) ts. suhde, mitä säädellään, ja toiseksi tämän kohteen oikeudellinen säätely. Tämä säätely tapahtuu oikeusnormin avulla. Oikeusnormilla on puolestaan ”ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts”.¹⁴ Toisaalta Savigny lienee käsittänyt oikeusinstituution – ei ainoastaan oikeusnormien materiaalisena alustana, vaan myös jonkinlaisena oikeussuhteen yleisenä tyyppinä. Oikeusinstituution käsite on muutenkin Savignyllä hieman ambivalentti. Se merkitsee toisaalta ylipositiivista oikeussuhteen tyyppiä, toisaalta tietyn positiivisen oikeusjärjestyksen oikeusinstituuttia. (Vrt. esim. avioliitto / Suomen oikeuden mukainen avioliitto.) Edelleen Savigny puhuu luonnollisista ja keinotekoisista oikeusinstituutioista. Edellisen kohteena on Savignyn mukaan ”ein Naturverhältnis”, jonka termin takana lienee lähinnä ajatus, että esim. avioliitto käsitettynä jossain mielessä miehen ja naisen väliseksi suhteeksi on välttämätön instituutio ihmissuvun säilymisen kannalta. Sitä vastoin ”keinotekoinen oikeusinstituutio” on eräällä tavalla kulttuurin luoma eikä välttämätön ihmissuvun olemassaololle.¹⁵

Nyt Savignyn jälkeen em. systeemin käsite läpikävi 1800-luvun Saksassa ilmeisesti aika perusteellisen muutoksen. Melko rohkeasti yleistäen voitaisiin ehkä sanoa, että tämän kehityksen ensimmäisenä vaiheena oli se, että Savignyn instituutiosta tuli käsite (Begriff), joka oli irrotettu yhteiskunnallisrealisesta todellisuudesta. Tyypillisiä ajatuskuvioita oli esimerkiksi oikeustieteen luokittelu ylempään ja alempaan jurisprudentiaan. Alemmalla tasolla oikeustiede oli lähinnä individuaalisten oikeusnormien tulkintaa. Ylempi oikeustiede merkitsi taas lainopillisten yleiskäsitteiden systematisointia. Näistä yleiskäsitteistä Ihering käyttää nimitystä ”Rechts-

¹⁴ Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840, I s. 33.

¹⁵ *System* II s. 238 ja I s. 367–369. Savignyn oikeusinstituution käsitteestä on ehkä syytä panna merkille vielä eräs seikka. Verrattuna oikeussuhteeseen, jossa voidaan erottaa kaksi puolta nim. henkilöiden välinen konkreettinen sosiaalinen suhde (Lebensverhältnis) ja sen oikeudellinen säätely, ei oikeusinstituution osalta voida tehdä vastaavaa erottelua. Oikeusinstituutiolta ikään kuin puuttuu Savignyllä materiaallinen perusta; se on olemassa, ”elää” oikeusyhteisön jäsenten tietoisuudessa t. tajunnassa (”in dem gemeinsamen Bewusstsein des Volkes”). Tämä käsitys on epäilemättä kritiikille altis. Toisaalta on huomattava, että Savigny on tästä riippumatta – mielestäni suhteellisen onnistuneesti – tuonut esiin sen, ettei *oikeudellista sääntöä* voida ymmärtää ilman sen yhteyttä oikeudelliseen instituutioon. ”Die Gestalt aber, in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewusstsein des Volkes lebt, ist nicht die der abstrakten Regel sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang...”

körper”.¹⁶ ”Rechtskörpereillä” on omalaatuinen eksistenssinsä irrallaan ihmisen toiminnasta ja yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Ihering lienee usein käsittänyt ne analogisesti biologisten ajatusteemojen kanssa. Hän puhuu esimerkiksi ”vom Leben der Rechtskörper” ja toisaalta hän mainitsee ”die Eigenschaften und Kräfte der Rechtskörper”.¹⁷ Toisaalta käsiteläinoppi kyllä puhuu siitä, että oikeudellinen tulkinta on tulkintaa normien kokonaisuhyteydestä (Gesamtzusammenhang), mutta tällöinkin tarkoitetaan systeemiä, joka perustuu yleiskäsitteiden loogiselle klassifikaatiolle. Tyypillistähän oli edelleen, että kaikki materiaaliset ja teleologiset näkökohdat jäivät tämän systeemiajatuksen ulkopuolelle.

Käsiteläinoppia seurasi vastareaktio, joka osittain jatkuu edelleen. Tällöin systeemi-käsitteelle ruvettiin hakemaan uudenlaista perustelua. Eräällä tavalla tämä kuitenkin tiesi loittonemista yhä kauemmaksi Savignyn alkupe-raisestä instituutio-käsitteestä. Juridisen systeemin ainoaksi funktioksi käsi-tettiin yhä yleisemmin eräänlainen ”esitysfunktio” (Darstellungsfunktion). Rudolf Sohm on ilmaissut tämän ajatuksen seuraavasti: ”Wissenschaftliches Denken heisst Herrschaft über das Gegebene dadurch, dass wir es Begriffen unterordnen. Genau so in der Rechtswissenschaft. Mit Hilfe verhältnismä-sig weniger Begriffe beherrschen wir die Welt des Rechts. Der Blick auf die Zwecke des Rechts (”Interessenjurisprudenz”) führt uns zu den sachlichen Inhalt der Rechtsätze. Die Darstellung in der Form der Begriffsentwicklung (”Begriffsjurisprudenz”) gibt diesen Inhalt die wissenschaftliche, ja die künstlerische Gestalt.”¹⁸

Vähitellen siis tunkee esiin ajatus, että oikeuden synty ja sen reaalis-yhteis-kunnallinen eksistenssi on toinen asia ja sen esittäminen systeeminä on toinen asia. Oikeusjärjestys syntyy ja on olemassa eri intressien välisenä taisteluna, mutta oikeuden soveltajalle se on silti esitettävä selvien, loogisten ja eksaktis-ten käsitteiden systeeminä. Nyt olisi aika mielenkiintoista tutkia, mikä on ollut intressilainopin asiallinen merkitys tämän kehitystrendin yhteydessä. Ainakin eräät sen piirteet lienevät olleet omiaan edistämään tätä kehitystä. Rajoitun tässä yhteydessä viittaamaan intressilainopin ehkä huomattavimman edustajan Heckin käsitteisiin ”Ordnungsfunktion” ja ”Darstellungsbegriffe”.¹⁹

¹⁶ Rudolf von Ihering, *Geist des römischen Rechts*, I 5. Aufl. 1951, s. 358–361.

¹⁷ Ihering, mts. 368.

¹⁸ Rudolf Sohm, *Institutionen*, 7. Aufl. 1923, s. 32.

¹⁹ Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932, s. 41 ja s. 63.

Tämän kehityksen eräänlaisena päätepisteenä voidaan nähdä Suomessa ehkä eniten vaikuttaneen analyttisen oikeusteorian edustajan Alf Rossin näkemykset. Oikeudellisilla käsitteillä kuten ”omistusoikeus” systematisoidaan oikeusnormit puhtaasti esitysteknillistä funktiota varten. Konventionaalisesti nominalististen käsiteperiaatteiden mukaan valitsemme tietyn joukon oikeustosiasioita ja oikeusseuraamuksia ja ”kuvaamme” niitä käsitteellä omistusoikeus, jotta voisimme paremmin hallita ja yksinkertaisemmin esittää oikeusjärjestyksen normit. Tämähän on Rossin yritys pelastaa tieteellisten pelisääntöjen alaisiksi sellaiset traditionaaliset, ”vailla semanttista referenssiä olevat”, ”mystiset” – kuten hän sanoo – käsitteet kuin omistusoikeus.²⁰

Edellä olevan, monessa suhteessa yksinkertaistavan ja ylimalkaisen historiallisen esittelyn jälkeen voidaan materiaallinen t. sisäinen systeemi yhteys (systeemi yhteys II) ehkä pelkistää seuraavien teesinluontoisten väitteiden avulla.

1. Oikeudellinen tulkinta ei periaatteessa koskaan ole yhden individuaalisen normin tulkintaa.
2. Oikeusnormit liittyvät toisiinsa jonkinlaiseksi tarkoituksenmukaisuusyhteydeksi. Tulkinnan yhteydessä tämä yhteys on tiedostettava. Esim. kysymys jonkin sopimuksen tekemisen edellytyksestä ja sen oikeusvaikutuksista ovat tällaisessa yhteydessä.
3. Viime kädessä tämä yhteys merkitsee sitä, että oikeusnormit liittyvät johonkin instituutioon, jotka puolestaan ovat todellisuudessa vaikuttavia voimia. Esim. ”omistusoikeus” ei ole pelkkä käsite, vaan yhteiskunnallis-reaalinen instituutio. Instituutio puolestaan liittyy institutionalisoituun toimintaan.
4. Käsitteet tämän toiminnan (praksiksen) luonteesta kuuluvat elimellisenä osana sitä säätelevien normien ymmärtämiseen. Voidaan puhua jonkinlaisesta esiyymmärtämisestä (Vorverständnis). Yksityisoikeudessa tämä esiyymmärtäminen ilmenee usein hyvin yleisellä tasolla julkisen ja yksityisen intressin suhteena. Usein yksityisoikeuden alueen kielenkäytössä nämä kaksi intressiä esiintyvät ikään kuin niillä ei olisi mitään tekemistä toistensa kanssa. Puhutaan toisaalta esim., että julkinen etu vaatii järjestystä esineoikeuden alueella, jota taustaa vasten esineoikeuden tyyppipakkojärjestelmä on nähtävissä. Tällainen esiyymmärtäminen voidaan kuitenkin asettaa kyseenalaiseksi. Eikö asia ole pikemminkin niin, että julkista ja yksityistä intressiä ei voida nähdä toisilleen vastakkaisina tai jonkinlaisessa polariteettiasettelmassa? Eikö asia ole pikemminkin niin, että kysymys ei ole tietyn individuaalisen yksilön XX:n suojaamisesta sinänsä, vaan ainoastaan sikäli kuin hän ottaa osaa institutionalisoituun toimintaan

²⁰ Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. opl. 1966, s. 206 ss.

kiinnitysvelkojana, aviopuolisona, omistajana jne. Eikö toisaalta ole juuri kiinnitysvelkojan intressin mukaista, että selvyys ja järjestys vallitsee reaaliuottolaitoksessa. Tämän ongelman takana piilee ilmeisesti kysymys yksilön ja yhteiskunnan välisestä suhteesta. Tässä suhteessa näyttää siltä, että juridiikka lähestyy ns. ideologiakritiikkiä.

Tämän jälkeen tematisoin erään näennäisesti täysin edellisestä riippumattoman kysymyksen, jota nähdäkseni voidaan valottaa em. systeemyhteyskäsitteillä. Tämä on yleisen oikeusteorian kardinaalikysymys oikeusnormin voimassaolosta.

Voidaan sanoa, että koko voimassaolo-ongelman relevanssin takana on se ajatus, että oikeustiede esittää niin sanoakseni oikeusnormit ”voimassa olevina”. Esimerkiksi suomalainen oikeustiede käsittelee lauseita: ”normi (x) on voimassa olevaa suomalaista oikeutta”. Tämä Alf Rossin omaksuma lähtökohta on nähdäkseni sinänsä täysin oikea.²¹ (Tällä käsityksellä Ross poikkeaa ratkaisevasti esim. H. L. A. Hartista, jolla voimassaolo on pelkääntään tuomarin praksikseen liittyvä käsite, jolla tuomari identifioi ratkaisun perustaksi otettavat oikeusnormit.) Ilmaisisin lähtökohdan seuraavasti: *Voimassaolo on nimenomaan oikeustieteelliseen praksikseen liittyvä käsite.*

Verraten laajaa kannatusta on saavuttanut mielipide, jonka mukaan meillä on kolme toisistaan erotettavissa olevaa voimassaolon käsitettä. Tämä käsitys nähdäkseni implikoi samalla ajatuksen kolmesta erillisestä tieteellisestä praksiksestä (ts. kolmenlaisesta oikeustieteestä). Seuraavassa käytän saksalaisen Rupert Schreiberin terminologiaa.²²

1) Verfassungsmässige Geltung, ”perustuslainmukainen voimassaolo”

Tällöin oikeusnormi käsitetään voimassa olevaksi siksi, että se saa pätevyytensä ylemmänasteisesta normista. Tämä vastaa olennaisesti edellä esitettyä Kelsenin ja paljolti myös Hartin käsityksiä. Usein käsitetään, että positiivista oikeutta tutkiva lainoppi on sidoksissa juuri tähän voimassaolo-käsitteeseen. Tyypillisiä tähän käsitykseen kuuluvia sanankäänteitä ovat ”lainsäätäjän tahdon tutkiminen”, ”lain imperatiivi” jne.

2) Ideale Geltung, ”ideaalinen voimassaolo”

Tämän on usein katsottu vastaavan olennaisesti luontaisoikeudellista traditiota. Aivan ylimalkaisesti voidaan sanoa, että luontaisoikeus käsitteli

²¹ Ross, mts. 47 ss.

²² Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Heidelberg 1966, s. 58 ss.

positiivisen oikeuden legitimaatiota ja/tai kritiikkiä. (Tätä vastaavaa tieteellistä praksista on usein kutsuttu nimellä *Rechtswertlehre*.)

Toisaalta on katsottu – kuten edellä tässäkin esityksessä – että luontaisoikeus lähtee joistakin abstraktisista, oikeusjärjestyksen ulkopuolisista prinssiipeistä tai normeista käsin. Tämän vuoksi on luontaisoikeuden perinteelle haettu adekvaatimpaa formulaatiota. Schreiberin ehdotus on seuraava: Se, että normilla on ”ideelle Geltung”, merkitsee, että jokin oikeustieteilijä suosittelee sitä jonkin intressikonfliktin ratkaisemiseksi. Tämä vastannee suurin piirtein pohjoismaisen reaalisen argumentaation käsitettä.

3) Faktische Geltung, ”faktinen voimassaolo”

Tämä voidaan formuloida seuraavasti: Se, että normi (x) on voimassa, merkitsee, että kun normin oikeustosiasiasta toteutuu, seuraa normin oikeusseuraamus (Schreiber). Olennaista tässä määritelmässä on se, että voimassaolo käsitetään yksityisen oikeusnormin ominaisuudeksi.

Ongelma voidaan asettaa myös ikään kuin toisinpäin ja kysyä: Mikä tuomioistuimen tai muun viranomaisorganin käyttäytymisessä on sellaista, että siitä voidaan käyttää nimitystä voimassa oleva oikeusnormi. Tämä ongelma lähtee siitä, että ei suinkaan kaikki tuomioistuimen säännönmukainen käyttäytyminen ole ilmaistavissa, että ”se on voimassa olevaa oikeutta”. (Esim. oikeuden jäsenet lähtevät aina kahville tasan klo 12.30. Tämä ei silti ilmeisesti ole voimassa olevaa oikeutta.) Tältä pohjalta lähtevät ns. psykologiset oikeusteoriat. Ne eivät tyydy pelkästään siihen, että normin voimassaolo merkitsee tiettyä säännönmukaista käyttäytymistä. Tämän lisäksi he vaativat, että tuomarin tulee mieltää tämä käyttäytyminen sitovaksi tai hyväksyä kyseinen käyttäytymismalli. Kuitenkin tällekin lähestymistavalle on ominaista sama olennainen piirre: Voimassaolo käsitetään yksityisen oikeusnormin ominaisuudeksi.

Palaan uudelleen lähtökohtaan. Millä tavalla tieteellinen praksis kuvaa oikeusnormit voimassa olevina. Nyt olisin omasta puolestani taipuvainen näkemään, että tämä tapahtuu nimenomaan *siten, että oikeusnormit esitetään t. ”kuvataan” jonkinlaisena systeemyhteytenä*. Tämä merkitsee sitä, että ”systeemyhteys” ja ”voimassaolo” ovat sangen läheisiä käsitteitä oikeustieteen kannalta. Ainoastaan tietynlaisen systeemin puitteissa oikeusnormi voi olla voimassa. Tarkemmin esitettynä on kysymys kahdesta edellä esitetystä systeemyhteydestä. Voimme helposti todeta, että em. systeemyhteys I on samansisältöinen kuin voimassaolokäsite ”*verfassungsmässige Geltung*”.

Systeemyhteys II 1. materiaallinen t. sisäinen systeemyhteys vastaa taas voimassaolokäsitettä ”ideelle Geltung”. Tälle systeemyhteydelle on tosin pyritty antamaan parempi formulaatio kuin esim. ns. reaalin argumentaatio.

Nämä rinnastukset eivät ehkä muuten olisi kovin hedelmällisiä, elleivät ne toisi esiin erästä olennaista ongelmaa. Nyt nimittäin tuntuu siltä, että edellä mainittu faktinen voimassaolo jää molempien systeemyhteyksikäsitteiden ulkopuolelle. Kun esitämme oikeustieteessä tietyt oikeusnormit faktisesti voimassa olevina, onko tosiaan kysymys siitä, että esitämme ne niin sanoakseni systematisoimattomina? Sitä tieteellistä praksista, joka käyttää faktista voimassaolon käsitettä, on pyritty osoittamaan perusteiltaan vääräksi. Viitataan tässä yhteydessä ainoastaan kelseniläiseen iskulauseeseen, ettei sein-käsitteitä voi johtaa sollen-käsitteistä. Toisaalta tällöin usein unohdetaan, että faktista voimassaolo-käsitettä käyttävä oikeustiede ajaa toki varsin perusteltavissa olevaa yhteiskunnallista intressiä. Onhan oikeusyhteisön jäsenten kannalta tärkeää tietää, miten viranomaiset menettelevät.

Seuraavassa pyrin osoittamaan, että faktisen voimassaolon käsite on tietynlaisessa relaatiossa molempiin edellä esitettyihin systeemyhteyden käsitteisiin. Näkemykseni nimittäin on, että faktinen voimassaolo on yleisessä oikeusteoriassa ainakin usein käsitetty epätyytyväällä tavalla. Tämä koskee nimenomaan amerikkalaista ja skandinaavista realismia. Kohdistan huomion lähinnä siihen väitteeseen, että faktinen voimassaolo olisi yksityisen oikeusnormin ominaisuus.

1. Faktisen voimassaolokäsitteen suhde em. systeemyhteys I:een.

Tämä systeemyhteyshän merkitsi sitä, että eräät normit määräävät sen, miten yhteiskunnassa luodaan päteviä oikeusnormeja, mitkä organit voivat pätevästi soveltaa lakeja jne. (ts. kysymys on lähinnä tunnetusta jaottelusta käyttäytymisnormit ja kompetenssinormit)

Ajatelkaamme, että faktinen voimassaolo tarkoittaa sitä, että normia (x) noudatetaan siitä syystä, että tuomari mieltää sen sitovaksi. Voimme luonnollisesti esittää tietyn tekniikan, verifioimisprosessin, voimassaolon todentamiseksi. Nyt on kuitenkin huomattava, etteivät em. voimassaolon tuntomerkit sovellu yhteen erilliseen oikeusnormiin. Kukaan tuomari tuskin mieltää sitovaksi esim. rikoslain 36 luvun 6a §:ää, vaan pikemminkin sen tavan, millä tämä oikeusnormi on tuotettu (ts. että eduskunta on sen säätänyt). Tämä merkitsee samalla sitä, että faktinen voimassaolo ei liity

ainakaan erilliseen käyttäytymisnormiin muuta kuin oikeudellisen systeemin puitteissa.

Liittykö se sitten erillisiin kompetenssinormeihin? Näin tuntuu esim. Hart olevan taipuvainen ajattelemaan ainakin eräiden kompetenssinormien osalta. Hän selittää, että esim. säännöt siitä, miten pätevä laki syntyy, ovat olemassa pelkkänä faktana.²³ Näinkään tuskin voidaan sanoa olevan. Se sisältäisi ajatuksen viranomaisten sokeasta lain noudattamisesta. Voitaisiin ehkä pikemminkin ajatella, että kuhunkin oikeusyhteisöön liittyy omat le-gaalisuustraditionsa. Suomen osalta voitaneen viitata esim. ongelmiin, voiko eduskunta säätää taannehtivan rikoslain tai voidaanko syylliseksi epäiltyä velvoittaa myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseksi. Tästä syystä tuntuu myös virheelliseltä sanoa, että faktinen voimassaolo liittyisi pelkkiin isoituuihin kompetenssinormeihin.

Edellisen nojalla voimme sanoa, ettei faktinen voimassaolo ole yksityisen oikeusnormin ominaisuus systeemyhteys I:een nähden.

2. Tämä sama ilmiö on todettavissa systeemyhteys II:n osalta. Koetan seuraavassa osoittaa tämän erään konkreettisen esimerkin avulla.

Uuden perintökaaren voimaantultua ilmeni kaksi näennäisesti toisistaan erillistä kysymystä. Ensiksi: Onko Perintökaaren 17 luvun 3 §:n mukaisella sopimuksella mahdollista siirtää kiinteää omaisuutta. Toiseksi: Onko mainitulle sopimukselle asetettava sellainen muotomääräys, että kahden todistajan on se allekirjoitettava, vaikkei laki sitä nimenomaan säädä. Nyt voimme tietysti tutkia, minkä ratkaisun tuomarit ”tuntevat sitovaksi” kummassakin tapauksessa. Tälle kysymyksen asettelulle voidaan myös epäilemättä määritellä tietyt verifioimisehdot. Tilannetta mutkistaa vain se, että tuomari on järjellinen olento, joka tuskin tuntee yhtä isoituua normia sinänsä sitovaksi. Edellisessä esimerkissä tuomari (mahdollisesti) resonoisi: *Jos* hyväksyn sen, että kyseisellä oikeustoimella voidaan siirtää kiinteää omaisuutta, *niin* on kai vaadittava kahden todistajan allekirjoitus. (Taustana on tällöin ajatus, että kiinteän omaisuuden kaupan muotomääräykset ajavat järkevää yhteiskunnallista tehtävää.) *Jos* taasen lähdän siitä, että kyseisellä sopimuksella ei voida siirtää kiinteää, *niin* ei kai voida vaatia kahden todistajan allekirjoitusta. Tässä kuten kai useimpien normien kohdalla on keinotekoisia puhua ikään kuin tuntisi sitovaksi yhden erillisen normin (tai että tuomari ”noudattaa” yhtä isoituua normia).

²³ Hart, mts. 106–107.

En väitä, että edelliset ajatukset olisivat muuta kuin pieni osa siitä ongelmasta, millä tavoin ns. faktinen voimassaolo suhtautuu em. systeemyhteyskäsitteisiin. Tämä kysymys voitaisiin osittain formuloida myös ongelmaksi, millä tavoin prognoosi on tieteellisenä praksiksena mahdollinen ja hyödyllinen.

Tähän ongelmaan liittyy esim. kysymys ns. kommunikaatioyhteydestä tutkijan ja tutkimuskohteen välillä ja kysymys siitä, voiko tutkija selittää tai ymmärtää esim. tuomarin toimintaa ”paremmin” (t. adekvaatimmin) kuin tämä itse. Nämä ongelmat sivuutan tällä kertaa.

Yleisemmin nämä ongelmat liittyvät siihen keskusteluun, mitä filosofiassa edelleenkin käydään ns. selittävistä ja ymmärtävistä tieteistä. Perinteellisesti ymmärättäviä tieteitä ovat humanistiset tieteet ja selittäviä (tai kausaalisesti selittäviä) luonnontieteet. Toisaalta on muistettava, että yhteiskuntatieteet samoin kuin humanistiset tieteet ovat ihmistä käsitteleviä tieteitä.

Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä

Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa ei ole systemaattisesti ja tyhjentävästi käsitelty kysymystä siitä, mitä on luettava käsitteen ”oikeusjärjestyksen (-järjestelmän) yleiset opit” alaan. Tämä ongelma ei kuitenkaan ole ensisijainen, koska käsitteen ydinalueesta vallitsee ainakin suhteellinen yksimielisyys. Mielestäni on perusteltua sanoa, että ainakin kolmenlaiset asiat kuuluvat oikeusjärjestelmän yleisten oppien keskeiseen alueeseen.

- 1) *Oikeussystemaattiset ja oikeudenalakohtaiset peruskäsitteet.* Tästä ryhmästä voidaan mainita esimerkkinä esine, velvoite, työsuhde, oikeustoimi, hallintotoimi ja suvereniteetti.
- 2) *Ns. juridiset teorit.* Tällaisia ovat sopimusta koskevat teorit, oikeustoimiteorit, oikeushenkilöllisyysteorit, valtion luonnetta tai julkisoikeudellista suhdetta koskevat teorit, erilaiset rangaistusteorit jne. Tämä ryhmä näyttää usein tulevan lähelle edellistä: jonkin oikeudenalan peruskäsitteet sisältävät usein tässä tarkoitettua juridisen teorian aineksia.
- 3) *Oikeudelliset periaatteet.* Tähän ryhmään kuuluvat objektiviteettiperiaate vahingonkorvausoikeudessa, neuvotteluriskin periaate, heikomman puolen suojaamisen periaate, valtion suvereenisuuden ja yhdenvertaisuuden periaatteet. Tähän ryhmään kuuluvat yleiset opit ilmaisevat ja on puettu eräänlaisen yleissäännön tai oikeusajatuksen muotoon: *ne bis in idem*, *audiatur et altera pars*, *pacta sunt servanda* jne. Oikeudelliset periaatteet saattavat koskea nimenomaan tiettyä oikeudenalaa (sopimusvapauden periaate, rikosoikeuden legaliteettiperiaate) tai liittyä yleisemmin oikeusjärjestelmään (kohtuusperiaate, yhdenvertaisuuden periaate).

Mainittu kolmijako ei sellaisenaan kerro paljoakaan yleisten oppien luonteesta ja tehtävästä. Se on raja-alueiltaan häilyvä, ja siihen liittyviä asioita voidaan jäsentää monilla eri tavoilla.¹ Luettelo tuo kuitenkin esiin asiaa

¹ Ks. esim. Pöyhönen, *Juridisista teorioista*, Helsinki 1981, Dreier, *Zur Theorienbildung in der Jurisprudenz, Recht u. Gesellschaft, Festschrift für H. Schelsky zum 65. Geburtstag*, hrsg von F. Kaulbach u. W. Krawietz, Berlin 1978, s. 103–132, Tuori, *The General Doctrines in Public Law, Scandinavian Studies in Law* 1987, s. 177–179 (1987a), Brusiin, *Über das*

koskevan keskeisen vaikeuden: yleisiin oppeihin kuuluu monenlaisia ja monentasoisia ilmiöitä, joiden keskinäistä suhdetta on vaikea hahmottaa jonkin yleisen ja yhtenäisen näkemyksen tai teorian puitteissa. Seuraavassa esitetään eräitä näkökohtia tällaisesta teoriasta tai sen mahdollisuudesta. Esitys näyttää tällöin tavoittavan parhaiten kohdat 2 ja 3 eli oikeudelliset periaatteet ja teorat oikeudellisten peruskäsitteiden jäädessä jonkin verran marginaaliseen asemaan. Välillisesti jäljempänä seuraavat perusajatuksat koskevat myös viimeksi mainittuja, koska ne eivät muodosta juridisista periaatteista ja teorioista selvästi erotettavaa ryhmää. Olen jakanut esitykseni neljään osaan.

Ajatukseni lähtökohdan muodostaa se seikka, että vallitseva näkemys sekä oikeustieteessä että oikeusteoriassa näyttää suhtautuvan yleisiin oppeihin kahdensuuntaisella, osin ristiriitaisella tavalla. Asennoituminen koskee nähdäkseni ensisijaisesti yleisten oppien merkitystä *oikeuslähteenä*.

Toisaalta yleisten oppien katsotaan olevan jotain sangen keskeistä oikeudelliselle ajattelulle ja oikeusjärjestyksen eri toiminnoille. Havainnollisen esimerkin muodostavat oikeustieteelliset oppikirjat, joiden esitys on systematisoitu tiettyjen oikeudellisten peruskäsitteiden ja periaatteiden varaan. Nämä teokset on rakennettu keskeisesti esim. erityyppisten *sopimusten*, *velvoitteiden* ja *oikeuksien* luokituksille, edellytyksille ja vaikutuksille. Tavallinen juridinen argumentointi edellyttää selvästi lähtökohdanaan sekä juridisia peruskäsitteitä että periaatteita: onko kyseessä tietty sopimus, mitkä ovat sen vaikutukset, onko se ristiriidassa sopimusten yleisen kohtuusperiaatteen kanssa jne. Tuomioistuintoiminnassa näiden seikkojen merkitys on keskeinen ja osittain riippumaton siitä, ovatko ne suoranaisesti kirjoitettu ratkaisujen nimenomaisiksi perusteluiksi. Vastaavasti oikeustieteellistä tutkimusta on mahdotonta ajatella ilman yleisiä oppeja.

Ajatuksen yleisten oppien keskeisestä merkityksestä voimme tiivistää seuraavasti. Yleiset opit ovat oikeusjärjestyksen ja -järjestelmän *sisällön* runko, joka ei suoranaisesti ole riippuvainen uusista säädöksistä tai uudeltaisesta tuomioistuinkäytännöstä. Yleiset opit eivät ole samalla tavalla muutosprosessin alaisia kuin yksittäiset lain säännökset tai tuomioistuinkäytäntö. Yleisten oppien suhteellinen muuttumattomuus ilmenee ensinnäkin *oikeuden*

juristische Denken, Societas Scientiarum Fennica 1951, s. 75, 79 ja 100 ss., sama, *Über die Objektivität der Rechtsprechung*, Helsinki 1949, s. 61 ss., Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien, New York 1979, s. 50 ss., Kairinen, *Perussuhdeteorista työoikeuden yleisten oppien osana*, Vammala 1979, s. 23 ss.

realisoimien yhteiskunnallisten suhteiden kannalta. Oikeuden toteuttamassa ja ylläpitämässä yhteiskuntajärjestelmässä voidaan nimittäin nähdä tietyssä mielessä pysyvä osa, joka samalla heijastaa kyseisen järjestelmän perustavanlaatuisia piirteitä. Oikeusjärjestelmässä ne ilmenevät usein juuri yleisten oppien tasolla kuten on laita esim. sopimusvapauden ja sananvapauden oikeusperiaatteiden kohdalla.² Toiseksi tapaamme saman ilmiön, kun tarkastelemme oikeutta *systemaattisuuteen tähtäävänä ajatusjärjestelmänä* esim. käytännöllisen oikeudellisen argumentaation kannalta. Oikeudellisen ajattelu- ja perustelutavan runkona ovat suhteellisessa mielessä muuttumattomat ja pysyvät lähtökohdat, keskustelun ”ennakkoehdot”. Nämä mielestäni keskeisesti yleisiin oppeihin samastuvat oikeusargumentaation lähtökohdat voidaan luonnollisesti riitauttaa (esim. kysymällä, onko sopimusvapauden periaatteella enää argumentin arvoa eri alueilla tapahtuvan valtiollisen puuttumisen vuoksi). Kuitenkin oikeudellinen argumentaatio edellyttää aina lähtökohtaisia käsitteitä ja systemaattisuuteen tähtääviä periaatteita.³

Edellä mainitut lyhyet ajatukset rakentuvat näkökohdalle yleisten oppien keskeisestä merkityksestä. Tätä näkökohtaa tapaa kyseisessä muodossa verraten harvoin nimenomaisesti kiistettävän. Sen sijaan hieman toisella tasolla tapaamme lähes päinvastaisen näkökannan. Sen mukaan yleisten oppien merkitys oikeusjärjestelmän kannalta on vähäinen tai olematon. On katsottu, että yleisten oppien merkitys yhteiskunnallisena ohjauvälineenä on kyseenalainen ja niiden asema oikeudellisessa argumentaatio- ja ratkaisutoiminnassa epämääräinen. Nämä ajatukset tapaamme ennen muuta oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa. Erityisesti oikeudellista ratkaisutoimintaa koskevissa tutkimuksissa on yleisten oppien asema asetettu kyseenalaiseksi ja pyritty rajoittamaan niiden merkitystä. Voidaan viitata *Brusiinin*, *Lahtisen* ja *Makkosen* oikeusteoreettiseen tuotantoon. Epäilemättä eräs keskeinen tekijä tässä kriittisessä asenteessa on yleisiin oppeihin elimellisesti yhdistetty arvosidonnaisuus ja ”luonnonoikeudellisuus”. Yleisistä opeista varsinkin oikeusperiaatteet näyttäytyvät usein pikemmin epämääräisinä mielipiteinä kuin oikeudellisina normeina (esim. ”Treu und Glauben”, ”pacta sunt servanda”).

² Tästä katsannosta lyhyesti Tuori 1987a, s. 184, yleisemmin Brusiin 1949, s. 70 ss.

³ Tästä katsannosta Tuori 1987a, s. 177–179. Ks. yleisemmin Brusiin 1949, s. 70 ss. ja 100 ss. sekä 1951, s. 61 ss., Aarnio 1979, s. 50 ss., Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach 1984, s. 1–5, J. Tolonen, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättsystemets ram, *JFT* 1973, s. 340–363.

Kaikki kolme mainittua oikeusteorian edustajaa hylkäävät päättävästi ajatuksen ”yliposiitivisista” oikeusperiaatteista. He korostavat, että vain tiukasti positiiviseen oikeusjärjestykseen kuuluvat normit ovat merkityksellisiä. Tämän ajatuksen muotoilussa Otto Brusiinilla on ollut suomalaisessa oikeusteoriassa selvä tiennäyttäjän asema: ”...formuloimattomien yleisten oikeusperiaatteiden... velvoittava voima... perustuu samaan yhteiskunnalliseen tekijään kuin kaikkien muidenkin oikeusnormien voimassaolo...”⁴

Mutta miten on asian laita silloin kun oikeusperiaate selvästi kuuluu positiiviseen oikeusjärjestykseen? Periaate voi olla lainsäätäjän asettama, kuten nykyään yleinen kohtuullistamissäännös (OikTL 36 §). Vastaus ei ole täysin yksiselitteinen, mutta sen yleislinja on selvä: oikeusperiaatteilla on jotain merkitystä, ei kuitenkaan samaa kuin muilla positiivisilla oikeusnormeilla. Niinpä Brusiin ja Lahtinen tarkastelevat oikeusperiaatteita nimenomaan oikeusanalogiaan liittyvänä ilmiönä. Lahtinen yhdistää ajatukseen kolme eri oikeuslähteiden käyttötapausta. Oikeusperiaatteen eivät liity ensimmäiseen ryhmään (Rechtsquelle I), jossa ratkaisu on välittömästi johdettavissa laista tai tavanomaisesta oikeudesta. Sen sijaan kysymys on toisesta tapauksesta (Rechtsquelle II), jossa oikeuslähde ”...nur materielle Elemente bietet, auf Grund deren sich die Stellungnahme formulieren lässt.”⁵ Makkosen esitys noudattaa samaa periaatteellista kantaa, joskin hänen käsitteistöstään avautuu eräitä uusia ajatuksia. Oikeusperiaatteen *voivat* ratkaisutoiminnassa olla samassa asemassa kuin oikeusnormit; tällöin ne itse asiassa ovatkin rakenteellisesti oikeusnormeja.⁶ Yleensä asian laita ei kuitenkaan ole näin, ja Makkonen selvästi epäilee tällaisen tapauksen periaatteellistakaan mahdollisuutta. Perussyy siihen on ymmärtääkseni Makkosen mukaan oikeusperiaatteiden *yleisyys*: ne eivät

⁴ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, Suomalaisen Lakimiesten Yhdistyksen julkaisuja 14, 1938, s. 159. Lahtinen ja Makkonen viittaavat nimenomaisesti Brusiinin käsitykseen. Ks. Lahtinen, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen*, Helsinki 1951, s. 177, Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, Turku 1965, s. 163. Mainittakoon, että Brusiin yhdistää ajatuksensa hänelle ominaiseen käsitykseen voimassaolosta, joka esiintyy yhteisössä vallitsevana oikeusvakaumuksena (s. 159) saaden usein empiirisosiaaliseen todellisuuteen ja yhteiskunnallisiin tarkoituskomplekseihin liittyviä piirteitä (s. 160 ja 163). Ks. ”yliposiitivisten oikeusperiaatteiden” torjumisesta Brusiin 1938, erit. s. 162, Lahtinen, s. 167–168, Makkonen, s. 163–164, 169–170 ja 188–189.

⁵ Lahtinen 1951, s. 167 ja 177–178, vrt. Brusiin 1938, s. 157–165, Makkonen 1965, s. 184–185. Osin Lahtinen näyttää yhdistävän oikeusperiaatteen myös kolmanteen oikeuslähteiden käyttötapaukseen (Rechtsquelle III), jossa ratkaisija ”...nicht an schon voraus existierende Elemente gebunden ist”. Ks. Lahtinen 1951, s. 167 vrt. 170–171.

⁶ ”... die gleiche Struktur wie Rechtsnormen haben...” (Makkonen 1965, s. 174) ”...strukturell eine Rechtsnorm ist...” (s. 187).

osoita ratkaisua normeille ominaisella yksiselitteisellä tavalla.⁷ Lukijalle jää ehkä lopultakin vain ajatus, että oikeusperiaatteet vaikuttavat ratkaisutoiminnan yhteydessä ”tosiasiallisesti” tai ”ideologisesti”.⁸ Usein Makkonen selittää, että ne liittyvät puhtaisiin arvokannanottoihin, ns. sollen-ratkaisuihin.⁹

Uusimmassa oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa asiallisesti hyvin pitkälle samansuuntaiset näkemykset esiintyvät systemaattisesti nimenomaan erään tärkeän kysymyksen yhteydessä. Se koskee oikeusperiaatteen sitovuutta ja oikeudellista velvoittavuutta *oikeuslähdeopin* kannalta. Uusimman oikeusteoreettisen keskustelun peruskatsomus esiintyy tiivistetyssä muodossa *Aulis Aarnion* vuosina 1982 ja 1987 ilmestyneissä teoksissa *Oikeussäännösten tulkinnasta* ja *The Rational as Reasonable*.¹⁰ Niissä Aarnio jakaa oikeuslähteet niiden velvoittavuuden mukaan kolmeen ryhmään: vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin. Oikeuslähde on vahvasti velvoittava, jos sen sivuuttamisesta seuraa virkavastuu. Heikosti velvoittavan oikeuslähteen osalta Aarnion mukaan ”harkinnan rationaalisuus edellyttää, että sen sivuuttaminen perustellaan”.¹¹ Sallitut oikeuslähteet ovat taas kokonaan vailla velvoittavuutta: niihin saa vedota, mutta siihen ei ole velvollisuutta.

Toisaalta Aarnio jakaa oikeuslähteet auktoritatiivisiin ja substantiaalisiin, jotka esiintyvät arvovaltaperusteluina ja aineellisina perusteluina. Edellinen nojautuu oikeuslähteen *institutionaalistettuun*, jälkimmäinen taas sen *sisällölliseen merkitykseen*. Jälkimmäinen ”...ei voi omata koskaan perusteluvoimaa muutoin kuin *sisältönsä* nojalla...”, eikä voi *yksin* esiintyä *oikeudellisenä* perusteluna.¹² Tällä erottelulla ei kuitenkaan ole suoranaista merkitystä

⁷ Ks. Makkonen 1965, erit. s. 188–189 ja 193–194. Makkonen tiivistää myös myöhemässä tuotannossaan käsityksensä ytimen juuri tämän näkökohdan varaan. Ks. Makkonen, *Kunnallinen säädösvalta*, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja 79, 1968, s. 144.

⁸ Makkonen 1965, s. 174, 183, 186 ja 195. Samoin Makkonen 1968, s. 144.

⁹ Makkonen 1965, s. 175, 177, 183 ja 185.

¹⁰ Aarnio, *Oikeussäännösten tulkinnasta*, Helsinki 1982, s. 94 ss., Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987, s. 89 ss., vrt. Peczenik, *Rätten och förnuftet*, Lund 1986, s. 197 ss., vrt. myös Sundby, *Om normer*, Oslo–Bergen–Tromsø 1974, s. 190 ss.

¹¹ Aarnio 1982, s. 95. ”...then the rationality of discretion requires that the interpreter gives reason why this source was disregarded.” Aarnio 1987, s. 91, vrt. Peczenik 1986, s. 201.

¹² Kursivoinnit esiintyvät Aarnion tekstissä. Aarnio 1982, s. 97. Ks. myös 1987, s. 93, vrt. Peczenik 1986, s. 197–199, Timonen, *Ennakkotapausten merkitys oikeuslähteenä*, Tampe-

mainitun perusajatuksen kannalta. Molempien mukaan oikeusperiaatteet kuuluvat velvoittavuuden matalimpaan kategoriaan yhdessä oikeustieteen ja moraaliperiaatteiden kanssa.¹³ Tällä näkemyksellä ei Aarnion ajattelussa liene kuitenkaan oikeusperiaatteiden merkitystä vähättelevää tai kumoavaa merkitystä. Samaan velvoittavuuden kategoriaan kuuluvat nimittäin reaaliset argumentit, joiden merkitys on Aarniolla ratkaisutoiminnan erittelyn kannalta keskeinen.

Esitetty kaksisuuntainen asetelma vaikuttaa hämmäntävältä. Toisaalta yleisten oppien merkitys esiintyy keskeisenä, toisaalta lähes kokonaan vailla oikeudellista arvoa. Tämä asetelma on tarkasteluni lähtökohta.

Tätä lähtökohtaa on syytä täydentää kokoamalla muutamalla sanalla yhteen niitä perusteita, joiden valossa yleiset opit, erityisesti oikeusperiaatteet näyttäytyvät oikeusjärjestyksen kannalta marginaalisina. Näitä perusteita on mielestäni kaksi, nimittäin

1. normin (säännön vs. periaatteen) synty ja auktoriteetti *sekä*
2. normin (säännön vs. periaatteen) sisältö ja soveltamishdot.

re 1987, s. 130–134. Aarnio esittää ja tiivistää kaksi luokitteluaan seuraavan kuvion muotoon. Ks. Aarnio 1982, s. 97 ja 1987, s. 93.

	<i>Vahvasti velvoittavat</i>	<i>Heikosti velvoittavat</i>	<i>Sallitut</i>
<i>Arvoalta- perustelut (Auktoritatiiviset oikeuslähteet)</i>	<i>LAKI</i>	<i>LAINVALMIS- TELUTYÖT</i> <i>TUOMIOISTUIN- RATKAISUT</i>	<i>OIKEUSTIEDE</i>
<i>Aineelliset perustelut (Substantiaaliset oikeuslähteet)</i>	<i>MAANTAPA</i>		<i>YLEISET OIKEUS- PERIAATTEET</i> <i>MORAALI</i> <i>REAALISET</i> <i>ARGUMENTIT</i>

Ks. eräistä kriittisistä näkökohdista kuvion sisältämiin jaotteluihin Timonen 1987, s. 134–145.

¹³ Aarnio 1982, s. 97 ja 1987, s. 93.

Ensimmäinen kohta viittaa siihen, että toisaalta oikeussäännöt ja toisaalta oikeusperiaatteet syntyvät institutionaalisesti ja niitä pidetään institutionaalisesti yllä eri tavoin. Oikeussäännöt ovat yleisen katsomuksen mukaan vakiintuneiden ja yksiselitteisten sosiaalisten käytäntöjen tulosta (”asettamia”). Oikeudellinen järjestys on antanut kyseisille käytännöille auktoritatiivisen voiman, so. kompetenssin luoda oikeudellisia normeja. Näitä käytäntöjä on lähinnä kaksi: lainsäädäntö ja tuomioistuintoiminta. Tällaisiin oikeusnormeihin verrattuna yleiset oikeusperiaatteet esiintyvät jo lähtökohtaisesti kyseenalaisessa valossa. Ne eivät voi ainakaan suoranaisesti vedota auktoritatiivisiin sosiaalisiin käytäntöihin. Ne perustuvat institutionaalisesti lähinnä kahteen oikeusjärjestyksen osakäytäntöön, nimittäin oikeustieteeseen ja tuomioistuinikäytäntöön. Jälkimmäisessä yleiset opit esiintyvät kuitenkin useammin julkilausumattomina taka-ajatuksina kuin päätöksenteon kirjoitettuna perusteluina. Ne näyttävät olevan lähinnä oikeusjärjestyksen taustalla olevia arvostuksia ja ideologioita, jotka eivät kuulu itse oikeusjärjestykseen.

Toiseksi periaatteiden sisältö on epämääräinen ja vaikeasti tunnistettavissa. Sen mukaisesti myös niiden yksiselitteinen soveltaminen näyttää mahdottomalta. *Pacta sunt servanda*, työntekijän suojeluperiaate jne. ovat normatiivisia ajatussisältöjä, joita käyttävät tuomioistuin, oikeuskirjallisuus ja poliittinen keskustelu ilman, että voitaisiin olettaa periaatteilla tarkoitettua täsmällisesti samaa asiaa. Keskustelijoilla on vain *osittain* samanlainen käsitys periaatteiden merkityssisällöstä. Käyttäakseni *Ronald Dworkinin* ns. social rule -teorioiden kritiikin yhteydessä esittämää osuvaa esimerkkiä: jos meillä on sosiaalinen käyttäytymismalli, joka vaatii paljastamaan pään kirkossa, kuka voi yksiselitteisesti sanoa, kohdistuuko vaatimus myös sylilasten päähineisiin?¹⁴ Kuitenkin periaatteet ovat yleensä vielä paljon väljempää (tässä tapauksessa ehkä ”Jumalan kunnioittamisen periaate”). Voidaanko mitenkään sanoa, että olisi olemassa jokin yhtenäinen tai yhdenmukainen toimintaohje, jota ihmiset ”noudattavat” tai ”soveltavat”?

Mainitut kaksi näkökohtaa, auktoriteettiargumentti ja täsmällisyysargumentti, kietoutuvat toisiinsa. Ei ole olemassa mitään yksiselitteistä tekstikohdtaa (laissa, sen esitöissä, oikeuskäytännössä), josta voisimme sanoa: *tämä* on sopimusvapauden periaate. Pikemmin meidän on tyydyttävä erilaisiin ja merkitykseltään vaihteleviin tulkintoihin ja muotoiluihin.

¹⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977, s. 55–56 (1977a).

Eräs tapa ratkaista lähtökohtainen ongelmamme oikeusperiaatteiden ja yleisten oppien merkityksestä on seuraava selitys: oikeusperiaatteilla on huomattava tosiasiallinen merkitys, mutta ne ovat vailla oikeudellista arvoa, koska ne eivät nojaudu sitoviin oikeuslähteisiin. Selityksen mukaan on olemassa tilanteita, joissa oikeudelliset argumentit loppuvat (oikeusaukko, tulkinnallinen tilanne) ja on turvaututtava jonkin toisen elämänaalueen perusteisiin. Tällaisena elämänaalueena näyttäytyy ennen muuta moraalit. Siihen kuuluvat sallitut, mutta oikeudellisesti sitomattomat argumentit, jotka ovat täysin käyttäjänsä vapaassa harkinnassa. Käsitys esiintyy myös *Aarnion* teoksissa selvänä. Aarnio luonnehtii sallittuja oikeuslähteitä ”tosiasiallisen painon” mukaan kirjoittaen oikeus- ja moraaliperiaatteiden suhteesta seuraavaa: ”Yleiset moraaliperiaatteet ovat osin toisessa asemassa (so. kuin oikeusperiaatteet, H. T.). Eräissä tapauksissa niillä on kuitenkin arvoa päättelyn perustana ja niihin myös vedotaan... *Moraalisessa kontekstissa* (kurs. A. A.) mainitut periaatteet omaavat moraalista arvoa. Sama periaate käytettynä oikeudellisen ratkaisun perusteena saa oikeudellista relevanssia.”¹⁵ Aarnio lausuu edelleen, että periaatteisiin ei *sinänsä* (kurs. A. A.) liity mitään, mikä tekisi ne oikeudellisiksi tai moraalisiksi. Tämäkään selitys ei mielestäni ole tyydyttävä sen ongelman kannalta, miten oikeusperiaatteet ovat oikeusjärjestyksen kannalta toisaalta keskeisiä, toisaalta marginaalisia ilmiöitä.

Tulemme esitykseni toiseen kohtaan. Mielestäni oikeudelliset periaatteet kuuluvat oikeusjärjestykseen ja ovat oikeudellisesti velvoittavia mutta – ja tämä on esitykseni ydin – tietystä näkökulmasta. En pidä tätä asiaa teknisenä määrittelykysymyksenä, vaan keskeisenä asiakysymyksenä. Se on mielestäni samalla selitys mainitulle kaksisuuntaiselle asetelmalle. Tietystä näkökulmasta yleiset opit ja oikeusperiaatteet ovat marginaalisia ilmiöitä. Tätä näkökulmaa kutsun jatkossa *oikeusformaaliseksi*. *Dworkin* kutsuu sitä oikeuspositivismiksi (legal positivism).¹⁶ Se voidaan oikeudellisen teorian kannalta yhdistää myös muihin keskeisiin käsitteisiin, kuten *Max Weberin* viime aikoina keskustelua herättäneeseen käsitykseen ns. formaalista rationaliteetista.¹⁷ Sitä vastoin eräästä toisesta näkökulmasta sekä oikeusperiaat-

¹⁵ Aarnio 1982, s. 91 ja 1987, s. 82–83. Sama käsitys esiintyy Makkosella vielä selvempänä. Ks. edellä av. 7.

¹⁶ Dworkin 1977a, s. 17 ja Dworkin, *Is Law a System of Rules*, teoksessa *The Philosophy of Law*, ed. by R. Dworkin, Oxford 1977, s. 3–19 (1977b).

¹⁷ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1976, erit. ss. 395–397, 401–404, 441–445, 458–459 ja 468–471.

teet että muut yleiset opit näyttäytyvät ensiarvoisina ja keskeisinä. Tällöin ne ovat oikeustieteelle ja oikeuskäytännölle jotain paljon merkittävämpää kuin sallittujen tai toissijaisten oikeuslähteiden kategoria.¹⁸ Tätä näkökulmaa kutsun jatkossa *sisällölliseksi aspektiksi* tai *kriteeriksi*. Keskeistä esitykselleni on ajatus, että erityisesti yleisiin oppeihin kuuluvia oikeusperiaatteita voidaan tarkastella kahdesta eri aspektista tai kahden eri kriteerin mukaan, jotka ovat formaalinen ja sisällöllinen. Edellisessä suhteessa oikeusperiaatteiden asema on heikko jälkimmäisessä taas tärkeä ja olennainen.¹⁹

Käsitteitä ”formaalinen kriteeri” ja ”oikeuspositivismi” valaisee mielestäni monessa suhteessa *Max Weberin* perusajatus formaalis-rationaalisesta oikeudesta. Sen vastakohtana Weberin materiaalsen rationaliteetin ideaalityyppi tulee lähelle tässä käytetyn sisällöllisen kriteerin käsitettä. Weberin käsitteistö on erottelukykyinen ja joustava mutta toisaalta moniselitteinen ja asiayhteyksien mukaan vaihteleva: sen tarkoituksena ei ole ensisijaisesti oikeusteoreettinen analyysi vaan ymmärtävän sosiologian ideaalityyppisten käsitteiden muodostaminen. Niiden tarkoitus on yleisen ja erityisen, historian yleisten kehityspiirteiden ja empiiristen tosiasioiden yhdistäminen. Ideaalityyppejä, jollaisena oikeusjärjestyksen rationaliteetin kaksi eri muotoakin esiintyvät, Weber luonnehtii ”todellisuuden rationaaliseksi rekonstruktioiksi”.²⁰

Tämän esityksen kannalta on keskeistä eräiden käsitteellisten yhteyksien tulkitseminen, ei niinkään historian kehitysilmiöiden ymmärtäminen. Weber itse näkee, että nykyinen oikeus on perusluonteeltaan rationaalista ja käynyt läpi kaksi vaihetta, siirtynyt materiaalisesta formaaliseen.²¹ Ne yksityiskohdalliset luonnehdinnat, joita Weber tässä yhteydessä käyttää, voidaan mielestäni tulkita ja tiivistää tietyiksi perusajatuksiksi. Rationaalisuuden perustuntomerk-

¹⁸ Vrt. edellä av. 12.

¹⁹ Ks. edellä s. 18–19.

²⁰ Weber, *Methodologische Schriften*, hrsg. J. Winckelmann, S. Fischer, Frankfurt am Main 1968, s. 67–68, 161 ja 172. Rationaalisuuden käsite esiintyy Weberillä monella tasolla, paitsi oikeusjärjestystä karakterisoivana formaalisena rationaliteettina, erityisten oikeudellisten instituutioiden, varsinkin sopimuksen sekä rationaalille toiminnalle yleisesti luonteenomaisen, päämäärästään ja keinoistaan tietoisien ”vapaa subjektin” yhteydessä. Toisaalta ymmärtävän sosiologian ja ideaalityyppisten käsitteiden peruskohde on rationaalinen käyttäytyminen (Weber 1968, s. 42–64, 85–97 ja 148–167). Weberin perusesimerkki on taloudellista voittoa systemaattisesti ja rationaalisesti tavoitteleva ihminen (ib. 67–68, 155 ja 166).

²¹ Weberin käsitteistö on avoin erilaisille tulkinnoille. Ks. Ewing, *Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber’s Sociology of Law (Law and Society, 21, 1987)*, s. 487–489, Kronman, *Max Weber*, Bungway, Suffolk 1983, s. 75 ss., Schluchter, *The Rise of Western Rationalism*, Berkeley–Los Angeles–London 1981, s. 87ss., Tuori 1987a, s. 191 ja Tuori, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa (teoksessa *Aiheita Weberistä*, toim. T. Hietaniemi, Tutkijaliitto 1987), s. 110–118 (Tuori 1987b).

ki oikeuden alueella on *yleistettävyys* (Weberin terminologian *Generalisieren*) ja siihen läheisesti liittyvä systemaattisuus, joka puolestaan voidaan ymmärtää aukottomuuden ja ristiriidattomuuden vaatimuksiksi.²² Tältä osin voimme nojautua *W. Schluchterin* esitykseen.²³ Formaalisuuden käsite on mielestäni taas pelkistettävissä lähinnä oikeuden eriytymiskehitykseen. Modernille oikeudelle on tunnusomaista *oikeuden autonomia*: se on eriytynyt muista yhteiskunnan osajärjestelmistä, moraalisesta (uskonnollisesta), taloudellisesta ja poliittisesta. Formaali oikeus on riippuvainen ainoastaan omista sisäisistä kriteereistään. Tässä yhteydessä erottelu formaalisen ja materiaalsen välillä on merkittävä. Myös materiaalisesti rationaalinen oikeus on sidottu yleisiin abstrakteihin normeihin ja maksimiin mutta riippuvainen systeemin ulkopuolisista (moraalisista) kriteereistä: "...dass Normen anderer qualitativer Dignität als logische Generalisierungen von abstrakten Sinndeutungen auf die Entscheidung von Rechtsproblemen Einfluss haben sollen: ethische Imperative oder utilitaristische oder andere Zweckmässigkeitsregeln oder politische Maximen, welche sowohl den Formalismus des äusseren Merkmals wie denjenigen der logischen Abstraktion durchbrechen."²⁴ Erottaminen materiaalsen ja formaalisen välillä koskee mielestäni Weberilläkin tämän esityksen kannalta kolmea keskeistä ulottuvuutta: oikeuden tunnistamista, soveltamista ja systematisointia.²⁵

²² "Ein Recht kann in sehr verschiedenem Sinne 'rational' sein... Zunächst im Sinne des Generalisierens was in diesem Sinne bedeutet: der Reduktion der für die Entscheidung des Einzelfalles massgebenden Gründe in ein oder mehrere 'Prinzipien': diese sind Rechtsätze." Weber 1976, s. 395; ks. myös s. 396–397 ja 468–471.

²³ Schluchter 1981, s. 89–90. Tältä osin tulkintani poikkeaa Kronmanin esityksestä. Kronman erottaa rationaalisuuden neljä eri merkitysisältöä. Ne ovat (1) sääntöohjautunut, (2) systemaattinen, (3) merkitysten loogiselle tulkinnalle perustuva ja (4) järjen ohjaama. Ks. Kronman 1983, s. 75.

²⁴ Weber 1976, s. 397. Ks. myös seuraava av.

²⁵ Weber 1976, erit. s. 397, 468–470, 498–500 ja 513, 1. Halbband, Tübingen 1976, s. 125. Useassa yhteydessä Weberin käsitteet "rationaalinen" ja "formaalinen" menevät päällekkäin ja saavat osittain saman merkityksen. Ks. Weber 1976, s. 397, 459, 468–471. Tämän mukaisesti Kronman määrittelee formaalisuuden osin oikeudellisten sääntöjen yleistettävyyden nojalla ("governed by general rules or principles), osin taas oikeuden autonomisuuden avulla (Kronman 1983, s. 92–93). Tämä seikka on sikäli ongelmallinen, että tällöin ei voida luontevasti puhua rationaalisuudesta ja formaalisuudesta kahtena käsitteellisesti erillisenä ominaisuutena (vrt. Weber 1976, s. 395–396), koska molemmissa on kysymys oikeussääntöjen tai -periaatteiden yleistettävyydestä. (Näiden käsitteiden ristiriitaisuuslukuinnista ks. Kronman 1983, s. 76, Schluchter 1981, s. 89 ja Tuori 1987b, s. 112.) Formaalisuuden ja rationaalisuuden osittainen käsitteellinen päällekkäisyys saa selityksensä Weberin kehityshistoriallisesta aspektista. Formaali rationaliteetti edustaa rationaalisuuden korkeampaa muotoa "...den Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität" (Weber 1976, s. 397). Se on sidottu puhtaasti abstrakteihin normeihin ja puhtaaseen juridiseen systematiikkaan. Tästä katsannosta materiaalinen rationaliteetti näyttää usein tilannekohtaisena tarkoituksenmukaisuus- ja kohtuusharkintana (s. 459, 470 ja 471), joka uhkaa ja häiritsee rationaliteetin

Formaalin rationaliteetin ideaalityyppi hahmottaa ja erittelee epäilemättä osuvasti traditionaalisen oikeudellisen positivismin peruspiirteitä. Oikeus on lainsäätäjän näkökulmasta tahdonvarainen, lainsoveltajan kannalta taas oikeuden ulkopuolisista kriteereistä riippumaton systeemi. Molemmissa suhteissa oikeus on moraalista täydellisesti irtaantunut ”beliebiges Recht”.²⁶ Weber suhtautuu hyväksyvästi esim. *Hans Kelsenin* puhtaan oikeusopin teoriaan modernin oikeuden ilmentäjänä. Kelsen kirjoitti mm. ”... daher kann jeder beliebiger Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solcher, kraft seines Gehaltes ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein.”²⁷ Vastaavia muotoiluja tapaamme muilla oikeuspositivismin klassikoilla mm. *Labandilla*, *Bergbohmilla* ja *Austinilla*.²⁸

Oikeusformaalisesta aspektista oikeudellisen todellisuuden ja oikeusjärjestyksen keskeinen ja koossapitävä elementti on *oikeussääntö* periaatteiden jäädessä toissijaisen ja sekundäärisen oikeuslähteen asemaan. Kaikille oikeusjärjestykseen kuuluville toiminnoille, lainsäädännölle, oikeuskäytännölle ja oikeustieteelle on keskeinen ja samalla niitä yhdistävä tekijä se, että ne toimivat oikeudellisten sääntöjen kanssa: lainsäätävä säätää, oikeuskäytäntö soveltaa ja oikeustiede tulkitsee sekä systematisoi niitä. Koska oikeussääntö olennaisesti määrittää kaikkien näiden kolmen toiminnan institutionaaliset ehdot ja rajat, on luonnollisesti tärkeää osata ja hallita se kriteeri, joka erottaa sen muista sosiaalisista, esim. moraalisisista normeista. Hieman hämmäntävää, joskaan ei kohtalokasta, on se, että itse tästä kriteeristä vallitsee sekä käytännössä että teoriassa erilaisia mielipiteitä erityisesti ns. normatiivisesti ja empiirisesti suuntautuneiden vaihtoehtojen välillä. Nämä vaihtoehdot ovat suomalaisessa keskustelussa pelkistyneet *Hans Kelsenin* ja *Alf Rossin* jo klassisiksi muodostuneisiin nimiin. Keskeinen erimielisyys koskee kysymystä siitä, onko oikeudellisen säännön kriteeriä haettava ylempinasteisesta normista (käytännössä valtiosäännöstä) vaiko tosiasiallisesta

korkeampaa muotoa ”...der unvermeidliche Widerspruch zwischen dem abstrakten Formalismus der Rechtslogik und dem Bedürfnis nach Erfüllung materialer Postulate...” (s. 469). Formaali oikeus edustaa samalla suurempaa ennustettavuutta ja palvelee parhaiten jatkuvaa ja suunnitelmallista taloudellista toimintaa. Tätä kautta se liittyy taloudelliseen rationaliteettiin ja kapitalismin syntyyn. Ks. Kronman 1983, s. 92–94 ja Ewing 1987, s. 487 ss.

²⁶ Weber 1976, I s. 125.

²⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, s. 201.

²⁸ Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1911, erit. s. IX–X, Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, s. 109 ja 114, Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 1885, s. 199 ja 214 (“The existence of law is one thing, its merit or demerit another”).

tuomioistuintoiminnasta (ja siihen liittyvistä asenteista).²⁹

Erästä tärkeästä katsannosta näiden kahden ajattelutavan ero häviää. Molemmat nimittäin edellyttävät muodollista (so. sisällöstä riippumatonta) kriteeriä, jonka avulla oikeussääntö voidaan periaatteessa yksiselitteisesti erottaa muista sosiaalisista normeista. Tämä ajatus esiintyy sittemmin 1960-luvulla normatiivisia ja empiirisiä vaihtoehtoja yhdistelevisissä teorioissa. Tällöin oikeudellisen säännön kriteeriksi vakiintui termi *tunnistamissääntö* (*rule of recognition*). Ajatus tunnistamissäännöstä sisältää seuraavan: Oikeusjärjestys itse sisältää sosiaalisesti vakiintuneen, sisällöltään yksiselitteisen säännön, jonka perusteella voidaan periaatteessa aina ratkaista, onko sovellettava normi oikeusjärjestykseen kuuluva vai ei. Tunnistamissääntö sisältää ne kriteerit, joiden mukaan lainsäätäjän tahdosta ja tuomioistuinratkaisusta tulee voimassa olevaa oikeutta.³⁰

Oikeusjärjestykseen kuuluu oikeussäännön löytämisen ohella keskeisesti sen soveltaminen. Oikeusformaalisesta aspektista myös tämä toiminta on oikeussääntöjen ohjaamaa ja oikeusjärjestyksen sisäisin kriteerein määritettyä toimintaa. Tämän mukaisesti sekä oikeustieteen että oikeuskäytännön institutionaalisissa toiminnoissa on kaksi oikeussääntöihin sidottua toimintaa. Ne ovat a) oikeussäännön tunnistaminen ja b) oikeussäännön soveltaminen (tulkitseminen). Molemmat vaiheet ovat oikeudellisesti ohjattua toimintaa. Ensimmäisessä vaiheessa oikeussääntö tunnistetaan (esim. valtiosääntöoikeuden avulla) ja toisessa vaiheessa sitä sovelletaan konkreettiseen tapaukseen tai tulkitaan konkreettista sovelletustilannetta

²⁹ Ks. yleisesti Kelsen 1960, s. 196 ss., Ross, *Om ret og retsfærdighed*, Arnold Busck 1966, s. 41 ss., oikeuslähdeopin kannalta Kelsen, s. 238–239, Ross 1966, s. 90 ss.

³⁰ H. L. A. Hartin teoriaa teoksessa *The Concept of Law*, Oxford 1961, voidaan tarkastella realismia ja normativismia yhdistävinä ajatuksina. Oikeus muodostaa sosiaalisessa käytännössä normatiivisen ajatusrakenteen, jossa käyttäytymistä arvioidaan, justifioidaan ja kritisoidaan oikeudellisten normien ja mittapuiden mukaan. Sen identiteetin takaavat ns. sekundääriset säännöt, jotka määrittelevät oikeuden synnyn, soveltamisen ja ennen kaikkea sen tunnistamisen (*rule of recognition*). Ks. Hart 1961, erit. s. 92 ss. Tunnistamissäännön olemassaolo on pelkkä tosiasiailmiö (s. 107). Tunnistamissäännöstä ja sen kritiikistä ks. Raz, *Practical Reasoning and Norms*, London 1975, s. 50–58 ja erit. 141–148. Dworkinilla tunnistamissäännön kritiikki on lähtökohtaista ja systemaattista. Ks. Dworkin 1977a, s. 19–22, 48–58 ja 1977b, s. 42 sekä 60–64. MacCormick ei suornaisesti hyväksy Dworkinin ajatuksia. Hän korostaa toisaalta oikeusjärjestyksen formaalisista kriteereistä riippuvaista perusosaa. Ks. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, s. 133–140, 229, 238–245 ja erit. 272. Toisaalta MacCormick perustelee laajasti ajatuksen oikeuden arvosidonnaisista yhteiskuntamoraalisista elementeistä, joita formaalisilla tunnistamiskriteereillä ei voida tavoittaa (erit. s. 152 ss.). Näihin ajatuksiin palaamme.

silmälläpitäen. Olennaista on kuitenkin se, että oikeusformaalisesta aspektista ratkaisu ei ole välttämättä mekaanisesti tai loogisesti johdettavissa *pelkästään* säännöstä. Tästä on osoituksena se laaja oikeusteoreettinen tutkimus, jonka keskeisenä tuloksena on ajatus, ettei ratkaisu voi olla looginen päätelmä.³¹ Pikemminkin ajatuksen ydin on siinä, että ne ratkaisuun vaikuttavat tekijät, jotka eivät täytä oikeudellista tunnistamiskriteeriä, *marginalisoidaan*. Ne eivät varsinaisesti kuulu oikeusjärjestykseen, koska ne eivät ole oikeusnormin soveltamista. Niistä tulee edellä kerrotussa mielessä toissijaisten oikeuslähteiden kategoria: niitä käytetään varsinaisten oikeuslähteiden puuttuessa. Tämän mukaisesti yleiset opit, niiden mukana yleiset oikeusperiaatteet, joutuvat toissijaisen ja perifeerisen oikeuslähteen asemaan.³²

Kolmannen askeleen esityksessäni muodostaa kysymys: Miten oikeusperiaatteet ja yleiset opit voivat olla sitovia ja kuulua oikeusjärjestykseen? Oikeusformaalisesti niiden asema oikeusjärjestyksessä on esitettyjen näkökohtien mukaisesti heikko. Sitä vastoin tämä asema voi olla vahva ja tärkeä eräästä toisesta näkökulmasta, jota edellä olen kutsunut sisällölliseksi. Yleiset opit ja oikeusperiaatteet *kuuluvat* mielestäni *sisällöllisesti oikeusjärjestykseen* ja ovat tämän kriteerin mukaan *sitovia*. Mitä tämä tarkoittaa? Nojaudun seuraavassa esityksessä osittain eräisiin 1970- ja 1980-luvun oikeusteoreetikkojen ajatuksiin (*Ronald Dworkin, Neil MacCormick, Robert Alexy, Joseph Raz ja John Finnis*). Kysymys liittyy osana siihen keskusteluun, jota viime aikoina on käyty sääntöjen ja periaatteiden luonteesta ja suhteesta. Teen kuitenkin eräitä omia jaotteluja ja pitemmälle meneviä johtopäätöksiä.

Käsite ”sisällöllinen kriteeri” on lyhyessä esityksessä tyydyttävä muodostamaan ”formaalisen” vastakohtaksi. Siihen liittyy mielestäni olennaisesti *jossain mielessä* ajatus arvostavasta elementistä oikeusformaalisen aspektin periaatteessa tinkimättömän arvovapauden perusteisiin

³¹ Aarnio, *On Legal Reasoning*, Loimaa 1977, s. 41 ss., Makkonen 1965, s. 78 ss.

³² Tässä yhteydessä sivuutetaan sen kysymyksen yksityiskohdat, minkälaista ”sidottuisuutta” tai ”lopullisuutta” oikeussäännön soveltaminen edellyttää. Säännöt joko soveltuvat tai eivät sovellu tapaukseen. Tämän mukaisesti säännöillä on kaikki tai ei mitään -ominaisuus (ks. Dworkin 1977a, s. 24–25 ja 1977b, s. 45–46). Tätä ajatusta seuraten Robert Alexy toteaa, että säännöt ovat luonteeltaan lopullisia ja yksiselitteisiä, ”definitiv”, kun taas periaatteilla on *prima facie* -luonne. Ks. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 88–92.

asemesta.³³ Oikeusformaalisesta aspektista oikeussäännön tunnistamisen ja sen soveltamiseksi tulee olla formaalisesti määriteltyjä. Tunnistamisen osalta viitataan edellä esitettyyn. Säännön soveltamiseksi kohdalla tyypillisen tilanteen muodostaa kahden oikeusnormin ristiriitaisuus. Tällainen ei oikeusjärjestyksessä ole harvinaisen: jos henkilö luovuttaa perintöosuuden, johon kuuluu kiinteää omaisuutta, on kyseessä kahden erilaisen muotovaatimuksen sisältävän normin (MK 1:2:n ja PK 17:3:n) ristiriita. Tällainen tilanne ratkaistaan tunnetusti tulkintasäännön *lex specialis derogat legi generali* nojalla eli täysin riippumatta ristiriitaisten oikeussääntöjen sisällöstä. Miten on asian laita yleisten oppien ja erityisesti oikeusperiaatteiden kohdalla? Eli: Miten ne tunnistetaan oikeusjärjestyksessä ja miten määräytyvät niiden soveltamisedot?

Perusajatus näyttää selvältä: vastaus kumpaankin kysymykseen edellyttää kannanottoa itse oikeusperiaatteiden *sisältöön* tai *arvoon*. Tämä ajatus on oikeusteoriassa nykyään jossain määrin tunnettu lähinnä Dworkinin tuotannon ja sitä koskevien tulkintojen välityksellä.³⁴ Eräät tarkennukset ovat kuitenkin tässä yhteydessä tarpeen, ja sen mukaisesti erotan oikeusperiaatteiden pätevyyden (= *validiteetti*) ja sen soveltamisalueen (= *relevanssi*). Ajatukseni on erottaa edellä mainittu arvosidonnainen elementti toisaalta periaatteiden tunnistamisen ja toisaalta niiden soveltamisen kannalta.

(a) *Validiteetti*. Mitä tarkoittaa arvostelma, että oikeusperiaate on pätevä ja voimassa Suomen oikeuden mukaan? Oikeussäännön osalta voidaan ajatella, että kysymys on tunnistamiskriteeristä (”eduskunnan säätämä laki”, ”vakiintunut tuomioistuinkäytäntö”). Sitä vastoin oikeusperiaate ei voi vedota tällaiseen yksiselitteiseen tunnistamissääntöön, koska sellaista ei yksinkertaisesti ole. Väite siitä, että Suomen oikeudessa vallitsee heikomman puolen suojaamisen, neuvotteluriskin tai työntekijän suojelun periaate, tarkoittaa, että periaatteella on *painoa*, *merkitystä* tai *arvoa* oikeusjärjestyksessämme. Se vetoaa itse kyseisen periaatteen sisältöön ja sen edustamaan arvoon tai oikeudenmukaisuuteen. Väite sisältää kuitenkin olennaisesti myös jotain

³³ Tästä vallitsee mainittujen oikeusteoreetikkojen välillä yksimielisyys. Kuitenkin oikeusperiaatteisiin liittyvä arvostava elementti ymmärretään eri tavoin ja vivahtein, joiden erittely ei kuulu tämän esityksen puitteisiin. Ks. Dworkin 1977a, s. 46 ss., Alexy 1985, s. 125 ss., MacCormick 1978, s. 152 ss., Raz 1975, s. 15–22, Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press 1980, 3–22.

³⁴ Dworkin 1977a, s. 22 ss. ja 1977b, s. 43 ss.

muuta. Siksi voidaan sanoa, ettei se ole pätevä pelkästään sisältönsä tai edustamansa arvon perusteella. Siihen kuuluu nimittäin keskeisesti myös ajatus, että periaatteelle on löydettävissä *institutionaalista tukea* oikeusjärjestyksen erilaisista ja eritasoisista toiminnoista, kuten säädetyistä normeista, tuomioistuinkäytännöstä, lakien esitöistä. Periaatteilla voi olla eritasoinen ”liittymänsä” oikeusjärjestykseen, ne ovat kiinteämmin tai väljemmin ankkuroituneet oikeudelliseen järjestelmään.³⁵ Tiivistäen: väite siitä, että heikomman puolen suojaamisen tai neuvotteluriskin periaate on Suomen oikeuden mukaan voimassa, tarkoittaa, että toisaalta periaatteella on painoa tai arvoa ja toisaalta, että sille löytyy institutionaalista tukea. Kumpaakaan näkökohtaa ei voida palauttaa formaalin kriteerin mukaiseksi joko–tai-arvostelmaksi.³⁶

(b) *Relevanssi*. Tässä yhteydessä sivuutan käsitteiden validiteetti/relevanssi yksityiskohtaisen erittelyn. Ajattelen yksinkertaisesti, että periaatteet poikkeavat laadullisesti säännöistä paitsi pätevyysheitojensa myös soveltamiskriteeriensä puolesta. Oikeusperiaate ei nimittäin edellytä ehdotonta soveltamista omalla soveltamisalueellaan, kuten on laita normien kohdalla. Tämän mukaisesti voidaan sanoa, että oikeussäännölle on ominaista kaikki tai ei mitään -relevanssi, kun taas periaatteet ovat enemmän tai vähemmän sovellettavissa omalla sovellutusalueellaan. Siten periaatteiden arvo, merkitys tai ”painoulottuvuus” ilmenee enemmän tai vähemmän voimakkaana erilaisissa sovellustilanteissa: on täysin mahdollista ja ehkä järkeväkin väittää, että Suomen oikeudessa vallitsee sopimusvapauden periaate mutta että tietyillä alueilla (kuten kuluttajansuojan yhteydessä) heikomman puolen suojaamisen periaate syrjäyttää sen. Täysin samanlainen asetelma vallitsee esim. neuvotteluriskin periaatteen ja lojaliteettiperiaatteen keskinäisessä suhteessa.

³⁵ ”Allmänna rättsprinciper kan vara förankrade i rättsordningen på olika sätt och med olika styrka.” Taxell, *Avtalsrättens normer*, Åbo 1987, s. 59.

³⁶ Periaatteille ominaisesta arvosidonnaisesta elementistä niiden tunnistamista koskevana validiteettikysymyksenä ks. Dworkin 1977a, s. 25–28 ja 71–74 vtr. 41. Dworkin ei kuitenkaan erota sitä selvästi periaatteiden sovellettavuuteen liittyvästä relevanssiongelmasta. Molemmissa tapauksissa hän käyttää käsitteitä merkitys, paino, ”painoulottuvuus” (*dimension of weight*, ib.). Ks. myös MacCormick 1978, s. 122–123 ja 229. Razin vastaava käsite *dimension of strength* esiintyy melko selväpiirteisesti vain relevanssikysymyksen ja siihen liittyvien periaatteiden ristiriitatilanteiden erittelyssä. Ks. Raz 1975, s. 25 ss. Käsite *institutionaalinen tuki* (*institutional support*) esiintyy sellaisenaan vain Dworkinilla (1977a, s. 40, 64–68). Vrt. kuit. Raz 1975, s. 107 ss. ja MacCormick 1978, s. 229–258.

Mainittu ero periaatteiden ja sääntöjen välillä on kuitenkin jonkin verran kiistanalainen³⁷ ja olisi sangen skolastinen, ellei se heijastelisi merkittävää asiallista kysymystä. Periaatteen soveltamishdot määräytyvät itse soveltamistilanteen ja siinä tapahtuvien kehityspiirteiden mukaan, kun taas säännön soveltaminen määrittyy pikemminkin sen omasta sisällöstä ja sitä koskevista formaaleista tulkintakriteereistä. Kahden periaatteen päällekkäistä sovellutustilannetta, joka vastaa edellä kerrottua normien ristiriitatapausta, ei voida ratkaista minkään formaalisen (so. sisällöstä riippumattoman) kriteerin nojalla.³⁸ Tämän mukaisesti olisi edelleen ehkä ajateltavissa, että periaatteille ominainen paino (*Dworkin, Raz: weight, strength*) olisi määriteltävissä tietynlaiseksi sisällölliseksi voimaksi tai kyvyksi syrjäyttää muita periaatteita erityisissä sovellutustilanteissa.³⁹ Tämä kysymys sivuutetaan tässä yhteydessä.

Esitykseni kolmas kohta on edellä lausutun nojalla tiivistettävissä ajatukseksi, että oikeusperiaatteisiin perustuvilla arvostelmilla, joita sekä oikeustiede että oikeuskäytäntö tekevät, on erityinen luonne. Jokainen oikeusperiaatteisiin nojautuva ratkaisu on *institutionaalinen arvostelma*. Ratkaisun tekijä tai oikeustieteen harjoittaja esiintyy tällöin institutionaalisesti jatku-

³⁷ Dworkinin alkuperäisen ajatuksen mukaan säännöt ja periaatteet poikkeavat sovellettavina normeina laadullisesti toisistaan säännöille ominaisen kaikki tai ei mitään -kvaliteetin ja periaatteille tyypillisen painoulottuvuuden perusteella. Säännöistä voidaan tehdä poikkeuksia, joista taas periaatteiden osalta ei voida puhua (1977a, s. 23–28). Näihin näkökohtiin perustuvan laadullisen eron sääntöjen ja periaatteiden välillä hyväksyvät Alexy (Alexy 1985, s. 77 ss.) ja Peczenik (*Rättsnormer*, Kristianstad 1987, s. 52 ss). Alexy luonnehtii periaatteita optimointikäskyiksi (Optimierungsgebote) ja Peczenik ihanteiksi (ideal). MacCormick katsoo, että periaatteiden yleisestä luonteesta sekä arvosidonnaisuudesta huolimatta jyrkkää ja laadullista sääntö–periaate-erottelua ei voida tehdä (MacCormick 1978, s. 155–156). Lähinnä tällä kannalla on myös Raz (ks. Raz 1975, s. 49–50 ja 52–63). Vrt. Dworkin 1977a, s. 46 ja 71 ss.

³⁸ Yleisesti voidaan todeta, että periaatteet on erotettu säännöistä nimenomaan relevanssiulottuvuuden nojalla. Niinpä Alexyn selkeä esitys kattaa tämän eron vain erilaisten soveltamishdoten kannalta. Periaatteet ovat optimointikäskyjä (Optimierungsgebote), joiden käyttäminen riippuu oikeudellisista ja tosiasiallisista mahdollisuuksista (Alexy 1985, s. 75–76). Niistä ei Alexyn mukaan voi olla poikkeuksia kuten säännöistä (s. 77–86) ja niillä on *prima facie* -luonne, kun taas sääntöjen soveltamishdot ovat yksiselitteisiä ja lopullisia (”definitiv”, s. 87–93). Tässä suhteessa voidaan viitata myös Razin esitykseen (ks. Raz 1975, s. 25 ss.). Dworkin taas kietoo yhteen pätevyys- ja soveltamishdot (validiteetin ja relevanssin) ongelmallisella ja kyseenalaisella tavalla. Niinpä hän väittää (sääntöjä ja periaatteita erotellessaan), että kahden säännön ristiriitatilanteessa toinen menettää pätevyytensä: ”If two rules conflict, one of them cannot be valid” (1977a, s. 27). Tämä ei liene oikea näkemys esim. yleis- ja erityissäännön suhteesta ja soveltamisesta.

³⁹ Vrt. Raz 1975, s. 25–28 ja 35 ss. Ks. myös Dworkin 1977a, s. 25–26.

vasti uusiutuvan toiminnan agenttina.⁴⁰ Oikeusperiaatteisiin tukeutuvaan toimintaan kuuluu lisäksi elimellisesti arvoarvostelman piirteitä. Tällainen toiminta sisältää kannanoton itse oikeusjärjestyksen sisältöön: se tunnistaa oikeusperiaatteet päteviksi (”tärkeiksi”), antaa niille tietyn painon edellä kerrotussa mielessä, ratkaisee, mihin tilanteisiin niitä voidaan soveltaa ja määrittää tällöin mahdollisesti periaatteiden keskinäisen etusijajärjestyksen. Siksi oikeusperiaatteisiin nojautuvia ratkaisuja voidaan kutsua *institutionaaliseksi arvoarvostelmiksi*.⁴¹ Siinä käsitettä ”arvoarvostelma” rajoittaa käsite ”institutionaalinen”. Jokainen tällainen ratkaisu tai kannanotto on institutionaalinen teko, jolla on kolme merkityselementtiä.

1. Jokin periaate tai siihen perustuva käytäntö on tärkeä, hyvä tai asianmukainen ja yleisesti noudatettuna täyttää nämä edellytykset,
2. tälle periaatteelle (vast. sen luomalle käytännölle) löytyy institutionaalista tukea ja
3. mainittu periaate täyttää ratkaistavassa tilanteessa tai vallitsevissa olosuhteissa nämä vaatimukset.

Näitä edellytyksiä voidaan eritellä pitemmälle. Erityisesti tämä koskee mainittua kolmatta kohtaa. Joka tapauksessa oikeusperiaatteille leimallinen ”painoulottuvuus” on useammalla tasolla sekä institutionaalisia että arvostavia elementtejä sisältävä kompleksinen käsite, jonka sijoittaminen oikeuslähdeopillisesti tiettyyn yksikäsitteiseen asemaan (esim. ”sisällölliset sallitut oikeuslähteet”) on ehdottomasti yksipuolista. Voimme ajatella kolmea eri periaatetta, joiden institutionaalinen tuki näyttää ratkaisevasti erilaiselta. *Kohtuusperiaate* esiintyy meillä säädännäisen normin muodossa (OikTL 36 §). *Lojaliteettiperiaatteen* katsotaan puolestaan perustuvan oikeuskäytäntöön. Vihdoin on olemassa lähinnä oikeustieteen kehittämiä periaatteita, kuten *sosiaalisen suorituseseen* ”periaate”.⁴² Näiden periaatteiden painon ja merkityksen arvioiminen on oikeusjärjestyksen sisältöä koskeva moniulotteinen kysymys eikä koske pelkästään niihin liittyvää institutionaalista tukea.⁴³

⁴⁰ Tässä mielessä voidaan puhua institutionaalista reproduktiosta. Ks. Giddens, *Yhteiskuntateorian keskeisiä ongelmia*, Keuruu 1984, s. 112–123, Kytäjä, Rätt och social handling, *Retfærd* 1986, s. 83.

⁴¹ Vrt. Finnis 1980, s. 238 ss. ja 297 ss. Ks. myös MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford 1982, s. 138–139.

⁴² Ks. Taxell 1987, s. 58–61, Wilhelmsson, *Om social civilrätt*, Helsinki 1987, s. 157 ss.

⁴³ Vrt. Aarnio, Onko kohtuusperiaate syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sidonnaisuuden periaatteet? *LM* 1987, s. 400–414.

Esitykseni neljännen ja viimeisen kohdan muodostaa kysymys sisällöllisen *SYSTEEMIN* mahdollisuudesta. Edellä lausuttu koskee lähinnä oikeusperiaatteiden sisältöä, rakennetta ja toimintatapaa. Jos haluamme väittää jotain oikeusperiaatteiden ja yleisten oppien merkityksestä ja siitä, että ne muodostavat sitovan ja velvoittavan oikeuslähteen, meidän on vastattava kysymyksen, miten ne kuuluvat oikeusjärjestykseen. Eli: meidän on konstruoitava oikeus *sisällöllisenä systeeminä*.

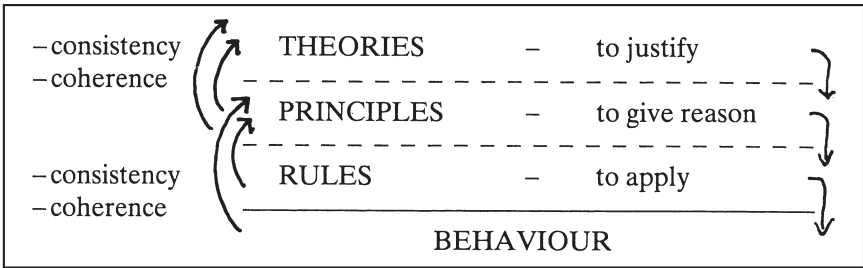
Oikeus sisällöllisenä järjestyksenä voidaan rakentaa useammalla eri tavalla. Omasta mielestäni keskeistä on kaksi oikeudelliseen järjestykseen liittyvää perusajatusta. Ne ovat (1) oikeudellisen järjestelmän johdonmukaisuus ja sen käänteisilmiö ristiriita sekä (2) sen kehitys. Nämä kaksi tekijää liittyvät toisiinsa siten, että yhteiskunnallinen kehitys uusine piirteineen on keskeinen sellaisissa ilmiöissä, jotka oikeusjärjestyksen kannalta muodostavat ristiriidan.⁴⁴

Ristiriidan käsite on oikeusjärjestyksen sisällöllisestä aspektista ja samalla oikeuden sisällön kehityksen kannalta keskeinen asia. Oikeus on nimittäin luonteeltaan ristiriitainen ja samalla omaa ristiriitaisuuttaan poistava (= johdonmukaisuuteen pyrkivä) systeemi. Oikeusjärjestyksen sisällöllisestä aspektista ristiriitaa voidaan luonnehtia anomian tilaksi. Oikeudellisen järjestyksen kannalta on olemassa kahdenlaisia ristiriitoja ja samalla kahdenlaista johdonmukaisuutta. *Neil MacCormickin* terminologiaa noudattaen voimme kutsua näitä tapauksia *konsistenssiksi* ja *koherenssiksi* (*consistence/coherence*).⁴⁵ Edellinen tarkoittaa yksinkertaisesti normiristiriitatapausta, jossa kahdella vastakkaisen normivaatimuksen sisältävällä säännöllä on päällekkäinen sovellutusalue (esim. MK 1:2 ja PK 17:3). Jälkimmäinen on puolestaan sisällöllinen arvoristiriita, mutta tarkasteltuna tietystä näkökulmasta. Sen perussisältö on seuraava: jos teemme oikeudellisesti relevantteja eroja tapausten välillä, meidän on kehitettävä tämän erilaisen kohtelun institutionaalinen peruste. Jos kohtelemme keltaisia autoja tieliikennelain näkökulmasta eri tavalla kuin muita, meidän on oikeusinstitutionaalisen toiminnan rationaalisuuden vuoksi ilmoitettava tämän erilaisen kohtelun sääntö tai periaate (*MacCormickin* oma esimerkki).

⁴⁴ Vrt. Giddens 1984, s. 208 ss. erit. 221–232. Tällaisista kehityspiirteistä eri oikeuden alueilla ks. esim. Aarnio *LM* 1987, s. 400–414, Taxell 1987, s. 101–113, Tuori 1987a, s. 185 ss. ja b, s. 118 ss., Mäenpää, Kaksi hallinto-oikeutta: merikoskelainen hallinto-oikeus ja hyvinvointivaltio, *Hallinnon tutkimus* 1/1983, s. 1 ss. sekä Hallinto-oikeuden rajat, *Hallinnon tutkimus* 1/1984, s. 51 ss.

⁴⁵ *MacCormick* 1978, s. 107 ja yleisemmin 152 ss. sekä 1982, erit. s. 137.

Keskeistä ajatukselle oikeudesta sisällöllisenä systeeminä on näkemys, että oikeudellisten ristiriitojen (voidaan sanoa: oikeudellisen anomian) poistaminen tapahtuu eri tasoilla. Oikeus sisällöllisenä järjestelmänä on esitettävissä eri tasoihin jakautuvana ilmiönä juuri tämän näkökohdan mukaan. Voidaan nimittäin sanoa, että oikeussääntöjen ohella myös oikeudelliset periaatteet voivat joutua ristiriitaan. Tällainen ristiriita saa ratkaisunsa sisällöllisesti korkeammalla ja yleisemmällä tasolla. Tämä on yleisiin oppeihin kuuluva *teorioiden taso*. Tämän mukaisesti voimme esittää seuraavan kuvion, jossa on käytetty merkitykseltään suhteellisen vakiintunutta englantinkielistä terminologiaa:



Sisällöllisen systeemin tehtävästä ja merkityksestä on löydettävissä vivahteita, joiden yksityiskohtainen kartoittaminen ei kuulu tämän esityksen puitteisiin: oikeuden esittäminen sisällöllisesti mielekkäänä kokonaisuutena, oikeuden arvoperustan esittäminen, yhteiskunnallisten muutosten suodattaminen oikeudelliseen järjestelmään. Kaikkia näitä tehtäviä näyttää värittävän eräs yhteinen piirre, joka on oikeuden johdonmukaistaminen, sen rationaalistaminen.⁴⁶ Tällaisena sisällöllisenä systeeminä oikeus on olennaisesti laajempi kuin oikeusformaalisesta aspektista. Sen keskiön muodostavat yleiset opit ja niistä erityisesti oikeusperiaatteet. Tällöin oikeusperiaatteiden kuuluminen oikeusjärjestykseen ei ole ongelmallista: ne muodostavat oikeusjärjestyksen keskeisen ajatussisällön ja poistavat normien ristiriitaja anomiatilanteita. Eri tasojen välillä ei tietenkään vallitse deduktiivista johtamissuhdetta. Perusajatus on pikemmin se, että mikään taso ei voi itse ratkaista omia ristiriitatilanteitaan.

Oikeusperiaatteet, joiden olennainen tehtävä on johdonmukaistaa sääntöjen tasoa, ovat itse luonteeltaan materiaalisia tai formaalisia. Jälkimmäisiä

⁴⁶ MacCormick 1982, s. 134–140, vrt. Dworkin 1977a, erit. s. 88 ja 101.

edustavat edellä sivutut tulkintaperiaatteet *lex specialis derogat legi generali* ja *lex superior derogat legi inferiori*. Sitä vastoin teorioiden taso on aina luonteeltaan sisältöä koskeva, so. materiaallinen. Tämä johtuu perusteiltaan siitä, että teorioiden tehtävänä on johdonmukaistaa ennen muuta periaatteita ja sitä ei voi tehdä formaalisten kriteerien mukaan. Niinpä jos formaaliset tulkintasäännöt *lex superior* ja *lex specialis* joutuvat ristiriitaan (alempi erityissäännös vs. ylempi yleissäännös, esim. työvoimaministeriön päätös vs. työllisyyslaki), on tämä ristiriita periaatteessa ratkaistavissa vain materiaallisen teorian tasolla, joka olisi vallanjakoteoria tai suvereniteettiteoria. Muutenkin teorian tason ilmiöille on tunnusomaista se, että ne johdonmukaistavat ja rationalisoivat periaatteita. Niinpä erilaiset näkökohdat siitä, milloin vahingonkorvausoikeudessa on sovellettava tuottamusvastuun ja milloin objektiivisen vastuun periaatetta, olisi tyypillinen ”teoria”. Vastaavanlaisen ilmiön kohtaamme niissä ajatuksissa, jotka jäsentävät ja johdonmukaistavat neuvotteluriskin periaatetta ja lojaliteettiperiaatetta sopimusneuvottelujen yhteydessä taikka sopimussidonnaisuuden ja kohtuullisuuden periaatetta sopimusoikeudessa.⁴⁷ Tämä seikka avaisi mahdollisesti tietyn näkökulman kysymykseen, milloin yhteiskunnalliset teoriat voisivat esiintyä oikeudellisina teorioina.

Teoria merkitsee käsitteellistä kehikkoa, josta käsin periaatteita ja niiden soveltamiseksi voidaan kokonaisvaltaisesti hallita. Tämä ajatus sisältää kuitenkin ongelmia, joihin rajoitun tässä yhteydessä vain viittaamaan. Ensimmäinen niistä koskee ajatusta siitä, että periaatteiden ristiriidat ovat viime kädessä ratkaistavissa ns. preferenssisäännöin. Tämän ajatuksen mukaan oikeusjärjestys itse määrittäisi ja ratkaisisi yksiselitteisin säännöin periaatteiden väliset kollisiot.⁴⁸ Tätä näkökohtaa on tuskin pidettävä erityisen kohtalokkaana tässä hahmotellulle ajatukselle oikeudellisten teorioiden

⁴⁷ Tuottamusvastuun ja objektiivisen vastuun periaatteiden osalta ks. Taxell, *Avtal och rättskydd*, Åbo 1972, s. 259 ss.; neuvotteluriskistä ja lojaliteettiperiaatteesta ks. Herten, *Sopimusneuvotteluista*, Helsinki 1983, s. 183 ss.; sopimussidonnaisuuden (sopimusvapauden) ja kohtuullistamisen (heikomman puolen suojaamisen) periaatteista ks. Taxell 1987, s. 30 ss., Wilhelmsson 1987. Ks. myös Kartio, *Sopimusoikeuden roolikäsitteet ja julkisintressi, Juhlaulkaisu Pertti Juhani Muukkonen*, Turku 1987, s. 63 ss.

⁴⁸ Tämä vastaa ymmärtääkseni Peczenikin kantaa. Peczenik kutsuu preferenssisääntöjä harvintanomieksi ja katsoo niiden olevan sääntöjä eikä periaatteita: ”Den sista avvägningsnorm är en regel, inte en princip.” Ks. Peczenik 1987, s. 58. Myös Alexy pohtii tätä mahdollisuutta laajasti (Alexy 1985, s. 79–84) katsoen, että säännöillä on ainakin etusija periaatteisiin verrattuna (s. 122). Alexyn mielipiteen yksityiskohtiin ei tässä ole aiheellista puuttua (ks. erit. s. 144–154).

tasosta. Oikeusjärjestys ei useimmiten yksinkertaisesti sisällä edellä kerrotun formaalisen validiteetin ja relevanssin edellyttämiä preferenssisääntöjä. Sellaisen olemassaolo ei myöskään sinänsä poista kokonaisvaltaisesti johdonmukaistavan teorian merkitystä.

Toinen ongelma koskee kysymystä, missä määrin periaatteiden väliset ristiriidat ovat ratkaistavissa tavoitteiden ja tavoitteellisen argumentaation avulla.⁴⁹ Tämä kysymys sisältää useita näkökohtia, joiden keskinäinen hahmottaminen yksiselitteisellä tavalla on vaikeaa. Ensimmäinen vaikeus kohtaa itse periaatteiden ja tavoitteiden kategorian käsitteellistä erottamista. Voivatko esim. liikenneturvallisuuden edistäminen, ”Erhaltung und Förderung des Handwerkes” (BVerf.GE 13, 97), järkevän kunnallisen rakentamisen edistäminen ja kohtuullisen minimitoimeentulon parantaminen olla oikeudellisia periaatteita. Dworkinin alkuperäisen ja yksiselitteisen kannan mukaan vastaus on kieltävä. Dworkinin koko teoria perustuu olennaisesti ajatukselle, että vain individuaalisia oikeuksia mutta ei kollektiivisia päämääriä koskevat maksimit ovat periaatteita.⁵⁰ Tätä kantaa on kritisoitu laajasti ja aiheellisesti:⁵¹ näyttää ilmeiseltä, että Dworkin on halunnut samastaa itse periaatteiden kategorian *tietynlaisiin* periaatteisiin. Niiden sisällöllisenä perusvaatimuksena on se, että ne koskevat yksilön oikeuksia; asiallisesti ajatus merkitsee traditionaalisten liberaalisen poliittisen teorian vapausoikeuksien korottamista oikeusperiaatteiden ja koko oikeusjärjestyksen ytimeksi.⁵²

⁴⁹ MacCormickin omaleimaisen ja selkeän teorian ytimenä on ajatus, että oikeus sovellettavana järjestyksenä sisältää sekä tavoitteellisuuteen perustuvia (consequentialist argument) että johdonmukaistavia (consistency ja coherency) elementtejä ja argumentteja. Ne ovat kietoutuneet toisiinsa erottamattomalla tavalla ”... in hard cases there is a complex interplay between considerations of principle, consequentialist argument, and disputable points of interpretation of established valid rules.” MacCormick 1978, s. 156 ja 1982, s. 137–139.

⁵⁰ Dworkin 1977a, s. 82–84 ja 90–94.

⁵¹ Alexy 1985, s. 75–76, 94–95 ja erit. 98–99, MacCormick 1978, s. 230–231 ja 238–239; 1982, s. 134–135 ja 140–145.

⁵² Hydén, *Ram eller lag*, Stockholm 1985, s. 47–52, Dalberg-Larsen, *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?*, København 1984, s. 29 ss., Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford 1962, s. 46 ss. Dworkin edustaa itse asiassa samanlaista yhteiskuntakuvaa kuin Max Weber mutta tekee siitä täysin käänteiset johtopäätökset oikeuden alueella. Dworkinilla oikeuden ydin rakentuu moraalisisille ja materiaalisille periaatteille. Max Weber puolestaan katsoo oikeuden ennustettavuuden ja yksilöllisten, suunnitelmallisten sekä systemaattisten toimintamahdollisuuksien olevan turvattavissa vain formaalisen rationaliteetin puitteissa, jota materiaalinen rationaliteetti on omiaan häiritsemään ja tuhoamaan. Materiaalisesti rationaalinen oikeus esiintyy Weberillä useassa yhteydessä tilannekohtaisena tarkoituksenmukaisuus- ja kohtuusharkintana, joka rikkoo formaalin oikeuden ennustettavuuden ja yleistettävyyden. Ks. ed. av. 25.

Mielestäni tavoitteiden ja periaatteiden kategoriaero ei voi rakentua tälle näkökohdalle. Pikemmin eroa on haettava kumpaankin kategoriaan kuuluvien maksiimien *yleistettävyysehdoista*. Jos tavoitteet täyttävät yleistettävyyden perusvaatimuksen, niiden osalta voidaan myös puhua konsistenssista ja koherenssista, eikä mikään nähdäkseni estä rinnastamista niitä periaatteisiin. Tämä seikka on tullut ajankohtaiseksi sen kehityspiirteen ja keskustelun myötä, jota kutsutaan oikeuden tavoitteellistumiskehitykseksi ja refleksiiviseksi tai responsiiviseksi oikeudeksi.⁵³ Tämä taas pikemmin korostaa kuin vähentää oikeudellisten teorioiden merkitystä. Uudenlaisten, periaatteita ja sen ohella mahdollisesti myös tavoitteita johdonmukaistavien teorioiden tarpeellisuus näyttää monella oikeuden alueella ilmeiseltä. Traditionaalinen ”tahtoteoria” tai ”oikeusvaltiollisuuden teoria” näyttävät monessa suhteessa epätydyttäviltä ja riittämättömiltä uusien kehitysilmiöiden kannalta.⁵⁴

Pysähdymme esitykseni viidenteen kohtaan sitä enää käsittelemättä. On perusteltua ajatella, että oikeus sisällöllisenä järjestyksenä edellyttää jonkinasteista luonnonoikeudellista teoriaa tai teorian oikeusajattelun ja oikeusjärjestelmän ”luonnonoikeudellisista sitoumuksista”. Nykyään oikeusteoriassa tämä piirre on noussut esiin uudenaikaisella, vielä 1970-luvun alussa tuntemattomalla tavalla. Tällaisia ajatuksia ovat käsitykset, että oikeuden ja moraalien välillä ei ole periaatteellista eroa (Dworkin) tai että oikeus on luonteeltaan sovellettua yhteiskuntamoraalia (MacCormick, Raz).⁵⁵ Toisaalta näillä ajatuksilla on edeltäjänsä. Ne kehittävät uudelleen ja uudenaikaisissa olosuhteissa klassisen ajatusteen, jonka mukaan oikeus on sisällöllisten periaatteiden systeemi:

”The law may be defined as the body of principles recognised and applied...”

(Salmond, *Jurisprudence*, 1924, s. 39)

⁵³ Hyden 1985, Dalberg-Larsen 1984, Tuori 1987a ja b, Luhmann, *The Differentiation of Society*, New York 1982.

⁵⁴ Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, s. 778 ss., Tuori 1987a ja b, Mäenpää 1983 ja 1984.

⁵⁵ Dworkin 1987a, s. 46, MacCormick 1978, s. 272, Raz 1975, s. 149.

Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta

1 KYSYMYKSENASETTELU

Vuonna 1977 ilmestyi Ronald Dworkinin kirjoittama teos *Taking Rights Seriously*. Erityisesti tästä Dworkinin teoksesta lähtien on käyty ns. sääntö–periaate-keskustelua. Tällä vuosikymmenellä sääntöjen ja periaatteiden suhde on muodostunut keskeiseksi oikeusteoreettiseksi ongelmaksi. Tämän kysymyksen kannalta voidaan erottaa ainakin kaksi erilaista juonetta. Ensinnäkin voidaan puhua mainitun teoksen alkuosaan liittyvästä perinnäisestä sääntö–periaate-keskustelusta. Siinä on keskeistä erilaiset kannanotot ja näkökohdat kahden erilaisen normityypin, sääntöjen ja periaatteiden, erottelusta sekä erottelun merkityksestä. Toiseksi nykyään voidaan puhua oikeusjärjestyksen uusiin kehityspiirteisiin liittyvästä Dworkin-kuvasta. Tällöin kysymys on oikeuden lisääntyvään tavoitteellisuuteen, itsesääteleviin mekanismeihin ja uusiin väliin yleislausekkeisiin yhdistetystä sääntö–periaate-keskustelusta. Kokonaiskuvan saamiseksi keskustelun aihepiiristä on syytä painottaa vielä kolmatta näkökohtaa. Keskustelu kattaa sekä alueellisesti että aiheensa puolesta huomattavan laajan ongelmaryhmän, jota ei voida paikantaa yhdellä tai kahdella henkilönimellä. Saksalaisella alueella on ennen Dworkinia nimenomaan Josef Esser käsitellyt oikeudellisten välijen lausekkeiden ja periaatteiden problematiikkaa. Angloamerikkalaisessa maailmassa Common law -järjestelmän piirissä on ennen Dworkinia samaa asiaa käsitellyt mm. John Salmond; Salmondin mukaan oikeus on periaatteiden muodostama systeemi, ”a body of principles”.¹

Kolmas näkökohta laajenee vielä mittavammaksi. Dworkinin usein oikeuskäytäntöön nojautuva esitys sisältää merkittäviä kannanottoja eräisiin oikeusteorian ja yhteiskunta- sekä moraalifilosofian perustavanlaatuisiin kysymyksiin. Yhteyksiä voi nähdä erityisesti tämän vuosisadan alun utilitarisminvastaisen ajattelun kanssa, jota usein luonnehditaan deontologiseksi

¹ Salmond 1924, 39 ja 61–63, Salmond 1966, 15–19, Esser 1956.

ja jonka klassikkona pidetään David Rossia. John Rawlsin nykyään tunnettu oikeudenmukaisuusteoria sisältää tärkeitä näkökohtia tästä kysymyksestä.² Myös kaukaisempia liittymäkohtia voi vaivatta hakea. Immanuel Kantin praktisen järjen filosofia ja siihen elimellisesti kuuluva ns. eettisen yleistettävyyden vaatimus liikkuvat samalla ulottuvuudella erityisesti teoksessa *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.³ Tämän näkökohdan korostaminen on seuraavan esityksen keskeinen tarkoitus.

Dworkinin esityksessä on käytännön oikeudellisilla ratkaisuilla usein keskeinen merkitys. Dworkinin lähtökohtaiset esimerkit, joilla hän kehittää nimenomaan periaatteiden kategorialla, ovat oikeustapaukset *Riggs v. Palmer* vuodelta 1889 ja *Hennigsen v. Bloomfield Motors* vuodelta 1960. Molemmat tapaukset kuten muutkin esimerkit liittyvät Common law -järjestelmään. Mielestäni nämä esimerkit ovat Dworkinin ajattelun kannalta keskeisessä asemassa. Dworkin sanoo esimerkillään *Riggs v. Palmer* jotain olennaista siitä, miten tuomioistuin luo itselleen lainsäädäntöön suoranaisesti perustumattoman väljän toimintanormin ”no one should be permitted to profit by his own fraud” testamenttioikeudellisen riidan yhteydessä. Vastaavan oikeusajatuksen tuomioistuin ilmaisee jälkimmäisessä tapauksessa useina eri periaatteina, mm. yleisenä normina ”... the basic tenet of freedom of compe-

² Ross 1930. MacCormick viittaa W. D. Rossiin, Kantiin ja Humeen, ei kuitenkaan Dworkiniin liittyvässä tai ylipäänsä sääntö–periaate-ongelman yhteydessä. Ks. MacCormick 1978, 2–8, 123 ja 257. Dworkin itse viittaa deontologisesti ja utilitaristisesti orientoituneen ajattelun eroon havaintojeni mukaan nimenomaisesti vain kerran (ks. av. 54). Kuitenkin erottelu on hänelle tärkeä, kuten yritän osoittaa jaksossa 3. Tässä suhteessa Dworkinin ajatukset ovat samansuuntaisia kuin John Rawlsin (1972). Molemmille on leimallista antiutilitaristinen, deontologisesti orientoitunut ajattelu, mutta sen painotukset ovat erilaisia. Dworkinin lähtökohtana ovat individuaaliset oikeudet ja niihin liittyvä yleistettävyyden vaatimus. Rawlsin ajatus on laajempi mutta samansuuntainen: tavoitteellinen argumentaatio on institutionaalisten seikkojen rajoittama (käsitteestä *background institutions*, ks. Rawls 1972, 274–285), tavoitteellisen valintatilanteen ehtona on *basic rights*, joita ei tavoitteellisesti voida enää rationalisoida (s. 4–21). Kummallakaan tavoitteellinen argumentaatio ei voi korvata oikeudenmukaisuuteen tai tasapuolisuuteen perustuvaa argumentaatiota. Ks. myös v. Wright 1972, 22–30 ja 40.

Usein sääntö–periaate-erottelun kannalta alkupisteenä pidetään nimenomaan angloamerikalaisessa maailmassa Dworkinin artikkelia vuodelta 1967 ”The Models of Rules” (Dworkin 1967, erit. 21–29). Tähän esitykseen Rawls viittaa mainitussa pääteoksessaan (Rawls 1972, 349). Kuitenkin Rawls on itse tehnyt samansuuntaisen jaottelun jo vuonna 1955 käsittein ”summary rules” / ”practise rules” (Rawls 1955). Tähän esitykseen Dworkin puolestaan viittaa (Dworkin 1977a, 30). Yhteinen piirre on erityisesti siinä, että myös Rawlsin ”summary rules” ovat sisällöllisen perusteen antavia, ”to give reason”. Ks. Tolonen 1988, 191. Rawlsin jaottelulla on kuitenkin erityispiirteitä. Ks. niistä Hodgson 1977, 23–26.

³ Kant 1933.

tent parties to contract...”, jota tuomioistuin toisaalta rajoittaa voimakkaasti muilla luottamukseen ja sosiaaliseen vastuuseen liittyvillä periaateilla.

Sääntö–periaate-keskustelu ei kuitenkaan enää rajoitu Common law -maihin, joskin eräät Common law -systeemin erityiset piirteet ovat Dworkinin käsitysten taustana.⁴ Dworkinille keskeinen erottelu sääntöjen ja periaatteiden välillä on selvästi vakiintunut sekä pohjoismaisessa että saksalaisessa keskustelussa. Voimme ottaa esimerkkejä eri oikeuden alueilta. Rikosoikeudessa voidaan Suomessa viitata Tapio Lappi-Seppälän tutkimukseen, joka koskee rangaistuksen mittaamista väljien normien puitteissa.⁵ Työoikeuden alueella asialla on merkitystä itsesäätelevien, oikeuslähdeopillisesti epämääräisten ja ratkaisijalle pitkälle menevää harkintavaltaa suovien toimintaohjeiden lisääntymisen kannalta. Vastaavan ilmiön kohtaamme koko yksityisoikeuden alueella, ehkä erityisesti sopimusoikeudessa. Juha Pöyhösen erilaisia sopimusmalleja koskeva analyysi käsittelee *in extenso* juuri sääntöjen ja periaatteiden välistä oikeusteoreettista ongelmaa sekä soveltaa niitä sopimusoikeuden perusmalleihin. Aiemmin sopimusoikeuden oikeusperiaatteita ovat tarkastelleet Wilhelmsson ja Taxell. Aulis Aarnio käyttää mainittua erottelua testamenttioikeuden alueella.⁶

Robert Alexyn jo vakiintuneen aseman saavuttanut teos soveltaa mainittua pruserottelua perusoikeusproblematiikkaan. Lisäksi tähän käsitteistöön liittyy eräs oikeuslähdeopillisesti uusi ja tärkeä ilmiö. Erityisesti hallinto-, sopimus- ja työoikeuden alueilla on havaittavissa merkittävällä tavalla uusiin sosiaalisiin käytäntöihin vetoamista. Sanalla sanoen: vaikka Dworkinin esitys on monessa suhteessa problemaattinen, sillä on keskeistä, jopa lisääntyvää merkitystä hyvin monien oikeudenalakohtaisten ongelmien perushahmotuksen kannalta.

Tämän esityksen tarkoituksena ei ole ottaa kantaa Dworkinin asemaan sääntö–periaate-keskustelussa. Tarkoitukseni on pikemminkin laajentaa tätä keskustelua erällä näkökohdilla, jotka osittain ovat palautettavissa Dworkinin mainittuun teokseen. Tällöin joudumme tekemisiin erään läh-
tökohtaisen vaikeuden kanssa: Dworkinin ajatukset ovat moniselitteisiä

⁴ Vrt. Tuori 1987b, 105. Sääntö–periaate-erottelusta yleisesti: Tuori 1987a ja Tuori 1987b, 105–109.

⁵ Lappi-Seppälä 1987, 21–28.

⁶ Ks. Pöyhönen 1988, erit. 13–116, Wilhelmsson 1987, Taxell 1987, Aarnio 1987a, 11–13. Hydénin, Sigemanin ja Flodgrenin esityksiin palataan jaksoissa 3 ja 4. Oikeusperiaatteista oikeuslähdeopin yhteydessä ks. Aarnio 1987b, 96–97. Ks. myös Eckhoff & Sundby 1976, 20 ss., Sundby 1974, 190 ss.

ja tulkinnanvaraisia. Tätä piirrettä on omiaan lisäämään Dworkinille ominainen epäsystemaattinen ja ”esseistinen” esitystapa. Nämä epäselvyydet ja tulkinnanvaraisuudet ovat säilyneet huolimatta siitä verraten laajasta keskustelusta, jota hänen peruskäsitteistöstään on käyty. Erityisesti viittaa Alexyn, MacCormickin ja Razin (osin myös Aarnion ja Peczenikin) esittämisiin tulkintoihin ja kriittisiin näkökohtiin. Siksi on nähdäkseni syytä jatkaa tätä keskustelua ja pyrkiä siinä erityisesti systemaattisiin täsmennyksiin. Tällöin ei ”Mitä Dworkin todella sanoi?”-näkökohta ole niinkään keskeinen. Pikemminkin on kysymys hänen ajatustensa keskinäisen suhteen selvitte-lystä ja niiden yhdistämisestä klassisiin oikeusteoreettisiin ja filosofisiin perusongelmiin.

Dworkin itse puhuu periaatteista laajassa ja suppeassa merkityksessä. Laajassa merkityksessä Dworkinin mielestä periaatteisiin kuuluvat kaikki toimintaohjeet, jotka eivät ole sääntöjä: ”... I shall use the term ‘principle’ generically, to refer to the whole set of those standards other than rules.”⁷ Toisaalta Dworkin erottaa tärkeällä tavalla periaatteet ja yhteiskuntapoliittiset tavoitteet toisistaan. Tavoitteet (*goals, policies*) tarkoittavat jonkin yhteiskuntapoliittisen päämäärän edistämistä. ”I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community...”⁸ Periaatteen (*principle*) Dworkin taas määrittelee oikeudenmukaisuuden tai siihen rinnasteisen sosiaalisen moraalien edistämiseksi: ”I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.”

Kun Dworkin puhuu periaatteista laajassa merkityksessä, hänen tarkoituksensa on epäilemättä rinnastaa nämä kaksi toimintaohjeiden kategorioita: tavoitteet ja periaatteet ovat väljiä toimintaohjeita. Molemmat asettuvat sääntö-kategoriaan kuuluvien normien vastakohtaksi. Ne eivät sovellettavina normeina määritä ratkaisun lopputulosta selvällä ja yksiselitteisellä tavalla.⁹ Tätä periaatteiden ja yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden rinnakkaisuutta tukee osaltaan ajatus, että periaatteet voidaan konstruoida yhteiskuntapoliittisiksi tavoitteiksi sanomalla, että periaatteen toteuttaminen on yhteiskuntapoliittinen tavoite. Toisaalta voidaan menetellä myös käänteisellä tavalla siten,

⁷ Dworkin 1977a, 20, ja Dworkin 1977b, 43.

⁸ Dworkin 1977a, ib., ja 1977b, ib. Ks. myös Dworkin 1977a, 90 ss.

⁹ Dworkin 1977a, 22 ss., ja Dworkin 1977b, 43 ss.

että yhteiskunnalliset tavoitteet käännetään periaatteiksi: Dworkin mainitsee esimerkkinä arvofilosofisen utilitarismin perusteisiin (”the utilitarian thesis”), jonka mukaan suurimman mahdollisimman onnen turvaaminen suurimmalle mahdolliselle määrälle ihmisiä on (ylimmän) periaatteen asemassa.¹⁰

Tavoitteiden ja periaatteiden *rinnastamiseen* nähden vaikuttaa hämmentävältä, että niiden *erottaminen* on Dworkinille toisissa yhteyksissä hyvin keskeinen ajatusteema. Viimeksi mainittu seikka on selvästi peräisin edellä mainituista periaatteiden ja tavoitteiden lähtökohtaisista määritelmistä: periaatteet koskevat oikeudenmukaisuutta tai niihin rinnasteista sosiaalista moraalialia, kun taas tavoitteiden sisältönä ovat yhteiskunnalliset päämäärät. Dworkin nimenomaisesti viittaa pääteoksessaan (*Taking Rights Seriously*, 1977) periaatteiden ja tavoitteiden kategorialliseen eroon, havaintojeni mukaan kuitenkin hieman erilaisia näkökohtia painottaen ja osittain varsin niukoin maininnoin.¹¹

Uudemmassa teoksessaan (*A Matter of Principle*, 1985) Dworkin korostaa ehkä vielä enemmän tavoitteisiin ja periaatteisiin nojautuvan argumentoinnin eroa. Se voidaan nähdä koko teoksen kantavana perusajatuksena. Kuten aiemmissakin teoksissaan Dworkin luonnehtii tavoitteita ja tavoitteellista argumentaatiota eettisen utilitarismin avulla. Hän sanoo tällaista ajattelutapaa ”utilitarisminkaltaiseksi” (”utilitarian-like”) ja ”kustannustehokkaaksi” (”cost-efficient”) ajattelutavaksi.¹² Dworkin ei itse täsmällisesti määrittele tällaisen argumentaation sisältöä, mutta sitä voidaan hänen esitystensä mukaisesti luonnehtia tilannekohtaiseksi seuraamusharkinnaksi.¹³

¹⁰ Dworkin 1977a, 22–23 ja Dworkin 1977b, 44. Dworkinin tarkoittama utilitaristinen ”hyödyn periaate” (*the principle of utility*) viittaa Jeremy Benthamin ajatuksiin. Benthamilla tämä ajatus esiintyy hieman vaihtelevin muotoiluin: ”*The public good* ought to be the object of the legislator; *general utility* ought to be the foundation of his reasoning”. ”Morality in general is the art of directing the actions of such men as a way to produce the greatest possible sum of good”. Ks. Bentham 1950, 1 ja 60. Ks. myös Bentham 1967, 125–131. Ajatuksella erityisesti ”hyödyn” tai ”onnen” maksimoinnista tulkittuna mielihyväksi on oma englantilaiseen traditioon, mm. John Locken ja David Humen nimiin, liittyvä taustansa. Benthamin periaate sisältää ajatuksen mielihyvän kvantifioinnista yhtäältä, eri ihmisten mielihyvien verrattavuudesta toisaalta (ks. 1950, 31 ja 1967, 124). Benthamin perusajatus voidaan tulkiten tiivistää seuraavaan muotoon: kaikki yhteiskuntapoliittiset tavoitteet voidaan palauttaa ja rationaalistaa yhden universaalisen tavoitteen pohjalta. Tämä tavoite on hyödyn maksimointi (*the principle of utility*). Ks. myös Lyons 1973, 23 ss. ja 69 ss., Hodgson 1977, 9 ss., Rawls 1972, s. 29–30, 40 ja 122–133.

¹¹ Dworkin 1977a, s. 80, 90–94 ja 120–121.

¹² Dworkin 1985, 72 ss., esim. 77 ja 79. Ks. myös Dworkin 1977a, 95.

¹³ Dworkin 1977a, 90 ss. ja Dworkin 1985, 72 ss.

Kahden erilaisen periaate-kategorian merkityssisältö ja niiden välinen rajanveto vaikuttaa tekniseltä ja verraten yksinkertaiselta kysymykseltä. Sitä se ei ole. Oma lähtökohtani, jota seuraavassa esityksessä pyrin kehittelemään ja todistelemaan, rakentuu ajatukselle kahden eri jaotteluprinsiipin keskeisestä merkityksestä. Niihin kätkeytyy mielestäni kannanotto kahteen laajaan ja tärkeään oikeusteoreettiseen kysymykseen. Ensimmäinen niistä koskee oikeuden ja moraalien suhdetta. Tällöin on kysymys periaate-kategorian laajasta merkityssisällöstä. Rajanveto koskee tässä tapauksessa erottelua toisaalta sääntöjen ja toisaalta väljien sekä harkinnanvaraisten normien välillä (*säännöt vs. periaatteet ja tavoitteet*). Periaate-käsitteen suppea merkitys koskee toista asiaa. Tässä asiayhteydessä Dworkin ottaa nimittäin kantaa oikeuden ja yhteiskuntapolitiikan eroon. Tällöin Dworkinin perusajatus on asettaa yhteiskuntapoliittiset tavoitteet vastakkain sääntöjen ja periaatteiden kanssa (*tavoitteet vs. periaatteet ja säännöt*). Ajatus antaa mielestäni osittain uuden lähtökohdan tarkastella klassista kysymystä oikeuden ja politiikan suhteesta. Nämä kaksi periaate-käsitteen merkityssisältöä ovat seuraavan esityksen jäsenysperusteena jaksoissa 2 ja 3.

Dworkinia käsittelevä kirjallisuus on etupäässä kiinnittänyt huomiota sääntöjen ja periaatteiden keskinäisen suhteen ongelmaan. Tätä keskustelua on voittopuolisesti sävyttänyt ajatus sääntöjen ja periaatteiden erilaisista toimintatavoista (konkreettisesti) soveltamistilanteessa. Säännöt toimivat joko–tai-tavalla: ne joko soveltuvat tai eivät sovellu ratkaistavana olevassa tilanteessa. Tämä ominaisuus sallii luonnollisesti poikkeuksia säännöistä. Tällaiset poikkeukset ovat kuitenkin tyhjentävästi lueltavissa.¹⁴ Säännöt määrittävät tämän perusajatuksen mukaisesti ratkaistavan tilanteen lopullisesti, tavalla, jota Alexy luonnehtii termillä ”definitiv”.¹⁵ Sitä vastoin periaatteille on ominaista tietty harkinnanvaraisuus ja väljyys. Periaatteille on tämän mukaisesti sanottu olevan luonteenomaista ns. painotusolottuvuuden (”dimension of weight”, ”dimension of strength”).¹⁶ Ajatus voidaan tiivistää seuraavasti: periaatteen merkitys ja arvo ratkaisevat itse omat soveltamisehtonsa. Periaatteilla on ajatuksen mukaisesti poikkeuksia salliva, ns. *prima facie* -luonne. Nämä seikat ilmenevät ennen kaikkea kahden periaatteen

¹⁴ Alexy 1985, 71 ja ss., MacCormick 1978, 151 ss. ja 229 ss., MacCormick 1982, 137 ss., Tuori 1987a, 185 ss. ja Tuori 1987b, 205–209, Peczenik 1987, 52 ss., Pöyhönen 1988, 13 ss., Lappi-Seppälä 1987, 21–28.

¹⁵ Alexy 1985, 88.

¹⁶ Dworkin 1977a, 26 ja Dworkin 1977b, 47, Raz 1975, 25.

päällekkäisessä soveltamistilanteessa.¹⁷ Periaatetta saatetaan olla soveltamatta tai se saattaa syrjäytyä ilman, että se menettää kokonaan merkitystään tai pätevyyttään. Näin on asian laita sellaisissa soveltamistilanteissa, joissa sopimusvapauden periaate tai neuvotteluriskin periaate syrjäytyvät Kuluttajansuojalain tai lojaliteettiperiaatteen vuoksi.¹⁸

Huomion ensisijaisina kohteina ovat säännöt ja periaatteet. Kuitenkin sääntö–periaate-keskustelussa on kiinnitetty huomiota ja esitetty havaintoja myös tavoitteista ja tavoitteellisuuden kategoriasta. Viittaan erityisesti *Tuorin* ja *MacCormickin* esityksiin, joihin palaan tuonnempana.

Sääntö–periaate-keskustelulle on mielestäni ollut luonteenomaista moniselitteisyys ja tulkinnanvaraisuus. Merkittävänä osoituksena siitä ovat täysin vastakkaiset ja käsitteellisesti ehkä epäselvät mielipiteet sääntö–periaate-erottelun luonteesta ja merkityksestä. Toiset pitävät eroa laadullisena, toiset taas eivät. Viimeksi mainitut samastavat itse asiassa periaatteen väljään normiin. Näiden mielipiteiden vivahteita olen eritellyt toisessa yhteydessä, ja niihin palataan osin tuonnempana.¹⁹

Tässä yhteydessä on syytä kiinnittää huomiota erääseen seikkaan. Dworkin ei itse asiassa ole koskaan väittänytkään, että sääntöjen ja periaatteiden ero olisi laadullinen. Tuonnempana tulemme havaitsemaan, että sama asetelma toistuu periaatteiden ja tavoitteiden erottelun yhteydessä. Toisissa yhteyksissä ero on merkittävä, toisissa taas ei. Dworkin sanoo, että sääntöjen ja periaatteiden ero on joskus vain muodollinen (”a matter of form alone”), joskus taas ”itse asiaa koskeva” (”substantial”).²⁰ Molemmat näkökohdat tulevat esiin tapauksessa, jossa tuomioistuimien soveltaa konkreettisesti tilanteesta kriteeriä ”kohtuuton”, esimerkin mukaan laillisena perusteenaan *The Sherman Act*. Dworkin jatkaa ajatustaan sanomalla, että kohtuullistamiskriteeri voi toimia *loogisesti* (*logically*) kuten sääntö mutta *aineellisesti* (*substantially*) kuten periaate. Tämän Dworkinille ominaisen moniselitteisen ilmaisun tueksi saamme vain selityksen, että tuomioistuimen on itse ratkaistava, onko kyseessä sääntö, joka toimii ”in its own terms” vai periaate, jonka tehtävä on ”to provide a reason”.²¹

¹⁷ Alexy 1985, 87–90.

¹⁸ Dworkin 1977a, 24 ss. ja Dworkin 1977b, 44 ss., Alexy 1985, 77–90, v. Hertenzen 1983, 183 ss., Taxell 1987, 30 ss.

¹⁹ Tolonen 1988, *passim*, erit. 189 ja av. 37 ja 38.

²⁰ Dworkin 1977a, 27 ja Dworkin 1977b, 48.

²¹ Dworkin 1977a, 27 ja Dworkin b, 48–49. Tapauksia, joissa periaatetta sovelletaan suo-

Onko kysymys vain käsitteellisistä monimielisyyksistä ja epäselvyyksistä? Eikö ole syytä palata takaisin puhumaan yksiselitteisistä oikeussäännöistä ja niiden vakiintuneista tulkintakriteereistä?²² Katson, että paluu tällaiseen asenteeseen – Dworkin luonnehtii sitä epiteetillä ”legal positivism” – ei ole täysin mahdollista.²³ Tämä johtuu kahdesta seikasta.

Ensinnäkin näyttää mielestäni ilmeiseltä, että oikeusjärjestys aina sisältää harkinnanvaraisia ja arvostuksiin perustuvia elementtejä. Se on *sekä* yksiselitteisten sääntöjen joukko *että* harkinnanvaraisten periaatteiden systeemi. Oikeus on luonteeltaan sekä ”a body of principles”²⁴ että ”a set of rules”.²⁵ Toiseksi oikeus on yhteiskunnallisesti muuttuva ja kehittyvä ilmiö. Dworkinin ajatus laajasta ja suppeasta periaate-kategoriasta sisältää myös eräitä kannanottoja oikeuden ja yhteiskuntapolitiikan suhdetta ja niiden kehitystä koskevaan kysymykseen. Näitä kahta seikkaa pyrin havainnollistamaan jaksossa 4 oikeuslähdeoppia koskevien tarkastelujen yhteydessä. Ne koskevat erityisesti työoikeutta ja kansainvälistä oikeutta.

Dworkin on mielestäni monia muita teorioita paremmin tuonut esiin sääntöjen, periaatteiden ja yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden mutkikkaan vuorovaikutussuhteen keskeisiä ongelmia. Edellä oleva tarkastelumme on kuitenkin tuonut esiin erään ilmeisen seikan: Dworkinin ajatuksia on olennaisesti systematisoitava ja yhdistettävä eräisiin laajempiin taustaongelmiin. Tämän mukaisesti ajattelen, että hänen keskeiset ajatuksensa kolmijaottelussa *säännöt/periaatteet/tavoitteet* liittyvät kahteen suurempaan kysymykseen. Ensimmäisessä niistä säännöt asettuvat vastakkain periaatteiden ja tavoitteiden kanssa. Toisessa taas muodostuu asetelma, jossa on kysymys tavoitteiden erityisluonteesta sääntöihin ja periaatteisiin verrattuna. Nämä kysymykset koskevat perimmältään oikeuden ja moraalien sekä oikeuden ja politiikan suhdetta. Käsitellen kummankin ongelman peruspiirteitä jaksoissa 2 ja 3.

raan konkreettiseen tapaukseen (”logically as a rule”) voi löytää eri oikeuden aloilta. Dworkinin oma esimerkki koskee kohtuullistamista, ja se vastaisi meillä OikTL 36 §:n tarkoittamaa sovellutustilannetta. Eri asia on se, että oikeuskäytäntö voi luoda tarkempia sääntökategoriaan kuuluvia kriteereitä, rajoituksia ja täsmennyksiä. Ks. Pöyhönen 1988, 330 ss., Ämmälä 1988, 46–57. Mielenkiintoisen tapausryhmän muodostaa yhdenvertaisuuden soveltaminen rikosoikeuden alueella. Ks. esim. KKO 1973 II 73: Kahdelle rikoskumppanille samassa jutussa tuomitut rangaistukset olivat ilmeisessä epäsuhteessa keskenään. Rangaistusten mittaaminen, joka siten loukkasi yhdenvertaisuusperiaatetta, katsottiin virkavirheeksi. Esimerkistä lausun kiitokseni Ari-Matti Nuutilalle.

²² Ks. esim. Peczenik 1987, 58, vrt. Alexy 1985, 144–154.

²³ Vrt. Alexy 1985, 104–106.

²⁴ Salmond 1924, 39 ja 61, vrt. Tolonen 1988, 194.

²⁵ Dworkin 1977b, otsake.

2 SÄÄNNÖT VS. PERIAATTEET JA TAVOITTEET: OIKEUS JA MORAALI

”Sometimes a rule and a principle can play the same role, and the difference between them is almost a matter of form alone. The first section of the Sherman Act states that every contract in restraint of trade shall be void. The Supreme court had to make the decision whether this provision should be treated as a rule in its own terms (striking down every contract, ‘which restrains trade’, which almost every contract does) or a principle, providing a reason for striking down a contract. . . This allowed the provision to function *logically* (kurs. H. T.) as a rule (whenever a court finds that the restraint is ‘unreasonable’ it is bound to hold the contract invalid) and *substantially* (kurs. H. T.) as a principle (a court must take into account a variety of other principles and policies in determining whether a particular restraint in particular economic circumstances is ‘unreasonable’).”^{25a}

Sääntö–periaate-keskustelua värittää usein oletamus Dworkinin ehdottomasta rajanvedosta näiden normityyppien välillä. Tällaisen käsityksen ja samalla Dworkinin ajatusten kritiikki on tässä mielessä usein esityksen lähtökohtana, kuten esim. Neil MacCormickilla.²⁶ Jonkinlainen epämääräisyys on ehkä muutenkin usein luonteenomaista mainitulle keskustelulle. Sen kohteena on monesti kysymys siitä, vallitseeko sääntöjen ja periaatteiden välillä ”laadullinen ero”.²⁷ Tässä suhteessa mielipiteet jakautuvat kysymykseen myöntävästi ja kieltävästi vastaaviin vaihtoehtoihin Alexyn ja Peczenikin edustaessa lähinnä edellistä, MacCormickin ja Razin taas pikemmin jälkimmäistä kantaa.²⁸ Tämä ongelma ei kuitenkaan ole ensisijainen vaan pikemminkin terminologinen. Dworkinin alkuperäinen ja osin aiheetta kritisoitu kanta ei mielestäni rakennu ehdottoman rajanvedon ajatukselle kuten MacCormick esittää.²⁹

Toisaalta keskustelu on koskenut sitä tärkeämpää kysymystä, mihin sääntöjen ja periaatteiden välinen (laadullinen tai suhteellinen) ero perustuu tai voisi perustua. Myös tässä suhteessa keskustelua värittää tietty yksipuolisuus. Ratkaisevaksi kriteeriksi näyttävät nimittäin nousseen sääntöjen ja periaatteiden soveltamisedot ja siihen liittyen niiden luonteeltaan erilaiset kollisiotilanteet. Alexyn esitys on mielestäni tässä suhteessa puhdaspiirteinen esimerkki.³⁰

^{25a} Dworkin 1977a, 27–28 ja Dworkin 1977b, 48–49.

²⁶ MacCormick 1978, 153 ja MacCormick 1982, 131.

²⁷ Alexy 1985, 75.

²⁸ Ks. tarkemmin Tolonen 1988, 188–189, erit. av. 37 ja 38.

²⁹ MacCormick, erit. 1978, 153 ss.

Olen toisessa yhteydessä pyrkinyt osoittamaan, että sääntö–periaate-erottelun perustana voi olla kolme eri tekijää, joita olen kutsunut tunnistamiseksi (*validiteetiksi*), soveltamiseksi (*relevanssiksi*) ja systematisoinniksi.³¹ Näitä kolmea kriteeriä ei kuitenkaan ole tarkoitettu tekemään ehdotonta rajaa sääntö–periaate-kategorioiden välillä. Pikemminkin tarkoituksena on kiinnittää huomiota mainitun eron useisiin eri vivahteisiin ja merkityksiin. Ne tekevät tämän eron samalla suhteelliseksi. Eivätkö säännöt voi esiintyä koskaan väljinä ja harkinnanvaraisia elementtejä sisältävinä? Onko normi tällaisessa tapauksessa ehdottomasti luokiteltava periaatteeksi? Eikö periaatteen tunnistaminen (voimassaolo) voi olla aivan yhtä yksiselitteistä kuin sääntöjen kohdalla sen perustuessa nimenomaiseen lainsäännökseen (esim. OikTL 36 §) tai selvästi vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön?

Nämä kysymykset osoittavat mielestäni verraten yksiselitteisesti, että on syytä lopettaa puhuminen ”laadullisesta erosta” ja ehdottomasta rajanvedosta sääntöjen ja periaatteiden välillä. Tämä seikka ei kuitenkaan ratkaise tai poista toista ilmeistä perusasiaa: on olemassa monia eri kriteereitä ja näkökohtia, joiden valossa säännöt ja periaatteet muodostavat kaksi merkittäväällä tavalla erilaista tapaa tarkastella oikeudellisia normeja.

Kaikkien näiden erottavien kriteerien taustalla on yksi yhteinen tekijä: oikeuteen kuuluu aina – suuremmassa tai pienemmässä määrin – arvostavia, harkinnanvaraisia ja itse oikeuden sisältöä koskevia elementtejä, joita ei voida palauttaa yksiselitteisiksi säännöiksi. Tämä on mielestäni tulkittavissa myös MacCormickin perusajatukseksi, kun hän (hylätessään ehdottoman sääntö–periaate-erottelun ja kritisoidessaan Dworkinia) kirjoittaa: ”To call a norm ‘a principle’ is thus to imply that it is both relatively general, and of positive value”.³²

Toisessa yhteydessä olen pyrkinyt täsmentämään tätä periaatteille ominaista arvostuksellista elementtiä yhtäältä yrittämällä tematisoida kysymyksen tällaisten arvostusten institutionaalisista ehdoista ja rajoittavista tekijöistä ns. *institutionaalisen tuen* käsitteen avulla. Toisaalta olen pyrkinyt näkemään oikeuden ”arvoelementin” palautuvan viime katsannossa nimenomaisesti oi-

³⁰ Alexy 1985, 72 ss.

³¹ Tolonen 1988, *passim*.

³² MacCormick 1978, 152, myös 152–153. Ajatus on samansuuntainen kuin John Rawlsin varhaisemmassa artikkelissa (Rawls 1955, ks. ed. av. 2). Myös Rawlsin olennaisena ajatuksena on erottaa kahdenlaiset toimintaohjeet (*summary rules / practice rules*). Edellisten tehtävänä on ”to give reason” (ks. Tolonen 1988, *in fine*). Rawlsin käsityksen erityispiirteistä ks. ed. av. 2 ja Hodgson 1977, 23–26.

keudellista systematisointia koskevaksi ongelmaksi, joka ilmenee erityisesti oikeusjärjestelmään kuuluvien yleisten oppien kohdalla. Tässä esityksessä suoritetaan hieman toisenlaisen jaottelun niistä kriteereistä, joiden valossa säännöt ja periaatteet näyttäytyvät erilaisina juuri oikeudelle ominaisen arvostavan ja harkinnanvaraisen elementin osalta. Jaotteluni ei ole uusi vaan pikemminkin aiemmin esitettyjä ajatuksia systematisoiva.³³ Sen mukaisesti säännöt ja periaatteet poikkeavat toisistaan kolmessa eri suhteessa.

(a) *Tunnistamisedot* (VALIDITEETTI)

Voimme tiivistää sääntöjen ja periaatteiden eron seuraavasti:

säännöt:

- (formaalinen) tunnistamissääntö,
rule of recognition

periaatteet:

- (sisällöllinen) merkitys, arvo, voima,
dimension of weight, strength
- institutionaalinen tuki,
institutional support

Yleisesti ottaen voidaan sanoa, että sääntö–periaate-keskustelussa ei ole otettu huomioon erästä tärkeää ajatusta. Dworkin määrittelee säännöt tavalla, joka erottaa ne periaatteista muutenkin kuin soveltamissehtojen suhteen. Lähtökohtaisessa oikeuspositivismin määrittelyn yhteydessä (”legal positivism”, jonka kritiikistä on kysymys) Dworkin kirjoittaa ”These special rules (= legal rules, H. T.) can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or manner in which they were adopted or developed... The set of these valid legal rules is exhaustive of ’the law’.”³⁴

(Oikeus)säännöt tunnustetaan siten muodollisen, niiden alkuperää koskevan kriteerin mukaan, jolla ei ole mitään tekemistä niiden sisällön tai arvon kanssa. Klassisessa englantilaisessa oikeuspositivismissa suvereenin vallan haltijan tahto edusti tällaista kriteeriä (kuten John Austinilla). Modernissa oikeudellisessa positivismissa vastaavaa kriteeriä edustaa sosiaalisesti vakiintunut sääntö, jonka avulla voimassa olevat oikeussäännöt voidaan yksiselitteisesti erottaa muista sosiaalisista normeista. Tätä sääntöä on H. L. A. Hartin alun perin esittämän, nykyään jo vakiintuneen terminologian

³³ Tolonen 1988, 188–193 erit. av. 36–39.

³⁴ Dworkin 1977a, s. 14 ja Dworkin 1977b, 38.

mukaisesti kutsuttu tunnistamissäännöksi, *rule of recognition*.³⁵ Tämän ajatustavan kritiikille Dworkin omistaa laajaa huomiota.³⁶ Hänen keskeinen tutkimustuloksensa on esitykseni kannalta tiivistettävissä seuraavaan muotoon. Säännöt tunnistetaan (voimassa oleviksi) formaalisen kriteerin mukaan. Periaatteiden osalta ei tällaista kriteeriä ole. Siksi periaatteet on tunnistettava niiden sisällön, arvon tai merkityksen nojalla.³⁷

Toisaalta tämä periaatteiden tunnistamiselle ominainen sisällöllinen ja arvostuksenvarainen kriteeri ei voi olla pelkkä esittäjänsä subjektiivinen mielipide. Sen tulee olla – suuremmassa tai pienemmässä määrin – *institutionaalistunut*. Tämän ajatuksen mukaisesti Dworkin viittaa esityksessään kaksi kertaa ns. *institutionaalisen tuen* käsitteeseen (*institutional support*).³⁸ Tämän ajatuksen mukaan voimassa olevalla periaatteella tulee olla institutionaalista tukea laissa, sen esitöissä, vakiintuneessa sosiaalisessa käytännössä (tapaoikeudessa) jne. Tätä tuen määrää ei voida kuitenkaan ilmaista formaalisin kriteerein.³⁹ Tämä erottelukriteeri sääntöjen ja periaatteiden välillä ei ole keskeisestä merkityksestään huolimatta tavoittanut nykyistä sääntö–periaate-keskustelua.

(b) *Soveltamisedhot* (RELEVANSSI)

Edellä on mainittu, että nykyinen sääntö–periaate-keskustelu pitää (ainoana) erottavana tekijänä kummallekin normikategorialle ominaisia soveltamisedhoja. Tämä erottava tekijä voidaan tiivistää seuraavasti:

säännöt:

- joko–tai-soveltaminen, lopullinen, yksiselitteinen, ”definitiv” (Alexy)

periaatteet:

- paino, arvo, merkitys ”dimension of weight”, ”dimension of strength”
- (konkreettisen) sovellustilanteen olosuhteiden mukainen

³⁵ Hart 1961, 72 ss. erit. 107. Hartin (ja Dworkinin) kritisoima John Austin määrittelee oikeuden käskyksi ja suvereenin vallan ilmaukseksi: ”Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term *properly*) is a command” (Austin 1885, 96, 98, 100, 169, 178, 179). ”Every positive law, or Law simply and strictly so called, is set by a sovereign person or by a sovereign body...” (220).

³⁶ Dworkin 1977a, 39–45 ja Dworkin 1977b, 60–65.

³⁷ Tolonen 1988, 187–188.

³⁸ Dworkin 1977a, 40 ja 64–68.

³⁹ Vrt. Tolonen 1988, 187–188.

Soveltamis- ja tunnistamisehtojen täydellinen kytkeminen toisiinsa näytetään ajatuksena, että ”painoultuvuus” on yksi ja yksiselitteinen ominaisuus. Sitä se ei mielestäni ole. On erotettava toisistaan periaatteen yleinen, abstrakti voimassaolo ja sen soveltaminen konkreettisesti ratkaisu- tai tulkintatilanteessa. Ne ovat käsitteellisesti eri asioita. Tämä epäselvyys esiintyy nähdäkseni alkuperäisellä Dworkinilla mm. ilmaisuna: ”If two rules conflict, one of them cannot be valid.” Ajatus on harhaanjohtava tavalla, johon tulemme seuraavassa kohdassa.⁴⁰ Periaatteisiin liittyy myös toinen arvoarvostelmille ominainen piirre: niiden arvon tai merkityksen toteaminen tapahtuu usein konkreettisten olosuhteiden vaatimusten mukaisesti, so. kontekstuaalisesti. Tähän näkökohtaan palaamme tuonnempana eräissä yhteyksissä.⁴¹

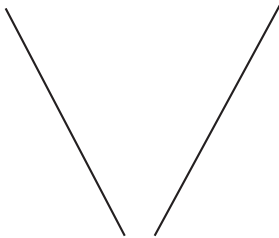
(c) Ristiriitatilanteet

Perusajatukseni voidaan tiivistää seuraavaan muotoon:

säännöt:

MK 1:2

PK 17:3



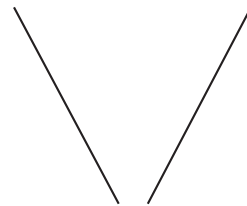
Ristiriita soveltamistilanteessa: (perintöosuuden luovutus, johon kuuluu kiinteistö; PK 17:3 sisältää erilaisen muotovaatimuksen kuin MK 1:2). – Ratkaistaan formaalin kriteerin mukaan, tässä tapauksessa tulkintaperiaatteella *lex specialis derogat legi generali*

periaatteet:

(esim. moraalin alueelta):

tarpeettoman
kärsimyksen
välttäminen

tappamisen
kielto



Periaatteiden päällekkäinen sovellustilanne: armomurhan tapaus. – Ei voida ratkaista formaalin kriteerin mukaan, edellyttää kannanottoa periaatteiden arvoon ja merkitykseen sekä yleisesti että käsiteltävänä olevassa tilanteessa.

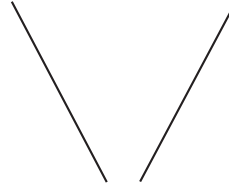
⁴⁰ Ibid., erit. av. 37 ja 38.

⁴¹ Tolonen 1984, 127 ss., 184 ja ss. ja 249 ss.; vrt. Rentto 1988, 63 ss. ja 356 ss.

periaatteet:

(esim. oikeuden alueelta):

neuvotteluriskin lojaliteetti-
periaate periaate



Oikeusperiaatteiden päällekkäinen (*prima facie*) sovellutustilanne (vrt. v. Herten 1983, 183 ss.; Taxell 1987, 30 ss.). – Ratkaistaan samojen suuntaviivojen mukaisesti kuin moraalis-ten periaatteiden tapauksessa

Tässä olen erottanut sääntöjen ja periaatteiden ”ristiriitatilanteet” omaksi ryhmäkseen niitä erottavien tuntomerkkien kannalta. Yleensä kysymystä käsitellään välittömästi soveltamiseksi koskevana kysymyksenä (eli edellisen b-kohdan tapauksena), kuten myös Dworkin menettelee.⁴² Tällöin on herätetty kysymys, voidaanko periaatteiden kohdalla oikeastaan puhua ristiriidasta, koska niiden sovellutusalue on epämääräinen ja niillä on tässä mielessä vain *prima facie*-luonne.⁴³ Tämä kysymys on mielestäni pikemmin terminologinen kuin asiallinen. Samanlaisena kysymyksenä näen ongelman siitä, ovatko säännöistä tehtävät poikkeukset (toisin kuin periaatteiden kohdalla) tyhjentävästi lueteltavissa vai eivät.⁴⁴

Sitä vastoin mielestäni asiallisesti olennainen kysymys koskee oikeusperiaatteiden kohdalla kahden periaatteen ”ristiriitatilanteen” luonnetta. Jälleen kohtaamme formaalisen ja sisällöllisen (”arvostuksenvaraisen”) vastakohtaisen asetelman – mutta uudessa asiayhteydessä. Sääntöjen välinen ristiriita ratkaistaan formaalin kriteerin mukaan niiden sisällöstä, arvosta tai ”painosta” riippumatta. Tällaisia formaaleita kriteereitä on kolme, *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori* ja *lex*

⁴² Dworkin 1977a, 24–28 ja Dworkin 1977b, 45–48, Alexy 1985, 77.

⁴³ Alexy 1985, 87 ja ss., Dworkin, *ibid*.

⁴⁴ Dworkin 1977a, 25 ja Dworkin 1977b, 46, toisin Alexy 1985, 88–89.

posterior derogat legi priori. Sen sijaan periaatteiden osalta vastaava tilanne ratkaistaan ”painoulottuvuuden”, so. sen merkityksen ja arvon mukaan, mikä niille toisiinsa nähden sovellutustilanteessa annetaan. Tämä seikka tekee oikeudellisista periaatteista *rinnakkaisen* ilmiön moraalisten periaatteiden kanssa. Niiden toimintatapa ja ”logiikka” muistuttavat läheisesti toisiaan edellä esitetyn tiivistelmän mukaisesti: kummallakin alueella periaatteiden päällekkäinen sovellutustilanne ratkaistaan sisällöllisin ja arvostuksenva-raisin kriteerein.

Kuitenkaan oikeus ei ole sama asia kuin moraalit. Oikeudelliset periaat- teet *eivät* ole *identtisiä* moraalisten periaatteiden kanssa. Dworkinin ajatus oikeuden ja moraalin erottamattomuudesta on otettava tietyn varauksin (”... no ultimate distinction can be made between legal and moral standards, as positivism insists”).⁴⁵ Oikeus on nimittäin *institutionaalista moraalista*. Oikeudellisiin periaatteisiin liittyvät arvostavat elementit ovat tiettyjen institutionaalisten ehtojen rajoittamia ja ohjaamia.

Olemme edellä käsitelleet kysymystä siitä, miten oikeusperiaatteen tunnistamiseen liittyy ns. institutionaalisen tuen perusajatus: oikeusperi- aate ei ole voimassa oleva pelkästään lausujansa arvostuksien perusteella. Vastaavasti voi luonnollisesti syntyä lainsäädännön ja oikeuskäytännön institutionaalistamia, periaatteiden sovellutus- ja ristiriitatilanteita rajoitta- via ja ohjaavia normeja. Eräs tärkeä ajatus jää kuitenkin jäljelle oikeuden ja moraalin erottamattomuutta koskevasta teesistä. Näitä institutionaalisia ehtoja ei voida koskaan *tyhjentävästi* määrittää formaalisin sääntökatego- riaan kuuluvien normien, kuten Peczenik ja osittain Alexy esittävät.⁴⁶ Tästä ajatuksesta on mielestäni tärkeänä osoituksena tilanne, jossa sääntöjen ris- tiriitoja poistavat periaatteet *lex specialis* ja *lex superior* joutuvat ristiriitaan (kuten Työllisyyslain ja Työvoimaministeriön päätösten ristiriitatilanteessa). Oikeusperiaatteet sisältävät sekä arvostavan että institutionaalisen puolen, joista kumpaakaan ei voida palauttaa toiseen. Tämä asia on kuitenkin laaja- kantoinen, ja sen yksityiskohtien käsittely kuuluu toiseen yhteyteen.

⁴⁵ Dworkin 1977a, 46.

⁴⁶ Ks. Peczenik 1987, 58 ja Alexy 1985, 79–84 sekä 121–122. Alexy tarkoittaa lähinnä sääntöjen primaattia periaatteisiin nähden (lähinnä mielestäni sovellutustilanteessa): ”Die Antwort kann nur lauten, dass unter dem Gesichtspunkt der Bindung ein Vorrang der Regel- ebene besteht.” Ks. *ibid.*, 121.

3 TAVOITTEET VS. PERIAATTEET JA SÄÄNNÖT: POLITIikka JA OIKEUS

Jaksossa 2 esitetyn perusajatuksen mukaisesti säännöt ovat monessa suhteessa erilaisia oikeusjärjestyksen elementtejä kuin periaatteet ja yhteiskuntapoliittiset tavoitteet (eli Dworkinin periaatekategoria laajassa mielessä). Tämä ei kuitenkaan edellytä ”laadullisen eron” tai ehdottoman rajanvedon ajatusta, eikä Dworkin sellaista edellyttänytkään. Näissä perusajatuksissa en näkisi mitään syytä torjua Dworkinin näkemystä, joskin sitä voidaan systematisoida ja perustella jonkin verran pitemmälle menevin argumentein.

Tilanne muuttuu toiseksi, kun tarkastelemme lähtökohtaisen erottelumme *säännöt/periaatteet/tavoitteet* toista laajaa pääkysymystä. Se koskee tavoitteiden suhdetta periaatteisiin ja sääntöihin (eli asetelmaa *tavoitteet vs. periaatteet ja säännöt*). Tällöin on kysymys jostain muusta kuin yksiselitteisten sääntöjen ja väljien toimintaohjeiden problematiikasta. Näitä kahta laajempaa aspektia ei ole pidetty systemaattisesti erillään.⁴⁷ Tällä seikalla on tietty perusteensa Dworkinin omassa esityksessä, jonka erittelyyn pyrin seuraavassa.

Kysymykseni kuuluu siten sekä Dworkinia koskevana että yleisempänä ongelmana: Minkä näkökohtien mukaan erottelua yhtäältä tavoitteiden ja toisaalta periaatteiden ja sääntöjen välillä on järkevää ja oikeusjärjestyksen erittelyn kannalta tarkoituksenmukaista ylläpitää? Tällaisten seikkojen olemassaolo ja jonkinlaisen erottelun mielekkyys on sinänsä ilmeistä. Valtiollisoikeudelliseen järjestelmäämme on jossain muodossa keskeisesti juurtunut ajatus, että lainsäätäjät tekee yhteiskuntapoliittisesti tärkeimmät tavoitevalinnat, joihin tuomioistuin ja oikeustiede ovat sidottuja. Tämän mukaisesti jotkut toimintaohjeet ovat oikeusjärjestyksen sisäisiä (säännöt, periaatteet), jotkut taas sen ulkopuolisia (”extra-legal”, yhteiskuntapoliittiset tavoitteet). Tähän orientoivaan ja yleisluontoiseen erotteluun Dworkin viittaa esityksessään useassa yhteydessä. Tämän esityksen kannalta kysymys voidaan myös muotoilla ongelmaksi, voidaanko ja missä määrin tällaista eroa tehdä.

Omasta mielestäni tällainen erottelu on tarpeellinen, useassa yhteydessä jopa välttämätön. Kuitenkin se on tehtävä eri tavalla ja eri perusteella kuin Dworkin. Tässä suhteessa voin nojautua osittain siihen laajahkoon kritiik-

⁴⁷ Alexy 1985, 98–99 ja 118–119; MacCormick 1978, 133–135 ja 230 ss.; MacCormick 1982, 126 ss.; Tuori 1987b, 105–109.

kiin, jota mm. Alexy, MacCormick ja Tuori ovat esittäneet.⁴⁸ Kuitenkin näkemykseni toisaalta poikkeaa mainitusta Dworkin-kritiikistä. Ajattelen nimittäin, että erottelu tavoitteiden/periaatteiden (sääntöjen) välillä koskee useampaa näkökohtaa eikä ole täysin ehdoton tai ”laadullinen”. Tulemme itse asiassa samaan näkökohtaan kuin edellä sääntö–periaate-eron yhteydessä: kysymys ei ole kategorisesta luokittelusta vaan pikemminkin erilaisista näkökohdista, joiden mukaan erottelu esiintyy milloin selvempänä, milloin vaikeammin tunnistettavissa olevana.

Dworkinin ajatukset tavoitteiden ja periaatteiden (sääntöjen) erosta ovat moniselitteisiä ja tulkinnanvaraisia. Tämä johtuu mielestäni siitä, että niiden tarkoituksena ei ole ehkä ensisijaisesti oikeusteoreettinen analyysi. Pikemminkin Dworkinin tähtäimessä on tietynlainen yhteiskuntapoliittinen ja yhteiskuntamoraalinen teoria.⁴⁹ Eräät tärkeät oikeusjärjestyksestä koskevat teoreettiset kannanotot esiintyvät yhteiskuntapoliittisen teorian lähtökohtana ja rakenneosana.

Dworkinin teoksissa esiintyy mielestäni selvästi kaksi tärkeällä tavalla erilaista näkökohtaa ja perusajatusta, joiden mukaan tavoitteet ja periaatteet (säännöt) ovat erotettavissa toisistaan. Kutsun niitä seuraavassa esityksessä *individuaalisten oikeuksien teesiksi* (”the rights thesis”)⁵⁰ ja *yleistettävyysteesiksi*. Dworkin ei itse tee nimenomaisesti tällaista erottelua ja puhuu yleistettävyyden asemesta ”johdonmukaisuudesta” (”consistency”).⁵¹ Viimeksi mainittuun käsitteeseen palaamme. Mainitut kaksi periaatteita ja tavoitteita erottavaa tekijää koskevat yhtäältä niille ominaista kohdetta ja toisaalta niille ominaista toimintatapaa.

Dworkinin ajattelutavan lähtökohta on mielestäni itse asiassa selkeä. Se sisältää ajatuksen siitä, että mainittu ero on tärkeä muttei joka suhteessa ehdoton. Tavoitteet koskevat taloudellisen, poliittisen tai sosiaalisen päämäärän edistämistä, kun taas periaatteiden sisältönä on ”oikeudenmukaisuus, tasapuolisuus tai jokin muu (yhteiskunta)moraalin ulottuvuus” (”requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”). Niiden

⁴⁸ Erityisesti Alexy ja MacCormick kritisoivat Dworkinia siitä, että Dworkinin mukaan periaatteet voivat liittyä vain individuaalisiin oikeuksiin (*individual rights*) mutta eivät sosiaalisiin tavoitteisiin (*social goals*). Kritiikki on oikeutettua. Kuitenkin tämän esityksen näkökulma on toinen. Näihin seikkoihin palaamme. Ks. erit. Alexy 1985, 98–99, 118–119 ja MacCormick 1982, 143.

⁴⁹ Vrt. MacCormick 1982, 127.

⁵⁰ Dworkin 1977a, 82 ja ss.

⁵¹ Ibid., 88 ja 121.

ero voi hävitä, jos yhteiskuntapoliittisen tavoitteen sisältönä on periaatteen toteuttaminen tai jos tavoitteellisuus itse puetaan periaatteen muotoon kuten tapauksessa ”mahdollisimman paljon hyvää mahdollisimman monelle”. Tämän jälkeen Dworkin esittää hieman arvoituksellisen ajatuksen: ”In some contexts the distinction (= between goals and principles H. T.) has uses which are lost if thus collapsed”.⁵² Mitkä ovat ne asiayhteydet, joissa erottelulla on käyttöä ja joissa eroa tavoitteet vs. periaatteet (ja säännöt) ei voida hävittää?

Ensimmäinen tapaus, jossa erottelulla on merkitystä, koskee mainitsemaani *individuaalisten oikeuksien teesiä* eli Dworkinin esittämää ajatusta ”the rights thesis”. Tätä teesiä voidaan pitää monessa suhteessa Dworkinin teorian keskeisenä ja samalla moniulotteisena ajatuksena.

Dworkinin teesin lähtökohta on ajatus siitä, että (sääntöjen ohella) periaatteet luovat oikeuksia. Nämä *individuaaliset oikeudet* ovat puolestaan perustana kahdelle luonteeltaan erilaiselle perustelutavalle, *periaateargumenteille* ja *tavoiteargumenteille*:

”Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals.”^{52a}

Nämä lauseet ovat ehkä koko Dworkinin tuotannon ydin, mutta esiintyvät eri yhteyksissä eri tavoilla tulkittuina. Tämän perusasetelman mukaan oikeudet ja niitä luovat periaatteet samastuvat oikeudenmukaisuuteen (justice) tai tasapuolisuuteen (fairness).⁵³ Niiden vastakohtana esiintyy usein utilitaristisen etiikan teorian valossa esitetty hyöty. Tässä suhteessa Dworkin kuitenkin välttää täsmällisiä määritteitä; eräässä yhteydessä hän kuitenkin erottaa ”deontologiset” ja ”teleologiset” teorat.⁵⁴ Ylipäänsä mikä tahansa yhteiskuntapoliittinen päämäärä voi kuulua tavoitteiden kategoriaan: yleinen hyvinvointi, tasa-arvon lisääminen ja kansallisen puolustuksen turvaaminen.⁵⁵

⁵² Dworkin 1977a, 23 ja Dworkin 1977b, 44.

^{52a} Dworkin 1977a, 90; myös 82.

⁵³ Dworkin 1977a, 97.

⁵⁴ Dworkin 1977a, 169. Vrt. myös edellä av. 2 ja siinä lausuttuja näkökohtia John Rawlsin ja Dworkinin antiutilitarismista.

⁵⁵ Dworkin 1977a, 83 ja 169. Ongelma on sama kuin kysymys Benthamin ”yhteiskuntahyödyn periaatteen” (*principle of utility*) tarkemmasta sisällöstä. Ks. ed. av. 10.

Yhteiskunnalliseen hyötyyn ja tavoitteisiin perustuvan argumentin vastakohta on periaatteisiin perustuva argumentti individuaalisista oikeuksista. Niiden lähtökohtana on oikeudenmukaisuus ja tasapuolisuus. Teesi individuaalisista oikeuksista sisältää kuitenkin jotain ratkaisevasti enemmän kuin ajatus distributiivisesta oikeudenmukaisuudesta.⁵⁶ Kansalaisilla on oikeuksia, jotka ovat riippumattomia mistään viranomaisten toimenpiteistä. Tällaiset oikeudet ovat perustana kollektiivisista päämääristä erotettaville individuaalisia oikeuksia koskeville periaateargumenteille. Täten kahden argumentin ero saa keskeisen merkityssisältönsä vastakohtadista *individual/collective*.

Mitä tällaisia oikeuksia on? Ensinnäkin oikeusjärjestys takaa kansalaisille toisiaan vastaan merkittävän joukon oikeuksia, kuten fyysisen loukkaamattomuuden, vapauden jne. Näitä MacCormick on kutsunut osuvasti primaari-oikeuksiksi.⁵⁷ Toiseksi kansalaisilla on oikeuksia julkisia instituutioita, kuten tuomioistuimia, vastaan. Niitä MacCormick kutsuu sekundaarioikeuksiksi ja Dworkin institutionaaliseksi oikeuksiksi (*institutional rights*). Eräs tärkeä institutionaalinen oikeus on kansalaisen oikeuspiirin loukkaamattomuus taannehtivaa lainsäädäntöä vastaan. Sellaisen perusteena voisi olla vain kollektiiviseen päämäärään nojaava tavoiteargumentti. Dworkin näyttää edellyttävän, että tällainen tapaus on oikeastaan käsitteellisesti mahdoton: koska kansalaisella oli jo ennen viranomaisen päätöstä kyseinen oikeus, ei viranomaisella voi olla oikeutta (kompetenssia) loukata sitä. Toisaalla periaate- ja tavoiteargumentin eroa luonnehditaan seuraavalla valtion ja yksityisen kansalaisen suhdetta kuvaavalla esimerkillä. Valtio on lainsäädännöllisesti sitoutunut tukemaan puolustusteollisuuden yritystä. Oikeus, joka yrityksellä on valtiota vastaan, nojautuu individuaalisia oikeuksia koskevaan periaateargumenttiin. Sen ei tarvitse vedota tavoiteargumenttiin, esim. kansalliseen turvallisuuteen nojautuvaan perusteeseen.⁵⁸

Esimerkki vaikuttaa juridisesti vähemmän sofistikoitulta ja koko individuaalisten oikeuksien teesi epämääräiseltä. Sen merkitys ja kiinnostavuus perustuukin nähdäkseni itse peruskysymykseen siitä, voidaanko tavoitteiden ja periaatteiden (sääntöjen) ero tehdä mainitulla tavalla luonnehditun kahden eri argumentaatiotyypin nojalla.

Individuaalisten oikeuksien teesi periaatteita ja tavoitteita koskevana kriteerinä esiintyy Dworkinilla selvästi eri yhteyksiä ja vivahteita sisältävänä

⁵⁶ Ks. Heller 1987, 180–205.

⁵⁷ MacCormick 1982, 132.

⁵⁸ Dworkin 1977a, 83.

ajatuksena. Sen ytimen tavoitteiden ja periaatteiden erottelussa muodostaa mielestäni ajatus, että kansalaisen oikeudet voivat perustua vain sääntöihin ja periaatteisiin, eivät yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin. Vastaavasti tuomioistuimen toiminta (jossa nämä oikeudet todetaan) perustuu sääntöihin tai niiden puuttuessa (ns. *hard case* -tapauksissa) periaatteisiin. Täten tuomioistuimen ratkaisu nojautuu perusteisiin, jotka ovat tyyppiä ”argument of principle”, eivät sitä vastoin ”argument of goal”. ”... judicial decisions in civil cases, even in hard cases like *Spartan Steel*, characteristically *are and should be* (kurs. H. T.) generated by principle not policy”; ”... judicial decisions in hard cases are characteristically generated by principle not policy.”⁵⁹

Tämä tuomioistuimen toimintaa ja sen ratkaisun luonnetta erittelevä näkökohta sisältää useampia erilaisia ja eritasoisia perusteita. Ensimmäinen on vallanjakoa koskeva, lainsäätäjän ja tuomioistuimen toimintapiiriä koskeva ajatus. Yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden asettaminen ja niiden toteuttamiseen liittyvät perusratkaisut kuuluvat lainsäätäjälle; tämän mukaisesti lainsäätäjää ohjaavat nimenomaisesti tavoiteargumentit.⁶⁰ Sitä vastoin tuomioistuimen toimintaa hallitsee sidonnaisuus joko yksiselitteisiin sääntöihin tai väljiin – jopa formuloimattomiin – toimintaohjeisiin; tämän mukaisesti tuomioistuintoiminnalle on leimallista periaateargumentaatio. Vallanjakoa koskeva näkökohta laajenee toiseksi, ratkaisutoiminnan luonnetta koskevaksi oikeusteoreettiseksi perusajatuksiksi. Tuomioistuin on ja sen pitää olla ”sidottu periaatteisiin” (*bound by principles*). Tämä ratkaisuteoreettinen näkökohta rakentuu lopultakin sille asettamukselle, että kansalaisen periaatteisiin nojautuvat oikeudet ”ovat olemassa” jo ennen ratkaisua. Tämän mukaisesti Dworkin olettaa, että tuomioistuimilla on tällaisissa tilanteissa vain yksi mahdollisuus ratkaista asia. Ajatus johtaa ns. yhden ainoan oikean ratkaisun oppiin, jota meillä Aarnio on aiheellisesti kritisoinut.⁶¹ Dworkinin yhden oikean ratkaisun oppi idealisoituneine Herkules-tyypeineen liikkuu kuitenkin nähdäkseni toisella ulottuvuudella kuin tavanmukainen oikeusteoreettinen analyysi.

Kolmantena individuaalisiin oikeuksiin liittyvänä seikkana esiintyy nimittäin ratkaisutoiminnan luonnetta koskevan kysymyksen välitön ja problemaattinen kytkeminen poliittisen teorian tasolle sekä tietynlaiseksi yhteiskuntapoliittiseksi ideaaliksi. Dworkin erottaa periaateargumentin ja

⁵⁹ Ibid., 84 ja 97.

⁶⁰ Ibid., 82 ja 83.

⁶¹ Ks. Aarnio 1987b, 161 ss.

tavoiteargumentin niiden erilaisen distributiivisen luonteen (”distributional character”) vuoksi: edelliset edustavat yksilöille kuuluvia, ”individuated” *poliittisia oikeuksia*, jälkimmäiset taas yksilöille kuulumattomia, ”nonindividuated” kollektiivisia *poliittisia päämääriä*. Kolmannen aspektinsa mukaan Dworkinin teoria esiintyy siten avoimesti liberaalisen poliittisen teorian eräänä muotona. Oikeusjärjestyksen ydin ja perusta ovat klassiset liberaaliset vapausoikeudet. Yksilölliset oikeudet saavat oikeusjärjestyksen ja oikeudellisen argumentaation kannalta ehdottoman etusijan verrattuna ”kollektiivisiin” yhteiskunnallisiin päämääriin. Periaateargumenteilla on oikeusjärjestyksessä ehdoton etusija verrattuna tavoiteargumenteihin.

Dworkinin ajatukset ovat kohdanneet oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa laajaa ja aiheellista kritiikkiä.⁶² Tämän kritiikin paikantaminen ja täsmentäminen oman esitykseni näkökulmasta on kuitenkin tarpeen. Dworkinin teoria ei niinkään epäonnistu ajatuksessaan yhdistää oikeudellinen ja poliittinen teoria – sitä koskevat ajatukset ovat monessa suhteessa mielenkiintoisia joskin ehkä täsmentymättömiä ja moniselitteisiä. Pikemminkin kritiikin ydin on nähdäkseni siinä, että individuaalisten oikeuksien teesiä käyttävä kriteeri ei pysty tekemään erottelua periaateargumentin (sääntöjen ja periaatteiden) ja tavoiteargumentin (tavoitteiden) välillä. Dworkinin tekemä erottelu ei yksinkertaisesti vastaa todellisuutta. Tämä seikka tulee havainnollisesti esiin sen oikeusjärjestyksestä koskevan kehityspiirteen kautta, jota meillä erityisesti Tuori on kutsunut oikeuden tavoitteellistumiskehitykseksi.⁶³

Oikeuden tavoitteellistumiskehitystä koskeva keskustelu ei ehkä vielä ole saanut lopullista muotoaan. Eräs tärkeä ongelma tämän keskustelun kannalta koskee valtion puuttuvan eli interventionistisen lainsäädännön ja itsesäätelevien (ns. refleksiivisten) oikeudellisten mekanismien luonnetta ja suhdetta. Voidaan ehkä puhua itsesääteleviä mekanismeja tai interventio-nistisia piirteitä korostavista ajatuseroista.⁶⁴ Tässä yhteydessä on kuitenkin

⁶² Aarnio 1987b, *ibid.*, Alexy 1985, 98 ss., MacCormick 1982, 126 ss. ja Tuori 1987b, 105–109. Alexyn mielestä Dworkinin periaatekategoria on väärin rajattu. Tällä Alexy tarkoittaa erityisesti sitä, että myös kollektiiviset hyvät kuuluvat periaatteisiin. Alexyn käsite ”kollektive Güter” vastaa Dworkinin tavoitekategoriaa ”collective goals” (Alexy 1985, 89–99 ja 118–119 vrr. Dworkin 1977a, 22–23 ja Dworkin 1977b, 43–44). Alexy mainitsee esimerkkeinä kansanterveyden parantamisen, energiahuollon turvaamisen ja työttömyyden torjumisen. Aarnion kritiikin kohteena on yhden ainoan oikean ratkaisun oppi. Palaamme molempiin esityksiin.

⁶³ Ks. Tuori 1987a ja Tuori 1987b.

⁶⁴ Ks. Teubner 1982, 13 ss. vrr. Hydén 1984, *passim*.

tärkeintä todeta väljien ja tavoitteellisten mekanismien lisääntyvä merkitys oikeusjärjestyksessä. Se, että oikeusjärjestyksen sisään rakennetaan tällaisia tavoitteellisesti väljiä ratkaisumekanismeja, rikkoo ehkä selvimmin Dworkinin käsitteellisen eron periaateargumenttien ja tavoiteargumenttien välillä. Ollakseen oikeudellisia väljien toimintaohjeiden tulisi olla periaatteita ja erota selvästi yhteiskuntapoliittisesta tavoiteargumentaatiosta. Vain siten ne voisivat olla ”individual rights”.

Håkan Hydén on tarkastellut tavoitteellisesti väljää normistoa mielestäni erityisesti interventionistisesta näkökulmasta ja erottanut *oikeuden ulkoisina funktioina* itsesäätelyn, intervention ja (yhteiskunta)suunnittelun, joita vastaa *sisäisinä funktioina* velvollisuus-, harkinta- ja keino/päämäärätyyppiset normit.⁶⁵ Tässä – monessa suhteessa ongelmallisessa – luokittelussa myös suunnittelun voidaan osittain katsoa kuuluvan interventionismin (joka tapauksessa tavoitteellisen argumentaation) alaan. Ajatelkaamme verraten yksinkertaista esimerkkiä, kuten kuluttajansuojalainsäädäntöä tai työoikeudellista neuvottelumekanismia. Niissä on selvästi havaittavissa erilaisten yhteiskunnallisten intressien sovitteluun tähtäävän mekanismin piirteet. Hydén kirjoittaa: ”Rättens funktion i intervenerande sammanhang är att sammanjämka motstridiga mål i syfte att undvika konflikter mellan olika samhällsintressen...”; ”... balansera de olika intressen...”; ”...en avvägning mellan de olika inblandade intressen och då oberoende av ett normativt ställningstagande...”⁶⁶ Tällaisen interventionistisen lainsäädännön ja sen tuloksena syntyneen mekanismin sisältönä on yhteiskunnallinen tavoiteargumentaatio. Mutta samalla se epäilemättä luo yksilöille oikeuksia esim. kuluttajina.

Näyttää siten ilmeiseltä, että Dworkinin erottelu ”argument of principle” ja ”argument of goal” eivät olekaan toisiaan poissulkevia vaan pikemminkin eri tasoilla liikkuvia oikeudellisen argumentaation muotoja. Dworkinin ajatuksen mukaan joutuisimme mielestäni paradoksaalisiin johtopäätöksiin. Vain tuottajan mutta eivät kuluttajan oikeudet olisivat periaateargumentin alaisia ”oikeuksia”, tai neuvotteluvollisuutta ei vastaisi mikään työntekijäpuolen ”oikeus”. Nämä piirteet ovat mielestäni peräisin Dworkinin oikeuksia koskevan teorian poliittisesta näkökohdasta: sen mukaan klassisen liberalismiin vapausoikeudet saavat yksipuolisesti korostuneen aseman ja muodostavat oikeusjärjestyksen sisällöllisen ytimen.

⁶⁵ Hydén 1984, 45 ss., erit. 65.

⁶⁶ Hydén 1984, *passim*, erit. 53–54 ja 70 s.

Individuaalisten oikeuksien teesi ei siten kelpaa tavoitteita ja periaatteita, tavoiteargumentteja ja periaateargumentteja erottavaksi kriteeriksi. Useassa suhteessa se pikemminkin hämärtää kuin selventää tätä rajankäyntiä. Kuitenkin Dworkin on mielestäni aivan oikein kiinnittänyt huomiota moniin sellaisiin seikkoihin, jotka vaativat yleisluontoista ratkaisua (kuten ero lain-sääntäjän ja tuomioistuimen toiminnan välillä ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan luonne yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden ja oikeusnormien kannalta). Miten raja periaatteiden ja tavoitteiden välillä on käytävä? Käyttökelpoisen lähtökohdan tälle kysymykselle tarjoaa toinen Dworkinin käyttämä kriteeri, jota tässä esityksessä kutsun *yleistettävyysteesiksi*.

Dworkin itse ymmärtää yleistettävyysteesin individuaalisten oikeuksien teesin johdannaisena. Tässä esityksessä se erotetaan mainitusta yhteydestään. Tällä vuosikymmenellä yleistettävyyden ajatusta (*universalizability*, *Universalierbarkeit*) on käsitelty oikeudellisen argumentaation rationaalisuuden eräänä tunnusmerkkinä.⁶⁷ Oikeuden tavoitteellisuuden kannalta sitä on laajasti ja selkeästi eritellyt Neil MacCormick. MacCormickin perusajatuksen mukaan tavoitteiden edustama argumentaatio (consequentialist argument) on erottamattomalla tavalla kietoutunut sääntöjen ja periaatteiden edustamaan johdonmukaisuuteen, joita hän kutsuu termeillä *consistence* ja *coherence*.⁶⁸ ”... in hard cases there is a complex interplay between considerations of principle, consequentialist argument and disputable points of interpretation of established valid rules.”⁶⁹ MacCormickin selkeään ja käytännön ratkaisutilanteiden havainnollistamaan ajatukseen ei hänen kysymyksenasettelustaan käsin ole paljoakaan lisättävää. Tämän esityksen näkökulma on kuitenkin toinen ja koskee kysymystä siitä, voidaanko yleistettävyysvaatimuksen nojalla *erottaa* toisistaan tavoitteet/periaatteet (säännöt). Mielestäni vastaus tähän kysymykseen on myöntävä, joskaan ero ei ole ehdoton.

Dworkin käyttää erilaista terminologiaa kuin MacCormick. Hän kirjoittaa:

”The doctrine demands, we might say, articulate consistancy. But this demand is relatively weak when policies (tavoitteet, suom. H. T) are in play. Policies are aggregative in their influence on political decisions and it need not be part of responsible strategy for reaching a collective goal that individuals be treated alone... An argument of principle can supply a justification for a

⁶⁷ Aarnio 1987b, 198, Alexy 1978, 124 ss. ja 214, Peczenik 1986, 113–114.

⁶⁸ MacCormick 1978, 106 ja ss., erit. 153 ss., Tolonen 1988, 191, erit. av. 45.

⁶⁹ MacCormick 1978, 156.

particular decision, under the doctrine of responsibility only if the principle cited can be shown to be consistent with earlier decisions not recanted, and with the decisions that the institution is prepared to make in the hypothetical circumstances.”^{69a}

Havaitsemme Dworkinilla selvän ja teoreettisesti johdonmukaisen yleistettävyydspostulaatin. Se koskee oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita mutta ei tavoitteita – tai se koskee niitä vain rajoitetussa määrin, ”this demand is relatively weak”. Juridinen yleistettävyys on eettisen yleistettävyyden erityistapaus, vastaavalla tavalla kuin oikeus on erityinen yhteiskuntamoraalin muoto.

Yleistettävyyden peruspostulaatin moraalien ja oikeuden alueella on ymmärtääkseni ensimmäisenä muotoillut I. Kant. Kantin teoria rakentuu ajatukselle yhtäältä luonnon ja sitä konstituoivan prinssiin, kausaliteetin, sekä toisaalta moraalien, oikeuden alueelle tunnusomaisen vapauden ja siveellisen autonomian perustavanlaatuiselle erottelulle.⁷⁰ Yleistettävyys vastaa yhteiskuntamoraalisella alueella perimmäisenä prinssiin luonnon kausaalisuutta.⁷¹ Kantin mukaan ihminen siveellisesti vapaana olentona on moraalien ja oikeuden alueella vapaan tahtonsa kautta omia toimintaohjeitaan asettava ja niitä johdonmukaisesti toteuttava olento. Oikeuden ja moraalien alueen tuntomerkki on tämän mukaisesti näiden toimintaohjeiden yleispätevyys.⁷² Kantin esityksen tekee tulkinnanvaraiseksi se, että hän erottaa yleistettävyyden formaalisen, materiaalisen, ja ”täydellisesti määräytyneen” (vollständige Bestimmung) elementin.⁷³ Uuskantilaisuudessa yleistettävyyden peruspostulaatti esiintyy usein luonteeltaan ideaalisina todellisuuden alueina kuten Max Weberillä erilaisina rationaalisuuden ideaalityypeinä. Weberillä yleistettävyyden perusperiaate esiintyy puhtaimmillaan ns. formaalisen rationaliteetin yhteydessä. Se ulottuu myös materiaalisen rationaliteetin periaateohjautuneelle oikeuden alueelle.⁷⁴ Materiaaliseen rationaliteettiin kuuluvat Weberillä kuitenkin ongelmallisella tavalla sekä materiaaliset periaatteet että tavoitteellinen argumentaatio.

^{69a} Dworkin 1977a, 88; myös 119–122.

⁷⁰ Kant 1919, 366 ss.

⁷¹ Kant 1933, *passim*, esim. 65–66.

⁷² Kant käyttää termiä ”Allgemeinheit”. Ks. esim. *ibid.*, 62.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Weber 1972, 375–397. Ks. tarkemmin Tolonen 1988, av. 20–25 ja siinä mainittua kirjallisuutta.

Viime aikoina yleistettävyyden postulaatti on ollut keskeisenä kysymyksenä sekä etiikan että oikeuden teoriassa. Se liittyy toisaalta klassiseen oikeudenmukaisuuden ongelmaan, jolloin se esiintyy (tietyn kriteerin mukaisena) yhtäläisen kohtelun vaatimuksena.⁷⁵ Viimeksi mainitun näkökohdan mukaisesti ja Dworkinin edellä siteerattua esitystä noudattaen määrittelen tässä esityksessä yleistettävyyden postulaatiksi, jonka mukaan ”relevantilla tavalla samanlaisia tapauksia on kohdeltava samanlaisella tavalla”. Tämä määritelmä ei suoranaisesti edellytä *tietynsisältöistä* samanlaisen kohtelun vaatimusta.⁷⁶ Edellä mainittu Dworkinin ajatus on ymmärrettävä yleistettävyyden tarkemmaksi määrittelyksi tuomioistuintoiminnan kannalta.

Alexy on edellä jo mainitulla tavalla kritisoinut Dworkinin individuaalisten oikeuksien teesiä. Alexyn mukaan Dworkin on väärässä olettaessaan, että vain individuaaliset oikeudet voivat kuulua periaatteiden kategoriaan. Tässä asiassa olen Alexyn kanssa samaa mieltä *siinä määrin* kuin kritiikki kohdistuu Dworkinin *individuaalisten oikeuksien teesiin*.⁷⁷ Sitä vastoin katson, että Alexyn kritiikki on olennaisesti yksipuolista, jos tarkastelemme tavoitteiden ja periaatteiden eroa *yleistettävyydskriteeristä käsin*. Tavoitteet ja periaatteet sisältävät erilaisen yleistettävyyksivaatimuksen.

Tämän asetelman selitys on mielestäni yksinkertainen. Alexy ei tarkastele periaatteita lainkaan tavoitteiden ja periaatteiden eron näkökulmasta vaan ainoastaan sääntöjen ja periaatteiden kannalta. Alexyn perusajatuksot liikkuvat tämän esityksen jakson 2 mutteivät jakson 3 problematiikassa. Tämän mukaisesti Alexy käsittelee vain (Dworkinin terminologian mukaista) laajaa periaatekategoriaa: periaatteita ovat kaikki väljät toimintaohjeet. Tällöin erottelu periaatteiden ja yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden välillä ei aktualisoidu.

Alexyn ja Dworkinin ero kulminoituu selvimmin itse käsitteen *periaate* erittelyssä. Alexy ei kiinnitä asianmukaista huomiota siihen, että hän määrittelee periaatteen olennaisesti toisenlaisella tavalla kuin Dworkin. Dworkinilla tässä käsitteessä on keskeistä *oikeudenmukaisuuden* ajatus: ”I call a ‘principle’... a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.” Olennaista on oikeudenmukaisuuden sisältämä samanlaisen kohtelun perusvaatimus, joka ilmenee edellä kerrotulla tavalla eksplisiittisenä

⁷⁵ Käyttökelpoisen yleisesityksen yleistettävyyden ongelmasta etiikan alueella tarjoaa Korte-Karapuu 1984. Ks. myös Airaksinen 1987, 67–71 ja 77–89. Yleistettävyyden muodostaa sekä oikeuden että moraalien alueella laajan problematiikan, johon ei tässä yhteydessä ole syytä paneutua. Oikeuden alueella yleistettävyyden merkitystä on korostanut erityisesti McCormick 1978, 123–128, 271–272 ja McCormick 1982, 137 ss. Ks. edelleen Aarnio 1987b, 198; Alexy 1978, 124 ss., 150–151 ja 214, Habermas 1973, erit. 251, Habermas 1987b, 10–11, Hare 1987, 107–116, Tuori 1988, 22 ja 144–145.

⁷⁶ Perelman 1963, 1–60, Heller 1987, 24 ss.

⁷⁷ Ks. edellä av. 62.

yleistettävyysvaatimuksena. Sen sijaan Alexyille (oikeus)periaate merkitsee *optimointikäskyä*; siinä raja yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin hämärtyy tai häviää. Mikään suoranainen yleistettävyysvaatimus ei näytä kohdistuvan periaatekategorian toimintaohjeisiin, joista Alexy kirjoittaa seuraavasti: ”... , dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohem Masse realisiert wird. Die Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote*, die dadurch charakterisiert sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Mass ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt.”⁷⁸

Mutta onko syytä erottaa oikeudellisia periaatteita ja yhteiskuntapoliittisia tavoitteita toisistaan? Mielestäni vastaus kysymykseen on myöntävä ja Alexyn omat esimerkit tukevat tätä kannanottoa. Alexy mainitsee esimerkkinä kollektiivisista hyvistä (kollektive Güter) ja yhteiskuntapoliittisista tavoitteista kansanterveyden edistämisen, energiahuollon turvaamisen ja työttömyyden vähentämisen.⁷⁹ Ne ovat epäilemättä yhteiskuntapoliittisia tavoitteita ja vaikuttavat keskeisesti oikeusjärjestyksen sisällölliseen muodostumiseen. Tämä tosiseikka ei kuitenkaan poista sitä, että oikeudellisina periaatteina ja yhteiskuntapoliittisina tavoitteina tällaiset toimintaohjeet toimivat eri tavalla. Ei voida ainakaan yleisesti ottaen ajatella, että mikä tahansa yhteiskuntapoliittinen argumentti olisi oikeusinstitutionaalisen rationaliteetin kannalta samassa asemassa kuin oikeudellinen periaate. Kysymys on nimittäin keskeisesti siitä, että *jos* Alexyn mainitsemat toimintaohjeet ovat oikeusperiaatteen asemassa, ne sisältävät yleistettävyyspostulaattiin kuuluvia kriteereitä. Jokainen oikeudellinen ratkaisu tai oikeustieteellinen kannanotto vetoaa ainakin piilevästi tällaisiin kriteereihin: Missä tapauksissa ja miten valtio puuttuu energiahuollon turvaamiseen? Miten työttömyysturvan kohdealue on henkilöllisesti määritettävä? Alexyn käsityksen erityiset piirteet saavat ehkä osin selityksensä hänen omasta kohdealueestaan käsin. Kansalaisen perusoikeuksiin liittyy nimittäin tuomioistuimen sidonnaisuuden kannalta omia erityispiirteitä, jotka eivät koske periaatteita esim. sopimusoi-keuden alueella. Kuitenkin myös Alexyn käsittelemällä alueella, kansalaisten perusoikeuksia koskevan valtiosääntöoikeudellisen ongelman yhteydessä, oikeudellisten periaatteiden ja yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden välisen rajan hävittäminen johtaa kestäättömiin tuloksiin. Kokoontumisvapaus ja sananvapaus ovat oikeusjärjestyksen osina jotain olennaisesti enemmän kuin yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden tapauskohtaista realisointia.⁸⁰ Oikeusjärjestykselle ominainen yleistettävyys ja johdonmukaistamiseen liittyvä piirre tulee melko selvästi esiin myös suomalaisessa perusoikeusproblemaatiikkaa käsittelevässä kirjallisuudessa.

⁷⁸ Alexy 1985, 75–76.

⁷⁹ Alexy 1985, 92.

⁸⁰ Ibid., 145–153.

Raja tavoitteiden ja periaatteiden (sääntöjen) välillä voidaan käydä yleistettävyysspostulaatin mukaan, joskin raja on suhteellinen eikä ehdoton ja ”laadullinen”. Perusajatuksen mukaan yleistettävyyksivaatimus koskee periaatteita (sääntöjä) muttei tavoitteita. Periaatteen väljyys (esim. OikTL 36 §:n mukainen yleinen kohtuullistamisperiaate tai Avioliittolain 103 b §:n mukainen ositusopimuksen kohtuullistamisnormi) ei sinänsä estä oikeusperiaatteeseen luonteenomaisesti liittyvää yleistettävyyksivaatimusta. Periaate on yleispätevästi voimassa omalla (*prima facie*) sovellutusalueellaan. Johdonmukaisuuden postulaatti koskee sen institutionaalisia ja täsmentäviä alakriteereitä, kuten oikeuskäytännön luomia sääntöjä siitä, missä määrin avioehtosopimuksia voidaan kohtuullistaa. Sitä vastoin yhteiskuntapoliittisia tavoitteita ja niiden toteuttamista yleistettävyyksivaatimus ei suoranaisesti koske (tai – kuten Dworkin sanoo – koskee niitä vain ”heikossa mielessä”). Tietty määräraha julkisen yhteisön tulo- ja menoarviossa ei edellytä yleistettävyyksivaatimuksen vuoksi sen säilyttämistä samanmääräisenä vuodesta toiseen.

Tulemme tapauksiin, joissa individuaalisten oikeuksien teesi edellä kerrotun mukaisesti selvimmän on kykenemätön erottamaan tavoitteita ja periaatteita. Miten on suhtauduttava tapauksiin, joissa tavoitteelliset mekanismit on edellä jo lausutun mukaisesti rakennettu oikeusjärjestyksen sisään.⁸¹ Hydénin jaottelussa ne ilmenevät interventionistisina ja suunniteltavina ulkoisina funktioina ja niitä vastaavat oikeudensisäisesti punninta- ja keino/päämääränormien perustyyppit. Hydén katsoo, että interventionistisen normiston sisältönä on erilaisten yhteiskunnallisten intressien yhteensovittaminen. Suunnittelu taas koskee kollektiivisten hyödykkeiden (”kollektiva varor”), kuten terveydenhoidon ja koulutuksen, jakamista.⁸²

Ovatko nämä tavoitteellisesti suuntautuneet toimintaohjeet tavoitteita vai periaatteita? Kuuluvatko ne alueelle ”argument of goal” vai ”argument of principle”? Vastauksen ydin on nähdäkseni siinä, ettemme viime katsannossa pysty lainkaan itse toimintaohjeen sisällöstä päättämään, onko se periaatteille ominaisen yleistettävyyksivaatimuksen alainen vai jääkö se tavoiteargumentille ominaisella tavalla tämän peruspostulaatin ulkopuolelle. Mikään ei nimittäin sinänsä estä Hydénin erottelemia tavoitteellisia mekanismeja kuulumasta oikeusjärjestykseen. Tällöin ne ovat yleistettävyyden piiriin kuuluvia oikeudellisia normeja. Mutta ne voivat institutionaalisesti olla myös yhteiskuntapoliittisen tavoitteen asemassa; tällöin ne jäävät yleistettä-

⁸¹ Ks. myös Tuori 1988, 51 ss. ja 109 ss.

⁸² Hydén 1984, 82 ja ss.

vyyspostulaatin ulkopuolelle. Kannanotto tähän kysymykseen on itsessään institutionaalinen ratkaisu. Hydén on esittänyt näkökohtia sen puolesta, että mainitun lainsäädännön lukeminen oikeusjärjestykseen kuuluvaksi on perusteltua. Vastakkaiset argumentit voivat nojautua vain praktisiin ja institutionaalisiin perusteisiin. Itse toimintaohjeen ”luonteesta” tai ”sisällöstä” ei voida johtaa mitään yleispäteviä kannanottoja tähän kysymykseen.

Oma näkemykseni perustuu siten ajatukseen, että tavoitteiden ja periaatteiden ero on merkittävä ja tärkeä: se koskee yleistettävyyksivaatimuksen laajuutta yhteiskunnallisten toimintaohjeiden alueella. Toisaalta ero on kuitenkin relatiivinen: emme pysty ratkaisemaan sitä muuten kuin vallitsevien instituutioiden puitteissa. Oikeusjärjestyksen eri toiminnot suorittavat itse rajankäynnin eräänlaisen institutionaalisen arvoratkaisun muodossa. Kysymys on lopulta siitä, missä määrin katsomme kansalaisilla olevan ”oikeuden” rakennusluvan saantiin tai tiettyyn sosiaalihuollon tasoon. Dworkin on mielestäni väärässä juuri siinä, että hän mystifioi nämä oikeudet ikään kuin ne jollakin tavalla ”olisivat olemassa” ennen mitään institutionaalisia rakenteita tai ratkaisuja. Rajanveto on lopulta institutionaalinen arvoratkaisu, jonka tekemiseen lainsäätäjät, lainsoveltajat ja oikeustiede ottavat osaa. Toisaalta myös näillä toiminnoilla on luonnollisesti omat ehtonsa ja vaikutuksensa, joiden käsittely kuuluu toiseen yhteyteen.

Nähdäkseni merkittävän erottelun tavoitteet/periaatteet (säännöt) soveltaminen yhteiskuntaelämän eri alueille on yhteiskunnan kehityksen mukana muuttuva asia. Toisaalta se on käytännöllinen kysymys eikä pelkästään teoreettinen rajanveto-ongelma. Yhteiskuntapoliittisen tavoitteen ”oikeudellistaminen” näyttäytyy myös käytännöllisestä katsannosta merkittävänä kysymyksenä.

Erityisesti oikeudellisen ratkaisutoiminnan erittelyn yhteydessä on perinnäisesti esiintynyt mielipiteitä, joiden mukaan oikeudellinen ratkaisu on perimmältä luonteeltaan yhteiskuntapoliittikkaa. Ratkaisu olisi tämän ajattelutavan mukaan tuomarin yhteiskuntapoliittisten arvostusten soveltamista ratkaisutilanteessa. Meillä tähän liittyvää keskustelua on käyty erityisesti 1970-luvulla. Ajatuksen traditionaalisenä muotona esiintyi jo viime vuosisadalla amerikkalainen realismi. Sen piirissä tapaamme useita oikeudellisia periaatteita vähätteleviä ja yhteiskuntapoliittisia arvostuksia korostavia ajatuksia. ”Conclusion first, rationalization to follow” on *Jerome Frankin* jo klassiseksi käynyt ajatus.⁸³ Mielestäni tällaiset näkökohdat eivät ole vää-

⁸³ Ks. tästä Frankin ajatuksesta Llewellyn 1962, 56 ja 102 ja Coing 1949, 55.

riä mutta ehdottomasti yksipuolisia. Yhteiskuntapoliittinen argumentaatio, ”argument of goal”, vaikuttaa merkittävästi oikeuden alueella mutta vain tiettyjen institutionaalisten ehtojen rajoittamana. Yhteiskuntapoliittinen argumentointi ”suodattaa” oikeusjärjestykseen Dworkinin terminologian mukaisen periaateargumentin välittämänä. Tällöin se myös asiallisesti *muuttuu* yleistettävyyksivaatimuksen alaiseksi periaateargumentiksi, ”argument of principle”. Tämän rajankäynnin tekeminen kussakin tapauksessa ja ratkaistavassa tilanteessa on itsessään merkittävä yhteiskuntapoliittinen kysymys.

Olen tullut nähdäkseen samansuuntaiseen mutta asiallisesti toisenlaiseen tulokseen kuin MacCormickin perusnäkemys sääntöjen, periaatteiden ja tavoitteiden ”kompleksisesta yhteenkietoutumisesta”.⁸⁴ Käsitykseni mukaan ero tavoitteiden ja periaatteiden välillä on merkittävä, kuten Dworkin väitti. Se ei kuitenkaan saa merkitä eron tekemistä ehdottomaksi ja sen mystifiointia. Ero on lopultakin rationaalisen yhteiskuntapolitiikan eikä tuomarin salattujen, oikeusperiaatteita koskevien intuitioiden asia. Osittain arvostuksenvaariset oikeusperiaatteet näyttelevät sekä lainsäätäjän että tuomarin institutionaalisissa arvoratkaisuissa keskeistä osaa.

Tässä omaksutun kannan yksityiskohtaisempaan erittelyyn pyrin toisessa yhteydessä. Kannanotto vaatisi ymmärtääkseni taustakseen systemaattisen oikeuslähdeopin erittelyn. Tässä esityksessä sitä ei tehdä, vaan seuraavan jakson 4 tehtävänä on lähinnä olla jo aiemmin lausutun mukaisena esimerkkinä työoikeuden ja kansainvälisen oikeuden alueilla. Viitataan lopuksi eräisiin näkökohtiin, joilla näyttää olevan merkitystä periaatteiden ja tavoitteiden rajanvedon sekä yleistettävyyksivaatimuksen ulottuvuuden kannalta. Niistä kaksi viimeistä liittyy oikeudelliseen ratkaisutoimintaan.

- 1) Yleistettävyyksivaatimus koskee periaatteita ja sääntöjä muttei tavoitteita. Tällöin edellä lausuttu on taustana sille, miten ero näiden kahden toimintaohjeiden kategorian välillä on tehtävä.
- 2) Yleistettävyyksivaatimus koskee (pikemminkin) ratkaisun perustelua kuin ratkaisun löytämistä. Tällöin kysymys on ratkaisutoiminnan erittelyn kannalta keskeisestä erottelusta perusteluyhteyden ja löytämisyhteyden välillä, jonka havaintojeni mukaan ensimmäisenä on systemaattisesti tehnyt Richard Wasserstrom.⁸⁵ Meillä ero *context of discovery / context*

⁸⁴ Ks. edellä av. 69. Vrt. myös Tuori 1987a ja Tuori 1987b *passim* sekä Tuori 1988, 51 ss. ja 183 ss.

⁸⁵ Wasserstrom 1961, 22–39.

of justification esiintyy ensimmäisen kerran Aarnion tuotannossa.⁸⁶ Yleistettävyyysvaatimus kohtaa näitä oikeudellisen ratkaisun eri yhteyksiä eri tavalla. On perusteltua ajatella, että se koskee nimenomaisesti ratkaisun perusteluyhteyttä muttei sen löytämisyhteyttä. Joka tapauksessa se koskee jälkimmäistä keskeisellä tavalla vähemmän.

- 3) Yleistettävyyysvaatimus ei koske (niinkään) konkreettisen oikeudellisen konfliktitilanteen ratkaisua vaan oikeuden luomis-, muuttamis- ja vakiinnuttamistapahtumaa. Oikeudellisessa ratkaisutapahtumassa on syytä myös toisessa mielessä erottaa kaksi erilaista ulottuvuutta. Konkreettisessa tilanteessa ratkaistaan nimittäin sekä asianosaisten välinen oikeudellinen konflikti että otetaan kantaa siihen, mitkä oikeusnormit vallitsevat ja mikä on niiden sisältö. Tätä erottelua en ole tavannut oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa. Yleistettävyyysvaatimuksen kannalta eron merkitys on kuitenkin käsitykseni mukaan keskeinen. Yleistettävyyysvaatimus liikkuu käsitykseni mukaan olennaisesti jälkimmäisellä ulottuvuudella. Seikka on oikeuden uusien kehityspiirteiden kannalta tärkeä. Oikeusjärjestykseen luodaan enenevässä määrin ns. itsesääteleviä mekanismeja esim. työoikeuden ja kuluttajansuojan alueilla, joihin edellä on viitattu. Yleistettävyyysvaatimuksen kannalta kehityspiirre on keskeinen siksi, että itsesäätelevien mekanismien yhteydessä on syntynyt nähdäkseni tarvetta rajoittaa yleistettävyyysvaatimuksen ehdotonta pätevyyttä. Tämän mukaisesti refleksiivisen tai responsiivisen oikeuden mekanismeissa ratkaisun oikeutta luova ja yleistettävyyysvaatimuksen alainen ulottuvuus heikkenee; oikeudellisten ristiriitojen ratkaisu lähenee konkreettista konfliktinratkaisua. Eräs ilmenemismuoto on työoikeuden alueella havaittava taipumus erottaa ”yleisesti sopivat” ja ”asianosaisille sopivat” ratkaisut toisistaan.⁸⁷ Tämän kehityspiirteen arviointiin ei ole tilaisuutta tässä yhteydessä.

4 ERÄITÄ HAVAINTOJAOIKEUSLÄHDE- OPILLISTEN NORMIEN LUONTEESTA

Eikö ehdoton yleistettävyyysvaatimus estä uuden oikeuden luomisen? Tämä näennäiseltä vaikuttava ongelma ei ole vailla merkitystä. Eettisen teorian

⁸⁶ Aarnio 1977, 43 ss.

⁸⁷ Kairinen 1988, 11.

alueella kysymys koskee sitä, miten rationaalisen toiminnan kannalta ihmisiä voidaan kohdella uudella, aiemmasta poikkeavalla tavalla tiedon lisääntymisen, olosuhteiden muuttumisen tai muun niihin rinnasteisen seikan perusteella. Ongelmalla on vastineensa sillä erityisellä yhteiskuntamoraalin alueella, jota kutsumme oikeudeksi. Se koskee oikeudelliseen järjestykseen elimellisesti kuuluvaa ongelmaa taannehtivasta lainsäädännöstä ja sen mahdollisuuksista.^{87a} Myös oikeuskäytännön alueella kysymys uudenlaisten ratkaisulinjojen suhteesta aiemmin syntyneisiin oikeussuhteisiin on käytännöllinen eikä vain teoreettinen ongelma.⁸⁸

Kuitenkin oikeudellisten muutosten ilmiö on tosiasia. Lakien ohella tuomioistuinten ratkaisulinjat muuttuvat. Miten oikeuden alueelle leimallinen yleistettävyyysvaatimus suhtautuu tähän ilmiöön? Vastauksen peruslinja on verraten yksinkertainen: oikeus itse säätelee yleistettävissä olevin normein omat muutoksensa. Tätä ajatusta voidaan yleisellä tasolla täsmentää normatiivisesti, empiirisesti tai arvoteoreettisesti (luonnonoikeudellisesti) suuntautuneen ajattelun mukaan. Dworkin antaa mielestäni osuvan vastauksen, joka on tiivistettävissä ajatukseksi *institutionalisesta erehdyksestä* ("institutional mistake"). Rationaalisen toiminnan kannalta oikeudelliset muutokset ovat institutionaalisen erehdyksen tapauksia: niissä muutetaan tietoisesti aiempaa toimintalinjaa. Toisaalta itse muutosta säätelee yleistettävyyysvaatimuksen alainen ja johdonmukaisuuteen pyrkivä toimintaohjeiden joukko. Täten tuomioistuimen täytyy "... develop some theory of institutional mistakes, and this theory of mistakes must have two parts. It must show the consequences for further arguments of taking some institutional event to be mistaken; and it must limit the number and character of the events that can be disposed of in that way".⁸⁹ Dworkinin vastaus koskee lähinnä tuomioistuinta. Niillä täytyy olla jonkinlaiset kriteerit siitä, minkälaisista syistä oikeudellinen muutos tapahtuu ja minkälaisia tapauksia muutos koskee.

Dworkinin vastaus on osuva mutta riittämätön. Oikeus institutionaalisenä ja arvostuksia sisältävänä sosiaalisena järjestelmänä sisältää kaikissa kehittyneissä oikeusjärjestelmissä oman erityisen oppinsa siitä, minkälais-

^{87a} Ks. esim. PeVL 2/1974 vp. Tämä tapaus koskee vuokran korottamista vuokrasäännöstelyn alaisessa oikeussuhteessa. Seikka tulee usein esiin PeVL:n käytännössä tilanteissa, joissa puututaan taannehtivasti aiemman lain voimassa ollessa syntyneisiin oikeussuhteisiin. Lausun käydystä keskustelusta kiitokseni professori Antero Jyrängille.

⁸⁸ Ks. esim. Sigeman 1977, 221.

⁸⁹ Dworkin 1977a, 121, ks. myös 119–123.

ten kriteerien mukaan oikeudellinen muutos on mahdollinen. Se sisältyy yhtenä osana niihin toimintaohjeisiin, jotka ilmoittavat ratkaisutilanteessa miten, minkälaisilla perusteilla ja missä järjestyksessä toimintaohjeet valitaan ratkaistavaa tapausta varten. Näiden toimintaohjeiden kokonaisuus muodostaa *oikeuslähdeopin*. Oikeuslähdeoppi on ja sen tulee olla taustana tarkasteltaessa oikeudellisen muutoksen ja sen tärkeän erityistapauksen, oikeuskäytännön muutoksen, tilanteita.

Kaikki edellä lausuttu voidaan tiivistää oikeuslähdeopin kannalta yhdeksi perusajatuksiksi. Tämän ajatuksen mukaan *oikeuslähdeopin keskeisen osan muodostavat periaatteen kategoriaan kuuluvat toimintaohjeet*. Vaikka kirjoitettu laki antaisikin useimmiten vastauksen ratkaistaviin kysymyksiin, se säätelee itse omia käyttöedellytyksiään ja suhdetaan muihin normeihin vain muutamilla, luonteeltaan lähinnä periaatteisiin kuuluvilla (so. sovellutusalueeltaan harkinnanvaraisilla) säädöksillä. Meillä kirjoitettuja toimintaohjeita on lähinnä kaksi, nim. OK 1:11 ja 30:3. Ne säätelevät tapaoikeuden käyttöä ja muutoksenhakuluvan edellytyksiä korkeimpaan oikeusasteeseen ns. pre-judikaattiperusteella.

Ajatuksen ”oikeuslähdeoppi on periaatteita” keskeinen sisältö on kahtaalalla. Ensinnäkin oikeuslähdeoppi on periaatteita suhteessa sääntöihin ja toiseksi suhteessa yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin. Ensiksi mainittu seikka ilmenee siinä, että oikeuslähdeoppia ei ole säädelty (eikä ehkä voidakaan säädellä) sääntökategoriaan kuuluvien normien. Tämä seikka ilmenee yhtäältä siinä, että oikeuslähdeoppi ei yksiselitteisten kriteerien avulla ilmoita keskeisten oikeuslähteiden, kuten tavan, oikeuskäytännön ja yleisten oikeusperiaatteiden, tunnistamiskriteereitä, esim. tapaoikeuden ”kohtuullisuutta”.⁹⁰ Toisaalta mikään yksiselitteinen tai formaalinen tuntomerkki ei ilmaise näiden oikeuslähteiden etusijajärjestystä.⁹¹ Onko oikeuslähteiden käyttö näissä tapauksissa sitten pelkkää yhteiskuntapoliittista harkintaa? Tämä kysymys johtaa lähtökohtani toiseen kohtaan. Kysymykseen on ymmärtääkseni vastattava kielteisesti. Oikeuslähdeoppi muodostuu periaatteista, jotka eroavat edellä lausutun mukaisesti yhteiskuntapoliittisista tavoitteista yleistettävyyksivaatimuksensa vuoksi. Seuraava esitys tähtää näiden ajatusten havainnollistamiseen. Esimerkit koskevat alueita, joilla usein katsotaan yhteiskuntapoliittisen tavoiteharkinnan ja oikeudellisen harkinnan eron häviävän. Ne ovat työoikeus ja kansainvälinen oikeus. Esitykseni on pää-

⁹⁰ Ks. Aarnio 1987b, 90.

⁹¹ Vrt. Aarnio 1987b, 93 ja Aarnio 1982, 97.

osin rakennettu työoikeuden osalta ruotsalaisten *Sigemanin* ja *Flodgrenin*, kansainvälisen oikeuden osalta taas *Tunkinin*, *Rosaksen* ja *Koskenniemen* ajatusten pohjalta.

Toire Sigemanin esityksen kohteena on Ruotsin työtuomioistuimen (AD) käytännön muodostuminen ja AD:n ennakkotapausten sitovuutta koskeva ongelma.⁹² Toisin kuin Flodgren Sigeman edustaa verraten traditionaalista oikeuslähdenäkemyistä ja pyrkii sovittamaan sen puitteisiin työoikeuden erityisluonteen ja siihen liittyvät uudenlaiset kehityspiirteet. AD:lla on Sigemanin mukaan työoikeuden alueella oikeutta luova funktio ainakin sellaisissa tapauksissa, joissa kirjoitetusta laista ei saada yksiselitteistä vastausta. Sigeman katsoo tällä tavalla Ruotsin työoikeudessa muodostuneen meilläkin keskeiset työnantajan direktio-oikeuden rajoitukset ja työnantajan tulkintaetuoikeuden kiistanalaisissa tilanteissa. Edellistä tapausta koskee ratkaisu AD 1929 nr. 29, jonka mukaan työnantaja voi sijoittaa työntekijän vain sellaisiin uusiin tehtäviin, jotka ovat luonnollisessa yhteydessä (”naturlig samband”) alkuperäiseen työhön. Työnantajan tulkintaetuoikeuden ajatus on perusteluna taas mm. ratkaisussa AD 1934 nr. 179. Tällaiset ratkaisut Sigeman katsoo AD:ta sitovaksi.⁹³ Tilanne on tässä suhteessa vastaava kuin yleisissä tuomioistuimissa. Sigeman lähtee kuitenkin toisaalta siitä oletuksesta ja kysymyksenasettelusta, että työoikeuden alueella tuomioistuinkäytännöllä on sitovuuden osalta tiettyjä erityispiirteitä. Sen mukaisesti Sigeman kysyy, mitä oikeuslähdeopillisia sääntöjä vallitsee työoikeuden alueella AD:n käytännössä. Sigeman muodostaa tämän kysymyksen mukaisesti oikeuslähdeopin toimintaohjeita, joita hänen esityksessään voidaan tulkintani mukaan erottaa neljä.

Ensimmäisen oikeuslähdeopillisen normin mukaan työtuomioistuimen ratkaisu muodostaa välittömästi sovellettavan oikeuslähteen. Esimerkkeinä tällaisesta yhdenmukaisesta käytännöstä mainitaan AD:n ratkaisut 1974 nr. 20 ja 1967 nr. 17. Niissä AD vahvisti mainitut työnantajan direktio-oikeutta rajoittavat sekä työnantajan tulkintaetuoikeutta koskevat ratkaisunormit. Toinen oikeuslähdeopillinen ohje liittyy läheisesti ensimmäiseen. Sen mukaan vain lainsäätävä voi ”murtaa” työtuomioistuimen johdonmukaisen toimintalinjan. Näille tulkintaohjeille Sigeman esittää myös asiallisia ja sisällöllisiä perusteluita. Työmarkkinaolojen vakaus ja muutosten tarve uusissa yhteiskunnallisissa olosuhteissa ovat mainittujen oikeuslähdenormien taustalla.

⁹² Sigeman 1977, ks. edellä av. 88, 202–229.

⁹³ Sigeman 1977, 206–207 ja 203–207.

Kolmas oikeuslähdeoppia koskeva toimintaohje on erisuuntainen kuin kaksi ensimmäistä. Sen lähtökohtana Sigeman esittelee 1971 asetetun työoikeuskomitean mietintöä ja siinä esitettyjä yhteiskunnallisten intressiryhmien eri näkemyksiä AD:n ratkaisujen sitovuuden merkityksestä. Komiteassa, joka oli saanut tehtäväkseen tutkia työuomioistuinkäytännön sitovuutta ja sen suhdetta elävään oikeuskehitykseen sekä työmarkkinaolojen muutostarpeiden joustavuuteen, esiintyi osin erisuuntaisia käsityksiä. Yhtäältä korostettiin johdonmukaisen ja ennakoitavan toimintalinjan merkitystä.⁹⁴ Toisaalta voimakkaana oli esillä myös ajatus joustavasta ja olosuhteiden mukaan kehittyvästä oikeudenkäytöstä.⁹⁵ Ensin mainittua näkökohtaa painottivat voimakkaammin työnantajat. Sigeman ei niinkään korosta näiden näkökohtien yhteiskunnallista intressisidonnaisuutta kuin itse sääteleykohteen muuttuvuutta ja tarvetta uusien toimintalinjojen muodostamiseen AD:ssa. Itse suoranaisesti kantaa ottamatta Sigeman tuo esiin tämän työoikeuden alueella vallitsevan kahdensuuntaisen ajatuksen: yhtäältä korostetaan ennakoitavuutta ja oikeusvarmuutta,⁹⁶ toisaalta taas muuttuviin olosuhteisiin sopeutumisen tarvetta.⁹⁷

Kolmas oikeuslähdeoppia koskeva näkökohta tiivistyy mielestäni Sigemanilla ennakoitavuuden ja joustavuuden erisuuntaisten vaatimusten yhteensovittamisen kysymyksenä. Kysymys on nähdäkseni asian ydin: se koskee oikeuskäytännön muuttumisen edellytyksiä AD:n osalta. Sigeman nimittää näitä edellytyksiä *derogaatiokriteereiksi*.⁹⁸ Hän mainitsee AD:n käytännöstä esimerkkinä kaksinkertaisen intressiorganisaatioihin kuuluisen sallittavuuden (AD 1948 nr. 21) ja myötätuntotyötaistelun katsomisen luvalliseksi (AD 1944 nr. 12). Molemmissa tapauksissa AD muutti selvästi aiempaa käytäntöään. Tällaisille derogaatiokriteereille ei ole löydettävissä yksiselitteisiä tai formaaleja tunnusmerkkejä. Sigemanin kanta tulee ainakin lähelle ajatusta, että ne pelkistyvät lopultakin verraten tilannekohtaiseen ennustettavuuden ja joustavuuden vaatimusten yhteensovittamiseen.

Yhteenvetona Sigemanin esityksestä voidaan todeta juuri täsmällisten derogaatiokriteerien puuttuminen. Neljänneksi Sigeman vielä täsmentää tätä seikkaa kahden uudemman työoikeudellisen kehityspiirteen valossa.

⁹⁴ Sigeman 1977, 209–211.

⁹⁵ Sigemania vielä enemmän tätä seikkaa painottaa Flodgren 1983, 105–106.

⁹⁶ Sigeman 1977, 215.

⁹⁷ Sigeman 1977, 211.

⁹⁸ Sigeman 1977, 214.

Sellaisten *yleissääntöjen* (”standardregler”) merkitys on lisääntynyt, jotka viittaavat tai saavat merkityksensä oikeudellisesti sitomattomien (”extrajudiciell”) menettelytapojen tai käytäntöjen pohjalta. Tähän liittyy läheisesti toinen seikka. Tuomioistuin saattaa ottaa välittömästi huomioon erilaiset alakohtaiset *sosiaaliset käytännöt* sellaisissa tapauksissa, joissa alaa koskeva sopimus ei säätele asiaa.⁹⁹ Tällaiset käytännöt vastaavat perinnäistä tapaoikeuden käsitettä.

Sigemanin artikkeli heijastelee niitä piirteitä ja ongelmia, joita olen käsitellyt jaksossa 2. Oikeuslähdeopilliset toimintaohjeet ja niiden muodostama kokonaisuus, oikeuslähdeoppi, on tärkeiltä osin periaatteita eikä yksiselitteisiä sääntöjä. Boel Flodgrenin 1983 ilmestynyt tutkimus koskee samaa perusongelmaa kuin Sigemanin esitys. Se on kuitenkin lähtökohtansa ja tulostensa puolesta lähes vastakkainen Sigemanin ajatuksiin nähden. Flodgrenin koko ajatuskulkua hallitsee seuraava asettamus: koska oikeuslähdeoppi AD:n käytännössä ei ilmene selvinä ja yksiselitteisinä sääntöinä, se rakentuu yhteiskuntapolitiittisille tavoiteharkinnoille. Yritän eritellä seuraavassa Flodgrenin traditionaalisesta oikeuslähdeopista selvästi poikkeavia ajatuksenkulkuja.

Myös Flodgren käsittelee edellä mainittua työoikeuskomitean mietintöä. Hän toteaa oikeuslähdeopin työoikeudessa olevan komitean käsittelemissä asioissa pikemminkin yhteiskunnallinen arvokannanotto kuin perinnäinen oikeudellinen kysymys. Työnantajien ja työntekijöiden erilainen näkemys AD:n sidottaisuudesta omiin ratkaisuihinsa heijastelee yhteiskunnallisten ja intressisidonnaisten tavoiteharkintojen merkitystä. Työnantajat korostavat AD:n sidottaisuutta ja ratkaisujen ennakoitavuutta; työntekijöiden mielestä taas ratkaisujen sosiaalinen joustavuus ja sopeutuminen uusiin olosuhteisiin on keskeisin seikka.¹⁰⁰ Seikka antaa tukea Flodgrenin lähtökohtaiselle tutkimusnäkökulmaa koskevalle valinnalle. Hän tarkastelee AD:n käyttäytymistä ja siinä ilmenevää oikeuslähdeopillista perustelutekniikkaa. Tarkastelun ulkopuolelle hän sulkee ”de materiella regler, som AD lade fast i respektive fall”.¹⁰¹

Omaksumastaan näkökulmasta Flodgren tarkastelee neljää AD:n ratkaisua. Ne ovat AD 1978 nr. 89, 1979 nr. 118, 1980 nr. 94 ja 1980 nr. 150. Kaikissa mainituissa AD:n päätöksissä on kysymys yhteiskuntapolitiikkaan läheisesti liittyvistä ratkaisuista, joissa oikeussäännöistä ei löydy täysin

⁹⁹ Sigeman 1977, 227.

¹⁰⁰ Flodgren 1983, ks. edellä av. 95, 105–106.

¹⁰¹ Flodgren 1983, 110.

yksiselitteistä vastausta. Kaksi ensin mainittua ratkaisua koskevat työnantajan direktio-oikeuteen liittyvää työntekijän uudelleensijoitusoikeutta, kolmas työnantajan palkanmaksun pidätysoikeutta työtaistelun yhteydessä ja viimeinen neuvotteluvollisuutta julkisella alueella ns. TCO-S-ratkaisun yhteydessä. Osittain ratkaisujen yhteiskuntapoliittisesta luonteesta, osittain omaksumastaan lähtökohdasta Flodgren päätyy tulokseen, ettei AD noudata johdonmukaisesti oikeastaan mitään oikeuslähdeoppia. Kolmessa viimeksi mainitussa ratkaisussa seikka johtuu suoranaisesti vaillinaisista perusteista. Kaikissa tapauksissa on Flodgrenin mielestä havaittavissa erilaisten oikeuslähteiden erilainen painottaminen tilannekohtaisten, olosuhteiden mukaisten ja sisällöllisesti erilaisten yhteiskunnallisten näkemysten mukaan. Flodgren päätyy korostamaan seuraavaa näkökohtaa: tuomioistuin on vain näennäisesti oikeuslähteiden ohjaama (”styrd av rättskällor”); tosiasiaassa tuomioistuin on usein pelkästään yhteiskuntapoliittisten argumenttien (”rättspolitiska överbäganden”) alainen. Oikeuslähdeopilla ei näissä tapauksissa ole merkitystä sen seikan selvittämisen kannalta, *miksi* (*varför*; kurs. B. F.) tuomioistuin tulee ratkaisussaan tiettyyn tulokseen.¹⁰²

Flodgrenin esitys on mainittujen ratkaisujen yksityiskohtaisten perustelujen sekä lähtökohdansa puolesta mielenkiintoinen. Kuitenkin oikeuslähdeopin tai -teorian kannalta se antaa aiheen tiettyihin kriittisiin ajatuksiin. AD:n ratkaisujen arvosidonnaisuutta tai niiden yhteiskuntapoliittista luonnetta tuskin kukaan voi kiistää. Se ei kuitenkaan mielestäni estä eikä anna aiheita hylätä ajatusta oikeuslähdeopista, *jos* oikeuslähdeoppi ymmärretään periaatteiden muodostamaksi kokonaisuudeksi eikä sääntöohjautuneeksi (kuten Flodgren piilevästi edellyttää). Kysymys on nähdäkseni juuri edellä esitetystä, yhtäältä oikeuteen liittyvien harkinnanvaraisten ja arvostuksia sisältävien piirteiden, toisaalta institutionaalisten elementtien keskinäisestä suhteuttamisesta. Ei edes työoikeuden yhteiskuntapoliittisesti arvosidonnaisella alueella tuomioistuin toimi institutionaalisessa tyhjiössä. Tämä ajatus ei välttämättä johda siihen – kuten Flodgren ajattelee – että tuomioistuimen toiminta olisi puhtaasti sääntöjohdannainen ja tässä klassisessa mielessä ”sidottua”, ”bunden”.¹⁰³ Tuomioistuimen kannanotot, myös Flodgrenin mainitsemat sosiaaliisiin käytäntöihin ja lain esitöihin sisältyviin arvostuksiin vetoaminen, ovat yleistettävyyssvaatimuksen alaisia oikeuslähdeoppia keskeisesti koskevia asioita: niillä otetaan kantaa eri oikeuslähteiden esim. tapaoikeuden käytön kriteereihin, derogaatioperuste-

¹⁰² Flodgren 1983, 130–138.

¹⁰³ Flodgren 1983, 132 ja ss.

siin sekä eri oikeuslähteiden keskinäiseen etusijajärjestykseen. Flodgrenin mainitsemisissa tapauksissa tuomioistuin on ottanut kantaa suhteellisen vapaan ja tilannekohtaisen oikeuslähteiden käyttötavan puolesta.

Erityisesti mainittujen AD:n neljän ratkaisun perustelujen osalta Flodgrenin esitys on huomionarvoinen. Ratkaisujen perusteleminen tai perustelemattomuus liittyy laajempaan kysymykseen siitä, missä määrin tuomioistuin itse voi perustelujaan rajoittamalla antaa ratkaisulleen yleistettävyyden vaatimusta rajoittavan merkityksen. Tällaista tapausta voidaan kutsua *ratkaisun kontekstuaalistavaksi merkityssisällöksi*. Tämän ongelman käsittely jää toiseen yhteyteen.

Toinen esimerkkini koskee kansainvälistä oikeutta. Tällä alueella oikeuslähteoppi on muista oikeuden alueista poikkeava, koska valtiosisäistä keskitettyä lainsäädäntöä ei ole olemassa. Siksi tuskin tarvitsee osoittaa kohtia, joissa tulee esiin se seikka, ettei oikeuslähteiden käyttö voi olla sääntökategoriaan kuuluva tapaus. Esimerkkini onkin valittu toisesta syystä. Ottaen huomioon tämän oikeuden alan läheisen yhteyden kansainväliseen politiikkaan ja valtioiden poliittisiin intresseihin voisi näyttää luontevalta selittää kansainvälisen oikeuden oikeuslähteopin olevan vain poliittisten intressien ja siten yhteiskunnallisten tavoitteiden kategoriaan kuuluva asia. Näin ei asian laita kuitenkaan ole, vaikka mainitut seikat keskeisesti määräävät kansainvälisen oikeuden sisällön. Tätä näkökohtaa on meillä viime aikoina korostanut *Allan Rosas*, jonka perusajatukseen tulemme hieman tuonnempana.

Kansainvälisessä oikeudessa on erityisesti eräällä oikeuslähteellä muita oikeuden aloja huomattavasti keskeisempi merkitys. Se on valtioiden välinen tapaoikeus. Sen keskeinen merkitys aiheuttaa toisaalta selvästi sen, ettei sitä täysin voida hahmottaa yleisen, muita oikeuden alueita koskevan oikeuslähteopillisen teorian puitteissa. Tämä seikka tulee esiin myös kansainvälistä oikeutta käsittelevässä kirjallisuudessa. ”Zugleich stellen diese (= Probleme des Gewohnheitsrechts, H. T.) eines der wichtigsten und zugleich komplizierten theoretischen Probleme des Völkerrechts dar, und die Fachleute haben sich daher im Laufe der Jahrhunderte immer wieder mit ihnen beschäftigt”.¹⁰⁴

Tapaoikeuden yleisluontoiset kriteerit ovat kuitenkin kansainvälisessä oikeudessa sinänsä samanlaiset kuin muilla oikeuden alueilla. Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa katsotaan vakiintuneesti tapaoikeuden muodostuvan kahdesta erilaisesta tekijästä, nim. tosiasiallisesti noudatetusta käytännöstä ja

¹⁰⁴ Tunkin 1972, 143.

siihen liittyvästä velvollisuudesta, sitovuudesta tai järkevyydestä.¹⁰⁵ Viimeksi mainittua voidaan kuitenkin tulkita eri tavoin erilaisten oikeusteoreettisten peruskatsomusten valossa.¹⁰⁶ Tätä elementtiä on traditionaalisesti kutsuttu termillä *opinio necessitatis sive obligationis*.

”*Opinio necessitatis sive obligationis*” esiintyy kansainvälisessä oikeudessa usein terminä ”*opinio iuris*”.¹⁰⁷ Se tarkoittaa valtion tietoista kansainväliseen käytäntöön liittyvää, velvoittavuuden tai sitovuuden sisältävää elementtiä. Se on kansainvälisen oikeuden teoriassa valtion sisäiselle oikeudelle tuntemattomalla tavalla keskeisen mielenkiinnon kohde. Rosas sanoo sitä ”objektiivisiin havaintoihin perustuvaksi normatiiviseksi asenteeksi”.¹⁰⁸ Tämän tietoisien velvoittavuuden sisältävän tunnusmerkin vuoksi tapaoikeuden suhde valtion velvoittautumistahtoon, suvereenisuuteen ja toimintavapauteen perustuvaan oikeuteen tulee ongelmalliseksi.¹⁰⁹

Viimeksi mainittu on oikeuslähdeopillisena perusteena kansainvälisille sopimuksille. Valtion suvereenisuus ilmenee myös sen vapaana toimimismahdollisuutena. Se esiintyy kansainvälisessä oikeudessa periaatteena valtion rajattomasta toimimismahdollisuudesta, sikäli kun valtion toimintaa ei ole rajoitettu selvin ja ilmeisin perustein. Tällaisena ns. *Lotus*-periaatteen mukaisena perusteena se on esiintynyt Kansainvälisen tuomioistuimen (ICJ) ratkaisussa vuodelta 1951 tapauksessa *The Anglo-Norwegian Fisheries case*. Vastaavaa periaatetta noudatti mainitun kansainvälisen orgaanin edeltäjä Pysyvä kansainvälinen tuomioistuin (PCIJ) tapauksessa *the Lotus case* vuodelta 1927. Siinä valtion tuomiovalta ulotettiin aavalle merelle.¹¹⁰

Tapaan ja valtion suvereenisuuteen perustuvat kansainvälisen oikeuden muodot ovat nähdäkseeni ongelmallisessa suhteessa oikeastaan kahdessakin hieman eri katsannossa. Yhtäältä itse tapaoikeuden ja suvereenisuuteen perustuvan oikeuden (kansainväliset sopimukset) kriteerit ovat ainakin raja-alueiltaan epäselvät ja kiistanalaiset. Seikka esiintyy ns. hiljaista suostumusta (*tacit consent*) koskevan problematiikan yhteydessä.¹¹¹ Toisaalta mainittu-

¹⁰⁵ Kelsen 1960, 231–232; Ross 1966, 109 ja 11, Aarnio 1987b, 90, Peczenik 1986, 205–207, Weber 1972, 441–442.

¹⁰⁶ Ks. esim. Ross 1966, s. 107 vrr. Weber *ibid*.

¹⁰⁷ Tunkin 1972, 160–162, Rosas 1984, 224.

¹⁰⁸ Rosas 1984, 224 ja Tunkin 1972, 153.

¹⁰⁹ Ks. viimeksi mainitusta Tunkin 1972, 116 ss. ja Rosas 1984, 224 ss.

¹¹⁰ Koskenniemi 1987, 86–87, Koskenniemi 1989, 220–223. Ks. av. 113a.

¹¹¹ Ks. Rosas, 224–225, Koskenniemi 1987, erit. s. 98.

jen oikeuslähteiden etusijajärjestys ei aina ole selvä: molemmat oikeuden muodot saattavat olla pätevyysalueiltaan sekä ajallisesti että paikallisesti rajoitettuja.¹¹² Rosas katsoo, että yleisluontoisesti kansainvälisten sopimusten muodostama oikeus on nykyään ensisijainen oikeuslähde (”primacy of treaty law”).¹¹³ Tämä toteamus ei kuitenkaan sellaisenaan poista kaikkia oikeuslähteen kriteereihin, pätevyysperustaan ja ulottuvuuteen kohdistuvia ongelmia. Tähän liittyen Koskenniemi katsoo keskeiseksi tehtäväksi näiden kahden oikeuslähteen yhteensovittamisen sekä teoreettisella että käytännöllisellä tasolla. Koskenniemi erottaa tämän mukaisesti ”subjektiivisen” ja ”objektiivisen” kansainvälisoikeudellisen argumentointimallin ja selvittelee niiden vastakkaisen toimintavaatimuksen yhteensovittamista erilaisissa tilanteissa. Hän viittaa mm. seikkaan, että kansainvälisoikeudellinen teoria ja käytäntö perustuvat enenevässä määrin ristiriitojen *proseduraalistamiseen* ja *kontekstuaalistamiseen*. Edellisessä tapauksessa pelkkää menettelyä ja puitteita säätelevät normit, jälkimmäisessä konfliktin ratkaisuperusteen yleistettävyyden ajallinen ja paikallinen rajoittaminen sovittaa yhteen valtion suvereenisuuden ja valtion suvereenisuuteen perustumattomat oikeuslähteet. Nämä konfliktien ratkaisumuodot ovat analogisia työoikeuden uusimpien kehityspiirteiden kanssa, joista on ollut puhetta edellä.^{113a}

Rosas käsittelee tämän esityksen kannalta huomionarvoisella tavalla kansainvälisen oikeuden uusimpia kehityspiirteitä taustanaan kansainvälisen järjestelmän yhteiskuntapoliittiset muutosilmiöt. Rosaksen lähtökohtana on siirtomaajärjestelmän purkamiseen liittyvä valtioiden voimakas määrällinen kasvu. Tähän ilmiöön kuuluu olennaisesti valtioiden taloudellinen, poliittinen ja kulttuuritraditiota koskeva erilaistuminen. Valtioiden muodostama kansainvälinen yhteisö on voimakkaasti muuttunut. Muutos aiheuttaa kansainväliselle oikeudelle uusia ongelmia, joista Rosas tarkastelee nimenomaan tapaoikeuden muuttuvaa luonnetta.¹¹⁴

Tapaoikeus edellyttää edellä lausutun mukaisesti velvoittavuuteen liittyvää elementtiä: valtioiden tulee toimia tietoisena kansainvälisen käytännön velvoittavasta ja sitovasta luonteesta. Tämä tuntomerkki ei ole uudemman

¹¹² Rosas 1984, 227–228.

¹¹³ Rosas 1984, 228.

^{113a} Koskenniemi 1987, 94–96. Koskenniemen 1989 ilmestynyt idearikas väitöskirja on tullut julkisuuteen esitykseni valmistumisen jälkeen, eikä sen tarkasteluun ole tässä yhteydessä mahdollisuutta.

¹¹⁴ Rosas 1984, 222–224.

kansainvälisen poliittisen kehityksen valossa enää yhtä ongelmaton kuin ennen. Ei voida enää samassa mielessä kuin sata vuotta sitten puhua yhtenäisistä ja yksimielisistä kansainvälisoikeudellisista käytännöistä. Rosas liittää omat havaintonsa kansainvälistä konsensusta koskevaan teoriaan (”theory of consent”) ja tulee seuraavaan yleisluontoiseen tulokseen: ”The foregoing leads to the conclusion that a norm of general (customary) international law need not bind every State in the world”.¹¹⁵ Tämä havainto johtaa Rosaksella samansuuntaisiin havaintoihin kuin Koskenniemellä: esiintyy tapaoikeuden ajalliseen, paikalliseen ja asiakohtaiseen eriytymiseen viittaavia piirteitä.¹¹⁶ Tapahtuu kansainvälisen oikeuden kontekstuaalistumista ja ”partikulaarisumista”.

Koskenniemeä yksityiskohtaisemmin Rosas erittelee kansainvälisen poliittisen järjestelmän muuttumisesta aiheutuvia, jossain määrin ristiriitaisia kansainvälisen oikeuden kehityspiirteitä. Yhtäältä Rosas erottelee tapaoikeuden merkitystä koskevassa kysymyksessä kolme eri puolta. Tapaoikeuden normilla on merkitystä ensinnäkin konkreettisen riidan ratkaisussa, toiseksi rutiiniksi muodostuneen tyyppitapauksen yhteydessä (Rosaksella sananmuikaisesti ”the day-to-day application”) ja kolmanneksi itse kansainvälisen oikeuden järjestelmää konstituivana normina. Rosaksen jaottelut ovat mielenkiintoisia ja tulevat lähelle edellä jakson 3 lopuksi esitettyä. Tässä yhteydessä on kuitenkin tärkeintä se Rosaksen toteamus, että kahdessa ensin mainitussa suhteessa tapaoikeuden merkityksen on perustellusti sanottu vähentyneen.¹¹⁷ Toisaalta Rosas mainitsee kolme piirrettä, jotka taas viittaavat päinvastaiseen kehityspiirteeseen, tapaoikeuden merkityksen kasvamiseen. Ensinnäkin on tilanteita, joissa on tarvetta ilman formaalia sopimisprosessia saada aikaan uudentyyppistä kansainvälistä oikeutta. Toiseksi tapaoikeus voi eräissä tilanteissa saavuttaa helpommin yleispätevyyden ja tulla yleisesti sovelletuksi. Kolmanneksi tapaoikeus voi joissakin tapauksissa muuttua kansainvälisiin sopimuksiin perustuvaa oikeutta nopeammin.

Se, etteivät kansainvälisen oikeuden normit voi oikeuslähdeopillisesti perustua yksiselitteisiin sääntöihin (Dworkinin tarkoittamassa merkityksessä), on edellä lausutun perusteella verraten ilmeistä. Kiinnostavampaa onkin se erottelu, mikä edellä on (suhteellisessa mielessä) tehty periaatteiden ja tavoitteiden, ”argument of principle” / ”argument of goal” välillä. Tämän erottelun

¹¹⁵ Rosas 1984, 225.

¹¹⁶ Rosas 1984, 227.

¹¹⁷ Rosas 1984, 228–229.

tarkoittamaan asiaan Rosas tulee esityksensä lopuksi. Käsiteltyään tapaoikeuden edellä kerrottua erityistymistä koskevaa kehityspiirrettä Rosas torjuu nimenomaisesti käsityksen siitä, että sosiologinen tarkastelu voisi korvata oikeudellisen; seikka liittyy osittain ”theory of consent” -perusajatuksen. Rosas torjuu myös käsityksen siitä, että oikeudellinen tarkastelu voitaisiin palauttaa yhteiskuntapoliittiseen, moraaliseen, uskonnolliseen tms. argumentaatioon. Näiden seikkojen taustana on mielestäni juuri kansainväliselle(kin) oikeudelle ominainen oikeuden alueelle ylipäänsä kuuluva yleistettävyyden peruspostulaatti. ”... customary law should be approached as a source of law and not as a sociological phenomenon only” (kurs. Rosaksen).¹¹⁸

5 YHTEENVETOJA JA LAAJEMPIA NÄKÖKOHTIA

Esitykseni lähtökohdan ja ongelman on muodostanut sääntö–periaatekeskustelu. Sitä on puolestaan pyritty valottamaan ja laajentamaan Ronald Dworkinin eräiden lähtökohtaisesti monimielisten ja epäselviltä vaikuttavien ajatusten valossa. Tietystä näkökulmasta Dworkinin ajatukset näyttävätkin mielestäni selkeänä ja johdonmukaisena kokonaisuutena. Tällöin kysymys on kuitenkin osittain jo jostain muusta kuin Dworkinin omista ajatuksista. Kysymys on kahdesta hyvin laajakantoisesta oikeusteoreettisesta ja yhteiskuntafilosofisesta ongelmasta. Ne koskevat yhtäältä oikeuden ja moraalien, toisaalta oikeuden ja yhteiskuntapolitiikan suhdetta. Dworkinin ajatukset on vain jäsennetty näiden kysymysten suhteen.

Huolimatta Dworkinin ajatusten kiintoisuudesta niiden ylittäminen näyttää tämän hetken oikeusteorian kannalta keskeiseltä tehtävältä. Tässä katsannossa edellä käsitelty yksilöoikeuksien teesi eli Dworkinin ”the rights thesis” on ehkä kaikkein keskeisimmässä asemassa. Edellä oleva esitys on lähtenyt tässä suhteessa samalta perustalta kuin eräät MacCormickin, Alexyn ja Tuorin mielestäni olennaiset ajatukset. Kuitenkin Dworkinin ”the rights thesis” jää merkittäväksi teemaksi, koska tällä hetkellä kansainvälisessä yhteistyössä, valtiosisäisessä perusoikeusproblematiikassa ja erityisillä alueilla, kuten työntekijän oikeuksien kohdalla, *ihmisoikeuksien* ja *perusoikeuksien* problematiikka on uudella tavalla tullut ajankohtaiseksi.

¹¹⁸ Rosas 1984, 231–232. Koskenniemi erottaa mielenkiintoisella tavalla kansainvälisen oikeuden normatiivisuuden ja konkreettisuuden (1989, 2 ja ss.). Ks. edellä av. 113a.

Kysymys on tällöin mahdollisesti siitä, että Dworkinin individuaalisten oikeuksien teesi on tulkittava uudenaikaisella tavalla. Uusia perusoikeuksia ei voida hahmottaa traditionaalisella, klassisen liberalismiin individuaalisiin vapauspiireihin rajoittuvalla oikeuksien tarkastelulla.

Mitä kaikki edellä lausuttu merkitsee oikeuden, moraalien ja politiikan suhteen kannalta? Mielestäni nämä ajatukset tarjoavat lähtökohdan kolmenlaisille johtopäätöksille.

5.1 Kontekstualismi

Dworkinin usein hajanaiset ja epäselviltä vaikuttavat ajatukset voidaan nähdä ongelma- ja tilannekohtaisen käsitteiden käytön ilmentymänä. Dworkinilla tämä piirre tulee selvästi esiin nimenomaan hänen tuotantonsa ehkä keskeisimmän yksittäisen käsitteen *principle* yhteydessä. Ainakin tässä suhteessa Dworkinin metodinen ajattelutapa esiintyy positiivisessa merkityksessä systemaattisen *kontekstualismin* ilmenemismuotona.

Ajatus kontekstualistisesta tarkastelutavasta näyttää tällä hetkellä tulleen ajankohtaiseksi ns. postmodernin ajattelun ja filosofian myötä. Universaaliset ja yleistävät teoriat näyttäytyvät postmodernissa ajattelussa erityisesti yhteiskuntateorian alueella ”suurina narratiiveina”, joiden hävittäminen on tämän hetken tieteen teorian olennainen tehtävä. Suurten narratiivien logiikkaan sisältyy postmodernin ajattelun mukaan sekä väärän tiedon että väärin legitimoidun ”yhteiskunnallisen kokonaisuhteyden” illuusio.¹¹⁹ Postmodernin kontekstualismin kanssa Dworkinilla ei ole mitään suoranaista tekemistä. Pikemminkin molemmat ovat myöhäisen Wittgensteinin perustalta syntyneen kielifilosofian ja tieteen sekä toiminnan teorian kaukaisia ilmentymiä.

J.-F. Lyotard viittaa itse Wittgensteinin myöhäistuotannon keskeisiin kielipeliin ja elämänmuotojen käsitteisiin, joita hän luonnehtii postmodernin metodin lähtökohdiksi. Samoin hän viittaa kielen teorian yhteydessä J. L. Austinin performatiivien teoriaan, jonka lähtökohdiana on ajatus erillisistä elämänmuodoista ja partikulaarisista, institutionaalituneista käytännöistä kielellisten merkityssisältöjen perustajana.¹²⁰ Juuri nämä lähtökohdat ja niiden yhteiskunnalliset tulkinnat (so. yhteiskunnallisen kokonaisuhteyden hajotta-

¹¹⁹ Lyotard 1985, 16–40. Ks. Habermas, 1987a, XIX ja passim.

¹²⁰ Ks. Lyotard 1985, 19–22 Wittgensteinin osalta. Lyotard viittaa myös teoriaan kielen performatiivisista funktioista J. L. Austinin nimen mainiten (20 ja 33).

minen) on postmodernin ajattelun mielenkiintoisin ja ehkä kestävin piirre: tieteen kieli tai kieli ylipäänsä ei muodosta ”universaalikontekstia” vaan nojautuu partikulaarisiin ainakin osittain institutionaalisesti määräytyneisiin ”osakonteksteihin”. Ajatus on osittain samansuuntainen kuin edellä käsitelty oikeudellisen yleistettävyyksivaatimuksen partikulaaristuminen.

Kontekstualismi on kuitenkin vieläkin laajempi käsite. Se viittaa kolmanneksi eräisiin ns. lingvistisen strukturalismin perusajatuksiin (mm. *Saussure* ja *Piaget*). Nämä ajatukset ovat tällä hetkellä myös oikeustieteen piirissä mielenkiinnon kohteena. Kuitenkin Dworkinin ajatusten yhteydessä on perusteita kiinnittää huomiota vielä kontekstualismin neljänteen muotoon. Tällaiseksi ymmärrän nimittäin keskeisesti kontekstuaalisen ajattelun klasisimman muodon eli *aristotelistisen ajatustradition*.

Klassista aristotelismia voidaan pitää kontekstualistisen ajattelun *systemaattisena* muotona. Tähän seikkaan tieteen teorian yhteydessä on kiinnittänyt huomiota mm. *Randall*.¹²¹ Ajattelutapa on edelleen ajankohtainen ja sovellettavissa kritiikkiin sellaisia oikeutta koskevia teorioita kohtaan, jotka edustavat ”tieteellistävää” universaalimetodia tai kohteensa erityispiirteet sivuuttavaa yleispätevää käsitteistöä. Tällaisista ajattelutavoista oikeustieteen lähihistoriakin tarjoaa lukuisia esimerkkejä; ajattelutavan skandinaavisia muotoja on *Helin* osuvasti eritellyt äskettäin ilmestyneessä teoksessaan.¹²² Dworkinin ja ylipäänsä sääntö–periaate-keskustelun kannalta on kontekstuaalistisella ajattelutavalla merkitystä ennen muuta yhteiskuntapolittisten *tavoitteiden* kontekstuaalisen erittelyn kannalta. Kysymys laajenee tämän esityksen puitteiden ylitse, ja tyydymme muutamaa marginaalisiin ajatuksiin.

Kontekstualismi on aristotelistisen ajattelun systemaattinen ja eri osaluokkia kattava ilmiö. Sen lähtökohta on Aristoteleen Metafysiikan Platonin ideaoppiin kohdistuva kritiikki. Kritiikin ydin on siinä, että Aristoteleen mielestä Platonin ideaoppi edustaa juuri vääränlaista universaalistavaa yleisteoraa: ideaoppiin perustuva universaaliteoria hävittää kohteensa ”itseyden, olennaisuuden ja samuuden”.¹²³ Metafysiikan ajatus on lähtökohtana kontekstualismin tärkeille sovellutuksille. Se laajenee tavoitteellisen toiminnan kontekstuaaliseksi erittelyksi,¹²⁴ olosuhteiden mukaan parhaan valtiomuodon analyysiksi¹²⁵ ja muuttuvan, olosuhteiden mukaan määräytyvän

¹²¹ Randall 1960, 208–209, Tolonen 1984, 13–14, erit. av. 33.

¹²² Helin 1988, 11–170.

¹²³ Aristoteles, *Metaphysica*, I, 7 ja VII, 15. Ks. tarkemmin Tolonen 1984, 13, av. 33 mainittuja kohtia ja niihin liittyvää kirjallisuutta.

¹²⁴ Tolonen 1984, 112–114 ja vrr. 12–13.

¹²⁵ Tällainen tarkoittaa Aristoteleella useimmiten ns. yhdistettyä valtiomuotoa, jossa valtion puhtaita tyyppisiä (monarkia, aristokratia, politeia / tyrannia, oligarkia ja demokratia; ks. Tolonen 1984, 235 ja ss.) on yhdistetty valtiollisen järjestelmän erityisten olosuhteiden mukaan. Käsite *politeia mese* esiintyy Tuomas Akvinolaisella monien muiden keskiajan aristoteelikköjen tapaan käsitteenä *politia bene cimmixta*. Ks. Tolonen, 1984, 262 ja av. 230 mainittua kirjallisuutta. Ks. myös *Summa theol.* I, II quaest. 105 art. 1.

luonnonoikeuden peruskonseptioiksi.¹²⁶

Yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden erittelyn kannalta aristotelisella kontekstualismilla näyttäisi olevan erityistä merkitystä. Tämä seikka liittyy (yhteiskunnallisten) tavoitteiden *toimintakontekstin* perusajatukseen, jota olen käsitellyt toisaalla.¹²⁷ Tavoitteiden toimintakontekstin ajatus hahmottaa nimittäin tavoitteellista toimintaa koskevan (tekoon käsitteellisesti kuuluvan) *rationaalisuuden*. Tällä ajatuksella on mielestäni jotain olennaista sanottavaa nykyiselle oikeuden rationaalisuutta koskevalle keskustelulle.¹²⁸ Samoin sillä on merkitystä varhaisemmalle intentionaalisia selityksiä koskevalle ongelmalle, joka oikeustieteessä on heijastunut praktisen syllogismin selitysmallina.¹²⁹ Keskeisenä näkisin seuraavan ajatuksen: kaikki (yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin liittyvä) toiminta edellyttää sille ominaisen *toimintakontekstin*, joka on teon ja tavoitteellisuuden *rationaalisuuteen* käsitteellisesti kuuluva edellytys. Tämä ajatus tulee asiallisesti lähelle eräitä Dworkinin ja Rawlsin keskeisiä lähtökohtia.¹³⁰ Viimeksi mainituilla se ilmenee yhteiskuntapoliittisia tavoitteita rajoittavina institutionaalisina ehtoina. Utilitarismi esiintyy kummallakin ”universaaliteorianana”, joka on yleispätevä tausta ja selitys kaikille yhteiskuntapoliittisille tavoitteille. Utilitarismin kaltaisen universaaliteorian mahdottomuus yhdistää Dworkinin ja Rawlsin ajatuksia; molempien ajatukseen sisältyy piilevästi voimakas institutionaalisuutta korostava piirre, joka tekee abstraktit ja yleispätevät tavoitteelliset ajatusmallit mahdottomiksi. Ei ole olemassa mitään universaalikontekstia, josta käsin mikä tahansa yhteiskuntapoliittinen tavoite saa rationaalisuutensa.

5.2 Oikeuden suhteellinen autonomia

Mutta voivatko Dworkinin epäsystemaattiselta vaikuttavat ajatukset, jotka edellisen jakson mukaisesti on nähty osittain tietoisien kontekstualistisen ajattelutavan ilmenemismuotoina,¹³¹ tarjota mitään systemaattista lähtökohtaa oikeutta koskevalle yleisemmälle teorialle? Mielestäni vastaus tähän kysymykseen on myönteinen. Dworkin ei itse tällaista teoriaa suoranaisesti

¹²⁶ Tolonen 1984, 127–133.

¹²⁷ Ks. edellä av. 124.

¹²⁸ Tästä keskustelusta ks. Tuori 1988, passim.

¹²⁹ v. Wright 1971, 83–131. Tätä ja v. Wrightin monessa yhteydessä erittelemää teon käsitettä sovelsi ensimmäisenä oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmaan Aarnio. Ks. Aarnio 1977, 43 ss.

¹³⁰ Ks. edellä av. 2.

¹³¹ Ks. edellä av. 9–11. ”In some contexts the distinction (between goals and principles H. T.) has uses which are lost if thus collapsed”. Ks. Dworkin 1977a, 22–23 ja Dworkin 1977b, 44.

kehitä, ja hänen ajatuksensa tuovat usein mieleen, että sellaisen välttäminen on hänelle jopa keskeinen ja tietoinen ohjenuora. Seikka ei kuitenkaan poista mahdollisuutta kehittää edellä lausutuista jäsentelyistä eräänlainen ”oikeudellinen teoria”. Tämä voi tapahtua kuitenkin vain erällä hyvin tärkeällä rajoituksella. Tällaisen teorian rajanvedot ovat vain relatiivisia sekä olennaisesti käsiteltävän näkökulman ja tarkastelun ehdollistamia. Tässä katsannossa kontekstuaalista tarkastelutapaa voidaan kehittää Dworkinin ajatuksia pitemmälle.

Edellä olevat havainnot jaksoissa 2 ja 3 (osittain myös 4) voidaan koota nimittäin mainituin rajoituksin teoriaksi *oikeuden suhteellisesta itsenäisyydestä (autonomiasta)*. Tällainen teoria hahmottaa yhtenäisestä näkökulmasta oikeuden suhteen yhtäältä moraaliiin ja toisaalta (yhteiskunta)politiikkaan. Oikeus on nimittäin jaksossa 2 lausutun mukaisesti yhtäältä luonteeltaan moraalinen, toisaalta taas erityistä moraalien aluetta koskeva ilmiö. Tätä erottavaa tekijää voidaan jaksossa 2 lausutun mukaisesti kutsua *institutionaaliseksi kriteeriksi* ja sen erottamaa elämänaluetta *institutionaaliseksi moraaliksi*. Vastaava suhde vallitsee oikeuden ja yhteiskunnallisten tavoitteiden välillä. Oikeus on epäilemättä yhteiskunnallisten tavoiteharkintojen tuotetta, tai ainakin huomattava osa oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista on syntynyt olennaisesti yhteiskunnallisten tavoiteharkintojen tuloksena. Tämä seikka ei kuitenkaan ole millään tavalla ristiriidassa sen tosiasian kanssa, että oikeusjärjestyksen osana tällainen tavoite saa aivan uusia piirteitä ennen kaikkea yleistettävyysspostulaatin muodossa. Siten voidaan sanoa, että oikeus on relatiivisessa merkityksessä eri asia kuin yhteiskuntapolitiikka, mutta ero on vain relatiivinen. Edellä on argumentoitu sen (Dworkinille tuntemattoman) ratkaisun puolesta, että oikeusinstitutionaalinen toiminta itse suorittaa oikeuden ja politiikan rajankäynnin.

Voimme siten koota kaiken edellä esitetyn oikeuden suhteellisen autonomian ajatukseksi. Sekä moraaliiin että politiikkaan rajautuvana käsitteenä se sisältää kahdensuuntaisen painotuksen. Yhtäältä voimme korostaa sitä, että oikeus on *autonominen* sekä kohteensa että tarkastelunsa puolesta. Tällöin olemme tekemisissä saman ajatuksen kanssa, jonka puhdaspiirteisine ja johdonmukaisine ilmentymä on *Hans Kelsenin* teoria puhtaasta ja omalakisesta oikeusjärjestyksestä sekä oikeustieteestä.¹³² Tässä omaksutun relatiivisen

¹³² Kelsen 1960, *passim*. Puhtaan oikeusopin teorian ääriiviivat ovat tunnistettavissa jo varhaisessa teoksessa Kelsenin 1910. 1930-luvulla Kelsen teki teoriaansa eräitä olennaisia korjauksia ja parannuksia. Kelsenin teorian kehityksestä ks. Laakso 1980, 95–178.

(”kontekstuaalisen”) autonomian ajatus on yksityiskohdissa vertailukelpoinen eräiden Kelsenin täydellisen autonomian perusajatusten kanssa.¹³³

Kuitenkaan oikeus ei ole autonominen Kelsenin tarkoittamassa mielessä. Tällöin relatiivisen autonomian kohdalla on pääpaino käsitteellä *suhteellinen*. Oikeus on edellä kerrotussa mielessä moraalinen ilmiö eikä muodosta – kuten Kelsen ajatteli¹³⁴ – omaa erityistä arvostelmien luokkaansa, jotka ovat absoluuttisesti ja yksiselitteisesti erotettavissa moraalisisista arvostelmista. Vastaavalla tavalla oikeus on riippuvainen yhteiskunnallisista tavoitteista; ero politiikkaan on vain suhteellinen mutta toisaalta merkittävä.

5.3 Oikeuslähdeoppi

Tässä esityksessä on vain rajallisesti otettu kantaa niiden elämänalueiden keskinäiseen suhteeseen, joita tavanomaisesti nimitetään ”moraaliksi” ja ”politiikaksi”. Edellä olevat havainnot antavat kuitenkin eräitä mielestäni tärkeitä lähtökohtia tälle klassiselle ja toisaalta aina ajankohtaiselle teoreettiselle ongelmalle. Kysymys säännöistä/periaatteista/tavoitteista heijastelee tätä klassista kysymystä oman aikamme oikeusteorian puitteissa.

Kysymys oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta ei ole pelkästään teoreettinen ongelma. Se on tärkeän taustakysymyksen asemassa niissä jokapäiväisissä toiminnoissa, joita tuomioistuimet, lainsäätäjät ja oikeusyhteisön jäsenet suorittavat. Oikeusjärjestelmän kannalta tämä seikka tiivistyy erään laajemman ongelman yhteydessä, joka ehkä muita enemmän on perusluonteeltaan praktinen. Tämä ongelma on *oikeuslähdeoppi* ja *teoria oikeuslähteistä*. Sen välityksellä sekä tuomioistuimet että kansalaiset tunnistavat sen, mikä on oikeutta. Sen välityksellä he ottavat kantaa kysymykseen, mitkä alueet ovat oikeudellisesti suojattuja ja millä tavoin oikeus tunnustetaan kussakin konkreettisessa tilanteessa.

¹³³ Kelsenin koko puhtaan oikeusopin teoriaa voidaan tarkastella oikeuden omalakisyyden erilaisina erittelyinä ja vivahteina. Autonomian perusajatus täsmentyy Kelsenillä erityisesti teorian staattisen ja dynaamisen tarkastelun perusjaottelun kautta. Voidaan ehkä puhua autonomisuuden ajatuksen neljästä merkityssisällöstä. (1) Oikeus on pakkojärjestyksenä erotettava muista yhteiskunnallisista järjestelmistä, kuten moraalista (Kelsen 1960, 25–60). (2) Oikeustieteen metodi ja tarkastelutapa poikkeavat yhtäältä sekä sosiologisesta että toisaalta arvostuksia sisältävistä poliittisista teorioista (1 ja 72–114). (3) Oikeus säätelee itse oman syntyperusteensa (146–282). (4) Oikeus säätelee itse oman tunnistamisensa ja soveltamisensa kriteerit.

¹³⁴ Kelsen 1960, 16–24 ja 72–113.

Siksi mielestäni oikeuslähdeopin tulisi olla keskeisessä asemassa erityisesti siinä tarkastelussa, joka koskee yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden pitemmälle menevää erittelyä oikeusjärjestyksen kannalta. On nimittäin huomattava, että nykyinen, jo vakiintuneeksi katsottava oikeuslähdeoppi sisältää erään oikeuslähteen, jonka kohdalla institutionaalinen yleistettävyyys omaa selvästi erityisiä piirteitä. Tätä oikeuslähdetä kutsutaan pohjoismaissa vakiintuneesti nimityksellä *reaalinen argumentaatio*.¹³⁵ Toisaalta jo aiemmassa esityksessä olemme kohdanneet ongelman, missä määrin oikeuslähteitä ylipäänsä voidaan luokitella niiden velvoittavuuden tai sitovuuden mukaan yksiselitteisellä tavalla.¹³⁶ Näihin näkökohtiin nojautuva uudenlainen oikeuslähdeopin erittely näyttää tarpeelliselta. Se on myöhemmin seuraavan esitykseni aihe.

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aarnio, A.: *On Legal Reasoning*. Turun yliopiston julkaisuja, Sarja B, Humaniora 144. Turku 1977.
- Aarnio, A.: *Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä*. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus: Helsinki 1982.
- Aarnio, A.: Testamentin tulkintasäännöksistä. Tulkintaperiaatteiden ja -ohjeiden teoreettista tarkastelua. Teoksessa Wirilander et al. (toim.): *Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 – 4/2 – 1987*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja n:o 21. SLY: Helsinki 1987. (1987a)
- Aarnio, A.: *The Rational as Reasonable. A treatise on legal justification*. Reidel: Dordrecht 1987. (1987b)
- Airaksinen, T.: *Moraalifilosofia*. WSOY: Helsinki 1987.
- Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1978.
- Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*. Nomos: Baden-Baden 1985.
- Aristoteles: *Aristotelis Metaphysica*.
- Austin, J.: *Lectures on Jurisprudence, or, The philosophy of positive law. I*. Ed. by R. Campbell. Murray: London 1885.
- Bentham, J.: *The Theory of Legislation*. Ed. by C. K. Ogden. Routledge & Kegan: London 1950.

¹³⁵ Aarnio 1982, 97, Aarnio 1987, 93 ja 131–133. Viimeksi mainitussa käytetään käsitettä ”practical argument”.

¹³⁶ Tolonen 1988, erit. av. 12.

- Bentham, J.: *A Fragment of Government and An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Basil Blackwell: Oxford 1967.
- Coing, H.: Neue Strömungen in der nordamerikanischen Rechtstheorie. *ARSP / Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1949.
- Dworkin, R. H.: The Models of Rules. *University of Chicago Law Review* 35: 1967, 21–29.
- Dworkin, R. H.: *Taking Rights Seriously*. Duckworth: London 1977. (1977a)
- Dworkin, R. H.: Is Law a System of Rules? Teoksessa Dworkin (ed.): *The Philosophy of Law*. Oxford University Press: Oxford 1977, 38–65. (1977b)
- Dworkin, R. H.: *A Matter of Principle*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts 1985.
- Eckhoff, T. & Sundby, N. K.: *Rettsystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*. Tanum-Norli: Oslo 1976.
- Esser, J.: *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Mohr: Tübingen 1956.
- Flodgren, B.: Arbetsdomstolen som rättsbildare. Teoksessa R. Fahlbeck & C. M. Roos (red.): *Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz*. Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund 60. Lund 1983.
- Habermas, J.: Wahrheitstheorien. In: H. Fahrenbach (Hrsg.): *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*. Neske: Pfullingen 1973, 211–265.
- Habermas, J.: *The Philosophical Discourse of Modernity. Twelve lectures*. MIT Press: Cambridge, Massachusetts 1987. (1987a)
- Habermas, J.: Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? *Kritische Justiz* 20: 1987, 1–16. (1987b)
- Hare, R. M.: *Moral Thinking: its levels, method, and point*. Clarendon Press: Oxford 1987.
- Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*. Clarendon Press: Oxford 1961.
- Helin, M.: *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 178. SLY: Helsinki 1988.
- Heller, A.: *Beyond Justice*. Basil Blackwell: Oxford 1987.
- von Herten, H.: *Sopimusneuvottelut. Siviilioikeudellinen tutkimus*. Suomen lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1983.
- Hodgson, D. H.: *Consequences of Utilitarianism. A study in normative ethics and legal theory*. Clarendon Press: Oxford 1977. [1967]
- Hydén, H.: *Ram eller lag*. Liber: Stockholm 1984.
- Kairinen, M.: KKO:n ja TT:n suhteesta. Teoksessa M. Pohjonen (toim.): *Oikeuskäytäntö oikeuslähteenä. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan 4. 11.1987 järjestämässä jatkokoulutustilaisuudessa pidetyt alustukset*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Kokoomateosten sarja C 3. Turku 1988.
- Kant, I.: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Felix Meiner: Leipzig 1933.
- Kant, I.: *Kritik der reinen Vernunft*. Felix Meiner: Leipzig 1919.
- Kelsen, H.: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Mohr: Tübingen 1910.
- Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre*. Franz Deuticke: Wien 1960. [1934]
- Korte-Karapuu, I.: *Universalization in Ethics*. Reports from the Department of Theoretical Philosophy no 10. University of Turku: Turku 1984.

- Koskenniemi, M.: Sovereignty. Prolegomena to a Study of International Law as Discourse. *Kansainoikeus – Jus Gentium* 1987, 71–106.
- Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The structure of international legal argument*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1989.
- Laakso, S.: Puhtaan oikeusopin problematiikkaa. *Oikeustiede – Jurisprudentia* XIII 1980, 91–183.
- Lappi-Seppälä, T.: *Rangaistuksen määrittämisestä. 1: Teoria ja yleinen osa*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 173. SLY: Helsinki 1987.
- Llewellyn, K. N.: *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*. University of Chicago Press: Chicago 1962.
- Lyons, D.: *In the Interest of the Governed. A Study of Bentham's Philosophy of Utility and Law*. Clarendon Press: Oxford 1973.
- Lyotard, J.-F.: *Tieto postmodernissa yhteiskunnassa*. Suom. Leevi Lehto. Vastapaino: Tampere 1985.
- MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press: Oxford 1978.
- MacCormick, N.: *Legal Right and Social Democracy. Essays in legal political philosophy*. Oxford University Press: Oxford 1982.
- Peczenik, A.: *Rätten och förnuftet. En lärobok i allmän rättslära*. Norstedt: Stockholm 1986.
- Peczenik, A.: *Rättsnormer*. Norstedt: Stockholm 1987.
- Perelman, C.: *The Idea of Justice and the Problem of Argument*. Routledge & Kegan: London 1963.
- Pöyhönen, J.: *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 179. SLY: Helsinki 1988.
- Randall, J. H.: *Aristotle*. Columbia University Press: New York 1960.
- Rawls, J.: Two Concepts of Rules. *Philosophical Review* 64: 1955, 3–32.
- Rawls, J.: *A Theory of Justice*. Oxford University Press: Oxford 1972.
- Raz, J.: *Practical Reasoning and Norms*. Hutchinson: London 1975.
- Rentto, J.-P.: *Prudentia iuris. The art of the good and the just*. Turun yliopiston julkaisuja, Sarja B, osa 183. Turku 1988.
- Rosas, A.: Customary Law: From "Universal" in a European System to "Regional" in a World System. In A. Grahl-Madsen & J. Toman (eds): *The Spirit of Uppsala. Proceedings of the Joint UNITAR–Uppsala University Seminar on International Law and Organization for a New World Order (JUS 81)*. de Gruyter: Berlin 1984.
- Ross, A.: *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Nyt nordisk forlag Arnold Busck: København 1966. [1953]
- Ross, W. D.: *The Right and the Good*. Oxford University Press: Oxford 1950. [1930]
- Salmond, J. W.: *Jurisprudence or The theory of the law*. Seventh edition. Sweet & Maxwell: London 1924. [1902]
- Salmond, J. W.: *On Jurisprudence*. Edited by P. J. Fitzgerald. 12. ed. Sweet & Maxwell: London 1966.
- Sigeman, T.: Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen. Teoksessa T. Sigeman & A. Victorin (red.): *Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt*. Arbetsrättsliga föreningens skrifter 2. Norstedt: Stockholm 1977.
- Sundby, N. K.: *Om Normer*. Universitetsforlaget: Oslo 1974.

- Taxell, L. E.: *Avtalsrättens normer. Några riktlinjer*. Åbo Academis förlag: Åbo 1987.
- Teubner, G.: Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive (EUI Working Paper 1982/13). *ARSP / Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68, 1982, 13–59.
- Tolonen, H.: *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 164. SLY: Helsinki 1984.
- Tolonen, H.: Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Teoksessa Kairinen – Kartio – Saarnilehto (toim.): *Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, A, Juhlajulkaisut, n:o 2. Turku 1988, 177–194. [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 17–38]
- Tunkin, G. I.: *Völkerrechtstheorie*. Aus d. Russ. von Helga Müller u. Vera Rathfelder. Berlin-Verlag: Berlin 1972.
- Tuomas Akvinolainen: *S. Thomae Aquinatis Summa theologiae*.
- Tuori, K.: The General Doctrines in Public Law. *Scandinavian Studies in Law* 1987, 177–197. (1987a)
- Tuori, K.: Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa. Teoksessa T. Hietaniemi (toim.): *Aiheita Weberistä*. Tutkijaliiton julkaisusarja 50. Tutkijaliitto: Helsinki 1987, 110–118. (1987b)
- Tuori, K.: *Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsoijoina*. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, D 4. Helsinki 1988.
- Wasserstrom, R. A.: *The Judicial Decision. Toward a theory of legal justification*. Stanford University Press: Stanford, Calif. 1961.
- Weber, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. Mohr: Tübingen 1972.
- Wilhelmsson, T.: *Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsträttens allmänna läror*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1987.
- von Wright, G. H.: *Explanation and Understanding*. Routledge: London 1971.
- von Wright, G. H.: *The Varieties of Goodness*. Routledge: London 1972. [1963]
- Ämmälä, T.: Hovioikeuksien soveltamiskäytännöstä OikTL 36 §:n osalta. Teoksessa M. Pohjonen (toim.): *Oikeuskäytäntö oikeuslähteenä. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan 4. 11.1987 järjestämässä jatkokoulutustilaisuudessa pidetyt alustukset*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Kokoomateosten sarja C 3. Turku 1988, 46–57.

Eräitä näkökohtia skandinavisesta oikeusrealismista

1 LÄHTÖKOHTA

Vuonna 1941 Ingmar Hedenius esitti teoksessaan eräitä kriittisiä havaintoja sekä Axel Hägerströmin että Vilhelm Lundstedtin oikeudellisesta ajattelusta. Hedenius puhui oikeustieteen ”hägerströmiläis-lundstedtilaisesta” peruserehdyksestä¹. Hän katsoi tämän ajattelutavan peruspostulaatit virheellisiksi ja oikeustieteen luonteelle haitallisiksi. Hedeniuksen kritiikin ydin oli suhteellisen yksinkertainen ajatus. Hägerströmin ja hänen oppilaittensa peruskatsomuksen mukaan oikeusjärjestyksestä ei oikeastaan ollut lainkaan olemassa – tai se oli olemassa vain sekavana, maagisena ja mystisenä ajatusrakennelmana. Hedenius luonnehti Hägerströmin perusajatusta seuraavin sanoin: ”Själva ideen om en bindande, för ett visst samhälle gällande rätt upplöser sig i intet.” Edelleen hän toteaa tästä ajatuksesta: ”...de gängse juridiska begreppen har inte underlag i fakta”². Oikeudesta ei tämän mukaisesti voisi olla tieteellistä tietoa; oikeusjärjestyksen oma ristiriitainen luonne näyttäisi sulkevan sen ainakin sellaisenaan tieteellisen tiedon ulkopuolelle. Tällainen perusajatus on Hedeniuksen mielestä perin juurin väärä. Sen sijaan hän piirtää eteemme kuvan siitä, miten oikeustiede voi toisaalta oman erityisluonteensa mukaisesti ja toisaalta tieteellisyyden kriteerit täyttäen suorittaa tehtävänsä. Oikeustieteeseen erottamattomasti kytkeytyvät normatiiviset peruskäsitteet ”pitää”, ”velvollisuus” ja ”oikeus” (subjektiivisen oikeuden merkityksessä) on selvennettävä uuden kielifilosofian hengessä: on osoitettava, mihin selviin ja yksinkertaisiin faktoihin nämä käsitteet viittaavat. On tässä mielessä eriteltävä, mitä esim. käsitteet ”rättighet” ja ”plikt” tarkoittavat. Kysymys on semanttisesta – eikä kuten Hägerströmillä – psykologisesta analyysistä: ”... inte vad man tänker... utan vad man menar med ordet rättighet”³. Tä-

¹ Hedenius, *Om rätt och moral* 1941, 2. utg., Helsingfors 1963, s. 59.

² Hedenius, s. 59–62.

³ Hedenius, s. 66.

män jälkeen Hedeniuksen mielestä ongelmat häviävät. Analyysi osoittaa Hedeniuksen mukaan saman asian kuin tavanomainen juridinen kielenkäyttö, ”...termbetydelser, som redan föreligger”⁴. ”Rättighet” ja ”plikt” sekä muut Hägerströmin ajattelutavalle mystiset käsitteet ovat itse asiassa ennusteita tulevasta tuomioistuinkäyttäytymisestä.

Skandinaavisen realismin kaltaisten aatesuuntien ja koulukuntien tutkimus sekä erittely on rekonstruktioita: tiettyjä näkökulmia painotetaan ja tutkimuskohde hahmotetaan tiettyjen ongelmien suhteen. Skandinaavinen realismi ja sen edustama ajattelutapa on ollut keskeisenä rakenneosana monissa nykyäänkin vallitsevissa ja ajankohtaisissa teorioissa; esimerkkinä voidaan mainita H. L. A. Hartin normatiivisten käsitteiden ongelma teoksessa *The Concept of Law*⁵. Tässä suhteessa Markku Helinin 1988 julkaisema *Lainoppi ja metafysiikka* on täyttänyt tietyn ilmeisen aukon oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa: se on korkeatasoisin ja eritellyin *kokonaisuus* aiheesta, joka on edelleen oikeusteoreettisesti ajankohtainen ja jonka osailmiöistä on myös kirjoitettu verraten runsaasti⁶. Helinin esitystä ovat Suomessa kommentoineet ainakin Aulis Aarnio ja Kaarlo Tuori⁷.

Helinin esitykseen liittyy lukuisa joukko oikeusteoreettisia kysymyksiä; skandinaavinen realismi on todella edelleen ajankohtainen tapa lähestyä oikeuden yleisiä ongelmia. Mainitsen niistä vain muutaman. Aarnio on omassa, Helinin erittelyihin läheisesti liittyvässä esityksessään nostanut esiin Rossin ennusteteorian keskeisen kysymyksen siitä, *mitä* tuomioistuinratkaisussa itse asiassa ennustetaan (voidaan ennustaa)⁸. Helin itse on myöhemmässä artikkelissaan yhdistänyt eräitä skandinaavisen realismin keskeisiä lähtökohtia ns. institutionaaliseen oikeusteoriaan⁹. Molempiin kysymyksiin palataan tuonnempana.

Lähtökohtani tässä esityksessä on kuitenkin hieman toisentasoinen, myös Helinin tutkimukselle keskeinen seikka. Helinin olennaisena ansiona on kokonaiskuvan luominen skandinaavisen realismin ilmiökentästä. Helinin

⁴ Hedenius, s. 67, kurs. Hedeniuksen.

⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1960, s. 79–88.

⁶ Ks. esim. H. Zahle, Kritik af en retsteori, *TFR* 1974, s. 333–403.

⁷ Ks. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, Juva 1989, s. 130–138 ja Tuori, *Oikeus, valta ja demokratia*, Helsinki 1990, s. 78–79.

⁸ Ks. Aarnio 1989, s. 136.

⁹ Ks. Helin, Kielitekojen teoriasta institutionaaliseen oikeusteoriaan, teoksessa *Oikeus, kieli ja kritiikki*, toim. A. Hirvonen ja K. Tuori, Helsinki 1990, s. 147 ja ss.

perusajatuksena on mielestäni tutkimuskohdettaan yhtenäistävä tarkastelutapa. Hän näkee skandinaavisen realismin yhtenäisesti kehittyvien ajatusten jatkumona alkaen Hägerströmin varhaiskirjoituksista 1910-luvulla päätyen lopulta Rossin myöhäisvaiheen pääteokseen *Om ret og retfærdighed* (1953, toinen painos 1966), joka eräällä tavalla tiivistää koko oikeusrealismin viisauden. Tässä mielestäni Helinille ominaisessa tarkastelutavassa eräs teos näyttää nousevan keskeiseen asemaan. Se on nuoren Rossin pääteokseksi luonnehdittava *Virkelighed og Gyldighed* vuodelta 1934. Juuri tämä teos (poiketen myöhäisvaiheen pääteoksesta *Om ret* 1953) yhdistää Rossin ajatuksia Hägerströmiin usein niihin nojautuen. Toisaalta Rossin ajatusten 1953 peruspiirteet ovat löydettävissä – käsitykseni mukaan osittain vasta idullaan – jo hänen teoksestaan 1934. Juuri tätä taustaa vasten näkisin myös sen seikan, että Helinin kirjan keskeinen teema on juuri nuori Ross. Sitä koskevat esitykset ovat myös Helinin teoksen eritellyintä ja mielenkiintoisinta luettavaa.

Tämä esitys lähtee toisensuuntaisesta perusajatuksesta, joka korostaa skandinaavisen realismin moni-ilmeisyyttä ja sen osittaista epäyhtenäisyyttä. Siten olen aloittanut esitykseni Hedeniuksen mainituilla kriittisillä arvioilla siitä, miten realismin omaa perinnettä on tulkittava. Mitä on sosiaalinen todellisuus, tieto, oikeus ja oikeustiede saavat skandinaavisen realismin piirissä erilaisen, usein lähes vastakkaisen tulkinnan.

Tästä näkökulmasta Helinin esityksen monia yksityiskohtia voidaan kritisoida. Ensinnäkin voidaan yleisesti kysyä, muodostivatko Hägerströmin arvoteoreettiset ja moraalifilosofiset perusajatuksukset lopultakaan skandinaaviselle realismille yhtenäistä tieteensisäistä teoreettista lähtökohtaa, kuten Helin mielestäni edellyttää. Toiseksi Rossin monien tietoteoreettisten lähtökohtien voidaan sanoa jääneen varsin vähäisen erittelyn varaan. Tähän liittyen erityisesti Rossin myöhäistuotantoa käsitellään (Rossille itselleen tuntemattoman) analyyttisen hermeneutiikan paradigman valossa ja ennusteteorian piirteitä hävittäen. Kolmanneksi myöhemmälle Rossille keskeisen analyyttisen taustafilosofian introdusointi tapahtuu Helinillä ehkä hieman hämmäntävällä tavalla. Todetaan yksinkertaisesti käsitteanalyttisen ja oikeusrealistisen ajattelutavan ”tieteensisäinen yhteys”¹⁰.

¹⁰ Ks. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*, Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988, erit. s. 219–220.

Jää kysymään tämän tieteensisäisen yhteyden tarkempaa luonnehdintaa. Hägerströmillä ja Lundstedtilla ei ole jälkeäkään käsiteanalyttisesta menettelmästä tämän käsitteen nykyisessä merkityksessä. Olivecrona puhuu 1964 ja 1966 ilmestyneissä teoksissaan *Det rättsliga språket och verkligheten* ja *Rättsordningen* siihen aikaan muodikkaista ns. performatiiveista kieltäytyen kuitenkin itsepintaisesti ymmärtämästä, mitä *J. L. Austin* tarkoitti kielen ns. illokutionaarisella funktiolla: Olivecronalla (Austinin perusesimerkin mukainen) laiva ei tule kastetuksi; se on vain pelkkä ihmisten kuvitelma, jota on eriteltävä sosiaalipsykologisesta näkökulmasta¹¹. Juridisia käsitteitä, samoin kuin yhteiskunnallisia instituutioita on tarkasteltava niiden sosiaalis-psykologisen vaikutus- ja motivaatiomekanismin erittelyn tietä eli (Austinin käsitteiden mukaan) perlokutionaarisesti. Sitä vastoin niiden institutionaaliseen merkitykseen perustuva illokutionaarisien funktion erittely ei kuulu oikeudelliseen kielianalyysiin. Tällöin Olivecronan mielessä ovat sekä yhteiskunnalliset instituutiot (kuten raha) että oikeudelliset instituutiot (oikeudet ja velvollisuudet)¹². Olivecronalla juridisilla käsitteillä on – kuten hän itse toteaa – etupäässä ns. ”teckensfunktion”.

2 HÄGERSTRÖMIN PERUSDILEMMA ELI HÄGERSTRÖMIN PERUSANTINOMIA

Yksityiskohdilla on yksityiskohtien merkitys, eikä edellä lausuttu vähennä Helinin perusteellisen esityksen arvoa. Yritän tässä rekonstruoida skandinaavisen realismin perusajatukset toisenlaisesta lähtökohdasta käsin. Mielestäni voidaan perustellusti sanoa, ettei lopultakaan ole olemassa mitään skandinaavista realismia yhtenäisen ja yhteiselle teoreettiselle perustalle rakentuvan ajatussuuntauksen muodossa. Sitä vastoin skandinaavista realismia yhdistää pikemminkin tietty perusongelma ja siihen annetut kahdensuuntaiset vastaukset. Kutsun tätä perusongelmaa *Hägerströmin perusdilemmaksi* tai *Hägerströmin perusantinomiaksi*. Se voidaan nimittäin tiivistää kahden ajatuksen antinomiseksi suhteeksi ja asetelmaksi.

¹¹ Ks. Helin 1988, s. 204 ja 1990, s. 147–148, vrt. Austin, *How To Do Things with Words*, Oxford 1962, s. 5 ja 94–107 ja Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1974, s. 35, 36 ja 54.

¹² Olivecrona, *Det rättsliga språket och verkligheten*, Lund 1964, s. 30–37 ja erityisesti *Rättsordningen*, Lund 1966, s. 214–260, vrt. Helin 1990, s. 147–148.

1. Oikeusjärjestys sisältää olennaisena osanaan normatiivisia käsitteitä. Sellaisia ovat oikeus subjektiivisen oikeuden merkityksessä, velvollisuus ja voimasaolo. Oikeusteoreettinen analyysi ei saa hävittää tällaisia käsitteitä; muuten emme ole enää tekemisissä oikeudellisten ilmiöitten kanssa. Tätä argumenttia kutsun *oikeudellisuuden tai kohdeadekvaattisuuden argumentiksi*.
2. Toisen näkökohdan mukaan normatiiviset käsitteet ovat luonteeltaan epätieteellisiä tai sisältävät normaalissa sosiaalisessa tajunnassa epätieteellisuuden elementtejä. Hägerströmin alkuperäisen ajatuksen mukaan ne ovat maagisia, mystisiä ja irrationaalisia sieluntoimintoja. Hägerströmin mielestä ne ovat yhtäältä tunteen (känsla) tai tahdonilmaisun sekä toisaalta toimintaidean tai mielteen (föreställning) assosiativisia yhteenliittymiä. Ne toimivat yhteiskunnallisessa elämässä praktisen suggestioin välineenä. Tässä mielessä ne ovat tieteen kohteena problemaattisia eivätkä voi edustaa oikeustieteellisen analyysin lopullista tulosta. Tätä näkökohtaa voidaan kutsua *tieteellisyyden argumentiksi*.

Hägerströmin perusedilemma voidaan virittää myös hieman toisenlaisin käsittein. Niinpä tapaamme suoranaisesti käsitteen ”antinomia” temaattisesti keskeisessä merkityksessä eräässä koko skandinaavisen realismin kannalta tärkeässä teoksessa, nimittäin nuoren Rossin kirjassa *Virkelighed og Gyldighed* vuodelta 1934. Siinä Ross antaa oikeuden kohdeadekvaattisuuden ja tieteellisyyden perusantinomialle erään erityisemmän ja merkittävän tulkinnan. Ross näkee oikeuden alueen ilmiöt toistuvina antinomioina, toisilleen vastakkaisina mutta samalla toisiinsa yhteensulautuvina peruspiirteinä. Ross luettelee neljä tällaista oikeuden aluetta yleisesti karakterisoivaa antinomiaa: niille kaikille on tunnusomaista oikeuden kuuluminen sekä pätevyyden, *Gyldighed*, että todellisuuden, *Virkelighed*, sfääreihin. Oikeus kuuluu samanaikaisesti sekä todellisuuden että pätevyyden alueille antinomisesti tulkintani mukaan juuri tämän käsitteen kantilaisessa merkityksessä: kumpakaan puolta oikeuden ”immanenteista antinomioista” (imminente antinomier) ei voida redusoida suoraan toiseen antinomian osapuoleen. Hägerströmiä muistuttavin sanoin toisaalta Hägerströmistä melkoisesti poiketen Ross toteaa: ”...det almindelige Retsbegreb er opstaaet ved intim sammensmeltning af Gyldighedforestillinger... og Virkelighedforestillinger..., viser sig... i den Omtalte Dualisme med dens imminente Antinomier...”¹³. Rossin ajatuksella on selvästi jossain määrin uusia vivahteita Hägerströmiin verrattuna. Oikeus on todella – eräässä mielessä pysyvästi – antinominen ilmiö. Kaksi ensimmäistä antinomiaa koskee suoranaisesti empiirisen ja ideaalisen

¹³ Ks. Ross, *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, København 1934, s. 18 ja 74 ss.

vastakkaista ja täydentävää asetelmaa käsittein *virkelig/gyldig*. Kolmas on muunnelma asetelmasta, jossa normiauktori on yhtäältä oikeuden määräämä mutta toisaalta määrää oikeuden. Neljäs koskee taas oikeuden samanaikaista kuulumista praktisen ja teoreettisen tiedon alueelle¹⁴. Sisällöllisesti yhteys Kantin puhtaan järjen kolmannen antinomian käsitteisiin *Freiheit/Kausalität* on ilmeinen mutta tämän esityksen ulkopuolelle jäävä aihe. Ross lienee omaksunut ajatuksensa nimenomaan Kelsenin suodattamina. Ross ratkaisee mainitut antinomiat tuotantonsa eri vaiheissa periaatteessa eri tavoin. Varhaisvaihetta hallitsee kohdeadekvaattisuuden, myöhäisvaihetta taas tieteellisyyden primaatti, kuten tuonnempana pyritään osoittamaan.

Huolimatta jossain määrin toisistaan poikkeavista muotoiluista sekä Rossin että Hägerströmin perusantinomia on epäilemättä perusluonteeltaan sama. Molemmilla oikeus on antinominen ilmiö tavalla, jota voidaan luonnehtia kohdeadekvaattisuuden ja tieteellisyyden erisuuntaisiksi tai ristiriitaisiksi vaatimuksiksi. Tämä antinominen asetelma on molemmille latentisti ristiriidan sisältävä elementti. Mitä enemmän otamme huomioon *oikeudellisen* (Gyldighed), sen erityisluonteen, sen enemmän hävitämme *tieteellisyyden* (Virkelighed). Jos taas pyrimme tieteellisyyteen (empiirisyys-teen), sen enemmän oikeuden erityislaatu on vaarassa: tiede pelastuu, mutta oikeus häviää. Ajatuksella on säilynyt keskeistä merkitystä mm. jo mainitun H. L. A. Hartin peruskonseptiosta lähtevien ajatusteemojen kautta.

Tämän esityksen kannalta mainitulla antinomisella asetelmalla on koko skandinaavisen realismin hahmottamisen kannalta keskeinen merkitys. Se on mielestäni keskeinen erityisesti siksi, että skandinaavinen realismi muodostuu näkemykseni mukaan kahdesta erilaisesta perussuuntauksesta. Ensimmäistä niistä voidaan alkuperäisen Hägerströmin mukaan luonnehtia traditionaaliseksi, toista taas moderniksi ja kielianalyyttiseksi. Edellistä edustavat Hägerström, Lundstedt ja Olivecrona, jälkimmäisen ydinjoukon muodostavat Ross, Hedenius ja Theodor Geiger. Näitä kahta eri suuntausta yhdistää nimenomaan eräs seikka: Hägerströmin dilemma on merkittävä lähtökohta ja vaatii jonkinlaisen ratkaisun. Sen sijaan esitetyt ratkaisut poikkeavat toisistaan monissa jopa ratkaisevan tärkeissä kysymyksissä. Yleisesti traditionaalinen oikeusrealismi määrittyy kohdeadekvaattisuuden mukaan, kun taas moderni suuntaus antaa tieteellisyyden ajatukselle kasvavaa merkitystä. Otan esille kolme mielestäni keskeistä seikkaa, joita yritän hahmottaa lyhyesti kolmessa seuraavassa jaksossa.

¹⁴ Ks. tarkemmin Ross 1934, s. 74–89.

3 OIKEUS NORMATIIVISENA ARVOILMIÖNÄ

Ensimmäinen kohta perustuu oikeuden arvofilosofiselle lähtökohdalle. Seikka koskee sen todellisuuden luonnetta, josta oikeus normatiivisena arvoilmiönä muodostuu¹⁵. Arvoteoriat voidaan jakaa eri näkökulmista eri tavoin. Nykyään tehdään usein ero arvo-objektivismiin (muutoinaan intuitionismi ja naturalismi), emotivismiin ja institutionalismiin välillä¹⁶. Toisaalta Suomessa Airaksinen on jakanut selkeässä esityksessään arvoteoriat emotivismiin, relativismiin ja intuitionismiin kategorioihin¹⁷. Tässä yhteydessä on mielestäni sitä vastoin perusteltua erottaa toisistaan eettinen objektivismi, subjektivismi (relativismi) ja emotivismi. Lisäksi on aiheellista erottaa ainakin kahden viimeksi mainitun sosiaalinen sekä individuaalinen puoli ja momentti. Tässä asetelmassa on keskeistä se, että varhaisempi fraktio Hägerström/Lundstedt/ Olivecrona edusti eettistä emotivismia, josta on totuttu käyttämään nimitystä ”arvonihilismi”¹⁸. Sen sijaan Rossin, Hedeniuksen ja Geigerin peruslähtökohta on ainakin piilevästi eettinen subjektivismi (relativismi). Yksinkertaistaen ja voimakkaasti yleistäen: Hägerströmin peruskäsite on viimekätiseltä luonteeltaan irrationaalinen *känsla*. Eettiset lauseet ovat luonteeltaan aidosti vain tunnelmaisuja, jotka eivät viittaa mihinkään. Niillä on sekä mentaalinen että praktis-sosiaalinen tehtävänsä: ne ilmaisevat tunteita ja toimivat praktisen suggestion välineenä. Sen sijaan Rossin ja Hedeniuksen peruskäsitteenä voidaan nähdä pikemminkin *indstillning*. Jo varhaisella Rossilla oikeus on muodostelma asenteita, ”Adfærdsindstillninger”, oikeustieteen kohde on ”menneskelig Adfærd”. Myöhäisvaiheessaan Ross kutsuu sitä usein käsitteellä ”den normative ideologin”, joka kuitenkin on juuri ”(dommarens) adfærd(sindstillninger)”¹⁹. Nämä termit vastaavat sosiaalisen yhteisön tai ihmisryhmän asenteita, ja voimme tässä yhteydessä sulkeistaa kysymyksen siitä, kenen asenteista on kysymys. Niiden irrationaalisuus ikään kuin peittyi sen ajatuksen alle, että niitä sinänsä voidaan kuvata, rationaalistaa (jopa ennustaa, kuten Ross ajatteli selvästi jo vuonna 1950) kuten mitä tahansa asenteita tai mielipiteitä. Tällainen sosiologinen

¹⁵ Vrt. Helin 1988, s. 10–46.

¹⁶ Ks. esim. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989, s. 33–101.

¹⁷ Ks. T. Airaksinen, *Moraalifilosofia*, Helsinki–Porvoo–Juva 1987, s. 90–128.

¹⁸ Ks. Hedenius, s. 12 ja ss. sekä s. 34 ja ss., toisin Aarnio 1989, s. 132.

¹⁹ Ks. Ross 1934, esim. s. 92–93 ja 1953, esim. s. 47–48.

perusasenne tulee erityisen selvänä ja samalla äärimmilleen vietyinä näkyviin Theodor Geigerilla²⁰.

Hägerströmin (vast. Lundtedtin ja Olivecronan) emotivismissa voidaan kerrotulla tavalla erottaa individuaalinen ja sosiaalinen puoli. Edellisestä Helin käyttää osuvaa nimitystä ”mentaali-analyttinen”. Tällöin kysymys koskee sen tunteen psykologis-kausaalista erittelyä, joka liittyy normatiivisiin ilmaisuihin. Tämän irrationaalisen mielentilan komponentteja ovat tunne (känsla), mielle (idé, föreställning), niiden välinen assosiatiivinen yhteys ja se pakonomainen välttämättömyys, joka saa kausaalisesti ihmisen käyttäytymään omista intresseistään riippumattomalla tavalla²¹. Viimeksi mainitussa suhteessa voimme havaita tiettyä samankaltaisuutta sosiologian suuren klasikon Emile Durkheimin sosiaalisen faktan analyysin kanssa, jolle on tunnusomaista juuri ajatus sosiaalisen säännön pakonomaisesta luonteesta²².

Emotivismin sosiaalinen puoli käsittää normatiivisten ilmaisujen geneettisen ja sosiaalisen analyysin (esim. kasvatus, hyödyllisyys yhteisölle Hägerströmin esityksessä 1911). Normit ovat tämän näkökohdan mukaan praktisen sosiaalisen suggestion välineitä. Molemmista näkökulmista Hägerström torjuu ehdottomassa muodossa subjektivismin. Mielenkiintoinen ja samalla kuvaava yksityiskohta on se, että Hägerström kritisoi yksiselitteisesti juuri tästä näkökulmasta Edvard Westermarckin teoriaa. Westermarck haluaa hänen mielestään palauttaa normatiiviset ilmaisut yhteisön paheksumisreaktioiksi ja niitä kuvaaviksi lauseiksi. Mutta normatiiviset ja moraaliset ilmaisut eivät kerta kaikkiaan kuvaa mitään. Ne ovat vain praktisen suggestion välineitä, puhtaita tunteenilmaisuja edellä kerrotussa, so. sosiaalisessa ja mentaalipsykologisessa merkityksessä.

Tämän ehdottoman rajan tekeminen kuvastaa hyvin sekä Hägerströmin että sittemmin häntä ehkä läheisimmin seuranneen Olivecronan eettisen emotivismin perusajatusta. Siksi Hägerströmin kritiikki Westermarckia kohtaan ansaitsee eräitä täydentäviä havaintoja. Molemmat suuntautuvat epäilemättä sekä normativistista että arvo-objektivistista perusasennetta

²⁰ Ks. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1. Aufl. København 1947, tässä käytetty painos Darmstadt 1964, s. 105–109 ja 205 ss.

²¹ Ks. Hägerström, *Den objektiva rättens begrepp*, Uppsala 1917, s. 45–64, *Om moraliska föreställningars sanning*, Stockholm 1911, s. 22–26, Olivecrona 1966, s. 100–144 ja *Law as Fact*, London 1939, s. 28–49.

²² Ks. Durkheim, *The Rules of Sociological Method*, New York 1983, s. 2–4 ja *Sosiaalisesta työnjaosta*, Jyväskylä 1990, s. 30, 59 ja 100.

vastaan. Westermarck erittelee moraalien ja normatiivisten ilmaisujen syntyä paljolti samanlaisen perusajatuksen valossa kuin Hägerström. Hän puhuu moraalien tunneperustasta sekä erittelee sen syntyä mentaalisten ja sosiaalisten funktioiden valossa. Moraalisten ilmaisujen erityisluonteen Westermarck näkee nimenomaan sen kyvyssä herättää moraalisia paheksumisreaktioita (känslan av moraliskt ogillande) sosiaalisen yhteisön piirissä²³. Kuitenkaan Hägerström ei voi hyväksyä – ainakaan täysin – Westermarckin ajatusta.

Hägerströmin kritiikin ytimenä on mielestäni se, että Westermarck palauttaa hänen mielestään moraaliset ja normatiiviset ilmaisut yhteisön hyväksymis- tai paheksumisreaktioita kuvaaviksi väittämiksi. Tämän ajatuksen valossa Hägerström lausuu, että Westermarck salakuljettaa totuus–epätotuus-kvaliteetin moraalien ja normatiivisten ilmiöitten alueelle: ”... handlingars egenskap att vara ägnade att väcka sedligt gillande... blir sålunda ingenting annat än föreställningar om faktiska värderingsätt och kunna sätillvida bestämmas som sanna eller falska”²⁴. Hägerströmin mielestä oikeus on luonteeltaan *arvoja* (”värden”). Jos ne käännetään *arvostuksiksi* (”värderingar”), oikeuden erityisluonne häviää.

Näin ehdottomassa muodossa normatiivisten ilmaisujen pelkkä emotiivinen merkityssisältö on jo nuorelle Rossille vieras. Pätevyys (gyldighed) tai velvollisuus (pligt) eivät sellaisenaan viittaa mihinkään objektiiviseen todellisuuteen: ”de har ingen Mening, er blot et Ord”²⁵ – kuten Hägerström oli sanonut. Kuitenkin ne ovat enemmän kuin pelkkiä sosiaalisen suggestion välineitä tai assosiativisia tunnereaktioita: ne ovat oikeusilmiöön elimellisesti kuuluvia asenteita. Tällöin Ross näyttää edellyttävän, että ne ovat lain tai muun auktoriteetin kunnioittamiseen perustuvia ”intressittömiä” ”gyldighedsforestillinger”, jotka puolestaan ovat kausaalisessa vuorovaikutussuhteessa intressiin perustuviin eli sanktion pelosta syntyneisiin asenteisiin. Varhainen Ross löytää sosiaalisesta todellisuudesta kaksi eri asennetta, jotka vastaavat käsitteitä *virkelighed/gyldighed* ja jotka vaikuttavat toisiinsa: ”... i virkeligheden svarer til og symboliserer... tre faktorer i den psykofysiske Realitet: 1) en intresseret Adfærdindstilling, nærmere bestemt gennem en Impuls af Frugt for Tvang; 2) en uintresseret Adfærdstillings med Gyldighedspræg; og 3) en real, induktorisk Vekselvirkning mellem disse to

²³ Ks. Westermarck, *Moralens oppkomst och utveckling*, Helsingfors 1916, s. 110 ja ss. ja *Etisk relativism*, Helsingfors 1949 s. 75 ja 165 ss.

²⁴ Ks. Hägerström 1911, s. 27 ja 1917, s. 65.

²⁵ Ks. Ross 1934, s. 91.

Faktorer...²⁶. Täten nämä kaksi asennetta ja niiden vuorovaikutussuhde muodostavat sosiaalisen rakenteen, oikeuden, ”retsordens specifike Gyl-dighed som Ret”²⁷. Tätä ajatusta Helin on osuvasti ja yksityiskohtaisesti kuvannut²⁸. Varttuneella Rossilla mentaalialalyttinen aspekti osittain häviää, osittain yhdenmukaistuu virallisorgaanin sidonnaisuuden tunteeseen. Huomattavalta osin mentaalialalyttisen kentän kausaaliset vaikutussuhteet korvautuvat uudella semanttisella kielifilosofialla.

4 OIKEUSTIEDE

Toinen näkökohta liittyy läheisesti arvoilosophiseen lähtökohtaan ja arvolaui-seiden merkitystä koskevaan problematiikkaan. Se koskee oikeustieteen asemaa, merkitystä ja mahdollisuuksia. Se pelkistyy edelleen peruskysymyksiiksi normatiivisia käsitteitä (velvollisuus, voimassaolo, subjektiivinen oikeus) sisältävien lauseiden merkityksestä. Tämä tunnettu kysymys, johon myös Helin toistuvasti viittaa, erottaa mielestäni skandinaavisessa realismissa kaksi periaatteessa erilaista päälinjaa. Ensimmäistä niistä seurasivat Hägerström, Lundstedt ja Olivecrona. Tämän perusajatuksen mukaan edellä mainittu Hägerströmin antinomian mukainen oikeustieteen kohteen erityisluonne (vrt. edellä mainittu kohdeadekvaattisuus) teki oikeustieteen kyseenalaiseksi. Tällöin myös uudelle ”tieteelliselle” oikeustieteelle on vaikea osoittaa yksiselitteistä vastinetta. *Oikeusjärjestys* on yhteiskunnallisen suggestion ilmentymä, maaginen ja mystinen ilmiö, *traditionaalinen oikeustiede* puolestaan joukko mieltä vailla olevia väittämiä, jotka eivät ehdottomasti kuvaa mitään. Uudelle oikeustieteelle on tällaisten edellytysten vallitessa vaikea löytää selväpiirteistä tehtävää aluetta. Joko oikeustieteen tulee paljastaa ja eritellä mainittu oikeuden todellinen sosiaalipsykologinen mekanismi (Hägerström, Olivecrona) tai oikeustieteen kieli on käännettävä aivan toisenlaiseksi, muuta kuin oikeuden aluetta, esim. yhteiskuntahyötyä koskevaksi (Lundstedt).

Rossin – samoin kuin Hedeniuksen ja Geigerin – perusasenne on periaatteessa toisenlainen. Jo nuori Ross käsittää oikeustieteen kohteen empiirisinä

²⁶ Ks. Ross 1934, s. 92.

²⁷ Ross 1934, s. 100.

²⁸ Ks. Helin 1988, s. 141–156.

säännönmukaisuuksina ja niihin liittyvinä käyttäytymisasenteina. Oikeuden alueella vaikuttaa edellä kerrotulla tavalla kaksi, toisiinsa nähden vuorovai-
kutussuhteessa olevaa käyttäytymisasennetta (itseks ja epäitseks), jotka samalla selittävät ja korreloivat alueita ”Gyldighed” ja ”Virkelighed”²⁹. Vas-
taavasti oikeustieteen tehtävä aukeaa selvänä ja ongelmattomana. Oikeus-
tieteen tehtävä on kuvata näitä käyttäytymisasenteita ja rationaalistaa niitä.
Traditionaalinen oikeustiede on muunnettava niitä koskeviksi väittämiksi.
Tässä suhteessa Rossilla ei edes varhaisvaiheessa ole havaittavissa epäilyjä
oikeustieteen selvälinjaisesta tehtävästä. Oikeustieteen kieli on vain tulkit-
tava uudestaan, ”...omtyde de nedarvede Begreber realt”, normatiivisille
käsitteille on annettava ”en anden Mening end den Traditionelle”. Sitä on
normatiivinen tieteellisestä katsannosta: ”... det normative er ikke andet end
Rationalisering av visse virkelige Gyldighedoplevelser”. Siten häviää ”al
den Magi og Overtro, der rummes i den juridiske Grundbegreber”³⁰.

Varttuneella Rossilla ajatus saa olennaisesti uuden kielifilosofian mu-
kaisen tulkinnan. Normatiivisia käsitteitä sisältävät lauseet ovat tosia tai
epätosia sen mukaan kuin osoitetaan niiden verifioimisehdot: tässä mieles-
sä semanttinen analyysi korvaa sosiaalipsykologisen, kuten Helin toteaa.
Tämän näkemyksen perusteet Ross on omaksunut vuonna 1950 Geigeria
koskevassa erittelyssään *Om begrebet gældende ret hos Theodor Geiger*³¹.
Siinä esiintyy selväpiirteisenä nuorelle Rossille tuntematon ajatus oikeus-
tieteen lauseista todennäköisyyksille perustuvina ennusteina. Tapaamme
myöhäiselle Rossille ominaisen terminologian todennäköisyydestä (”sand-
synlighed”), ennusteista (”förudsigelse”) ja verifioinnista (”verifikation”)
normatiivisten lauseiden yhteydessä³².

Käsitteen ”voimassa oleva oikeus” (gældende ret) ja ongelman oikeus-
normin voimassaolosta on usein katsottu olevan hallitsevassa asemassa
skandinaavisessa oikeusrealismissa, erityisesti silloin kun kysymyksessä
on oikeustiede, sen merkitys ja mahdollisuudet³³. Ongelma voimassaolon
tieteellisestä merkityksestä tuli todella vuodesta 1953 hallitsemaan entistä
korostuneemmin Rossin ajattelua. Lauseen ”P = (D) er gældende dansk ret”
tieteellinen merkitys on teoksen *Om ret* ehkä keskeisin tieteenfilosofinen

²⁹ Tätä seikkaa on Helin selkeästi eritelty. Ks. Helin 1988, s. 139–156.

³⁰ Ks. Ross 1934, s. 20–22 ja 107.

³¹ Ks. Ross, *TFR* 1950, s. 242 ss.

³² Ks. *TFR* 1950, s. 257, 261 ja 262.

³³ Ks. Zahle, *TFR* 1974, s. 338 ja ss.

kysymys. Samalla se on uuden semanttisen ja empiirisesti orientoituneen ns. *improved language* kielifilosofian keskeisin oikeusteoreettinen sovellutus. Kuitenkin se on toisaalta nähtävä mielestäni vain osakysymyksenä normatiivisten ja moraalisten käsitteiden ongelmalle. Eli: se on eräs vastaus Hägerströmin alkuperäiselle ongelmalle oikeuskielen maagisista ja mystisistä ominaisuuksista. Itse asiassa tämä näkemys sisältyy myös Helinin esitykseen: semanttis-analyyttinen käänne merkitsee vain sinänsä tärkeää erityistapausta skandinaavisen realismin myöhemmässä kehityksessä.

Omasta näkökulmastani on keskeistä se, että juuri hieman eri muodoissa esiintyvä peruskatsomus sitoo yhteen Rossin, Hedeniuksen ja Geigerin käsitystä oikeustieteestä. Tämä yhteinen piirre voidaan muotoilla seuraavasti: Hägerströmin, Lundstedtin ja Olivecronan ongelma maagisia velvoittavuuksia ja mystisiä pitämiskvaliteetteja sisältävästä oikeustieteen kielestä voidaan ratkaista. Normatiivisille käsitteille voidaan antaa selvä, yksiselitteinen ja tieteellinen merkitys; Hägerström ja hänen oppilaansa pohtivat tässä mielessä turhaa ongelmaa. Juuri tämä ”hägerströmiläis-lundstedtilainen erehdys” on Hedeniuksen oikeuskieltä koskevan tarkastelun temaattinen lähtökohta esitykseni alussa mainitulla tavalla. Lähtökohtaisesti Geigerin ajatus on vuonna 1947 vastaavalla tavalla Hägerströmin ja ”Uppsala-koulun” normatiivisten käsitteiden tieteellistäminen. Tällaisia käsitteitä ovat ennen muita ”Gültigkeit” ja ”Verbindlichkeit”: ”Unter der metaphysisch belasteten Gültigkeitsvorstellung verbirgt sich allerdings eine Wirklichkeit”³⁴. Geigerilla normatiivisuuden tieteellistäminen tapahtuu kuitenkin puhtaan sosiologisen reduktionismin tietä. Geigerilla ideaalinen pitäminen voidaan täysin palauttaa sosiologisiksi ”oikeusrealiteeteiksi”, joiden normatiivista luonnetta ei katsota enää ongelmalliseksi³⁵. ”Verbindlichkeit” ja ”Gültigkeit” voidaan palauttaa pelkkien käyttäytymismallien empiirisiksi funktioiksi, joita Geiger kutsuu joko tehokkuusosuudeksi tai v-stigmaksi. Teorian perusajatus on verraten yksinkertaisesti normien voimassaolon *mitattavuus* (messbar). Se tarkoittaa noudattamistehokkuuden ja reaktiotehokkuuden funktiota normityypillisten tilanteiden kokonaisjoukosta. Normin (s-g)v pitämiselementti, ”v-stigma”, on ilmoittaa normia noudattaneiden ja sanktion kohteiksi joutuneiden kokonaisuusmäärä kaikista normityypillisissä tilanteissa s-g olevien henkilöiden kokonaisjoukosta.

³⁴ Ks. Geiger 1964, s. 45.

³⁵ Geiger 1964, s. 205–207.

Myöhäinen Ross ei suoranaisesti hyväksy täysin Hedeniuksen eikä myöskään Geigerin käsitystä. *Om ret* luonnehtii molempia epiteetillä ”behavioristinen realisti” viitaten tällä ajatukseen, että kumpikin on jollain tavoin sivuuttanut oikeustieteen normatiivisen elementin, tuomarin ”normatiivisen ideologian”³⁶. Esitys on tältä osin ylimalkainen – jossain määrin myös Hedeniuksen osalta ehkä epämääräinen. Kiintoisampi onkin Rossin erittely Geigerin normatiivisia käsitteitä koskevasta sosiologisesta tulkinnasta artikkelissa vuodelta 1950, johon teos *Om ret* puolestaan viittaa kahdesti³⁷. Siinä Hedeniuksen näkemykseen suhtaudutaan hyväksyvästi³⁸. Sitä vastoin mainitun artikkelin keskeinen kysymys tämän esityksen kannalta on Rossin kritiikki Geigerin sosiologista reduktionismia vastaan. Sitä pyrin seuraavassa selventämään erään uudemman, Norberto Bobbion suorittaman erottelun avulla.

Norberto Bobbio on oikeustieteen normatiivisuutta koskevassa, verraten tunnetussa esityksessään erottanut toisistaan normatiivisuuden *objektin, metodin* ja *funktion*³⁹. Bobbion luokittelussa oikeudellinen ajattelu voi olla väljässä mielessä ”normatiivinen” funktioltaan tai metodiltaan (objektin jäädessä siten tarkastelun ulkopuolelle). Hieman yksinkertaistaen Bobbion terminologiaa oikeustiede voi olla *funktioltaan* preskriptiivinen kuten luonnonoikeus (antaen sisällöllisiä normeja) tai deskriptiivinen (normeja tai käyttäytymistä kuvaava, joka ei esitä sisällöllisiä normeja). Tämän ohella oikeustiede voi olla *metodiltaan* normatiivinen (teoria normeista tai normatiivisesta struktuurista) tai puhtaasti selittävä teoria inhimillisestä käyttäytymisestä (joka siten redusoi normatiivisen aineksen käyttäytymiseksi). Bobbio erottelee siten neljä eri ryhmää ristiintaulukoiden metodin ja funktion seuraavasti: (a) normative-prescriptive (luonnonoikeus), (b) normative-descriptive (Kelsenin kuvaileva teoria normien objektiivisesta struktuurista), (c) explanatory-prescriptive ja (d) explanatory-descriptive⁴⁰. Tässä yhteydessä meitä kiinnostavat ryhmät (c) ja (d): juuri niiden välisestä rajanvedosta on Rossin ja Geigerin välisessä erimielisyydessä kysymys; myös Bobbio mainitsee Rossin nimen. Rossin teoria (Bobbion explanatory-prescriptive) on sinänsä realismin mukainen tosiasiateoria mutta kuitenkin funktioltaan teoria *normeista*, joka näkee normatiivisen erityisenä tosiasia-

³⁶ Ks. Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, København 1953, s. 89.

³⁷ Ks. Ross 1953, s. 41 av. 2 ja 89 av. 11.

³⁸ Ks. *TFR* 1950, s. 265.

³⁹ Ks. N. Bobbio, ”Sein” and ”Sollen” in *Legal Science*, *ARSP* 1970, Beiheft 6, s. 9.

⁴⁰ Bobbio, mts. 9–11.

alueena ja säilyttää perinnäisen oikeustieteen luonteen: se antaa vastauksia oikeudellisiin kysymyksiin. Sen sijaan Geigerin vaihtoehto (Bobbion explanatory-descriptive) on funktioltaan kuvaileva teoria *tosiasioista*. Se kertoo, miten tuomioistuimet käyttäytyvät, muttei anna vastausta normatiivisiin kysymyksiin. Tämä on lyhyesti Rossin pitkähkön kritiikin ydin tämän esityksen näkökulmasta. Ross on epäilemättä jossain määrin oikeassa. Geigerin teoria kertoo vain yhdenmukaisuuksista tuomioistuimen ja kansalaisten käyttäytymisessä eli (kuten Ross sanoo) ”reaalinormeista”. Sitä vastoin se ei kerro lainkaan normatiivisista ilmiöistä, tuomareja motivoivista sidonnaisuuksista, normatiivisista ajatussisällöistä ”tuomari-ideologiana”. Mutta (kuten Ross toteaa) ”Retsvidenskap er ikke simpelthen en gren af sociologien”⁴¹. Oikeustiede antaa myös Rossin konseptiossa todella vastauksen kysymykseen voimassa olevasta oikeudesta ”gyldighedsspoergsmålet såsom det opfattes af jurister”⁴².

Erään asian Ross kuitenkin sivuuttaa. Sekä Geigerin että hänen ajatuksensa perustuvat sellaiseen realistiseen teoriaan, joka uskoo tosiasioihin nojautuvan tarkastelun ratkaisevan perinnäisen oikeudellisen velvoittavuuden kysymyksen. Geiger vain uskoo tuomari- ja kansalaiskäyttämisen kompleksisen tosiasian *pelkkänä suoraan havainnoitavana tosiasiana* olevan asian ratkaisu. Rossilla taas *sidonnaisuuden tunne* on olennainen osa tosiasiatarkastelun kohteesta. Molemmat kuitenkin ratkaisevat tai katsovat ratkaisevansa Hägerströmin perusdilemman: oikeuden normatiivisuus saa tieteellisen ratkaisun. Hägerströmin perusantinomian kannalta nimenomaan Ross pyrkii temaattisesti täyttämään sekä tieteellisyyden että kohdeadekvaattisuuden (normatiivisuuden) vaatimukset ja sovittamaan ne uudella tavalla yhteen. Voimassaoloväite *kuva*a tuomariasenteita (ollen siten tieteellinen). Toisaalta se *kuva*a *tuomariasenteita* (ollen siten normatiivinen ja kohdeadekvaatti).

Omasta mielestäni tämän rossilaisen normatiivisen tieteen lauseet joutuvat kuitenkin Hägerströmin alkuperäistä dilemmaa muistuttavan asetelman eteen, joskin hieman toisesta syystä kuin Geigerin perusajatus. Rossin perimmäinen vaikeus johtuu siitä, että hän katsoo oikeustieteen lauseen *ennustavan* viranomaiskäyttämisen perusteita⁴³. Tällöin vaikeus ei mielestäni johdukaan ainakaan ensisijaisesti normatiivisen ja empiirisen perinnäisestä

⁴¹ Ks. Ross 1950, s. 253.

⁴² Ross 1950, s. 249, kurs H. T.

⁴³ Ks. Ross 1953, s. 55 ja 121 sekä 1950, s. 257 ja 261.

antinomiasta, kuten yleisesti on totuttu ajattelemaan. Pikemminkin näen ongelman ytimen siinä, miten ennustaminen on yhteensovittavissa oikeuden *institutionaalisuuden* kanssa. Siksi meidän on seuraavaksi käsiteltävä oikeusjärjestelmän institutionaalisia piirteitä. Sen eräisiin, tämän esityksen katsannosta keskeisiin seikkoihin en ole nähnyt kiinnitettävän huomiota. Kuitenkin nämä piirteet tulkintani mukaan keskeisesti hallitsevat Hedeniuksen, Geigerin ja Rossin ajattelua, siten samaa suuntausta, joka suhtautuu optimistisesti uuden oikeustieteen mahdollisuuteen. Tulemme kolmanteen skandinaavista realismia sisäisesti jakavaan piirteeseen.

5 OIKEUS INSTITUTIONAALISENA JÄRJESTELMÄNÄ

Yhtäältä Hägerströmin, Lundstedtin ja Olivecronan sekä toisaalta Rossin ja Hedeniuksen peruseroa koskeva kolmas seikka on nykyisen oikeusteorian kannalta ehkä mielenkiintoisin. Tällöin kysymys liittyy siihen keskusteluun, jota nykyisin käydään ns. institutionaalisesta oikeusteoriasta. Ross ei ottanut vakavasti ainoastaan oikeustiedettä vaan myös *oikeusjärjestyksen institutionaalisena systeeminä*. Hägerströmin alkuperäinen näkemys oikeudesta muistutti taas pikemmin alkukantaisen yhteisön moraalialia. Myös Olivecrona ja Lundstedt ovat useimmiten lähes sokeita ajatukselle oikeudesta formaalis-tuneena ja spesialisoituneena instituutiona. Kaikki kolme näkevät oikeuden perustyyppin esim. ”du skall”-ilmaisuja käyttävässä alkukantaisen moraalin tilanteissa. Sitä vastoin Rossille ja Hedeniukselle on leimallista käsitys oikeudesta institutionaalistuneena ja formaalina järjestelmänä. Niinpä Rossin käsitys oikeudesta täyttää Max Weberin tunnetun formaalisen rationaliteetin käsitteen tuntomerkit, Hägerströmin ja Olivecronan taas useimmiten ei. Tämä mielestäni keskeinen seikka ilmenee useammassakin asiayhteydessä.

Ensimmäinen konteksti on itse oikeusnormin käsite, jonka osalta mainitut ajattelutavat eroavat selvästi. Hägerströmille, Olivecronalle ja Lundstedtille on leimallista sosiaalisen ja moraalisen normin käsite, jonka tarkoituksena on kansalaiseen kohdistuva praktinen suggestio. Sitä voidaan luonnehtia suoraksi direktiiviksi. Käsitteen puhdaspiirteisien ilmenemismuoto on Olivecronan ”fristående imperativ”⁴⁴. Niitä lainsäätäjät tosin käyttää hyväkseen, mutta ne

⁴⁴ Ks. Olivecrona 1966, s. 128–132 ja 1939, s. 42–49.

ovat olemassa jo ennen lainsäätäjää ja hänen tahdonmuodostustaan. Sitä vastoin Rossin käsitykselle on ominaista ajatus normista sanktiodirektiivinä: oikeusnormi on sen mukaan tuomioistuimelle osoitettu ohje viranomaistoimintaa koskevasta pakonkäytöstä⁴⁵.

Kolmannella erokriteerillä on kuitenkin muitakin tärkeitä ulottuvuuksia. Oikeuden institutionaaliset rakenteet koskevat keskeisesti sitä, miten oikeus määrittää itse itseään tai luo oman oikeusauktoriteettinsa⁴⁶. Tällaiset oikeusjärjestyksen institutionaalistunutta rakennetta koskevat ajatukset puuttuvat säännönmukaisesti Hägerströmiltä, Olivecronalta ja Lundtedtilta. Tällaisia keskeisiä teorian osioita on puolestaan Rossilla ainakin (a) kysymys oikeuslähdeopista⁴⁷, (b) jako käyttäytymis- ja kompetenssinormeihin⁴⁸ ja (c) kysymys harvoin sovellettavista oikeusnormeista⁴⁹.

Mikä merkitys näillä oikeuden institutionaalisilla piirteillä on Rossin enusteteorian kannalta? Kysymys liittyy nykyään ajankohtaisen, jo mainitun institutionaalisen oikeusteorian kysymykseen. Useat tutkijat, MacCormickin ja Weinbergerin tunnetun perusesityksen⁵⁰ ohella Helin ja Lagerspetz ovat käyttäneet ja tutkineet tämän käsitteen merkitystä sekä ulottuvuuksia⁵¹. Kaikkien lähtökohtana on ollut John Searlen jaottelu institutionaaliin (institutional) ja koviin (brute) tosiasioihin, ajatus konstitutiivisista säännöistä, jotka Searlen mukaan ovat muotoa 'X counts as Y in context C'. Jokin tapahtuma saa konstitutiivisen säännön ansiosta sosiaalisen ja institutionaalisen merkityksen⁵².

Institutionaalisen oikeusteorian peruskonseption mukaan oikeustiede on tulkitseva tiede. Tämän käsityksen valossa Helin näyttää tarkastelevan Rossin teorian keskeisiä ajatuksia kutsuen niitä (analyyttiseksi) hermeneutiikaksi ja viitaten teoksensa lopuksi institutionaaliseen oikeusteoriaan⁵³. Tämän mukaisesti oikeustiede olisi luonteeltaan ”tulkitseva” tai ”ymmärtävä” tiede⁵⁴.

⁴⁵ Ross 1953, s. 41–47.

⁴⁶ Ks. esim. Ross 1934, s. 81–88, 104–105 ja 1953, s. 48–50.

⁴⁷ Ross 1953, s. 90–127.

⁴⁸ Ross 1953 s. 51–64.

⁴⁹ Ks. myös Helin 1988, s. 228.

⁵⁰ Ks. MacCormick & Weinberger: *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*. Duncker und Humblot: Berlin 1985.

⁵¹ Ks. Helin 1990, s. 150–157 ja Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions*, Helsinki 1989, erit. s. 13.

⁵² Searle 1974, s. 36 ja 50–54.

⁵³ Ks. Helin 1988, s. 428–430.

⁵⁴ Ks. Helin 1988, s. 162–163, 168 ja 169.

Tämä korostus on mielestäni kuitenkin ilmeisessä ristiriidassa Rossin monien aivan keskeisten asettamusten kanssa. Oikeusjärjestys muodostaa kyllä Rossilla institutionaalisen rakenteen. Sen sijaan oikeustiede ei ole tulkitseva vaan kausaalisesti selitettävä tiede. Sen tosiasiat verifioidaan. Oikeustiede on erityisesti varttuneella Rossilla ohjelmallisesti tosiasioita koskeva ja ennusteesiin pyrkivä tiede. Sama perusajatus esiintyy selvänä myös Hedeniuksella ja Geigerilla. Lähinnä kaksi seikkaa korostaa voimakkaasti juuri tätä piirrettä.

- a) Oikeuden voimassaoloa koskeva lause eli oikeustieteen lause on Rossin keskeisen ajatuksen mukaan ennuste, *förudsigelse*⁵⁵. Helin ei tätä käsitettä juurikaan mainitse⁵⁶. Ross sanoo, että oikeustiede on empiirisesti orientoitunut (empirisk orienterede) tiedon muoto. Sen lauseiden merkitys määräytyy sen totuusehtoja määrittävän verifioimismenetelmän kautta: ”Denne fremgangsmåde, som man kalder verifikationsproceduren, angår altså hvorledes man skal gå frem for at efterprøve udsgnets sandhed og definerer samtidig dets meningsindhold”⁵⁷.
- b) Oikeuslähdeoppi, joka on Rossin esityksen mielenkiintoisimpia, määräytyy saman perusajatuksen mukaisesti. ”...hvad domstolene faktiskt har hidtill handlet...”, ”...ideologi der faktiskt besjæler domstolene”, ”... angår den grad av *sandsynlighed* (kurs. A. R.) hvormed en kildes motiverende indflydelse på dommaren kan forutbestemmes”⁵⁸.

Asian ydin on mielestäni lopulta siinä, että Rossin oma teoria on ristiriitaisia elementtejä sisältävä. Helin yrittää ehkä liiaksi johdonmukaistaa ja rationaalistaa hänen teoriansa erisuuntaisia piirteitä. Rossin teoria on mielestäni lopultakin sekä ratkaisuyritys että heijastuma alkuperäisestä Hägerströmin antinomiasta. Rossilaisessa muodossa antinomia voidaan esittää seuraavasti.

- 1) *Oikeus* on luonteeltaan institutionaalinen pakkojärjestys (kohdeadekvaattisuus)
- 2) Oikeustieteen lauseet ovat ennusteita (tieteellisyys).

Antinomiseksi asetelma muodostuu juuri rossilaisessa muodossa siitä yksinkertaisesta syystä, että *institutionaalista käyttäytymistä ei voida ”ennustaa” sanan tavanomaisessa merkityksessä*. Tämän seikan ehkä kärjekkäin ja havainnollisin ilmenemismuoto on Rossin omassa oikeustieteen lauseen perusmäärittelyssä, joka kuuluu seuraavasti:

⁵⁵ Ross 1953, s. 51–53 ja 55.

⁵⁶ Vrt. kuit. Helin 1988 s. 168–169.

⁵⁷ Ross 1953, s. 52.

⁵⁸ Ross 1953, s. 91 ja 121.

P = (vxl's § 28) er nugældende dansk ret er en *förudsigelse* om, at *dersom en sag indbringes for domstolene, i hvilken de i vxl's § 28 angivne betingende kendsgerninger anses at foreligge, og dersom der ikke i mellemtiden er indtruffet ændringer i det forhold der begrunder P, vil det i vxl's § 28 indholdte direktiv til dommaren indgå som integrerende bestanddel af domsbegrundelsen* (Ross 1953, s. 55).

Oikeustieteen lause on siten ennuste siitä, että jos tuomioistuin toteaa oikeusnormin tosiasioiden vallitsevan, se tuomitsee oikeusnormin mukaisiin oikeusseuraamuksiin. Esimerkkinä Rossilla on Vekselilain 28 §. Tilannetta voidaan mielestäni luonnehtia käsitteellä *institutionaalinen tautologia*. Se voidaan kärjistää seuraavaan muotoon: jos tuomioistuin katsoo tapauksen kuuluvan normin sovellutusalueeseen, se soveltaa tätä normia. Tällaisten ”ennusteiden” arvo on kyseenalainen, ja ainakin tässä muodossa tuomioistuimen käyttäytymisen mielekästä tutkimusta on vaikea ymmärtää.

Helin formuloi itse asiassa artikkelissaan 1990 hyvin pitkälle saman asian lähtökohdan toisesta näkökulmasta. Helinin mielestä oikeustosisekoja voidaan tarkastella uudella tavalla institutionaalisen oikeusteorian näkökulmasta. Oikeustosisekat ovat aina tulkittuja asioita. Sen mukaisesti Helin puhuu myös toisen ja kolmannen asteen institutionaalista faktoista⁵⁹. Asialle voidaan antaa kuitenkin myös hieman toisenlainen muotoilu: oikeus itse määrittää oman soveltamisensa ehdot, ne relevantit seikat, joihin oikeusvaikutukset kytketään. Tällöin oikeuden institutionaalista kentästä avautuu vielä eräs aspekti, jonka käsittely jää tämän esityksen ulkopuolelle. Se tarkoittaa oikeutta ns. itseviittaavana systeeminä (”self-referring system”)⁶⁰. Tämä, viime aikoina mm. Gunther Teubnerin esittämä ajatus todistaa osaltaan skandinaavisen realismin perusongelmien vivahteikkautta ja ajankohtaisuutta.

⁵⁹ Ks. Helin 1990, s. 155. Vrt. Aarnio 1989, s. 176–177.

⁶⁰ Ks. Teubner, Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the 'Essence' of the Legal Person, *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXXVI, 1/1988, 401–426 ja How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law, julkaisematon käsikirjoitus, December 1989 [ks. *Law and Society Review* 23, 1989, 727–757]. Ajatus itseviittaavista (self-referring, self-validating, self-reproducing) järjestelmistä antaa institutionaalisen faktan käsitteelle vivahteen, johon on syytä palata toisessa yhteydessä. ”Institutional facts’ such as corporate personality, contract, and the will are only the tip of an iceberg of legal reality constructs drifting in an ocean of ’brute facts’ of diffuse social communication.” Ks. Teubner 1989.

Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter)*

1 UTGÅNGSPUNKTEN

Rättspositivismen, om vilken man i den efterkrigstida juridiska litteraturen har talat med företrädesvis negativa omdömen, kan ur denna artikels synvinkel definieras närmast med stöd av tre kriterier. Som dess första kännetecken kan man se den normativa autonomi, den av Max Weber avsedda formella rationaliteten. I detta sammanhang avses med autonomi självständighet både i förhållande till samhälleliga värden och till den sociala verkligheten. Rätten bildar ett eget normativt fält, som i princip kan skiljas både från värdena och från samhället. För det andra är rätten en produkt av vilja: vad som helst kan utgöra innehållet i en rättslig norm. För det tredje är rätten både som system och i avseende å sina tillämpningar normativt sluten: fastän rätten som system och i sin tillämpningsverksamhet har luckor, kan dessa fyllas med formella och normativa kriterier; så är fallet med en rättslig lucka eller en normkonflikt i samband med tillämpningen. Allt det anförda kan sammanfattas till följande tanke: rätten är en formell ordning för entydiga rättsregler.

Begreppen rättsordning och rättssystem ansluter sig till utgångspunkten för min framställning. T.ex. inför den nu aktuella störtfloden av EES-normer (EES = Europeiska ekonomiska samarbetsområdet) skapar nämnda begrepp ett från olika perspektiv utgående problemfält, varvid de olika perspektiven inte får ses som absoluta. Den rättsformalistiska aspekten på nämnda normer anknyter sig till rättsordningen, inom vilken statsförfattningsproblemen för närvarande intar en central ställning. Däremot aktualiserar rättssystemet en fråga av annan karaktär: Hur kan vi skapa ett system, med vilket vi kan behärska rättsnormernas tilltagande mångfald? Härvid avses med behärskande av normerna något annat än ett rent framställningstekniskt system. Frågan ansluter sig direkt till den juridiska kunskapen, förmågan att förstå sambandet mellan normerna och deras riktiga tillämpning (jfr. systematisering och

* Översättningen gjord av huvudredaktören.

tolkning, vilka utgör både lagtillämparens och rättsvetenskapens centralaste uppgiftsfält). Härvid hör till rättssystemet ofta och i ökande omfattning vissa av rättsteorin understrukna uppfattningar rörande vissa rationalitetsantaganden, nämligen antaganden rörande kravet på avgörandets riktighet (claim for correctness) och rörande en rationell lagstiftare¹. Rättssystemet kan bl.a. på basen av dessa uppfattningar karaktäriseras som materiellt, icke formellt.

Skillnaden mellan rättsordningen och rättssystemet antas ofta vara entydig. Denna uppfattning är enligt min mening oriktig. Den centrala utgångspunkten för min framställning är tanken, att det inte finns ett enda och absolut rättssystem och inte heller en systemprincip, som kräver en sådan utgångstanke. Jag återkallar i minnet den på 1980-talet vida utbredda systemtanken, som anknöt till juridikens allmänna läror. Dess centrala systemtanke är en juridisk principkategori, vars identifikations-, konflikt- och tillämpningssituationer inte kan behärskas med reglernas logik. Principerna skapar innehållsmässig koherens för rättsreglerna och deras egen prioritet och konflikter avgöres på de innehållsliga modellernas eller teoriernas nivå.² Sådana rättssystemtankar har i anslutning till den praktiska juridiken med framgång tillämpats inom privaträtten av Juha Pöyhönen och inom den offentliga rätten av Martin Scheinin och Martti Koskeniemi.³

Rätten har tre olika dimensioner, en normativ, en moralisk och en samhällelig-faktisk. Härvid kommer den nämnda ur principerna härledda systemprincipen nära den rättsliga (samhälleliga) moralens grundläggande natur. Sålunda konstaterar MacCormick i likhet med många andra principernas moraliska dimension: de är bundna vid värden, ”of positive value”. Likaledes har rättens modeller och teorier sin djupaste grund, ”djupjustifiering” på en moralisk eller normativ värdeidé.⁴

¹ Aarnio, Statutory Interpretation in Finland, in: *Interpreting Statutes*, eds. N. MacCormick and R.S. Summers, Dartmouth 1991, s. 152–153, Daschal – Wroblewski, The Rational Law-Maker, *Journal of Pragmatics*, vol. 15/1991, s. 421 ff., Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989, s. 105–108 och Alexy, On Necessary Relationship between Law and Morality, *Ratio Juris* 2/1989, s. 177 ff.

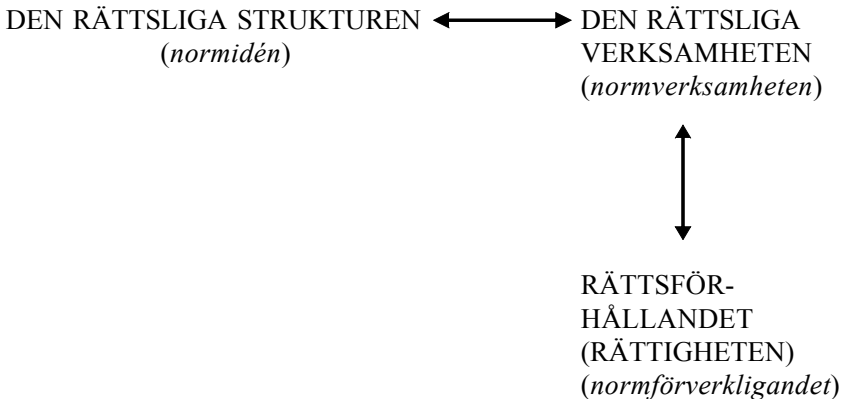
² Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, Vammala 1988, s. 117–184, Tolonen, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä, *Juhlajulkaisu Allan Huttunen* Turku 1988, s. 190–193 [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 17–38] och Tolonen, Rules, Principles and Goals. *Scandinavian Studies in Law* 35/1991, s. 276–279.

³ Pöyhönen 1988, passim, Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, Helsinki 1989, Scheinin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*, Jyväskylä särsk. 1–56. Se även MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* 1978, s. 153.

⁴ Pöyhönen 1988, s. 94–199 och s. 117 ff., Tolonen 1988, s. 190–193.

Min egen infallsvinkel i denna framställning är en annan. Den är vidare och jag vågar föreställa mig, att den öppnar ett visst nytt perspektiv på hela begreppet rättssystem. I samband härmed kan man granska både vissa traditionella och vissa moderna institutionella teorier. För att öppna denna infallsvinkel försöker jag först kort definiera fyra olika, fortfarande aktuella rättsinstitutionella granskningssätt, vilka jag benämner den tyska, den franska, den brittiska och den amerikanska synpunkten. Härvid måste jag först bestämma begreppet rättsinstitut på ett sätt, som gör de olika uppfattningarna sinsemellan jämförbara. Denna jämförelse representerar samtidigt min egen uppfattning om en rättsinstitutionell granskning. Enligt min grundtanke *bygger en rättsinstitutionell granskning på en växelverkan mellan strukturen och verksamheten*. Denna allmänna utgångspunkt möjliggör olika tolkningar. Grunddragen av mina tankar har jag hämtat av vissa franska strukturalister och ur Anthony Giddens samhällsteoretiska tankar.⁶ Vissa av deras utgångspunkter har tillämpats på olika fenomen på rättens område. I enlighet med detta förenar jag rättsinstitutet till *en rättslig struktur*, som uppkommer och förmedlas genom *rättslig verksamhet* och *rättsliga förhållanden*. Jag använder vidare termerna *normidé*, *normverksamhet* och *normförverkligande*. De kan åskådliggöras genom följande figur (se figur 2).

Figur 2.



⁶ Giddens, *Central Problems of Social Theory* 1979, i fi.övers. *Yhteiskuntateorian keskeisiä ongelmia*, Keuruu 1984. Jfr. även Kangas 1991, s. 144–145.

Eller m.a.o.: rättsinstitutet representerar inte för mig en knippe rättsnormer utan en rättslig struktur som står i samband med verksamhet och vad den som realiserad leder till. Jag hävdar, att min tanke har sin motsvarighet även i den tidigare nämnda institutionella rättsteorin. Den centrala delen av mitt påstående är dock, att figurens grundidé gäller alla fyra ovan berörda institutionella teorier. Mitt andra centrala påstående gäller den normativa karaktären av min egen grundteori och dess varianter: de gäller normativa samband och ett inomrättsligt perspektiv. De kan – med något olika nyanser – karaktäriseras som samhällsmoraliska eller samhällsnormativa.

2 ALLMÄNT OM OLIKA INSTITUTIONELLA TEORIER

Mitt påstående förefaller överdimensionerat. Dess eventuella kraft bygger därför på, att det delvis är fråga om att omtolka vissa traditionella tankar. Teoretiker med mycket olika inriktning har just genom rättsinstitutionell granskning utvecklat tanken om, att rätten kan samtidigt uppträda som en normativ struktur och som ett samhälleligt grundfenomen. Det kunde vara ämnet för en självständig framställning att utreda, hur dessa tankar har blivit satta åt sidan. Kanske har detta närmast orsakats av begreppsjuridikens långvariga dominans och av den centrala teoretiska kraftmätningen mellan begreppsjuridiken och den analytiska riktningen i den efterkrigstida diskussionen. Kanske inverkar också en viss rättslig pragmatism i domstolsrealismens form; totalt sett alltså dels företeelser i samband med rättspositivismen, dels andra omständigheter. Rättsinstitutionalismen har dock i olika former länge stått i en central ställning i juridikens historia. Den har på nytt uppenbarat sig i det rättsliga tänkandet alldeles nyligen – dock så att den med äldre tankeriktningar snarare delat på vissa grundproblem än på lösningarna till dem. Därför är den följande framställningens ändamål att rättfärdiga och motivera denna tradition samt att framföra argument för ett sådant systemideal, som ser rätten som ett normativt och samhälleligt fenomen.

3 DEN TYSKA INSTITUTIONALISMENS GRUNDFORM: C. F. v. SAVIGNY

Savigny uppträder som den tyska rättsinstitutionalismens historiskt sett centrala företrädare. Begreppsjuridiken representerar som känt inte samma grundtankar om föränderliga rättsinstitutioner och rättsförhållandet som riktar sig mot det reella livet. Det har anförts olika tolkningar om Savignys uppfattningar. Därför använder jag utöver hans egen originaltext även framställningar av Walter Wilhelm (1958), Lars Björne (1984) och Joachim Rückert (1984).⁷ Savignys egna texter är svåra att tolka därför att han skiljer från varandra flera av rättens element på olika nivåer. Sålunda anknys ”Lebensverhältnisse”, ”Rechtverhältnisse”, ”Rechtsregeln” och ”Rechtsinstitute” parvis till varandra, ofta genom förmedling av det s.k. organiska sambandets mångtydiga begrepp. En annan omständighet av allmän karaktär gäller gränsdragningen mellan ett internt och ett externt system. Alla nämnda forskare är överens om, att huvudvikten ligger på det interna systemet: det beskriver det sätt, på vilket rätten lever och genom förmedling varav den förenas med samhället. Ur denna synvinkel nämner Savigny bland rättsinstitutionen äktenskapet, släktskapsförhållandet, arvsordningen, obligationen och egendomen.⁸

Alla ovan nämnda forskare anser rättsinstitutet vara det interna systemets centrala begrepp och dess förhållande till rättsförhållandet vara väsentligt. På begynnelsesidorna av sitt huvudverk *System des heutigen Römischen Rechts* karakteriserar Savigny denna grundtanke på följande sätt: ”Om vi alltså går vidare till sakens natur och inte stannar vid enkla fenomen, så observerar vi, att varje rättsförhållande hänförs till motsvarande rättsinstitut och skall granskas som en av dess typer...”⁹ Vad avser Savigny när han karakteriserar ett rättsinstitut som en typ eller som en urbild? Problemet kan i denna korta framställning återföras i enlighet med vår grundfigur (figur 2) till två underfrågor. Den första gäller karakteriseringen av det nyss nämnda förhål-

⁷ C. F. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts I*, Berlin 1840, s. XXXVII, Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M. 1958, s. 46, Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach 1984, s. 154 och ff., Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, särsk. s. 304 ff.

⁸ Savigny I, s. 285, 294, 299, 352, 371, 390, Björne, s. 157.

⁹ Savigny I, s. 9, Wilhelm, s. 48, Björne, s. 156, Rückert, s. 342.

landet och den andra den verksamhet, som enligt vår grundfigur förmedlar sambandet mellan ett rättsinstitut och ett rättsförhållande.

Rörande den första frågeställningen anger Savigny ofta sambandet mellan rättsinstitutet och rättsförhållandet som *organiskt*.¹⁰ Å andra sidan karaktäriserar han med samma begrepp även andra förhållanden, såsom rättsregel/rättsinstitut, rättsförhållande/levnadsförhållande. Bilden kompliceras ännu av den av Björne understrukna omständigheten, att de av rätten reglerade förhållandena ofta hör helt till området för rätten; å andra sidan är deras ursprung ibland utomrättsligt, såsom äktenskapet och släktskapsförhållandet. I sistnämnda fall har rättsförhållandena en etisk och naturlig grund.¹¹ Till denna del stannar Björne och Wilhelm för att beteckna särskilt begreppet rättsinstitut som mångtydigt och med flera olika betydelser.¹² I detta hänseende innehåller enligt min mening Rückerts grundliga analys av Savigny ett slags ny läsnyckel till Savignys texter. Enligt Rückerts grundtanke uppträder särskilt rättsinstitut – rättsförhållande, rättsregel – rättsinstitut och rättsförhållande – levnadsförhållande i viss mening som relativa begrepp, vilka det inte är skäl att uppfatta absolut. De behärskas alla av den objektiva idealismens uppställning *Natur – Geist*. De rättsliga förhållandenas uppbyggnadsprinciper finner man inte i det mänskliga medvetandets allmängiltiga kategorier, såsom Kants subjektiva idealism är benägen att hävda. Den möter vi hos själva rättens föremål, ur ”livet självt”, vilket innehåller såväl sin egen utveckling som sina medvetenhetsprinciper. Den mänskliga kunskapen på juridikens område är bara en del av denna objektiva utveckling och inte en absolut punkt utanför densamma. I detta hänseende kritiserar Savigny systematiskt Kants teori och hänvisar gillande till de uppfattningar, som framförts av den objektiva idealismens klassiker, Hölderlin, Schlegel och Schelling.¹³

Denna Rückerts tanke tycks göra begreppen rättsinstitut/rättsförhållande (jfr. figur 2) väsentligt konsekventare. Utan tvivel är både ett rent förmögenhetsrättsligt och ett till sitt ursprung delvis moraliskt familjerättsligt förhållande i lika utsträckning av Rückert avsedda *Natur*-begrepp. Båda är rättsliga uttryck för ett under *Geist*-begreppet hänförligt rättsinstitut, som ger ett konkret förhållande dess rättsliga form. Rückert kallar ett dylikt

¹⁰ Savigny 1, s. 9 och 36.

¹¹ Björne, s. 164.

¹² Wilhelm, s. 48, Björne, s. 157 och 168–9.

¹³ Rückert, s. 240 ff.

betraktelsesätt *Technik der Doppelung*.¹⁴ Sålunda behöver ett rättsinstitut en viss materia från rättslivet för att förverkligas inom ramen för ett rättsförhållande. På samma sätt kan ett konkret förhållande förvandlas till ett rättsförhållande bara såsom ett specialfall inom ett rättsinstitut, som en av dess ”typer”, såsom arv, äganderätt o.s.v. Sålunda får ett ursprungligen oklart förhållande sina specifika drag. Det är ett förhållande mellan det allmänna och det specifika,¹⁵ det teoretiska och det praktiska¹⁶ och även mellan normen och dess bakomliggande tanke.¹⁷ Samtidigt anknyts till förhållandet en tanke som beskriver utveckling och kontinuitet. Det uppträder som en livsprincip, som en inre kraft (innere Kraft) och som en yttre konkretiserad gestalt (äussere leibliche Gestalt).

Rätten uppträder enligt detta som ett dubbelt förhållande. Den lever enligt Savignys uttryckliga formulering ett dubbelt liv (ein zweifaches Leben). Vilken verksamhet är det då som förmedlar rättens abstrakta och konkreta uppenbarelseform? På denna fråga ger Savignys teori ett uttryckligt och principiellt svar. Begreppet rättslig verksamhet i vår figur avser olika juristroller, av vilka rättsvetenskapen har en viss prioritet.¹⁸

”Das Recht ist im besondern Bewusstseyn dieses Standes nur eine Fortsetzung und Entwicklung des Volksrechts. Es fuehrt daher nunmehr ein zweifaches Leben: seinen Grundzuegen nach lebt es fort im gemeinen Bewusstseyn des Volkes, die genauere Ausbildung und Anwendung in einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes” (Savigny, System I s. 45).

Juristerna och deras verksamhet uppträder som ifrågavarande förmedlande länk. De skall dock inte bara tolka folkets rättsuppfattning, vilken uppträder i formen av vissa institutioner. Lika viktig är deras tillämpningsverksamhet som formar konkreta rättsförhållanden. Även lagstiftningsverksamheten är i princip av samma karaktär: den förmedlar och preciserar de i folkets medvetande levande institutionerna genom precisa rättsregler till å ena sidan en del av systemet med rättsinstitut och å andra sidan genom rättstillämpningen till konkreta rättsförhållanden.¹⁹

¹⁴ Rückert, s. 295, 303, 310 och 351.

¹⁵ Savigny I, s. 45.

¹⁶ Savigny I, s. 10, Rückert, s. 346.

¹⁷ Savigny I, s. 213, Rückert, s. 352.

¹⁸ Se även Rückert, s. 329.

¹⁹ Savigny I, s. 39–48 och 206, Rückert, s. 353.

4 DEN FRANSKA INSTITUTIONALISMENS GRUNDFORM: HAURIUO

Vi förflyttar oss i tiden nästan hundra år framåt och till ett fenomen, som inte har något direkt att göra med den tyska objektiva idealismen. Jag kallar detta den franska institutionalismen och ser som dess centrala gestalt den vid seklets början hos oss nästan okända Maurice Hauriou, närmast i belysning av hans två artiklar från metodlärans område, från 1925 och 1928.²⁰ Hauriou var en avlägsen företrädare för den efter den kanske mest kända franska sociologen Durkheim uppkallade skolan. Han förhåller sig redan kritiskt till denna skolas grundtankar, vilka för det rättsliga tänkandets del fick sin mest berömda uttrycksform i Leon Duguits teori från början av vårt sekel. Utgångspunkten för Durkheim liksom även för Duguit, vilken tillämpade hans tankar på juridikens område, kan sägas ha varit att hävda det kollektiva medvetandets prioritet i förhållande till individens. För Durkheim var denna utgångspunkt primär, då han ansåg sig vara grundare av en ny vetenskap, sociologin, för vilken det centrala forskningsobjektet var just relationerna mellan människor. Detta objekt kallar Durkheim ett socialt faktum, *le fait social*.²¹ Det formas just av det kollektiva medvetandet, vilket inte kan återföras till individuellt medvetande. Därför uppenbarar det sig också som en ovanför det individuella medvetandet stående ”social solidaritet”. På samma sätt är för Duguit kännetecknande en nära rättspositivismen stående uppfattning om den sociala ordningen, vars grundbegrepp är den objektiva rättsnormen, inte individens subjektiva rättigheter.

Utgångspunkten för Haurious system- och institutionsbegrepp är en vidareutveckling och kritik av dessa uppfattningar. Hauriou karaktäriserar ofta deras grundtankar som ett krav på objektiv totalitet. De är tidlösa sociala system eller objektiva rättsnormer utan någon aktör. De subjektiva rättigheternas system är produkter av dylika objektiva normhelheter. Härvid underställs det individuella medvetandet den sociala omgivningen eller den kollektiva uppfattningen: på detta sätt förlorar de både den för institutionerna kännetecknande tidsmässiga utsträckningen och de sociala eller rättsliga aktörernas skapande påverkan. Haurious kritik sträcker sig dock bara till en

²⁰ Hauriou, *La Cite moderne et les Transformations du Droit (Cahier de la Nouvelle Journée)* IV, 1925, Hauriou, *L'ordre social, Justice et Droit (Revue trimestrielle du droit civil)* 1928). Båda artiklarna har översatts till tyska av Schnur, *Theorie der Institutionen*, Berlin 1965.

²¹ Durkheim, *The Rules of Sociological Method*, London 1966, s. 1–15, dens., *Sosiaalisesta työnojaosta*, Helsinki 1990, s. 57–85, särsk. s. 72.

viss punkt. Ett omvänt misstag gör sig nämligen enligt hans uppfattning de skyldiga till, vilka grundar sin teori ensidigt på subjektiva rättigheter, den enskilda personens rättsliga förmåga och hans obegränsade möjlighet till rättslig vilja. Härvid uppträder rätten som viljemöjligheter utan begränsning och blir en produkt av ett konstruerat organs, statens vilja. Som anhängare av ett sådant tänkesätt anger Hauriou sin tids mest kända företrädare för den offentlighetsrättsliga positivismen Friedrich Gerber, Paul Laband och – kanske något orättvist – Georg Jellinek.

Grundteorin för rättsinstitutet bör därför enligt Hauriou å ena sidan undvika en objektiv feltolkning, som återför rättsnormerna till den sociala omgivningen eller den allmänna ordningen. Å andra sidan får den inte gå in för ett omvänt subjektivt tankefel, vars grundelement är enbart skapande makt och verksamhet. Teorins centrala uppgift är just att skapa ett tillstånd av jämvikt mellan dessa båda ytterligheter. Denna anpassning skall enligt Haurious mening ske just genom en omdefinition av begreppet rättsinstitut.

Hauriou ser rättsinstitutets grunddrag som en föreställning om en verksamhet eller ett företag, som i den sociala omgivningen får sitt förverkligande och sin rättsliga form. Ofta karakteriserar Hauriou ett rättsinstitut som en ledande idé, vilken realiseras. En sådan normativ grundidé kan gälla en verksamhet (de l'oeuvre) eller ett företag (de l'entreprise). Sålunda får rättsinstitutet sin grunddefinition: en ledande tanke som skall förverkligas eller som innefattar verksamhet, *l'idée directrice de l'oeuvre à réaliser*.²² Hauriou utvecklar sin tanke vidare och indelar rättsinstitutet i personella och sakinstitut (institutions-personnes/institutions-choses). Ett personellt instituts kontinuitet beskrivs genom två skeden: inkorporering (incorporation) och erhållande av personlighet (personification). Såväl sak- som personinstitutet, såsom å ena sidan äganderätten och å andra sidan aktiebolaget lever i den sociala omgivningen i stöd av bekräftelse genom särskilda rättsnormer. De fungerar som sociala ankaren för en *Leitidee*, vilken förverkligas och tillämpas genom rättsakter.

Sålunda granskar Hauriou rättsinstitutet som ett uppenbarelsfält dels för objektiva strukturer och dels för subjektiva aktörer och för de förhållanden, vilka realiseras genom dem. I denna mening är rättsinstitutet strukturer som är bundna i tid och rum. Hauriou säger, att de uppkommer, fortlever och dör i samband med de grundskeden, vilka skapar deras rättsliga grund. Hauriou kommer till slut nära både det av Savigny avsedda dubbellivet för rättsinstitutet och begreppet reproduktivt förhållande, som anknyter sig till

²² Hauriou 1965, s. 36.

ett modernt rättsinstitutsbegrepp. Rättsinstituten lever genom rättsakter, vilka upprepas både i det objektiva och det subjektiva. Föremål för Haurious intresse är slutligen närmast de personella instituten. Deras ledande idé (l'idée directrice de l'entreprise) är inte detsamma som deras ändamål eller funktion. Institutet får sitt ändamål utifrån, medan l'idée directrice finns inne i själva institutet. Vidare innefattar ändamålet en planerande och instrumentell tanke, som inte är kännetecknande för institutionerna: staten eller aktiebolaget kan man inte översätta till ett språk som entydigt anger vissa ändamål. Likaså utgör ett rättsinstituts funktion och dess *Leitidee* företeelser på olika nivå, vilka inte kan vara synonymer.²³ I denna uppfattning har den durkheimiska utgångspunkten till slut kvarstått.

5 DET BRITTISKA GRUNDLÄGGANDE FALLET: NEIL MACCORMICK

Man bör notera, att det särskilt vid senaste sekelskifte uppstod ett stort antal rättsliga och sociala institutionsteorier. De var vanligen teorier rörande personinstitutens vilja eller ändamål och de förekom i båda fallen både som kollektiv- och som individualteorier.²⁴ De var dock uttryckligen teorier rörande begreppet juridisk person och var därför inte i denna mening allmänna institutionsteorier. En klart tredje typ av institutionsteori finner vi först i 1970-talets postanalytiska atmosfär. Denna bakgrund karaktäriseras ofta som en språkfilosofisk vändning, vars teoretiska bakgrund anknyter sig till ett brittisk tankesätt. Därför kallar jag den tredje versionen engelsk. Som dess centralfigur betecknar jag skotten Neil MacCormick.

MacCormicks institutionsteori är i väsentlig mån bunden till den nämnda språkfilosofiska tankegången. Dennas generella grundidé är att få det vetenskapliga eller förbättrade språket (improved, referential language) att förändras till handlingens s.k. performativa språk.²⁵ Som en utvecklad version

²³ ib. s. 36–37.

²⁴ Se analysen av nämnda teorier om rättslig personlighet i Bernatzik, Kritische Studien über die juristischen Person und die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 1900, s. 167 ff.

²⁵ Det mest kända exemplet på ett förbättrat eller vetenskapligt språk är utan tvivel Alf Ross analys av begreppet subjektiv rätt. Enligt Ross bör ett juridiskt begrepp, t.ex. ägande-

av det performativa språket framfördes även från slutet av 1960-talet John Searles idé om det institutionella språket, vilken fungerade som en allmän utgångspunkt även för andra än det rättsliga områdets institutionsteorier.²⁶ Searles grundläggande tanke, ur denna framställnings synvinkel, var att skilja mellan institutionella och hårda fakta (institutional/brute facts). De förra är föremål för enkla iakttagelser, medan de senare är komplexa fakta. Sålunda erbjuder Searles institutionella språk en utgångspunkt för att med varandra förena individuell verksamhet och normativ struktur i enlighet med huvudtanken i vår grundfigur.

MacCormick har tagit den sistnämnda omständigheten till sin uttryckliga utgångspunkt.²⁷ Han utvecklar tanken vidare på det rättsliga området på ett sätt, som ger anledning att tala om en särskild normativ institutionsteori. MacCormick utgår från konkreta institutionella företeelser, i denna mening från institutionella fakta. Sådana är äktenskapet mellan A och B, ett konkret avtal, A:s äganderätt, ett visst aktiebolag och *trust*-institutet i common law-länderna. De uppkommer ur en till språket bunden mänsklig verksamhet och utgör samtidigt uttryck för rättsliga institut. Teorins utgångspunkt är frågan om, hur de nämnda institutionella fallen (företeelserna) är möjliga och hur de existerar. Eller m.a.o.: vad är gemensamt för alla dessa företeelser?

De institutionella fallen är komplexa fakta, vilka får sin betydelse av (den institutionella) verksamheten och strukturen. Exaktare uttryckt är de institutionella tillämpningar eller uttrycksformer. Den institutionella strukturen uppfattar MacCormick i princip på ett så enkelt sätt som möjligt. Denna struktur består av tre slags regler. För det första har vi de *institutiva* reglerna som bestämmer, när ett äktenskap eller ett aktiebolag uppstår, sedan de *konsekventiella* reglerna, vilka bestämmer rättsföljden (t.ex. underhållsskyldighet) och slutligen de *terminativa* reglerna, som reglerar upphörandet, t.ex. i form av stadganden om äktenskapsskillnad.

Sålunda har en institutionell företeelse en entydigt och rättsligt bestämd tidsmässig omfattning: dess uppkomst, giltighetstid och upphörande. Men hur existerar själva rättsinstitutet: hittills har vi talat bara om dem under-

rätten tjäna som ett framställningstekniskt hjälpmedel och samtidigt systematisera dess element med början från de enklaste beståndsdelarna. Härvid är rätten i subjektiv mening ”en kumulativ flerhet af retsfolger knyttet til en disjunktiv flerhet af betingende kendinger”. Se Ross, *Om ret og retfaerdighed*, Arnold Busck 1966, s. 207 och ff.

²⁶ Searle, *Speech Acts*, London 1970, Searle, *Expression and Meaning*, Oxford 1979; jfr. Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions*, Helsinki 1989, särsk. s. 13.

²⁷ MacCormick 1985, s. 78.

lydande företeelser. Föreligger äktenskapet och aktiebolaget i samhällets kollektiva medvetande eller är deras centrala drag baserade på eviga idéer, såsom Platon tänkte. Svaret är självfallet nekande. Enligt MacCormick har även själva rättsinstituterna en viss tidsmässig utsträckning. De är tillämpningar av institutiva, konsekventiella och terminativa regler på en annan nivå, enligt vilka själva institutionerna skapas normativt, i Finland t.ex. genom skriven grundlag. Huruvida man på denna väg kommer fram till det första normauktoritetet eller till teorin om rättskällorna är en fråga, som MacCormick lämnar öppen. I MacCormicks teori ingår i själva verket ett betydande mått av rättsformalism; teorin råkar alltid i princip ut för svårigheter, när det skulle gälla att avbryta denna institutionella regression. Denna väsentliga omständighet lämnas inte obeaktad av MacCormick, när han avslutar sin institutionella granskning så att säga på basen av dessa utomstående fakta (transcending institutional facts). Det institutionella betraktelsesättet är för honom ett slags entydig och av reglerna bildad stomme för rättsordningen. Denna stomme vilar i sin tur på de sociala beteendenas värdemättade principer och på samhälleliga faktas grund.²⁸

Den riktning som man känner som den s.k. institutionella rättsteorin var ursprungligen resultatet av MacCormicks och österrikaren Ota Weinbergers samfälliga tankearbete. Dess grundverk är fortfarande den ursprungligen på tyska utgivna *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus* (1985). Weinbergers andel i uppbyggnaden av nämnda teori var en ännu mer normativ, kelseninfluerad teori om normer, akter och rättsföljder. Däremot har Weinberger i sitt 1991 utkomna verk *Law, Institution, and Legal Politics* på ett beaktansvärt sätt utvidgat grunderna för sin institutionella teori. Den har förändrats till en utpräglad verksamhetsteori, som förmedlar förhållandet mellan individens verksamhet och samhällets struktur. Dock synes växelverkan fortfarande – liksom även till en del hos MacCormick – avancera bara i en riktning: rättsinstitutet → rättslig verksamhet → rättsförhållandet. I denna riktning verkar främst Weinbergers idé om tre begrepp: verksamheten granskad i ljuset av den information den erhåller, en teleologisk-formalistisk beteendekategori och en strikt gränsdragning mellan rättsliga och sociologiska institut.²⁹ Jag återkommer i ett annat sammanhang speciellt till Weinbergers nyaste teori och en kritik av densamma.

²⁸ MacCormick 1985, s. 98 ff.

²⁹ Weinberger, *Law, Institution, and Legal Politics*, Dordrecht-Boston-London 1991, s. 148–185.

6 DEN AMERIKANSKA SAMHÄLLSKRITISKA VARIANTEN: CLS

Åtminstone i Skandinavien torde man ha trott att den institutionella teorin om rätten har varit ett slags episod, som redan i många avseenden är passerad i det juridiska tänkandet. Så är dock med säkerhet inte fallet. Redan 1980 utgav Helmut Schelsky en på sina egna tidigare tankegångar baserad särskild institutionsteori, som bygger på de tankar rörande människornas grundbehov, växelverkan (reciprocitet i innehållslig mening), *Leitidee* (jfr. Hauriou) och förändringen av rättsinstitutionen.³⁰ Inom samhällsfilosofin förekommer idag många teorier rörande begreppen kollektivverksamhet och kollektivagent,³¹ utan att förglömma de något äldre sociologiska teorierna om institutionerna som ett system för ömsesidiga förväntningar. På rättsens område tar jag slutligen upp en fjärde och i många avseenden från de förenämnda avvikande version. Den avser den samhällskritiska och delvis radikala amerikanska form för rättsligt tänkande, som även hos oss är känd under namnet *Critical Legal Studies Movement (CLS)*. Härvid utgör min framställning ett slags rekonstruktion, eftersom CLS inte själv alls uppfattar sig som en form av institutionellt rättsligt tänkande. Vissa i det följande framförda korta iakttagelser föranleder dock enligt min mening klara paralleller till vår egen grundfigur.

CLS utgår enligt sin huvudföreträdare Roberto Ungers terminologi från en kritik av juridikens formalism och objektivism. Grundhypotesen i den förstnämnda kritiken, som riktar sig mot rättspositivismen är, att man inte kan granska rätten som ett autonomt, från samhällsmoralen frikopplat eller av entydiga regler hopsatt system. Kritiken av objektivismen utgår från uppfattningen, att det inte existerar någon entydig och absolut intern eller extern rättslig utgångspunkt t.ex. som grundnorm eller utilitaristisk samhällsnytta. Rätten är enligt Ungers mening en viss såväl institutionell som samhällelig process utan en absolut utgångspunkt. Denna process bör man närma sig inifrån eller alltså på dess egna villkor. Den har också en viss aktör, som enligt CLS är en professionaliserad rättsvetenskapsman eller rättstillämpare. Dessa tre tankegångar gör CLS jämförbar med vår grundfigur: rätten har sin uppbyggnad och sin aktör, som i sin tur omvandlar strukturen till enskilda rättsförhållanden.

³⁰ Schelsky, *Die Soziologen und das Recht*, Oplaaden 1980.

³¹ Se t.ex. Ollila, *Irrational Individuals, Rational Collectives*, in: *15. Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie, Abstracts*, Göttingen 1991, s. 8–9.

CLS representerar den radikala formen av institutionalism. Den ser rättsens innehåll som ett system med många nivåer. Den första nivån utgörs av lagstadgade normer och prejudikat från domstolarna. Den andra nivån är principer och deras motprinciper (såsom avtalsfrihet – kontraktsjämvikt, *fairness*), medan den tredje nivån är en nivå för empiriska bakgrundsantaganden och samhälleliga ”visioner”. Den första av dessa hör till den helhet som bildas av givna normer och prejudikat, vilken nivå utvidgas till att omfatta principerna (den snäva institutionsnivån). Den andra bildas av de professionella juristernas doktrinella nivå, till vilken förutom principerna även hör empiriska bakgrundsantaganden samt allmänna mål. Den tredje är en som problematisk uppfattad sammanfattning av den faktiska förverkligandenivån och en idealnivå.

CLS:s bärande och i viss mån samhällsradikala idé utgörs av juristens skapande och reformerande verksamhet inom den nämnda institutionsvärlden. Dess självständigaste skapelse är därvid föreningen av två i olika riktningar pekande grundpostulat. Det första utgörs av de konfliktsituationer, som förekommer både inom rättens institutssystem och på rättstillämpningsnivån. De ligger till grund för tanken på en grundkonflikt inom rätten, *the basic contradiction thesis*. Det andra utgörs av rättens och rättsvetenskapens *rationalitetspostulat*. Rättens institutionssystem bildar enligt CLS:s terminologi rättens formativa kontext. Dit hör förutom normer även värden, ideal och empiriska förutsättningar. Det är dock inte ett givet objektivt system, utan väsentligen ett genom mänsklig (juridisk) verksamhet skapat system, som omvandlar det institutionella systemet till samhälleliga strukturer och rättsförhållanden. På detta vida institutionella fält finns det systematiskt motstridiga element. Inom själva den institutionella uppbyggnaden finns principer och motprinciper; likaså kan det institutionella systemets principer förverkligas på ett mot gängse värderingar stridande sätt, såsom demokratin med brister i rättigheten att delta och i frihetsrättigheterna (de s.k. horisontala och vertikala konflikterna).³² I dessa tankar ligger samtidigt CLS:s heuristiska drag, vilket i belysning av vår grundfigur kan tolkas som innefattande två tankar: (1) i fältet mellan rättsinstitutet – aktören – rättsförhållandet råder det inte bara en växelverkan utan väsentligen mot varandra stridande

³² Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, *Harvard Law Review* 3/83, s. 563–601, Hunt, *The Theory of Critical Legal Studies*, *Oxford Journal of Legal Studies* 6/86, särsk. s. 20–24, Tuori, *Vaihtoehto vai kritiikki*, i verket *Oikeus, kieli ja kritiikki*, toim. Tuori – Hirvonen, Helsinki 1990, s. 57–61.

verkningar; (2) sådana motstridiga verkningar kan förekomma som *ideella* konflikter ifråga om värden, principer och normer samt som *empiriska* konflikter ifråga om principer och värden på de reella rättsförhållandenas nivå. Med denna tolkning får juridikens rationalitetstes en meningsfull uppgift. Rättsvetenskapen eliminerar konflikter och skapar ett konsekventare system av rättsliga institut på dess horisontala och vertikala nivå. Unger karaktäriserar själv rättsvetenskapens uppgift som en institutionell rekonstruktion.³³

7 SAMMANFATTNING OCH VISSA VIDARE UTBLICKAR

Tanken på rätten som ett institutionellt system innefattar en rikare tradition och ett större antal moderna former än man allmänt antagit. I denna framställning har utgångspunkten varit att försöka uppställa en ny samhällsorienterad allmän rättslig systematiseringsprincip, vilken dock inte vore sociologisk utan utpräglat normativ. Enligt min mening visar det som anförts, att det finns en möjlighet att uppfatta rätten på ett nytt sätt. Dess syfte är dock att komplettera, inte att omkullkasta andra teorier rörande rättens systematik.

Jag finner två dimensioner i vidareutvecklingen av mina tankar. Den första gäller grundbegreppens elasticitet och vidareutveckling. Man kan se, hur grundfigurens stombegrepp öppnar möjligheter till vidare utveckling. Man kan ur den juridiska verksamhetens synvinkel beskriva figurens förhållanden av växelverkan med begreppet verksamhetens dubbelnatur (duality of action), på samma sätt som man inom sociologin har talat om strukturens dubbelnatur (duality of structure). Den rättsliga verksamheten nämligen både omformar institutionella strukturer och skapar ett konkret, i samhället realiserat rättsförhållande. En sådan natur har speciellt domstolarnas avgöranden, i samband med vilka man kan skilja mellan avgörandets empiriska och ideella (institutionella) verkan. På samma sätt kan man tala om rättens eller ett rättsförhållandes institutionaliseringsformer av olika styrka (ett internationellt fördrag – en lag – ett konkret avgörande o.s.v.).

En annan viktig omständighet, som fallit utanför denna framställning, gäller själva rättsordningen som ett internt system av rättsinstitut. Härvid

³³ Unger 1983, s. 583 ss., Unger, *Social Theory: Its Situation and Its Task*, Cambridge 1987, s. 9 och 81–96.

är det fråga om samhällets i juridisk form antagna grundinstitutioner och deras indelning. Savignys system med fem böcker var en lösning som erhallit stor betydelse. Haurious indelning i sak- och personinstitut var åter kanske en avlägsen version av detta. Frågan gäller också, i vilken mån man kan kläda subjektiva rättigheter och människorättigheter i formen av ett rättsinstitutionellt system. Inom CLS har Unger som grundinstitutioner skiljt mellan marknaden, den politiska demokratin och rättighetssystemet. Med beaktande av särskilt det rådande välfärdssamhället och dess för närvarande kritiska situation kunde följande indelning av grundinstitutionerna te sig berättigad: marknaden – de offentliga samfundet – familjen och andra relativt självständiga samfund. Till dessa indelningar ansluter sig drag, till vilka jag återkommer i ett annat sammanhang.

Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus

”It is a fact that there is no (positive) law without law of laws; no law without a principle, an instance of reflection, whereby the law thinks about itself.”
François Ewald, *The Law of Laws*, 1988

1 OIKEUSTIETEEN TEHTÄVÄ; OIKEUSPERIAATTEET

Vallitsevan käsityksen mukaan oikeustieteen tehtävä on tulkita ja systematisoida muuta oikeudellista lähdemateriaalia. Itsenäisenä oikeuslähteenä oikeustiede ei voi muodostaa sitovaa oikeutta. Siten sillä on oikeuslähteopillisesti sitovuudeltaan vaatimaton asema: sitä saa mutta ei pidä noudattaa. Tämä vallitseva käsitys perustuu oikeuslähteiden sitovuuden kolmeen kategoriaan.¹ Vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä on lähinnä laki. Jos sitä ei sen sovellutusalueella oteta huomioon, seuraa ankaran velvoittavuuden mukainen sanktio lainkäyttäjälle: hän laiminlyö olennaisen virkavelvollisuutensa. Toiseksi lain esityöt ja tuomioistuinten ennakkopäätökset muodostavat heikosti velvoittavan oikeuslähteiden ryhmän. Jos niitä ei oteta huomioon, (sitä) todennäköiseksi tulee päätöksen muuttuminen ylemmässä oikeusasteessa. Oikeustiede muodostaa yhdessä yleisten oikeus- ja moraali-periaatteiden kanssa vasta kolmannen sitovuuden kategorian: oikeuslähdettä voidaan, mutta ei kummassakaan mainitussa mielessä pidä noudattaa.

Tämä oikeuslähteoppi tulee sitä vaikeammin tunnistettavaksi ja ongelmallisemmaksi, mitä kauemmaksi siirrymme yksiselitteisistä oikeussäännöistä. Tulemme ensinnäkin sääntöjen tulkinta- ja ristiriitatapauksiin, niiden kautta oikeusperiaatteisiin, joiden perusteella sääntökollisioita voidaan ratkaista. Mutta myös periaatteet voivat olla sekä ristiriitaisia että tulkinnan-

¹ Ks. Aarnio 1987, 218–222, Aarnio 1988, 237–239, Peczenik 1986, 200–202, 227–230.

varaisia, koska niillä on yleisempi luonne ja epämääräisempi sovellutusalue kuin säännöillä. Miten oikeustiede toimii näissä tilanteissa ajatellen tässä yhteydessä erityisesti sopimusoikeuden periaatteita?

Viime aikoina on oikeusteoriassa ja oikeustieteessä käyty keskustelua sääntöjen ja periaatteiden luonteesta ja keskinäisestä suhteesta. Sääntöperiaate-keskustelu on oikeustieteen kannalta tärkeä näkökohta, koska periaatteet ovat usein – kontinentaalisisissa systeemeissä jopa pääsääntöisesti – oikeustieteen formuloimia. Erityisesti sopimusoikeutta silmällä pitäen lähdän seuraavassa suomalaisen sopimusoikeuden edustajan *Juha Pöyhösen* periaateformuloinneista. Näistä formuloinneista voidaan olla eri mieltä: jotain voidaan ehkä lisätä, ottaa pois tai muotoilla toisin. Se ei muuta sitä tosiasiaa, että sopimusoikeus on luonteeltaan keskeisesti periaatesuuntautunut oikeuden alue.

Pöyhönen erottaa sopimusoikeuden neljä peruseriaatetta. Ne ovat sopimusvapauden, vaihdannan intressin, heikomman suojan ja kohtuuden periaatteet. Vastaavia periaateformuloineja voidaan vaivatta löytää eurooppalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Periaatteiden tärkeää merkitystä heijastelee sopimusoikeudessa myös *Thomas Wilhelmssonin* 1992 määrittelemä tutkimuskohde: ”The material object of the present work is the *general principles* of the private law and particularly the *law of contract*.”²

Miten tällainen periaatetutkimus on mahdollista? Periaatteet ovat avoimempia ja tulkinnanvaraisempia sääntöihin verrattuina. Siksi niiden kollisio-tilanteet ovat yleisiä, jopa niiden käytön normaalitapauksia. Angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa puhutaan periaatteista ja vastaperiaatteista, ”principles vs. counter-principles”. Toiseksi niiden soveltaminen tuomioistuimissa, tulkinta ja systematisointi oikeustieteessä edellyttävät aina elementtiä, jota kutsutaan harkinnaksi (discretion) tai vapaaksi harkinnaksi.

Tällaista periaatetutkimusta kutsun tässä esityksessä *periaatediskurssiksi* vastakohtana *sääntödiskurssille*. Sopimusoikeudessa on suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa viime aikoina puhuttu paljon lojaliteettiperiaatteesta.³ Sitä vastaa saksalaisessa oikeuskulttuurissa *Treu und Glauben* (BGB 242 §) sekä angloamerikkalaisessa oikeudessa *good faith* -periaate, joskaan niiden vastaavuus ei ole täysin vailla ongelmia.⁴ Periaatteiden kollisioista tyypil-

² Pöyhönen 1988, 78, 79 ff., Wilhelmsson 1992, 11–12, myös 21 ff.

³ Saarnilehto (toim.) 1994a, Saarnilehto (toim.) 1994b, Muukkonen 1993, 1030 ff.

⁴ BGB 242 §: Ks. esim. Björne 1994, 5–17, Muukkonen 1993, 1041 ja siinä mainittua kirjallisuutta. Käsitteestä ”good faith” ks. esim. Patterson 1990, passim, Huhtamäki 1993, 231 ff.

linen esimerkki Suomen oikeusjärjestelmässä on lojaliteettiperiaatteen ja sopimusriskin periaate sopimusneuvottelussa. Tätä ongelmatilannetta on myös oikeuskirjallisuus käsitellyt.⁵ Tällaisissa tilanteissa on kyse periaatediskurssista. Vastaavasti yksiselitteinen sääntö ja sille ominainen kyllä–ei-koodi (esim. onko henkilö saavuttanut oikeustoimikelpoisuudelle vaadittavan iän) on perusteena sääntödiskurssille. Ei ole kuitenkaan mitään ehdotonta yksiselitteisten sääntöjen joukkoa, koska kaikki oikeusnormit ovat periaatteessa tulkinnanvaraisia tai saattavat esiintyä tulkinnanvaraisessa yhteydessä: niillä on tämän ominaisuuden nojalla aina liittymä periaatteisiin.

Sopimusoikeudessa kuten muillakin oikeuden alueilla on periaateargumentaatio (periaatediskurssi) olennainen oikeuslähdeopin puitteisiin kuuluva kysymys. Tällöin myös oikeuslähdeopin kannalta ongelma koskee periaatteiden erityistä voimassaoloa ja soveltamiseksi(ja). Nykyään lienee yleisesti tunnustettua, että oikeusperiaatteet kuuluvat oikeusjärjestykseen toisella tavoin kuin säännöt: ne ovat voimassa olevaa oikeutta toisin kriteerein kuin säännöt. Mielestäni periaatteiden voimassaoloa ei ratkaise yksiselitteinen kyllä–ei-kriteeri, vaan niille on ominaista ns. institutionaalinen tuki (institutional support).⁶ Sellaista institutionaalista tukea periaatteilla on lainsäädännössä (Oikeustoimilain 36 §), oikeuskäytännössä (lojaliteettiperiaate), lain esitöissä ja sosiaalisissa käytännöissä. Viimeksi mainittu vastaa tapaoikeuden perinnäistä kategoriaa uudenlaisella, moderneilla, nimenomaan sopimusoikeuden oikeusperiaatteille keskeisellä tavalla yleisesti noudatettuina käytäntöinä. Institutionaalinen tuki ei kuitenkaan ratkaise yksiselitteisesti formaalien kriteerien mukaan periaatteiden kuulumista oikeusjärjestykseen. *Lars Erik Taxellin* mukaisesti voimme sanoa: ”Allmänna rättsprinciper kan vara förankrade i rättsordningen på olika sätt och med olika styrka”.⁷ Vastaavalla tavalla periaatteille ovat ominaisia säännöistä poikkeava ns. relevanssialue ja soveltamiseksi: ei ole olemassa yksiselitteisiä ja formaaleja soveltuu–ei soveltuu-kriteereitä. Seikka tulee selvimmin esiin periaatteiden kollisiotilanteissa, joita ei voi ratkaista formaaleilla kriteereillä *lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*. Näiden seikkojen osalta viitataan toiseen aiempaan esitykseeni.⁸ Joka tapauksessa periaatteet kuuluvat sekä tulkinnan että varsinkin systematisoinnin osalta keskeisesti oikeustieteen

⁵ Dworkin 1977, 40, 64–68. Ks. myös Tolonen 1991, 276.

⁶ Ks. lähemmin Tolonen 1991, 274–279.

⁷ Taxell 1987, 59.

⁸ Tolonen 1991, 273 ff.

tehtäväalueeseen. Painotuseroista huolimatta tämä koskee sekä kontinentaalista että angloamerikkalaista oikeustieteen tehtävämäärittystä.

2 (SOPIMUS)OIKEUDELLISTEN PERIAATTEIDEN SISÄLTÖ OIKEUSTIETEEN (SOPIMUSOIKEUDEN) ONGELMANA: MALLIT ELI TEORIAT

Tämän työn lähtökohta ei ole periaatteiden institutionaalinen tuki tai periaatteille ominainen relevanssi, vaan toisenlainen periaatediskurssin ilmiö. Lähtökohtani on ajatus, että oikeusperiaatteet kuuluvat oikeusjärjestelmän yleisiin oppeihin ja oikeustieteellä on keskeinen osa näiden oppien sisällön muotoamisen kannalta. Lähden suomalaisen sopimusoikeuden eräästä käytännönläheisestä kysymyksestä, joka koskee lojaliteettiperiaatteen voimassaoloa ja sen sisältöä Suomen voimassa olevassa oikeusjärjestyksessä. *P. J. Muukkonen* esittää artikkelissaan vuodelta 1993 seuraavan tärkeän näkökohdan.

Lojaliteettiperiaatteen voimassaolo ja sen merkityksen kasvu perustuu myös siihen, että perusajatus sopimuksesta oikeudellisena ilmiönä on muuttunut. Liberalististen sopimusta koskevien oppien mukaan sopijapuolet olivat sopimusta tehtäessä ja sopimussuhteen voimassa ollessa vastapuolia, jotka ajoivat ainoastaan omaa etuaan [viittaus *Knoph, Sandvik* ja *Wilhelmsson*]. Nykyaikainen sopimusoikeus rakentuu käsitykselle, jonka mukaan sopimus on osapuolten välinen yhteinen yritys [viittaus *Hoppu, Jokela* ja *Taxell*]. Sopijapuolet ovat usein tietystä määrin yhteistyökumppaneita [viittaus *Sandvik* ja *Arnholm*].⁹

Kysymykset sopimuksen tehtävästä sekä luonteesta ja niiden muuttumisesta kuuluvat epäilemättä sopimusoikeuden yleisiin oppeihin. Tällä alueella oikeustieteellä on täysin ratkaiseva merkitys. 1990-luvulla juuri sopimusoikeus näyttää enenevässä määrin käsittelevän yleisiä kysymyksiä sopimuksen luonteesta, sopimussidonnaisuuden perustasta tavalla, joka usein asettaa traditionaalisen ajattelutavan ja klassisen opin tahdonautonomiasta kyseenalaiseksi. Minkälainen on se argumentaatio, jossa periaatteen merkitystä ja sisältöä voidaan täten pohtia ja perustella?

Aulis Aarnio on tiivistänyt erään tärkeän puolen tästä kysymyksestä toteamalla, että ”hyväksyttävyyys (ei tosiasiallinen hyväksyminen) on oi-

⁹ Muukkonen 1993, 1040.

keuseriaatteiden voimassaolon keskeisin peruste”. Edelleen Aarnio erottaa oikeusyhteisön laajan ja suppean merkityksen periaatediskurssin subjekteina. *Robert Alexyn* käsitys on mutkikkaampi: hän ei varsinaisesti käsittele periaatteen voimassaoloa, vaan sen soveltamis- ja konfliktitilanteita. Alexyn käsityksen ydin on mielestäni yhtäältä periaatteen luonne ns. optimointikäskynä. Toisaalta periaatekollisiossa vallitsee ns. punnintalaki, jota voidaan hallita erityisten preferenssilauseiden avulla. Nämä preferenssilauseet, joiden muotoja Alexy yksityiskohtaisesti käsittelee, perustuvat viime kädessä rationaaliseen hyväksyttävyyteen. Mitä Aarnion ja Alexyn korostama rationaalinen hyväksyttävyys tarkoittaa sopimusoikeuden periaatteiden ja niiden formuloinnin kannalta erityisesti niiden viimeaikaisen keskustelun valossa? Tässä esityksessä tätä keskustelua tarkastellaan muusta kuin diskurssietiikan sinänsä tärkeästä yleistettävyyden (U-Prinzip) tai tasavertaisen kommunikaation (D-Prinzip = diskurssieettinen perussääntö) Aarniolle ja Alexylle eri muodoissa keskeisestä näkökulmasta.¹⁰

Eräänlainen historiallinen tai temporaalinen luonne kehityshistorian merkityksessä näyttää hallitsevan eri vivahtein kyseistä keskustelua sekä Suomessa että Euroopassa. Piirre tulee avoimesti esiin Pöyhösen ohella nimenomaan angloamerikkalaisessa keskustelussa, joista tässä esityksessä tulee tarkemmin esiin *P. S. Atiyah, James Gordley* ja *Hugh Collins*. Piirre on kuitenkin epäilyksettä tunnistettavissa ja tärkeänä johtolankana Wilhelmssonin ohella *Dieter Hartilla, Eike Schmidillä* ja *Gunther Teubnerilla*. Sopimusoikeuden ajattelutapojen kehitystä koskeva tarkastelu perustelee yhtäältä erilaisten sopimusta koskevien ajattelutapojen mahdollisuutta ja kehitystä. Toisaalta se tuo korostetusti esiin erilaisten ajattelutapojen arvosidonnaisuuden ja niiden sopimustodellisuutta koskevat taustaolettamat. Näitä erilaisia ja eri tavoin muotoiltuja ajattelutapoja ja taustaolettamia kutsutaan tässä esityksessä (sopimus)oikeudellisiksi malleiksi tai teorioiksi. Joka tapauksessa näihin malleihin liittyy jotain muuta kuin institutionaalinen tuki tai sen erityiset preferenssilauseet. Kysymys koskee mallien ja niihin liittyvien periaatteiden (oikeaa) sisältöä.

¹⁰ Aarnio 1988, 99, 280–284, Alexy 1985, 143–156, erit. 144.

3 OIKEUDELLISEN ARGUMENTAATION MALLI- TAI TEORIATASO

3.1 Pöyhönen: mallit ja niiden tehtävä

Käsitykseni mukaan periaatteiden (oikeata) sisältöä koskevat kysymykset ovat käsiteltävissä systemaattisesti vain mallien tai ”teorioiden” tasolla. Voidakseni määritellä tämän tason tarkemmin lähdän seuraavassa eräistä Juha Pöyhösen nimenomaan sopimusoikeuden malleja koskevista ajatuksista, koska Pöyhönen on ehkä selvimmin pyrkinyt suhteuttamaan esityksensä juuri mallitasoiseksi argumentaatioksi.

Pöyhönen hahmottaa mainitun sopimusoikeudellisten ajattelutapojen kehityksen juuri sopimusmallien muutoksena. Hän erottaa (ainakin osin historiallisena) jatkumona kehityksen (formaalista) tahtomallista luottamusmallin kautta (oikeudenmukaisen) yhteisöllisen käytännön malliin. Tahtomalli perustuu Pöyhösen mukaan vapaan tahdon ja itsemääräävyyden perusajatuksille. Sopimussidonnaisuuden perustaksi ja formaaliksi kriteeriksi määräytyy tahtojen konsensus: sellaisena sopimus joko sitoo tai ei sido. Tämän mallin Pöyhönen löytää *Carl Friedrich von Savignyn* sopimusoikeudellisessa teoriassa.¹¹

Luottamusmallin mukainen sopimussidonnaisuuden perusta ja kriteeri on sopijapuolen perusteltu luottamus. Erehdystilanteet, passiviteetin synnyttämä sopimussidonnaisuus sekä luottamusperusteinen vastuu ovat tahtomallin kannalta eräänlaisia teoreettisia anomalioita, koska tahtojen konsensusta ei yksinkertaisesti ole. Siten hiljaisen suostumuksen konstruktiot, joissa operoidaan ei-olemassaolevalla tahdolla, ovat ensimmäinen merkki luottamusteorioista. Täysimuotoisena mallina luottamusteoria rakentuu perustellulle luottamukselle tai synnytetyille odotuksille. Rajalinja ja ero konkretisoituu hiljaisten suostumuksien olettamaan mainituissa tilanteissa: ne ovat luottamusmallille tyypillisiä ja teorianmukaisia, tahtoteorialle sitä vastoin anomalisia. Voidaan puhua erilaisista rooliodotusten suojista, joissa sopimustodellisuuden toimintaympäristö synnyttää sille ominaisia, oikeudellisesti merkitseviä odotuksia.¹² Skandinaviassa malli esiintyy yhtenäisten sopimuslakien vilpittömän mielen suojana, nykyään sopimuslojaliteettina,

¹¹ Pöyhönen 1988, 122–131.

¹² *ibid.* 139–161, erit. 155–159.

Saksassa *Treu und Glauben* -periaatteena sekä angloamerikkalaisissa oikeusjärjestelmissä *good faith* -periaatteen erilaisissa yhteyksissä.¹³

Yhteisöllisen käytännön Pöyhösen esityksen mukaan ”moderni” sopimusoikeuden malli jää ehkä joltain osin luonnosmaiseksi. Sen perusajatus muodostuu paljolti Atiyahin teoksen *Promises, Morals, and Law* (1981) teoreettisella välityksellä. Pöyhösen lähtökohtana on kyseisen mallin yhteisöllisyys, joka erottaa sen sekä tahto- että luottamusmallin yksilökeskeisestä ajattelutavasta (s. 162). Atiyahin mukaan mitkään yksilölliset piirteet, kuten tahdon mielteet, taloudellinen etu (esim. Law and Economics -suuntauksen transaktioiden muodossa), synnytyt odotukset (*Benthamin* ja sittemmin monien utilitaristien tarkoittamana sidonnaisuusperustana), eivät voi selittää tai perustella sopimuksen sitovuutta. Perusteluna toimii viime kädessä moraalisesti ja juridisesti hyväksytyt, yhteisön omia vitaalisia etuja palveleva yhteisökäytäntö: se perustelee myös menetetyt voiton ja synnytetyn odotusten korvaamisen ja vastuun sopimuksellisen yhteistyön jatkumisesta (s. 166). Siten tällä uudella teorialla on huomattavaa kosketuspintaa sopimuslojaliteetin ilmiöiden kannalta.¹⁴ Pöyhönen hakee mallille omaa identiteettiä yhtäältä yhteiskuntafilosofisella tasolla. Atiyahin teoksen ohella viitataan *John Rawlsin* edustamaan proseduraalisen oikeudenmukaisuuden teoriaan. Toisaalta Pöyhönen mainitsee erityisenä juridisena perusteena traditionaalisen aristoteelisen ajattelutavan sopimustasapainon, joka on esiintynyt sekä oikeudenmukaisen hinnan erityisinä sovellutuksina että ns. tasoittavan oikeudenmukaisuuden (vastakohtana jakava oikeudenmukaisuus) konseptiona. Nikomakhoksen etiikan peruskäsitteen *synallagma* tapaamme vielä *Hugo Grotiuksen* luonnonoikeudellisissa, uuden ajan alun sopimusvapauden synnyn kannalta keskeisissä teksteissä (tosin kriittisessä valossa).¹⁵

Paitsi suhteessa luottamusmalliin on yhteisöllisen käytännön malli moniselitteinen toisessakin katsannossa: tällöin kyse on sen suhteesta erilaisiin

¹³ Ks. Björne 1994, av. 4.

¹⁴ Pöyhönen 1988, 163–168. Ks. Atiyah 1981. Mainittakoon, että Pöyhönen ei käytä kuin osaa Atiyahin ajatuksista. Eräs Atiyahin kiintoisa, juuri periaatteita ja niiden luonnetta koskeva kehitemä koskee moraaliperiaatteiden intuitiivista tunnistamisesta erityisesti periaatteiden ristiriitatilanteissa tavalla, joka lähestyy Platonin klassista oppia ideoitten ”uudestaan muistamisesta” (ns. *Anamnesis*-Lehre) erityisesti Platonin kyseisen aiheen klassisessa esityksessä dialogissa *Menon*. Vrt. Ross 1930, erit. 30–32. Käsitys toistuu Tuomas Akvinolaisen uusplatonismin vaikuttamassa, tietoteoreettisilta perusteiltaan aristoteelisessa käsityksessä luonnonoikeuden periaatteiden hierarkisoinnissa. Ks. Tolonen 1984.

¹⁵ *ibid.* 172–173; vrt. Tolonen 1992, 138–145.

sosiaalivaltiollisiin sopimusoikeuden teorioihin ja sopimusoikeuden suo-
jarooleihin, joita angloamerikkalaisissa teorioissa Collins kutsuu termillä
”paternalismi” ja Suomessa ennen muita Wilhelmsson tarkastelee tarve-
orientoituneen sopimusoikeuden peruskäsittein. Yhtäältä Pöyhönen esittää,
että hänen mallinsa ei koske suojaperiaatteita, toisaalta mallia perustellaan
hyvinvointivaltiollisin käsittein ja sopijapuolten erivertaisella asemalla
argumentoidaan sopimustasapainon (OikTL 36 §) konkreettisissa sovellus-
tustilanteissa.¹⁶ Nämä kaksinaiset asetelmat eivät mielestäni ole ratkaisevia;
pikemminkin on kyseessä modernin jälkihyvinvointivaltiollisen sopimus-
paradigman moniulotteisista ja raja-alueiltaan päällekkäisistä perusteista.

Sopimusmalli voidaan Pöyhösen mukaan alustavasti määritellä näkö-
kulmaksi, jonka valossa sopimusoikeuden normeja voidaan tarkastella.¹⁷
Sopimusmallilla on kaksi olennaista tehtävää: ensinnäkin sopimusmallin
käytöllä vakiinnutetaan sopimusoikeudelliset peruskäsitteet ja normit;
sopimusmallin kehittyessä se luo mahdollisesti uudenlaisia konstruktioita:
tämä sopimusmallin puitteissa tapahtuva argumentaatio koskee periaatteita;
sopimusmallin tehtävä on ennen muuta johdonmukaistaa erisuuntaisten
periaatteiden etusijajärjestys. Niinpä tahtomalli antaa *prima facie* -etusijan
sopimusvapaudelle, luottamusteoria vaihdannan varmuuden periaatteelle
(oman tulkintani mukaan lojaliteettiperiaatteelle) ja yhteisöllisen käytännön
malli kohtuusperiaatteelle. Tämä mallin sisäinen periaatediskurssi esiintyy
mallin ongelmaratkaisukykyinä.

Mallilla on kuitenkin toinen, yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita formu-
loiva ja legitimoiva tehtävä: periaatteiden etusijajärjestys liittyy juuri mallien
välittämänä sopimusinstituution viimekätiseen arvo- ja tavoiteperusteluun.
Pöyhönen kutsuu tällaisia argumentteja sopimusmallin syväjustifikaatioksi.
Tämä arvosuuntautunut keskustelu antaa vastauksen sopimussidonnaisuus-
den perusongelmaan, Pöyhösen ajatusten mukaan vapauden, vaihdannan
varmuuden ja oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön puitteissa. Nämä
arvoihin ja tavoitteisiin liittyvät perustelut ovat malleja koskevan arvodis-
kurssin viimekätisenä lähtökohtana.

¹⁶ Pöyhönen 1988, 197–198, 273–274, 304–305.

¹⁷ *ibid.* 79 ff.

3.2 Koherenssi: integriteetti vai ristiriita: MacCormick ja Dworkin vs. CLS

Pöyhösen tarkoittamat mallit vastaavat ajatusrakenteellisesti traditionaalisia oikeudellisia teorioita (kuten aiemmat käsiteläinopillisesti värityneet tahtoteoria, valtiosuvereniteetti ja erilaiset välitysteoriat ns. tahtodogmin ja tarkoitus- tai intressidogmin yhdistäjinä). Nykyisten oikeudellisten teorioiden tehtävä nähdään toisenlaisena: sopimusoikeuden mallit ja ”teoriat” antavat epäilemättä periaatteille arvosuuntautuneen luonteen ja saavat toisaalta merkityksensä juuri periaatteiden välityksellä. *MacCormick* kirjoittaa sattuvasti: ”Working out the principles of legal system to which one is committed involves an attempt to give coherence in terms of general norms which express justifying and explanatory values of the system.”¹⁸

MacCormickin mukaan oikeustieteen tai -käytännön tehtävä on antaa periaatteiden joukolle yhteiskunnallinen ja arvosuuntautunut merkitys. Juuri tämä arvosuuntautunut merkitys tekee periaatteista syvemmässä mielessä johdonmukaisia kuin formaalin ristiriidattomuuden merkityksessä. Käsitteeni mukaan periaatteiden tästä näkökohdasta lähtevä painoarvojen punninta tapahtuu mallien tasolla. Tällaisesta johdonmukaisuudesta käytän MacCormickin terminologian mukaisesti nimitystä *koherenssi*.

Oikeustieteen tehtävä ja mahdollisuudet käydä periaatteista mallien tai teorioiden tasolla rationaalista keskustelua nähdään nykyään eri tavoin. Eräänlaisia ääripäitä tässä keskustelussa edustavat yhtäältä suuntaus, joka tunnetaan nimellä *Critical Legal Studies* -movement (CLS) ja toisaalta *Ronald Dworkinin* teoria oikeudesta periaatteiden johdonmukaisena kokonaisuutena. Tämä vastakohta voidaan pelkistää erilaisiksi katsomuksiksi oikeustieteen rationaalisuudesta. Dworkin lähtee oikeusperiaatteiden ja oikeuksien systemaattisesta ja johdonmukaisesta kokonaisuudesta, ”law as integrity”; katsomusta voidaan luonnehtia käsitteellä *integriteettiteesi*. Siihen nähden CLS rakentuu oikeuden ns. *perusristiriidan teesille*, ”the fundamental contradiction thesis”. Tämän ristiriidan ilmentymiä voidaan CLS:n mielestä löytää oikeusjärjestelmän eri kohdissa. Perusristiriita hallitsee oikeusjärjestelmää ensinnäkin horisontaalisesti: siten voimme löytää periaatteita ja vastaperiaatteita (principles/counter-principles) tai periaatteiden ristiriitaisia taustaolettamia. Toinen perustyyppi koskee vertikaalisia eri tasojen välisiä ristiriitoja, kuten periaatteiden ja niitä realisoivien sääntöjen

¹⁸ MacCormick 1978, 153.

tai periaatteiden ja perusarvojen (basic assumptions) välillä. CLS:n esimerkit koskevat nimenomaan sopimusoikeutta. Niinpä suuntauksen ehkä tärkeimmän edustajan *Roberto Ungerin* mukaan sopimusoikeutta hallitsee kaksi periaatteen ja vastaperiaatteen asetelmaa, jotka ilmentävät mainittua perustavan ristiriidan teesiä. Ne muodostuvat vapaudesta tehdä sopimus vs. yhteisöllisyys (”freedom to contract” / ”community”) sekä sopimusehtojen vapaudesta vs. sopimustasapainosta (vastavuoroisuudesta): ”freedom of contract” vs. ”fairness”. Molempien periaatekollisoiden välillä toteutuu mainittu perusristiriita, jonka Unger näkee viime kädessä *ego–alter-suhteena* yksilön ja yhteisön välisessä suhteessa.

Dworkin ja CLS ovat kuitenkin eräässä asiassa yksimielisiä, mikä jää yleensä huomiota vaille. Molemmat torjuvat yhtä päättävästi oikeuspositivismille tunnusomaisen formaalisuusolettaman, jonka mukaan rationaalista oikeustiedettä voi harjoittaa painotetusti oikeussääntöjen puitteissa oikeusnormien formaaleina suhteina. Sekä Dworkin että CLS pitävät kahta eri normityyppiä, sääntöjä ja periaatteita, lähtökohtana; toiseksi oikeustiede voi ja sen pitää kummankin ajatussuuntauksen mukaan käsitellä rationaalisesti periaatteita ja niiden arvosuuntautuneita taustaolettamia. Tämä molempien hyväksymä oikeudellinen argumentaatiotaso vastaa täsmällisesti Pöyhösen tarkoittamaa mallitasoa. Dworkinin vastaus sopimusoikeuden periaatteiden erisuuntaisiin vaatimuksiin olisi niitä yhdistävien (arvo)piirteiden, ”integriteetin” vaatimus.

CLS tarkastelee taas mainittuja sopimusoikeudellisia periaatteita ja vastaperiaatteita (malleja tai teorioita vastaavalla) tasolla, jota se kutsuu empiiris-normatiiviseksi tai ideaaliseksi tasoksi, josta käsin periaatekonflikteja voidaan tarkastella rationaalisesti. Siihen kuuluu tässä tapauksessa käsitys ihmisestä yhteisön osana juuri sopimussuhteissa. Tämän CLS:n laajennetun doktriinin ja ns. institutionaalisen rekonstruktion puitteissa tapamme eksplisiittisen teorian oikeustieteestä. Teoria kohtaa ja reformuloi Pöyhösen tarkoittaman oikeustieteen mallitason: sen tehtävänä on luoda koherenssia oikeustieteen ja oikeuskäytännön periaatteille sekä tarkastella niitä institutionaalisten arvojen ja muiden taustaolettamien valossa.¹⁹

¹⁹ Dworkin 1986, Unger 1983, erit. 618–631.

3.3 Wilhelmsson: sosiaalinen siviilioikeus

Sopimusoikeudelle on oikeustieteessä erityisesti 1980-luvulta lähtien ollut painotetusti tunnusomaista juuri sellainen argumentaatiotaso, joka liikkuu Pöyhösen mallien tai CLS:n institutionaalisen rekonstruktion tasolla: se käsittelee periaatteita sopimusoikeuden peruskysymyksistä lähtien luoden periaatteiden johdonmukaisuutta (koherenssia) niiden taustaolettamista tai arvoista käsin. Näihin käsityksiin kuuluu lähes poikkeuksetta kehitysulottuvuus. Näitä seikkoja on Suomessa tuonut laajamittaisesti esiin Thomas Wilhelmsson sosiaalisen siviilioikeuden konseptiossaan. Se on leimallisesti sopimusoikeudellinen hyvinvointivaltioteoria. Sen keskeinen argumentaatiotaso on juuri CLS:n tarkoittama institutionaalinen rekonstruktio tai määritetty mallitaso. Teorian lähtökohtana on Pöyhösen tarkastelun ulkopuolelle jäävän traditionaalisen suojaperiaatteen uusformulointi. Tässä kohtaamme temaattisesti nimenomaan sopimusoikeuden taustaolettamiin kuuluvan todellisuussuuntautuneen osion. Niinpä Wilhelmssonin teoria liittyy olennaisesti hyvinvointivaltiolliseen todellisuuteen: sen ulkopuolella sen arvoformuloinnit joutuvat pätevyydeltään ainakin kyseenalaisiksi. Eräänlaista vahvennusta tälle ajatukselle tuovat Wilhelmssonin vuonna 1993 julkaisemat artikkelit.

Wilhelmssonin hyvinvointivaltiollinen teoria on CLS:n empiiris-normatiivisten taustaolettamien ja samalla institutionaalisen rekonstruktion oma-peräinen sovellutus, tosin tarkastelultaan paljolti toisenlaisissa yhteyksissä. Wilhelmssonin perusajatus on tarvesuuntautunut sopimusoikeus ja sen uusista suojaroleista lähtevä tarkastelu. Tähän uuteen sopimusoikeudelliseen ajattelutapaan liittyvä kehitys, sopimusoikeudelliset arvot ja taustaolettamat sekä niiden ristiriitaiset elementit muodostavat kokonaisuuden, jonka puitteissa institutionaalinen rekonstruktio on mahdollista ja hedelmällistä. Tämän rekonstruktion tärkein tuote on sosiaalisen suorituseseen doktriini tai periaate, joka muotoillaan mainittujen uusien roolien lainsäädännöllisestä institutionaalisesta tuesta lähtien. Mainittakoon, että Wilhelmssonin 1993 ilmestyneessä tuotannossa on havaittavissa juuri taustaolettamista lähtevä uudenlainen, sopimusoikeudellisen todellisuuden uusista piirteistä lähtevä tarkastelu (institutionaalinen rekonstruktio). Nämä uudet todellisuussuuntautuneet taustaolettamat Wilhelmssonin kokoa jälkihyvinvointivaltiollisen sopimusdoktriinin käsitteeksi.²⁰

²⁰ Wilhelmsson 1992, 28 ff., 51 ff., 80 ff., 146 ff., 180 ff. Jälkihyvinvointivaltiollisesta sopimusoikeudesta ks. Wilhelmsson 1993a, erit. 28–48 ja Wilhelmsson 1993b, 7–146, erit. 34–38.

3.4 Atiyah ja Collins angloamerikkalaisina esimerkkeinä

Uusimmasta eurooppalaisesta sopimusoikeuden kirjallisuudesta ei ole vaikea löytää mallitason tai institutionaalisen rekonstruktion perusajatukseen lukuisia erilaisia vivahteita. Angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa sopimusoikeudellisen taustaideologian ja sen nykytilan erittelyä koskeva P. S. Atiyahin laaja teos *The Rise and Fall of Freedom of Contract* on käsitteilytasoltaan juuri periaatteiden sisältöjen ristiriitoja ja taustaolettamia koskeva doktrinaalinen perusesitys. Sen viimeinen luku käsittelee nykyisen sopimussidonnaisuuden perusteorioita. Atiyah tarkastelee niitä erilaisina sidonnaisuusmuotoina kaukaisesti Pöyhösen esitystä muistuttavalla tavalla. Sopimusvapauden klassinen tahtoteoria ja sopimusperusteinen sidonnaisuus (contract-based liability) ovat tämän vuosisadan aikana ja sotien jälkeen enenevässä määrin menettäneet merkitystään osin uusien sidonnaisuusmuotojen, osin sopimustodellisuuden uusien piirteiden johdosta. Viimeksi mainittuun kuuluvat sopimusverkottumisen pitkäkestoiset järjestelmät. Niistä Atiyahin mielestä administratiiviset menetelmät ovat hierarkisoituneen sopimustodellisuuden eräs piirre, joka vähentää perinnäisen suostumusperusteen merkitystä. Toisaalta sopimussidonnaisuuden tilalle ovat astuneet erilaiset luottamus- ja etuperusteen muodot (reliance-based, benefit-based liability). Erityisesti luottamusperusteen osalta Atiyah viittaa nykyisten liikemiesmäisten käytäntöjen sopimustodellisuuteen. Viimeksi mainittu ottaa enenevässä määrin huomioon osapuolten erivertaisen aseman (unequal bargaining power) erityisesti relevantin informaation saannin osalta. Toiseksi nykyisille sopimussuhteille on yleisesti ominaista pitkä kesto eikä kertakaikkinen yhtä tapausta koskeva riskinjako. Kolmanneksi varsinkin liikemiesmäisille sopimuksille on leimallista niiden kooperatiivinen luonne eikä traditionaalisen teorian mukainen etuvastakohta. Erityisesti instituutio *promissory estoppel*, joka koskee luottamusoletuksen alaisena tehtyjä toimenpiteitä, esiintyy luottamusperusteen tärkeänä tukena ja erityistapauksena.²¹

Sivuutamme tässä yhteydessä James Gordleyn omaperäisen ja kiintoisan esityksen *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* aatehistoriallisena erityistapauksena. Toisena esimerkkinä otamme Hugh Collinsin, nimenomaan oikeuskäytäntöön suuntautuneen teoksen *The Law of Contract* vuoden 1986 painoksen mukaan. Käytännöllisen suuntautumisen ohella

²¹ Atiyah 1979, 716 ff., erit. 771–781. Sopimustodellisuuteen liittyvistä verkottumisen ilmiöistä ks. Williamson 1975.

kirjalle on tunnusomaista perusajatus vanhan sopimusajattelun väistymisestä uuden ja ”modernin” sopimusmallin edessä. Collins erottaa sen mukaisesti vaihtomallin ja luottamusmallin käsittein *exchange model / reliance model*, jotka nähdään samalla kahtena vaihdantaa koskevan oikeudenmukaisuuden perusmallina.²² Collinsin koko esitys on periaatteita mallitasolla koskeva tarkastelu, jonka eräät piirteet ovat tässä yhteydessä tärkeitä.

Collinsin erityisluonne liittyy esitykseni näkökulmasta periaatteiden taustaolettamien taloudelliseen luonteeseen; taustaolettamat koskevat usein käsitteitä taloudellisesta arvosta. Traditionaalisen vaihtomallin moraalinen ja juridinen perusluonne kiteytyy ajatukseen *pacta sunt servanda*: sopimukset on pidettävä. Tehokkuus, individuaalinen autonomia ja yksityinen vapauspiiri on usein nähty sen perustavina arvoina. Sitä vastoin uusi luottamusmalli rajoittaa olennaisesti puhdasta tahdonautonomiamia. Uusi malli ei kumoa sopimuksen tahtoperustetta, mutta modifioi sitä olennaisesti sosiaaliseen suuntaan. Sen perusarvot liittyvät ajatuksiin oikeudenmukaisista (reiluista) markkinoista, sopijapuolitasapainon palauttamisesta ja yhteistyöstä: *fairness / market-fairness, paternalism and co-operation*,²³ ”The purpose of rules becomes not the protection of freedom of contract, but rather to regulate the fairness of markets.”²⁴

Erityisesti oikeudenmukaisia (reiluja) markkinoita koskee sopimus-oikeudellisen ajattelun muuttuminen tahtoperusteesta luottamusmalliin. Traditionaalisen teorian lähtökohtana toimii kolme ajatusta. Ensinnäkin yksilölliset valinnat ovat sopimusjärjestelmän perusta, koska vapaus on perustavanlaatuinen arvo.

Toiseksi sopimuskohteen arvolla ei ole mitään objektiivista kriteeriä, jonka avulla kohtuuttomuutta voitaisiin arvioida: arvolla on aina tässä mielessä subjektiivinen luonne. Kolmanneksi sopimussuhteiden kaikki ulkopuolinen säätely lainsäätäjän tai tuomioistuimen toimesta on sekä tehotonta että oikeusvarmuutta häiritsevää. Kaikissa suhteissa sopimus-oikeudellinen ajattelutapa on Collinsin mielestä tuomioistuimissa kokenut laadullisen muutoksen.

Ensinnäkin monissa tapauksissa lainsäätäjä ja tuomioistuimet pyrkivät pikemminkin säätelämään tasapuolisia markkinoita kuin turvaamaan ehdotonta sopimusvapautta. Niinpä lukuisissa tapauksissa tuomioistuin on antanut sopimuksille mm. pakon ja erehdyksen (*duress* ja *mistake*) perusteilla tai

²² Collins 1986, 8, 25, 35.

²³ *ibid.*, 34, 47.

²⁴ *ibid.*, 66, 102, 109.

perusteltujen odotusten nojalla sisällön, jolla ei ole mitään liittymää sopijapuolitahtoon. Vastaavasti kolmas peruste pätee tuskin olosuhteissa, joissa sekä lainsäätäjät että tuomioistuimet puuttuvat joko tyyppikohtaisiin sopijapuoliasemiin (kuluttaja, vuokralainen ja työntekijä) taikka konkreettisiin sopijapuolten tasapainoa koskeviin puutteisiin mm. perusteella *inequality of bargaining power*. Kiintoisimman piirteen muodostaa traditionaalisen liberalismien ja sopimusvapauden toinen taustaolettama taloudellisten arvojen subjektiivisesta luonteesta, jonka mukaan hinnalla ei ole mitään muuta oikeaa perustetta kuin sopijapuolitahto. Tämä vastaa keskeisesti uusklassisen taloustieteen perusaksioomaa, jolla on kuitenkin jo perinnäinen vastine jopa keskiaikaisessa ajattelussa (*res tanti valet quanti vendi potest*).

Juuri tältä osin Collins esittää vakuuttavasti, miten sekä englantilaisilla että amerikkalaisilla on 70-luvusta lähtien ollut kaksi tapaa puuttua sopijapuolimääräytyneeseen tahtoon. Niistä ensimmäistä Collins kutsuu *markkina-siirroksi* (*market transference*).²⁵ Sinänsä tuomioistuimilla on ollut kaksi eri perusdoktriinia ja lainsäädännöllistä periaatetta puuttua sopimustasapainon ja kohtuuttomuuden tapauksiin; ne ovat ”doctrine of inequality of power” ja ”doctrine of unconscionability”, jotka Collinsin mielestä liittyvät (toisin kuin esitetään) yhteen. Peruskysymys on molemmissa vertailuhinnan ongelma. Tarkemmin: millä asteikolla tuomioistuin voi (a) todeta ja (b) oikaista sopimushintaa. Collins osoittaa, että tuomioistuimet ovat tavallisesti lähteneet markkinahinnasta. Tällöin ”comparable market” on esiintynyt yleensä vähittäishintana lisättyinä kuluilla, mutta saattaa vaihdella maantieteellisen sijainnin, vähittäiskauppaportaan ja myymisen menetelmän (esim. door-to-door-selling) mukana.²⁶

Tuomioistuimen toinen menetelmä luoda oikeudenmukaisia markkinasuhteita on *markkinakompensaatio* (*market substitution*). Siinä tuomioistuin puuttuu välittömästi markkinasuhteisiin kieltämällä, säännöstelemällä, sanktioimalla tai tekemällä tehottomaksi.²⁷ Tuomioistuin toteuttaa tällöin Collinsin mielestä omaa katsomustaan distributiivisista arvopäämääristä kieltämällä tietyt sopimusehdot, kontrolloimalla inflaatiota tai suojaamalla säännönmukaista työntekoa. Kysymys on siten markkinasuhteiden säätelystä, jonka eri tilanteet Collins yhdistää käsitteen *paternalism* alaisiksi.

²⁵ *ibid.*, 144–147.

²⁶ *ibid.*

²⁷ *ibid.*, 147–150.

Tässä mielessä hän puhuu paternalismista ja oikeudenmukaisten (reilujen) markkinoiden yhdistelmästä sopimusinstituution perustana.²⁸

Sopimusinstituutiolla on kuitenkin modernissa muodossa vielä eräs keskeinen tehtävä, joka liikkuu lähellä reiluja (oikeudenmukaisia) markkinoita. Se on kooperaatio, yhteistyö, sen luomisen ja rationaalisen säilyttämisen yhteyksissä. Traditionaalisen tahtojen yhtymistä koskevan teorian suurin heikkous on modernien sopimussuhteiden muuttuminen. Uudet suhteet edustavat ”modernin” kapitalismin uusia jakelu- ja tuotantosuhteita; niille on tunnusomaista kompleksinen taloudellinen muoto ja pitkä oikeudellinen kesto, joita ei voida ymmärtää sarjana erillisiä transaktioita (vrt. Law and Economics -suuntaus).

Juuri mutkistuneiden ja pitkäkestoisten sopimussuhteiden erittelyssä tah-to- ja vaihtomalli ovat riittämättömiä; tämän piirteen nojalla perusdoktriini individuaalisesta tahdonautonomiasta on muuttunut yksilöiden yhteistoi-minnan perusopiksi.²⁹

Collins erittelee sopimusyhteistyötä erilaisina yhteistyövelvoitteina (*duties of co-operation*). Hän erottaa yhteistyövelvoitteet sopimusten suorittamisen yhteydessä, muuttuneitten olosuhteiden tapauksissa ja sopimushäiriöiden tilanteissa. Sopimusten muuttuminen pitkäkestoisiksi ja yhteistyösuhteiksi on ollut omiaan synnyttämään uusia periaatteita, joiden keskeinen ajatus on rohkaista yhteistyötä ja lojaalia suhtautumista ennalta arvaamattomissa olosuhteissa sekä epäolennaisissa sopimusdelikteissä.³⁰

3.5 Saksalainen uusi sopimusoikeus

Saksalaisen kielialueen moderneilla sopimusoikeudellisilla teorioilla on monia kosketuskohтия nimenomaan Wilhelmssonin ajatusten kanssa. Mahdollisesti tämän välittämänä useat perusajatukset ovat Suomessa suhteellisen hyvin tunnettuja. Yleisesti saksalainen keskustelu on liikkunut 80- ja 90-luvuilla hyvinvointivaltiollisuuden ja refleksiivisen oikeuden puitteissa. Refleksiivisen oikeuden teema on ehkä hyvinvointivaltion lisääntyvien ongelmien mukana saanut itseohjautuvia mekanismeja korostavan aseman, joskin sen perusohjelma ja -ihanne on moniselitteinen. Erilaiset sopimus-

²⁸ *ibid.*, 115–136, 158–159, 161.

²⁹ Vrt. Williamson 1975, *passim*, Williamson 1985, *passim*.

³⁰ Collins 1986, 163.

oikeutta koskevat kehitysskeemat formaalinen/materiaalinen/refleksiivinen ovat toimineet sopimusinstituution kehittelyn keskeisenä jäsenystapana. Siihen on saksalaisella alueella eri vivahtein yhdistynyt toinen samansuuntainen aika- ja arvoteema STATUS – SOPIMUS – ROOLI.³¹

Varsinkin sopimusoikeuden kannalta merkittävän keskustelun refleksiivisestä oikeudesta aloitti epäilemättä Gunther Teubner. Tässä muodossa itseohjautuvan oikeuden johtoajatus on liittynyt hyvinvointivaltio (Ilisuut) ta koskevaan keskusteluun.

Teubnerin erään tärkeän refleksiivisen oikeuden sovellutuksen sopimus-oikeuteen tapaamme hänen artikkelissaan vuodelta 1986. Tässä artikkelissa sävyttyy refleksiivisen oikeuden erityisluonne hyvinvointivaltiollisuuden arvojen ja päämäärien mukaisesti. Sen mukaan refleksiivinen oikeus korostaessaan organisaatioita ja menettelyjä toimii samalla hyvinvointivaltion keskeisten sisällöllisten arvojen toteuttajana. Teubner selittää, että tilanteissa, joissa valta jakautuu eriarvoisesti (kuten sopijapuolten epätasapainossa), tapahtuu valtaa tasapainottava ns. refleksiivisen prosessin simulaatio. Tämä on Teubnerin mielestä mahdollista ”refleksiivisen logiikan” mukaan, joka on rakennettu sellaisiin yleislausekkeisiin kuin ”good faith”, ”Treu und Glauben”, ”public policy”.³²

Vuonna 1996 on ehkä perusteltua väittää, että refleksiivisen oikeuden teema on kokenut loppuunkulumisilmion. Tässä suhteessa Teubnerin sopimusoikeudellinen artikkeli vuodelta 1993 on kiintoisa. Siinä käsitellään pitkän keston sopimuksia ja sopimusverkkoja, joita Teubner kutsuu *contorg*-ilmiöiksi (so. Contract & organisation): ne ovat sopimusten ja organisaatioiden, markkinoiden ja hierarkioiden (markets/hierarchies) väliin asettuvia uudenlaisia sopimussuhteen verkottumisen ilmiöitä. Näitä ilmiöitä, tai tarkemmin: niiden perustelua transaktiokustannussäästöin *Law and Economics* -suuntauksessa Teubner kritisoi monissa suhteissa osuvasti ”hybridin rationaliteetin” ilmentyminä. Mielestäni Teubnerin ansiokas artikkeli on edustava yleisesti 90-luvun sopimusoikeudellisille ajatuksille. Saksalaisella alueella sen mallisuuntautuneita ajatuksia hallitsee kaksi keskeistä tausta-arvoa. Toinen on itsemääräämisen arvo sosiaalisessa merkityksessä,

³¹ Reh binder 1968, 141–169.

³² Teubner 1985, 299–325, erit. 277 [1988 painoksessa]. Teubnerin 1993 artikkeli, joka ei rakennu enää refleksiivisen oikeuden konseptiolle vaan nimenomaan uusien sopimusverkkojen kriittiselle tarkastelulle, sisältyy Wilhelmssonin 1993 toimittamaan teokseen (ks. ed. av. 20), ks. Teubner 1993, 211–238.

jota eri itsesäätelevän oikeuden muodot saattavat toteuttaa. Toinen koskee taas modernin hyvinvointivaltiollisuuden ongelmaa ja tiivistyy jälkihyvinvointivaltion eri määritteissä. Näitä kahta teemaa on yhdistelty jo aiemmin. Eräs edelleen ajankohtainen esimerkki on Eike Schmidin artikkeli vuodelta 1980 ”Von der Privatautonomie zur Sozialautonomie”.³³ Siinä ”sosiaali-autonomia” tarkoittaa väljästi *Habermasin* 90-luvun keskeisen tuotannon tavoin osallistujien aktiivista myötävaikuttamista omien tarpeittensa formuloinnissa. Schmidt kutsuu tällaista intressiartikulaatiota solidaariseksi ja tilanneadekvaatiksi normirakenteeksi. Tällöin kysymys on tyyppillisestä sopimusoikeuden mallista tai teoriasta.

4 MALLIT OIKEUSPARADIGMOINA: NIIDEN OIKEUSLÄHDEOPILLINEN ASEMA

Mainittujen esimerkkien valossa malleille ominainen argumentaatio on siinä mielessä periaatteita ylempänä, että sen valossa oikeusperiaatteita ja niiden sisältöä voidaan käsitellä. Mallit johdonmukaistavat periaatteita tai pyrkivät siihen. Niillä on legitimoiva, yhteiskunnallisia arvoja antava ja johdonmukaistava ja – kuten niistä on jo perinteisesti sanottu – ”havainnollistava” merkitys periaatteille. Niiden välityksellä periaatteita perustellaan loogisiksi ja painoarvoiltaan punnituiksi periaatteiden kokonaisuudeksi ”a body of principles” (*Salmond*).³⁴ Tässä merkityksessä malleilla on tärkeä tehtävä periaatteiden ja niiden keskinäisen koherenssin kannalta.

Useista edellä käsitellyistä sopimusoikeuden teorioista olemme oppineet tuntemaan toisen malleille tunnusomaisen piirteen. Mallien järjestävä, yhteiskunnallista arvomerkitystä antava ja koherenssia luova tehtävä ei näytä useinkaan koskevan suoranaisesti *arvoja*, vaan usein tällainen väitetaso viittaa *yhteiskunnalliseen todellisuuteen*. Useimmat edellä mainituista teorioista edellyttävät eri vivahtein taustaolettamia sopimustodellisuudesta erityisesti markkinoita, hyvinvointivaltiollista todellisuutta tai yleisesti noudatettuja sopimuskäytäntöjä koskevassa muodossa. Miten tällaisten tosiasioiden luonne on arvioitava?

³³ Schmidt 1980, erit. 157 ff.

³⁴ Salmond 1920.

Erään keskeisen tulkinnan mukaan kysymys on tulkintaa edellyttävistä ns. institutionaalisista tosiasioista siinä merkityksessä kuin *John Searlen* kieliteoriassa ja *MacCormickin* ja *Weinbergerin* institutionaalisessa oikeusteoriassa edellytetään. Mainitut väitteet ovat siten tulkinnanvaraisia tosiasioita: ne ovat riippuvaisia normeista, standardeista ja teorioista, joiden valossa niitä tarkastellaan. Tiivistettynä: ne monien sopimusoikeudellisten teorioiden taustaolettamat, jotka koskevat tosiasioita tai viittaavat niihin, ovat juuri siinä määrin järkeviä ja rationaalisia kuin puhumme avioliitosta, omistajasta tai moottoriajoneuvosta oikeudellisessa diskurssissa. Institutionaalinen oikeusteoria on perustellut sellaisen diskurssin mahdollisuuden ja rationaalisuuden.³⁵

Kuitenkaan yhteiskunnalliset teoriat tai mallit eivät ole instituutioita. Teoriat tai mallit yhtäältä sekä institutionaaliset tosiasiat toisaalta näyttävät jollain olennaisella tavalla toisiinsa kietoutuneilta yhteiskunnallisen tajunnan muodoilta. Omasta mielestäni niiden suhdetta koskeva kysymys on laajakantoinen: näen keskeisenä ongelmana uudenlaisen instituutioteorian, joka tarkastelee ns. objektivoitumismuotoina oikeudellisesti keskeisiä sosialisointirakenteita. Olen aiemmin yrittänyt lähestyä ongelmaa *Anthony Giddensin* ns. ”rakenteen kaksoisluonteen” (duality of structure) ajatuksesta käsin, joka jäsentää (objektiivisten) rakenteiden ja (subjektiivisten) toimijoiden keskinäissuhdetta. Edelleen ajattelen, että vasta sen tarkempi kehittäminen antaa mahdollisuuden myös oikeudellisten teorioiden ja mallien tiedolliselle ja sosiaaliselle ymmärtämiselle sekä jäsentää tarkemmin niitä nimenomaan suhteessa instituutioihin. Tällainen (uudenlainen) tarkastelu sisältyy mielestäni ajattelutapaan, jota kutsun uushermeneuttiseksi tarkoittaen sillä *Hans-Georg Gadamerin*, *Winfried Hassemerin*, *Peter Bergerin*, *Thomas Luckmannin* sekä erityisesti *Alfred Schutzin* keskeisiä sosialisointi-, objektivaatio- ja tyyppittelyn ajatuksia. Tämän kysymyksen yksityiskohtaisempi käsittely kuuluu toiseen yhteyteen.³⁶

Tässä yhteydessä esitys antaa aihetta lähinnä kolmenlaisiin täsmennyksiin.

³⁵ Ks. Tolonen 1993, 44–60. Ks. muuten Berger – Luckmann 1966, Schutz 1932, Schutz 1970 ja 1972, Gadamer 1968 ja Hassemer 1968. Keskeisistä tyyppittelyrakenteen ja relevanssirakenteen (structure of typification, structure of relevance) käsitteistä ks. Schutz 1970, 15–27 ja Schutz 1972, 37–54, 239–242.

³⁶ Käsitteistä ”kovat tosiasiat” (*brute facts*) vastakohtana ”institutionaaliset faktat” (*institutional facts*), ks. Searle 1970, 50–51, Searle 1979. Institutionaalisten faktojen merkityksestä oikeusteoriassa ks. MacCormick – Weinberger 1985.

Ensiksi oikeudelliset teoriat koskevat monia tapauksia, jotka asettuvat arvoja ja institutionaalisia tosiasioita koskevan diskurssimuotojen välimaastoon. Voidaan kysyä, onko lausuma ”sopimusoikeudellisista funktioista” väite arvoista vai institutionaalisista tosiasioista. Seikka ei tässä yhteydessä ole tärkeä. Mielestäni riittää, että keskeinen joukko sopimusoikeudellisten mallien taustaolettamista viittaa institutionaalsiin tosiasioihin tai koskee niitä kuten vallitsevaa sopimuskäytäntöä tai pitkäkestoisten sopimusten lisääntymistä.

Toinen johtopäätös voidaan tiivistää oikeudellisen argumentaation luonnetta koskevaksi kysymykseksi mallidiskurssien tasolla. Mielestäni ydin kohta on yhtäältä tämän diskurssimuodon kompleksinen luonne ja toisaalta sen (ehkä tähän asti oletettua suurempi) rationaalisuus.

Yleisesti ottaen juuri mallien ja teorioiden diskurssitasolla voidaan erottaa kolmentyyppisiä väittämiä. Ensinnäkin ne koskevat kulloisenkin mallidiskurssin erityistä juridista ulottuvuutta sen periaatteiden institutionaalisen tuen merkityksessä. Niinpä oikeustieteen tehtävänä on mielestäni lisääntyvässä määrin muotoilla ja yleistää periaatteita lainsäädännön, kansainvälistyvän tuomioistuineläytöksen ja uusien sopimuskäytäntöjen (tapaoikeuden) antaman institutionaalisen tuen perusteella. Kukaan ei liene vielä temaattisesti käsitellyt välimiesoikeuksien ratkaisujen merkitystä oikeuslähdeopillisesta näkökulmasta. Toiseksi periaatteita koskevaan oikeudelliseen argumentaatioon kuuluvat epäilemättä arvokannanotot oikeusyhteisön piirissä, joskin raja seuraavaan ryhmään on liukuva. Oikeustiede käsittelee ja muodostaa tällaisia arvokannanottoja varsinkin periaateformulointien yhteydessä. Esimerkkinä voi mainita Suomessa ajankohtaisen Euroopan ihmisoikeus-sopimuksen 6 artiklan ns. kontradiktorisen periaatteen (EIOS art. 6, kohdat 1 ja 3) ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen luoman *Equality of Arms* (aseiden yhdenvertaisuuden) -periaatteen muotoilut ja niiden keskinäisen jäsenyyksen.³⁷ Kolmanneksi periaatteita koskevassa mallidiskurssissa ovat vihdoin kyseessä todellisuuteen suuntautuneet, suhteellisessa merkityksessä empiiriset väitteet. Siten näyttäisi siltä, että teoriat ja mallit *viittaavat* institutionaaliseen todellisuuteen, mutta eivät itse ole instituutioita: voimme epäilemättä puhua yhtäältä omistusoikeuden tai sopimuksen instituutiosta ja toisaalta (mahdollisesti erilaisista) omistusoikeutta (sopimusta) koskevista teorioista; nämä kaksi liittyvät läheisesti toisiinsa, mutta eivät tarkoita samaa asiaa.

³⁷ Ks. Pellonpää 1996, 260 ja 293, Ervo 1996, 108–109 ja 121–135.

Kolmas johtopäätös koskee normatiivisuuden ja tosiasiallisuuden kategorioita. Sinänsä ajatus eräänlaisesta ”normatiivisesta rajanylityksestä”, so. siirtymisestä tosiasioiden kategoriasta normatiivisuuteen, näyttää olevan tunnusomaista itse asiassa kaikille yllä käsitellyille sopimusoikeuden malleja koskeville esimerkkitapauksille. Tämä piirre on olennaisesti sidoksissa teorioiden todellisuussuuntautuneisuuden kanssa. Sen ohella piirre näyttää olevan usein peräisin teorioiden suuntautumisesta omaan kehityshistoriaansa, ”institutionelle Gescichte” (Habermas).

Kolmas näkökohta ei ole täysin uusi aikamme oikeus- ja yhteiskuntatieteellisessä ajattelussa. Ajatus vastaa sitä, mitä Francois Ewald teoksessa *L’Etat providence* (1986), *Vorsorgestaat* (1993) tai Jürgen Habermas teoksessa *Faktizität und Geltung* (1992) ovat esittäneet tai edellyttäneet.³⁸ Molempien töiden kohteena on sopimusoikeudellisen mallidiskurssin kannalta keskeinen kehittyminen tai jatkumo liberaalista yövärtijavaltiosta hyvinvointivaltioon. Molemmat tulevat myös sopimusoikeuden kannalta keskeiseen kysymykseen. Tämä kysymys koskee sitä, miten *jälkiviivivaltio* olosuhteissa uusi ajattelutapa voidaan muotoilla silmällä pitäen valtiosääntö- tai valtio-oikeutta (Habermas) taikka sosiaalioikeudellisesti suuntautunutta ”vakuutusyhteiskuntaa” (Ewald). Habermasin peruskäsite on *oikeusparadigma*, kun taas Ewald kutsuu vastaavalla tasolla liikkuvaa argumentaatiomallia *oikeusdiagrammiksi*. Habermasin ratkaisuna on proseduraalinen oikeusparadigma, joka ylittää liberaalisen ja hyvinvointivaltiolaisen oikeusparadigman. Ewaldin ratkaisu on puolestaan tulkintani mukaan löydettävissä kriittisestä sosiaalioikeuden kategoriasta, jonka peruspiirteitä hän on kehittänyt aiemmissa artikkeleissaan. Näiden, tällä hetkellä kahden ehkä johtavan, oikeus- ja yhteiskuntatieteellisen ajattelutavan yksityiskohdat eivät tällä kertaa kuulu esityksemme. Tässä yhteydessä meitä kiinnostaa molempien teorioiden yleisrakenne.

Molempien teorioiden taso liikkuu olennaisesti mainitulla institutionaalisella, arvoja ja tosiasioita yhdistävällä tasolla. Suureksi osaksi molempien erittelyjen pätevyys on riippuvainen määritetyistä jälkiviivivaltiolisista institutionaalis-empiirisistä piirteistä, edellytyksistä ja erittelyistä. Ewald ei mainitussa teoksessa käsittele temaattisesti ajattelutapaansa; sitä vastoin Habermasilla tapaamme eräitä keskeisiä ajatuksia siitä, mitä oikeusparadigma tieteellisenä kategoriana tarkoittaa ja edellyttää. Nämä huomau-

³⁸ Ewald 1986/1993, Ewald 1985, 41–75, Ewald 1988, 36–50, Habermas 1992.

tukset tapaamme teoksen *Faktizität und Geltung* IX luvussa. Arvosuuntautuneiden ja empiiristen väitteiden dikotomian positiivinen ylittäminen on Habermasin keskeinen ajatus: oikeudellinen normativiteetti ja faktisiteetti kietoutuvat toisiinsa juuri oikeusparadigman tasolla. Toiseksi ajatusta tukee Habermasille uudenlainen, painotetusti instituutioiden evolutiivinen kehitys, jota myös luvuissa V ja VI kutsutaan osuvasti institutionaaliseksi historiaksi, *institutionelle Geschichte*. Näistä syistä kutsun sopimusoikeuden ja oikeudellisia malleja ylipäänsä oikeusparadigmoiksi ja sen yllä mainittua argumenttitasoa *paradigmadiskurssiksi* erottaen sen *periaatediskurssin* ja *sääntödiskurssin* argumenttitasoista.

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aarnio, A.: *The Rational as Reasonable. A treatise on legal justification*. Reidel: Dordrecht 1987.
- Aarnio, A.: *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. WSOY: Helsinki 1989.
- Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Nomos: Baden-Baden 1985.
- Atiyah, P. S.: *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Clarendon: Oxford 1979.
- Atiyah, P. S.: *Promises, Morals, and Law*. Clarendon: Oxford 1981.
- Berger, P. – Luckmann, T.: *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Anchor Books: Garden City, New York 1966.
- Björne, L.: Lojaliteettiperiaatteen kehittämisestä. Teoksessa Saarnilehto (toim.) 1994b, 5–17.
- Collins, H.: *The Law of Contract*. Weidenfeld and Nicolson: London 1986.
- Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*. Duckworth: London 1977.
- Dworkin, R.: *Law's Empire*. Fontana: London 1986.
- Ervo, L.: *Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1996.
- Ewald, F.: The Concept of Social Law. In: Teubner (ed.) 1985, 41–75.
- Ewald, F.: *L'Etat Providence*. Bernard Grasset: Paris 1986; deutsche übers. *Vorsorgestaat*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1993.
- Ewald, F.: Law of Laws: A New Approach to the concept of Social Law. In: Teubner (ed.) 1988, 36–50.
- Gadamer, H.-G.: *Wahrheit und Methode*, Mohr: Tübingen 1968 [1960].
- Habermas, Jürgen: *Faktizität und Geltung*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1992.
- Hassemer, W.: *Tatbestand und Typus*. Heymann: Köln 1968.
- Huhtamäki, A.: *Luotonantajavastuu. Lender liability Suomessa. Velvoiteoikeudellinen tutkimus luotonantajan vastuusta luotonottajaa kohtaan erityisesti USA:n oikeuteen verrattuna*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1993.
- MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press: Oxford 1978.

- MacCormick, N. – Weinberger, O.: *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*. Duncker & Humblot: Berlin 1985.
- Muukkonen, P. J.: Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. *Lakimies* 7/1993, 1030–1048.
- Patterson, D. M.: *Good Faith and Lender Liability. Toward a Unified Theory*. Butterworths 1990.
- Peczenik, A.: *Rätten och förnuftet. En lärobok i allmän rättslära*. Norstedt: Stockholm 1986.
- Pellonpää, M.: *Euroopan ihmisoikeussopimus*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1996.
- Pöyhönen, J.: *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 179. SLY: Helsinki 1988.
- Rehbinder, M.: Status – Kontrakt – Rolle. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft. In *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*. Dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag. Berlin 1968, 141–169.
- Ross, W. D.: *The Right and the Good*. Oxford University Press: Oxford 1950 [1930].
- Saarnilehto, A. (toim.): *Lojaliteettiperiaate. Oikeusperiaatteet ja oikeuskäytäntö -tutkimusprojektin seminaarin 11.11.1993 alustukset*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, kokoomateosten sarja C 19. Turku 1994. (1994a)
- Saarnilehto, A. (toim.): *Lojaliteettiperiaatteesta. Vastapuolen edun huomioon ottamisesta eri oikeuden aloilla*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, muiden kokoomateosten sarja B 3. Turku 1994. (1994b)
- Salmond, J. W.: *Jurisprudence or The Theory of the Law*. Sixth edition. Sweet & Maxwell: London 1920
- Schmidt, E.: Von der Privat- zur Sozialautonomie. Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik um Privatrechtssystem. Josef Esser zum 70. Geburtstag am 12. 3. 1980. *Juristenzeitung* 1980, 153–161.
- Schutz [Schütz], A.: *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt. Eine Einleitung in die verstehende Soziologie*. Springer: Wien 1932; 2., unveränd. Aufl., Springer: Wien 1960; Suhrkamp: Frankfurt am Main 1981.
- Schutz, A.: *Collected Papers: Vol. I. The problem of social reality*. Martinus Nijhoff: The Hague 1970; *Vol. II. Studies in social theory*. Martinus Nijhoff: The Hague 1972.
- Searle, J. R.: *Speech Acts. An essay in the philosophy of language*. Cambridge University Press: Cambridge 1970.
- Searle, J. R.: *Expression and Meaning. Studies in the theory of speech acts*. Cambridge University Press: Cambridge 1979.
- Taxell, L. E.: *Avtalsrättens normer. Några riktlinjer*. Åbo Academis förlag: Åbo 1987.
- Teubner, G. (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*. European University Institute Series, Florence. De Gruyter: Berlin/New York 1985. Paperback-Edition 1988.
- Teubner, G. (ed.): *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. European University Institute Series, Florence. De Gruyter: Berlin/New York 1988.
- Teubner, G.: After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law (EUI Working Paper 100/84). In: Teubner (ed.) 1985, 299–325.
- Teubner, G.: Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks. In: Wilhelmsson (ed.) 1993, 211–238.
- Tolonen, H.: *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 164. SLY: Helsinki 1984.

- Tolonen, H.: Rules, Principles and Goals: the Interplay Between Law, Morals and Politics. *Scand. Studies in Law* 1991, 269–293. [Suomeksi ks. myös *Oikeuden kaleidoskooppi*, 39–88.]
- Tolonen, H.: *Korko, raha ja sopimus. Korkokielto ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1992.
- Tolonen, H.: Rättsystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (Rättigheter). *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 1/1993, 44–60. [Ks. myös *Oikeuden kaleidoskooppi*, 107–124.]
- Unger, R. M.: The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review* 561, 1983.
- Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*. Kluwer: Dordrecht 1992.
- Wilhelmsson, T. (ed.): *Perspectives of Critical Contract Law*. Aldershot: Dartmouth 1993.
- Wilhelmsson, T.: Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation. Teoksessa Wilhelmsson (ed.) 1993, 9–52. (1993a)
- Wilhelmsson, T.: Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio. Teoksessa T. Wilhelmsson – K. Kaukonen (toim.): *Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1993, 7–146. (1993b)
- Williamson, O. E.: *Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications*. The Free Press: New York 1975.
- Williamson, O. E.: *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, markets, relational contracting*. The Free Press: New York 1985.

Mitä oikeus on?

I. Kysymys ”mitä oikeus on?” vaikuttaa akateemiselta, kamarifilosofiselta ja jossain määrin typerältä. Koetan siksi elävöittää sitä kahdella ns. postmodernin filosofiaa muistuttavalla teesillä, joiden kanssa olen joutunut viime aikoina tekemisiin. Nämä teesit ovat seuraavat.

1. Oikeus on *kaleidoskooppi*, joka voidaan hahmottaa lähes lukemattomin tavoin **ja**
2. oikeus on *antinominen* ilmiö, *kenttä*, joka on täynnä erilaisia ja eritasoisia ristiriitoja.

Postmodernista ajatukseni poikkeaa erityisesti siinä, etten näe näissä teeseissä mitään dramaattista tai mullistavaa. Käsitteideni mukaan ajatukset ovat olleet osittain tunnettuja jo kauan aikaa. Nimenomaan antinomia-teesi on esiintynyt jo *Immanuel Kantin* sellaisissa ajatuksissa, jotka ovat oikeuden filosofian kannalta keskeisiä. Hieman samansuuntaisessa yhteydessä ajatukseen palaa nuori *Alf Ross* teoksessaan *Om virkelighed og gyldighed* (1934).¹ Ross puhuu todellisuuden ja pätevyuden dualismista ja siihen liittyvistä antinomioista, joiden mukaan oikeus on todellinen/pätevä, luotu/luova järjestys sekä praktinen/teoreettinen tiedon muoto.

Suomalaisessa oikeusteoriassa jo *Otto Brusiin* käyttää käsitettä ”antinomia” puhuessaan *oikeusaukon* antinomiasta. Ajatuksen mukaan oikeus on yhtäältä (välttämättä) aukollinen, toisaalta aukoton. Brusiin tulee väitöskirjassaan *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* (1938) lähelle toistakin antinomiaa, jota hän ei itse nimenomaisesti muotoile. Brusiin päätyy nimittäin tulokseen, jonka mukaan tuomarin harkinta muistuttaa antinomista asetelmaa: oikeudelliseen harkintaan liittyy yhtäältä luovuuden ja toisaalta oikeusjärjestykseen sidottuisuuden näkökulmat (mm. oikeusvarmuuden muodossa). Tässä merkityksessä voidaan puhua tuomarin harkintavallan

¹ Ross 1934, s.18 ja 74 ff.

luovuuden/sidottaisuuden antinomiasta Brusiinin ajatusten kannalta.² Sekä Rossin että Brusiinin terminologiaa voidaan mielestäni verrata *Jacques Derridan* samansuuntaiseen käsitteeseen ”*aporia*”; niinpä Derrida puhuu aporiasta law/justice.³

Tässä esityksessä yritän lyhyesti luonnostella useita oikeuteen liittyviä näkökulmia. Siten ajatus oikeuden eräänlaisesta *kaleidoskoopista* on lähtökohtainen. Ajatuksen mukaan oikeudesta voidaan muodostaa vallitsevien ja relevanttien traditioiden perusteella erilaisia asiayhteyksiä (konteksteja) silmällä pitäen periaatteessa rajoittamaton joukko tapoja tarkastella oikeutta. Tässä esityksessä erotan kolme erilaista tapaa järjestellä oikeuden ilmiöt, jotka näyttävät olennaisilta sekä käytännön juristeille että positiivisen oikeuden tutkimukselle. Oikeusteorian tehtävänä on luoda suhteita muiden tieteiden (filosofian, taloustieteen ja sosiologian) tapaan tarkastella oikeutta. Tästäkin katsannosta erisuuntaisilla oikeuden perushahmotuksilla on merkitystä, koska ne tematisoivat oikeuden myös suhteessa muihin tieteisiin, ennen muita filosofiaan, taloustieteeseen ja – varsinkin nykyään – sosiologian moderniin ja postmoderniin teoriaan.

Erotan kolme erilaista tapaa luoda oikeuden perushahmotuksia. Oletan, että luettelo on pikemmin alustava kuin tyhjentävä. *Summa summarum*: oikeus on todella monipuolinen ilmiö tavalla, joka on tuttu nimenomaan sekä oikeusteorian että oikeussosiologian nykyisklassikoista.

II. Oikeus muodostuu ensinnäkin *elementeistä*, joita on kolme: normatiivinen, faktinen ja arvosuuntautunut. Tätä tarkastelua voi kutsua väljässä mielessä *oikeuden anatomiaksi*.

Normatiivinen, faktinen ja arvosuuntautunut ajattelutapa edustavat tämän vuosisadan oikeusteorian pääsuuntauksia. Ne muodostavat kolmiomaisen eli triadisen asetelman siksi, että kukin ajattelutapa on nähnyt suurta vaivaa käydessään rajaa kahta muuta suuntausta vastaan. Niinpä olennainen osa esim. *Hans Kelsenin* normatiivisesta teoriasta muodostuu teoreettisesta rajankäynnistä yhtäältä oikeuden tosiasiateorioita, toisaalta luonnonoikeudellisia tarkastelutapoja vastaan. Vastaava piirre koskee kuitenkin myös olennaisesti arvosuuntautuneita luonnonoikeusteorioita ja oikeuden ns. realistisia ajattelutapoja. Luonnonoikeuden kritiikin kohteena on yhtäältä normatiivinen ja toisaalta realistinen ajattelutapa; oikeusrealismin mielestä

² Brusiin 1938.

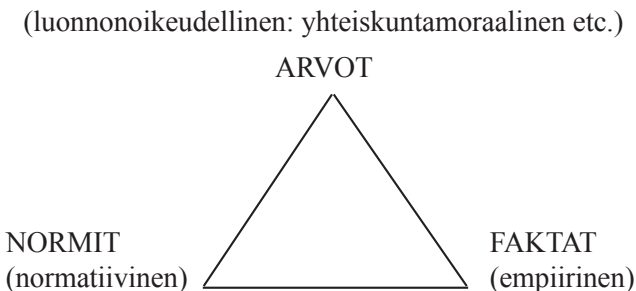
³ Derrida 1992.

luonnonoikeus ja normatiivinen tarkastelu antavat kuvan vain oikeuden arvoideasta tai normatiivisesta ideasta vailla oikeudelle ominaista reaalista ja tosiasiallista pohjaa.

Näiden seikkojen johdosta tämä eri koulukuntien ja ajattelutapojen suhde voidaan esittää oikeuden ja siihen liittyvien ajattelutapojen peruskolmiona (ks. kuvio 1). 1980- ja 90-luvuilla on vähitellen syntynyt piilevästi uudennainen tapa tarkastella näitä kolmion sisältämiä oikeuden perussuuntauksia. Viimeisimmät oikeusteoreettiset ajattelutavat eivät ole enää kiinnostuneita niistä oikeustieteen metodisista keskusteluista, jotka erottavat kyseisiä ajattelutapoja. Pikemminkin painopiste on siirtynyt erilaisten ajattelutapojen teoreettiseen yhdistämiseen: tässä mielessä painopiste on siirtynyt joko–tai-asetelmasta sekä–että-kysymykseksi. Eräs puhdaspiirteinen esimerkki 80-luvulta on institutionaalinen oikeusteoria. Sen keskeinen metodinen ohjelma on ylittää tai yhdistää sekä normatiivinen että realistinen tarkastelu. Tässä merkityksessä se pyrkii olemaan teoria ”jenseits des Rechtspositivismus [so. normativismi Kelsenin mielessä] und Realismus”.⁴

Tämä tapa tarkastella oikeutta ja oikeustiedettä on mielestäni oikeansuuntainen. Oikeutta voidaan nykyiskatsannossa tarkastella kolmen erisuuntaisen elementin yhdistelmänä: oikeus on normatiivinen järjestys, arvojen toteutuma sekä tosiasiamailmassa realisoitunut ilmiö. Tästä katsannosta voidaan puhua oikeuden elementeistä, sen normatiivisesta, arvosuuntautuneesta ja tosiasiallisesta luonteesta. 1990-luvulla on mielestäni vaikea kiistää minkään elementin merkitystä tai pyrkiä palauttamaan se johonkin toiseen elementtiin. Voidaan puhua oikeuden kolmesta perusluonteesta, joista jokainen sisältää oman perusteensa ja oikeutuksensa.

Kuvio 1: *Oikeuden ”anatomia”*: Peruskolmio



⁴ MacCormick – Weinberger 1985.

Olen käsitellyt asiaa yksityiskohtaisesti toisaalla ja tyydyn tässä lähinnä viittaamaan tuohon esitykseen.⁵ Tässä yhteydessä on keskeistä todeta, että jokaista elementtiä voidaan tulkita / on tulkittu hyvin erilaisin vivahtein. Nämä vivahteet kertovat samalla jotain keskeistä tämän vuosisadan oikeusteorian historiasta. Oikeutta on tarkasteltu ja voidaan tarkastella eri tavoin esitetyn peruskolmion valossa.

Normativismi tai *normatiivinen tarkastelu* lähtee aina jossain mielessä oikeuden ja oikeustieteen *autonomian* ajatuksesta. Koko normatiivisen ajattelun suuren klassikon Hans Kelsenin ajatusten valossa oikeus on autonominen sekä oikeuden että oikeustieteen omalakisuuksena. Kelsenin mielestä autonomiasta voidaan puhua edelleen kahdessa mielessä: joko valmiiden normien järjestelmänä taikka oikeuden erityisenä ja omalakisena prosessina, joka tuottaa normatiivisesti päteviä tuloksia, oikeusnormeja. Näitä kahta näkökulmaa Kelsen kutsuu oikeuden staattiseksi ja dynaamiseksi tarkasteluksi. Oikeudellisen autonomian käsitteen ympärille kehittyi siten Kelsenin teoriassa useita merkityksiä: Oikeus eroaa muista yhteiskunnallisista järjestyksistä, kuten tavasta ja moraalista, organisoidun pakkoluonteensa vuoksi. Oikeustiede eroaa sekä arvostavista tieteistä (etiikka, yhteiskuntamoraalin teorit) että tosiasioita koskevista yhteiskuntatieteistä. Oikeus järjestyksenä säätelee autonomisesti oman syntynsä normihierarkkisella tavalla.

Kelsenin ajatuksia pidetään usein vanhentuneina nimenomaan kahdessa suhteessa. Yhtäältä 70- ja 80-luvuilla syntyi useitakin ns. ymmärtävän yhteiskuntatieteen tarkasteluja, joiden ajateltiin tarjoavan yhteisen metodisen lähtökohdan sekä oikeutta että yhteiskuntasuhteita koskevalle tarkastelulle. Toisaalta oikeus on luonteeltaan etiikan ja yhteiskuntamoraalin teorioiden tavoin pitämistä ja normatiivisuutta koskeva tiedon alue. Kun tarkastelemme asiaa tämän päivän näkökulmasta, mainittuja asioita koskeva runsas kirjallisuus ja erimuotoiset teorit ovat epäilyksittä tuoneet paljon lisää oikeutta koskeviin tarkasteluihimme. Ne eivät ole kuitenkaan poistaneet Kelsenin teorian peruskysymyksiä. Niiden perussovellutukset ovat edelleen valtiosääntö- ja hallinto-oikeuden normihierarkkisissa tarkasteluissa, joita koskevat ongelmat ovat vähintään yhtä ajankohtaisia kuin ennen.

Kelsenin filosofisesti uskantilaisuuteen nojautuva teoria ei ole kuitenkaan ainoa teoria oikeuden normatiivisesta luonteesta. Samaa asiaa on tulkittu ainakin kahdella, merkittävästi toisenlaisella tavalla. *John Austinia*

⁵ Tolonen 1996.

voidaan pitää brittiläisen normativismin perustajana. Austinin käsitys oikeuden normatiivisuudesta rakentuu kahden perusajatuksen varaan. Oikeus (The Law) on ensinnäkin käskyjä (commands), jotka edellyttävät vallanalaisuussuhdetta *superior–inferior*. Tämän suhteen Austin löytää kansalaisten tavanomaisesta tottelevaisuudesta (habitual obedience). Toiseksi oikeuden erottaa muista normivaateista (tapa, moraalit) sen erityinen vallanhaltija, jota Austin kutsuu suvereeniksi vallaksi. ”Sovereign” tai ”sovereign power” on ehdotonta valtaa, jota ei voi oikeudellisesti enää rajoittaa. Siten Austinin käsitys normatiivisuudesta tematisoi oikeudellisen vallan ja korkeimman vallan tavalla, joka on edelleen ajankohtainen. Itse asiassa John Austin pukee juridiseen muotoon uuden ajan alussa yleisesti esiintyvät ajatukset absoluuttisesta juridisesta vallasta, joka on oikeuden lähde ja jota oikeus ei voi enää sitoa.

Kolmas käsitys oikeuden normatiivisuudesta on uusi ja moderni. Sitä edustaa *H. L. A. Hartin* uusnormativismi, joka luo uuden teorian paljolti myöhäisen *Wittgensteinin* kieliteorian perusteella. Sen lähtökohtana on Kelsenin ja Austinin käsitysten kritiikki. Hart ajattelee normatiivisuuden olevan oikeusyhteisön ominaisuus, joka ei voi rakentua pelkkään valtaan tai Kelsenin perusnormin olettamaan. Oikeuden normatiivisen vaateen kantaja on itse oikeudellinen kieli ja oikeusyhteisön sosiaalinen toiminta juuri siinä merkityksessä kuin Ludwig Wittgenstein kieltä ja sosiaalista toimintaa tarkasteli. Eli: normatiivisuus on kielen muotoon puettu normatiivinen vaade. Tunnetusti ajatus kielen konstituoinnista sosiaalisista suhteista ja järjestelmistä on saanut sittemmin lisävirikkeitä *John Searlen* kielen ja toiminnan teoriasta; sen nojalla Hartin ajatukset näyttäivät edelleen moderneilta ja ajankohtaisilta.

Oikeuden tosiasiateorioita yhdistää ajatus siitä, että oikeus on jotain tosiasiallista, realisoitunutta sekä ajassa ja paikassa tapahtuvaa. Näiden ajatusten temaattisena lähtökohtana on ideaalisen sollen-maailman ja sen erityisluonteen kiistäminen. Oikeutta ei voida ajatella muuten kuin suhteessa sen realisoitumiin, jotka ovat havaittavissa (vrt. kuvio 1). Tähän yleiseen ajatukseen liittyy kaksi toisistaan poikkeavaa ajattelutapaa ja oikeusteorian traditiota.

Ensimmäisen ryhmän erilaisia ja -vivahteisia teorioita oikeudesta ja sen luonteesta muodostaa *oikeudellinen realismi*. Realismi pyrki hakemaan yhtenäisen metodin kautta otetta oikeudellisiin ilmiöihin. Sen perusidea on: Miten oikeutta voidaan tarkastella tosiasiakäyttäytymisenä. Tästä seuraa periaatteellinen ns. metodinen reduktionismi. Se merkitsee sitä, että oikeuden

normatiivisuus voidaan ja pitää palauttaa yksiselitteisellä tavalla kansalaisten ja/tai tuomioistuinten käyttäytymiseen. Tämä oikeuden velvoittavuuden, pitämisen tai voimassaolon reduktio tapahtuu skandinaavisissa realismissa kolmellakin eri tavalla, jotka ansaitsevat tulla mainituiksi. Amerikkalainen realismi näki tässä asiassa pikemmin pragmaattisen kysymyksen.

Skandinaavisen realismin perustajahahmon *Axel Hägerströmin* ajatusten keskeisen osan muodostavat mainittujen normatiivisten käsitteiden analyysi. Velvoittavuus, pitäminen ja voimassaolo ovat kaikille oikeusyhteisölle keskeisiä käsitteitä. Niitä ei Hägerströmin mukaan voida kuitenkaan suoranaisesti kääntää havaintokielelle vaan ainoastaan kuvata niiden sosiaalipsykologista alkuperää ja toimintamekanismia. Ne ovat empiirisessä katsannossa lopultakin vain pelkkiä sanoja (blotta ord), jotka samalla liikuttavat keskeisiä ja mahtavia sosiaalipsykologisia voimia. Niissä tietty mielle toimintamallista yhdistyy assosiatiivisesti sen velvoittavuuteen, joka edustaa ulkopuolisen voiman ja pakottavuuden tunteita. Siten lainsäätäjä ei luo yhdenmukaista käyttäytymistä ja lainkuuliaisuutta vaan pikemminkin käyttää jo olemassa olevaa, oikeusyhteisön sosiaalipsykologista mekanismia. Hägerströmin mielestä aitoa reduktiota kokemukielelle ei voidakaan suorittaa vaan on tyydyttävä tähän yhdenmukaisen käyttäytymisen voimien erittelyyn.

Hägerströmin työn jatkajat suhtautuivat kriittisesti viimeksi mainittuun ajatukseen. He hakivat kahta tietä vastausta normatiivisten käsitteiden kokemukielelle palauttamisen ongelmaan. Ensimmäinen ja vähemmän tunnettu on tanskalaisen *Th. Geigerin* ajatus velvoittavuudesta ja voimassaolosta normin noudattamisen intensiteettiarvona. Sellainen intensiteetti voidaan aina laskea normityypillisten, normia noudattavan ja sanktiota realisoivan käyttäytymisen suhteena. Ajatus on kuitenkin teknisestikin hankala ja tuskin vastaa sitä, mitä tuomarit tai kansalaiset voimassaololla ja pitämisellä tarkoittavat. Skandinaavisen realismin pääedustaja Alf Ross suhtautuu tällaiseen puhtaasti behavioristiseen reduktioon kriittisesti. Ross palauttaa voimassaolon ja pitämisen kokemukielelle selittäen normatiiviset peruskäsitteet ennusteiksi. Rossin tunnettu ennusteteoria rakentuu kuitenkin hieman tulkinnanvaraisesti viranomaisten normatiivisille asenteille ([Adfaerds]indstillninger, forestillnigerne). Ne edustavat yhtäältä tuomarin normatiivisia ideoita, ”tuomari-ideologiaa”, toisaalta tuomarin tiettyjä käyttäytymisvalmiuksia. Tuomariasenteet löytyvät Rossin mielestä usein virallisesta oikeuslähdeopista.

Traditionaalinen oikeussosiologia näkee oikeuden tosiasiallisena ja yhteiskunnassa vaikuttavana järjestelmänä aivan toisenlaisella tavalla kuin realismi. Se pyrkii tarkastelemaan oikeutta yhteiskunnassa syntyvänä ja

siinä vaikuttavana ilmiönä ilman metodista reduktionismia. Oikeussosiologian klassikoiden keskeistä ja ajankohtaista sanomaa voidaan tarkastella modernin oikeuden kehyskertomuksina tai evoluutiohistorioina. Tämä piirre toistuu erisisältöisenä *Max Weberillä* ja *Emile Durkheimilla*. Meillä *Kaarlo Tuori* on yksityiskohtaisesti tarkastellut tätä piirrettä Weberin formaalin rationaalisen kategorian syntymisenä. Oikeus muodostuu epäpersoonallisen valtiobyrokratian ja muodolliseen tahdonautonomiaan liittyvän sopimusmekanismin lisääntyvänä merkityksenä oikeusyhteisössä.

Aivan toisenlaisen, kuitenkin vastaavalla tavalla modernin oikeuden kehyskertomuksen tapaamme Emile Durkheimilla. Durkheimin mukaan modernisaation viimekätinen kriteeri on työnjako ja sen lisääntyminen yhteiskunnassa. Durkheim tarkastelee oikeutta tiettyinä *funktionaalisina yhteyksinä* ja *sosiaalisena faktana* (*”le fait social”*); molempien perustana on työnjako. Modernisaation keskeinen kriteeri ja moottori on lisääntyvä työnjaon aste. Lisääntyvä työnjako tuo mukanaan erilaisia sosiaalisia asemia ja rooleja; sen johdosta yhdenmukaisuuden paine vähenee. Durkheimin teoriassa pakottavana kollektiivisena voimana on sosiaalinen solidariteetti. Kehityksen mukana mekaaninen solidaarisuus muuttuu orgaaniseksi. Työnjaon ja solidaarisuusmuotojen ohella kolmas tekijä on niiden kanssa samansuuntainen sanktiomuodostelma: repressiivinen so. kostava, hyvittävä sanktio muuttuu restitutiiviseksi, so. ennalleen palauttavaksi. Durkheimin mielestä oikeus on eri alojen mukaan sisäisesti jakautunut: rikosoikeus edustaa (traditionaalista) repressiivistä ja kauppa-, sopimus- ja vahingonkorvausoikeus uutta, so. modernia restitutiivista. Siten oikeuden alueet kuvastavat ei vain työnjaon astetta vaan *yhteistyön suurempaa tai pienempää astetta*. Tämä on samalla Durkheimin (profetaalinen) näky *modernista*: mitä suurempi yhteistyö on, sen merkittävämmän yhteisö rakentuu kooperaation moderneille interaktiomuodoille. Kertomuksena modernista teoria on kiintoisa ja edelleenkin selitysvoimainen.⁶

Luonnonoikeus lähtee oikeuden luonteesta arvoina tai arvostuksina. Oikeuden arvorakennetta ilmaisee ”asian luonto” tai oikeudellisen toiminnan rationaalisuuden eri lähtökohtakäsitteet. Arvo- tai rationaalisuuskriteerin mukaan luonnonoikeudellisia suuntauksia voidaan tunnistaa ja erotella (absoluuttinen, relatiivinen, tilanteenmukainen, riippuen kriteerin muuttuvuudesta; heikko, vahva riippuen kriteerin täydellisyydestä). Joka tapauksessa kaikille

⁶ Durkheim 1990, Tuori 1988, Tolonen 1996.

on jollain tavalla yhteistä ajatus luonnon oikeuden rationaalisuuskriteerin *muuttumattomuudesta*: luonnonoikeus on jotain muuttumattomampaa ja yleisempää kuin positiivinen oikeusjärjestelmä. Tämä asia muotoiltiin selvänä jo aristoteelisen luonnonoikeuden traditiossa, ja se jatkui uudenlaisen ihmisluontokäsitteen muodossa uuden ajan alun luonnonoikeudessa. Tällaisten asettamusten valossa oikeustiede voi hedelmällisellä tavalla tarkastella esim. nykyistä moraalifilosofian keskeistä vastakkainasettelua kommunitarismin ja liberaalisen yhteiskuntakuvan luonteesta ja merkityksestä.

Luonnonoikeudellinen tarkastelu yhdistetään yleisesti menneeseen ja fossiiliseen ajatteluun. Asia on täsmälleen päinvastainen: arvoihin ja oikeudenmukaisuuteen liittyvillä teorioilla on mielestäni selvästi kasvavaa merkitystä, koska (a) oikeuden *periaatesuuntautunut* säätelymalli (ei voida enää yksityiskohdin säädellä, vaan jätetään tuomioistuimen harkintaan) lisääntyä ja (b) oikeuden *kansainvälistyminen* aiheuttaa tietyn arvoherkkyyden sekä yhteisistä että kunkin kansakunnan omista erityisistä arvoista. Viimeksi mainituista saattaa olla kysymys sekä yhteiskuntamoraalisista rakenteista (ihmisoikeudet, hyvinvointivaltiomallit) tai yksittäisestä oikeusperiaatteesta (esim. kontradiktorinen periaate).

Peruskolmiomme (ks. kuvio 1) pyrkii eräässä mielessä tallentamaan sen, mikä jää edelleen huomionarvoiseksi ja ajankohtaiseksi tämän vuosisadan oikeusteoreettisten suuntausten kirjosta. Omasta mielestäni tulos korostaa kaikkien kolmen näkökohdan, normatiivisen, faktisen ja arvosuuntautuneen oikeusajattelun ajankohtaisuutta ja tärkeyttä. Toiseksi peruskolmion avulla voidaan mahdollisesti tunnistaa uusia ajattelun suuntauksia ja nähdä niiden yhteyksiä oikeusteorian traditioihin. Ehkäpä viimeksi mainittu tarkastelu oikeuttaa tarkastelemaan diskurssietiikkaa nimenomaan arvojen ja normien välisenä uudenlaisena yhteytenä, amerikkalaista kriittistä suuntausta, CLS- (Critical Legal Studies) ja Law & Economics -koulukuntaa, etupäässä arvojen ja tosiasioiden yhdistelmän uudenlaisena tulkintana.

III. On kuitenkin lukuisia oikeutta koskevia tarkasteluja, joissa peruskolmiolla ei ole mitään tai ainakaan sanottavaa merkitystä. Siirrymme toiseen perushahmotukseen, joka on siihen nähden aivan toisenlainen (sic). Tämän toisen hahmotuksen mukaan *oikeus on olennaisesti oikeuslähteiden järjestelmä*. Tämä näkökulma on formuloinniltaan uusi. Eli: en ole kohdannut sitä perusformuloinniltaan oikeastaan missään; se esiintyy vain erillisteorianä, muotoiltuna teorioiksi oikeuslähteopista. Tällainen tarkastelu painottaa *oikeuden luonnetta kulttuurisena ja kielellisenä ilmiönä* (vaatimatta min-

käänlaista yksinoikeutta näihin näkökulmiin). Siksi selittelen sitä tässä yhteydessä laajemmin.

Sen perusajatus on, että oikeus näyttäytyy yhtäältä nimenomaan käytännön juristeille ”lähteenä”, ilmaisu, jota säännönmukaisesti on kiirehditty luonnehtimaan metaforaksi⁷. Toisaalta ajatuksella on vakavasti ja jo institutionaalisesti vakiintunut lähestymistapansa, jonka *Aulis Aarnio* on luonut ja mm. *Pekka Timonen* yksityiskohtaisemmin (osin kriittisesti) eritellyt. Tämän perusnäkemysten mukaan oikeuslähteet jaetaan *vahvasti/heikosti velvoittaviin sekä sallittuihin oikeuslähteisiin*. Tällainen ajatus liittyy kuvioon 2.

Kuvio 2: *Oikeuslähteiden sitovuus Aarnion mukaan*

vahvasti velvoittavat	heikosti velvoittavat	sallitut
<ul style="list-style-type: none"> • LAKI • MAANTAPA 	<ul style="list-style-type: none"> • TUOMIOISTUIN-RATKAISUT • LAIN ESITYÖT 	<ul style="list-style-type: none"> • OIKEUSTIEDE • YLEISET OIKEUSPERIAATTEET • MORAALI • REAALISET ARGUMENTIT

Tällöin oikeuslähteitä tarkastellaan eri sitovuusasteina eikä vielä (kulttuurisesti) kehittyvänä järjestelmänä, kuten oma keskeinen ajatukseni on.

Oma tarkasteluni mainitulle oikeuskulttuurin tarkastelulle lähtee käsitteestä *objektivaatio*, joka on peräisin yhtäältä modernista subjektorientoituneesta hermeneutiikasta ja toisaalta – hieman yllättäen – Otto Brusiinin sekä oikeushermeneutiikan perinteestä. Mainittakoon, että Brusiinille kyseinen juonne tuli italialaisten vuosisadan alun hermeneutikkojen *Benedetto Crocen* ja *Giovanni Gentilen* välittämänä. Sekä traditionaalisen että modernin hermeneutiikan ajatusten valossa painottuu kaksi perusajatusta: (a) oikeus on yhteiskunnallinen ja kulttuurinen, *rakenteiden ja toimijoiden vuorovaikutusprosessi* sekä (b) oikeudella on tässä vuorovaikutussuhteessa kaksi olomuotoa, nimittäin *konkreetti ja abstrakti*. Näitä ilmiöitä on havainnollista kuvata oikeuslähteiden järjestelmänä, koska juuri ”lähteistä” syntyvänä järjestelmänä oikeutta ja sen lähteitä voidaan tarkastella uudesta näkökulmasta.

⁷ Ks. Makkonen 1978, 114–115.

Mitä on ”objektivaatio” ja sen tarkoittama sosiaalisten suhteiden järjestelmä(käsite)? Käsite on peräisin *Wilhelm Diltheyltä* vuosisadan alusta (esiintyen sitä ennen keskeisenä Hegelin oikeusfilosofiassa); sitä käytetään lukuisissa kohdissa sekä filosofisen hermeneutiikan että oikeushermeneutiikan traditiossa. Ensin mainitussa sen käyttö on erityisen keskeinen suuntaukselle, jota olen tottunut nimittämän uushermeneuttiseksi, tyypillisenä edustajana *Anthony Giddens, Central Problems in Social Theory* 1979 ja *Peter Berger* ja *Thomas Luckmann* yhteisessä teoksessaan *The Social Construction of Reality* 1966 (suom. 1994). Näitä erilaisia tulkintoja yhdistää ajatus *sosiaalisesta rakenteistumisesta* ja *sosiaalisesta todellisuudesta*. Käsite ”objektivaatio” tulkitsee ihmistekoisien ja ihmisten vuorovaikutukseen perustuvan todellisuuden. Se koskee uudesta näkökulmasta samaa asiaa kuin (1) *Popperin* maailma 3, (2) John Searlen institutionaalinen fakta, (3) *Eerik Lagerspetzin* instituutio ymmärrettynä ns. konventionaalaisella tavalla eli keskinäisten odotusten järjestelmänä.⁸

”Objektivaatio” hermeneuttisessa perinteessä merkitsee ihmisten vuorovaikutusjärjestelmän tulkintaa abstraktin ja konkreetin tason punoutumana. Sosiaalinen maailma – perusesimerkkeinä kieli, raha ja oikeus (tai oikeudellinen instituutio, kuten avioliitto tai sopimus) – on jäsennettävä yhtäältä yleisellä järjestelmätasolla ja reaalilla, konkreettisten järjestelmän normien toteuttamisen tasolla. Abstrakti tarkoittaa siten yleistä järjestelmää tai sen yleisesti sovellettavia normeja, konkreetti taas näiden normien soveltamisen maailmaa. Abstrakti ja konkreetti punoutuvat toisiinsa kuitenkin muullakin tavoin kuin (a) mallin *yleinen normi / normin soveltaminen* mukaisesti. Järjestelmän normit nimittäin (b) *syntyvät inhimillisten säätämisen-, ajatus- tai soveltamisaktien tuotteena*. Itse asiassa juuri järjestelmän normit antavat näille akteille mainitun merkityksen, kuten lain säätäminen synnyttää lain (siihen luovan kompetenssinormin perusteella), oikeustiede saattaa konkreettisesti ajatusaktilla esittää systematiikkaa koskevan uuden järjestelmäkäsittteen (tai ylipäänsä tietyn normin tulkinnan perusteluna) taikka pitkäaikainen lain soveltaminen tietyllä tavalla (esim. velkajärjestelylain 10 § 7 kohta: kevytmielinen velkaantuminen) saattaa synnyttää tietyn abstraktia normia, jopa niiden järjestelmää koskevan uudenlaisen tulkinnan.⁹

Juuri *konkreetin/abstraktin, järjestelmän / sen aktin* jatkumona (c) oikeudella kuten muillakin sosiaalisen toiminnan järjestelmillä on *historiansa, ajallinen rakenteistuminen, temporaalinen struktuuri*.

⁸ Ks. Popper 1982, Searle 1970, Lagerspetz 1995.

⁹ Ks. esim. Koskinen 1995.

Otto Brusiin (erityisesti teoksissaan *Über die Objektivität der Rechtsprechung* 1949 ja *Über das juristische Denken* 1951) käsittää objektiivatiolla nimenomaan inhimillisen ajatteluaktin objektiivatioita. Tällöin Brusiin kuten monet oikeushermeneutikot (*Engisch, Esser, Hassemer* ja *Kaufmann*) tarkoittavat usein ajatteluaktin (*oikeustieteen*) tuloksia: ”Wir nennen diese in eine bestimmte Form erstarrten Produkte des juristischen Denkens seine Objektivationen” (Brusiin). Mutta myös *tuomioistuim ratkaisullaan* esiintyy täysin ajatusaktiin rinnasteisena, usein jopa selvemmin sen institutionaalisesti määritetyn aseman johdosta (jonka mukaan aiempia tuomioistuimen ratkaisujen oikeusajatuksia usein seurataan jatkossa). Mutta myös pitkään noudatetulla *sosiaalisella käytännöllä* – juridiikan kielellä tapaoikeudella – saattaa olla normia tulkitseva, jopa sen kannalta konstitutiivinen merkitys.

Nämä ”hengen objektiivatit” ovat yhtä kuin sosiaalinen maailma, joka on täynnä sopimuksia, omistuksia, avioliittoja, rahaa ja sen käyttöä, mielenosoituksia, nerokkaita tieteellisiä järjestelmiä, oikeudellisia tulkintoja jne. Itse asiassa se on yhtä kuin meidän *arkipäiväinen maailmamme*, jonka päivittäin kohtaamme juuri näiden muotojen välittämänä. Mutta se on myös *professionaalinen maailmamme*, jonka nojalla syvennymme tuomareina oikeudellisiin ratkaisuihin, tulkintoihin ja tiedemiehinä (oikeustieteilijöinä) uusiin systematisointeihin ja tulkintoihin, jotka koskevat oikeudellista järjestelmää. Siten se on itse asiassa myös *tieteellinen maailmamme*.

Oikeuslähteiden järjestelmänä tavoitettava oikeus on sidottavissa ja sidottavakin juuri mainittuun tarkastelutapaan ainakin silloin, kun oikeuden luonne halutaan tavoittaa kulttuurisena, yhteiskunnallisena ja/tai historiallisena ilmiönä. Perspektiiviä voisi luonnehtia tällöin *yhtäältä geneettiseksi tai geneettis-rakenteelliseksi* (riippuen siitä, miten voimakkaasti ilmiön järjestelmäominaisuutta painotetaan). Toisaalta kysymys koskee vallankin oikeudellisten ilmiöiden yhteydessä mainittujen sosiaalisesti syntyneiden tai annettujen merkityssisältöjen oikeutusta. Tällöin tulemme toiseen näkökohtaan. *Toisaalta* sen mukaisesti kysymys on *pätevyys–sitovuus-ilmiöstä*. Molempia näkökohtia kattaa sosiaalisten ja oikeudellisten ilmiöiden tarkastelu objektiivatioina siten, että ne – kuten varsinkin Berger & Luckmann toistuvasti toteaa – *ulkoistetaan* lausujastaan, so. että ne muodostavat sosiaalisesti jaetun, interaktiivisen merkityssisällön. Vaihe on modernin hermeneutiikan mukaan nimeltään *eksternalisaatio*. Brusiin puolestaan luonnehtii seuraavasti oikeudellisesti päteviä merkityssisältöjä tai merkityksiä: vallitsee (a) rakenteellinen yhteys (ein struktureller Zusammenhang), (b) oikeuskult-

tuurin tuottajan ja tuotteen välillä (Produkt), jolle on (c) vakiintunut tietty tuottajastaan riippumaton organisoitunut muoto: ”Wir nennen diese, in eine bestimmte Form erstarrten Produkte des juristischen Denkens seine Objektivationen. Sie sind also ein Ausfluss des Denkens... und bewegt sich jene Frage nicht mehr unter einem psychologischen Aspekt, sondern ist auf die Herausarbeitung struktureller Zusammenhänge eingestellt.”¹⁰

Aarnion luokittelussa esiintyvät perinteiset oikeuslähteet, lainsäädäntö, oikeuskäytäntö (KKO, KHO ja HO) ja oikeustiede, joissa toimijat tietoisesti rakentavat yleisiä normeja ja ratkaisevat niiden perusteella konkreettisia oikeussuhteita; kuitenkin vain tuomioistuimet konkreettisesti mielessä muovaavat oikeussuhteita. Näihin oikeuslähteisiin nähden sekä maantapa (sosiaaliset käytännöt) että reaalin harkinta näyttävät olevan erilaisia ilmiöitä. Tapaoikeus (esim. sopimuskäytännöt) perustuu epäilemättä hyvinkin harkittuun toimintaan, mutta ei ole varsinaisesti *oikeutta tietoisesti* luova ilmiö. Kaikki mainitut voivat vakiintua, saada institutionaalistuneita muotoja. Sen sijaan reaalin harkinta voi toimia yhtäältä vain yksittäisissä tapauksissa mutta esiintyä toisaalta instituutiomuodostelmien perusteluna. Oikeuskulttuuri voi vakiintuneesti tai toistuvasti viitata tiettyyn reaaliin argumenttiin esim. sopimusjärjestelmän vaikutuksesta sopijapuolten intressien kannalta (esim. vuokralaisen ja vuokranantajan intressien tai sopimusriskien taikka lojaliteetin periaatteen seurauksina).

Eri oikeuslähteillä on siten erilaisia piirteitä ja vivahteita, jotka ovat taustana sille, että ne rakenteistavat oikeuskulttuuria eri tavoin. Niiden toiminta tapahtuu ensinnäkin erilaisina diskurssimuotoina. Tällöin ajattelen lähtökohtana *Klaus Güntherin* erottelua perustelu- ja soveltamisdiskurssin välillä.¹¹ Tämäkään jaottelu ei tee oikeutta kaikille oikeudellista kulttuuria rakenteistavien oikeuslähteiden vivahteille.

Oikeuskäytäntö objektivoi eli antaa itsenäisiä ja uusia sosiaalisia merkityssisältöjä. Sen toiminta tapahtuu aina kuitenkin konkreettisen tapauksen yhteydessä. Sen toiminta tapahtuu aina tässä mielessä – käyttäkseni *Klaus Güntherin* terminologiaa – soveltamisdiskurssin yhteydessä. Kuitenkin juuri tässä perustoiminnossaan tuomioistuin ottaa kantaa myös oikeudellisiin merkityksiin ja abstrakteihin normisisältöihin perusteludiskurssin ulottuvuudella.

Oikeustiede taas rakentuu *oikeusjärjestelmän* käsittämiseksi. Oikeustiede objektivoi juuri sillä kognitiivisella voimalla, joka on mahdollista

¹⁰ Ks. Brusiin 1951 (1990 s. 170), ks. edelleen Brusiin 1949 (1990 s. 67, 75 ja erit. 85).

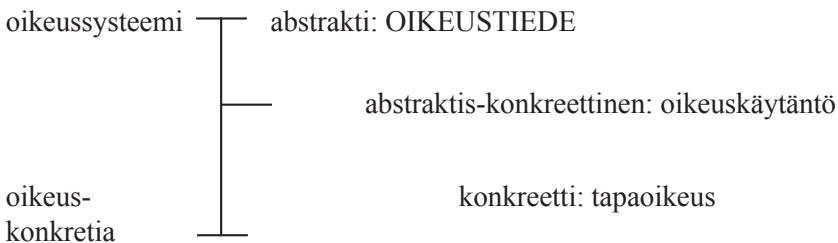
¹¹ Günther 1988.

oikeussystematiikan puitteissa. Se sijoittuu perustelevan diskurssin tasolle, kuitenkin omalla tavallaan, joka nojautuu sekä konkreettisten olosuhteiden että erityisesti oikeussystematiikan abstraktin sisällön tuntemukselle ja muotoamiselle.

Lainsäätäjä objektivoi kaikkein selvimmin muodostamalla normeja, jotka yleisesti sellaisenaan katsotaan voimassa olevaksi oikeudeksi. Sen toiminta liittyy erilaisella tavalla perusteludiskurssiin kuin oikeustieteen. Lainsäätäjä luo ja auktoritatiivisesti vahvistaa yleisiä abstrakteja normisisältöjä.

Toinen näkökohtani on seuraava. Tuomarin toiminta liittyy yhtäältä abstraktiseen eli oikeussysteemiin. Toisaalta yhtä olennaista on, että se liittyy ratkaistavien tilanteiden yhteiskunnalliseen konkretiaan. Kun nämä kaksi periaatetta yhdistetään, saamme tulokseksi sen, että tuomarin toiminta, vallankin hänen harkintansa, on luonteeltaan abstraktis-konkreettista. Siihen nähden oikeustieteen toiminta tapahtuu abstraktisena, oikeussysteemin tasolla; tapaoikeus voidaan tulkita puolestaan konkreettisena, erityisiin konteksteihin ja tilanteisiin sidottuina käytäntöinä (jotka eivät itse tulkitse itseään).

Kuvio 3: *Oikeuden rakenteistuminen abstraktilla ja konkreetilla ulottuvuudella*



Voimme edetä vielä kolmanteen kysymykseen, joka näyttää luontevasti seuraavan kahta edellistä. Se koskee kaikkia oikeuslähteitä, kuitenkin erityisesti tapaoikeuden ja yleisten oikeusperiaatteiden oikeuslähdeopillista asemaa. Mielestäni niille ei edellisten näkökohtien mukaisesti voida luontevasti antaa tiettyä yksiselitteistä oikeuslähdeopillista asemaa, koska (a) ne esiintyvät eri diskurssimuodostelmien yhteydessä ja (b) liittyvät oikeuskulttuurin eri abstraktiotasoihin.

Kolmas näkökohtamme on seuraava. Oikeuskulttuurin kannalta oikeuden lähteet ilmenevät eri sitovuusasteiden asemesta usein *lähtökohtina*,

toimijoina (toimintoina) taikka tuloksina. Lainsäädäntö, oikeuskäytäntö ja oikeustiedekin ovat institutionaalisesti vakiintuneita toimintoja, joita suorittavat oikeudellisesti institutionaalisesti tai sosiaalisesti määrittynyt toimijoiden ryhmä. Ne ovat kulttuurisen prosessin osatekijöitä, toimijoita, joiden vuorovaikutuksessa oikeus muodostuu tuloksina ja lähtökohtina abstraktien normien merkittysisällön vakiintumisena tai konkreettisina oikeussuhteina. Tässä katsannossa lainsäätäjäkään ei voi määritellä omaa soveltamistaan. Abstraktisten normien täytyy muuttua konkreettiseksi todellisuudeksi, jonka vain tuomioistuimet, mahdollisesti välimiesoikeudet, mahdollisesti ihmisten vakiintunut käytäntö voivat tehdä: tässä ja nyt menetellään ja on meneteltävä tietyllä tavalla. Konkreettinen käyttäytyminen luo samalla konkreettisia oikeussuhteita mutta samalla tulkitsee ja muovaa, jopa luo normia (vrt. uudet tulkintalinjat). Siten: lainsäätäjät ei lue nyt esillä olevassa mielessä oikeutta tai edes lakia, sen tekee oikeuden historiallis-yhteiskunnallinen prosessi.

Yleisiä oikeusperiaatteita ja tapaoikeutta kolmas näkökohta koskee erityisen painavasti, koska niillä ei ole suoranaisesti määriteltyä institutionaalista toimijaa. Tapaoikeudessa näkökohta koskee varsinkin erityisalueiden käytäntöjä, joita voidaan kutsua vakiintuneiksi sosiaalisiksi käytännöiksi. Yleisten oikeusperiaatteiden kohdalla kysymys voidaan jakaa formuloitujen ja formuloimattomien perusteiden rajalinjaa pitkin. Otto Brusiin puhui väitöskirjassaan erityisesti formuloimattomista periaatteista tuomarin luovan toiminnan lähtökohtina. Usein, ehkäpä säännönmukaisestikin on kysymys kuitenkin siitä, että tuomioistuin omaksuu oikeustieteen esittämiä oikeusperiaatteiden sisältämiä arvoja ja formulointeja. Tällainen tapaus on esim. KKO 1993:136, jossa ylin oikeusaste ensimmäistä kertaa perustelee ratkaisuaan aiemmin sekä kirjallisuudessa että oikeuskäytännössäkin tunnetulla lojaliteettiperiaatteella tämän periaatteen yksilöiden (”niin sanotun lojaliteettiperiaatteen mukaisesti”).¹²

Tapaoikeus ja sen merkitys esiintyy kolmannen näkökohdan mukaan erilaisina vivahteina. Kysymys on eräästä lisääntyvää käytännön merkitystä omaavasta erityistapauksesta, joka koskee tosiasiallisen muuttumista normatiivisuudeksi. Tässä tapaoikeuden objektivoitumisessa on ensinnäkin periaatteessa tärkeä itse noudatetun käytännön velvoittavuuden tuntomerkki: tapaoikeus 1. sosiaalinen käytäntö velvoittaa vakiinnuttuaan (pitkäaikaisuus, velvoittavuuden tunne eli *opinio necessitatis vel obligationis*). Kuitenkin

¹² Ks. tästä tapauksesta Kohonen 1997, s. 125–127.

tapaoikeus yleisten oikeusperiaatteiden tavoin on vailla varsinaista oikeusauktoriteettiaan. Vaikka tapaoikeus muodostaa oman oikeuslähteensä, sen merkitystä epäilemättä lisäävät siihen viittaavat oikeustieteen ja oikeuskäytännön perustelut. Täten tapaoikeuden ”objektivoitumista” voidaan tarkastella pitkäaikaisena prosessina. On nimittäin huomattava, että tapaoikeuden alkuperäinen lähtökohta ei ole välttämättä sisällöltään erityisen selvä; sen sisällön muotoilussa mainituilla oikeuden toimijoilla on keskeinen formuloiva tehtävä. Välimiesoikeuden päätöksillä on varsinkin sopimusoi-keudessa erityinen merkitys. Niiden velvoittavuutta ei juuri ole käsitelty oikeusteoriassa; ne kuuluisivat ehkä kiintoisalla tavalla juuri tapaoikeuden ja oikeuskäytännön välimaastoon.

IV. Ainakin eräs keskeinen näkökulma ansaitsee tulla lyhyesti käsitellyksi koko oikeutta koskevana kolmantena tarkastelutapana. Meillä on oikeusteoriassa säännönmukaisesti korostettu aina Otto Brusiinista lähtien yleisten oppien keskeistä merkitystä oikeudelle. Kolmanneksi oikeus on siten mielestäni *oikeusjärjestelmä yleisten oppien rakenteellisena järjestelmänä*. Tarkastelun keskiössä on tällöin yleisten oppien systeemiluonne. Omalla tavallaan se liittyy sääntö–periaate-keskusteluun.

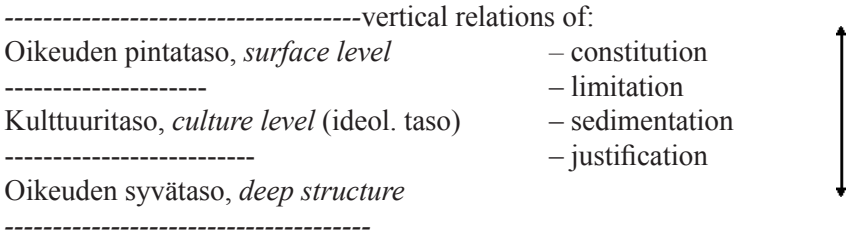
Kaarlo Tuori esitti jo väitöskirjassaan 1983 yleisten oppien kannalta tärkeän tasotteluajatuksen. Sen mukaan oikeus on jaettavissa oikeusmuotoon, oikeusideologiaan ja lakimuotoon.¹³ Samaa ajatusta Tuori on jatkanut teoksessa *Oikeus, valta ja demokratia* 1990 ja viimeksi oikeustieteen ja yhteiskuntatieteen suhdetta käsittelevässä artikkelissaan. Tuorin ajatusta hallitsi alun perin ehkäpä voittopuolisesti subjektitasottelu, kun taas eri tasojen ajallinen rakenne on saanut enemmän painoa viimeisessä versiossa¹⁴. Juuri tämän kriteerin *muuttumaton/muuttuva* mukaan oikeus on jaettavissa toimintatasoon, kulttuuritasoon ja syvätasoon, joiden suhdetta Tuori hahmottaa *Michel Foucault'n* käsitteellä *episteme*, ymmärrettynä kielellisten, maailmankuvaa koskevien ja tieteellisten järjestelmien edellytetyksi syvätasoksi.¹⁵ Alempi taso perustaa (konstituoii, rajoittaa, sedimentoi, kerrosta) ja määrittelee ylemmän.

¹³ Ks. Tuori 1983, s. 74–77.

¹⁴ Tuori 1995, s. 127–129.

¹⁵ Foucault 1970, s. 24, 30, 245 et passim.

Kuvio 4a. Tuorin käsitys oikeuden rakenteesta ja rakenteistumisesta

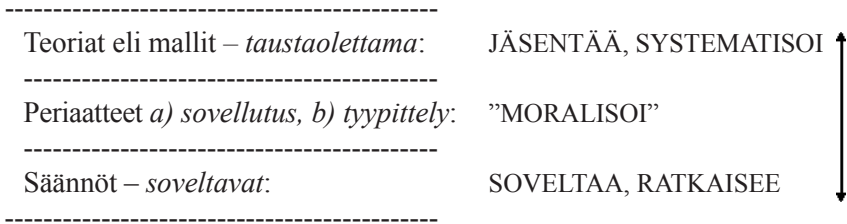


Oma sääntöjen, periaatteiden ja (oikeudellisten) teorioiden erotteluni koskee samaa ongelmaa, nimittäin kysymystä yleisten oppien hahmottamisesta. Se tarkastelee samaa asiaa ehkä temaattisemmin oikeuden praktisen argumentaation kannalta. Oman tarkasteluni lähtökohta on liittynyt sääntö–periaatekeskusteluun. Käsitykseni mukaan oikeudelliset teoriat ovat periaatteiden yläpuolella oleva ja niiden käsittelyä ja rationaalistamista mahdollistava oikeudellinen *paradigma*-taso.

Toinen avainkysymys on mielestäni tasojen välinen suhde. Siinä korkeampi taso ”mobilisoi”, jäsentää ja rakenteistaa alemman.¹⁶

Kuvio 4b: Oma kuvio oikeuden rakenteesta

ABSTRAKTI OIKEUSSYSTEEMI



RATKAISUKONKRETIA

¹⁶ Tolonen 1991 ja 1995.

IV. Edellä on esitetty kolme oikeutta koskevaa perusjäsenystä. Luettelo ei varmastikaan ole tyhjentävä. Oikeus voidaan tematisoida vielä esim. yhteiskuntapoliittisena tai yhteiskuntamoraalisena järjestyksenä. Lopuksi ajattelen, että mainittuja hahmotustapoja koskee seuraava käsitys: kaleidoskooppi-teesi ei tarkoita mielivaltaisuusteesiä. Tarkoitukseni ei ole päättää esitystäni *Antonionin* ja *Wendersin* elokuvan ”Pilvien tuolla puolen” tekijän sanoihin: Tämän kaiken olisin voinut kertoa ja tulkita aivan toisin. En yhdy ajatukseen tulkintojen äärettömästä ja mielivaltaisesta määrästä ja suhtaudun ajatukseen varauksellisesti. Sen sijaan asetun lopuksi maltillisemmän version kannalle: Historiallisesti kussakin tilanteessa on epäilemättä ennalta arvaamaton ja tässä mielessä loputon joukko erilaisia tulkintoja. Tämä pätee ei vain taiteesta ja historiasta vaan niinkin formaalista systeemistä kuin oikeus. Ei ole sattuma, että Otto Brusiinin väitöskirjan keskeinen hahmo on Benedetto Croce, joka korostaa ihmisen aktiivisen ja luovan toiminnan merkitystä siirtäen sen taiteesta ja historianfilosofiasta oikeuteen.

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aarnio, A.: *On Legal Reasoning*. Turun yliopiston julkaisuja, Sarja B, Humaniora 144. Turku 1977.
- Aarnio, A.: *Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä*. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus: Helsinki 1982.
- Aarnio, A.: *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. WSOY: Helsinki 1989.
- Berger, P. – Luckmann, T.: *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Anchor Books: Garden City, New York 1966. Suomeksi: *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Tiedonsosiologinen tutkielma*. Suom. Vesa Raiskila. Gaudeamus: Helsinki 1994.
- Brusiin, O.: *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Suomalaisen Lakimiesten Yhdistyksen julkaisuja 14. SLY: Helsinki 1938.
- Brusiin, O.: *Über die Objektivität der Rechtsprechung*. Suomen lakimiesliitto: Helsinki 1949. Myös teoksessa Brusiin 1990, 62–131.
- Brusiin, O.: *Über das juristische Denken*. Societas Scientiarum Fennica: Helsingfors 1951. Myös teoksessa Brusiin 1990, 132–266.
- Brusiin, O.: *Der Mensch und sein Recht. Ausgewählte rechtstheoretische Schriften*. Herausgegeben und eingeleitet von Urpo Kangas. Duncker & Humblot: Berlin 1990.
- Derrida, J.: Force of Law: The ”Mystical Foundation of Authority”. Teoksessa *Deconstruction and the Possibility of Justice*, ed. D. Cornell et al. Routledge: New York 1992, s. 3–67.
- Durkheim, É.: *Sosiaalisesta työnjaosta*. Suom. Seppo Randell. Gaudeamus: Helsinki 1990.

- Engisch, K.: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Winter: Heidelberg 1953.
- Engisch, K.: *Einführung in das juristische Denken*. Kohlhammer: Stuttgart 1956.
- Esser, J.: *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Mohr: Tübingen 1956.
- Esser, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Athenäum: Frankfurt am Main 1970.
- Foucault, M.: *Les mots et les choses*. Gallimard: Paris 1966; engl. transl. *The Order of Things*. Routledge: London 1982.
- Giddens, A.: *Central Problems in Social Theory*. Macmillan Press: London 1979.
- Günther, K.: *Der Sinn für Angemessenheit*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1982.
- Hassemer, W.: *Tatbestand und Typus*. Heymann: Köln 1968.
- Kaufmann, A.: *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. Beck: München 1994.
- Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Franz Deuticke: Wien 1960.
- Kohonen, M.: Lojaliteettiperiaatteesta erityisesti yhteistyösopimuksessa. Teoksessa Tolonen (toim.) 1997, s. 125–127.
- Koskinen, S.: *Ilmeisen kevytmielinen velkaantuminen*. Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, Sarja B 23. Rovaniemi 1995.
- Lagerspetz, E.: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Law and Philosophy Library, Vol. 22. Kluwer: Dordrecht 1995.
- MacCormick, N. – Weinberger, O.: *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*. Duncker & Humblot: Berlin 1985.
- Makkonen, K.: *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 5. Helsingin yliopisto 1978.
- Popper, K.: *Objective Knowledge*, Clarendon Press: Oxford 1972.
- Ross, A.: *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*. Levin & Munksgaard: København 1934.
- Schutz, A.: *Collected Papers: Vol. I. The problem of social reality*, 1968; *Vol. II. Studies in social theory*, 1970.
- Searle, J.: *Speech Acts*. Cambridge University Press: Cambridge 1970.
- Tolonen, H.: Rules, Principles and Goals: The Interplay Between Law, Morals and Politics. *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 35/1991, 269–293. Ks. myös <http://sisl.juridicum.su.se/> [Suomeksi: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 39–88]
- Tolonen, H.: Rechtswissenschaft und Rechtliche Theorien: ein Beispiel. IVR 17th World Congress, V, Bologna 1995.
- Tolonen, H.: Oikeus ja Ajatus. Teoksessa Tolonen – Alvesalo – Mähönen – Nuutila: *Pääsykoekirja 4/1996*. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 1996, s. 1–118.
- Tolonen, H. (toim.): *Sopimusoikeudellisia kirjoituksia*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden julkaisusarja A 87. Turku 1997.
- Tuori, K.: *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. I: Teoreettinen ja historiallinen tausta*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, A-sarja 159. SLY: Helsinki 1983.
- Tuori, K.: *Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsoina*. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, Sarja D 4. Helsinki 1988.
- Tuori, K.: *Oikeus, valta ja demokratia*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1990.
- Tuori, K.: Legal Science as/and Social Science, IVR 17th World Congress, Bologna 1995, V, 127–132.

Tuomarin harkinta normin puuttuessa

Otto Brusiinin väitöskirjan tarkastelua aikalais- ja nykykeskustelussa

JOHDATELMIA

Teoksensa *Laki, teko ja tavoite* vuodelta 1975 esipuheessa Aulis Aarnio sanoo ”löytäneensä’ uudelleen Otto Brusiinin tuotannon” ja kertoo, että se on alkanut tuntua yhä läheisemmältä. Joitain samankaltaisia tuntemuksia on syntynyt allekirjoittaneen ajatuksissa tämän esityksen tekemisen yhteydessä. Olen jo noin vuoden askaroinut oikeudellisen ratkaisun ongelman kanssa uudentyypistä uushermeneuttiseen ajatteluun perustuvaa vastausta hakien; tietyyppinen yhteenkuuluvuus Brusiinin ajatuksiin on syntynyt nimenomaan tämän kirjoitelman laatimisen yhteydessä. Luulen myös, että oma tulkintani Brusiinista poikkeaa jonkin verran Aarnion esittämästä, mutta niillä on myös koko joukko yhteistä.

Aiheeseeni liittyy myös henkilöhistoriallisia syitä. Olen ensinnäkin opiskellut tiedekunnassa, jossa Otto Brusiin toimi yleisen oikeustieteen professorina. Toiseksi minulla on ollut nuorena jatko-opiskelijana tilaisuus osallistua hänen tunnetusti vaikuttaviin ns. liseniaattiseminaareihinsa, jossa pidin ensimmäisen akateemisen esitykseni marraskuussa 1968. Ennen kaikkea olen oppinut tuntemaan Brusiinin jättäessäni hänelle John Austinin normiteoriaa koskevan liseniaatintutkimukseni keväällä 1973. Jälkeenpäin voin vain itsekkäistäkin syistä valitella hänen eläkkeelle vetäytymistään 3.6.1973 ja ennen kaikkea hänen odottamatonta poismenoaan 30.10.1973, joka katkaisi tämän minulle kunniakkaan oppilas–opettaja-suhteen. Nämä juonteet ovat kuitenkin kirjoittajan omia subjektiivisia elämyksiä; seuraava esitys koskee sen sijaan Otto Brusiinia hänen tekstiensä valossa.

Toinen alustava näkökohtani on seuraava. Brusiinin ajatuksia on sekä tulkittu että käytetty – tarkoitan ennen muita Aulis Aarnion vuosien 1975 ja 1977 korkeatasoisia monografioita sekä Urpo Kankaan Brusiinia koskevaa monipuolista tuotantoa (Kangas 1976, 1985 ja 1986). Siitä huolimatta aihe ei ole tyhjennetty: on olemassa lukemattomia, myös 90-luvun näkökulmia, joista olisi tarpeellista käsitellä suomalaisen oikeusteorian alkutaivalta

ylipäänsä. On myös vielä käsittelemätöntä materiaalia Otto Brusiinin laaja-alaisessa tuotannossa: yleinen oikeustiede, oikeushistoria ja oikeusvertailu. Urpo Kankaan toimittaman saksankielisen teoksen *Der Mensch und sein Recht* (1990) bibliografisesta esityksestä saa verraten suoran yhteyden myös kaikkiin itse Brusiiniin kohdistuneisiin arviointeihin. Liikumme sangen laajassa, oikeusteoriaa, oikeushistoriaa ja vertailevaa oikeutta koskevien ajatusten kentässä, jolla on ilmeistä kulttuurihistoriallista merkitystä.

Viimeksi mainitussa mielessä itseäni on kiinnostanut kysymys: Mitä Brusiin ja Kaila ajattelivat väitöstilaisuudessa huhtikuun 27. päivänä 1938, aikana, jolloin sekä valtiot että kansat että koko kulttuurinen historia olivat voimakkaassa liiketilassa (vrt. tuonnempana Brusiinin ns. tulenkantajat-puhe). Siitä esitän seuraavassa eräitä havaintoja (kohta II). Aloitan esittämällä eräitä käsityksiäni siitä, miten Brusiin on vaikuttanut suomalaisen oikeusteorian jälkikasvuun (kohta I). Lopuksi ja omalta kannaltani keskeisimpänä asiana pyrin esittämään joitakin uusia ajatuksia, joiden valossa Brusiinia ja nimenomaan hänen väitöskirjaansa voidaan lukea 90-luvulla (kohdat III ja IV).

I BRUSIIN NYKYAJASSA

Suomalaisella *teoreettisella oikeustieteellä* on oma kunniakas historiansa ja perinteensä aina Nehrmanista ja Caloniuksesta lähtien. Turun Akatemian ja Helsingin yliopiston menneisyydessä sillä on oma kiintoisa historiansa, joka olisi oman esityksensä arvoinen. Tässä esityksessä siihen voi vain viitata. Teoreettinen lainoppi voidaan virkanimikkeenä tunnistaa nimenomaan Turun Akatemiaan perustetusta virasta *yleinen lainoppi*. Viralla oli kolme haltijaa, joista Matthias Calonius oli ensimmäinen vuosina 1778–1817 ja Wilhelm Gabriel Lagus viimeinen (1823–1852; Anders Erik Afzelius 1818–1823). Lagus siirtyi sitten (Helsingin yliopistossa) viran uudelleen järjestelyn johdosta *siviililainopin ja roomalaisen oikeuden* professoriksi vuoden 1852 alusta lähtien. Tämän viran jatkajina toimivat Johan Philip Palmén (1858–1867) ja Robert August Montgomery (1870–1882). Viran viimeinen haltija oli Rabbe Axel Wrede (vuodesta 1885), joka toimi jo uudella nimikkeellä: *siviiliprofessioikeuden, roomalaisen oikeuden ja lainopin ensyklopedian* professori vuosina 1898–1905. Vuonna 1909 syntyi uusi virka, nimittäin *roomalainen oikeus ja kansainvälinen yksityisoikeus sekä lainopin ensyklopedia*; se

muutettiin vuodesta 1959 yleisen oikeustieteen ja kansainvälisen yksityisoikeuden professorin viraksi. Tässä virassa toimivat Fritz Walter Ekström (1909–1920), Elisier Kaila (1929–1938), Aatos Volmar Alanen (1940–1963), Heikki Jokela (1967–1984) sekä vuodesta 1988 Hannu Tapani Klami.¹

Rajoitun näihin havaintoihin, koska Helsingin Yliopisto ei erityisesti ollut Otto Brusiinin fyysinen tai henkinen tyyssija – ehkäpä *Theoria iuris* -kerhoa vuosina 1951–1956 lukuun ottamatta (ks. Kangas 1986, 57–61). Brusiin ei koskaan toiminut mainitussa, nimikkeeltään vuodesta 1959 yleisen oikeustieteen ja kansainvälisen yksityisoikeuden professorin virassa, vaikka hänellä viimeistään 1950 oli ylivoimainen kompetenssi suomalaisessa yleisessä oikeustieteessä. Jo viimeistään vuoteen 1950 mennessä hänellä oli kiistatta enemmän kansainvälistä pätevyyttä kuin kellään silloisella oikeustieteen professorilla. Edelleen tyydyn vain viittaamaan siihen kalseahkoon kohteluun, jonka Brusiin koki mainitussa korkeakoulussa, paitsi väitöstilaisuudessa, sekä dosentuurin saamisessa, joka kesti marraskuusta 1945 helmikuulle vuoteen 1949 (Brusiin nimitettiin yleisen oikeustieteen dosentiksi viimeksi mainitusta vuodesta lukien), että apulaisprofessorin viran haussa, joka ratkaistiin vasta kanslerinvirastossa valituksen jälkeen Brusiinille myönteiseen lopputulokseen vuonna 1955 (ks. Kangas 1976, erit. 24–26). Turun tiedekunnan kannalta tämä johti tosin onnelliseen lopputulokseen: Otto Brusiin nimitettiin Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 1.9.1961 lukien seuraavaan virkaan: yleisen oikeustieteen professori, käsittäen myös roomalaisen oikeuden, oikeushistorian ja kansainvälisen yksityisoikeuden (vuonna 1974 professuuri jaettiin yleisen oikeustieteen ja oikeushistorian professorin viroiksi).

Nykyisen merkityssisällön, erityisesti tutkimuskohteen kannalta, Otto Brusiinin alue oli yleinen oikeustiede, jonka professorina hän toimi Turussa 1.9.1961–2.6.1973 (k. 30.10.1973). Tätä aluetta kutsutaan nykyään vakiintuneesti oikeusteoriaksi, jota nimitystä Otto Brusiin mieluusti luennoillaan, esitelmissään ja teoksissaan käytti. Luulen, että suomalaisen oikeusteorian kaksi ensimmäistä ja suurta hahmoa olivat aikajärjestyksessä Elisier Kaila ja Otto Brusiin. Mielessäni on tällöin oikeusteoria määritettynä nimenomaan oikeuden, sen käytännön toiminnan sekä oikeustieteen yleisiin ja filosofisiin kysymyksiin kohdistuvana tieteenä. Näitä kysymyksiä ovat oikeusnormi ja sen suhde sosiaaliseen todellisuuteen, oikeuden ja sen normien voimassaolo, oikeudellinen ratkaisutoiminta sekä praktisena että teoreettisena ilmiönä ja oikeuslähdeoppi. Tällöin ymmärrän oikeusteorialla jotakin verraten spesifiä,

¹ Ks. Klinge et al. 1987–1990. [22.1.2002 kuolleen Klamin seuraajaksi tuli Kaarlo Tuori.]

jota on Brusiininkin hengessä laajennettava koskemaan ainakin kolmea asiaa: oikeusjärjestelmän yleisiä oppeja, oikeuden ja oikeustieteen aatehistoriaa sekä vielä vertailevaa oikeustiedettä. Voidaan vielä nähdä neljäskin piirre, jolla on selvästi kasvava merkitys erityisesti Brusiinin vuoden 1951 teoksessa: ihmisen oikeuden viimekätiset sosiaaliset ja filosofiset perusteet (ks. Brusiin 1951, 132–147).

Otto Brusiinia voi siis mainittujen ajallisten ja asiallisten rajausten jälkeen luonnehtia toiseksi suomalaiseksi oikeusteoreetikoksi. Tämä käsitykseni perustuu ajatukseen siitä, että ajallisesti ensimmäinen modernin oikeusteorian edustaja Suomessa oli Elisier Kaila teoksellaan *Oikeuslogiikka I, Muodollinen oikeuslauseoppi* 1924 (vrt. Kangas 1976). Brusiinista voi kyllä lausua asiallisesti paljon enemmän: epäilyksittä juuri hän toi ensimmäisenä esille Suomessa nykyisen oikeusteorian ja sen perusproblematiikan edellä luonnehditussa mielessä. Juuri tässä kulttuurisessa välitystehtävässä on Brusiinin suuri sekä historiallinen että ajankohtainen merkitys oikeusteorialle. Ennen muuta hän suoritti pioneerityön viedessään suomalaisen oikeusteorian kansainväliselle tasolle ja forumille. Brusiinin kansainvälinen orientaatio alkoi vuonna 1950; v. 1957 hänet valittiin IVR:n varapresidentiksi, jossa asemassa hän toimi vuoteen 1963 (ks. Kangas 1976, 22–23, Klami 1974, 7–8).

Brusiinin tärkeimmät teokset ovat kauttaaltaan voimakkaasti kansainvälisesti suuntautuneita, ja jo väitöskirjassa 1938 ilmenee hänen erityinen mieltymyksensä ranskalaiseen ja italialaiseen oikeusteoriaan. Väitöskirjan vastenmielisyys saksalaista oikeusajattelua kohtaan koskee nimenomaan auktoritatiivisesti asennoitunutta, erityisesti kansallissosialismin leimaamaa oikeusajattelua (ks. myös Kangas 1976, 9–11, Klami 1974, erit. 7). Hänen sotien jälkeisessä tuotannossaan on havaittavissa lisääntyvää mielenkiintoa mm. sotien jälkeistä oikeushermeneutiikkaa kohtaan (vrt. erit. Engischin tuotanto teoksessa 1951). Brusiinilla oli henkilökohtaisten ja IVR:n luomien kontaktien avulla mahdollisuus tarkkailla tietyllä näköalapaikalla sotien jälkeisen oikeusteorian ja filosofian suuntauksia vuosina 1950–1963.

Voimme panna merkille erään kiintoisan seikan, jota edes oikeusteorian ammattilainen ei juuri tule ajatelleeksi. 1920-luvulta aina 60-luvulle suomalainen oikeusteoria mainitulla tavalla määritettynä (so. erotettuna teoreettisesta lainopista) noudattaa yllättävästikin kaavaa: oikeusteoreettinen väitöskirja vuosikymmentä kohti. Siten El. Kaila edustaa 20-lukua, Brusiin 30-lukua, J. N. Lehtinen skandinaavisen realismin orientaatiollaan ja väitöskirjallaan *Mitä oikeus on?* 40-lukua. Lahtisen omintakeinen osin realistiseksi, osin – kuten Brusiin (1965, 928) toteaa – ”korkeatasoiseksi

loogis-analyyttiseksi” luonnehdittava väitöskirja *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen* edustaa tässä jatkumossa 50-lukua.

On syytä muistaa kaksi muuta 1950-luvun tärkeää oikeusteoreettista teosta, jotka eivät kuitenkaan ole oikeustieteellisiä väitöskirjoja. Jan-Magnus Janssonin valtiotieteellisen tiedekunnan väitöskirja *Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsteoretiska åskådningar* (1950) käy lävitse varsin kiintoisalla tavalla valtioteoreettisia käsityksiä pääasetelmana ja näkökulmana (Kelsenin) *normativismi/sosiologismi*. Viimeksi mainittu tarkoittaa lähinnä (valtion osalta yksinomaan) vuosisadan alun klassisia sosiologisesti suuntautuneita teorioita (mm. Georg Jellinek) (ks. Jansson 1950, erit. 138–155). Jansson erittelee myös Kelsenin ja Axel Hägerströmin ajatuksia oikeuden normatiivisuudesta (ks. 1950, 49–59) saman perusasettamuksen valossa (*normativismi/realismi*). Edelleen vuonna 1956 ilmestyi C. B. Carlsonin oikeusteoreettinen kiintoisa teos: *Rätten; Ett rättsteoretiskt försök*. Siinäkin on asetelmana normativismi/realismi nimenomaan skandinaavisen realismin ja Kelsenin ”puhtaan oikeusteorian” merkityksessä: Carlsonin vastaus ongelmaan oli peruslinjoiltaan kuitenkin täysin omintakeinen tavalla, joka lähti uskantilaisuuden ideaalisesta maailmasta ehkä lähinnä H. Rickertin uskantilaisuuden ja sen kulttuuritieteen (vs. luonnontiede) merkityksessä (ks. Carlson 1956, 83–84 verr. V luku, 85–106). Voimme todeta, että suomalainen 50-luvun oikeusteoria olisi oman, aiheeltaan kiintoisan tutkimuksensa kohde.

1960-lukua edustaa Kaarlo Makkonen jälleen oikeudellista ratkaisutoimintaa koskevalla väitöskirjallaan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung* 1965. Makkosen aihe ja paljolti käsittelykin – tietyin olennaisin eroin – ovat suoraa Brusiinia. Sitä voidaan luonnehtia oikeudellisen ratkaisutoiminnan uudelleen arvioimiseksi paljolti Brusiinin perspektiivistä, mutta kuitenkin uudenlaisen kielifilosofian valossa; viimeksi mainittu voidaan tiivistää kielen kuvateoriaksi ja isomorfia-ajatuksiksi, jonka varhainen Wittgenstein loi ja monet loogisen empirismin edustajat toteuttivat ennen sotaa ja sodan jälkeen. Brusiin toimi vastaväittäjänä väitöstilaisuudessa 1965, joka oli Turun oikeustieteellisen tiedekunnan ensimmäinen (väitöskirja hyväksyttiin 28.5.1965). Kuten Urpo Kangas on osoittanut, Brusiin tunsu hyvin ontologisoivien käsitteiden traditionaalisen metafysiikan kritiikin, jonka varhaisen Wittgensteinin (teoksessa *Tractatus*) teoria kielestä loi ja jota monet jo 1930-luvulla edelleen kehittivät. Kritiikkiä hallitsee parannetun tieteen kielen (improved language) perusajatus: sitä voidaan edelleen Makkosen tavoin luonnehtia kielen kuvateoriaksi ja teoriaksi kielen sekä todellisuuden isomorfisesta suhteesta. Brusiin näyttää erään vuodelta 1934 olevan kirjeensä perusteella innostuneelta tästä teoriasta ja sen tarjoamista ulottuvuuksia, mutta lopultakin – tyypillistä hänen nuoren

tutkijan avoimelle mielelleen – se ei jättänyt häneen paljoakaan vaikutteita, eräänlaista peruskriittisyyttä lukuun ottamatta (vrt. kirjallinen muistiinpano 4.1.1935, ks. Kangas 1976, 5). Brusiin arvosti kuitenkin oppilaansa tuotteen korkealle nimenomaan tämän kielifilosofian oikeusteoreettisena toteutuksena. Edelleen 1960-luvulla tapahtuu uusi ilmiö: uudentyyppinen *teoreettinen lainoppi*, jolle puolestaan Simo Zitting, Brusiinin 1950-luvun *Theoria iuris*-piirin perusjäseniä, oli laskenut perustansa 1950 (ks. Kangas 1986). Zittingin ajatukset saavat uudenlaisen, teoreettisesti tietyn kielifilosofian välittämän muodon Aulis Aarnion väitöskirjassa *Perillisen oikeusasemasta* 1967; tämä ilmiö (”Zitting–Aarnio-malli”) jäi teoreettisen yksityisoikeuden hallitsevaksi paradigmaksi ehkäpä 70-luvun loppuun ja on edelleenkin elinvoimainen. Toisaalta Aarnio aloitti uudestaan varsinaisen oikeusteorian edellä rajatussa mielessä. ”Varhaisen Aarnion” tiivistelmä on teos *On Legal Reasoning* 1977, jonka keskeiset ajatukset olivat kahta vuotta aiemmin ilmestyneet suomeksi nimellä *Laki, teko ja tavoite*. Se käsittelee itse asiassa – mitäpä muutakaan kuin Brusiinin ongelmaa oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta – praktisen syllogismin kiintoisassa ja omasta mielestäni edelleen ajankohtaisessa asiayhteydessä. Nämä sidonnaisuudet ja samalla tiettyjen Brusiinin ajatusten uudelleen nostaminen tulee Aarnion kirjassa avoimella tavalla esiin (ks. Aarnio 1975, erit. 12, 355–364 ja eri kohdin, sekä Aarnio 1977, 122–129).

Aarnion vuosien 1975 ja 1977 teoksissa esittämiä ajatuksia Brusiinista tyydyn tässä luonnehtimaan vain lyhyesti: niissä painotetaan tuomarin tavoitteellisesta toiminnasta lähtien ratkaisijan merkitystä yhteiskunnallisen, oikeuteen liittyvän organisoimistehtävän toteuttajana ja jatkajana. Tämä juonne ulottuu ainakin seuraavaan suomalaiseen oikeusteorian esitykseen, Kauko Wikströmin väitöskirjaan *Oikeuskäytännön tulkinnasta* 1979. Samasta yhteiskuntasuuntautuneesta näkökulmasta Wikströmin teos on Aarnion praktisen syllogismin kritiikkiä; kritiikki lähtee ratkaisutilanteen ymmärtämisestä nimenomaan Gadamerin, Habermasin ja saksalaisen hermeneutiikan traditiosta käsin. Viimeksi mainittu traditio on varhempien tuotteittensa, käsitykseni mukaan nimenomaan italialaisen *Benedetto Crocen* ajatusten välittämänä ollut sangen keskeisesti Brusiinin väitöskirjan taustalla (vrt. jaksot II ja IV).

Kirjallisuustieteessä puhutaan joskus avaintöksistä tai avainromaanista. *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* on Brusiinin ajattelumaailman tutkimisen kannalta tällainen avainromaanin. Siinä esiintyvät ehkä laajimmin viitattuina Brusiinin eurooppalaiset vaikutteet: mitä ja mistä. Sille on tunnusomaista eräs toinenkin tärkeä piirre, joka hallitsee Brusiinin myöhempää tuotantoa, mutta ei ehkä yhtä selvänä. Tämä piirrettä kutsun

ratkaisukonkretian perusajatuksiksi. Ajatuksen mukaan yhtäältä oikeustiede ja sille ominainen tulkinta ja systematisointi sekä toisaalta konkreettinen ratkaisutoiminta on erotettava selvästi toisistaan. Tätä erottelua ei ole viime aikoina Suomessa korostettu. Brusiinilla tämä perusajatus esiintyy sekä väitöskirjassa että teoksissa *Über die Objektivität der Rechtsprechung* (1949) ja *Über das juristische Denken* (1951). Oikeustiede on niissä keskeinen muoto oikeudellista ajattelua (über das juristische Denken; vrt. teos 1951). Silti lainsoveltamista konkreettisesti suorittava tuomari on aina tarkastelun keskiössä. Yhteiskuntatodellisuuden moottorina on pikemmin tuomari kuin oikeustieteilijä. Voimme viitata oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän erottamiseen sekä perusteluvollisuuden ja yleisen yhteiskuntatuntemuksen tärkeisiin näkökulmiin.

Erottelu oikeudellisen ratkaisun ja oikeustieteen välillä on merkittävämpi kuin nykyisin yleisesti otaksutaan. Nykyään nimenomaan oikeustieteestä ja sen argumentaatiosta on tullut teoreettisen pohdiskelun kohde; oikeuden ”sankarihahmo” paikantuu pikemmin oikeustiedettä harjoittaviin tiedemiehiin kuin viisautta ja käytännöllistä järkeä käyttävään tuomarihahmoon. Kysymyksessä ei ole pelkkä prestige-asema ja sitä koskeva ongelma; erottelu on teoreettisesti joissakin yhteyksissä sängen merkittävä. Tuonnempana lähtökohtani on paljolti juuri tämä Brusiinin keskeinen ajatus.

Viime aikoina ero on tehty kovin yksioikoisesti ns. ratkaisupakon kriteerin nojalla: tuomarilla on ratkaisupakko ja tiedemiehellä ei. Asialla on kuitenkin muitakin ulottuvuuksia. Niistä ensimmäinen on se, että yhtäältä oikeustieteen ja toisaalta oikeuskäytännön eli tuomarin tulkintatoiminta sävytyvät eri aspekteista: tuomari tulkitsee soveltaakseen, oikeustiede paljolti systematisoidakseen ja (siihen tarkoitukseen) tulkitakseen. Tätä tärkeämpi ja Otto Brusiinille aivan keskeinen on kuitenkin toinen näkökohta: se on edellä mainittu ratkaisukonkretian perusidea. Eli tuomari on konkreettisen ratkaisun edessä, hän muovaa konkreettisia yhteiskuntasuhteita ja vaikuttaa juuri tätä kautta oikeussysteemin juridiseen ja yhteiskuntamoraaliseen perussisältöön. Brusiinilla esiintyy tarkkaan ottaen kolmaskin keskeinen kriteeri, muotoiltuna erityisesti niiden ajatusten pohjalta, joita italialainen filosofisen hermeneutiikan edustaja, Benedetto Croce ja oikeushermeneutikko Giovanni Gentile teoksissaan esittivät.²

² Crocen yksioikoinen luonnehtiminen uushegeliläiseksi ei mielestäni tavoita kohdettaan, koska Brusiin ei koko elämässään erityisen hyvällä silmällä katsonut Hegeliä missään muodossa: ”Silloin kuin olen todella *oikein* väsynyt luen Hegeliä”, hän usein ilmoitti 1960-luvulla. Siksi olen tässä kysymyksessä eri mieltä kuin Kangas. Vrt. Kangas 1976, 10; vrt. myös Collingwood 1946, 115–116 ja 190–204.

Crocen ja Gentilen samoin kuin Brusiinin mukaan ratkaisu on teko ja vielä enemmän: se on luova teko juuri siinä merkityksessä kuin Benedetto Crocella esiintyy käsitys teosta merkityksessä *atto crativa*, jota hän luonnehtii ”volitatiivisten tekojen sarjaksi tai luokaksi” (ks. myös Brusiin 1938, 31–32). Tässä suhteessa ratkaisu on aina paitsi ratkaisupakkoa ja ratkaisukonkretiaa myös *luova teko*, joka *elävöittää* oikeuden ja *luo* oikeutta – kuten Brusiin Crocea seuraten toteaa. Brusiinin ajatus ratkaisun konkretiasta ja luovasta teosta tiivistyy esim. seuraavaan lauseeseen: ”Mutta abstraktiset oikeusnormit elävät, so. muuttuvat lihaksi ja vereksi, vasta niitä konkreettisiin tapauksiin sovellettaessa: silloin normin pohjalta syntyy historiallista todellisuutta sanan tehostetussa mielessä, tapahtuu siirtyminen normatiivisesta faktiseen” (Brusiin 1938, 172). Lauseen ajatus ja sen lukuisat yhteydet todistavat tulkintani mukaan jopa hämmästyttävää kytkeytymistä sekä 80- ja 90-luvun uudempaan fenomenologisesti orientoituneeseen *filosofiseen* hermeneutiikkaan että uusimpiin varsinaisiin *oikeushermeneuttisiin* teoksiin (ennen muita Kaufmannin 1994, Hassemerin 1968 ja Esserin 1970 tuotantoon). Tämäkin liittymä on ymmärrettävä Brusiinin kansainvälistä suuntautumista vasten: hän tutustui mm. Josef Esseriin, jonka ensimmäinen teos *Einführung* 1949 on lukuisten viittausten kohteena Brusiinin vuoden 1951 teoksessa (ks. Kangas 1976, 22–23 ja Brusiin 1951). Karl Engischin teos *Die Idee der Konkretisierung* ilmestyi vasta 1953.³

Brusiinin suhde Edmund Husserlin perustamaan fenomenologiaan on kiinnostanut Suomessa useampia tutkijoita. Voimme aloittaa Urpo Kankaan toteamuksella Brusiinille ominaisesta mieltymyksestä Edmund Husserlin fenomenologiaa kohtaan (ks. Kangas 1990, 21). Samansuuntaisesti – mitä omatkin muistikuvani keskusteluistani Brusiinin kanssa 1960-luvun alkupuolella tukevat – H. T. Klami toteaa Brusiinin viittauksen mielellään Husserlin fenomenologiseen näkemykseen oman teoriansa taustana, siihen kuitenkin tieteellisesti sitoutumatta. Osoitavasti Klami toteaa Brusiinin yleisen sitoutumisen esteeksi fenomenologian käytännölliset yhteydet totalitaarisen valtioajattelun kanssa. Klami kirjoittaa: ”fenomenologian kehitys oli näet poliittisesti kulkeutunut Brusiinin jyrkästi torjumille linjoille: Heidegger (jonka ajattelua Brusiin loppuun asti arvosteli erittäin jyrkästi, jopa tunneperäisesti

³ Esser: *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates*, 1949, Esser: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Rechts*, 1956, Engisch: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953. Myöhemmän oikeushermeneutiikan keskeisiä teoksia ovat ennen muita Engisch: *Einführung in das juristische Denken*, 1956, Hassemer: *Tatbestand und Typus*, 1968, Esser: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, Kaufmann: *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994.

sen sekavuutta korostaen) oli läheisessä yhteydessä kansallissosialismiin, ja Italiassa olivat mm. Del Vecchio ja Betti tehneet poliittiset päätelmänsä”. Klamin sanat koskevat näitä henkilöitä sellaisina kuin he Brusiinille näyttäytyivät. (Ks. Klami 1974, 6). Aarnio on suurin piirtein samalla kannalla: ”... näyttää mm. Husserlin edustama ajatusmaailma – Brusiinille ominaisella tavalla suodatettuna – tulevan esiin monin kohdin.” (Ks. Aarnio 1975, 359.) Täsmällisin ja kiintoisinkin on Kankaan esitys, joka viittaa Brusiinin kirjaan *Zum Problem des immateriellen Schadens*, 1966 (ks. Kangas 1990, 17 ja 28): Brusiin pohji fenomenologisen metodin mahdollisuutta sellaisen kuitenkin yleisesti torjuen (ks. Kangas 1976, 68 av. 11). Omasta näkökulmastani ei ole keskeistä niinkään Husserlin ajatusten suoranainen omaksuminen – siinä suhteessa Brusiin oli todella ilmeisen varovainen – vaan Husserlilta peräisin olevan keskeisen terminologian käyttäminen. Sellaisia termejä ovat ennen muuta *tyypittelyyn*, *sosiaaliseen skematisaatioon* sekä *relevanssirakenteeseen* viittaava käsitteistö. (Ks. mm. Brusiin 1966, 17: ”Typologie”, Brusiin 1951/1990, 190–191: ”zum rechtlichen Relevanz”, ”die rechtliche Schematisierung”, 194: ”schematisierende Einstellung”, ”Vereinfachung der Wirklichkeit”). Tämä käsitteistö on tunnusomaista uushermeneuttiselle, Alfred Schutzista lähtevälle ajattelulle (vrt. tuonnempana jaksot III ja IV).

Suomalaisen oikeusteorian historiassa voi todeta oikeudellisen ratkaisun käsittelytavan muuntuneen 1980- ja 90-luvuilla. Aarnion teoksen *Laki, teko ja tavoite* ydinajatus ratkaisusta käytännöllisenä syllogismina sisältää selvästi käsityksen tuomarin luovasta toiminnasta. Sen sijaan ajatus ratkaisukonkretiasta ei oikeastaan esiinny Makkosen väitöskirjassa ja Aarniokin lähestyy sitä tietyistä näkökohdista. Kyseisessä teoksessa Aarnio korostaa – mielestäni oikein ja edelleen ajankohtaisella tavalla – sekä ratkaisun luovuuden että yhteiskuntasidonnaisuuden ajatuksia. Siksi ei olekaan ihmeteltävää, että juuri tältä osin Aarnio rakentaa mielipiteitään Brusiinin teoksiin nojautuen ja käsittelee hänen tuotantoaan – Kangasta lukuun ottamatta – laajemmin kuin kukaan toinen suomalaisessa oikeusteoriassa. Sen sijaan teoksessa *Oikeussäännösten tulkinnasta* (1982) tilanne muuttuu. Tapahtuu mielestäni se huomaamaton käänne, joka vieläkin hallitsee suomalaista oikeusteoriaa: oikeustiede tulee keskiöön ja oikeudellinen ratkaisu väistyy taka-alalle. Kun puhutaan tulkinnasta tai yleisesti argumentaatiosta, tarkoitetaan nimenomaan oikeustiedettä.

Edelleenkin 1990-luvulla oikeudellinen argumentaatio tarkoittaa oikeusteoreettisissa yhteyksissä etupäässä *oikeustieteen* tehtävää ja mahdollisuuksia. Tähän suhteutettuna Brusiinin näkökohta näyttää edelleen ajankohtaiselta.

Kuitenkaan asia ei ole yksiselitteinen. Ensinnäkin Kauko Wikströmin väitöskirja 1979 (70-luvun oikeusteoreettinen väitöskirja) käsittelee temaattisesti oikeudellista ratkaisutoimintaa yhdistäen tarkasteluunsa laajasti oikeustieteen lauseet. Erityisesti Wikströmin erottelu eri tulkintatilanteiden (avoin, tavallinen ja vahva, ks. Wikström 1979, 217–223) on Brusiinin ratkaisukonkretian ajatusten kanssa yhdensuuntainen. Brusiiniin Wikströmiä yhdistää ennen muuta hermeettissävytteinen ajatus kielestä (ibid., erit. 77–121; vrt. tuonnempana). Toiseksi nimenomaan Kaarlo Tuori on tarkastellut oikeutta erilaisina yhteiskunnallisen tajunnan muotoina erottaen oikeudellisen tietoisuuden/tajunnan kolme tasoa:

- pintatason (surface level),
- kulttuuritason eli ideologien tason (culture level) ja
- syvätason (deep structure).

Tässä havaitaan oikeustiedettä (ja lainsäädäntöä) koskeva painotus. Kuitenkin oikeustiede on taas eräässä suhteessa luonteva tutkimuksen painopiste, kun oikeutta tarkastellaan ideologisena ja/tai kulttuurisena ilmiönä. Toisaalta Tuori korostaa oikeuskäytännön merkitystä kategoriana *legal practice*.⁴ Mielestäni Tuorin tasottelua voitaisiin myös osittain täydentää sen abstrakti/konkreetti-tyypittelyn valossa, joka seuraa tuonnempana.

Oikeudellisella ratkaisijalla on aina harkittavanaan konkreettinen tilanne. Sen sijaan oikeustiede voi aivan toisen laajuisesti perustella ja systematisoida (systematisointi on Brusiinillekin läheinen ja yhteydessä oikeusjärjestelmän käsitteeseen). Tuomioistuimien on aina sidottu konkreettisen ratkaisun kohteeseen, ja sen perustelut koskevat juuri esillä olevaa tapausta. Ratkaisupakko, ratkaisukonkretia ja ratkaisun luova toiminta ovat Brusiinin näkökulmasta eri tavoin läsnä oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä (jaksot III ja IV).

II BRUSIIN AIKALAISKESKUSTELUSSA

Seuraavan esityksen lähtökohta on se, että jotain olennaista on jäänyt sanomatta Otto Brusiinin henkilökuvasta ja tutkijanprofiilista. Brusiinin oikeusteoreettisia ajatuksia eritellään etupäässä jaksoissa I, III ja IV.

Brusiinin elämä ja tuotanto oli täynnä dramaattisia aineksia. Aihe, jota ei juuri ole vakavasti käsitelty (Urpo Kankaan 1976 ilmestynyttä tutkimusta lukuun ottamatta), ovat Brusiinin tietyt yhteiskuntapoliittiset katsomukset, jotka heijastuivat hänen jäsenyydestään ”Kerho 33:ssa”, sittemmin ”40-lu-

⁴ Ks. Wikström 1979. Ks. edelleen Tuori 1990 ja 1995.

vun kerhossa”, sekä sodan jälkeisen Valpon johtajuudessa. Viimeksi mainittua lienee vaistomaisesti katsottu ”tutkijan ja poliitikon epäpyhäksi liitoksi”. Brusiin toimi myös SNS:n *Kansan Sanomien* toimitussihteerinä 40-luvun lopulla yhdessä silloisen päätoimittajan Jarno Pennasen kanssa. Ehkäpä Raoul Palmgrenin asemassa kirjallisuustieteen alalla on jotain vastaavaa. Siten Brusiinin väitöstilaisuudessa huhtikuun 27. päivänä 1938 voidaan nähdä dramaattisuutta Brusiinin ja hänen vastaväittäjänsä Elisier Kailan (oikeusencyklopedian professori vuoteen 1938) poliittis-yhteiskunnallisten ja tieteellisten katsomusten vastakohtaisuuksien vuoksi.

Brusiinin väitöskirjaa tarkasteltaessa on tehtävä ero aikalaiskeskustelun ja nykyperspektiivin välillä. Siirrymme seuraavassa nykykeskustelusta menneeseen, Jorma Kalelan käsittein, *argumentaatiosta rekonstruktioon*. Sen jälkeen palaamme uudestaan nykyaikaan uudesta aspektista (jaksot III ja IV). Erottelulla nykyiskontekstin ja menneen käsitteistön välillä on tietty merkitys seuraavan esitykseni kannalta. Mielestäni tämä keskustelu valaisee yleisemminkin kulttuurista (kulttuurihistoriallista) asetelmaa ja Brusiinin omien ajatusten perusteita.⁵

Brusiinia edeltävä suomalainen oikeusteoria (tai teoreettinen lainoppi) on merkityksellinen ja kiintoisakin hänen ajatustensa selvittelyssä. Nostan tästä esiin vain erään väitöstilaisuudessa tihentyvän puolen, jota aiemmin on hieman toisesta aspektista käsitellyt Urpo Kangas; oma näkökulmani poikkeaa sekä laajuudeltaan että kohteeltaan Kankaan esittämästä.⁶

Tarkasteluni koskee Brusiinin ja El. Kailan (jo mainitun ”ensimmäisen oikeusteoreetikon”) välistä kiintoisaa suhdetta, joka muodostuu kahden erilaisen ajattelutavan yhteentörmäykseksi Brusiinin väitöstilaisuudessa. Yhtä kaukana kuin Brusiin oli El. Kailasta poliittisesti ja maailmankatsomuksellisesti, yhtä lähellä he olivat eräässä mielessä tietyissä yleisissä oikeusteoreettisissa asettamuksissa. Viimeksi mainitut eivät välttämättä näyttäneet sen aikuisessa keskustelussa. Ne paljastuvat kuitenkin tarkastellessamme asiaa yleisesti tämän vuosisadan suomalaisen oikeustieteen ja -teorian perusasettamuksista lähtien. Sosiaalipsykologisesti nämä oikeusteorian perustajahahmot tunsivat vähän yhteenkuuluvuutta: El. Kaila kävi

⁵ Ks. mainitusta erottelusta Tolonen 1992, 126–144 ja siinä mainittuja erotteluita ja viittauksia. Asiasta vielä erit. Kalela 1993, jonka kiintoisia näkökohtia ei tässä ole tilaisuus käsitellä. Kalelan ”*argumentaation kehällä*” tarkoitamme tässä nimenomaan *tutkijayhteisössä* käytävää keskustelua.

⁶ Ks. Kangas 1976, 11–13 ja 34–37 ja Kangas 1985.

kiivaasti ja kriittisesti Brusiinin mielipiteiden kimppuun.⁷

Brusiin ja El. Kaila kuuluivat henkisesti ja poliittisesti lähes vastakkaisiin leireihin, mikä kuvastuu myös mainitusta, ylimitoitettuna kriittisestä vastaajattajan lausunnosta. El. Kailan lausunto ilmentää voimakkaan itsetietoisensa sekä oman tiedekäsityksensä ja maailmankatsomuksensa jo valinneen tiedemiehen profilia; Brusiinin teosta taas luonnehtii pikemminkin nuoren tutkijan uuden hakemisen ja löytämisen ilo. Molemmat ovat kuitenkin väitöskirjoissaan huomattavan hyvin perillä tieteenteorian, oikeusteorian ja teoreettisen oikeustieteen viimeisistä tuloksista, ja käsittelevät näitä aloja omintatakeisella ja luovalla tavalla.

Asetelma on jollain tavoin ristiriitainen. Yhtäältä El. Kaila olisi voinut olla – ja hänellä olisi ollut monta hyvää syytä oman ajattelunsa (erit. väitöskirjan 1924) kannalta olla – innostunut Brusiinin väitöskirjatyöstä. Kuitenkin hän suhtautui siihen vastahankaisella ja epäsuopealla tavalla. Tähän seikkaan on myös Urpo Kangas kiinnittänyt huomiota (ks. Kangas 1976, 11). Mielestäni asetelmalla oli huomattavia oikeusteoreettisia ja kulttuurihistoriallisia ulottuvuuksia. Oma käsitykseni tapahtumien taustoista ja siihen vaikuttaneista syistä etenee seuraavassa kohtien [1]–[4] kautta, joista viimeinen haarautuu useiksi oikeusteoreettisiksi keskeisongelmiksi a.–d.

[1] Brusiinin ja El. Kailan välillä vallitsee eräissä perustavissa oikeutta koskeissa kysymyksissä *teoreettinen yhdensuuntaisuus*. Molemmat ovat ensinnäkin ennen kaikkea antiformalisteja sekä yhteiskuntaorientoituneen oikeusajattelun ja oikeussosiologisen suuntauksen, erityisesti Eugen Ehrlichin ajatusten kannattajia: oikeus on yhteiskuntatodellisuuden elimellisesti liittyvä ilmiö. Kailalle (1924, 38–106) Ehrlich on keskeinen auktoriteetti varsinkin aineellisen oikeuslauseopin esityksessä.⁸ Brusiin on pidättyvämpi Ehrlichin suhteen antaen etusijan ehkä vivahteikkaammille yhteiskuntasuuntautuneille teorioille, nimenomaan ranskalaiselle François Genylle, joka oli vuosisadan alussa maansa vapaan oikeuden oppisuunnan perustaja (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Pariisi 1919). Geny, kuten saksalainen vapaaoikeudellinen koulu, lähti liikkeelle käsiteläinopin vastaisesta ajattelusta ja painotti oikeuden yhteiskuntasidonnaista luonnetta

⁷ Ks. Kaila 1938. Ks. edelleen Kangas 1976, 11–13 ja 33–37. Näen tämän vastakkainasettelun hieman toisessa valossa kuin Kangas ja korostan tiettyä yhteisyyttä Kailan ja Brusiinin tarkastelutapojen välillä.

⁸ Ks. Ehrlich-viittauksista Kaila 1924, esim. 57–68, Brusiin 1938, esim. 209.

ja tuomarin luovaa tehtävää. Brusiinilla oli tunnetusti erityinen mieltymys ranskalaista ja italialaista oikeusteoriaa kohtaan saksalaisen kustannuksella.

Tällaista teoreettisesta, oikeuden perusteita koskevaa huomattavaa yhdensuuntaisuutta ei ole vaikea löytää El. Kailan ja Brusiinin välillä. Ajattelen antiformalismin ja yhteiskuntasuuntautuneisuuden ohella toiseksi oikeusvakaumuksen korostamista (ks. Brusiin 1938, 134, Kaila 1924, 57–81 ja 110–113).

Molemmat tunsivat hyvin sekä 20-luvun etupäässä uskantilaisesti virittyneen tieteenteoreettisen keskustelun. Perustava merkitys yhteys on heidän asettumisensa nimenomaan intressiteorian lähimaastoon (vrt. jälj. [3]). Merkittävää on myös, että molemmilla oli hyväksyviä viittauksia eräisiin uskantilaisiin, kuten Felix Kaufmanniin ja Gustav Radbruchiin. Molemmat suhtautuivat hyväksyvästi Max Schelerin edustamaan fenomenologiseen arvoteoriaan (ks. Kaila 1924, 91 ja 96 ja Brusiin 1951, 140 et seq.)

Molemmille on keskeistä ajatus kansalaisten yleisestä oikeustajunnasta, joka Brusiinilla toistuu useammassa kohdassa terminä (*oikeusyhteisön oikeusvakaumus*, Kailan lausunnossa taas *kansakunnan oikeustajunta* (sic). Oikeus perustuu molempien mukaan, paitsi yhteiskunnallisiin intresseihin ja niiden todellisuuteen, myös keskeisesti oikeuden takana oleviin, erityisesti kansalaisten yhteiskuntamoraalisiin arvoihin. – Mutta oikeustietoisuuden kantajan ja sen sisällön he spesifioivat erilaisin vivahtein, ja noilla eroilla on asiallista merkitystä (ks. kohta [2])

Yhteisistä piirteistä korostaisin vielä Brusiinin nimenomaista nojautumista Kailan käsityksiin, jotka useissa kohdin ovat enemmän kuin pelkkää väittelijän diplomatiaa. Eräs tällainen, keskeinen kysymys koskee julkis- ja yksityisoikeuden erottelua, jonka molemmat tekevät nimenomaan intressiteorian mukaan samalla ns. tahtoteoriaa kritisoiden. Kysymys on periaatteellinen ja tärkeä. Molempien kritisoima tahtoteoria lähtee valtion tahdosta ja sen julkishenkilöllisestä oikeussubjektuudesta (Gerber ja Laband). Sittemmin Veli Merikoski kutsui tällaista ajatusta subjektiteoriaksi intressiteorian vastakohtana. Tahto- tai subjektiteorian merkityksessä oikeussuhteet jaetaan yksityisiin ja julkisiin sen mukaan, onko valtio valtiosubjektina oikeussuhteen toinen osapuoli. Intressiteorioiden mukaan jako tehdään taas julkisten/ yksityisten intressien mukaan (ks. Merikoski 1956, 6–7).

Ensimmäinen *julkisoikeuden* tunnettu moderni intressiteorian kannattaja ja samalla klassikko julkisoikeudessa oli Georg Jellinek (ks. Jellinek 1922, 384–386). Hänen kannalleen asettuu asiaa laajasti argumentoiden El. Kaila

1924. Viittaukset v. Iheringin ja Jellinekin ajatuksiin ovat melko keskeisiä sekä El. Kailalle että Brusiinille. Juuri julkisoikeuden intressiteorian yhteydessä Brusiin (1938, 134) nojautuu puolestaan El. Kailan käsitykseen. Kyseessä on kuitenkin huomattavasti mittavampi kuin vain julkis-/yksityisoikeuden erottelua koskeva yhdensuuntainen teoreettinen lähtökohtasetelma. Sen takaa piirtyvät koko oikeuden luonnetta koskevat ääriviivat.

[2] Kuitenkin tässä laajassa katsannossa olevassa mielipiteiden yhdensuuntaisuudessa vallitsee lukuisia erimielisyyden siemeniä. Voimme puhua *erisuuntaisen tulkinnan ilmiöstä* El. Kailan ja Brusiinin välillä. Sen lähtökohta koskee itse *oikeuden intressiluonteeseen tulkintaa*. El. Kaila asettuu selvästi intressilainopin kannalle vedoten usein yleisesti Rudolf v. Iheringin tarpeiden ja intressien teoriaan: ”Oikeuden intressiteorian luoja on kuten tunnettu v. *Ihering*, joka ei voinut hyväksyä yksityisoikeuden filosofiassa siihen asti vallinnutta yksipuolista absoluuttisdespoottista tahtoteoriiaa” (sic, kieli). ”Tahto ei ole oikeuksien tarkoitus eikä liikkeelle paneva voima, vaan oikeudet ovat oikeudellisesti suojattuja intressejä”, kuten El. Kaila väitöskirjassaan v. Iheringin teosta *Der Geist des römischen Rechts* (Ihering 1858, 339) siteeraa (Kaila 1924, 65 et seq.). Kuitenkaan Kaila ei pysähtynyt v. Iheringin teoriaan vaan myös kritisoi sitä muodollisena (vastakohtana aineellinen, s. 66) tai formaalisena (vastakohtana aineellinen, s. 74) intressiteorian: ”Muodollisena teoriana se asettuu aineellista intressilainoppia vastaan.” Kaila valittaa edelleen sitä, että ”omituisia kyllä ignoroivat juuri nimenomaan sosiologit melkein kokonaan intressikäsitteen”. Sitäkin suuremmalla tyydytyksellä Kailan mielestä ”tapaa useilla juristeilla ja filosofiilla intressikäsitteen määritelmiä”. Tällaisen viisauden haltijoita ovat Kailan mielestä olleet Philipp Heck (intressilainoppi), Georg Jellinek (julkisoikeuden intressiteoria) ja ennen muita Eugen Ehrlich (varhainen oikeussosiologia ja vapaaoikeudellinen koulu) (ks. Kaila 1924, 66 et seq.).

Myös Brusiin lähtee aivan teoksensa alussa intresseistä ja niiden taustalla olevista tarpeista. Oikeus on Brusiinin mielestä – kuten Aulis Aarnion teosten välityksellä tunnettua – *jatkuvaa yhteiskunnallista organisoimistystä* (kursiv. O. B.). Tämän Brusiinin väitöskirjan alun (s. 3) esityksessä oikeus liitetään samalla intresseihin. Organisoimistyo koskee (yhteiskunnallisia) *intressejä tarpeiden luokkana* (kahden viimeisen sanan kursiv. O. B.). Tarpeet ovat kuitenkin konkreettisia ”tässä ja nyt”, sitä vastoin oikeuden intressit *yleisiä*. Sosiaalisessa vuorovaikutuksessa intressit muodostavat *tarveluokan*. Juuri tällaisia – niin sanoakseni – *yleistettyjä* tarveluokkia tuomarin harkinta koskee:

”Intressin käsitteelle on siis ominaista abstraktinen yleiskatsauksellinen hahmottaminen, johon liittyy organisoimistendenssi”; siksi siitä on muodostunut ”modernin oikeusteorian keskeisimpiä apuneuvoja” (Brusiin 1938, 4).

Vaikka sekä El. Kaila että Brusiin osin yhdensuuntaisesti korostavat oikeuden intressiluonnetta, heidän tulkintansa paljastuvat lähemmässä tarkastelussa erisuuntaisiksi. Tämä erisuuntaisen tulkinnan asetelma tiheyyty Kailan jossain määrin yllättävässä ja kiivassävyyisessä hyökkäyksessä Brusiinin lähtökohtia vastaan kerrotussa oikeuden luonnetta koskevassa kysymyksessä. Väitöstilaisuudessa 1938 Kaila muotoili avoimen kritiikin nimenomaisesti koskemaan kahta kohtaa.

Erimielisyys 1: Ensinnäkään Kaila ei halunnut tai pystynyt ymmärtämään Brusiinin ajatusta intressiin liittyvien (abstraktien) tarveluokkien ja konkreettisten tarpeiden välillä. Tuomari ei nimittäin Brusiinin mukaan punnitse vastakkain ”yksin hetkellisiä tarpeita vaan tarveluokkia”, joille on ominaista ”abstrakti yleiskatsauksellisuus” liittyen juuri ”oikeuden yhteiskuntaa organisoivaan tehtävään” (Brusiin 1938, 4). Erottelulla on tärkeä asema tuonnempana käsiteltävän konkreettisen ja abstraktin erottelun kannalta. Kaila pitää tätä viisasteluna ja katsoo erottelun merkityksettömäksi: ”Onhan selvästi olemassa sekä konkreettisia että abstraktisia niin hyvin tarpeita kuin intressejä” (Kaila 1938, 393).

Erimielisyys 2: Toinen, vuosisadan taitteen koulukuntiin palautuva Kailan kritiikki on selväpiirteisempi. Kailan mielestä Brusiin ei ylipäänsä tehnyt oikeutta intressilainopille, ”nykyään tärkeimmälle suunnalle”. Erityisen moitteen Brusiin saa siitä, ettei hän tee selvää eroa yhtäältä vapaaoikeudellisen suuntauksen (joka on Brusiinille keskiössä, vrt. aihepiiri tuomarin luova harkinta) sekä toisaalta Kailalle modernia ja samalla vakaata ajattelua edustavan inressilainopin välillä. Kailan tulkinta Brusiinista pitää sinänsä paikkansa: Brusiin – osin aihepiirinsäkin johdosta – suhtautuu sangen myönteisesti vapaaoikeudellisen kouluun eikä todellakaan tee eroa sen ja intressilainopin välillä (mielestäni eron tekeminen onkin vaikeaa). Niinpä Brusiin esimerkiksi aloittaa yhteiskuntatietoa käsittelevän X luvun ranskalaisen François Genyn ajatuksilla (Geny on Brusiinille keskeinen klassikko monessa muussakin yhteydessä). Tässä kohden on huomattava, että Brusiin suhtautuu noihin ajatuksiin tunnetun kriittisellä tutkimusotteellaan: koko joukko näkemyksistä hyväksytään ja omaksutaan mutta osaa kritisoidaan. Genyn ajatuksista poiketen Brusiin selittää, että tuomarin yhteiskuntatieto on pikemmin konkreettista, paljolti omakohtaisiin havaintoihin perustuvaa kuin tieteellinen järjestelmä (Brusiin 1938, 204–

206). Brusiinin viittaama Geny oli tunnettu ajatuksestaan tulkintatoiminnasta vapaana tieteellisenä tutkimuksena, ”libre recherche scientifique”.⁹

Edelleenkin Brusiinin teoksessa on vaikea nähdä periaatteellista eroa esim. Iheringin tai Philipp Heckin yhteiskuntasuuntautuneeseen intressioppiin. Lisäksi sekä El. Kailan että Brusiinin usein ja keskeisesti viittaama Eugen Ehrlich on varhaisen oikeussosiologian luoja Saksassa (vrt. Max Weber 1910-luvulla Saksassa ja Durkheim-koulu vuosisadan alun Ranskassa) mutta samalla saksalaisen vapaaoikeudellisen ajattelun keskushahmo. Kaiken jälkeen ja *summa summarum*: Kaila näkee keskeisenä vain intressilainopin ja tarkastelee juuri tästä näkökulmasta Ehrlichia, Brusiin taas tuomarin luovaa (ja vapaata) harkintaa painottavan vapaaoikeudellisen koulun. Tässä kohden ilmenevät myös erilaiset kulttuuriset preferenssit: Kailan selvää saksalaisperinnettä vastaan asettuu Brusiinin ranskalaiseen ja italialaiseen oikeusteoriaan suuntautunut ajattelu, Benedetto Croce merkittävänä vaikuttajana. Niinpä Kaila lausuu kriittisesti: ”Erittäin suuri puute teoksessa ... [seuraa Ekströmin erottelu subjektiiviseen, objektiiviseen ja historialliseen tulkintaan] ..., ja jättää [so. Ekström] tärkeimmän nykyaikaisen oppisuunnan, intressilainopin kokonaan mainitsematta ja luulee vapaan oikeuden suuntaa käsiteläinopin ainoaksi rinnakkais- ja vastakkaiskäsitteeksi (s. 70), *niin tekijä* [so. Brusiin] sitä vastoin ei mainitse noita kolmea vanhempaa oppisuuntaa edes nimeltä eikä lukija saa mitään käsitystä tekijän kannanotoista noihin uudempiin eikä edes uusimpiin oppisuuntiin nähden” (Kaila 1938, 390, kursiv. H. T.).

Intressilainoppi, vapaaoikeudellinen koulu (Geny ja Ehrlich) ja varhainen oikeussosiologia (Ehrlich) kietoutuvat Brusiinilla ja Kailalla selvästi erisuuntaisella tavalla toisiinsa: Brusiin painottaa tuomarin luovaa toimintaa ja ”vapaata oikeutta”, kuitenkin tärkein tuonnempana esitettävin rajoituksin, Kailalle taas ainoa moderni paradigma on intressilainoppi. Kun tähän keskusteluun liittyy uskantilaisuuden ja varhaisen fenomenologian eri piirteitä, liikumme jo melko vivahteikkaalla ja myös oikeusteoreettisesti hyvin tulkinnanvaraisella alueella.

[3] *Perusselitys* Kailan nuivaan ja epäluuloiseen suhtautumiseen Brusiinin yhteiskuntasuuntautunutta ajattelua kohtaan löytynee pikemminkin maailmankatsomuksellisella, eräässä mielessä yhteiskuntamoraalisella ja poliittisten mielipiteiden tasolla. Tätä kautta on selitettävissä Kailan yllättävän kova, jopa armoton kritiikki. Kaila oli huomiota herättävällä tavalla

⁹ Ks. Geny 1919; siitä Brusiinin yhteydessä ks. Klami 1973, 6.

suomenkielisyyden ja suomenmielisyyden edustaja: hän esimerkiksi painotti veljeskansamme Viron oikeuden tuntemuksen tärkeyttä suomalaiselle oikeustieteelle. Vastaväittäjän lausunnosta törmäämme tähän Kailan piirteeseen ja jopa kansallissosialismin henkeen. Liberaali, vasemmistolaisista sympatioista tunnettu ja kosmopoliittisesti orientoitunut Brusiin esiintyy viimeistään väitöstilaisuudessa *suomen kielen* (vrt. Kailan suuri viehtymys oikeakielisyyttä kohtaa, Kaila 1938, 386–389 ja passim) ja jopa kansallissosialismin hengessä tulkitun *Suomen mielen* ja kansallisen suuntautuneisuuden vastakohtana.

Brusiinin liberaalia ja tieteellistä kriittisyyttä luonnehtivat kaksi hänen elämäänsä koskevaa, keskeistä tapausta, joista toinen ajoittuu väitöskirjan jälkeen. Vuonna 1935 Brusiin piti ”Kerho 33:n” jäsenenä tulenkantajien kokouksessa 13. lokakuuta 1935 aatehistoriallisesti hyvin kiintoisan puheen. Siinä tapaamme poliittisten intohimojen Brusiinin, joka tuntee tarvetta irtisanoutua marxilaisesta maailmankatsomuksesta. Hän puhuu ”ajatusten vapautta kahlitsevasta marxilaisesta oikeaoppisuudesta”. Mutta puheen pääosoite ei myöskään jää kuulijalle epäselväksi. Brusiin puhuu nimittäin avoimesti ja rohkeasti kansanrintama-ajatuksen puolesta, kutsuen sitä kulttuuririntamaksi: ”Yhteistä kulttuuririntamaa vastaan puhuvat ainoastaan ajatusten vapautta kahlitseva marxilainen oikeaoppisuus sekä yksipuoliset negatiivisen työn muodot”. Seuraava kohta on jäänyt historian unholaan; vain Kangas on ansiokkaasti kiinnittänyt siihen huomiota (ks. Kangas 1976, 6):

”Kulttuuririntaman puolesta taas ennen kaikkea se, että ulkopoliittisesti fascismi johtaa välttämättömyydellä sotaan. Sosialismi taas pyrkii organisoimaan ja rakentamaan. Me vaistoamme sen, mikä on suurta ja mikä pientä. – *Sillä aikaa kun maailma palaa, porvarillisen kulttuuririntaman professorit ja tohtorit harjoittavat mitätöntä näpertelyä.* Meillä on vain kaksi mahdollisuutta: joko kunnioitamme näitä näpertelijöitä ja halveksimme itseämme tai kunnioitamme itseämme ja halveksimme näitä näpertelijöitä. Työväenliike edustaa nuoruutta, kevättä. Samalla puolella barrikadia seisovat muodostavat aina yhteisrintaman; sitä ei voida luoda, se on aina ollut olemassa.” (kursiv. H. T.)

Kursivoitua lausetta (”*Sillä aikaa kun maailma palaa*”) tuskin kuunneltiin erityisen suurella mieltymyksellä Helsingin yliopistossa: sehän oli avoin sodanjulistus erityisesti oikeustieteen professoreille ja tohtoreille. Missä määrin tämä sanoma meni perille, ei ole täysin tunnettua. Toisenlaisia merkittäviä tuokiokuvia tapaamme vuosilta 1948–1950. Silloin Brusiin aloitti lopullisen irtaantumisen sodanjälkeisen kansanrintaman tai kulttuuririntaman yhteisistä tunnuksista. Prosessi oli alkanut jo vuonna 1948, jolloin Brusiin piti kriittisen puheen Neuvosto-Venäjän olosuhteista. Paitsi

aatteistaan Brusiin etääntyi myös entisitä ystävistään, ennen muita Raoul Palmgrenista ja Jarno Pennasestakin, jonka kanssa hän oli vielä 1948 toimittanut SNS:n *Kansan Sanomia* ja kirjoittanut siihen lukuisia artikkeleita. Usein nämä artikkelit koskivat Neuvostoliittoa, ja niiden kriittinen painotus lisääntyi koko ajan. Kuitenkaan kyse ei ollut välerikosta. Vielä 1949 Brusiin sai Kansankulttuurilta toimeksiannon (Tuure Lehenin suostumuksella) kääntää erään ranskalaisen vastarintaliikkeen edustajan teoksen (Louis Aragon, *Les beaux quartiers*; suomeksi sittemmin: *Kauniit kaupunginosat* 1949). Samoihin aikoihin, helmikuussa 1949, myös Helsingin yliopisto palkitsi sitkeän hakijansa – kuten Kangas on osuvasti kuvannut (ks. Kangas, 1976, 18). Brusiin nimitettiin dosentiksi lähes viisi vuotta kestäneen hakuprosessin jälkeen. Kohoaminen kohti oikeusteoreettista maailmanmainetta alkoi eikö poliittinen Brusiin enää astunut lainkaan näyttämölle.

1930- ja 40-luvun alkupuolen tapahtumat on syytä vielä kerrata. Brusiinin henkilökuvaan liittyi olennaisesti toiminta mainitussa kansallissosialismin vastaisessa yhdistyksessä, ”Kerho 33:ssa”, sekä sotien jälkeen vastaava toiminta ”40-luvun kerhossa”, joka puolestaan toteutti kansarintama-ajatusta SKDL:n jäsenjärjestönä. Tietynlainen tihentymä tästä ajasta oli Brusiinin toiminta uuden (ns. demokratisoidun) valtiollisen poliisin päällikkönä marraskuusta 1944 noin kahdeksan kuukautta. Ns. vaaran vuosien tulkinta on poliittisen historian kannalta edelleen avoin kysymys, enkä tietenkään halua tätä ongelmaa ratkaista. Brusiinin henkilökuvaan kannalta ei voi kuitenkaan olla panematta merkille sitä – vihastusta tai ihastusta herättävää – määrätietoista, melkein päfanaattista rohkeutta, jolla Brusiin määräsi toimessaan vasemmistolaisten järjestöjen kortistoinnin lopetettavaksi, erotti Valposta koko joukon oikeistolaisia ihmisiä ja palkkasi tilalle niitä, jotka oli 30-luvulla tuomittu poliittisista rikoksista (Kangas 1976, 14). Ei ole oikein uskottavaa, etteikö Brusiin olisi tajunnut leimaavansa itsensä juuri niissä piireissä, jotka tulevaisuudessa olivat päättämässä hänen tieteellisestä urastaan Helsingin yliopistossa.

Jos vertaamme Brusiinin elämänskaarta ja sitä kannattelevaa maailmankatsomusta El. Kailan perustaviin asettamuksiin, alkaa jännitteinen asetelma syntyä. Kailan professuurin ala oli roomalainen ja kansainvälinen yksityisoikeus sekä oikeusensyklopedia, jossa hän toimi kuolinvuoteensa asti 1938. Hän oli Kallion kolmannen hallituksen oikeusministeri 1929–1930. Kaila oli – kuten Kangas toteaa – aitosuomalaisuuden, mutta myös saksalaisuuden lumoissa 1930-luvulla; väitöskirjaansa vastaavaa suurta teosta hän ei pystynyt eläessään enää tuottamaan. Vuonna 1926 tapaamme Kailan ottamassa kantaa asiaan ”Karjalan oikeus ja Kansainliitto”. Siinä Kaila

arvostelee erästä italialaista auktoriteettia sen kannan puolustamisesta, jonka mukaan Neuvosto-Venäjä olisi sisäisissä asioissaan Kansainliiton toimivallan ulkopuolella. Kaila päättää artikkelinsa: ”Kirjoittajalla näkyy olevan silmämääränä Kansainliiton vaikutuksen vähentäminen bolshevikien hyväksi, ja muutenkin hänellä on omituinen käsitys useista seikoista, esim. se mielipide että Kansainliitto olisi koettanut pakottamalla saada Venäjä alistumaan tuomittavaksi.” (Kaila 1926, 80). Oikeusensyklopedian professorina Kaila otti vastaväittäjänä kantaa Hugo Ranisen väitöskirjaan vuonna 1934. Sieltä voimme poimia lausuman: ”... ja on täst’ edes pidettävä sääntönä, ettei [lähimmän heimo- ja naapurikansamme] eestiläistä oikeuskirjallisuutta sovi, milloin sitä jostakin kysymyksestä on olemassa, meillä laiminlyödä” (Kaila 1934, 289). Kiintoisa on edelleen arvostelun luontoinen artikkeli Caseliuksen *Sopimukseen perustuvista irrottamisoikeuksista* otsakkeella ”Näkökohtia subjektillisesta oikeudesta” (Kaila 1937). Siinä ilmenee intressiteorian ja germanistisen oikeuden painottaminen. Urpo Kangas on löytänyt Kailan julkaisemattomasta käsikirjoituksesta mielipiteen rikosoikeuden *nullum crimen sine lege* -periaatteen tulkittamisesta kansallissosialistisessa so. tavattoman joustavassa hengessä, jolloin vain hyvä tapa on lopulta rikosoikeuden analogiakieltoa säätelevänä periaatteena (ks. Kangas 1985, 64).

Erilaisuuden takaa alkaa hahmottua *perustavan erimielisyyden* yleinen teema. Perustava erimielisyys liikkuu maailmankatsomuksen ja poliittis-yhteiskunnallisen ajattelun tasolla. Se hahmottuu kahtena, osin tieteellisenä osin maailmankatsomuksellisenä peruserona. Voidaan paikantaa asetelmat: kosmopoliitti / kansallinen; kriittinen liberaali / kansallissosialisti. El. Kaila edusti kansallissosialistista oikeuskäsitystä (vrt. Kangas 1985, 63–64: ”erityistapaus El. Kaila”). Kailan lausunnossa kaksi kohtaa voidaan tunnistaa juuri tämän käsityksen perusteella.

Ensimmäiseen kohtaan Urpo Kangas on kiinnittänyt huomiota (Kangas, 1985, 64). Se koskee Brusiinin puolustelua väitöstilaisuudessa: hän piti perusteltuna olla käyttämättä erästä, Kailan mielestä ”nyky-Saksan huomattavinta” aikakausijulkaisua *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, koska siinä ”oli ollut eräs juutalaisvastainen kirjoitus!”. Kailan mukaan ”tieteellistä objektiivisuutta tämä ei ainakaan osoita” (Kaila 1938, 390). Toinen kohta koskee molemmille asiallisesti ja tieteellisesti ensiarvoista kysymystä *oikeusvakaumuksesta / oikeustajunnasta*. Kaila ei jätä asiaansa epäselväksi: ”*Saksalainen ja myös kansallissosialistinen* käsitys on, että tuomari ei luo normia edes aukkotapauksessa, hän vain löytää sen kansan oikeustajunnasta” (Kaila 1938, 400, kursiv. H. T.).

[4] Näytämme olevan todella *perustavan ristiriidan kysymyksessä*, koska siihen liittyy edelleen jopa *neljä* aivan ensiarvoista oikeusteoreettista kysymystä, joissa maailmankatsomuksellinen ero heijastuu oikeusteoreettisiin kannanottoihin.

[a] Ensinnäkin El. Kailan vastaväittäjän lausunto sisältää viittauksen Brusiinin keskeisimpään teesiin *oikeuden voimassaolosta*, joka – konkreettisiin yhteiskuntasuhteisiin liittyneenä – esiintyy nimenomaan *oikeusyhteisön oikeusvakaumuksessa*. Näissä yhteyksissä Brusiinin taustana ovat usein nähtävissä skandinaaviset realistit, mikä antaa ajatukselle tiettyä yhteiskunnallisen ja tieteellisen radikalismien leimaa (ks. Brusiin 1938, 1949 ja 1952). Kailalla kysymys on taas *kansakunnan oikeustajunnasta*. Siten vastakkaiset käsitteet ja käsitykset: oikeusyhteisö vs. kansakunta; oikeusvakaumus vs. oikeustajunta, erottavat Kailaa ja Brusiinia terminologisesti ja asiallisesti. Kailalle käsitys ”kansakunnan oikeustajunta” sen kansallissosialismin merkityksessä on asiallisesti ja terminologisesti syntynyt ilmeisesti 1930-luvulla. Kuitenkin terminologinen ero liittyy useisiin merkittäviin kysymyksiin, jotka koskevat jo Kailan omaa väitöskirjaa *Oikeuslogiikka* 1924.

Siten ensimmäinen erimielisyys liittyy Brusiinin käsitykseen oikeusyhteisön oikeusvakaumuksesta, joka on selvästi skandinaavisen realismin värittämä tai ainakin osin samansuuntainen sen kanssa. Se on Hägerströmin peruskäsitysten mukaista kansalaisten oikeusvakaumusta, joka myös Brusiinilla ilmenee kielen välittämänä (vrt. Brusiin 1938, luku II, 13), *kuitenkin vailla Hägerströmin arvonihilismiä*. Mainittu seikka on yhteydessä Brusiinin skandinaavista realismia koskevaan perusasenteeseen. Se on utelias ja paikoitellen hyväksyvä, muttei missään tapauksessa opillisesti sitoutunut. Tämän piirteen tapaamme sittemmin verraten selvänä Brusiinin arvioinnissa Vilhelm Lundstedtin ajatusmaailmasta ja erityisesti Lundstedtin lopullisesti 1936 ilmestyneestä teoksesta *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* (ks. Brusiin 1952). Tuon opin ja erityisesti Lundstedtin ylilyöntejä vierastetaan, mutta sen ja Lundstedtin ansioksi luetaan ”pyrkimys epäsovinnaiseen empiiriseen tutkimukseen” (Brusiin 1952, 563). Osittain tähän vaikutukseen tai samansuuntaisuuteen on yhdistettävissä Brusiinin usein toistama ajatus, että oikeusvakaumus liittyy reaaliin yhteiskuntasuhteisiin ja niiden takana olevaan reaaliseen *valtaan* (sic) (ks. Brusiin 1938, 8, 132 ja 204). Tästä katsannosta tuomarin yhteiskuntatietoa ja reaalisten olosuhteiden tuntemusta on tarkasteltava (ibid., 132 et seq. ja 204 et seq.). Brusiin tähdentää myös sosiaalipsykologian ja oikeusvakaumuksen läheistä yhteenkuuluvuutta hieman samoin kuin Hägerström ja Olivecrona

(Lundstedt), joihin viittaukset ovat kuitenkin väitöskirjassa niukkoja (ibid., esim. 214).

Sitä vastoin Kaila taas nojautuu yleensä saksalaiseen tieteisoppiin, jota Brusiin ei niinkään pidä – poikkeuksia lukuunottamatta – arvossa. Mainittua seikkaa ”terästä” ajatus *kansalaisten* (verr. oikeusyhteisön, so. Brusiinin tulkinta) oikeusvakaumuksesta tulkittuna *kansakunnan* oikeustajunnaksi (Kailan formulointi). Tämä asetelma *oikeusyhteisö / kansakunta* on linjassa skandinaavisen realismin tietyn radikalismien ja saksalaisen perinteisyyden välisen peruserimielisyyden kanssa.

[b] Toiseksi Brusiinin *oikeusvakaumus* on konkreettinen ilmiö. Sitä vastoin Kailan käsitys (kansakunnan) *oikeustajunnasta* sisältää voimakkaasti idealisoivia piirteitä tavalla, joka on saksalaisesta traditiosta tunnettu mutta saa kansallissosialisteilla aivan erityisen sävynsä. Jo väitöskirjansa alkusivuilla Brusiin esittää käsitteen ”oikeusvakaumus” konkreettisiin valtasuhteisiin liittyvänä. Käsitteenä ”oikeusvakaumus” on tärkeä, koska se on itse oikeuden voimassaolon taustalla. Brusiin toteaa seuraavan: ”Nyt ymmärrämme myös, miksi oikeusvakaumuksen ei tarvitse olla *yleisen* (kursiv. O.B.): *oikeuden voimassaolon pohjaksi riittää, kunhan sillä on yhteiskunnan faktillisille valtasuhteille rakentuvan, siis vallitsevan oikeustajunnan kannatus* (Brusiin 1938, 8; kursiv. H. T.). Tämä ajatus sisältää keskeisen osan Brusiinille ominaisesta abstraktin ja konkreetin dialektiikasta, jonka syvällisyydestä hieman tuonnempana. Ajatus menee yli Kailan ymmärryksen (ks. erit. Kaila 1938, 400–401). Edelleen Brusiin toteaa Kailan ”oikeustajunnalle” epätyypillisellä tavalla, että oikeusvakaumus on oikeuden pohjana olevan yhteiskunnallisen todellisuuden osana jatkuvassa historiallisen muutoksen tilassa (Brusiin 1938, 85 ja 131).

[c] Kolmas Brusiinin väitöskirjan piirre liittyy mainitun käsitteen oikeusvakaumus / oikeustajunta tulkintaan ja sen erityiseen merkitykseen tuomarin sellaisessa ratkaisutilanteessa, jossa valmista normia ei ole: tuomarin harkintaan normin puuttuessa. Oikeusvakaumus (tavanomainen oikeus) on kuitenkin vain osa tätä laajempaa kysymystä. Peruskysymyksen Brusiin muotoilee seuraavasti: ”*Luoko* (kursiv. O. B.) tuomari aukkotapauksissa ratkaisun pohjaksi pantavan normin” (Brusiin 1938, 117–118)? Brusiin käsittelee ongelmaa seikkaperäisesti ainakin 24 sivua (ibid., 117–141). Tämän Brusiinin keskeisen kysymyksen Kailakin liittää oikeusvakaumusta/oikeustajuntaa koskevaksi, jonka tuomari ”löytää”, ei ”luo”. Kailan Brusiinin kannalta sinänsä osuvan luokittelun lähtökohta on kolmijaottelu: Tuomari joko *luo* tai *löytää* taikka *muodostaa* aukkotapauksessa normin (Kaila 1938, 399).

Tässä tapauksessa Kaila ymmärtää Brusiinin ajatuksen, mutta on siitä eri mieltä. Brusiinin keskeinen ajatus on se, että tuomari *ei* ensinnäkään *löydä* valmista normia eikä sen olennaisia puitteita valmiina. Toiseksi tuomari *ei* myöskään *luo* oikeutta siinä mielessä kuin taiteilija ”luo” – ajatus, joka Brusiinille on koko kirjan keskeisimpiä. Olemme kohdanneet ajatuksen jo ”vapaan oikeuden” kritiikkinä erityisesti sellaisena kuin Geny sen Brusiinin oikean tulkinnan mukaan esittää. Mutta kohtaamme saman kysymyksen hermeneuttisen tradition sellaisissa muodoissa, jotka pohjautuvat luovuuden perusajatuksiin. Tätä traditiota Brusiinille edustaa italialaisen hermeneutiikan tradition muodot (Giambattista Vico ja Croce): niitä ovat väitöskirjalle keskeiset Benedetto Grocen luovan toiminnan hermeneutiikka ja Giovanni Gentilen samansuuntainen oikeusteoria.

Brusiinin perusajatus on, että tuomari on jollain kiinteämmällä tavalla sidottu oikeusjärjestykseen (tai -järjestelmään) kuin taiteellisen luomisen tai vapaan oikeuden teoreetikot edellyttävät (ks. Brusiin 1938, erit. 117–119). Brusiin tuo esiin kantansa ja suhteensa Grocen–Gentilen näkemykseen seuraavasti: ”Häikäisevä taiteilijännäkemyks [aiemmin sivulla 116: ”nerokas *taiteellinen* näkemys”] ei aina ole järjestäytyneen yhteiskuntaelämän kannalta hedelmällinen” (ibid., 119). Kuitenkin rajoitettuna ja erotettuna suoranaisestä taiteilijännäkemyksestä Grocen–Gentilen näkemys tuomari-toiminnasta on perustana Brusiinin omalle käsitykselle tuomarin harkinnasta ja sen luonteesta. Tätä ajatusta kutsun Brusiinin väitöskirjan perusteella *luovan toiminnan teoriaksi*.

Oikeudellinen ratkaisija on Brusiinin kannalta kyllä luovan toiminnan agentti, mutta kuitenkin sidottu oikeusjärjestyksen perusluonteeseen, joka sisältää oikeusvarmuuden ja ennustettavuuden periaatteet. Taiteilija [Grocen–Gentile] joutuu taipumaan näiden realiteettien edessä. Siten tuomari *ei* luovassa toiminnassaankaan *luo* taiteilijan, so. Grocen–Gentilen tavoin, vaikka Brusiin tuntee läheistä yhteenkuuluvuutta mainitun ajattelutavan kanssa. Hän palaa siihen kirjassaan toistuvasti ja se on jotain olennaista hänen omien käsitystensä kannalta (lähtien laajahkosta esittelystä Brusiin 1938, 32–34, sitten erityisesti luomisen/löytämisen/muotoilun kehittämisessä 118–119).

Toinen mahdollisuus ymmärtää tuomarin harkinta normin puuttuessa on karakterisoida sitä *löytämiseksi*, joka aivan ilmeisesti sisältää jonkin valmiin löytämisen ajatuksen. Kansallissosialismia Brusiin käsittelee nimenomaisesti tässä valossa, huomattavin varovaisin sanakääntein (so. leimaamatta ajattelutapaa sen todellisella nimellä): ”Kansallissosialistisen oikeuskäsityksen mukaan tuomari *ei* myöskään luo ratkaisunsa pohjaksi pantavaa normia,

vaan löytää sen kansakunnan oikeustajunnasta” (Brusiin 1938, 123). Kaila edusti näkemystä, jossa yhtyivät kansallissosialistinen oikeuskäsitys ja (joko pyhyiden tai luonnollisuuden asemaa tavoitteleva) ”alkuperäinen” germaaninen oikeuskulttuuri. Kosmopoliittisesti ja historiallisesti suuntautuneelle Brusiinille moinen ajatus oli lähinnä luonnehdittava kauhistukseksi.

Jäljelle jää oikeastaan vain yksi mahdollisuus luonnehtia tuomarin toimintaa. Se ei ole yhtäältä vapaata (taiteilijalle ominaista) luomista eikä toisaalta valmiin löytämistä. Brusiinin ajatuksia varmaan heijastelisi verraten osuvasti nimitys *luova muotoilu* tai *formulointi*, kuten Kaila vuoden 1938 väitöstilaisuudessa Brusiinin käsityksen esitti (ks. Kaila 1938, 399 ja 400). Tuomarin toiminnan luovaa elementtiä ja koko perusasetelmaa luovuuden ja sidonnaisuuden välillä Brusiin käsittelee useassa yhteydessä (jaksot III ja IV).

[d] Tulemme neljänteen ja viimeiseen perustavan ristiriidan erityistapaukseen, joka koskee Kailan lausunnossa oikeusjärjestyksen ja *oikeusjärjestelmän* erottelua. Tämän eron tekeminen on Brusiinille keskeistä: yhteiskuntasuhteiden tuntemuksen ohella juuri oikeuden kokonaissystematiikka edustaa niitä puitteita, jonka kokonaisjärjestelmään tuomari on toisaalta *sidottu* mutta joka toisaalta perustaa hänelle olennaisen ja *luovan* elementin ja *vapauden*. Oikeustieteen koko merkitys lähes samastuu oikeussysteemin käsitteeseen ja reaalisten yhteiskuntasuhteiden tuntemukseen (ks. erit. Brusiin 1938, 35, 195 ja erit. 204). Tämä käsitys on myös Brusiinin teoksissa 1949 ja 1951 ensiarvoisen tärkeä (ks. Brusiin 1949/1990, esim. 67–70, 78–84 ja Brusiin 1951/1990, esim. 216 et seq.). Tällekin ajatukselle Kaila ei osoita ymmärtämystä myöntäen tosin Brusiinin tavoin yleisten oikeusperiaatteiden tärkeän merkityksen aukkotapauksissa (yleiset oikeusperiaatteet: Brusiin analogian yhteydessä 1938, 157–166, Kaila 1938, 394). Kaila ei siis ymmärrä Brusiinin keskeisajatusta: oikeusjärjestys on valtajärjestys, oikeusjärjestelmä taas tiedollinen järjestelmä. Käsityseron taustalla on ehkä se, että Kailan ajatusta hallitsee oikeuden tietty volitatiivinen luonne (”volitatiivinen eli tahdon logiikka” Kailan suuren ihanteen Heinrich Maierin merkityksessä), joka on hänen väitöskirjansa julkilausuttu lähtökohta (ks. Kaila 1924, 1). Kaila katsoo oikeusjärjestelmän kielellisestikin virheelliseksi ilmaukseksi (pitäisi olla Kailan mielestä oikeuden järjestelmä).

Kohdat [c] ja [d] yhdistyvät kahteen, koko Brusiinin tuotantoa hallitsevaan ajatusteemaan, jotka hän selväpiirteisesti formuloi jo väitöskirjassaan. Ne ovat

- *luovan toiminnan teoria* ja
- ajatus *tuomarin toiminnasta* sekä *abstraktina* (so. yhdistyneenä *oikeusjärjestelmään*) että *konkreettisenä* (so. yhdistyneenä *ratkaisukonkretiaan*).

Näiden kahden ajatusteeman edelleen kehittäminen ja niiden syventäminen on seuraavien jaksosten teemana.

III BRUSIININ OIKEUSTEORIAN LÄHTÖKOHDAT NYKYPERSPEKTIIVISTÄ

Ajatukseni ja tulkintani Brusiinin ajankohtaismerkityksestä sisältää kaksi puolta. Jaksossa III käsittelen ja tulkitsen eräitä Brusiinin lähtökohtia niiden systemaattisuutta hakien. Jo jaksossa III ja erityisesti jaksossa IV esitän taas eräitä uudelleenkehittäjiä Brusiinin ajatusten pohjalta tavoitellen pikemmin sitä ”Mitä Brusiin tänään ajattelisi?” tai ”Miten hänen ajatuksiaan voidaan tulkita 90-luvun uusien ajatusten valossa?”

Tiettyä ajankohtaisuutta Brusiinin ajatuksille ja vallankin väitöskirjalle antaa suomalaisen analyyttisen filosofian perinteen nykytila. Yleisesti voidaan panna merkille suomalaisen analyyttisen tradition edustajien kiinnostus hermeneutiikkaa ja jopa fenomenologista traditiota kohtaan.

Ikka Niiniluoto on lyhyesti kommentoinut juuri italialaista hermeneutiikkaa. Niiniluoto luonnehtii ensinnäkin sitä ”subjektiiviseksi idealismiksi ” ja – piispa Berkeleyn ohella – toiseksi ilmenemismuodoksi ja mainitsee juuri tässä yhteydessä analyyttisessä filosofiassa aiemmin tuntemattomat (*Benedetto*) *Grocen* ja (*Giovanni*) *Gentilen* nimet. Olen Niiniluodon kanssa eri mieltä kahdessa asiaan liittyvässä kysymyksessä.

Ensinnäkin Niiniluoto luonnehtii Crocea ja Gentileä Berkeleyyn tapaisiksi subjektiivisiksi idealisteiksi. Viimeksi mainitulla hän tarkoittaa sellaista tietopillista idealismia, jonka mukaan maailma on viime kädessä määritettävissä vain subjektin yksilöllisiksi havainnoiksi tai ainakin niiden kautta (”esse est percipi”). Toiseksi hän tulkitsee heitä Popperin sen ajatuksen valossa, jossa todellisuuden ontologinen rakenne jaetaan kategorioihin maailma 1, maailma 2 ja maailma 3. Niiniluoto selittää, että Croce ja Gentile palauttavat maailman 3 (”asiat, jotka ihminen sosiaalisen toiminnan kautta saa aikaan”) maailmaan 2 (”sisältää ihmismielen, yksilöllisen tajunnan tilat ja tapahtumat”; jatkuu: ”ajatukset, elämykset, tunteet, kivut, havainnot, mielikuvat, muistot”) (ks. Niiniluoto 1995, 11).

Niiniluodon tulkinta on yksipuolinen. Olen eri mieltä Niiniluodon seuraavasta kommentista: ”Vastaavasti subjektiivinen idealisti selittää taideosteen ja koko kulttuurin olevan olemassa ihmismielessä (esimerkiksi italialaiset Croce ja Gentile), ts. maailma 3 palautetaan maailmaan 2.” Toisin kuin Niiniluoto katson, ettei Grocen ja Gentilen käsitysten tulkinta subjektiiviseksi idealismiksi todellakaan kuvaa heitä asianmukaisesti; he ovat pikemmin objektiivisia idealisteja juuri Popperin maailman 3 mielessä, ehkäpä jopa

Hegelin maailmanhenkeä lähenevin piirtein (usein uusshegeliläiksi luonnehdittuja). Subjektiiiviseksi idealisteiksi luonnehditut Groce ja Gentile eivät ole samoja henkilöitä, joita Otto Brusiin syvällisellä tavalla käsitteli vuoden 1938 teoksessaan. Tuskinpa Grocen ja Gentilen luonnehtiminen idealisteiksi objektiivisessakaan merkityksessä on – sinänsä kaavamaisesti oikein suoritettuna – enää erityisen hedelmällistä. Pikemminkin historiallisesti ja sosiaalisesti rakenteistuneet, kielen välittämät ja erilaisten toimintaympäristöjen tulkitsemat tutkimuskohteet hakevat omaa, uudenlaista toimintalogiikkaansa. Viimeaikaisista retoriikan, hermeneutiikan traditioiden ja usein postmodernin ajattelun sävyttämistä tutkimuksista voi meillä Suomessa viitata Kakkuri-Knuutilan (1996) aristoteelista tieto-oppia ja Tuija Pulkkinen (1996) Foucaultin valtateoriaa koskeviin artikkeleihin. (Grocen ja Gentilen osalta kokonaisuudessaan ks. Niiniluoto 1995, 12.)

Keskeinen tulkinta-ajatukseni jaksossa III koskee niin sanottua oikeusaukon antinomiaa, josta Brusiin mainitsee näin: ”meillä on siis edessämme kiintoisa antinomia” (Brusiin 1938, 34). Puhun (ratkaisun tai oikeuden) *aukottomuuden antinomiasta* ja katson siihen sisältyvän tärkeän säikeen väitöskirjan punaisesta langasta.

Termi *antinomia* esiintyy Brusiinin teoksessa myös toisessa yhteydessä, jossa on kyse Gustav Radbruchin tekstin perusteella kohtuuden ja oikeusvarmuuden antinomiasta (ks. Brusiin 1938, 71). Ajatuksen vertaaminen postmoderniin Jacques Derridan käsitteeseen *aporia* olisi kiintoisaa, koska Derrida näkee vastaavanlaisen aporian (ja dekonstruktion mahdollisuuden) vallitsevan useiden keskeisten oikeusteoreettisten käsitteiden yhteydessä, mm. juuri suhteessa *law/justice*.¹⁰

Aivan alkusivujen perusteella Brusiinin väitöskirjalle vaikuttavat keskeisiltä seuraavat lähtökohdat, joita on osin käsitelty edellä. Kokoan ajatukset yhteen:

1. Oikeus *yhteiskunnallisena organisoimisprosessina* on taustana ratkaisijan toiminnalle. Tämä on lähtökohtana myös Brusiinin myöhemmissä teoksissa, kuten Aarnio 1975 ensi kerran esitti. Ajatus vaikuttaa useaan suuntaan. Seuraavaksi onkin määritettävä tuo organisoimistehtävä.

1a. Oikeus on *intressien ja tarpeiden toteuttamisen väline*. Edellä on mainittu, miten tärkeää on kehittäely yleistetyistä (Brusiinilla *yleisistä, so. ei-konkreettisista*) tarpeista ja intresseistä. Oikeus on tarpeiden ja intressien yleistyksillä toimiva järjestelmä.

¹⁰ Ks. Derrida 1992, 21 ja 22–24. Mainittakoon, että oikeusratkaisun sidonnaisuuden/vapauden välillä vallitsee myös eräänlainen antinominen suhde, jolla on yhtymäkohtia tässä käsitellyn oikeusaukon antinomian kanssa.

1b. Oikeus pitää sisällään *yhteiskunnallisen konkreettisen vallan* ja siihen liittyvät vuorovaikutussuhteet. Intresseistä Brusiinille on olennaista korostaa niiden *yleisyyttä ja abstraktisuutta*: ne ovat irronneet kunkin henkilön erityisistä ja individuaalisista intresseistä sekä tarpeista. Vallan osalta on havaittava juuri päinvastainen ilmiö, joka suoranaisesti koskee aukkotilannetta: se on korostetusti *konkreettinen*. Molemmat käsitteet liittyvät ratkaisijan harkintatilanteisiin: ”aukkotapausten harkinnassa muodostetut normit *kasvavat esiin* huolellisesti havaitusta yhteiskunnallisesta todellisuudesta” (Brusiin 1938, 125, kursiv. O. B.); edelleen: oikeusjärjestyksen pohjana ovat yhteiskunnan tosiasialliset *valtasuhteet* (ibid., passim; kursiv. O. B.). Väitöskirjansa alussa esittämällään tavalla Brusiin yhdistää vallan oikeusvakaumuksen konkretiaan: oikeuden takana on valtaa; juuri siksi (yhteiskunnalliseen valtaan liittyvän) ”oikeusvakaumuksen ei tarvitse olla *yleisen*” (ks. ibid., 8).

Miksi yhtäältä intressien tulee olla yleisiä mutta vallan ja oikeusvakaumuksen toisaalta konkreettisia? Tätä ei El. Kaila ymmärtänyt väitöstilaisuudessa; pyrimme vastaukseen jaksossa IV.

2. Oikeus on *kulttuuri-ilmiö*. Tämä on Brusiinilla verraten selvä asettamus, jota hän mm. myöhemmässä teoksessaan 1951 tulkitsee filosofisen antropologian hengessä. Tämä käsitys on hermeneuttisen ajattelutradition historiassa olennainen, koska kulttuuri muodostaa keskeisen kategorian, jolla romantiikan hermeneutiikan kategoria *luonto* muuttuu *kulttuurin* kategoriaksi. Vielä Schleiermacher edustaa hermeneutiikan traditiossa ajatusta (ikuisesta) luonnosta, joka muuttuu ainakin Crocella ja uuskantilaisilla kulttuurin käsitteeksi. Tämän ajatuksen peruspiirteitä Croce on oletettavasti saanut W. Diltheyltä, jonka taustana on Hegelin ja Schleiermacherin ajatusten yhdistelmiä.

Benedetto Crocella on edelleen olennainen käsitys *kulttuurin* yhdistämisestä *traditioon*: kulttuuri on historiallinen ns. ”luova traditio”. Nämä ajatukset ovat Brusiinille tärkeitä juuri Benedetto Crocen välittämänä: kulttuuri muodostaa ihmistoiminnan, sen aktiviteetin ja tuotteiden keskeisen taustakategorian.

3. Oikeus on *kielellinen ilmiö* – ajatus, jonka El. Kaila näki ainoastaan suomen oikeakielisyyttä koskevana ongelmana (ks. Kaila 1938, 392). Brusiinille ajatuksella on kuitenkin perustavampi merkitys, joka liittyy oikeuden kulttuuriseen luonteeseen. ”Oikeuden rakenne ilmenee kiintoisalla tavalla itse kielessä”, lausuu Brusiin jo väitöskirjansa II luvun alussa ja hän palaa

ajatukseen verraten tärkeissä, joskin ehkä hieman huomaamattomissa kohdissa (kuten s. 214).

4. Oikeuden *voimassaolo* on Brusiinille keskeinen teoreettinen käsite, jo väitöskirjassa omaksutun teorian mukaisesti samassa merkityksessä hänen myöhemmissä, erityisesti vuosien 1949 ja 1951 teoksissaan. Voimassaolo *rakentuu oikeusvakaumukselle*, muttei ole identtinen (sic) sen kanssa. Brusiinille olisi hyvin vierasta tulkita eräiden skandinaavisen realismin myöhäisvaiheen edustajien (ennen muita Alf Rossin tavoin) oikeusnormin voimassaolo joksikin kielelliseksi merkityssisällöksi. Se on itse oikeuden luonnetta heijasteleva ja oikeuden monikerroksisuutta ja mielestäni oikeuden rakenteisuutta koskeva asia. Ei nimittäin voida missään tapauksessa sanoa, että voimassaolo olisi käännettävissä lauseeksi:

”*N on voimassa*”=> *merk.* ”*vallitsevan oikeusvakaumuksen mukaan N*”.

Brusiinilla on tulkintani mukaan olennaista ajatus, että oikeus on empiiris-reaalinen asia, sidoksissa sekä oikeuden valtarakenteeseen että kulttuuriin ja kieleen. Se, että oikeus olisi käännettävissä empiriaksi, on aivan mahdoton asia. Oikeus on siten rakenteellinen kokonaisuus, jonka eräät osat ovat empiirisiä sosiaalisia vuorovaikutuksia, jotkut toiset taas ajatussisältöjä ja abstrakteja norminsisältöjä. Tällaisena Brusiinin käsitys on verraten moderni ja huomionarvoinen vielä 90-luvulla.

Summa summarum: kohta 4) yhdistettynä kohtaan 1) sisältää kolme jännitteistä käsitettä *voimassaolo*, *oikeusvakaumus* ja *valta*, jotka liittyvät yhteen mutta eivät ole (reduktionistisesti) palautettavissa toisiinsa. Tämä käsitys esiintyy vielä mm. Makkosen väitöskirjan arvioinnissa vuodelta 1965 (Brusiin 1965, 927–930); se piirtyi kuitenkin selvästi ja laajasti muotoiltuna eteemme jo 1938 väitöskirjan nojalla ja jatkui 1949 ja 1951 teoksissa.

Mainittakoon, että kulttuurin ja oikeuden antropologinen tulkinta esiintyy temaattisena teoksessa *Über das juristische Denken* 1951. Sen idut ovat kuitenkin selvinä jo väitöskirjassa (ks. 1951, 132–147 verr. 1938, 214–215). Miten nämä perusajatukset toteutuvat Brusiinin väitöskirjan keskeisimmässä kysymyksessä, joka koskee tuomarin harkintaa aukkotapauksessa eli normin puuttuessa? Aukkotilanne ja sen yhteydessä harjoitettavan tuomariaktiviteetin luonne on teoksen kuningaskysymys, jossa Brusiinille ominainen ajatus-tapa tulee esiin. Eräs olennainen kysymys on saanut edellä pääpiirteisesti esitetyn ratkaisunsa: tuomari muotoilee eli formuloi (ei sitävastoin löydä

eikä luo) ratkaisun yhteydessä ratkaisupremissin. Tätä kysymystä kuitenkin edeltää toinen, jossa asetetaan kysymys oikeuden aukottomuudesta: juuri tähän palautuu koko tuomarin harkinnan luonnetta koskeva kysymys. Se puolestaan kytkeytyy ratkaisutilanteelle ominaiseen *aukottomuuden antinomiaan*. Molemmat ongelmat ovat edelleen yhtä ajankohtaisia kuin vuonna 1938 (mahdollisesti uudessa kulttuurisessa tilanteessa).

Näiden teoksen ydinkysymysten kehittyä alkaa luvusta III otsakkeella ”Oikeusaukon käsite”. Brusiin asettaa vastakkain kahdentyyppiset teoriat, jotka edustavat aukottomuuden tai aukollisuuden perusajatusta. Niiden muotoilu on keskeistä koko teoksen kannalta. *Aukottomuuden teoriaa* edustavat Hans Kelsen ja italialainen D. Donati. Molempien mukaan oikeusaukkojen olemassaolo on loogisesti mahdoton käsite, ja Brusiin käy lävitse kummankin erisuuntaisen perustelun. Donatin tulkinnan yhteydessä Brusiin mainitsee ensi kerran tärkeän analogian käsitteen; Donatille näyttää juuri sen tietynlainen käyttö muodostavan keskeisen ajatuksen. Koko oikeusjärjestys on sisällöllisesti aukoton samassa mielessä kuin rikosoikeus, jossa on tarkoin säädelty analogian käyttö ”nullum crimen sine lege” periaatteen mukaan. Siten Donati ajattelee, että tällaiset analogian käyttöä koskevat normit ovat voimassa *positiivisina* oikeussäännöksinä eivätkä vain oikeussäännöksen *puuttumisena*; ts. kysymys koskee oikeudellisesti säädeltyjä tilanteita, koska oikeus itse säätelee analogian käytön. Tämän ajatuksen valossa on tarkasteltava Donatin jaottelua: oikeusjärjestyksen yksityiset normit, niitä täydentävät (analogian käyttöä koskevat) normit sekä täydentävä yleisnormi (”norma generale complementare”), jolla on vastakkainen sisältö kuin kahdella ensin mainitulla normityypillä (eli yleisesti: mikä ei ole kiellettyä, on sallittua).

Kelsen ja hänen oppilaansa tulkitsevat saman ajatuksen eri vivahtein. Heidän mukaansa ratkaisu on aina *loogisesti* mahdollinen annetuista normeista. Toisaalta lain vaietessa ei kansalaisilla ole velvoitteita: ”jenseits diesen Rechtspflichten die Freiheit” (Kelsen 1934, 100). Aukkotapauksessa ratkaisuperusteena on tämä negatiivinen normi, ja siten Kelsen päätyy Donatin kannalle (häneen viittaamatta) – kuitenkin olettaen mainitun *negatiivisen* yleisnormin, joka Donatilla on *positiivinen*. Samalla kannalla on Alf Ross varhaisessa teoksessaan *Theorie der Rechtsquellen* (1929, 348) saman ydinajatuksen perusteella, kuitenkin erottaen toisistaan tilanteet ennen normin soveltamista ja sen jälkeen (”vor der Rechtsanwendung/nach der Rechtsanwendung”). Tässä voimme vain viitata Kelsenin teorian staattisen ja dynaamisen erotteluun: ns. dynaaminen (oikeudellista syntyperustetta koskeva) aspekti, jota Brusiinkaan ei täysin erota Kelsenin staattisesta, on

eri näkökulma kuin staattinen, so. oikeutta valmiiden normien järjestelmänä koskeva tarkastelu (oikeus lepotilassa).

Antinomian toisen puolen muodostavat Brusiinilla *aukollisuuden teorit*. Niitä edustaa hänellä keskeisesti Crocen ja Gentilen sen ajatuksen erittely, jota tässä on yksinkertaisesti kutsuttu luovan toiminnan teoriaksi. Benedetto Crocen ja häntä seuraten Giovanni Gentilen erittelyn lähtökohtana on ajatus, jonka mukaan abstraktit normit ovat aina jotain vaillinaista ja siten ”aukollista” verrattuna ratkaisuun. Perustana on siten asetelma, joka muodostuu abstrakteista normeista ja konkreettisista, luovista (tuomari) toiminnoista. Kaikki ratkaisutilanteet (eivätkä vain aukkotilanteet, joskin selvimmän juuri ne,) näyttäytyvät abstraktien normien kannalta aukkoina: oikeus on siten ”una lacuna sola”. Abstrakti normi ei voi koskaan saavuttaa konkreettista; normi on vain ohjelma, jota voi verrata rakennustelineisiin. Konkreettiset toiminnot ovat samalla nimenomaan Crocella sekä tahtomisen tulosta että kulttuuria luovia merkityksessä ”atto creativona”. Crocella näihin konkreettisiin ja luoviin tekoihin perustuu koko kulttuuri ihmistekoisuuden merkityksessä: abstraktit normit eivät perustu tahtomiseen, tahtominen voi kohdistua vain konkreettisiin tekoihin.

Samalla sekä Crocella että Gentilellä ajatukseen liittyy hermeneutiikalle ominainen historiallisen jatkumon perusasetelma. Gentile sanoo, että abstraktit normit syntyvät konkreettisella tahdonaktilla elävästä elämästä ja palaavat siihen tuomitsemisaktin välityksellä; viimeksi mainittu akti on juuri tässä merkityksessä koko oikeuskulttuuria luova teko. Edelleen siihen liittyy käsitys (oikeus)kulttuurin henkisestä perusluonteesta, erityisen selvänä Gentilellä. Oikeus on meidän sisässämme (vrt. sisäisyyden/ulkoisuuden keskeiset filosofiset kategoriat aina Descartesista lähtien hermeneuttisen ajattelun uudelleen tulkitsemänä). Oikeus on ”eterno momento della spirito”, luovien toimintojen henkinen järjestelmä.

Oikeuden kulttuuriluonne, sen sidonnaisuus kieleen ja luova ratkaisutoiminta ovat mielestäni Brusiinilla peräisin juuri italialaisesta hermeneuttisesta traditiosta; oikeus on sen mukaan osa elävää elämää ja siten konkreettista. Kuitenkin Brusiin torjuu luomisen käsitteen sellaisena kuin se ymmärretään taiteilijan luomisena, koska se on yhteensovittamaton oikeusvarmuuden ja yhteiskuntasuhteiden stabiilisuuden kannalta. Mutta – ja tämä on keskeinen hypoteesini – oikeastaan koko joukko keskeisiä ajatuksia jää jäljelle mainitusta luovan toiminnan teoriasta, jotka muodostavat koko väitöskirjan perussanomien.

Tulemme aukollisuuden antinomian ”ratkaisuun”. Oikeusaukon käsittely ja aukkotilanteen antinomian ratkaisu tapahtuvat Brusiinilla tulkintani mu-

kaan *oikeusjärjestelmän ja oikeusjärjestyksen* erottelun välittämänä. Tätä teemaa käsitellään väitöskirjassa kahdesti, ensimmäisessä ja yleisluontoisessa yhteydessä juuri mainitun antinomian jälkeen. Toinen tematisointi tapahtuu luvussa IX oikeustieteen käsittelyn yhteydessä. Ts. tämä ratkaisuteoreettisen ajatuksen ydin tulee teoksessa esiin kaksi kertaa, nimittäin yleisessä osassa (*Peruskäsitteet*) sekä käsittelyosassa (*Tuomarin harkinta aukkotapauksessa*) (Brusiin 1938, 35–37 ja 195–197). Viimeksi mainittua ennen on tuomarin ratkaisua selvitelty keskeisten lisäkäsitteiden, erityisesti oikeusvarmuuden, (aiempien) tuomioistuinten ratkaisujen merkityksen, analogian ja tuomarin harkinnan perusluonteen valossa. Viimeksi mainitun mukaan tuomari ei luo eikä löydä vaan formuloi ratkaisun premissin ja juuri täten jatkaa yhteiskunnallista organisoimistyötä. Myös Crocen–Gentilen luovan toiminnan perusajatus tulee esille mainituissa yhteyksissä.

Oikeusjärjestelmä on se käsite, johon Brusiin voi sisällyttää sekä yhtäältä johdonmukaisuuden ja oikeusvarmuuden että toisaalta tuomaritoiminnan luovuuden ja konkreettisen toiminnan perustavanlaatuiset asettamukset. Yleisesti voimme luonnehtia perusajatusta näin: oikeuskulttuuri on abstraktien normien ja konkreettisten ratkaisujen (ratkaisutapausten, konfliktin ratkaisujen) yhdistelmä. Samalla oikeus on oikeusjärjestyksen/oikeusjärjestelmän kombinaationa volitatiivisten ratkaisuaktien ja sen kognitiivisen kehikon yhdistelmä.

Oikeusjärjestys ja oikeusjärjestelmä liittyvät Brusiinin mukaan oikeuden aukollisuutta koskeviin teorioihin. Niinpä ”laajalle levinnyt mielipide pitää oikeusjärjestystä aukottomana, mutta lakeja aukollisina” (Brusiin 1938, 35). Tämä aiheuttaa huomattavaa teoreettista sekaannusta, koska järjestyksen ja järjestelmän käsitteitä ei selvästi eroteta toistaan. Ne ovat Brusiinin mukaan ”kokonaan eri asioita” (ibid., 37; kursiv. O. B.). ”Oikeusjärjestys viittaa vakiintuneisiin valtasuhteisiin, *oikeusjärjestelmä* teoreettiseen ajatteluun, jonka kohteena on oikeus [viittaus oikeustiedettä käsittelevään lukuun IX]” (ibid.). Edellä kerrotulla tavalla asiaan palataan useita lukuja myöhemmin ja Brusiin täsmentää asiaa seuraavasti:

”Kun puhutaan ’oikeussysteemistä’ on tarkoin muistettava, että sen saattaa luoda *vain* tiede. ’Järjestelmän’ käsite kuuluu yksinomaan tieteellisen ajattelun piiriin: järjestelmään *pyrkiminen* erottaa tieteellisen ajattelun muusta asiallisesta totuuteen pyrkivästä ajattelusta. On erotettava toisistaan ’oikeusjärjestelmän’ ja ’oikeusjärjestyksen’ käsitteet. Oikeusjärjestys-sana ilmaisee sattuvasti, että kaiken oikeuden pohjana ovat verraten stabiilit *valtasuhteet*: järjestys on aina vallan ilmaus (...). ’Järjestyksen’ käsite on volitatiivinen, ’järjestelmän’ sen sijaan kognitiivinen, tietämisprosessiin viittaava” (Brusiin 1938, 195; kursiv. O. B.).

Sitaatti jatkuu: ”On sentähden väärin esittää oikeustieteen *luoma* järjestelmä jonkinlaisena kätkeytyneenä aarteena, jonka tuo tiede vain kaivaa maan uumenista esiin. On tosin myönnettävä, että jo ’oikeusjärjestys’ sellaisenaan stabilisoituneiden valtasuhteiden ilmauksena, on määrättyssä mielessä yhtenäinen (tarkoituskompleksi), mutta vasta positivistinen oikeustiede luo siitä ajatuksellisen järjestelmän.” (ibid.; kursiv. O. B.)

Olemme Brusiinin tekstiä seuraten, paitsi tulkinneet, jopa ratkaisseet luovalla tavalla oikeuden aukollisuuden antinomian ja esittäneet samalla jotain olennaista itse tuomaritoiminnan luonteesta. Oikeus on normeina ja niiden järjestyksenä aukollinen, mutta oikeusjärjestelmänä – kuten yleensä tieteilininen systeemi – aukoton. Mutta asia on esitetty oikeustieteen yhteydessä; ts. vasta positivistinen oikeustiede tai tieteisoppi luo oikeudesta ajatuksellisen järjestelmän (ja sellaisenaan aukottoman). Vastattavana on vielä teoksen peruskysymys tuomaritoiminnasta, joka tuskin on lainoppia tai tieteisoppia. Oikeustiede antaa tuomarille vain yhden oikeuslähteen muiden joukossa, kuten Brusiin toteaa yhteiskuntatietoa käsittelevän X luvun alussa: ”Analogia, tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut ja oikeustiede antavat aukkotapausta harkitsevalle tuomarille tietoa nimenomaan oikeudesta yhteiskunnallisen todellisuuden osana” (Brusiin 1938, 204).

Tässä olen tavoittanut Brusiinin ajatusten hedelmällisimmän ja samalla moderneimman kohdan, joka tulee esiin hänen väitöskirjassaan ja myöhemmissä teoksissa 1949 ja 1951. Tulkitsen ne kuitenkin oman terminologiani mukaan ja viittaan eräänlaiseen *tuomarin ratkaisun kahteen maailmaan*. Ajatukset tulevat osittain lähelle moderneja rakenteistumisen teorioita, kuten Anthony Giddensin kahdenkertaisen hermeneutiikan peruskonseptiä (”double hermeneutics”).¹¹ Luulen Brusiinin ajatelleen tällä tavalla. Keskeisajatuksena on, että tuomarin toiminta on elimellisessä yhteydessä *sekä konkreettisen että abstraktin* kanssa.

Olemme edellä jo useasti sivunneet sitä, että tuomarin maailma on konkreettista ja reaalista ns. elävää elämää. Brusiin toteaa väitöskirjansa tutkimustehtävää ja lähtökohtaa muodostaessaan seuraavan:

”Tässä tutkimuksessa tarkastelemme ... *tuomarin* [so. ei oikeustieteen, H. T.] harkintaa *konkreettisten* oikeustapausten ratkaisua valmistettaessa. On perustavan tärkeätä nimenomaan rajoittaa aukkoprobelema konkreettisiin oikeustapauksiin, muuten eksymme aarniometsän pimentoon.” (Brusiin 1938, 45, kursiv. O. B.)

¹¹ Ks. Giddens 1979, Hekman 1983.

Ratkaisukonkretialla on ainakin kaksi vivahdetta. Ensimmäkin tuomari joutuu ratkaisupakon puitteissa tekemisiin konkreettisen ja reaalisen (samalla yhteiskuntasuhteita koskevan) ratkaisutilanteen kanssa (ks. Brusiin 1938, 102, 103 ks. edelleen 118–119, 158–159, 172–3). Toinen vivahde koskee läheisesti Crocen–Gentilen luovan toiminnan teoriaa, jonka Brusiin esittää luvussa VIII ”Tuomioistuinten aiemmat ratkaisut”. Tämän mukaan yleiset normit konkretisoituvat juuri tuomarin ratkaisujen kautta ja välittämällä. Eli kuten Brusiin Crocen ajatuksia soveltaen toteaa (vrt. edellä):

”Mutta abstraktiset oikeusnormit *elävät*, muuttuvat lihaksi ja vereksi, vasta niitä konkreettisiin tapauksiin sovellettaessa: silloin normin pohjalta syntyy *historiallista* todellisuutta sanan tehostetussa mielessä, tapahtuu siirtyminen normatiivisesta faktiseen”. Tuomioistuimet ”ratkaisullaan muovaavat historiallisen todellisuuden”. Edelleen todetaan, miten tuomioistuimet yhteiskunnallisen todellisuuden pohjalla *muodostavat*, formuloivat ratkaisun perustaksi pantavan normin ja ratkaisulla tuo normi *vaikuttaa takaisin* yhteiskunnalliseen todellisuuteen (kursiv. O. B.;) (ks. Brusiin 1938, 172, vrt. mm. 185).

Yhtä elimellistä kuin ratkaisun konkreettisuus on kuitenkin sen yhteys abstraktiin; tämä oikeudellisen ratkaisun ja harkinnan puoli ilmenee yhteytenä *oikeusjärjestelmään*. Tuomari ei voi elää ratkaisujensa kanssa yleistämättä niitä tietyksi normistoiksi, periaatteiksi tai viime kädessä *oikeussysteemiksi*. Se keskeinen samankaltaisuuden toteaminen, jota nykyään sanotaan analogia-avaimeksi, on Brusiinilla kirkkaana mielessä analogiaa koskevassa luvussa VII. Monia nykyisiä teoreetikkoja selvemmin hän todistaa sen seikan, että analogia voi tapahtua vain yleistävän kokonaisnäkömyksen perusteella: jostain yleistävästä ja abstrahoidusta näkökulmasta (”analogia-avaimesta”) käsin (yleistävä ”kokonaisnäkemys” esim. Brusiin 1938, 148, 152, 153 kaksi kertaa jne.). Yleistäminen ja abstrahointi johtavat aina lopulta oikeussysteemiin, jonka ohella puhutaan myös yhteiskunnallisten tarkoituskompleksien kokonaisuudesta (ibid., 148, 163 jne.). Mainitun systemaattisuuden praktisena päämääränä on oikeudenkäytön yhtenäisyys (”yhdenvertaisuus”, kuten sanottaisiin ehkä näinä päivinä) (ibid., esim. 169, 174). Siten juuri *oikeussysteemi* on kasuistisen mielivallan välttämisen tärkein tae ja *oikeusperiaatteet* tämän systeemin sekä praktisesti että teoreettisesti olennainen osa (ibid., 159–160). Tässä suhteessa oikeuskäytäntö ja tuomari toimivat rinta rinnan oikeustieteen kanssa, mutta – toisin kuin oikeustiede – ratkaisukonkretian puitteissa (ks. ibid., 155–166 ja luvut IX sekä X).

Seuraava kysymyksemme on: Mitä erityistä sanottavaa ajatuksella tuomarin harkinnasta yhtäältä konkreettisenä ja toisaalta systemaattisena ja

abstraktina toimintana tai aktina on juuri tälle (post)modernille ajalle, jossa elämme? Oikeusteoreettisesti se näyttäisi avaavan eräitä kysymyksiä uudella tavalla. Käsittelen niistä seuraavaksi (jakso IV) vain yhtä yleisempää (so. objektivaation käsitettä) ja yhtä praktisempaa, nimittäin uusia perspektiivejä oikeuslähdeopista (sen ohella olisi monia muita, mm. oikeuden voimassaolo, tuomaritoiminta volitatiivisena/rationaalisena).

Lähtökohtamme on tähänastisen tarkastelun tulos. Tuomarin harkinta on edellä lausutun perusteella yhteydessä sekä reaaliseseen että systemaattiseen. Juuri siksi se on sidottu yhtäältä konkreettiseen ja toisaalta abstraktiseen. Tämän mukaisesti voimme eksplikoida modernin hermeneutiikan termein sen, mitä Brusiin ei nimenomaisesti lausu: tuomioistuimen toiminta on *abstraktis-konkreettista*. Se on yhtä elimellisesti sidottu elävään elämään ja ratkaisukonkretiaan kuin yleiseen, systemaattiseen ja abstraktiin.

IV BRUSIININ TYÖN KEHITTELYÄ

Lähden liikkeelle Makkosen ja Brusiinin ratkaisuteoreettisten peruskäsitysten vertaamisesta. Makkoselle yksinkertainen ratkaisutilanne on stereotyyppinen ja määrällisesti yleisin (samalla kielen kuvateorian kiinne kohta). Brusiinille taas aukkotilanne on väitöskirjan nimen mukaan sekä lähtökohtainen että samalla oikeusharkintaa ja sen luonnetta kuvaava paradigmaattinen perustapaus. Brusiin ei havaintojeni mukaan uhraa sanottavaa mielenkiintoa yksinkertaisille ratkaisutilanteille, joita voidaan luonnehtia massa- tai rutiiniratkaisuiksi. Hänelle koko tuomarintoinnin ydin on *oikeudellisessa harkinnassa*.

Lähtökohtien ero kuvastaa kummankin teoreettista taustafilosofiaa. Makkosella se on varhaisesta Wittgensteinistä juontuva ja nimenomaan Carnapin kehittänyt kielen kuvateoria. Kieli on Brusiinin ajattelumaailmassa puolestaan instituutio, joka konstituoii ihmisen ja samalla oikeuden kulttuurisena ilmiönä. Juuri tässä kohden Benedetto Crocen ja Giovanni Gentilen luovan toiminnan teoria tulee olennaiseksi osaksi Brusiinin ajatusmaailmaa. Näkökohtaani tukee osin Brusiinin oma vastaväittäjänlausunto Makkosen teoksesta. Brusiin antaa Makkosesta kielenkäyttönsä korkeimpia arvosanoja, kuten ”kriittinen terävyys” ja ”omintakeisuus” (toisin kuin hän oli saanut kokea El. Kailan taholta 27 vuotta aiemmin). Kuitenkin Brusiin lausuu eräitä kritiikin sanoja loogisen tarkastelun yleispätevyyden mer-

kityksestä ja oikeusteorian perimmäisten kysymysten hävittämisestä (ks. Brusiin 1965, 927–931).

IV.1 Ensimmäinen kehitelmä: objektivaation käsite ja oikeuskulttuuri

Ratkaisutoiminnan ymmärtäminen abstraktis-konkreettiseksi aktiksi lie-
nee suomalaisessa oikeusteoriassa verraten harvinaista. Asianlaita on
aivan toinen eurooppalaisen filosofisen ja oikeudellisen hermeneutiikan
traditiossa. Erityisen ajankohtaiseksi tuo käsitys on tullut modernissa
yhteiskunnallisten instituutioiden rakenteistumisen teorioissa. Nämä
nykyteoriat pohjautuvat paljolti Alfred Schutziin; hän oli ehkä tunnetuin
yhteiskuntatieteisiin suuntautunut fenomenologisen ajattelun edustaja
sotien jälkeen ja samalla hermeneuttisen tradition merkittävä hahmo sekä
Edmund Husserlin oppilas.

Brusiinin tuotannon kannalta on kiintoisaa tarkastella myös saksalaisen
oikeushermeneutiikan traditiota, jota Karl Engisch ja Josef Esser edustivat
1950-luvulla ja jota ovat sitten jatkaneet ennen muita Alfred Kaufmann ja
Winfried Hassemer. Näille oikeushermeneutikoille on tunnusomaista – pait-
si ratkaisun abstrakti ja konkreetti muoto – myös oikeuden tunnistaminen
asetelmassa *yleinen/erityinen, Norm/Fall (Sachverhalt)*. Tämä oikeusher-
meneutiikan kirjallisuus ilmestyi kuitenkin ratkaisevasti Brusiinin viimeisen
oikeusteoreettisen monografian 1951 jälkeen (Engischin *Die Idee der Konk-
retisierung* 1953 ja Esserin *Grundsatz und Norm* 1956). Kuitenkin Brusiinin
tarkalle yleiseurooppalaisen keskustelun seuraamiselle oli tyypillistä, että
tapaamme teoksessa *Über das juristische Denken* 1951 lukuisia viittauksia
Esserin teokseen *Einführung in die Grundbegriffe* 1949.

Kun käymme tutkimaan ratkaisun, tuomarin harkinnan ja niihin liittyen
oikeuslähteiden oikeusteoreettisia ongelmia, meidän on otettava avuksi yksi
uusi käsite, joka on *objektivaatio*. Tämä termi viittaa toimivan (ajattelevan)
subjektin ja rakenteen (järjestelmän) keskinäisen suhteen hahmottamiseen.
Se on keskeinen modernissa hermeneutiikassa (ks. esim Berger – Luckmann,
The Social Construction of Reality 1966, luku II). Käsitteen ”objektivaatio”
Brusiin itse mainitsee terminä vasta teoksissa 1949 ja 1951 ja viimeksi mai-
nitussa siitä lieenee laajin esitys. Brusiin luonnehtii sitä (a) rakenteelliseksi
yhteydeksi (”ein struktureller Zusammenhang”), joka (b) vallitsee oikeus-
kulttuurin tuottajan ja tuotteen (”Produkt”) välillä ja (c) jolle on muodostunut

tietty tuottajastaan ja ajattelijasta (”agentista”) riippumaton sosiaalisesti vakiintunut ja organisoitunut muoto: ”Wir nennen diese in eine bestimmte Form erstarrten Produkte des juristischen Denkens seine *Objektivationen*” (kursiv. H. T.; ks. Brusiin 1951/1990, 170; ks. edelleen Brusiin 1949/1990, 67, 75, erit. 85). Käsite ja sen synty Brusiinilla olisi oman artikkelinsa aihe; tässä yhteydessä väitän sen keskeisten piirteiden esiintyneen jo väitöskirjassa seuraavien tuntomerkkien mukaisesti:

- *tuotteen ja tuottajan välinen suhde*, joka on jo Aristoteleesta ja hermeneutiikan traditiossa Schellingin filosofiasta alkava keskeisteema,
- *rakenteen ja toimijan välinen suhde* sekä
- *abstraktin ja konkreetin välinen suhde*.

Objektivaation käsitteen ja sen sisältämän perusajatuksen mukaan jokin sosiaalisesti tai oikeudellisesti relevantti (so. institutionaalisesti määritetty/määräytynyt) oikeudellinen toimija tuottaa sosiaalista (oikeudellista) maailmaa ja kulttuuria siten, että se muuttuu sosiaaliseksi todellisuudeksi, tarkemmin sanottuna oikeudelliseksi todellisuudeksi. Lähtökohta, että oikeudellinen on eräs erityinen sosiaalisuuden muoto, on Brusiinille keskeinen ja useaan seikkaan elimellisesti liittyvä asettamus, mm. oikeus organisoituna vallankäyttönä, oikeuden voimassaolo jne. (ks. edellä jakso III). Oikeuden ilmiöitä (tässä yhteydessä oikeusvakaumusta) ”on tarkasteltava koko yhteiskunnallisen todellisuuden valossa” (Brusiin 1938, 139). Vaikuttaa edelleen ilmeiseltä monienkin tekstikohtien valossa, että juuri tällaista *objektivoitunutta maailmaa* tuomari-harkitsija ja tuomari-ratkaisija rakentavat. Siihen sisältyvät toisiinsa limittyen sekä *rakenteen/toimijan* että *abstraktin/konkreetin* piirteet – samat tunnusmerkit, jotka hallitsevat uushermeneuttisia teorioita.

Objektivaation käsitettä nyt esillä olevassa merkityksessä lienee ensimmäisenä käyttänyt hermeneutiikan klassikko Wilhelm Dilthey. Diltheyn ajattelun taustana on epäilyksittä kaksi henkilöä, nimittäin Schleiermacher ja Hegel. Käsite on Alfred Schutzin ajatusten kannalta keskeinen ja levinnyt sieltä uushermeneutiikan käyttöön. Ks. Schutz, *Collected Papers I–II*; Berger – Luckmann 1966. Samoja perusajatuksia lähelle tulevat monet Anthony Giddensin ja Ulrich Beckin 90-luvun tuotteet.

Vaikkei Brusiin suoranaisesti mainitse väitöskirjassaan ”objektivoitunutta maailmaa” tai ”hengen objektivaatiota”, niitä vastaavan teeman löydämme useammassakin yhteydessä. Abstrakti esiintyy oikeuden kokonaisrakenteena: *oikeusjärjestelmä* tai *oikeuden koko tarkoituskompleksi* on tällainen

abstrakti rakenne. Toimijan teot liittyvät sekä reaaliseseen ratkaisukonkretiaan edellä mainittuina vivahteina että abstrakteihin institutionaalsiin rakenteisiin. Viimeksi mainitussa mielessä ratkaisija soveltamisen ohella olennaisesti luo ja muovaa oikeuden kulttuurista rakennetta, ennen muuta oikeusjärjestelmän systemaattista kokonaisuutta. Selvimmät formuloinnit juuri mainitusta abstraktis-konkreettisesta objektivaatiosta esiintyvät harkintapakkoa koskevassa VI (Brusiin 1938, 118 et seq., 122) ja tuomioistuinkäytännön merkitystä koskevassa VIII luvussa (ibid., 172, 173 et seq.), merkittävällä tavalla myös yhteiskuntatietoa koskevassa X luvussa (ibid., 204–205, 211–216).

Ensin mainitussa asiayhteydessä mielivallan välttämistä ja harkintapakkoa koskeva esitys on ehkä selväpiirteisin. Siinä on kysymys tuomarin (taiteellisesti) luovan ja (luovasti) muotoilevan tehtävän jo edellä käsitelystä erosta. Brusiin liittyy esityksensä likeisesti Crocen–Gentilen teoriaan ja hyväksyy sen mukaisen peruskatsomuksen oikeuden harkintatoiminnan liittymisestä konkreettisiin tekoihin: ”Mutta oikeus elää konkreettisissa soveltamisakteissa, jotka merkitsevät oikeuden ja moraalin synteisiä ...” (Brusiin 1938, 118). Brusiin jatkaa ajatustaan esittämällä, että oikeudessa ilmenevä tahto [tuomaritahto]: ”saa universaalisuuden, hetkellisyyden yläpuolelle kohoavan merkityksen, ... jossa yleinen konkretisoituu ja konkreettinen yleistyy” (kursiv. H. T.) (ibid.). Edelleen paria sivua myöhemmin hän palaa uudestaan mainittuun kahteen tuomarin harkinnan tasoon. ”Ratkaisu edellyttää toisaalta yleisen eli abstraktin oikeusnormin, toisaalta faktillisen [konkreettisen, H. T.] tilanteen” (ibid., 122). Juuri näillä kahdella tasolla liikumalla tuomari muovaa, so. jatkaa tai muodostaa uutta oikeuskulttuuria. Vastaavan ilmiön tapaamme mm. analogiaa koskevassa luvussa VII, jossa samankaltaisuusrelaation (Brusiinilla: samankaltaisuuden) muodostaminen voi rakentua vain oikeusjärjestyksen tarkoituskompleksin ja / tai oikeussysteemin kokonaisuuden puitteissa (ks. ibid., 145–6, 148, 153). Niinpä Brusiin toteaa mm. ”... analogian käyttö perustuu pitkäjännitteiseen ihmisyhteyteen ja siitä johdettavaan järjestyneen oikeusyhteisön olemukseen” (ibid., 155, vielä 159–161). Erityisenä kohtana on mainittava vielä yleiset oikeusperiaatteet. Brusiin toteaa: ”Yleisten oikeusperiaatteiden voimassaolo rakentuu [...] välittömästi yhteiskunnalliselle todellisuudelle” [sitien konkretialle] (ibid., 159), ”juuri oikeusperiaateissa yhteiskunnallinen todellisuus ilmenee jatkuvasti kehittyvänä” [tuomaritoiminnan kautta] (ibid., 160). Oikeusperiaatteet voivat siis Brusiinin mielestä saada pysyvän kulttuurisen merkityksen vain abstraktin oikeussysteemin välittämänä.

Nimenomaan yleisiä oikeusperiaatteita silmällä pitäen (ks. Brusiin 1938, 159–166) mutta yleisemminkin voimme muotoilla lopputuloksen ehkäpä Brusiinin omia sanoja selvemmin. *Juuri konkreettis-abstraktina toimintana tuomarin* ratkaisu ja sen harkinta (a) luo konkreettisista tilanteista, (b) oikeusjärjestelmän välittämänä (c) oikeuskulttuurin, sen muutokset ja yhteiskunnallisesti keskeisimmät *konkreettiset suhteet*. Oikeus kasvaa esiin konkreettisista ratkaisutilanteista ja yhteiskunnallisista realiteeteista ja palaa niihin takaisin abstraktin oikeusjärjestelmän välittämänä (vrt. *ibid.*, erit. 151 ja 173).

IV.2 Toinen kehitemä: oikeus oikeuslähteiden järjestelmänä

Aulis Aarnio on 80-luvun teoksissaan jakanut oikeuslähteet niiden sitovuuden mukaan vahvasti/heikosti velvoittaviin/sallittuihin. Toisaalta Aarnio jakaa oikeuslähteet arvovaltaperusteisiin ja aineellisiin perusteisiin (ks. Aarnio 1983, 87–103, Aarnio 1987, 77–96 ja Aarnio 1988, 218–222 et seq.). Brusiin ei missään teoksessaan jaa oikeuslähteitä joihinkin kategorioihin niiden velvoittavuuden mukaan. Tällainen formaalissävytteinen jaottelu olisi jotenkin hänen ajatustensa vastainen.

Kuitenkin Brusiin tekee sangen kiintoisallakin tavalla havaintoja oikeuslähteiden merkityksestä. Erityisen kiintoisia ovat Brusiinin ajatukset tapaoikeudesta, joka Aarnion luokituksen mukaan on vahvasti velvoittava ja aineellinen oikeuslähde (ks. Aarnio 1988, 220; Brusiin oikeuslähteistä Brusiin 1938, esim. 185 ja 217). Tapaoikeus on Brusiinilla läheisessä yhteydessä oikeusvakaumukseen. Toinen Brusiinin käsittelemä oikeuslähteiden ryhmä pelkistyy aiempiin tuomioistuinratkaisuihin. Aarnion luokittelussa ne ovat heikosti velvoittavia (arvovaltaan perustuvia) oikeuslähteitä. Tuomioistuinratkaisujen sitovuuteen Brusiin ottaa kantaa väitöskirjan luvussa VIII ”Tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut” (Brusiin 1938, 167–188). Kolmas keskeinen oikeuslähteiden alue koskee oikeustiedettä, moraalialue ja yleisiä oikeusperiaatteita. Niiden käsittely Brusiinin teoksessa heijastelee hänen ajatuksiaan oikeuden ja moraalin suhteesta sekä oikeustiedon luonteesta ja asemasta. Aarnion luokittelussa ne sijoittuvat sallittuihin oikeuslähteisiin, joko aineellisissa tai arvovaltaperusteen merkityksessä.

Brusiinin näkökohdat antaisivat aiheen pohtia, mitä oikeastaan tarkoitamme oikeuslähteillä. Tähän kysymykseen vastaaminen vaatii oman esityksensä. Joka tapauksessa Brusiinin ajatukset tuovat jotain uutta tämän asian

käsittelyyn. Brusiin näyttää ensinnäkin kysyvän oikeuslähteiden syntyä ja vakauttavaa merkitystä sosiaalisessa todellisuudessa, oikeuslähteitä sosiaalisesti ja oikeudellisesti rakenteistuneina ilmiöinä. Tällaista perspektiiviä voi luonnehtia väljässä mielessä *geneettiseksi* (*geneettis-rakenteelliseksi*). Brusiin toteaa mm: ”...normit kasvavat esiin ... yhteiskunnallisesta todellisuudesta, kaikki niiden rakennuskivet on etsittävä tuosta todellisuudesta” (Brusiin 1938, 125, myös esim. 131). Toiseksi Brusiin käsittelee myös oikeuslähdeopin normatiivista sitovuutta; hän kysyy esimerkiksi: Mitkä näkökohdat puhuvat prejudikaattien puolesta ja mitkä sitä vastaan (ibid., 172)? Tätä voidaan kutsua oikeuslähteiden *pätevyyskysymykseksi*; se näyttäisi vastaavan Aarnion asettamaa kysymystä oikeuslähteiden sitovuudesta. Erityisesti oikeustieteessä geneettinen ja pätevyyttä koskeva aspekti kietoutuvat toisiinsa. Oikeustieteen keskeiskysymys koskee itse oikeusjärjestelmän perusteita (ks. ibid., IX luvun esitys oikeussysteemistä, 195) ja samalla yhteiskuntatiedon merkitystä oikeustieteelle (ibid., luku X, 204–229).

Seuraavassa perusajatukseni on, että objektivaation käsite (joka esiintyy terminä vasta 1949 ja 1951 teoksissa) on tietynlainen tulkinta-avain Brusiinin oikeuslähdeopin (jo väitöskirjassa 1938) ymmärtämiseksi. Tarkasteltaessa oikeuslähteiden järjestelmää *objektivoitumisena* kysymys koskee samalla sekä oikeuden yhteiskunnallista syntyä ja sosiaalisia merkityksiä mutta myös niiden pätevyyttä (sitovuutta). Päädymme siten seuraavasti muotoiltuun väliotsakkeeseen.

Idea oikeudesta oikeuslähteiden järjestelmänä ja käsite OBJEKTIVAATIO

Luen Brusiinia tässä yhteydessä verraten vapaasti; tulkitsen itse asiassa kysymystä, miten hänen teoriansa eräitä ajatuksia voidaan hyödyntää 90-luvun oikeuslähdeopissa. Brusiinia yhdistää nykykeskusteluun hänen tarkastelunsa oikeuslähteistä yhtäältä abstraktia systeemiä ja toisaalta ratkaisukonkretiaa koskevana yhdistelmänä. Brusiinin ajatusta seuraten: oikeuslähteiden järjestelmä on abstraktien ja konkreettien yhteiskunnallisten/oikeudellisten ilmiöiden tarkastelua.

Brusiin ei jostain syystä kehitellyt ajatusta yleiseen muotoon. Sen sijaan hän esittää sen enemmän tai vähemmän selvästi kunkin edellä mainitun oikeuslähteiden ryhmän – ehkä selvimmin tapaoikeuden – kohdalla.

”Kun *vallitseva oikeusvakaumus* alkaa pitää määrättyjä *vakiintuneeseen tuomioistuinkäytäntöön sisältyviä* (kurs. H. T.) normeja velvoittavana oikeutena, on judikaatturin pohjalta syntynyt tavanomaista oikeutta, joka velvoittaa tuomaria ehdottomasti, ilman että hänellä siihen nähden on harkintavaltaa” (Brusiin 1938, 185).

Enemmän tai vähemmän analyttisesti hioutunut ajattelutapamme kiinnittää heti huomiota siteeratun kohdan epämääräisyyksiin. Onko oikeusvakaumus aina velvoittava? Miten tuomioistuimen ennakkotapaus sitoo? Lisääntykö sen sitovuus, kun siihen lisätään oikeusvakaumuksen velvoittavuus? Kuitenkin Brusiinin tarkastelu koskee jotain muuta kuin näitä sinänsä oikeutettuja ja täsmennystä vaativia kysymyksiä. Hän pohtii sitä, miten oikeus, jonka pätevyys ja voimassaolo yleisesti perustuu oikeusvakaumukseen, rakenteistuu oikeusyhteisössä (vailla oikeuslähteopin valmiita kaavoja).

Jos kerran oikeuden voimassaolo Brusiinin mukaan yleisesti perustuu oikeusvakaumukseen, emmekö voi julistaa oikeusvakaumusta ylimmäksi, mahdollisesti ainoaksi oikeuslähteeksi? Vastaus on Brusiinin näkökulmasta kielteinen, ja sen peruste on tärkeä: kysymys on väärin asetettu, *koska* oikeus on objektivoitumisen prosessi ja tämä prosessi sisältää sekä abstraktin että konkreettisen puolen. Brusiinia ei sinänsä kiinnosta, miten velvoittavaksi kukin oikeuslähte luokitellaan, vaan oikeuden objektivoituminen sen omista ”lähteistä”.

Miten *tapaoikeus* ”oikeuslähteenä” on sitten ymmärrettävä? Tapaoikeus liittyy aina oikeusvakaumukseen. Joudumme palaamaan Brusiinin käsitykseen, että tavanomaisen oikeuden muodostuminen edellyttää oikeusvakaumusta. Tämä tuntomerkki, kuten Brusiin toteaa, vastaa traditionaalista *opinio necessitatis sive obligationis* eli sidonnaisuuden ja velvoittavuuden tunnusta. ”Tavanomainen velvoittava oikeusnormi syntyy vasta, kun vallitseva oikeusvakaumus tunnustaa määrätyn normin” (Brusiin 1938, 6). Toisaalta tapaoikeus on aina edellä kerrotulla tavalla konkreettinen, ”sillä on yhteiskunnan faktillisille valtasuhteille rakentuvan, siis vallitsevan oikeusvakaumuksen kannatus” (ibid., 8). Voimme todeta jonkin muun kuin sitovuuden luokittelun olleen Brusiinin mielessä. Tämä ”jokin muu” on tulkintani mukaan *tapa tarkastella oikeutta ja sen ”lähteitä” objektivoitumisprosessina*. Kysymys kuuluukin, miten tapaoikeus suhtautuu muihin ”oikeuslähteisiin”, kun sitä tarkastellaan eräänä alueena juuri mainittua objektivoitumista?

Jos tapa on selvästi konkreettisiin yhteiskunnallisiin suhteisiin sitoutunut oikeuden ilmenemismuoto, ovat *oikeustiede ja yleiset oikeusperiaatteet* aivan toisenlaisia ”oikeuslähteitä”. Niille on tunnusomaista liityntä oikeus-

järjestelmään, seikka joka ei päde tapaoikeuteen (koska sitä ei kukaan tietoisesti ”muovaa”). Oikeussysteemi on abstrakti ajatusjärjestelmä, jota kannattaa ennen muuta systemaattisuuteen ja sisäiseen johdonmukaisuuteen pyrkivä oikeustiede. Oikeustiede on oikeussysteemiin elimellisesti liittyvä tasoltaan abstrakti ja tarkastelultaan yleinen, so. vailla ratkaisukonkretian tuntomerkkejä. Täten sekä oikeustiede että jossain mielessä oikeusperiaatteetkin ovat oikeuden rakenteistumismuotoina abstrakteja.

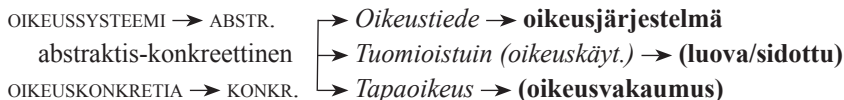
Tulemme kolmanteen, Brusiinille hyvin keskeiseen ryhmään, koska juuri sitä väitöskirjan aihe koskee. *Tuomioistuimen aiempien ratkaisujen* sitovuus on Brusiinin tarkasteltavana (ks. Brusiin 1938, luku VIII, 172 et seq.), mutta hän ei tunne tarvetta varsinaiseen sitovuuden luokitteluun vaan puhuu ainoastaan näkökohdista, jotka ”*puhuvat prejudikaattien huomioimisen puolesta ja sitä vastaan*”.

Tällainen tarkastelu on edelleen ajankohtaista (vrt. esim Timonen 1987, luku 3.4 jakso 1: Sitovuutta vastaan ja sitovuuden puolesta – eri argumenttien esittelyä ja arviontia, 76 et seq.) Löydämme Brusiinin väitöskirjasta samat keskeiset argumentit: oikeudenkäytön yhtenäisyys ja oikeusvarmuus, oikeudenkäytön joustavuus, tuomarin (yhteiskunnallinen) rooli, ratkaisujen julkisuus (ks. Timonen 1987, 76–95 verr. Brusiin 1938, 174–187). Vieläkin pitemmälle menevä yhtäläisyys on verrattuna Aarnion teokseen *Oikeussäännösten tulkinnasta* (Aarnio 1983, 95): Aarnion mukaan kysymys ei ole virkavirheen aiheuttamasta sidonnaisuudesta vaan harkinnan rationaalisuudesta. Vastaavasti Brusiin: ”Oikeudenkäytön yhtenäisyyden intressi ja oikeudenkäytön arvo kansalaisten silmissä (tärkeä intressi) vaativat, ettei tuomioistuimien *ilman pätevää syytä* poikkea omasta aikaisemmasta käytännöstään” (Brusiin 1938, 178). Erona tosin on se, että Brusiin puhuu vain tuomioistuimen omista aiemmista ratkaisuista. Se, miten Aarnio on jossain määrin muuttanut heikon velvoittavuuden määrittystä teoksessaan 1988, ei kuulu tämän kirjoituksen aiheeseen (ks. Aarnio 1988, 220–221).

Brusiinin tarkoitus ei ollut käsitellä prejudikaattien sitovuuden vivahteita, vaan nähdä oikeus yhteiskunnallisena prosessina, jossa kulttuurisen objektivaation kannalta on kaksi puolta: abstrakti ja konkreetti. Tuomioistuimen ratkaisu liittyy yhtäältä ratkaisukonkretian kautta reaaliseseen ja konkreettiseen; toisaalta perustelujen systemaattisuus yhdistää ne abstraktiin ja yleiseen oikeussysteemin välityksellä. Siten tuomioistuimen toiminnot ja niiden tulokset ovat *abstraktis-konkreettisia* suuntautuen yhtäältä oikeustieteen systeemiin ja toisaalta (tapaoikeudelle ominaiseen) reaaliseseen ja konkreettiseen.

Väitteeni Brusiinin väitöskirjan oikeuslähteopista koskee siten jotain muuta kuin nykyään oikeuslähteopissa käsitellään. Brusiinin ajatukset voidaan tulkita oikeuden ”lähteiden” tai ”osioiden” *objektivoitumistasoista* seuraavan kuvion muotoon.

KUVIO. Abstraktis-konkreettinen ulottuvuus
oikeuslähteiden objektivoitumisprosessissa



Tuomioistuinratkaisujen luovuuden ja sidonnaisuuden ulottuvuudet näyttävät saavan uudenlaisia ulottuvuuksia. Niiden käsittely jää tässä yhteydessä vain erään näkökohdan esittelyn varaan.

Yleisten oikeusperiaatteiden ja oikeustieteen välillä vallitsee kiintoisa suhde. Brusiin edellyttää selvästi, että on olemassa oikeustieteen formuloimia periaatteita; hän kutsuu niitä ”formuloituiksi periaateiksi”. Mutta Brusiinin mielestä oikeuteen kuuluvat myös formuloimattomat periaatteet: ”... saatavat [yleiset oikeusperiaatteet] sisältyä oikeusjärjestykseen *formuloimattomina*” (kurs. H. T.; Brusiin 1938, 159). Brusiin näkee tällaisen tilanteen tyypillisenä tai jopa ainoana oikeusanalogian yhteydessä: ”Oikeusanalogiaa tutkittaessa tulevat tietenkin kysymykseen ainoastaan formuloimattomat yleiset oikeusperiaatteet, jotka analogialla juuri ovat etsittävät esiin” (ibid.) Voitaneen olettaa, että nimenomaan tuomioistuinratkaisut formuloivat yleisiä oikeusperiaatteita.

Päättämme esityksemme yleisten oikeusperiaatteiden ja harkintatilanteiden yhteenkuuluvuuden toteamiseen. Yhtäältä juuri yleiset oikeusperiaatteet toimivat tuomioistuimen ratkaisun keskeisenä analogia-avaimena harkintatilanteissa. Siten tuomarin harkinta toimii nimenomaan yleisten oikeusperiaatteiden johdattamina. Toisaalta tuomioistuimet (luovalla tavalla) formuloivat yleisiä periaatteita myös ajallisesti myöhempiä ratkaisuja silmällä pitäen. Tässä suhteessa tuomioistuimet ovat todella luovan toiminnan agentteja: ne formuloivat oikeusjärjestelmää ja koko oikeuskulttuuria luovalla tavalla sekä järjestelmänä että yhteiskuntasuhteina. Tämä ajatus on keskeinen Brusiinin väitöskirjan aiheen tarkoittamassa tilanteessa: *kun tuomari harkitsee normin puuttuessa*.

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aarnio, A.: *Perillisen oikeusasemasta*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja 135. WSOY: Helsinki 1967.
- Aarnio, A.: *Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamisessa*. Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta: Helsinki 1975.
- Aarnio, A.: *On Legal Reasoning*. Turun yliopiston julkaisuja, Sarja B, Humaniora 144. Turku 1977.
- Aarnio, A.: *Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä*. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus: Helsinki 1982.
- Aarnio, A.: *The Rational as Reasonable. A treatise on legal justification*. Reidel: Dordrecht 1987.
- Aarnio, A.: *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. WSOY: Helsinki 1989.
- Berger, P. – Luckmann, T.: *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Anchor Books: Garden City, New York 1966.
- Brusiin, O.: *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. [Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin Yliopiston Lainopillisen Tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Historiallis-kielitieteellisessä oppisalissa keskiviikkona huhtikuun 27 päivänä 1938 kello 12.] Suomalaisen Lakimiesten Yhdistyksen julkaisuja 14. SLY: Helsinki 1938.
- Brusiin, O.: *Über die Objektivität der Rechtsprechung*. Suomen Lakimiesliitto: Helsinki 1949. Myös teoksessa Brusiin 1990, 62–131.
- Brusiin, O.: *Über das juristische Denken*. Societas Scientiarum Fennica: Helsingfors 1951. Myös teoksessa Brusiin 1990, 132–266.
- Brusiin, O.: Piirteitä Vilhelm Lundstedtin ajatusmaailmasta. *Lakimies* 1952, 559–564.
- Brusiin, O.: Makkonen, Kaarle: Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie. – Virallisen vastaväittäjän lausunnon pääosa. *Lakimies* 1965, 927–930.
- Brusiin, O.: *Zum Problem des immateriellen Schadens*. Turun yliopiston julkaisuja, Sarja B, Humaniora 96. Turku 1966.
- Brusiin, O.: *Der Mensch und sein Recht. Ausgewählte rechtstheoretische Schriften*. Herausgegeben und eingeleitet von Urpo Kangas. Duncker & Humblot: Berlin 1990.
- Carlson, B. C.: *Rätten. Ett rättssteoretiskt försök*. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie 26. Helsingfors 1954.
- Collingwood, R. G., *The Idea of History*. Oxford University Press: Oxford 1946.
- Derrida, J.: Force of Law: The ”Mystical Foundation of Authority”. Teoksessa *Deconstruction and the Possibility of Justice*, ed. D. Cornell et al. Routledge: New York 1992, 3–67.
- Ehrlich, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Duncker & Humblot: München 1929.
- Ehrlich, E.: Die Juristische Logik. *Archiv für die civilistische Praxis* 1917, Band 115.
- Engisch, K.: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Winter: Heidelberg 1953.
- Engisch, K.: *Einführung in das juristische Denken*. Kohlhammer: Stuttgart 1956.
- Esser, J.: *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates*. Springer: Wien 1949.
- Esser, J.: *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Mohr: Tübingen 1956.

- Esser, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Athenäum: Frankfurt am Main 1970.
- Geny, F.: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*. 2. éd. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence: Paris 1924.
- Giddens, A.: *Central Problems in Social Theory*. Macmillan Press: London 1979.
- Hassemer, W.: *Tatbestand und Typus*. Heymann: Köln 1968.
- Hekman, Susan: *Weber, the Ideal Type, and Contemporary Social Theory*. University of Notre Dame Press: Notre Dame 1983.
- Ihering, R. v.: *Geist des römischen Rechts auf verschiedene Stufen seiner Entwicklung II*. Breitkopf und Härtel: Leipzig 1858.
- Jansson, J.-M.: *Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska åskådning*. Commentationes humanarum litterarum 15, 5. Societas Scientiarum Fennica: Helsingfors 1950.
- Jellinek, G.: *Allgemeine Staatslehre*. Springer: Berlin 1922.
- Kaila, El.: *Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslähteoppi*. Helsinki 1924.
- Kaila, El.: Karjalan oikeus ja Kansainliitto. *Lakimies* 1926, 77–81.
- Kaila, El.: Hugo Raninen, Fob-lauseke hankinta- ja kauppasopimuksissa. – Virallisen vastaväittäjän lausunto. *Lakimies* 1934, 286–300.
- Kaila El.: Näkökohtia subjektillisesta oikeudesta. *Lakimies* 1937, 444–454.
- Kaila, El.: Otto Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. – Virallisen vastaväittäjän lausunto. *Lakimies* 1938, 385–408.
- Kakkuri-Knuutila, M.-L.: Aristoteelista tieto-oppia jälkipositivisteille. *Sosiologia* 1996, 179–190.
- Kalela, J.: *Aika, historia ja yleisö. Kirjoituksia historian tutkimuksen lähtökohdista*. Turun yliopisto, poliittinen historia, C 44. Turku 1993.
- Kangas, U.: *Piirteitä Otto Brusiinin ajatusmaailmasta*. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 1. Helsinki 1976.
- Kangas, U.: *Kansallissosiaalinen oikeusajattelu ja sen herättämät reaktiot Suomessa*. Åbo Akademi. Suomalaisen oikeusajattelun perusteet N:o 4. Turku 1985.
- Kangas, U.: Theoria iuris -kerhon jälkeenyjääneet paperit. Teoksessa *Liber amicorum Carlo Makkonen deditus*, toim. U. Kangas ja K. Tuori. Helsinki 1986, 57–74.
- Kaufmann, A.: *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. Beck: München 1994.
- Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Franz Deuticke: Leipzig 1934.
- Klami, H.: Piirteitä Otto Brusiinin tutkijapersoonallisuudesta. *Oikeus* 3/1974, 5–8.
- Klinge, M. et al.: *Helsingin yliopisto 1640–1990* 1–3, Otava: Helsinki 1987–1990.
- Merikoski, V.: *Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin I*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja 80. WSOY: Helsinki 1956.
- Niiniluoto, I.: Todellisuus – onko sitä? Teoksessa Sana, E. (toim.): *Tieto-opista mediapeliin. Journalismin tutkimuksen näkökulmia*. WSOY: Helsinki 1995, 9–25.
- Pulkkinen, T.: Foucault, genealogia ja poliittinen teoria. *Politiikka* 3/1996, 145–157.
- Ross, A.: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Wiener staats- u. rechtswissenschaftliche Studien 13, Leipzig 1929.
- Schutz [Schütz], A.: *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*. Wien 1932.

- Schutz, A.: *Collected Papers: Vol. I. The problem of social reality*. The Hague 1968; *Vol. II. Studies in social theory*. The Hague 1970.
- Timonen, P.: *Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1987.
- Tolonen, H.: Menneet ja nykyiset käsitteet oikeuden aatehistoriassa. *Oikeus* 2/1992, 126–144. [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 337–361]
- Tuori, K.: *Oikeus, valta ja demokratia*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1990.
- Tuori, K.: Legal Science as/and Social Science, IVR 17th World Congress, Bologna 1995, V, 127–132.
- Wikström, K.: *Oikeuskäytännön tulkinnasta. Erittely oikeusnormien soveltamistoiminnasta esitettävien väitteiden teoreettisista perusteista ja oikeuskäytännön rakenteesta*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja 128. SLY: Helsinki 1979.

Oikeuden kielet ja kielen teorit

1990-luvulla kulttuuristen ja yhteiskunnallisten tieteiden piirissä on ollut havaittavissa tiettyä muutosta, joka korostaa humanististen tieteiden merkitystä ja jossa kieli on noussut keskeiseen asemaan. Ensinnäkin humanististen tieteiden merkitys on ehkä jossain määrin korostunut, osin uusien tieteenalojen (esim. uudenlainen kommunikaatioilmiöiden tutkimus) ansiosta. Tärkeämpi ilmiö näkyy kuitenkin perinnäisten yhteiskuntatieteiden, sosiologian ja valtio-opin, voimistuvassa kommunikaatioilmiöiden ja kielellisten järjestelmien painottamisessa. Ilmiö havaitaan ihmisen arkitajunnan ja siihen liittyvien diskurssimuotojen painoarvon lisääntyvässä merkityksessä tutkimuskohteena: politiikan ja yhteiskunnan tiede tutkii erilaisia yhteisöllisen toiminnan diskursseja, sosiologia erilaisia pienryhmien kommunikaatioilmiöitä (vrt. myös mikrohistorian painottuminen erityisenä tapahtumajärjestyksenä, metakronologiana, jossa kielenkäytön merkitys kasvaa perinnäisen tapahtumahistorian kustannuksella).¹

Oikeus ja sitä koskeva tiede on aina ollut periaatteellisessa yhteydessä sekä humanistisiin että yhteiskuntatieteisiin. *Kieli* on jotain oikeudelle tunnusomaista, ja kielen merkityksen kasvu näkyy ja sen tulisi näkyä selvemminkin oikeutta koskevassa tieteessä.

Oikeutta ja kieltä koskevan tematiikan ympärillä liikkuu useita erilaisia ajatuksia tai teoriakokonaisuuksia. Meillä on ensinnäkin lukuisia enenevää merkitystä saavia erityisalueita, kuten EU-kielet tai ylipäänsä kielen kääntämiseen liittyvät ongelmat (vrt. translatologia tieteenä). Toiseksi on olemassa verraten perinnäinen teemakokonaisuus, joka koskee oikeuskulttuuria ja oikeuskieltä sekä niiden vuorovaikutusta ja mahdollisia evoluutiolinjoja; ne ovat perinteisesti keskeisiä. Kolmanneksi monelle tutkijalle kysymys oikeudesta ja kielestä liittyy etupäässä postmoderneihin asettamuksiin kielestä ja ihmisen kielellisestä olemisesta, dekonstruktioista, suurten narratiivien hä-

¹ Kalela 1993.

viämisestä jne. Neljänneksi informaatioteknologia ja sen ongelmat johtavat moniin syviin filosofisiin ongelmiin, jotka kootaan usein kognitiotieteen nimikkeen alle. Viidenneksi – jo hieman kuriositeetteja hakien – nykyään puhutaan vakavassa mielessä ruumiin kielestä *the body language*, jolla on esim. Merleau-Pontyn ja Derridan teoriassa periaatteellinen filosofinen perustansa. Tätä luetteloa ja erilaisia näkökulmia, erityisteemoja ym. voisi jatkaa lähes loputtomiin (esim. oikeusensyklopediat).

Eräs näkökohta on tarkasteluni lähtökohta. Monet nykyiset sekä kielen että yhteiskunnan tutkijat ovat enenevässä määrin kiinnostuneet määrittelemään ihmisen filosofisen antropologian termein ja määrein. He jatkavat tältä osin itse asiassa luonnonoikeuden tunnettua ihmisluonnon, *natura humana*, ajatusta; yhtäkkiä tämä antiikin ajatus tuntuukin varsin ajankohtaiselta. Joka tapauksessa monet eri tavoin suuntautuneet tutkijat määrittelevät ihmisen lajituntomerkiksi korostetusti, usein jopa yksinomaisesti, juuri kielellisyyden. Hans-Georg Gadamer ja Martin Heidegger näkevät ihmisen eksistenssin juuri kielellisyyden toteutumisenä. Peter Bergerin ja Thomas Luckmannin mielestä ihmisen lajituntomerkkejä on kaksi: kielellisyys ja avoimuus.² Nämä herättävät monia ajatuksia erityisesti ihmisluontokäsitteen ja filosofisen antropologian uudesta ajankohtaisuudesta, jonka sivuutamme.

Näkökohta laajenee koskemaan erityisen painokkaasti oikeutta. Monet nykyiset oikeushermeneutiikan edustajat (Hassemer ja Kaufmann) määrittävät oikeuden kielellisyyden avulla puhuen termillä *Die Sprachlichkeit des Rechts*. Jos ajattelemmme oikeuden toimintoja, ajatus näyttää osuvalta. Lait säädetään, tuomiot annetaan, sakkolaput kirjoitetaan juuri kielen kautta, välittämänä ja avulla. Eräässä mielessä – verrattuna uskontoon, moraaliin tai muihin yhteiskunnan osajärjestelmiin – on perusteltua sanoa, että oikeus on ”läpikielellistynyt”. *Summa summarum: die Sprachlichkeit der Menschenatur* ja *die Sprachlichkeit des Rechts* käyvät käsi kädessä ja ovat jotain samalla verrattain modernia, elleivät peräti postmodernia.

Voimme hetken paistatella tämän ajankohtaisuuden tunteen vallassa – ennen kuin seuraava ongelma tulee ilmeiseksi. Tämä ajankohtainen moninaisuus ei ole vain monipuolisuuden vaan samalla ilmeisen sekavuuden lähde. Postmodernilla dekonstruktionistilla, joka hajottelee perinnäisiä ajat-

² Gadamer 1968, s. 338–494; Heidegger 1979, s. 160–170; Berger & Luckmann 1968, s. 59–65.

telutapoja, ja oikeuden informaatioteknologilla on varmasti kyllä tekemistä kielen kanssa. Mutta: puhuvatko he lainkaan samasta kielestä tai kielestä samassa merkityksessä? Ongelma on ilmeinen, ja siihen on itse asiassa kiinnitetty yllättävän vähän huomiota.

Menemme askeleen eteenpäin ja tulemme varsinaiseen aiheeseeni. Näyttää välttämättömältä jäsentää tätä kirjavaa ja moniselitteistä kenttää ja kiinnittää vakavasti huomiota siihen, mitä käsite ”kieli” lopulta tarkoittaa. Toisaalta on turha kuvitella yhdellä tai kahdella jäsenyksellä valtaavansa koko ilmiöiden kirjon tai hallitsevansa sitä. Seuraavassa teen oman yritykseni kahden luokittelun varassa, kahden siksi, että en periaatteessa usko minkään yhden luokittelun pääsevän lähellekään moninaisen ja kirjavan ilmiökentän kattavuutta. Molemmat lähtevät oikeuden ja kielen suhteesta sekä kysyvät: Millä tavoin teoria kielestä on vaikuttanut teoriaan oikeudesta?

Nimenomaan viime aikoina on ollut havaittavissa käänteisiä ilmiöitä, joiden nojalla voidaan puhua oikeuden ja oikeuskielen vaikutuksesta yleiseen kielenteoriaan tai kielifilosofiaan. Voidaan viitata kahteen: ensinnäkin John Searlen tunnettu ajatus konstitutiivisesta kielenkäytöstä hakee perustavat esimerkinsä, kuten rahan ja sopimuksen, nimenomaan oikeudellisista ilmiöistä; toiseksi Jürgen Habermasin teos *Faktizität und Geltung* vuodelta 1992 näyttää kiinnittävän painotetusti huomiota nimenomaan oikeuden proseduraalistumisen ilmiöihin (joskaan ei ole aivan selvää, liittyykö tämä Habermasin viimeisin teoria enää olennaisesti kieleen). Ajatukseni lähtee joka tapauksessa oikeusteorian ja kieliteorian tai -filosofian suhdetta koskevan tarkastelun pohjalta.

Ensimmäinen peruslinjaus on yksinkertainen mutta huomionarvoinen. Se kysyy, miten tällä vuosisadalla teoria kielestä on kehittyessään vaikuttanut tapamme ajatella oikeudellisista asioista nimenomaan oikeusteoriassa. Perusajatukseni mukaan voidaan erottaa neljä vaihetta.

1. Kieli viittaa todellisuuteen siinä merkityksessä kuin erityisesti Ludwig Wittgenstein muotoili varhaisvaiheessaan ajatuksen kielestä todellisuuden kuvana. Siihen liittyy tunnetusti kaksi ajatusta: käsitteen (sanan) ostensio ilmiöihin ja kielellisen ilmaisun isomorfinen suhde todellisuuteen (kielen kuvateoria). Kysymys on nimenomaan tieteen kielestä ja samalla parannetusta kielestä, *improved language*; juuri tässä merkityksessä looginen empirismi Neurathin, Schlickin ja monien muiden teorioiden vivahtein esitti erilaisia teorioita referenssisuhteen ja parannetun kielen perusajatuksesta. Edelleen: juuri samassa mielessä Alf Ross esitti teesinsä oikeuskielen

lauseista käyttäytymisen ennusteina.³ Kyseiset ideat eivät suinkaan ole menettäneet merkitystään. Koska monet postmodernin suuntaiset ajattelijat puhuvat kielen representaatiosta, olisi kiintoisaa verrata näitä ideoita kielen isomorfiasuhteeseen.

Toisin sanoen: kielen yhteys todellisuuteen (oikeudelliseen todellisuuteen) on tiedollinen yhteys, jonka ydin on viittauksen eli ostension luoma referenssisuhde.

2. Kieli toimii todellisuudessa, kuten Wittgenstein toisessa vaiheessaan opetti. Ajatus muodosti eräänlaisen ytimen vuosisadan jälkipuoliskolla ja on seuraavien vaiheiden taustalla. Sovellettuna oikeuskieleen ajatus merkitsee kielen yhteyttä todellisuuteen ja oikeudelliseen todellisuuteen toiminnallisena yhteytenä.⁴

3. Suorittavaksi kieleksi voidaan kutsua J. L. Austinista lähtöisin olevaa erittelyä kielen suorittavista funktioista eli ns. performatiiveista. Itse asiassa kysymys oli Wittgensteinin myöhäisvaiheen perusajatusten analyttisestä systematisoinnista, jossa toiminnalliset ja suorittavat yhteydet jaettiin lokutionaariin (esittäviin), illokutionaariin (institutionaalisiin kielellisiin suoritteisiin, kuten laivan kastaminen) ja perlokutionaariin (sosiaalipsykologisiin ja kausaalisiin) funktioihin.⁵

Kaksi seikkaa on syytä mainita. Ensinnäkin ajatus performatiiveista rikkoi mielestäni positiivisella tavalla sen peruslähtökohtien eron, joka vallitsi analyttisen ja hermeneuttisen, angloamerikkalaisen ja saksalaisen tradition välillä. Esim. Karl-Otto Apel (häntä tässä tapauksessa seuraten myös Habermas) viittaa usein nimenomaan performatiiveihin (”performatiivinen ristiriita”). Toiseksi skandinaavisen realismin hägerströmiläinen traditio haki perusajatuksia samasta suunnasta; molemmilla on yhteistä kiinnostus kielen sosiaalipsykologisiin voimiin, Hägerströmillä tulkittuina irrationaaliseksi suggestiivisiksi oikeuden ja moraalisen kielen toiminnoiksi. Eroksi jäi kuitenkin aina se, ettei realismi koskaan tarkastellut oikeuden kieltä muuta kuin sosiaalipsykologisena ilmiönä.

Sovellettuna oikeuden kieleen ajatus suorittavasta kielestä merkitsee institutionaalisia kielitekoja. Ne eivät vain liity toimintaan vaan ovat itsessään toimintaa, laivojen kastamisia, tuomitsemisia, verottamispäätöksiä.

³ Wittgenstein 1922; Schlick 1997, s. 70–94; Neurath 1997, s. 95–103. [Vrt. myös tämän teoksen s. 99. – Toim. huom.]

⁴ Wittgenstein 1967.

⁵ Austin 1962.

4. Nykyisin näyttää useammassa ajatusperinteessä kehittyneen erimuotoisia asettamuksia, joita yhdistää lähtökohta kielen vielä voimakkaammasta yhteydestä todellisuuteen, varsinkin instituutiojärjestelmiin ja oikeudellisiin rakenteisiin. Tätä yhteistä ajatusta kutsun ”konstituoivan kielifilosofian” periaatteeksi: sen mukaan ”kieli konstituoii todellisuutta”. Sen piirteitä on yhtäältä jo Searlilla, kuten konstitutiiviset normit / regulatiiviset normit, ja tässä suhteessa instituutioiden kielellisyyttä korostavan ”institutionaalisen kielifilosofian” uusin esitys on Searlen teoria teoksessa *The Construction of Social Reality* vuodelta 1995. Hermeneuttiseen perinteeseen liittyy samansuuntainen ajatus, jonka Berger ja Luckmann ovat teoksessaan *The Social Construction of Reality* ajankohtaistaneet. Tämän ajatuksen mukaan kieli luo institutionaalista todellisuutta siten, että se on keskinäisen merkityksenannon perustana; tällöin kieli ”objektivoi” eli tekee todellisuuden objektiiviseksi, riippumattomaksi subjektiivisista merkityksistä.

Ajatus näyttää kuitenkin heijastuvan sellaisiin postmodernin kielen teorian (Lyotard, Foucault) tyypillisiin lähtökohtiin, joiden mukaan kielellinen järjestelmä on tiedon ja todellisuuden viimekätinen perusta. Lyotardin mukaan merkityksenanto muodostaa erilaisia kielellisiä verkostoja, joiden solmukohtia toimivat ihmiset (subjektit) ovat. Foucault kutsuu kielen syvä-rakennetta termillä *episteme*, joka on (a) edellytyksenä sekä (b) kantilaisessa merkityksessä rajana ja ilmenee eroina ja vastakohtina. Tällöin siihen liittyy olennaisesti *différence*-ajatus: kieli on eroja ja samuuksia, erilaisuuksia ja analogioita luova järjestelmä. Tällainen järjestelmä on todellisuuden sisäinen representaatiosteemi eikä sen ulkoinen ja sitä kuvaava esitysjärjestys.

Hieman samansuuntaisesti ajattelevat eräät jälkimodernit teoriat, joiden mukaan nimenomaan kieli luo järjestystä kompleksiseen ja kontingentiin todellisuuteen. Tästä näkökulmasta voidaan tarkastella Niklas Luhmannin ajatusta nimenomaan oikeudellisen kommunikaation *rekursiosta*: sen mukaan kieli ei viittaa suoraan todellisuuteen vaan (omaan) kommunikaatiosteemiin(sä), jota se luo ja pitää yllä. Samankaltaisia ajatuksia tapaamme Ulrich Beckin ja Anthony Giddensin esityksissä.

Sovellettuna oikeuskieleen kielen yhteys todellisuuteen on konstitutiivinen yhteys: kieli luo todellisuuden tai on olennainen osatekijä sen muodostamisessa (vrt. Searle ja teesin radikalisoituminen postmodernissa). Suhteessa oikeuteen kieli vaikuttaa luomiensa todellisuusjärjestelmien kautta (institutionaalinen, rekursiivinen kieli).

Summa summarum: ensimmäinen, jossain määrin historiallisesti suuntautunut jaottelu nostaa kunniapaikalle Wittgensteinin (”vuosisatamme

filosofi”) ja tekee John Searlesta keskeisen teoreetikon. Sen vastapainoksi toinen jaottelu lähtee aivan toisensuuntaisesti, eikä Searlelle löydy itse asiassa siinä oikeastaan lainkaan (ainakaan keskeistä) paikkaa.

Toinen jaotteluni ei ole kehityshistoriallinen, vaan nojautuu nykyisten kieliteoreettisten ajattelutapojen suhteisiin ja eroihin. Tämän erottelun tekeminen on vaikeaa ja vaativaa. Yhtä painokkaasti on kuitenkin todettava, että jotain tällaista eroa me joka tapauksessa tarvitsemme ja itse asiassa piilevästi käytämmekin: siksi sille voi perustellusti uhrata myös temaattisesti joitain ajatuksia.

Teen eron kolmen suuntauksen ja ajattelutavan välillä, joita kutsun *kommunikaatioteorioiksi*, *diskursiivisiksi teorioiksi* ja *hermeneuttisiksi teorioiksi*. Kysymys on tietyllä tavalla tyypittelystä vailla ehdottomia rajalinjoja.

1 KOMMUNIKATIIVISET TEORIAT

Kyseinen teoria on teoria kielestä. Se on kuitenkin kiintoisalla tavalla teoria myös jostain muusta eli kielestä suhteessa johonkin muuhun. Ajattelen, että tämä ”muu” on moraalinen ja yhteiskuntaelämän perussuhteet. Tällaisen teorian perustyyppisen tapauksen näen Jürgen Habermasin, jonka perusajatuksia usein kutsutaan yksinkertaisesti kommunikaatiivisen toiminnan teoriaksi.

Habermasin teoria kaikkine kehityspiirteineen on tunnetusti melko mutkikas. Kieli nimenomaan kommunikaation merkityksessä on eri vivahtein ollut kaikissa vaiheissa Habermasin ajattelun keskiössä. Ajattelen tällöin varhaisvaiheen *Erkenntnis und Interesse* -teoksen (1968) tiedonintressejä: tekninen, hermeneuttinen ja emansipatorinen, joiden kohde (”media”) on luonto, kieli ja valta. Edelleen tema toistuu teoksessa *Theorie des kommunikativen Handelns 1–2* (1981), joskin moniselitteisempänä. Sen uusi sanoma on paljolti tarkastella kommunikaatiota systeemin ja elämismailman vuorovaikutussuhteina. Siinä kommunikaatiolla on keskeinen ideaalinen ja regulatiivinen merkitys elämismailman julkisessa ja yksityisessä osiossa (*institutionelle Ordnung der Lebenswelt – Privatsphäre und Öffentlichkeit*), jotka uhkaavat vääristyä erilaisissa vaihtosuhteissaan (*Austauschbeziehungen*) formaalisten virallissysteemien, talousjärjestelmän ja hallintojärjestelmän vuorovaikutuksessa ja ”puristuksessa”. Kolmas Habermasin vaihe on löydettävissä teoksessa *Faktizität und Geltung*, jonka yleisilme

on huomattavasti aiempia oikeudellisempi. Siinä vapaan kommunikaation uhkana nähdään sosiaalivaltioellinen järjestelmä ja kehitellään proseduraalista oikeudellista kommunikaatiojärjestelmää sekä demokraattista mobiloimintaa oikean kommunikaatiosysteemin pelastajana. En tiedä, onko sotien jälkeen ollut muuta yhtä laajalti eri tieteen alueilla siteerattua teosryhmää kuin mainitut kolme.

Ajatukseni ydin on se, että Habermasin teoria on teoria kielestä *mutta* suhteessa johonkin muuhun. Ajattelen edelleen, että suhteessa moraalien ja oikeuden kieleen Habermasin tärkein työ on pienempi teos vuodelta 1983 *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Siksi pyrin erittelemään juuri tämän teoksen piirteitä muistaen samalla, että piirteet ovat mukana kaikissa muissakin edellä mainituissa teoksissa.⁶

Missä suhteessa Habermas käsittelee oikeuskieltä ja moraalien kieltä? Tulkintani mukaan se tapahtuu kolmen lähtökohdan perusteella: (a) oikeuskieli on ideaalista ja koskee ideaalista puhetilannetta (käsite artikkelista *Wahrheitstheorien* vuodelta 1973: *ideelle Sprechsituation*), (b) kieli koskee oikeutta sen suhteessa yhteiskuntamoraaliin ja (c) analyysi koskee aina rationaalista kielenkäyttöä; sen päämääränä on rationaalinen konsensus. Mainitut kolme piirrettä korostavat kaikki sitä, ettei kysymys ole puheaktien empiirisestä tutkimuksesta vaan jostain muusta, nim. rationaalisen ja ”oikean” kielenkäytön ehdoista, jotka ovat ideaalisia, eivät empiirisiä.

Mitä ovat nämä ideaaliset ehdot? Vuoden 1981 kommunikatiivisen toiminnan teoriassa ne esiintyvät käsitteinä *Wahrheit, Richtigkeit und Wahrhaftigkeit* (= totuus, vilpittömyys ja oikeellisuus = totuudellisuus, vilpittömyys ja autenttisuus, jotka eri määrin toteuttavat erilaisia praktisia diskursseja). Vuoden 1983 teoksessa Habermas tiivistää ne kahdeksi ehdoksi, ja tämä on keskeinen johtolanka tarkastella muitakin Habermasin teoksia. Habermas kutsuu niitä D-ehdoksi ja U-ehdoksi (osallistumisoikeuksien säännöksi ja argumentaatioäännöksi) ja sanoo niiden koskevan diskursiivista rationaliteettia ja yleistettävyyttä. Juuri niiden valossa kielen rationaalista, ideaalista ja moraalista luonnetta voidaan eritellä.

Diskurssiehto tarkoittaa Habermasin mukaan (etupäässä) tasavertaisen kommunikaation ajatusta (sen ohella ristiriidattomuutta ja vilpittömyyden vaatimusta). Oikeudelliselle ja moraalille kielelle on D-ehdon mukaisesti asetettava kolme postulaattia: (1) jokaisen subjektin osallistumisoikeus, (2)

⁶ Habermas 1983.

jokaisen ilmaisuoikeus ja (3) vapaan keskustelun pakon kieltö. Yleistettävyyttä (*Universalierbarkeit*) koskeva U-ehto on yhtä keskeinen: sen perussisältö on kunkin intressien kunnioittaminen ja sääntöjen yhdenvertainen ja yleispätevä soveltaminen. Molempien taustalla on moraalinen vaade yhdenvertaisuudesta: itse asiassa Habermas hakee oikeasta kielenkäytöstä ja sen tilanteista perusteluja ja mittapuita myös oikeille sosiaalisille järjestelmille mm. *Demo*-periaatteen muodoissa.

Tärkeintä on Habermasin perusajatus. Hän tarkastelee ensinnäkin *ideaalista* kieltä ja kielellisten kontekstien ideaalisia ehtoja. On täysin mahdollista, ettei kieli toteuta näitä ehtoja, kuten esim. yhdenvertaisen osallistumisen vaadetta; silloin se onkin vallan käyttöä eikä kieltä kommunikaation merkityksessä. Ideaalisen puhetilanteen *moraalinen* ulottuvuus tarkoittaa mainittua yhdenvertaisuuden vaadetta. Mitä tarkoittaa vihdoin sen *rationaalisuus*? Se merkitsee kielellisen ilmauksen perusluonnetta, joka sillä on yhteisymmärrykseen tähtäävänä ja ihmisten yhteistoimintaa toteuttavana järjestelmänä. Havaitsemme, miten ideaalisuus, moraalisuus ja rationaalisuus liittyvät elimellisesti toisiinsa. Tässä on ydin Habermasin kommunikatiivisesta teoriasta, jota hänen oman termistönsä mukaisesti voidaan kutsua *universaalipragmatiikaksi*.

Näin muotoiltuna ymmärrän juuri tämän kommunikatiivisten teorioiden ytimeksi. On olemassa lukuisia lingvistisiä teorioita, jotka seuraavat samaa perusajatusta: kieli on yhteisymmärryksen tai yhteistoiminnan väline ja tiivistymä. Sellaisia on H. P. Grice'n teoria, jonka lähtökohta on *Co-operative Principle* ja siitä johtuvat kvaliteetin, kvantiteetin ja relaation maksimit (*maxim of quality = say the truth, maxim of quantity = sufficient information, maxim of relation = be relevant*). Edelleen tapaamme sen piirteitä Stephan Levinsonin ajatuksessa kielestä lähettäjän ja vastaanottajan yhteisenä tietona. On siten huomattava, että ajatus universaalipragmatiikasta on paljon yleisempi oletama kuin Habermasin sinänsä ehkä tunnetuin teoria.⁷

Nimenomaan oikeusteorian alueella ajatuksella on myös lukuisia ja erivaihteisia muotoja. Tunnetuin on epäilemättä Robert Alexyn diskurssietiikan ajatus, joka noudattaa Habermasin universaalipragmatiikan perusajatuksia ja yrittää pukea sen postulaatit eksplisiittisiksi säännöiksi. Meillä juuri alexylaisessa mielessä Habermasin ajatuksia ovat soveltaneet Aulis Aarnio ja Kaarlo Tuori. Mutta sekä oikeus- että kieliteoriassa on lukuisia muitakin

⁷ Grice 1975; Levinson 1983, s. 97–167.

sovellutuksia. Erityisen mielenkiintoinen on Marcelo Dascalin ja Jerzy Wróblewskin yhteinen artikkeli (*Journal of Pragmatics* 15/1991), joka koskee rationaalista lainsäätäjää ja oikeuden kieltä. Siinäkin kieltä eritellään – ei Habermasin pohjalta – mutta täsmälleen ideaalisuuden, moraalisuuden ja rationaalisuuden yhdistelmänä. Siinä(kin) on kantavana ajatuksena yhteisen tiedon ajatus lähettäjän ja vastaanottajan välillä (lainsäätäjä/lainsoveltaja/kansalainen). Kysymyksessä on kieliteorian ja oikeuden teorian kiintoisa yhdistelmä, joka perustuu olennaisesti rationaalisuuden ja yhteistoiminnan ideaalisille olettamille.⁸ *Summa summarum*: kieli on kommunikatiivisessa merkityksessä ideaalinen ja moraalinen, jälkimmäinen (moraalifilosofian historiassa usein esiintyvässä) merkityksessä ”sosiaalisesti järkevä”. Lopulta ideaalisesti määritelty yhteistoiminta, yhteisymmärrys, yhteinen tieto ja kommunikaation sisältämä yhdenvertainen rationaalisuus ovat kielellisen analyysin perustavia lähtökohtia.

2 DISKURSIIVISET TEORIAT

Jos kommunikatiiviset teoriat ovat etupäässä saksalaisen mielenlaadun tuotetta, kantavat diskursiiviset teoriat mukanaan selvästi ranskalaista perinnettä. Myös ne hakevat pääsääntöisesti kielenkäytön yleisiä ja universaaleja ehtoja mutta aivan toisista lähtökohdista kuin kommunikatiiviset teoriat Habermasin mielessä. Hyvin yleisluontoisesti: ne hakevat kielenkäytön yleisimpiä rakenteita kutsuen niitä usein syvärakenteeksi. Kielenkäyttö tapahtuu sosiaalisessa tilassa ja tietyissä konteksteissa. Mutta kielenkäytöllä on aina myös oma autonominen kielellinen rakenteensa. Tämä ajatus toteutuu erivahvuisesti mutta on mielestäni aina läsnä. Siten analyysissa on aina läsnä ajatus rakenteesta kielenkäytön ehtona. Toisin sanoen: struktuuri edeltää diskurssia. Tämän mukaisesti voidaan sanoa, että diskurssilla on aina struktuurinsa, joka on ainakin suhteellisessa mielessä muuttumaton. Diskursiivisilla teorioilla on strukturalistinen luonne (mutta erivahvuisesti). Tämän piirteen nojalla rajaan esitykseni koskemaan ns. jälkistrukturalistisia teorioita.

Ajatukseni perustuu ensisijaisesti kolmelle teorialle, joiden esittäjiä ovat Ferdinand de Saussure, Michel Foucault ja Paul Ricoeur. Ongelmallisempi

⁸ Dascal & Wróblewski 1991, s. 421–445.

on suhde postmoderneihin teorioihin (Lyotard ja Derrida). Selvemmin ajatukseni taas koskee A. J. Greimasin lingvististä teoriaa ja oikeuden kielen alueella B. S. Jacksonin semioottista perusteoriaa.⁹

De Saussurea on sanottu kielitieteen Durkheimiksi, mikä hyvin korostaa hänen perustavaa asemaansa kielitieteen luoja ja nimenomaan ranskalaisen kielialueen ja kulttuuritradition piirissä. Diskurssiteorian strukturalistinen perusluonne palautuu usein juuri tähän asetelmaan.

Ferdinand de Saussuren teoria kielestä lähtee tunnetusti merkitsijän/merkityn taikka merkin/merkityksen suhteesta. Merkin ja merkityn suhde on *arbitraarinen* eli niillä ei ole mitään luonnollista sidettä: ne ovat kaksi omalakista (rinnakkaista) järjestelmää, jotka kumpikin muodostuvat ja määrittävät suhteessa toisiin merkkeihin tai merkittyihin. Kielen yksiköt ovat tässä suhteessa pikemmin muotoa kuin ainesta, ja sitä määrittävät *suhteet, jotka erottavat sen muista yksiköistä*. Merkitsijän ja merkityn suhde jatkuu puhunnan (*la parole*) ja kielijärjestelmän (*la langue*) erottelulla. *Parole*-kielessä puhuja käyttää kielijärjestelmän koodeja ulkoistaakseen omia ideoitaan yhdistellen kielijärjestelmän elementtejä ja antaen niille konkreettisen (de Saussurella etupäässä äänellisen) psykologisen manifestaation äänteinä, merkkeinä ja merkityksinä. *Langue/parole* erottaa sosiaalisen yksilöllisestä ja perustavan satunnaisesta. Kolmantena peruserotteluna on ero kielen kehittymisen, diakronisen, ja kielen rakenteen, synkronisen, välillä. Kieli on kauttaaltaan historiallinen ja arbitraarinen. Tulemme keskeiseen ajatukseen: juuri kielen historiallisuuden ja avoimuuden vuoksi kielentutkimuksen on keskityttävä suhteisiin, jotka vallitsevat tiettyssä synkronisessa tilassa. Seuraa eräs de Saussuren vaikeaselkoisimmista ja samalla perustavimmista ajatuksista. Yhtäältä diakroninen tosiasia ja synkroninen vaikutus ovat molemmat omaa kulkuaan noudattavia tapahtumia (autonomisia). Toisaalta diakroninen identiteetti voidaan ymmärtää vain sarjana synkronisia identiteettejä. Synkroninen järjestelmä on erojen ja yhtäläisyyksien kielellinen perusrakenne. Se edeltää tiedollisesti diakronisia tapahtumia: historialliset seuraannot ovat synkronisten identiteettien johdannaisia.¹⁰

De Saussuren käsitys kielestä on strukturalistinen: kieli on kokonaisuudessaan sellaisten elementtien järjestelmä, jotka määrittävät järjestelmän sisäisten suhteiden kautta; sen ohella kielijärjestelmä käsittää myös rakenteen

⁹ Jackson 1997; Jackson 1988.

¹⁰ De Saussure 1972; Culler 1994.

eri tasoja. Koska kieli on vain muotoa eikä ainesta, sen elementeillä on vain eroihin (kontrasteihin) ja yhdistelyihin liittyviä ominaisuuksia; vastaavasti kullakin rakenteen tasolla kielen yksiköt tai elementit identifioidaan sen kyvyn nojalla, joka niillä on erotella välittömästi niiden yläpuolella olevan tason elementtejä.

Rakenteellisena järjestelmänä kieli on sosiaalisten konventioiden muodostelma, jonka perustehtävä on representaatio (vrt. referentiaalinen/toiminnallinen kieli toisen perusjaottelun mukaan). Molemmissa suhteissa kielen perusrakenne on nimenomaan erojen ja epäjatkuvuuksien järjestelmä, piirre, joka liittyy de Saussuren postmoderneihin kieliteorioihin. Merkitys on olemassa vain, koska on merkityseroja. De Saussure luonnehtii kielen peruslakia yksittäisten termien yläpuolella olevaksi rakenteeksi, joka konstituoituu keskinäisten suhteiden ja erojen kautta: kieli on ”ikuisesti negatiivisten erojen tuottama”.¹¹ Vastaavasti kielen representoiva perustehtävä rakentuu epäjatkuvuuksille, koska vain merkityserojen kautta on mahdollista tunnistaa kielen olennaisimpia ominaisuuksia.

Määrittelemme diskurssiteoriat strukturalistisesti siten, että ne tavalla tai toisella edellyttävät rakennetta. Jo de Saussurella tämä rakenne määrittäytyy erojen ja epäjatkuvuuksien muodostelmaksi, joten sana struktuuri on ymmärrettävä hyvin väljänä. Oikeastaan rakennetta määrittää mielestäni lopultakin ajatus siitä, että kielessä on edellytettynä tietty kontekstiriippumaton (*context-independent*) osio, joka on edellytettynä sen kontekstista riippuvaisesta (usein ns. deiksikaalisesta) kielestä.¹² Tällaisena tematisointina tapaamme teorian kielestä ja narratiiveista Paul Ricoeurilla.

Ricoeurin teoria kielestä on monisyinen ja vivahteikas ja ottaa usein huomioon huomattavan paljon saksalaista traditiota. Sen ydin on ehkä lopulta teoria narratiivien ajallisista rakenteista, mutta se on epäilemättä myös teoria kielestä. Toisin kuin de Saussure, jonka traditiota Ricoeur jatkaa, Ricoeur ottaa lähtökohdaksi tekstin eikä puhunutta, *le texte* eikä *la parole*. Eräs tärkeä näkökohta on läsnä Ricoeurin kaikissa teoriakehittelyissä, ja hän esitti sen alun perin artikkelissaan vuodelta 1970 ”Qu’est-ce q’un texte? Expliquer et comprendre”.

Ricoeur määrittelee kielen ja sen rakenteen strukturaalisen selittämisen ongelmana. Teksti on – kuten Ricoeur de Saussureen viitaten toteaa

¹¹ Ks. Culler 1994, s. 55.

¹² Ks. termistä *deixis* kieliteoriassa Levinson 1983, s. 54–96.

– diskurssin tapahtuma, *un événement de discours*, erityisen diskurssin erityinen ilmaisu. Se voi olla kirjoittamisen tai lukemisen diskurssi taikka puhumisen ja vastaamisen tapahtuma. Viittaa tässä yhteydessä vain eräaseen keskeiseen asiaan, nimittäin siihen tapaan, jolla Ricoeur määrittelee strukturaalisen analyysin.

Ricoeur selittää, että teksti esiintyy aina yhteyksissään, eri konteksteissa: teksti on sellaisenaan määräämätön. Tutkija voi suhtautua tähän määräämättömyyteen kahdella tavalla. Hän voi ensinnäkin lähestyä tekstiä kontekstiriippumattomana, pelkästään tekstin omien rakenteellisten edellytysten nojalla. Tai: hän voi pyrkiä poistamaan tekstin määräämättömyyden johdattelemalla sen takaisin elävään kommunikaatiotilanteeseen. Edellinen on tekstin struktuurianalyysiä, jälkimmäinen tekstin tulkintaa ja hermeneutiikkaa. Struktuurianalyysia Ricoeur puolestaan luonnehtii edelleen kahdenkertaisen transsendenssin tai ylittämisen idean avulla. Se tarkoittaa tekstin irrottamista kontekstista: dekontekstualisointia ensinnäkin suhteessa maailmaan ja toiseksi suhteessa kertojaan tai ylipäänsä kommunikatiiviseen ”toiseen”. Silloin tekstiä tarkastellaan sen omien edellytysten vallitessa, tietyllä tavalla autonomisena ilmiönä. Tässä yhteydessä tulevat kysymyseen tekstin omat merkitys- ja merkkikerrostumat vastaavalla tavalla kuin de Saussurella. Levi-Straussiin nojautuen Ricoeur puhuu foneemista, morfeemista ja semanteemista.¹³ Ricoeurin käsitys diskurssista ei ole puhtaasti saussurelainen: struktuurianalyysiä täydentää hermeneuttinen analyysi. Tämän kysymyksen jätämme avoimeksi.

Siirryn vielä de Saussuren ja Ricoeurin lisäksi kolmanteen nimenomaan postmodernin ja jälkistrukturalistisen ajattelun keskeiseen taustahahmoon Michel Foucault’hon. Foucault’lla kieli on jälleen hieman erilainen ilmiö. Jos keskitymme hänen mielestäni tärkeimpään teokseensa, *Les mots et les choses*, voidaan sanoa, että kieli on nimenomaan tiedon järjestys. Voidaan luonnehtia, että tieto on sosiaalisten tietovarantojen varastoimisen muoto, joka samaan aikaan kuvastaa sekä tiedon että kielen esittämisen eli representaatiojärjestelmää.

Foucault’n lähtökohta on saussurelainen eli kielen ja tiedon syvärakenteen hakeminen erojen ja yhtäläisyyksien järjestelmänä. Eron (*la différence*) ja yhtäläisyyden, erilaisuuden ja samankaltaisuuden verkostoilla on Foucault’lla lähtökohtainen merkitys. Näistä epäjatkuoista ja erilai-

¹³ Ks. Ricoeur 1970; vrt. *Time and Narrative III*, Chicago and London 1983, s. 28–60.

suuksista muodostuu tiedollinen ja kielellinen syvärakenne, jota Foucault kutsuu käsitteellä *episteme*. Vastaavalla tavalla kuin Saussuren kielellinen järjestelmä *la langue* on *episteme* jotain yhtäältä muuttumatonta ja historia-tonta, toisaalta jotain historiallista ja kehittyvää. Tämä asetelma on lopulta Foucault'n teorian ydin. Foucault ratkaisee tämän kaksinaisen asetelman puhumalla *historiallisesta apriorista*. *Episteme* on yhtäältä kielen esitysmuoto ja sen rakenne, koko tajunnan ja ajattelun sekä samalla designoidun oliokategorian ”esittämisen tila”, ”pöytä”, joka mahdollistaa kielellisen ajattelun ja on edellytyksenä sille ja oliokategorian representaatioille. Nämä muistuttavat kantilaisia transsendentaalisia kategorioita. Toisin kuin Kantilla (vrt. Habermas) ne eivät ole muuttumattomia vaan muodostavat ajattelun ja kielen hitaasti muuttuvan syvärakenteen. Foucault'n *episteme* realisoituu monina hedelmällisinä tarkentavina sovellutuksina: ensiksi struktuurin ja karakterin suhteena, toiseksi episteemisenä kielen luonnetta selvittävänä vinoneliönä: propositio–artikulaatio/derivaatio–designaatio.¹⁴ Niiden yksiskohtaiseen erittelyyn ei tässä ole mahdollisuutta.

Foucault'n historiallisen apriorin perusajatusta on oikeusteoriassa soveltanut Kaarlo Tuori. A. J. Greimasin ajatuksia, joita luonnehtii vastaava ajatus *struktuurista diskurssin edellytyksenä*, on soveltanut Kevät Nousiainen. Lyotardin ja Derridan teorat rakentuvat lähtökohdaltaan de Saussuren perusajatukselle kielellisen merkityksenannon eroihin (*différance*) perustuvasta arbitraarisesta rakenteesta. Näitä ajatuksia ovat viime aikoina tuoneet meillä esiin Panu Minkkinen ja Raimo Siltala.¹⁵

Yleisesti postmoderneissa diskurssiteorioissa korostetaan kielellisten ja narratiivisten rakenteiden moninaisuutta, määräämättömyyttä ja erojen konstituovaa merkitystä. Edelleen niissä merkityksenantaja tai viestin lähettäjä ei ole mikään absoluuttinen piste vaan osa diskursiivista prosessia. Tekstit ja diskurssit ovat kontekstiriippumattomia suhteessa merkityksenantajaan, ja painopiste siirtyy pikemmin merkin vastaanottajaan. Tässä suhteessa vallitsee tietty yhteinen piirre seuraavan eli hermeneuttisen teorialyytin kanssa.

¹⁴ Ks. Foucault 1974.

¹⁵ Ks. Tuori 1997, s. 311–329; Nousiainen, s. 15–57; Faber 1994; Schleifer 1987; Minkkinen 1998; Siltala 1998.

3 HERMENEUTTISET TEORIAT OIKEUSKIELESTÄ

Havaitsemme, että kontekstiriippumaton rakenne ja yleispätevyyttä tavoitteleva struktuuri ovat eri muodoissa leimallisia yhtäältä universaalipragmatiikalle ja toisaalta sellaisille diskurssiteorioille, jotka näkevät diskurssin takana ainakin suhteellisesti muuttumattoman struktuurin. Tässä mielessä eri tavoin muotoillussa apriorismissa voidaan nähdä niiden yhteinen piirre (vrt. Kantin ajankohtaisuus). Juuri tässä kohdassa hermeneuttisen tradition teoria kielestä poikkeaa mainituista. Sen lähtökohta on aina ollut kielen soveltamisessa ja erityisissä kielellisissä ilmiöissä. Teoriana se tavoittelee pikemmin itse hermeneuttisen ymmärtämisen ja tulkitsemisen prosessin ehtoja, joilla kieltä ja sen käyttöä voidaan tuottaa uudestaan, reproducoida. Sille on aina leimallista internaalinen aspekti, osallistuminen itse kielelliseen tuottamiseen. Tässä mielessä sille on lähtökohtaista praktisen kielenkäytön konkreettisuus, tehtävien kielitekojen tilannekohtaisuus. *Verstehen ist Anwenden* eli kielen applikaatiivisuus on tärkeä lähtökohta hermeneuttisille teorioille.

Voidaan luontevasti erottaa filosofinen ja oikeudellinen hermeneutiikka, koska molemmilla on oma traditionsa. Tietynlaisena uushermeneuttisena suuntauksena ja teoriana kielestä pidän Alfred Schutzin fenomenologisesta kieli- ja toimintateoriasta lähteviä ajatuksia sellaisina kuin Peter Berger, Thomas Luckmann sekä Harald Garfinkel ovat niitä soveltaneet. Joudumme jälleen uudenlaisesta näkökulmasta toteamaan, miten kielen teoria, ymmärtämisen teoria ja toiminnan teoria liittyvät erottamattomasti toisiinsa.

Filosofisen ja oikeudellisen hermeneutiikan suhde on ollut erityisesti Hans-Georg Gadamerin ajatusten soveltamista oikeudelliseen hermeneutiikkaan: viittaaan erityisesti Hassemerin ja Kaufmannin oikeushermeneuttiin kieliteorioihin, joiden filosofinen päävaikuttaja sotien jälkeisissä kieliteorioissa on epäilemättä Hans-Georg Gadamer erityisesti teoksella *Wahrheit und Methode* (1960). Ilman hänen teoriaansa ei voi ymmärtää myöskään oikeushermeneutiikan viimeaikaista kehitystä, joskin 70-luvulta lähtien fenomenologiseen traditioon nojautuva tarkastelu kielestä arkitauntaan perustuvana sekä tyyppitelyjen kautta sosiaalisia suhteita luovana ja säilyttävänä on tullut ajankohtaiseksi.

Konkreettinen elämismaailma, pikemmin tekstin vastaanottajan kuin lähettäjän korostaminen ja osallistuminen itse hermeneuttiseen ymmärtämisen prosessiin ovat siten sekä filosofisen että oikeudellisen hermeneutiikan keskeiset lähtökohdat. Tarkennettuna nämä lähtökohdat tiivistyvät ehkä ennen muuta kahteen ajatusteemaan: *hermeneuttinen kehä* ja *abstraktin/konkreetin*

yhdenvertainen suhde sekä vuorovaikutus ymmärtämisen, tulkittamisen ja (tekstin) tekemisen hermeneuttisessa tapahtumassa (prosessissa). Hermeneuttinen kehä on itse ymmärtämisen prosessi ja siihen osallistumista; siihen liittyvät ajatukset *esiymmärtämisestä* (tiedolla on aina edeltävä lähtökohta), osan/kokonaisuuden jatkuva liike ja rutiinin/ongelman taikka kysymisen/vastaamisen suhde. Abstraktin ja konkreetin suhde koskee osin myös toimijan/rakenteen suhdetta erityisesti uudemmassa hermeneutiikassa: siinä on perimmältään kysymys kahden eri tekstitason, konkreettisen puhunnan ja abstraktin kielijärjestelmän jatkuvasta keskinäisestä liiketilasta: konkreettinen puhunta on yhtäältä aina abstraktin kielijärjestelmän soveltamista, jonka säännöt luodaan toisaalta juuri konkreettisten aktien kautta.

Gadamerin tarkempi erittely ja hänen perustava merkityksensä sekä filosofiselle että oikeudelliselle hermeneutiikalle voidaan tiivistää kolmeksi kohdaksi. Ensinnäkin Gadamer erottaa hermeneuttiseen prosessiin liittyvinä kolme eri tiedon ja taidon muotoa, nimittäin ymmärtämisen, selittämisen ja soveltamisen mentaaliset aktit, *ars intelligendi, explicandi et applicandi*. Tämän kolmijaottelun merkitys pelkistyy viimeksi mainitun eli soveltamisen ja käyttämisen aktin sekä taidon ensisijaisuuden korostamiseen. Hermeneutiikka on teoriaa ja taitoa siitä, että osaamme vastaavissa tilanteissa käyttää kieltä asiamukaisella tavalla, perusesimerkkeinä saarna ja oikeuden tuomio. Tiedon lähtökohta on sen applikaatiossa. Toiseksi Gadamerilla käsite aika on keskeisessä merkityksessä (vrt. Derrida ym. postmodernit), koska tekstin tulkinta on aina jossain mielessä menneen merkityssisällön nykyistämistä tai ajankohtaistamista (jälleen: saarna tai oikeudellinen ratkaisu). Eräässä yhteydessä Gadamer sanoo, että tulkinta ja ymmärtäminen ovat menneen ja nykyisen merkityshorisontin luovaa sulauttamista, *Verschmelzung beider Horizonte*. Kolmanneksi vihdoin juuri Gadamerilta ovat peräisin keskeiset horisontin, tilaation ja vaikutushistorian keskeiset käsitteet: *Horizont, Situation* ja *Wirkungsgeschichte*. Kaksi ensin mainittua täsmentävät ja havainnollistavat yleisen ja yksittäisen suhdetta: jokainen tulkinta ja ymmärtäminen lähtee tietystä horisontista, tulkintayhteydestä ja sen yleisistä piirteistä; jokainen horisontti muodostuu kuitenkin toisaalta juuri tilanteista sekä siitä, mitä konkreettisia ilmiöitä sen kautta voidaan nähdä, *was davon sichtbar ist*. *Wirkungsgeschichte* on puolestaan tekstin ymmärtämistä *luovalla tavalla* yhtäältä omien traditioittensa, toisaalta sen omien applikaatioiden edellyttämänä jatkumona.¹⁶

¹⁶ Ks. Gadamer 1986, Kaufmann 1965 ja 1994, Hassemer 1968.

4 ERÄITÄ YHTEISIÄ HAVAINTOJA

1. Ensinnäkin on korostettava, että kolmiluokittelu on muodostettu paljolti sellaisten vastakohtaisten asetelmien perusteella, jollaisia on ilmennyt kielen luonnetta koskevilla keskusteluilla. Tällaisia laajoja keskusteluja on käyty Habermasin ja Gadamerin ajatusten vertailevassa tai kontroverttisessä keskustelussa. Toiseksi vastaavaa keskustelua on Habermasin ja Lyotardin välillä sekä Gadamerin ja strukturalistisesti suuntautuneen kieliteorian kesken. Ajattelen, että tällaisia suhteita on hyödyllistä tarkastella ja eritellä eteenpäin.

2. Toiseksi on korostettava kulttuuritraditioiden luovaa vaikutusta. Niinpä diskurssiteoriat tässä luonnehditulla tavalla ammentavat jotain tyyppillistä ranskalaisesta durkheimiläisestä skientisestä hengestä: kieli ja tiede ovat jotain, joka asettuu pikemmin kohteensa ulkopuolelle ja joka kuvaa ja analysoi sitä. Sitä vastoin saksalainen traditio sisältää aina praktisen diskurssin peruspiirteen joko Habermasin universaalipragmatiikan tai Gadamerin applikaatiivisen ja osallistuvan kielen konseptin kautta.

3. Lopuksi on painotettava, että koko jaottelu on useissa suhteissa ideaalittyyppittely, joka tarkastelee pikemmin puhtaita muotoja, eikä ehdoton kattava kuvaus. Esimerkiksi Ricoeurin teoriaan sisältyy strukturaalisen teorian komplementaarisenä osana olennaisesti ymmärtämisen teoria (*comprendre*). Koko jaottelun ulkopuolelle jää kaksi tärkeää ilmiötä: uusretoriikka ja siihen liittyvä, erityisesti oikeuden kieleen liittyvä, argumentaatioteoria sekä analyttinen institutionaalinen kielen teoria sellaisena kuin erityisesti John Searle sitä edustaa. Luulen kuitenkin, että kolmijaostamme on hyötyä myös näiden teorioiden ja niiden traditioiden ymmärtämisen kannalta.

KIRJALLISUUSLUETTELO

Austin, John: *How To Do Things With Words*. Clarendon Press: Oxford 1962.

Berger, Peter & Luckmann, Thomas: *The Social Construction of Reality*. 1968. Suomeksi: P. Berger & T. Luckmann: *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen*. Suomentanut Vesa Raiskila. Gaudeamus: Helsinki 1994.

Culler, Jonathan: *Ferdinand de Saussure*. Suomentanut R. Heiskala. Tutkijaliitto: Helsinki 1994.

- Dascal, Marcelo & Wróblewski, Jerzy: The Rational Law-Maker and the Pragmatics of Legal Interpretation, in: *Journal of Pragmatics* (1991)15, s. 421–445.
- Faber, Honi F.: *Beyond Postmodern Politics*. Routledge: New York 1994.
- Foucault, Michel: *Les choses et les mots*. Englanniksi: *The Order of Things*. Tavistock: London 1974.
- Gadamer, Hans-Georg: *Wahrheit und Methode*. Mohr: Tübingen 1968.
- Grice, H. P.: Logic and conversation, in: Cole & Morgan (ed.) *Syntax and Semantics / Speech Acts Vol. 3*. Academic Press INC: London 1975.
- Habermas, Jürgen: *Erkenntnis und Interesse*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1968.
- Habermas, Jürgen: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1983.
- Habermas, Jürgen: *Faktizität und Geltung*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1992.
- Hassemer, Winfried: *Tatbestand und Typus*. Heymann: Köln 1968.
- Heidegger, Martin: *Sein und Zeit*. Max Niemeyer: Tübingen 1979.
- Jackson, Bernard: *Semiotics and Legal Theory*. Deborah Charles: Liverpool 1997.
- Jackson, Bernard: *Law, Fact and Narrative Coherence*. Deborah Charles: Oxford 1988.
- Kalela, Jorma: *Aika, historia ja yleisö*. Turun yliopisto: Turku 1993.
- Kaufmann, Arthur: *Analogie und Natur der Sache*. Müller: Karlsruhe 1965.
- Kaufmann, Arthur: *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. Beck: München 1944.
- Levinson, Stephan: *Pragmatics*. Cambridge University Press: Cambridge 1983.
- Minkinen, Panu: *Correct Law*. Basilius: Helsinki 1998.
- Neurath, Otto: Protokollalauseet. Suomennettuna teoksessa P. Raatikainen: *Ajattelu, kieli, merkitys*. Gaudeamus: Helsinki 1997.
- Nousiainen, Kevät: Oikeuden systeemi ja naisen arki. Teoksessa R. Turunen (toim.): *Naisnäkökulmia oikeuteen*. Gaudeamus: Helsinki, s. 15–57.
- Ricoeur, Paul: Qu'est-ce qu'un texte? Expliquer et comprendre. Teoksessa R. Bubner et al. (Hrsg.): *Hermeneutik und Dialektik. Aufsätze. Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag*. Mohr: Tübingen 1970.
- Ricoeur, Paul: *Time and Narrative III*. University of Chicago 1983.
- de Saussure, Ferdinand: *Cours de linguistique générale*. Payot: Paris 1972; englanniksi: *Course in General Linguistics* (transl. by Roy Harris). Duckworth: London 1983.
- Schleifer, Ronald: *A. J. Greimas and the Nature of Meaning*. Groom Helm: London 1987.
- Schlick, Moritz: Positivismi ja realismi. Suomennettuna teoksessa P. Raatikainen: *Ajattelu, kieli, merkitys*. Gaudeamus: Helsinki 1997.
- Searle, John, *The construction of social reality*. Penguin Books: New York – London 1995.
- Siltala, Raimo: *A Theory of the Precedent*. Helsingin yliopisto: Helsinki 1998.
- Tuori, Kaarlo: Ideologiateoriasta kriittiseen positivismiin. Teoksessa J. Häyhä (toim.): *Minun metodini*. WSLT: Helsinki 1997.
- Wittgenstein, Ludwig: *Tractatus Logico-Philosophicus*. Routledge & Kegan Paul: London 1922.
- Wittgenstein, Ludwig: *Philosophische Untersuchungen*. Blackwell: Oxford 1967.

Oikeus ja sen tavoitteet

1 YLEISTÄ

Hannu Tapani Klamin koko tuotannon keskeinen ajatus on oikeuden tavoitteellinen luonne (ks. Klami 1977, 1979 ja 1983). Tähän ajatukseen on suhtauduttu sekä myönteisesti että kriittisesti. Jyrki Tala on väitöskirjassaan eritellyt lainsäätäjän tavoitteellista toimintaa sen vaikutuksista lähtien sekä niitä eritellen. Seuraavassa yritän eritellä hieman samansuuntaisesti lainsoveltajan eli tuomarin tavoitteita ja vaikutuksia. Kysyn, miten tavoitteet ja seuraamukset esiintyvät lainkäytön toiminnoissa.

Oikeuslähdeopillisesti tätä kysymystä sanotaan reaalisiksi harkinnaksi tai seuraamusharkinnaksi. Joskus nämä käsitteet erotetaan toisistaan. Tässä esityksessä molemmilla tarkoitetaan reaali maailmaan ja sen tosiasioihin nojautuvaa argumenttia. Myös teleologinen tulkinta tai argumentti tarkoittaa samaa asiaa. Skandinaavisissa kielissä se tunnustetaan käsitteillä *reella överväganden* (ruotsi), *reelle hensyn* (norja), *reale hensyn* (tanska). Jos haluamme nimenomaan korostaa seuraamuksia, sanomme norjalaisen Eckhoffin tapaan *hensynene til konsekvens* (Eckhoff 1971). Englannin kielellä termi on yksiselitteinen: se on *consequentialist argument*. Näillä käsitteillä on jossain määrin eri vivahteita, mutta niiden ydinsisältö on sama. Tämä sisältö muodostuu oikeuden suhteesta reaali maailmaan ja yhteiskuntaan. Sen tärkeänä tapauksena ovat oikeudellisen ratkaisun tai oikeudellisen norminannon reaaliset vaikutukset. Tässä pääpaino on oikeudellisella ratkaisulla ja kysymyksellä, miten reaali maailmaan suuntautuva argumentti on ymmärrettävä oikeudellisesti.

Ajatus, että reaali maailma tavoitteineen ja intresseineen liittyy olennaisesti oikeuteen, ei ole mitenkään uusi. Jo 1800-luvun lopussa ja hieman uudessa muodossa 1900-luvun alussa esiintyi saksalaisella kielialueella ns. intressilainoppi (*Interessenjurisprudenz*). Tämä suuntaus näki lain ja sen soveltamisen kaikissa tilanteissa intresseihin sidotuiksi. Suuntauksen keskeinen edustaja oli *Philipp von Heck*. Hänen mielestään ratkaisu on tulkinnallisissa tilanteissa aina tehtävä intressien mukaan. Heck ajatteli kuitenkin, että kysymys on olennaisesti lainsäätäjän intressimuodostelmista. Oikeustieteen ja

tuomarin tuli tunnistaa nämä intressit oikein ja ottaa ne huomioon tapauksen ratkaisemisessa. Intressilainopin vastine Ranskassa oli vapaa oikeudellinen koulu pääedustajanaan Otto Brusiinin teksteissä usein viitattu *François Geny*: tämä koulu korosti tuomarin ratkaisun luovia piirteitä. Amerikkalainen *Roscoe Pound* on väljästi yhdistettävissä samaan ajattelutapaan. Oikeus ja sen käyttö olivat hänelle sosiaalista insinööritaitoa; sellaisena siihen kuuluivat olennaisesti erilaiset tavoitteet, arvot ja intressit.

2 RATKAISUN SEURAAMUKSET JA SYSTEEMIVAARDE

Reaalinen harkinta liitetään pääsääntöisesti oikeudelliseen ratkaisuun tai oikeustieteelliseen argumentaatioon. Lain vaikutukset kuuluvat taasen lain ja sen esitöiden ongelmapiiriin. Tuonnempana tulemme havaitsemaan, että niillä on tiettyjä yhteisiä piirteitä.

Lähden liikkeelle nimenomaan oikeudellisesta ratkaisusta. Alustan esitykseni eräillä huomionarvoisilla esityksillä ja pyrin muodostamaan kantani niiden perusteella. Siten aloitan Neil MacCormickin ja Aulis Aarnion käsityksillä.

2.1 MacCormick

Seuraamusargumentin voimaa oikeudellisessa päätöksenteossa lienee eniten korostanut Neil MacCormick teoksessaan *Legal Reasoning and Legal Theory*. Vaikka sen kohteena on englantilainen *common law* -järjestelmä, siitä on koko joukko opittavaa myös mannermaista järjestelmää silmällä pitäen. Lisäksi MacCormickilla on keskeisissä kohdissa myös säädetyn lain tulkintaa koskevia esimerkkejä.

MacCormickin lähtökohta on kuitenkin hyvin perinteinen: teoksen alussa hän esittää, miten jokainen oikeuden päätös on ymmärrettävä deduktiivisesti, ts. johdettuna yleisestä normista. Eli: jokaisessa päätöksessä tarvitaan yleinen normi ("jos a, niin b"), jonka alle tapaus ("vallitsee a") sijoitetaan ja ratkaistaan päätöksen muodossa ("siis seuraa b"). Tätä kutsun MacCormickin esitystä hieman tulkiten *deduktiiviseksi perusargumentiksi*. Deduktiivinen perusargumentti jättää kuitenkin hyvin tärkeän joukon

kysymyksiä vastaamatta. Sellaisia ovat ennen muuta tulkintakysymykset sekä niitä muistuttavat ns. relevanssikysymykset (koskeeko jokin normi tiettyä tapausta). Niitä emme voi ratkaista yleisen ja valmiiksi annetun normin puitteissa. Ne vaativat ”toisen asteen perustelua” ja juuri niissä seuraamusharkinta on kaikkein keskeisimmässä osassa: se on nimittäin koko argumentaation kehikko ja lähtökohta. Seuraamusharkinta on sama kuin seuraamusargumentti (*consequentialist argument*).

Seuraamusharkinta eli reaalin harkinta ei voi kuitenkaan tarkoittaa, että kuka tahansa harkitsisi mitä hyvänsä. Sitä rajoittaa olennaisesti systeemivaade. Emme voi harkita ja tulkita yksittäisiä tapauksia, vaan tapaukset liittyvät aina toisiinsa tai toisiin samanlaisiin tapauksiin. Siksi jokaista ratkaisua hallitsee

- systeemivaade.

Mitä tämä vaade tarkoittaa? Ainakin se on sidoksissa oikeusvarmuuteen ja ennakoitavuuteen. McCormick puolestaan ymmärtää vaateen olennaisesti

- ristiriidattomuuden vaateeksi.

Mutta mitä tarkoittaa ristiriidattomuus? McCormick erottaa toisistaan kaksi ristiriidan muotoa, jotka ovat

- konsistenssi ja koherenssi (*consistency and coherence*).

Konsistenssi on loogista ristiriidattomuutta. Se voidaan tässä pelkistää ristiriitoja poistaviksi säännöiksi: *lex specialis*, *lex posterior* ja *lex superior* eli erityisemmän lain, myöhemmän lain ja ylemmän lain periaatteet. Koherenssi on jotain muuta: se tarkoittaa arvojohdonmukaisuutta tai sisällöllistä johdonmukaisuutta. McCormick antaa seuraavan esimerkin: jos kohtelemme keltaisia autoja eri tavoin kuin muita, meidän on ilmoitettava siihen peruste; muuten olemme epäjohdonmukaisia ja rikomme koherenssin tärkeää vaatimusta. Esimerkki osoittaa, että ristiriidattomuus tarkoittaa myös oikeusvarmuuden ja yhdenvertaisuuden kannalta jotain olennaista. Se laajenee kuitenkin koherenssin kautta koskemaan oikeusyhteisen perusarvoja.

Jos palaamme uudestaan seuraamusharkintaan ja sen sisältämään systeemivaateeseen, avautuu myös toinen ongelma. Systeemivaade (konsistenssin ja koherenssin mielessä) määrittää myös sitä, millä yleisyyden tasolla seuraamukset ymmärretään. Ottakaamme *common law* -ajatteluun juurtunut klassinen esimerkki *Donoghue v. Stevenson* (1932). Se koski tapausta, jossa

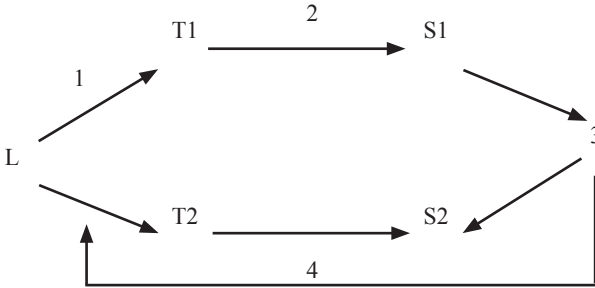
inkivääriolutpulloon oli päässyt etana, jonka kuluttaja nautti. Kysymys oli siitä, oliko valmistaja vai myyjä vastuussa tästä virheestä. House of Lords katsoi, että nimenomaan valmistaja oli syyllistynyt moitittavaan menettelyyn; koska pullo oli läpinäkymätön, myyjä ei puolestaan ollut velvollinen vahingon korvaamiseen. Tällöin ongelma koskee sitä, mille yleisyyden tasolle ratkaisun seuraamus suuntautuu? Onko se tarkoitettu koskemaan vain inkivääriolutpulloja vai yleensä virvoitusjuomia vai ylipäänsä suljettuja pakkauksia vaiko ylimalkaan ottamaan huomioon ostajan intressit? Juuri tämän ratkaisun yhteydessä eräs korkeimman oikeusteen tuomari esitti jopa lähimmäisen loukkaamattomuutta koskevan ns. naapuruusperiaatteen, *neighbour principle*, joka on melko tunnettu Isossa-Britanniassa ja esiintyy ensimmäisen kerran juuri tämän tapauksen yhteydessä. Tietysti tuomioistuimen perustelut ratkaisevat osan kysymystä. Ne eivät kuitenkaan ole tyhjentäviä eivätkä edelleen voi estää sitä, että ratkaisua käytetään myöhemmin täysin toisessa asiayhteydessä tai huomattavasti yleisemmässä merkityksessä.

Konsistenssin ja koherenssin systeemivaade rajoittaa seuraamusargumenttia. Suomen oikeusjärjestyksen osalta voidaan alustavasti todeta, että on koko joukko oikeudellisia väljiä lausekkeita, jotka ovat tavoitteellisesti suunnattuja. Sellaisia ovat esim. vaihdannan varmuus, hallinnon joustavuus ja julkisoikeudellinen luottamuksensuoja. Ne voivat aina esiintyä vain oikeusjärjestelmän puitteissa.

2.2 Aarnio

Ennen kuin jatkamme erittelyä, meidän on otettava esille Aulis Aarnion tasokas esitys seuraamusharkinnasta. Se, mikä Aarnion esityksessä on tämän kirjoituksen kannalta kiintoisinta, koskee seuraamuksen käsitettä.

Aarnion mukaan sekä lainsäännöksellä että viranomaisratkaisulla on välinearvoa. Ne ovat keinoja ja instrumentteja joidenkin muiden asian tilojen saavuttamiseksi. Tässä mielessä oikeus on päämäärähakuista. Oikeudellisessa tulkinnassa asia esiintyy painotuksissa, jotka tuovat esiin käytännönläheisyyden ja reaalisten argumenttien merkityksen. Joka tapauksessa kysymys on oikeuslähteestä, joka tukee tiettyä tulkintavaihtoehtoa (ks. kuvio 1).

Kuvio 1: *Seuraamusharkinta Aarnion mukaan*

Aarnio esittää kuviona seuraamusharkinnan neljä vaihetta. Siinä ajatellaan laki L, jolle voidaan antaa kaksi tulkintaa, T1 ja T2; viimeksi mainituilla on tyypillisinä seuraamuksina S1 ja S2. Ajatus kulkee neljän vaiheen kautta.

Ensimmäisessä vaiheessa (1) selvitetään lakitekstin L juridiset tulkintamahdollisuudet eri merkitysvaihtoehtoina. Kuviossa niitä on oletettu kaksi, jotka ovat T1 ja T2. Seuraava askel (2) on pyrkiä erittelemään kummankin mahdolliset seuraamukset (S1 ja S2). Ne voivat olla systeemisissä (= vaikutuksia oikeudelliseen systeemiin) taikka kausaalisia. Edellisestä Aarnio sanoo, että siinä tulkinta edellyttää kannanottoa oikeussysteemissä.

Sen sijaan kausaaliset seuraamukset voivat olla joko yksilöä koskevia tai yhteiskunnallisia (yhteisöllisiä). Yksilöä voi koskea sellaiset asiat kuin ostajan etu. Yhteisöllinen olisi puolestaan rikollisuuden kasvu/vähentyminen. Kausaaliset seuraamukset voidaan selvittää empiirisellä tutkimuksella, tai niiden havaitseminen perustuu tuomarin normaaliin arkikokemukseen.

Kolmanneksi (3) seuraamukset on asetettava tärkeysjärjestykseen. Se on seuraamusharkinnan keskeinen askel. Se perustuu harkintaan. Aarnio sanoo, että se nojautuu arvoarvostelmiin. Vihdoin seuraa neljäs askel (4). Aarnio sanoo, että seuraamuksen muuttuminen tavoitteeksi tarkoittaa samalla sen ”takaisinkytkentää” lakiin. Tulkintavaihtoehto T2, jonka seuraus on S2, on tullut lain L tulkinnaksi. Aarnio toteaa lopuksi, että ajattelutapaa kutsutaan myös *reaaliseksi harkinnaksi* (lähdettyään käsitteestä teleologinen argumentti).

2.3 Oma käsitys: oikeudellisen ratkaisun vaikutukset

Oma ajatukseni lähtee MacCormickin esityksestä. Tulkitsen tämän MacCormickin (*common law* -systeemiin nojautuvan) ajatuskehikon ratkaisun eritasoisiksi systeemivaateiksi, joita voidaan kutsua myös systeemiseuraamuksiksi. MacCormickin systeemivaade koskee ristiriidattomuutta. Se voidaan laajentaa myös koskemaan oikeusjärjestelmän perustavia arvoja. Ne itse asiassa antavat mittapuun, jonka mukaan ristiriidattomuutta voidaan arvioida juuri koherenssin mielessä. Sellaisia arvoja ovat meillä esim. yhdenvertaisuuden ja itseautonomian oikeusajatuksset. Niitä voivat olla myös jo mainitut vaihdannan varmuus, hallinnon joustavuus ja julkinen luottamuksensuoja.

Molemmat edellä käsitellyt tutkijat ovat lausuneet jotain varsin huomion-arvoista reaalisesta harkinnasta. Niissä on ehkä koko joukko yhteistä. Molemmat korostavat, ettei yksi tuomioistuinratkaisu ole koskaan yksittäinen vaan liittyy aina johonkin oikeudelliseen kokonaisuuteen. Kuitenkin näitä ajatuksia voidaan jatkaa askel pitemmälle.

MacCormickin ansio on yhtäältä seuraamusharkinnan keskeisen merkityksen erittelemineen yhdistettynä sen kanssa samanaikaiseen systeemi- ja johdonmukaisuusvaateeseen. Aarnion ansiona on se, että hän on kiinnittänyt huomiota seuraamuksen useisiin vaikutuksiin, yksilöllisiin, yhteiskunnallisiin ja tulkinnallisiin. Lain tai tuomion vaikutukset ovat keskeisiä, *mutta* niitä voidaan erottaa usealla tasolla. Itse näkisin ydinkysymyksenä sen, mitä vaikutuksia tuomioistuimen ratkaisulla tyypillisesti on. Toiseksi on luontevaa ottaa huomioon se, missä määrin nämä vaikutukset vaihtelevat erilaisissa ratkaisutyypeissä. Yksinkertaisen massaratkaisun vaikutukset voivat olla erilaiset kuin harkintavaltaan rakentuvat.

Siten oma ajatukseni on lähteä oikeudellisen ratkaisun tyypillisistä vaikutuksista. Peruskysymys on: Mitkä vaikutukset oikeudellisella ratkaisulla on/voi olla? Onko lopultakaan luontevaa erottaa *oikeus*vaikutukset muista *yhteiskunnallisista* vaikutuksista? Kysymys ei ole niinkään empiirisen tiedon perusteella ratkaistavissa. Jyrki Talan samaan ongelmaan suuntautuva vaikutusanalyysi koskee lain, ei oikeudellisen ratkaisun eikä oikeustieteen kannanoton vaikutusta. Talan erottelussa on kaksi lain vaikutustyyppiä, jotka suuntautuvat myös oikeudelliseen ratkaisuun.

- vaikutukset kansalaisten materiaalisessa elämänpiirissä ja
- kulttuuriset, arvoja ja symbolisia merkityksiä koskevat vaikutukset.

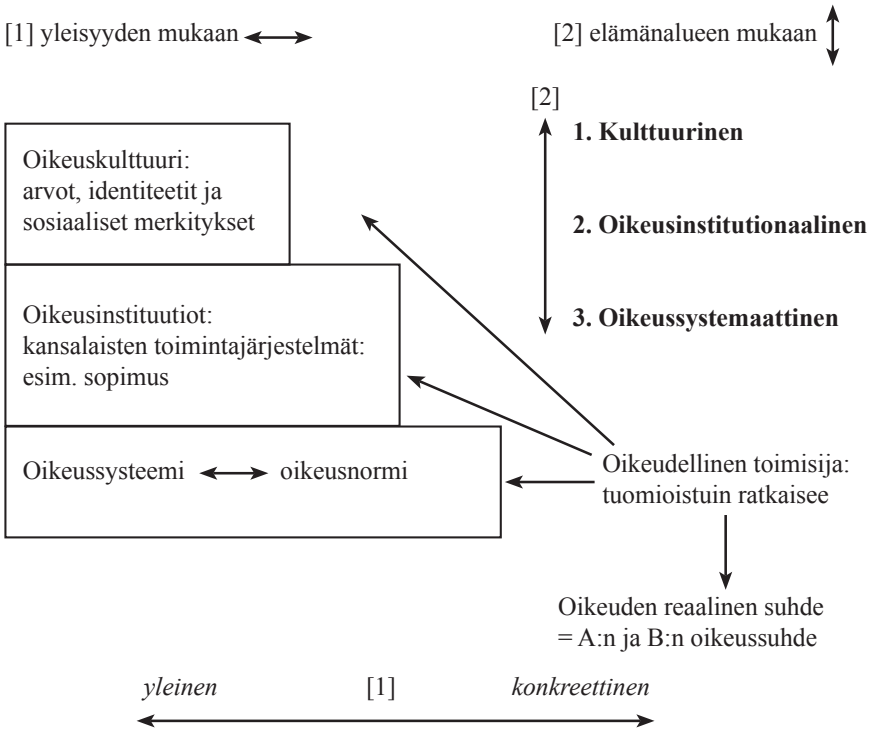
Tässä asiassa lainsäätäjä ja lainsoveltaja eivät kuitenkaan ole samassa asemassa. Ensimmäistä ei voida suoranaisesti soveltaa oikeudelliseen ratkaisuun, koska tuomioistuin antaa yhden ratkaisun kerrallaan ja joutuu argumentoimaan sen piirissä. Kuitenkin Talan tarkoittamat muutokset kansalaisten materiaalisessa elämänpiirissä vastaavat A:n ja B:n reaalista oikeussuhdetta, jonka tuomioistuin aina vahvistaa. Lisäksi oikeustieteen ja ratkaisutoiminnan kohdalla voidaan puhua myös kulttuurisista, arvoja ja symbolisia merkityksiä koskevista vaikutuksista.

Mitä vaikutuksia sitten erityisesti tuomioistuimen ratkaisulla on? Käsitteykseni mukaan niitä voidaan erottaa neljä erilaista tyyppiä, joskin niitä voidaan yhdistellä toisinkin. Siten erotan seuraavat neljä vaikutustyyppiä niiden yleisyyden ja elämänalueen mukaan:

- konkreettinen A:n ja B:n suhdetta koskeva vaikutus,
- systeeminen vaikutus, joka kohdistuu tulkintaan ja oikeussysteemiin,
- (oikeus)institutionaalinen vaikutus, joka kohdistuu kansalaisten toimintajärjestelmiin ja oikeuden perusinstituutioihin ja
- kulttuurinen vaikutus, joka kohdistuu ennen muuta oikeuden antamiin arvoihin, identiteetteihin ja symbolisiin merkityksiin.

Miten nämä vaikutukset toimivat? Keskeistä on havaita, että ne eivät ole täysin riippumattomia toisistaan. Ne ovat tässä mielessä sisäkkäisiä. Eräässä mielessä voi luontevasti sanoa, että oikeusjärjestelmä on kaikkien muiden ehto. Esitän ne seuraavan kuvion muodossa (ks. kuvio 2).

Kuvio 2: Oikeudellisen ratkaisun vaikutuspiirit



Kysymys on siitä, mitä vaikutuksia tuomioistuimen ratkaisulla on (voi olla). Näyttää siltä, että joudumme sivuamaan toista kysymystä, joka koskee oikeuden rakentumista yhtäältä yleisellä ja toisaalta konkreettisella tasolla [1]. Tässä mielessä oikeus elää yhtäältä konkreettisina oikeussuhteina (sovellutuksina) ja yleisinä normeina toisaalta. Nämä ovat molemmat yhtä lailla oikeudellisia, koska A:n ja B:n (konkreettinen) oikeussuhde on (yleisen) oikeusnormin sovellutus.

Toisaalta oikeusnormin tulkinnassa tulee aina näkyviin edellä mainittu systeemivaade. Tällä ulottuvuudella oikeusnormi ja soveltaminen kuuluvat ensinnäkin aina oikeussystemiin: hallinnanpalautuskanne kuuluu omistusoikeuteen, tieliikenerikkomus on osa tieliikennejärjestelmän kokonaisuutta, ja sellaisena sitä koskevat rikosoikeuden perusvaatimukset, mm. rikosoikeuden korostettu laillisuusperiaate, velkomuskanne on osa sopimussanktiojärjestelmää jne.

Ratkaisun systeemivaade perustuu sen *yleistettävyyteen*. Jokainen tuomari joutuu päätöstä tehdessään harkitsemaan ratkaisunsa ja perustelunsa siten, että hän olennaisesti samanlaisessa tapauksessa ratkaisee jutun (olennaisesti) samalla tavalla. Tämä perustuu puolestaan yhdenvertaisuuden vaatimukseen: että samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavalla.

Toiseksi oikeus järjestelmänä on keskeinen osa muita sosiaalisia järjestelmiä. Erotan kaksi sellaista. Ensimmäistä kutsun instituutiojärjestelmäksi. Tarkoitin tässä yhteydessä instituutioilla sellaisia sosiaalisia vuorovaikutusjärjestelmiä, joiden ylläpitäjinä on nimenomaan kansalaiskäyttäytyminen; toisaalta niihin liittyy suoranaisia oikeusnormeja. Viimeksi mainitut ovat nimenomaan konstitutiivisia normeja: ne antavat mahdollisuuden tiettyyn toimintaan siihen pakottamatta. Tällaisia toimintamahdollisuuksia ovat avioliitto, sopimus ja omistus. Kaikkiin liittyy oikeusnormeja, jotka määrittävät

- miten instituutiot konkreettisesti tapauksessa syntyvät *ja*
- millaisia oikeusvaikutuksia niillä on.

Tämän mukaisesti ratkaisun institutionaaliset vaikutukset ovat sellaisia kansalaisia koskevia toimintamahdollisuuksia, joille lain säännöt luovat kehikon. Avioliittoon ei voi mennä ilman avioliittolain säännöksiä eikä sopimusta voi tehdä ilman sopimusoikeudellista järjestelmää. Näihin toimintamahdollisuuksiin vaikuttaminen ja päätöksen arviointi niihin on nähdäkseni keskeinen osa reaalista harkintaa.

Kolmanneksi oikeus on osa kulttuurista järjestelmää, mutta luonnollisesti kulttuurinen järjestelmä on etupäässä muuta kuin oikeutta. Oikeudella on tällä alueella kuitenkin selväpiirteisiä vaikutuksia. Oikeuteen liittyy identiteettejä, arvoja ja yhteiskuntapoliittisia tavoitteita.

2.4 Esimerkkejä

KKO 1993:130

Viitataan aluksi KKO:n eräeseen tunnettuun sopimusoikeudelliseen ratkaisuun, jota on käsitelty jonkin verran oikeuskirjallisuudessa. Esimerkissä *KKO 1993:130* oli kysymys siitä, että urakoitsija ja kaupunki olivat sopineet syvälaiturin rakentamisesta. Sopimusneuvottelujen tuloksena oli syntynyt koko joukko papereita. KKO:n mielestä pääasia oli, että oli alun perin sovittu törmäysenergian vaimentamisesta tiettyjen teknisten standardien mukaan. Sittenmin uudelleenneuvottelujen aikana oli sovittu, että alun perin

suunnitellut kumiset vaimentimet eli fenderit korvataan puisilla. Lopputulos poikkesi sen myötä alun perin suunnitellusta lujudesta olennaisella tavalla. Urakoitsija ei ollut kuitenkaan tiedottanut tai selvittänyt asian merkitystä kaupungille. KKO toteaa selvästi ja yksiselitteisesti: ”Vaikka sopimusehtojen kohta koskee otsikkonsa mukaisesti urakoitsijan suoritusajasta vastuuta, siinä määrättyä huomautuksentekovelvollisuutta on *ns. lojaliteettiperiaatteen mukaisesti* noudatettava myös sopimusta valmisteltaessa. Kun yhtiöt [= urakoitsija] ovat kerrotun tavoin laiminlyöneet huomauttaa kaupungille siitä vaikutuksesta, joka kumifenderien korvaamisesta puuparruilla olisi laiturin kestävyyyteen, ne ovat vastuussa kaupungille tästä aiheutuneista vahingoista” (kurs. tässä).

Jos erottelemme tapauksen vaikutuksia, sillä on luonnollisesti tärkeä reaalinen vaikutus urakoitsijan ja kaupungin oikeussuhteeseen: urakoitsija vastaa tiedonannon laiminlyönnin johdosta syntyneestä vahingosta. Toiseksi sillä on keskeinen systeemivaikutus eli merkitys sopimusoikeudelliselle systeemille. Ensimmäistä kertaa KKO lausui julki eli suoritti periaateartikulaation, jolla se yksilöi *lojaliteettiperiaatteen*. Vielä 1980-luvulla sopimuslojaliteetti eli yhteistoimintavelvoitteita koskevat tapaukset oli yksilöity oikeustoimilain 36 §:n tapauksina. 1990-luvulla sopimuslojaliteetti alkoi eri muodoissaan esiintyä oikeuskirjallisuudessa, mutta kyseinen KKO:n ratkaisu antoi sille selvän tuen.

Kolmanneksi ratkaisulla on keskeinen tässä tarkoitettu oikeusinstitutionaalinen merkitys. Lojaliteettiperiaate koskee etupäässä yhdenvertaisia osapuolia (toisin kuin kohtuusperiaate, joka usein tarkoittaa erivertaisia sopijapuolia). Se tarkoittaa, että sopimuksen osapuolet ovat tiedollisesta ja taloudellisesta yhdenvertaisuudestaan huolimatta velvollisia informoimaan toista osapuolta sellaisista seikoista, joilla on olennainen merkitys osapuolten kannalta. Edellä on mainittu, että se merkitsee sopimusinstitution toiminta-ajatuksen ymmärtämistä toisella tavalla kuin perinteisesti: sellaisena se on tarkoitettu tavoittamaan kansalaiskäyttäytymisen varsinkin elinkeinonharjoittajien sopimuksissa. Sopimus on yhteistoimintaa, joka ottaa huomioon vastapuolen intressit, ei pelkästään oman hyödyn maksimointia.

KHO 1999/1571 ja 2000/2237

Toinen esimerkkini koskee hallinnollista asiaa. Se muodostuu kahdesta toisiinsa liittyvästä ratkaisusta 1999/1571 ja 2000/2237. Niistä jälkimmäisessä KHO hylkäsi edellistä koskevan purkuhakemuksen esittäen samalla uusia perusteita. Tapauksissa oli kysymys väliaikaisesti maahan tuodun auton käyttämisestä syntyvästä verovelvollisuudesta. Tullihallitus ja valtiovarainministeriö, jolta oli pyydetty lausunto, olivat todenneet *ns. verottoman väliaikaisen käytön rajoituksista*. Tällainen käyttö oli sallittu Autoverolain 2 § 2 momentin ja 35 §:n mukaan vain omaan käyttöön ja väliaikaisesti. Edelleen auton käyttöä ei saa luovuttaa muille. Verollisena ajoneuvon käyttönä ei kuitenkaan pidetä väliaikaisesti maassa oleskelevan ja muussa valtiossa kuin Suomessa vakituisesti asuvan luonnollisen henkilön omaa tarvetta varten

väliaikaisesti maahan tuodun ajoneuvon käyttöä. Tällä tavalla hankittua ajoneuvoa ei saa luovuttaa Suomessa asuvan henkilön käytettäväksi.

Ruotsissa asuva avopari, mies Suomen ja nainen Ruotsin kansalainen, oli käyttänyt autoa siten, että vaimo oli ajanut sen matkalla Suomeen ja mies oli (näytetysti vain) yhden kerran lähtenyt ajamaan vaimon omistamalla autolla, koska hänen oma autonsa oli korjattavana. Hallinto-oikeus oli ratkaissut sekä valtiovarainministeriö antanut myöhemmin sitä tukevan kannanoton, että mainittuja käyttörajoituksia oli rikottu. Valtiovarainministeriön lausunnosta ilmenee vielä: ”lain soveltamisalan täsmällinen määrittely on oikeusvarmuuden kannalta välttämätöntä”. Siten molemmat instanssit katsoivat, että vähäinen käyttö olisi liian epämääräinen käsite. Oli melko selvää, että luovuttaminen olisi lain kirjaimellisen tulkinnan mukaan ollut sallittu vain Ruotsin kansalaisen käyttöön.

Korkein hallinto-oikeus tutki jutun ja lausui ensimmäisessä tapauksessa, että ”[l]ain sanamuodon mukainen tulkinta merkitsisi autoveron täysimääräistä suorittamista. Tällainen veroseuraamus ei kuitenkaan ole oikeassa suhteessa käytön tilapäisyyteen ja vähäisyyteen”. Siitä syystä korkein hallinto-oikeus ”katsoo, että lakia... voidaan tulkita laajentavasti”.

Tulliasiamies haki tämän jälkeen purkua ensimmäisestä päätöksestä sen nojalla, että korkein hallinto-oikeus oli ylittänyt toimivaltansa. Korkein hallinto-oikeus tutki jutun ja perusti päätöksensä perusoikeuksien omaisuussuojasäännökseen. ”Vaatimus teon ja seuraamuksen oikeasta suhteesta lain soveltamisesta yksittäisessä tapauksessa voidaan perustaa omaisuuden suoja koskevien säännösten perusoikeusmyönteiseen tulkintaan.”

Tässä tapauksessa ei ole helppo tulkita muuta kuin tapauksen reaali vaikutus. Epäilemättä ratkaisulla on kuitenkin merkittävä systeemivaikutus, joka voidaan muotoilla suhteellisuusperiaatteeksi. Kolmanneksi ratkaisulla on epäilemättä merkittävän oikeuskulttuurin vaikutus. Viimeksi mainittu voidaan nähdä koskevan kansalaisten ja viranomaisten suhdetta: onko se käskysuhde vai yhteistoimintaan perustuva. Toisaalta sen voi tulkita myös käsitykseksi lain tulkinnasta, yhtäältä sen seuraamuksista piittaamattomasta tai toisaalta joustavammasta tulkinnasta.

Viimeinen esimerkkinä koskee sukupuolten tasa-arvoa ja naispappeutta.

KKO 2001:9

Tapaus koski naisten ja miesten välistä tasa-arvoa ja vuonna 1986 voimaan tullutta lakia. Kysymys oli siitä, voidaanko lain säännöksiä soveltaa evankelis-luterilaisen kirkon seurakunnan kappalaisen valintaan. Tasa-arvolain 2 § 1 momentin 1 kohdan mukaan lakia ei sovelleta evankelis-luterilaisen kirkon uskonnonharjoitukseen liittyvään toimintaan. Lain esitöistä käy ilmi, että soveltamisalan rajoituksella oli tarkoitettu ottaa huomioon uskonnonvapaus ja kirkon itsenäinen asema.

Tasa-arvolain jälkeen kirkko oli kuitenkin avannut pappisviran naisille. Vuonna 1996 kirkkolain ja kirkkojärjestyksen muutoksen mukana tuli voi-

maan papinvaalin uudistus, jonka mukaan seurakunnan kappalaisen valitsee kirkkovaltuusto tai seurakuntaneuvosto. Jutussa ratkaistavana oleva kysymys siitä, sovelletaanko kappalaisen vaaliin tasa-arvolakia, ei ollutkaan ennen näitä uudistuksia mahdollinen. Koska tasa-arvolain 2 § 1 momentin 1 kohtaa oli korkeimman oikeuden mukaan tulkittava tavalla, joka parhaiten toteuttaa sukupuolten välistä tasa-arvoa erityisesti työelämässä, oli lainkohdan ilmaisua ”uskonnonharjoittamiseen liittyvään toimintaan” tulkittava suppeasti eikä laajentavasti. Näin ollen kappalaisen valintaa ei ollut katsottava uskonnonharjoittamiseen liittyväksi toiminnaksi. Siten kappalaisen valintaa ei ollut perusteltua katsoa kuuluvaksi uskonnonharjoittamiseen, vaan siihen oli sovellettava tasa-arvolakia.

Tässä asiassa reaalinen ja välitön oikeusvaikutus koski kyseisen vaalin naispuolista hakijaa. Hän oli oikeutettu vaatimaan tasapuolista kohtelua siten kuin tasa-arvolaki säättää. Ennen muuta siinä oli kuitenkin kysymys kulttuurisesta vaikutuksesta, joka koski naispappeuden asemaa ja mahdollisuutta. Kysymys on siten arvojen ja identiteettien kannalta keskeinen, koska siinä on kysymys sukupuolten tasa-arvosta ja naisen mahdollisuudesta hoitaa pappisvirkaa tasavertaisena miehen kanssa.

3 OIKEUSTALOUSTIEDE

Oikeuskirjallisuudessa on useampia suuntauksia, jotka yhdistävät oikeuden systemaattisesti johonkin muuhun elämän alueeseen. Sellaisia ovat *Law and Literature*, *Law and Society* ja *Law and Economics*. Näistä kaksi viimeksi mainittua koskevat molemmat omalla tavallaan lain ja yhteiskunnan vuorovaikutusta. Meillä ”Law and Economics” on suomennettu käsitteeksi oikeustaloustiede. 1990-luvun aikana siitä on tullut nimenomaan yksityisoikeudessa ehkä tärkein yksittäinen oikeuden ja yhteiskunnan teoria. Yhteiskunta tarkoittaa tällöin taloudellista todellisuutta. Oikeustaloustiede on aina Pekka Timosen väitöskirjasta *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima* (1997) lähtien tullut tärkeäksi suuntaukseksi oikeustieteessä. Oikeuskäytännössä sitä ei juurikaan ole näkynyt. Alkavalla vuosituhanella se on joka tapauksessa vakiinnuttanut asemansa erityisesti yhtiöoikeudessa ja sopimusoikeudessa, mutta myös muilla alueilla, kuten vahingonkorvaus- ja ympäristöoikeudessa.

Oikeustaloustiede voidaan luontevasti jakaa kahtia. Molemmat suuntauokset ovat normatiivisia, mutta eivät suoranaisesti oikeuden tarkoittamassa mielessä. Ne ovat normatiivisia taloudellisen tehokkuuden merkityksessä. Se on muodossa tai toisessa se mittapuu, johon suuntauksen edustajat ver-

taavat oikeussääntöjä analysoiden, kritisoiden taikka oikeuttaen olemassa olevia oikeudellisia säännöksiä. Nämä suuntaukset ovat *sääteleyteoreettinen* ja *markkina-analyyttinen*.

Sääteleyteoriasta puhutaan myös regulaatioteorianana. Se lähtee taloudellisesti tehokkaasta oikeudellisesta säätelystä ja sen optimaalisesta ohjauksesta. Sen keskeisiä käsitteitä ovat

- aikatehokkuus eli saavutetaanko tavoitteet määritetyssä ajassa
- kustannustehokkuus
- joustavuus.

Suuntausta on sovellettu etupäässä ympäristöoikeudessa.

Toinen ja varsinkin yhtiöoikeuteen ja sopimusoikeuteen levinnyt oikeustaloustieteen muoto on markkinakäyttäytymistä koskeva ja erittelevä tarkastelutapa. Siitä lähtevä tutkimus on myös ainakin piilevästi normatiivinen (so. toimintasuosituksia antava) siten, että lähtökohtana on rationaalinen taloudellinen käyttäytyminen. Se ei tutki empiirisesti, mitä ihmiset talouden alueella tekevät, vaan lähtee taloudellisten toimijoiden rationaalisuudesta. Kyseinen ajatus tarkoittaa periaatteessa seuraavia taustaolettamia:

- Ihmiset pyrkivät maksimoimaan hyötynsä,
- ihmisillä on periaatteessa täydellinen markkinaolosuhteita koskeva tieto ja
- ihmisillä on vakaat tarpeiden etusijat eli preferenssit.

On ilmeistä, että mainitut oletamat ovat ristiriidassa arkikokemuksemme kanssa. Sittenkin on ehkä nimenomaan *Oliver Williamson* eritellyt tilanteita, jotka on hahmotettu käänteisillä olettamilla:

- rajoitettu rationaalisuus (bounded rationalism)
- rajallinen opportunisti (limited opportunism) ja
- rajoitettu tieto (limited information).

Viimeksi mainituilla käsitteillä on välitöntä merkitystä sopimus- ja yhtiöoikeudessa sen seikan jäsentämisessä, miten sopijapuolet voivat saavuttaa ainakin suhteellisessa mielessä tiedollisen ja taloudellisen yhdenvertaisuuden esim. sopimuksentekohetkellä. Toiseksi on pohdittu, mitä oikeudellisia keinoja ja mekanismeja on olemassa korvata esim. erivertainen tieto. Vielä kolmanneksi sopimuksellinen yhteistoiminta on ollut erittelyjen kohteena. Tällöin kysymys on ollut pitkäkestoisen sopimuksen säilyttämisestä.

Taloudellista tehokkuutta on usein vaikea mitata ja verrata oikeudellisiin instituutioihin. Eräs usein käytetty muoto yhtiö- ja sopimusoikeudessa on ollut liiketoiminnan kustannusten analyysi. Tällaisia liiketoimintakustannuksia sanotaan transaktiokustannuksiksi. Sellaisia ovat joko ennen tai jälkeen sopimuksen tekemisen:

- sopijapuolen hakemiskustannukset,
- neuvottelukustannukset,
- sopimuksentekokustannukset,
- valvontakustannukset *ja*
- täytäntöönpanokustannukset.

Kolme ensin mainittua ovat ennakkollisia ja kaksi jälkimmäistä ovat jälkikäiteisiä transaktiokustannuksia.

Tässä esityksessä oikeuden ja talouden yhteyttä erittelevät ajatukset on ymmärretty erityistapaukseksi oikeuden ja yhteiskunnan suhdetta.

4 INTRESSIPUNNINTANORMIT

Lopuksi on lyhyesti viitattava sellaisiin tapauksiin, joissa lainsäätävä suoraanaisesti edellyttää intressivertailua. Tällaiset tapaukset liittyvät useimmiten lupamenettelyyn. Niissä on kysymys erityisestä sääntelytavasta, jossa lainsäätävä luettelee vain ne etutahot, jotka on otettava huomioon; konkreettinen päätös jää aina tilannekohtaiseksi. Tällaisia punnintanormeja on erityisesti ympäristöoikeudessa.

Maa-aineslaki ei suoraanaisesti ole intressipunnintanormisto. Silti lupasääntelyn taustalla on katsottu voitavan eritellä kolmenlaisten intressien valossa. *Ympäristöintressit* ovat lain sanamuodon mukaan korostetussa asemassa. Lupaa ei voi myöntää, jos se aiheuttaa kauniin maisemakuvan, merkittävien kauneusarvojen tuhoutumista taikka sillä on laajalti ulottuvia vahingollisia vaikutuksia luonnonolosuhteissa. Toiseksi voidaan puhua myös *omistajan-intressistä*, jos lupa haittaa tai estää omaisuuden käyttöä. Kolmanneksi laissa on nähty myös *tuotantotaloudelliset intressit*, jotka tarkoittavat tulevan maa-aineksen turvaamista.

Vesilaki rakentuu olennaisesti lupamenettelyille. Sen 2 luvussa on säädelty vesistöön rakentamista. Tällöin on ensimmäisenä edellytyksenä täyttää Vesilain 2 luvun 5 §:n mainitsevat ehdottomat esteperusteet. Sään-

nöksen mukaan aiottu rakentaminen ei saa vaarantaa yleistä terveydentilaa tai aiheuttaa vahingollisia muutoksia ympäristön luonnonsuhteissa taikka suuresti huonontaa paikkakunnan asutus- tai elinkeino-oloja. Toiseksi luvan voi saada ns. haitattomuusedellytyksen nojalla: hankkeella on hyödyllinen tarkoitus, eikä se sanottavasti loukkaa yksityistä tai julkista etua. Kolmanneksi joudutaan normaalisti edun ja haitan vertailuun. Se tarkoittaa, että haittoihin verrattuna edun tulee olla huomattava. Edut koskevat omaisuuden tuottavuuden parantumista, hyväksikäyttöä koskevan esteen poistamista sekä muuta etua. Haittana on lain mukaan pidettävä sekä yleistä etua koskevia että yksityiselle omaisuudelle aiheutuvia haitallisia seurauksia. Yksityiskohtainen sääntely on vesilain 2 luvun 5, 6 ja 11 §§:ssä.

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aarnio, Aulis: *Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä*. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus: Helsinki 1982.
- Aarnio, Aulis: *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. WSOY: Helsinki 1989.
- Eckhoff, Torstein: *Retskildelære*. Tanum: Oslo 1971.
- Klami, Hannu Tapani: *Oikeudellisen sääntelyn yleinen teoria*. Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja, 12. Turun yliopisto: Turku 1977.
- Klami, Hannu Tapani: *Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifioinnista ja kontrollista*. Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja, A 19. Turun yliopisto: Turku 1979.
- Klami, Hannu Tapani: *Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta*. Turun yliopiston julkaisuja. Sarja C, Scripta lingua Fennica edita, osa 42. Turun yliopisto: Turku 1983.
- Laakso, Seppo: *Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta. Erityisesti julkisoikeuden alalla*. Valtionhallinnon kehittämiskeskus: Helsinki 1990.
- MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press: Oxford 1978.
- Tala, Jyrki: *Lakien vaikutukset. Lakiuudistusten tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa*. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 177. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos: Helsinki 2001.
- Timonen, Pekka: *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1997.
- Tolonen, Hannu: *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja 164. SLY: Helsinki 1984.
- Williamson, Oliver: *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, markets, relational contracting*. Macmillan: New York 1987.

II

Oppi- ja oikeushistoria

Yksityinen ja julkinen uuden ajan alun luonnonoikeudessa

I OSA

Yksityisen ja julkisen, omistuksen ja vallan käsitteet ovat nykyisessä mielessä peräisin uuden ajan alun luonnonoikeudesta. Tietyin varauksin niitä voidaan pitää nykyisen oikeudellisen ajattelumme *systemaattisina* peruskäsitteinä. Luonnonoikeusteoreetikoille ne näyttävät olleen vielä joltain enemmän: ne olivat oikeusjärjestyksen *reaalisia* peruskäsitteitä siinä mielessä, että niiden välityksellä uudenslaisille yhteiskunnallisille suhteille annettiin (väljässä mielessä) juridinen muotoilu. Tässä yhteydessä esiintyy myös voimakkaammin kuin koskaan aikaisemmin oikeudellisen ajattelun historiassa kyseisen ajan luonnonoikeudelle leimallisia konstruktivisia tai erityisiä juridis-konstruktivisia piirteitä.

Tämä artikkeli on ensimmäinen puoli kaksiosaisesta kirjoituksesta, jossa perusväitteenä on kaksi asiaa:

(I) Uuden ajan alussa syntyi varhaisemmasta ajattelusta poikkeava käsitys yksityisestä omaisuudesta ja omistuksesta,

(II) samaan aikaan syntyi aiemmasta näkemyksestä laadullisella tavalla poikkeava käsitys julkisesta vallasta.

Artikkeli liittyy kuitenkin laajempaan kokonaisuuteen, jonka perusväittämiin on ehkä lyhyesti syytä viitata. Julkisen ja yksityisen käsitehistoriallinen muutosprosessi on nimittäin mielestäni osa laajempaa sekä yhteiskunnallisten suhteiden että tieteellisen ajattelun murrosta. Luettelen lyhyesti nämä laajakantoisemmat perusväitteet, jotka siis varsinaisesti jäävät tässä artikkelissa käsittelemättä, mutta joihin joudutaan kuitenkin jossain yhteydessä viittaamaan:

(III) Nämä käsitteet, julkinen valta ja yksityinen omistus, syntyivät ajallisesti rinnakkain, ja lisäksi niiden suhteen on nähtävissä selvää vuorovaiikutusta, ”funktionaalista suhdetta”. On perusteltua sanoa, että samalla kun yksityinen ja julkinen käsitehistoriallisesti eriytyvät toisistaan, ne liittyvät yhteen ikään kuin uudella tasolla.

Näiden kahden käsitteen muutostapahtumisen yhteys on jäänyt yleensä täysin vaille huomiota. Tähän on varmasti tärkeällä tavalla vaikuttanut uuden ajan luonnonoikeutta koskevan tutkimuksen ”individualisoiva” ote. Tutkimuksen pääpaino on ollut siinä, mikä on erityistä jollekin luonnonoikeuden edustajalle, ja yleiset sekä yhteiset piirteet ovat jääneet enemmän taka-alalle.

(IV) Yksityinen ja julkinen esiintyivät tietynlaisen konstruktionistisen ajattelun tuotteena. Tätä kautta niitä koskevat käsitykset liittyivät koko tieteellisen ajattelun historian muutosprosessiin. Jopa uudenlainen luontoa koskeva ajattelu vaikutti siihen tapaan, jolla yhteiskuntaa ja oikeutta koskevat teoriat rakennettiin.

(V) Yksityistä ja julkista koskeva käsitehistoriallinen kehitys tapahtui osana yhteiskunnallista muutosprosessia, jota voidaan luonnehtia feodaalisen yhteiskunnan murenemistapahtumaksi.

(VI) Lisäksi on havaittavissa eräitä selviä aatehistoriallisia rinnakkaisilmiöitä. Näitä on lähinnä kaksi: taloudellisen ajattelun kehitys ja ihmiskuvan muutos.

Palaamme tämän kirjoituksen varsinaiseen aiheeseen eli esitettyyn väitteeseen (I). Niissä ajatuksissa ja käsityksissä, joita uuden ajan luonnonoikeus esitti omistusoikeudesta, on mielestäni havaittavissa tietty ”punainen lanka”, joka tulee selvimmän esiin, kun niitä verrataan tyyppillisiin keskiaikaisiin käsityksiin.

Keskiajan feodaaliset omistusoikeusteoriat ja -käsitykset voidaan suppeassa muodossa pelkistää kolmeksi piirteeksi:

(1) Ajatus *omaisuuden yhteisyydestä*; tämä koski nimenomaisesti sitä, että ainoastaan omaisuuden yhteisyys oli *luonnollista*. Fraasi, johon mielellään palattiin, oli alun perin Ciceron esittämä: yksityistä ei ole luonnostaan. Tämä sanonta esiintyy vielä *Grotiuksen* varhaistuotannossa.¹ Grotius ei kuitenkaan katso sen enää kuvastavan oman aikansa yhteiskunnallisia ja oikeudellisia suhteita, vaan se liittyy hänen mukaansa ihmisyyhteisöjen historian varhaisempiin vaiheisiin.

Omaisuuksien yksityisyys oli feodaalisten käsitysten – samoin kuin pääsääntöisesti antiikkistenkin teorioiden – mukaan jotain keinotekoista. Mitä

¹ Cicero, *De Officiis*, I. 21; Grotius, *De Jurae Praedae*, XII; vrt. Sama, *De Jure Belli ac Pacis*, II 2.II.1; Ks. myös Brandt, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant* (1974), s. 35 ss.

sitten feodaalisissa oloissa tarkoitettiin luonnollisuudella, asioitten luonnollisella järjestyksellä ja luonnollisella tilalla (*status naturalis*)? Tähän on aika vaikeata vastata kovin lyhyesti, mutta nimenomaan omaisuuden yhteisyyden luonnollisuus on hieman skemaattisesti pelkistettävissä ehkä kolmeen ajatusteemaan. Yhteisomistuksen luonnollisuus saattoi ensinnäkin tarkoittaa Jumalan ilmoittamaa lakia, jonka käsityksen eräs puhdasverisin edustaja oli *Clemens Aleksandrialainen*.² Toiseksi asioitten luonnollinen järjestys saattoi merkitä asioitten alkuperäistä järjestystä, ihmisten viattomuuden tilaa, ”kultaista aikakautta”. Lähinnä tätä näkemystä edusti *Augustinus*.³ Yleisesti ottaen se oli tyypillistä varhaisfeodaalisille käsityksille. Kolmas ajatusteema liittyi lähinnä *Tuomas Akvinolaisen* esittämään erityislaatuiseen teleologisuuteen. Jonkin asian luonnollisuus kuvaa tällöin sen hierarkkista paikkaa ja täydellistymisasetta luonnollisessa järjestyksessä. Tässä katsoinnossa omaisuuden yhteisyys edustaa lopultakin Tuomas Akvinolaiselle luonnollisen järjestyksen korkeinta astetta.⁴ Mainitut kolme ajatusteemaa esiintyivät yleensä toisiinsa kietoutuneina.

(2) Ajatus omistuksen periaatteellisesta *rajallisuudesta*. Feodaalisissa teorioissa objektiin kohdistuvan oikeuden laajuus vaihteli sekä objektin yhteiskunnallisen funktion että sen käyttäjän yhteiskuntahierarkkisen statuksen mukaan. Feodaalinen käsitys ei nähnyt estettä sille, että samaan objektiin kohdistui useita oikeuksia. Erityisen selvästi tämä tulee esiin tuotannollisesti ja yhteiskunnallisesti merkittävimmän omaisuuden, maan, kohdalla. Tällöin feodaalinen teoria katsoi usein luontevasti, ettei rajatonta omistusta ollutkaan, vaan omistus koski pääsääntöisesti *esineen käyttöä* tietyissä suhteissa. Käyttääkseni hieman myöhempiä terminologiaa ei feodaalisten teorioiden mukaan jonkin oikeus edellyttänyt muiden ei-oikeutta. Niinpä esim. Grotius toteaa, että häntä varhemmissa teorioissa – joilla hän usein tarkoittaa skolastikkojen ajatuksia – hänelle keskeinen omistuksen käsite (*dominium*) ymmärrettiin oikeudenmukaiseksi mahdollisuudeksi käyttää objektia. Koska näissä aikaisemmissa teorioissa myös yhteinen omaisuus (*commune*) tarkoitti, ettei muiden käyttöä voitu sulkea pois, tämä merkitsi Grotiuksen mielestä olennaista sekaannusta ja epäselvyyttä käsitteiden

² Schlatter, *Private Property* (1951), s. 33 ss.

³ *De Civitate Dei*, XII. 1. 3. ja XIX 13.2. sekä *Contra Faustum*, XXII.27; Carlyle, *Property, Its Duties and Rights* (1923), s. 123 ss.

⁴ *Summa Theologica*, I–II, Quest. 57.3. ja 94.5.

omaisuus/yhteisomaisuus (*proprium/commune*) rajankäynnissä.⁵ Saman epäselvyyden aikaisemmissa teorioissa havaitsi myös *Pufendorf*.⁶

Feodaalisessa yhteiskunnassa subjektin oikeuden laajuus heijasteli haltijansa yhteiskunnallista statusta sekä objektin tuotannollista merkitystä, ja usein voidaan nähdä näiden kahden seikan vielä sulautuvan ja kietoutuvan toisiinsa. Omistuksen rajallisuus ja sen käyttöluonne toivat esiin omaisuuteen liittyvät voimakkaat yhteisölliset siteet.⁷ Havainnollinen esimerkki näistä seikoista oli läänityslaitoksen puitteissa omistettu maa, johon liittyi useita ”oikeutuksia” alkaen läänitystalonpojasta, vasallin ja kruununvasallin kautta ylimaanomistajaan. Tämä liittyi läänityslaitoksen erityislaatuiseen, kahdenkeskiseen sopimusluonteeseen.⁸

(3) Hallinnolliset, ”julkiset” funktiot liittyivät omistukseen: yksinkertaisin tapaus oli lääninherran tuomiovalta. Esimerkkejä oli kuitenkin lukuisia, kuten regaalit, raha, tulli ja sotalaitos.

Miten tämä käsitys muuttui uuden ajan alun ja osittain jo keskiajan lopun luonnonoikeuden teorioissa? Muutos on osittain radikaali ja ulottuu sitä paitsi sangen moniin luonnonoikeuden klassisiin nimiin alkaen 1300-luvulta (*Jean de Paris*) aina 1700-luvun alkuun (*John Locke*). Yritän koota yhteen tärkeimmät piirteet. Edellä esitetyistä feodaalisen omistusoikeuskäsityksen piirteistä kohta (2) koski omistuksen sisältöä ja kohta (1) lähinnä tämän sisällöllisen periaatteen perustumista luonnolliseen oikeuteen. Käsittelen vastaavat kohdat uuden ajan alun luonnonoikeuden osalta päinvastaisessa järjestyksessä.

(1) Omistamiseen ja omistukseen liittyi lähtökohtaisesti uuden ajan alussa tärkeitä piirteitä, jotka erottivat sen feodaalisesta omistusoikeuskäsityksestä. Omistus ilmenee uuden ajan alun luonnonoikeuden teorioissa *eksklusiivisena*, muiden käytön poissulkevana, ja *absoluuttisena*, rajattomana. Nämä ovatkin mielestäni tärkeimmät seikat, jotka hahmottavat yksityisen käsitettä uuden ajan alussa.

⁵ *De Jurae Praedae*, XII ja *De Jure Belli ac Pacis*, II.2. II.1.

⁶ *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV. 2. ja 3.

⁷ Yleensä antiikin ja keskiajan yhteiskunnassa itse oikeuden määritelmäänkin kuului ”yhteinen hyvä” (*bonum communis*). Vrt. *Summa Theologica*, I–II, Quest. 90.2.

⁸ Läänityssopimus oli henkilökohtainen uskollisuussopimus, jonka sisältönä oli ”ligische Treue”. Ks. tarkemmin tämän sopimuksen luonteesta (mm. *Treue & Kommendation*): *Mittels, Der Staat des hohen Mittelalters* (1974), s. 56 ss.

Asiaa mutkistaa jonkin verran se, että useilla nämä piirteet tulevat esiin pikemmin edellytettynä kuin tematisoituina. Näin on esimerkiksi ranskalaisen *Jean Bodinin* tuotannossa.⁹ Selvimmin piirteet on mainittuina *Pufendorfilla*¹⁰, *Hobbesilla*¹¹, *Grotiuksella*¹² ja osittain myös *Lockella*¹³. Niinpä Pufendorf toteaa, että omistus tarkoittaa toisaalta muiden henkilöiden käytön poissulkemista (eksklusiivisuus) ja toisaalta vapautta käyttää esinettä oman mielensä mukaan (absoluuttisuus). Luonnollisesti voimme sopimuksin rajoittaa omaa täyttä omistusoikeuttamme. Periaatteessa omistusoikeus on kuitenkin yleensä olemassa täysivaltaisena omistusoikeutena, joka sulkee pois kaikkien muiden oikeudet. Jos omistaja on sopimuksin rajoittanut oikeuttaan, käyttävät sopijapuolet yhdessä omistajan täyttä oikeutta.¹⁴ Nämä periaatteet käyvät esiin Pufendorfin teoksista. Näiden ajatusten kanssa yhdenmukaisesti ja samaa asiaa tarkoittaen Grotius toteaa, että on erotettava itse (abstrakti) oikeus ja sen käyttö.¹⁵

Omistuksen eksklusiivisuus ja absoluuttisuus ei kuitenkaan esiinny uuden ajan alun luonnonoikeusteoreetikoilla poikkeuksettomanä. Nämä poikkeukset eivät kuitenkaan ymmärtääkseni horjuta tämän pääsäännön merkittävyytttä. Lähinnä on mainittava kolme tapausta. Ensimmäinen tapaus on poikkeus etupäässä näennäisesti. Se koskee tavallista yhteisomistustilannetta, jossa useammat henkilöt yhdessä omistavat esineen. Nämä ”yhteiset esineet” (*res communes*) ovat esim. Pufendorfin mielestä saman periaatteellisen omistuksen kategorian alaisia kuin muutkin esineet. Aivan kuten yhden omistajan tilanteessa myös yhteisomistajien oikeus sulkee pois kaikkien muiden oikeudet esineeseen;¹⁶ *res communes* eivät poikkea muista esineistä omistukseen

⁹ Bodin, *Les six Livres de la République*, I.2.–3.

¹⁰ Pufendorf, *Elementarum Universalis Jurisprudentiae*, Def. V. 4; *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.2.; *De Officio Hominis et Civisi iuxta Legem Naturalem*, I. XII. 3.

¹¹ Hobbes, *Leviathan*, chap. 24.; vrt. *De Cive, English Works II (EW II)*, XII.7.

¹² *De Jure Belli ac Pacis*, I. 1. IV.–V. ja I. 2. I.5; *De Jurae Praedae*, XII.

¹³ Locke, *Second Treatise on Civil Government*, § 39.

¹⁴ Mm. ”Que igitur res tamque *propriae* ad nos pertinent, ... iis pro arbitrio nostro frui, & quovis alios inde arcere possumus, nisi per pacta conventa, jus singulare superveniens quaesiverint, ac eodem modo dum nostrae sunt, alterius *in solidum* esse nequent ... Additur quoque in *solidum*. Nam & plures eandem rem eodem modo habendi tenere possunt, non tamen in *solidum*, sed pro rata quisque parte”. Pufendorf, *Elem.*, Def. V.4.; samoin *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.2.

¹⁵ *De Jure Belli ac Pacis*, I.3. XI.1. ja I.3. XXIV.

¹⁶ *Elem.*, Def. V.4.; samoin *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.2.

liittyvän juridisen käytön ja vaikutuksen suhteen (”...differt non quoad modum aut vim domini...”) vaan ainoastaan niiden subjektien suhteen, joille oikeus kuuluu (”...sed quoad partinentiae terminum duntaxat.”)¹⁷

Toista tapausta voidaan kutsua ”luonnolliseksi yhteisomistukseksi”. Grotius pohdiskelee, että ihmiset ovat tosin ottaneet käyttöön yksityisomistuksen, mutta että tällä toimella ei liene ollut tarkoitus loukata ”luonnollista kohtuutta” (*aequitas naturalis*). Tällöin muuten universaalinen yksityisomistus saa tiettyjä rajoituksia. Luonnollisesta kohtuudesta seuraa Grotiuksen mielestä, etteivät eräät esineet voi kuulua kenenkään omistukseen ja tällöin pääsääntöisesti ei kukaan voi estää toisen niihin kohdistamaa käyttöä. Aava meri ja jokaisen mahdollisuus käyttää sitä on tärkein esimerkki tästä periaatteesta. Luonnolliseen yhteisomistukseen kuuluu myös eräitä muita tapauksia. Eräissä erikseen rajatuissa tilanteissa luonnollinen kohtuus antaa poikkeuksellisesti oikeuden käyttää toisen omistamaa esinettä. Hätätilanne ja omistajan oikeutta loukkaamaton käyttö, jolla tarkoitetaan lähinnä kauttakulkua jokia ja maa-alueita pitkin, ovat tärkeimmät tapaukset. Vastaavat poikkeukset yksityisomistuksen pääsäännöstä löydämme myös Pufendorfin teoksista.¹⁸

Nykyinenkin omistusoikeuden juridinen käsite tuntee edellä kerrotut tavallista ja luonnollista yhteisomistusta vastaavat rajoitukset omistajan muuten periaatteessa rajattomassa ja eksklusiivisessa oikeudessa. Sitä vastoin kolmannen tyyppiselle rajoitukselle, jota koskevat periaatteet löydämme muotoiltuna Pufendorfin teoksista, ei nykyään ole oikeastaan lainkaan vastinetta. Kutsun tätä koskevaa tapausta nimellä *valtion omistus*, ja sitä vastaa Pufendorfin käyttämä termi *dominium eminens*. Se, että kysymyksessä ei tällöin ole nykyisen tyyppinen valtion tai julkisyhteisön yksityisoikeudellinen omistus, johtuu siitä, että *dominium eminens* -tyyppiseen omistukseen kietoutuu valtion julkisoikeudellisia tehtäviä ja oikeuksia. Pufendorf toteaa, että se on valtiolle kuuluvaa valtaa, joka liittyy yleisten asioiden hoitoon (”...in res civium ad utilitatem publicam...”)¹⁹. Toisaalta Pufendorf erottaa sen selvästi tavallisesta julkisoikeudellisesta vallasta.

Pufendorfin tekstit *dominium eminens* -tyyppisen omistuksen osalta ovat suhteellisen vaikeaselkoisia. Toisaalta Pufendorf tuntuu oletavan, että

¹⁷ ib.

¹⁸ Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, II.2. luku, erit. II.2. III., VI., XI., XII. Pufendorf, *Elem.*, Def. V.4.; *Jus Naturae et Gentium*, IV.V. luku.

¹⁹ *Elem.* Def. V.2.: ”Priori (= *dominium eminens*, H.T.) denotatur potestas illa que civitati aut ejus capiti competit in res civium ad utilitatem publicam. Cujus hic est effectus, ut vim domini vulgaris efficaciter restringere possit, prout e bono publico visum fuerit”.

valtionomistus olisi tavalliselle yksityisomistukselle (*dominium vulgare*) täysin rinnakkainen juridinen ilmiö²⁰ ja tämän mukaan eksklusiivinen, absoluuttinen ja myös vapaasti luovutettavissa. Toisaalta hän puhuessaan konkreettisemmista valtionomistuksen muodoista joutuu toteamaan, ettei niiden kohdalla toteudukaan normaalin yksityisomistuksen eksklusiivisuuden²¹ ja vapaan luovutettavuuden²² tuntomerkit. Toisaalta Pufendorf näyttää suhtautuvan torjuvasti tyypillisesti feodaaliseen oppiin jaetusta omistusoikeudesta, joka olettaa omistusoikeuden muodostuvan useammasta ”osasta” tai yhtäaikaaisesti voimassa olevista oikeuksista.²³ Toisaalta hän taas tuntuu hyväksyvän sen, että esim. samaan maa-alueeseen voi kohdistua paitsi valtion ylimaanomistus (*dominium eminens*) myös tavallinen omistajan oikeus (*dominium directum*) ja vielä käyttöoikeuskin (*dominium utile*)²⁴ selittäen ne erityisiksi rajoitetuiksi omistusoikeuksiksi (*dominium diminutum*). Lisäksi hän hyväksyy osittain konstruktion valtion *dominium eminens* -omistuksesta kansalaisten verojen ja maksujen luovuttamisvelvollisuuden perustana.²⁵

Valtionomistus esiintyy joka tapauksessa merkittävänä poikkeuksena normaalin yksityisomistuksen eksklusiivisuuden ja absoluuttisuuden pääperiaatteesta. Yhteiskunnallisesti ehkä merkittävimmät tapaukset tästä erityisestä omistuksesta Pufendorfin teoksissa ovat valtion oikeudet maa-alueisiin (*territoria, provinciae, urbes, pagi, agri & c.*)²⁶ sekä valtiolle osittain julkisten teiden haltijana kuuluvat oikeudet säädellä kaupankäyntiä nimenomaan ulkomaankaupan osalta.²⁷ Valtionomistuksen periaatteet Pufendorfilla ilmentävät mielestäni suhteellisen hyvin feodalismien muuttumista desentralisoidusta muodosta keskitetyksi valtiofeodalismiksi. Tämän kehityksen eräänä piirteenähän oli entisten yksittäisten feodaaliruhtinainien oikeuksien muuttuminen valtion feodaaliseksi oikeudeksi. Keskeisimmät instituutiot, joita kehitys koski, olivat läänityslaitos ja ammattikuntalaitos. Se palveli

²⁰ *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.2.; *Elem.*, Def., V.4. (”Quae igitur res tamquam ad nos pertinent, sive modo vulgari, sive eminenti etiam...”)

²¹ *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.2.; *Elem.*, Def., V.4. ja 5.

²² *Elem.*, Def., V.3. ja 5.

²³ *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.2. 5. kappale.

²⁴ mt. IV. IV.2.

²⁵ *Elem.*, Def., V.5.

²⁶ *ib.*

²⁷ mt. Def. V.6. ja 10. Toisaalta käyttö ”intra innoxiam utilitatem” ja ”extrema necessitas” antavat luonnollisen oikeuden käyttää julkisia teitä. Periaatteet vastaavat edellä esitettyjä Grotiuksen luonnollisen kohtuuden mukaisia oikeuttamisperusteita.

osittain keskittyvän valtiolaitoksen tarpeita mutta paljolti vielä feodaalisten suhteiden puitteissa.

Pufendorfin valtionomistusta koskevien tekstien epäselvyys, osittain ehkä ristiriitaisuuskin, johon edellä on viitattu, saa mielestäni luontevan taustan yhteiskuntahistoriallisesta kokonaistilanteesta. Omistuksen eksklusiivisuuden ja absoluuttisuuden pääperiaate viittaa tulevaan kehitykseen; epämääräisyydet tämän pääperiaatteen soveltamisessa valtionomistukseen saavat taustansa yhteiskunnasta, jonka rakenteita hallitsevat vielä pääasiassa feodaaliset suhteet. Samalla Pufendorfin esitys tuntuu merkitsevän sitä, että omistus ja valta, yksityinen ja julkinen eivät olleet vielä eronneet toisistaan ainakaan täysin nykyisessä mielessä. Pufendorfin dominium eminentis -konstruktio merkitsi kuitenkin tiettyä askelta eteenpäin kehityksessä, jossa feodaaliset oikeudet olivat vähitellen jakautumassa tavallisiksi yksityisomistukseen perustuviksi ja toisaalta nykyisessä mielessä julkisoikeudelliseksi oikeuksiksi. Jo omistuksen rajattomuuden ja eksklusiivisuuden selittämisen suhteellisen ehdottomaksi pääsäännöksi voidaan olettaa aiheuttaneen tiettyä painetta konstruoida sellainen vallankäyttö, joka koski ”yhteisten asioiden hoitoa”, julkisoikeudelliseksi.

(2) Yksityisomistuksen juridiset piirteet, nimenomaan sen eksklusiivisuus ja absoluuttisuus, saavat yleisesti ottaen verraten niukkoja mainintoja uuden ajan alun kuuluisimpien luonnonoikeusteoreetikkojen teoksissa. Sitä moninainen näitä luonnonoikeuden edustajat ovat selvitellessään, miten yksityinen omistus voi olla *luonnollista*. Kysymys koski nimenomaan sen feodaalisen dogmin voittamista ja ylittämistä, joka esitti vain yhteisomistuksen luonnollisena omistuksen muotona; kysymyksen ydin olivat ne feodaalisten oppien piirteet, joiden mukaan vain yhteisomistus oli asioiden alkuperäinen ja luonnollinen tila, Jumalan tahto tai asioiden täydellinen järjestys. Itse asiassa uuden ajan alun ajattelijat selittivät edelleen, että omaisuuden yhteys on alkuperäistä tai asioiden alkuperäinen tila. Niinpä vielä Locke esitti, että ”...God has given the earth to the children of men, given it in common”.²⁸ Vastaavasti Pufendorf ajatteli, että yhteisomistus on kyllä luonnollista. Tästä Pufendorf haluaa kuitenkin todistaa edelleen, että luonto tekee mahdolliseksi myös yksityisen omistuksen, joskaan luonto ei synnytä sitä spontaanisti vaan inhimillisen toiminnan, ihmisaktin, kautta.²⁹

²⁸ Locke, *Second Treatise*, § 25. Samoin: § 26, § 34 ja § 39.

²⁹ *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.3. läht.; *Elem.*, Def., V. 15.

Koko ongelman ytimen muodosti se, miten tästä luonnollisen ja alkuperäisen yhteisomistuksen tilasta *ajatuksellisesti johdettiin* eli *konstruointiin* yksityinen, individuaalinen omistusoikeus. Tässä konstruoinnissa vaihteli, hieman eri tavoin eri kirjoittajilla, kolme tärkeätä elementtiä, ts. yksityinen omistus konstruointiin

- sopimuksesta,
- haltuunotosta tai okkupaatiosta,
- työstä.

Sen mukaan, miten näitä konstruktiivisia elementtejä käytettiin, voidaan mielestäni erottaa kaksi ryhmää:

(a) *Juridis-normatiiviset konstruktiot*; termi on peräisin lähinnä siitä, että näissä konstruktioissa *sopimus* on ensisijainen elementti, joskin myös okkupaatiolla ja työllä on oma merkityksensä. Tyypillisin esimerkki on ehkä Grotius. Teoksen *De Jure Belli ac Pacis* II kirjan 2. luvun II kappaleessa hän selittää, että omaisuus on alun perin ollut yhteistä eikä yksityistä omistusta esiintynyt. Nytemmin kuitenkin esineiden järkävä käyttö ja työ vaativat yksityistä omistusta. Tämä on johdettavissa vain ihmisten keskinäisestä sopimuksesta (*pactum*), joka voi olla kahdenlainen: joko ihmiset sopivat suoraan esineiden jaosta tai sitten sovitaan hiljaisesti (*pacto tacito*), että esineiden haltuunotto ja valtaus (*per occupationem*) luo yksityisen omaisuuden. Myöhemmin samassa teoksessa Grotius selittää, että omistus voi olla joko alkuperäinen tai johdannainen. Alkuperäisen omistuksen voi hänen mielestään luoda vain okkupaatio, mutta sen konstruktiivisena perustana on se, että tästä on hiljaisesti sovittu.³⁰

³⁰ *De Jure Belli ac Pacis*, II.3. I.–IV.; Grotiuksen varhaisemmassa teoksessa *Liberum Mare* esitetään alkuperäisen omaisuuden yhteisyyden tila (*communio primaeva*), josta päästään yksityisomistukseen jo pelkän okkupaation avulla.

Itse asiassa vaikka Grotius on tässä kirjoituksessa ryhmitetty *juridis-normatiivisen* konstruktion ja teorian edustajaksi, hänellä kietoutuvat toisiinsa toisaalta yksityisomaisuuden *reaaliperusteet* ja toisaalta sen *juridis-konstruktiiviset* perusteet. Edelliset tarkoittavat niitä ihmisen faktisessa elämässä ja erityisesti ihmisyhteisön historiallisessa kehityksessä ilmenviä seikkoja, jotka Grotiuksen mielestä mahdollistavat ja vaativat hankalan ja tehottoman yhteisomistuksen kumoamista. Näistä seikoista on keskeisessä asemassa – joskaan ei ainoana – työ (*industria*), joka tekee tarpeelliseksi yksityisen omistuksen. Tällöin Grotius ottaa myös huomioon työn yhteiskunnallisen kehityksen (”työn yhteiskunnallistumisen”) ja viittaa elinkeinojen kehittymiseen, sukuyhteisön muuttumiseen perheyhteisöksi sekä epämääräisesti myös vaihdon lisääntymiseen. Grotius on itse asiassa joskus aika lähellä niitä Locken ajatuksia, jotka esitetään tuonnempana. Locken teoria on kuitenkin huomattavasti perusteellisempi ja hienosyisempi. Samanlaisia piirteitä on myös Pufendorffilla sekä myös Christian Wolfilla (esim. *Institutiones*, II.1. § 194). Viimeksi mainittu on tässä kirjoituksessa sivuutet-

Samoja ajatuslinjoja noudatteli Pufendorf. Hänen mielestään alkutilakaan ei kuitenkaan ole enää omaisuuden yhteys missään reaalisessa mielessä kuten Grotiuksella. Alkutila on pikemmin ajatuksellinen fiktio. Se tarkoittaa, että omaisuus ei vielä ole kenenkään ja että se tässä mielessä on kenen tahansa vallattavissa. Pufendorf kutsuu tätä alkutilaa käsitteellä ”negatiivinen yhteisö” (*communitas negativa*). Luonnontila tulee merkitsemään juuri tätä ajatuksellista negatiivista yhteisyyttä, sitä, ettei esine ole vielä kenenkään haltuunottama³¹. Tässä mielessä analyysi tulee vielä juridis-fiktiivisemmäksi kuin Grotiuksella. Haltuunoton pätevyysperuste on kuitenkin sopimus kuten Grotiuksella.³² Haltuunotto saa aikaan ”moraalisen vaikutuksen”, velvollisuuden, etteivät muut saa vallata esinettä tai häiritä sen käyttöä.

Thomas Hobbesin luonnontila omistuksen yhteydessä tarkoittaa ennen muuta sitä, että vallitsee luonnonoikeus, ”right of nature” (*jus naturale*). Tämä tarkoittaa jokaisen rajatonta oikeutta käyttää hyväksi havaitsemiaan keinoja oman itsensäilytyksensä turvaamiseksi, ”...The Liberty each man hath, to use his own power, as he will himselfe for preservation of his own Nature”³³. Päästäkseen tästä epämukavasta tilasta, jossa ”all hath right to all”, ihmiset perustavat *sopimuksin* l. ns. yhteiskuntasopimuksella julkisen vallan, jonka käskyillä yksityinen omistus syntyy. Ennen järjestäytyntä yhteiskuntaa ja julkista valtaa ei ole mitään omistusta, vaan vallitsee ainoastaan kaikkien luonnollinen vapaus³⁴.

Havaitsemme, että konstruoinnin kuluessa esiintyy muitakin alkukäsitteitä kuin pelkkä juridissävyinen sopimus tai okkupaatio. Tällaisena konstruktion alkupisteenä esiintyy ennen muuta *luonnontila* (*status naturalis, state of nature*), jonka merkitys Grotiuksen alkuperäisestä omaisuuden yhteydestä vaihtuu Pufendorfilla negatiivisen yhteisön käsitteeseen ja Hobbesilla kaikkien oikeuteen kaikkeen. Lisäksi näitä alkukäsitteitä ovat:

- luonnollinen vapaus,
- oikeus omaan henkilöön,
- fyysinen t. moraalinen samanarvoisuus.

tu yleiskatsauksellisuuden säilymiseksi.

Mm. nyt mainitusta syystä itse konstruktion käsitteellä tuntuu olevan vivahteita, joita tässä kirjoituksessa ei ole otettu huomioon. Niiden analysointi kuuluu toiseen yhteyteen, alussa esitetyn kokonaishahmotelman mukaiseen kohtaan IV.

³¹ *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.2.

³² mt., IV. IV.4. ja IV.vi.2.

³³ *Leviathan*, chap 14.; *De Cive, EW II*, I.9.–10.

³⁴ *Leviathan*, chap. 13. ja 24.; *De Cive, EW II*, I.12., XIII. 7. ja VI.3.

Kehittyneimpinä nämä esiintyvät ehkä Hobbesin teoriassa, mutta löydämme ne myös Pufendorfin, Bodinin ja Grotiuksen sekä – kuten tuonnempana tulee tarkemmin esiin – Locken teoksista.

(b) Toista ryhmää kutsun *sosiologispiirteiseksi konstruktioksi*. Siinä ilmenee paljon samoja piirteitä kuin edellisessä ryhmässä. Käsittelen sitä kuitenkin omana ryhmänään, koska siinä esiintyy sellaista yhteiskunnallissosiaalisen kehityshistorian analysointia, joka ei ole tunnusomaista edellä kuvatuille teorioille. Toiseksi siinä *työ* esiintyy konstruoinnin ja analysoinnin tärkeimpänä alkupisteenä ja perustana selitettäessä, miten alun perin yhteisestä omistuksesta on tullut yksityistä. Työ on alkuperäisen, individuaalisen omistuksen luoja, joskin – kuten tulemme huomaamaan – myös muilla käsitteillä, erityisesti sopimuksella, on tärkeä merkitys.

Tämän suunnan pääedustaja on John Locke, mutta jo Jean de Paris esitti samansuuntaisia ajatuksia v. 1301 ilmestyneessä teoksessaan. Locken teoria yksityisestä omistuksesta on myös mielestäni mutkikkaampi ja hienosyisempi kuin edellä käsitellyt, minkä vuoksi sitä joudutaan analysoimaan hieman laajemmin.

Locke opettaa, että omaisuuden yhteisyys on asioiden kaikkein alkuperäisin tila. Jumala antoi ihmisille maailman yhteisenä, mutta hän antoi sen käytettäväksi. Se on mahdollista vain siten, että luonnon esineitä otetaan yksityisten ihmisten haltuun. Tämä on Locken teorialle vasta lähtökohta, kohta, johon esim. Pufendorf tavallaan lopettaa oman teoriansa. Herää nimittäin kysymys, mikä on yksityisen haltuunoton yhteiskunnallinen legitimointiperuste. Se on Lockelle kysymys ihmisen ”luonnollisesta oikeudesta”. Tällainen oikeus ihmisellä on omaan ruumiiseensa.³⁵ Sen kautta ihmisellä on oikeus myös omaan työhön³⁶ (”omien kättensä työhön”) ja työ antaa oikeutuksen yksityiselle omistukselle luonnollisena oikeutena. Tähän oikeuteen ei vaadita kenenkään suostumusta tai mitään sopimuksellista perustetta.³⁷

Kaikilla edellä käsitellyillä kirjoittajilla yksityinen omistus on alkupe-
räisen luonnollisen tilan voittamista ja ylittämistä. Tässä suhteessa ensivai-
kutelma Locken ajatuksista viittaa aivan päinvastaiseen suuntaan. Locken
mukaanhan ihmisillä on jo luonnontilassa (sopimuksettomassa tilassa)

³⁵ Locke, *Second Treatise*, § 27

³⁶ ”...that added something to them more than Nature...”, § 28

³⁷ ”... without the assignation or consent of anybody”. Tältä osin Locken teoria vaikuttaa siis esim. Grotiuksen ajatusten vastakohdalta. Ks. mt. § 28.

yksityinen, työn perustama omistusoikeus (luonnollinen omistusoikeus).³⁸ Tämän mukaisesti Locken on usein katsottu olevan erityisilmiö verrattuna muihin kyseisen ajan luonnonoikeuden edustajiin ja esittäneen ensimmäisenä yksityisen omistusoikeuden ”luonnollisen teorian”.³⁹

Mainittu käsitys on kuitenkin perusteiltaan osin virheellinen. Lockella omistuksen luonnollisuus esiintyy vain konstruktiona 1. jonkinlaisena ajatuksellisena alkupisteenä. Osittain yksityinen omistus on myös historiallinen alkutila. Yksityisomistus esiintyy luonnollisena vain silloin, kun on kysymys lähinnä ihmisen ja luonnon välisestä suhteesta eli silloin, kun ihmiset ovat ”vapaita” ja ”luonnon tilassa”.⁴⁰ Mutta Locke toteaa toisaalta, että hänen aikansa ihmiset eivät – lukuun ottamatta eräitä poikkeuksia – elä enää luonnontilassa. Ihmiset eivät ole vain suhteessa luontoon vaan riippuvaisia myös toisistaan. Tämä riippuvuus ilmenee työnjaossa, rahan käyttöönottamisessa ja keskinäisissä vaihtosuhteissa.⁴¹ Voidaan sanoa, että tällöin Lockella *luonnollinen* (luonnontilassa oleva) yksityinen omistus muuttuu *yhteiskunnalliseksi* yksityisomistukseksi. Tämä muutos tuo tärkeitä lisäpiirteitä itse omistuksen käsitteeseen.

Se, että tämä erottelu on usein jäänyt huomiota vaille Lockeen kohdistuvassa tutkimuksessa, johtuu ennen muuta hänen ambivalentista tavastaan käytellä toisiinsa kietoutuneita käsitteitä *luonnontila* ja *ihmisluonto* (state of nature ja human nature).⁴² Esim. Hobbesilla luonnontila tarkoitti suhteellisen yksiselitteisesti jotain negatiivista: se oli kaikkien oikeutta kaikkeen, jolloin rajattomasti egoistinen ihmisluonto sai aikaan kaikkien sodan kaikkia vastaan. Tähän verrattuna Locken luonnontilalla on pääasiassa positiivinen arvoväritys. Se on ensisijaisesti vapauden tila: ”...a state of perfect freedom to order their actions and dispose of their possessions as they think fit...”⁴³ Tämä vapaus on tosin rajoitettu luonnollisen lain mukaan, joka kieltää ihmistä loukkaamasta toisen henkeä, vapautta

³⁸ Samoin Locke näyttää torjuvan lähtökohtaisesti sopimuksen yksityisomistuksen perustana. Vrt. edellä av. 37.

³⁹ Schlatter, mt., s. 151 ss.

⁴⁰ mt., § 4 vrr. §§ 26–28.

⁴¹ mt., § 35, § 45 ja § 48.

⁴² Luonnontilan käsitteelliseen epämääräisyyteen Locken teoriassa ovat kiinnittäneet huomiota Medick, *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft* (1973), s. 102 ss. sekä Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism* (1962), s. 199 ss.; Vrt. Gough, *John Lockes Political Philosophy* (1973), s. 88 ss.

⁴³ mt., § 4.

ja omaisuutta.⁴⁴ Kuvattu harmoninen luonnontila muodostaa Lockella käsitteen ”properly the state of nature”.⁴⁵ Se on tila, jossa ihmiset elävät järkensä ja luonnollisen lain ohjaamina ilman heidän yläpuolellaan olevaa julkista valtaa, joka ratkaisisi heidän keskinäiset ristiriitansa.

Luonnontila esiintyy Lockella kuitenkin toisessa, selvästi erilaisessa merkityksessä (”ordinary state of nature”).⁴⁶ Tällöin se kuvastelee ”luonnollisen tilan” negatiivisia piirteitä: epävarmuutta, omistuksen loukkauksien uhkaa, rikollisten aiheuttamaa sekasortoa;⁴⁷ se on oikeudeton tila sanan negatiivisessa merkityksessä. Sama kaksinaisuus toistuu ihmisluonnon osalta. Ihminen kuvataan olioksi, joka voi toimia moraalisten periaatteiden, järjen ja luonnon oikeuden mukaan täydellisessä vapauden ja tasa-arvon tilassa.⁴⁸ Kuitenkin ihmisen tosiasiallinen käyttäytyminen saattaa olla tässä täysin poikkeava: hänen toimintansa voi olla intohimojen, koston ja rajattoman oman edun ohjaamaa.⁴⁹

Lockella itse luonnontilan käsite osoittautuu abstraktioksi, jossa on useita, joskus toistensa kanssa ristiriitaisia vivahteita. Se on joskus tilanne, joka seuraisi, jos vallitseva yhteiskunnallinen järjestys lakkaisi. Välistä se heijastelee historiallista alkutilaa, jolloin siihen yleensä liittyy positiivinen arvovaraus. Näihin molempiin pyrkii vielä kietoutumaan kolmas teema, nimittäin käsitys ihmisluonnon yleispätevistä ominaisuuksista. Aiheemme kannalta on keskeistä korostaa historiallista kehitysaspektia Locken luonnontilan yhteydessä. Locke antaa nimittäin itse osittaisen selityksen em. luonnontilan kaksinaisuudelle. Teoksen *Second Treatise on Civil Government* V luvusta löytyy nimittäin ajatus, että ihmisyyhteisöjen kehityksen alkuvaiheessa vallitsee tilanne, jossa ihmisten edut eivät oikeastaan voi joutua ristiriitaan. Se on tilanne, jossa ihmiset kyllä elävät yhdessä, mutta oikeastaan vailla sosiaali-

⁴⁴ mt., § 6.

⁴⁵ mt., § 19.

⁴⁶ Medick, mt., s. 107.

⁴⁷ *Second Treatise*, § 11, § 13, § 95 ja § 123

⁴⁸ ”...being capable of laws...”, § 57.

⁴⁹ mt., §§ 12–13.

Muuten on huomattava, että passion–reason-asetelma on sangen keskeinen myös Hobbesilla. Hobbes tarkoittaa järjellä kuitenkin jotain muuta kuin Locke. Vrt. Hobbes, *De Corpore*, *EW I*, IV.25. ja *Leviathan*, chap. 5. Samantapaista asetelmaa esiintyy myös Pufendorfilla, jopa Grotiuksella.

Toisaalta Locke on teoksessaan *An Essay concerning Human Understanding* esittänyt laajemmin ihmiskäyttämisen perusteita. Siinä hän esittää, että käyttämisen perustana on periaatteessa ”desire”, mutta järki voi ”...to suspend the execution and the satisfaction of any of its desires”. Ks. mt., luku XXI.

sia suhteita ja siteitä. Erityisesti omaisuutta on luonnossa tällöin riittävästi; jokainen voi työllään hankkia kylliksi omiin tarpeisiinsa. Tällaisessa tilassa olisi Locken mielestä vähän aihetta riitoihin ja oikeudenloukkauksiin; silloin kiusaus luonnon lakien rikkomiseksi olisi vähäinen. Ihmiset voisivat todella elää järjen, moraalien ja luonnon lakien mukaisesti.⁵⁰

Huolimatta Locken tietynlaisesta epämääräisyydestä tässä kohden käy kuitenkin selväksi, että tämä tilanne vastaa lähinnä jonkinlaista historiallista alkutilaa. Se saattaa tosin eräissä poikkeustapauksissa Locken mielestä vallita edelleen, ”...in some vacant places of America...”⁵¹ Lopullisessa ja reaaliosuudessa yksityinen omistus tuntuu kuitenkin esiintyvän vasta sellaisten ihmisten suhteissa, joilla on kehittyneet vaihtosuhteet, ”... who have money and commerce...”⁵² Niinpä ei oikeastaan olekaan ihmeteltävää, että Locken luonnollisella yksityisellä omistuksella sen alkutilassa on eräitä selviä yhteisomistuksen piirteitä; se on olennaisesti *rajoitettua oikeutta*. Locke johdattelee lukijansa harmoniseen luonnontilaan, jossa jokaisella on mahdollisuus työllään hankkia tarpeisiinsa hyödykkeitä. Tässä luonnontilassa itse luonnon laki ja järki asettavat kolmenlaisia rajoituksia. Kukaan ei saa pyrkiä hankkimaan enempää omaisuutta kuin voi omalla työllään saada.⁵³ Kukaan ei saa hankkia omaisuutta niin paljon, että se pilaantuu.⁵⁴ Lopuksi – ehkä tärkeimpänä – kaikille muille on jätävä riittävästi kyseistä hyödykettä.⁵⁵ Nämä rajoitukset tekevät Locken alkutilassa olevasta yksityisomistuksesta ajatusrakenteellisesti yhteisomistukselle rinnakkaisen ilmiön. Vanhemmille, feodaalisille yhteisomistusteorioille näyttää nimittäin olevan tunnusomaista vaatimus esineiden moraalisesti oikeasta ja järkevästä käytöstä, joka pelkistyy juuri vaatimuksena, ettei muiden ihmisten perusteltuja oikeuksia loukata. Locken luonnontilassa olevaa yksityistä omistusoikeutta on tässä katsannossa havainnollista verrata paitsi näihin feodaalisiin teorioihin myös esim. niihin Grotiuksen esittämiin tilanteisiin, joissa yhteisomistus tämän mielestä poikkeuksellisesti vallitsee.⁵⁶

⁵⁰ *Second Treatise*, § 31 ja § 51.

⁵¹ mt. § 36

⁵² mt., § 35

⁵³ ”Labour limitation”, Macpherson, mt., s. 214 ss.

⁵⁴ ”Spoilage limitation”, Macpherson, mt., s. 204 ss.

⁵⁵ ”Sufficiency limitation”, Macpherson, mt., s. 211 ss. Rajoitukset ovat Locken teoksessa §§ 31–35.

⁵⁶ *De Jure Belli ac Pacis*, II.2. luku; vrt. edellä av. 18.

Käsitteellisesti rajallinen yksityisomistus oli kuitenkin työläästi hallittavissa oleva ajatus jo Lockenkin aikaisessa yhteiskunnassa. Työ voi olla ”luonnollisen” yksityisen omistusoikeuden perusta, mutta oikeastaan vain yhden isoloidun ihmisen ja luonnon välisessä suhteessa. Siinä on olennaisesti kysymys asetelmasta, jossa esineillä on ihmisille vain välitön käyttöarvo, eivätkä muut ihmiset pääse häiritsemään hänen oikeuttaan (uudisraivaaja-asetelma). Alkuperäinen luonnollinen yksityisomistus on kuitenkin kehittyneen yhteiskunnan kannalta vain fiktio, ajatuksellinen konstruktio. Se saa Lockellakin itse asiassa täysin uusia piirteitä, kun hän joutuu käsitteellisesti hallitsemaan sellaisia tilanteita, joissa esineitä tuotetaan useampien ihmisten kesken, vaihdetaan toisiinsa, ja joudutaan suojaamaan loukkauksia vastaan. Tämän ”yhteiskunnallisen” yksityisomaisuuden (vs. luonnollinen yksityisomaisuus) analysoinnissa saa *sopimus* Lockella tärkeän merkityksen.

Locken mielestä ihmiset ovat vaihtosuhteissaan sopineet rahan ja sen arvon käyttöön ottamisesta. Tällöin he hänen mukaansa ovat samalla hiljaisesti hyväksyneet erään toisen asian, nimittäin luonnollisen yksityisomistuksen rajoitusten hävittämisen.⁵⁷ Ihmiset ovat ts. sopineet eriarvoisesta omistuksesta ja periaatteessa rajattomasta oikeudesta kasata omaisuutta.⁵⁸ Toiseksi sopimus liittyy valtion perustamiseen. Ihmisillä on tosin jo luonnontilassa oikeus yksityiseen omaisuuteen, mutta turvatakseen paremmin tämän oikeuden käytön he luovuttavat valtiolle mm. luonnollisen oikeutensa rangaista omaisuuteensa kohdistuvat loukkaukset; he luopuvat heille luonnollisena kuuluvasta vapaudesta.⁵⁹ Tässä kohden on tietty yhteinen piirre nimenomaan Hobbesin kanssa.

Työ jää kuitenkin Locken ajatuskehittelyssä tärkeään asemaan. Hän perustelee olennaisesti sen avulla mm. julkisen vallan puuttumattomuuden yksityiseen omistusoikeuteen. Muilta osin havaitsemme, että Locke tulee itse asiassa aika lähelle aiemmin käsiteltyjen kirjailijoiden mielipiteitä. Sopimukseen ja työhön perustuvien konstruktioiden välillä ei lopultakaan vallitse

⁵⁷ mt., § 36 ja §§ 46–48.

⁵⁸ Locken teorian yhteiskunnallisiin sidonnaisuuksiin on sinänsä kiinnitetty huomiota. Ehkä eritellyin tätä koskevista esityksistä on mainittu Macphersonin teos, jota tämän tekijä on osin käyttänyt hyväkseen. Macpherson ei kuitenkaan kiinnitä juuri huomiota omistusoikeuteen käsitteellisenä konstruktiona. Ks. mt., erit. s. 203 ss. Vrt. Gough, mt., s. 80 ss. Myös Schlatter on arvellut, että Locken merkitys oli luonnollisen omistusoikeuden teorian esittäminen tilanteessa, jossa oli yhteiskunnallista tarvetta feodaalisten rajoitusten hylkäämiseen. Ks. mt., s. 151 ss.

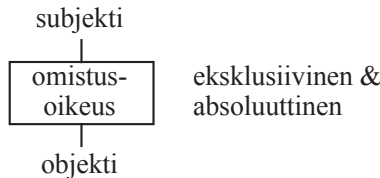
⁵⁹ *Second Treatise*, luvut VII, VIII, IX.

erityistä vastakohta-asetelmaa. Myös Locken ”luonnollisen” yksityisomistuksen teoria joutuu tärkeällä tavalla turvautumaan sopimuskonstruktion, vaikka Locken ajatuskehittelyllä onkin erityislaatuisia piirteitä verrattuna Hobbesiin, Grotiukseseen ja Pufendorfiin. Mainittakoon vielä, että myös viimeksi mainittujen teoksissa esiintyy yksityisen omistuksen yhteydessä työn käsite, mutta alistetussa ja toissijaisessa merkityksessä.

(3) Kolmantena uuden ajan alun luonnonoikeuden omistusoikeusteorioiden piirteenä on vielä lyhyesti tarkasteltava yksityisen omistuksen erottautumista julkisesta vallasta. Edellä on Pufendorfin valtionomistusta koskevassa jaksossa ollut puhetta siitä, että tämä ero ei nykyisessä mielessä ollut täysin selvä. Toisaalta edellä käsitellyillä henkilöillä esiintyy suhteellisen johdonmukaisina yleisluontoisia lausumia siitä, että julkinen on eri asia kuin yksityinen tai että valtion valta on jotain muuta kuin omistamista.⁶⁰ Tähän aiheeseen on tarkoitus palata alussa esitetyn hahmotelman kohdan III yhteydessä.

Yhteenvetona uuden ajan alun omistusoikeuskäsitteestä voidaan sanoa, että omistus alettiin käsittää ihmisen aktin, erityisesti hänen tahtonsa tuotteeksi. Tässä mielessä omistuksesta tuli ”keinotekoinen”, ”konstruoitu”, oltuaan aiemmin itse asioiden luonnossa oleva järjestys. Olemme nähneet, miten tämä pitää paikkansa myös Locken ”luonnollista” omistusoikeutta koskevaan teoriaan nähden.

Tähän liittyvä piirre oli se, että ruvettiin puhumaan *alkuperäisestä omistuksesta* (vs. johdannainen omistus) yksityisen omistusoikeuden yhteydessä.⁶¹ Tietyssä mielessä muodostui myös *abstrahoitunut* individuaalisen omistusoikeuden kategoria, joka oli pääsääntöisesti jo riippumaton henkilön yhteiskunnallisesta statuksesta ja joka saattoi eräin poikkeuksin kohdistua mihin esineeseen tahansa:



⁶⁰ Esim. Hobbes, *Leviathan*, chap. 17.; Bodin, mt. I.2.; Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, I. 3.XIV; Pufendorf, *Jus Naturae et Gentium*, IV. IV.2.; Locke, mt. luvut IX ja XI.

⁶¹ Alkuperäisen omistuksen käsite saavutti myös huomattavaa juridis-systemaattista merkitystä, mikä tulee esiin saantojen luokittelussa alkuperäisiin ja johdannaisiin. Ks. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, II.3. I.–III. ja Pufendorf, *Jus Naturae et Gentium*, IV. VI.1. läht.

Se, että omistajia oli useampia, ei aiheuttanut muutosta tähän periaatteeseen. Tällöin omistajat yhdessä käyttivät mainittua eksklusiivista ja absoluuttista oikeutta.

Aiemmin omistus oli usein käsitetty lähinnä mahdollisuutena käyttää esinettä tietyissä suhteissa, ja pääsääntöisesti ymmärrettiin, että vain yhteisomistus oli alkuperäistä ja luonnollista. Feodaalisissa teorioissa omistusta verrattiin joskus Ciceron tavoin paikkaan teatterissa, jossa kuka tahansa sai vallata vapaan paikan eikä kukaan ollut oikeutettu sulkemaan pois toisen käyttäjä.⁶²

II OSA

Olen edellisessä numerossa (Oikeus 1/79 [tämän artikkelin I osa]) tarkastellut eräitä yksityiseen omistukseen liittyviä käsityksiä uuden ajan alun luonnonoikeudessa ja yrittänyt todistella, että ne eräiltä ratkaisevilta osiltaan poikkesivat varhaisemmista erityisesti feodaalisista omistusoikeuskäsityksistä. Seuraavassa yritän osoittaa, että samanaikaisesti myös käsitys julkisesta vallasta muuttui, ehkä jopa vielä selvemmin. Johtopäätökset näiden kahden artikkelin aiheesta on tarkoitus esittää toisessa yhteydessä.

Usein näkee esitettävän seuraavan väitteen: koska yhteiskuntasopimus-teorioilla on tunnetusti tärkeä merkitys uuden ajan alun luonnonoikeudessa, on tämän ajan luonnonoikeudelle tyypillistä, että yhteiskunta ja sen mukana valtiokin konstruoidaan yksityisoikeudellisesta perustasta (sopimuksesta). Siispä luonnonoikeus uuden ajan alussa ei erottanut toisistaan yksityistä ja julkista eikä oikeastaan tuntenut julkisen käsitettä t. valtiota sen nykyisessä merkityksessä. Tämä käsitys on tosin ymmärrettävä mutta mielestäni sangen erheellinen ja osittain myös tuhoisa, koska se on ollut omiaan estämään näkemästä eräitä yhteyksiä yksityisen ja julkisen välillä näiden käsittehistoriallisessa syntytahtumassa.

Uuden ajan alun luonnonoikeus tarkastelee nimittäin julkisen piiriä ja valtiota tavalla, joka poikkeaa merkitsevästi ja ratkaisevasti yhteiskuntasopimusajatuksesta. Samalla siinä ilmenee selvä muutos verrattuna aikaisempiin antiikiin ja feodaaliyhteiskunnan teorioihin. Ajattelutapa on paljolti juridisävyisesti painottunut ja vastaavalla tavalla konstrukttiivinen kuin edellä

⁶² Cicero, *De Officiis*, I.21.

olemme havainneet yksityisen omistuksen yhteydessä, mutta konstruktion sisältö ja peruskäsitteet ovat erilaiset. Konstruktion lähtökohtana julkisen vallan yhteydessä voidaan ymmärtääkseni pitää käsitteitä *suvereeniteetti* ja *suvereeni valta*.

Julkista valtaa koskevat pohdiskelut uuden ajan alussa ilmenevät kuitenkin usein näennäisesti erään toisen ongelman yhteydessä, nim. kysymyksen: mitä laki (oikeus, Lex, Law, Droit) on? *Thomas Hobbes* formuloi vastauksen tähän kysymykseen tavalla, joka edustavasti heijastaa eräitä uuden ajan alun luonnonoikeuden keskeisiä ajatusteemoja: laki (oikeus) on käsky, jonka tottelemisen perusta on käskijän tahdossa. Hän selventää asiaa vielä seuraavasti: laki käskynä perustuu käskijän valtaan ja hänen etuunsa. Laki luo vastaanottajalleen sitovan velvoitteen eikä perustu hänen harkintaansa tai vapaaseen tahtomiseensa. Laissa käskijän päämäärät ja tarkoitukset ovat ratkaisevia, eivät sitä vastoin käskyn vastaanottajan.⁶³ Nämä määreet vastaavat lähes tarkalleen *Pufendorfin* ja *Bodinin* ajatuksia.⁶⁴

Meitä kiinnostaa tässä yhteydessä nimenomaisesti se, mitä ko. teoreetikkojen mielestä laki *ei* ole. Voimme koota yhteen seuraavat seikat, jotka ovat peräisin lähinnä *Hobbesin*, *Pufendorfin* ja *Bodinin* teoksista. Laki ei ole sama kuin:

- *moraali*; moraali käsitetään tällöin useimmiten neuvoksi, miten jokin oikea päämäärä saavutetaan.⁶⁵ Siksi voidaan sanoa myös: laki ei ole sama kuin *neuvo* (counsell, conseil). Laki ei ole neuvo juuri siksi, ettei neuvolla ole käskylle tyypillisiä piirteitä. Käsky liittyy tahtoon ja neuvo taas itse asiaan ja sen luonteeseen. Neuvolla ei ole itsessään velvoittavaa luonnetta; se

⁶³ Hobbes, *De Cive, English Works II*, XIV. 1. Samoin *Leviathan*, chap. XXV.

⁶⁴ Pufendorf, *Elementarum I*, Def. XII. ("Lex est decretum quo superior sibi subjectum obligat, ut ad iustius præscriptum actiones suas dirigit") Samoin: Jus Naturae... I.VI. 4; Bodin, *Les six Livres*, I.8 ja I.10. (Esim. "Et ... il faut pressuposer que le mot loy sans dire autres choses, signifie le droit commandemét de celui ou ceux qui ont tout puissance par dessus les autres sans exption de personne"); Grotius I.3.XVII.2.

Käsitys laista käskynä esiintyy jo myöhäiskeskiajan eräillä luonnonoikeuden edustajilla. Ennen muita on mainittava nimet Jean de Paris ja Marsilius Padova. Ks. Ullman, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages* (1966), s. 263 ss.; Vile, *Constitutionalism and Separation of Powers* (1969), s. 27 ss.; Marsilius of Padua, *The Defender of Peace* (1951) II s. 45 ss.

⁶⁵ Tätä voidaan sanoa väljässä mielessä aristoteeliseksi näkemykseksi moraalista. Ks. Field, *Moral theory* (1966), s. 79, ss. ja erit. s. 48. Tämä käsitys heijastuu myös *Hobbesilla* ja *Bodinilla*. Ks. Hobbes, *Leviathan*, Introduction ja *De Cive, English Works II*, Preface XI–XIV sekä Bodin, I.1.

- perustuu vastaanottajan vapaaseen tahtoon ja hänen etuunsa sekä hänen asettamiinsa päämääriin. Neuvon ei myöskään liity valtaa.⁶⁶
- *sopimus*; tällöin usein viitataan siihen, että sopimuksilla rajoitetaan toimintavapautta ja toisaalta siihen, että sopimus perustuu ihmisten vapaaehtoiseen käyttäytymiseen.⁶⁷
 - *oikeus subjektiivisessa merkityksessä*; tällöin usein viitataan privilegioihin. Oikeus subjektiivisessa mielessä on vapautta, lait perustuvat taas sidonnaisuuteen.⁶⁸
 - *regalioikeudet*; tämä esiintyy lähinnä vain Bodinilla.⁶⁹

Mitä yhteistä on kaikille näille negatiivisille määreille? Niillä torjutaan ymmärtääkseni tärkeällä tavalla eräs käsitys, jota voidaan kutsua *feodaaliseksi oikeuskäsitykseksi* (t. feodaaliseksi valtiokäsitykseksi). Kysymys on keskeisesti juuri tämän käsityksen oponoinnista. Rajoitun tässä yhteydessä viittaamaan tämän käsityksen kahteen keskeiseen piirteeseen.

Feodaalinen oikeus- ja valtiokäsitys keskittyi nimenomaan kuninkaan ja hänen valtansa ympärille. Ensinnäkin kuninkaan tuli olla ”*rex iustus*” (oikeudenmukainen kuningas), jolloin hän juuri oli moraalin, sopimusten ja privilegioiden sitoma. Toiseksi ja vielä tärkeämpänä tulee keskiaikaa hallinnut idea *feodaalisesta kuninkuudesta*. Hieman yksinkertaistaen voidaan

⁶⁶ Näin Hobbes, *Lev. chap. XXV* ja *De Cive, English Works II, XIV.1.* sekä Pufendorf, *Elementarum*, Def. XII.1. ja *Jus Naturae... I.VI.1.* sekä *De Officio, I.II.3.* Samoin Bodin I.8. Asiallisesti samoin esittää Grotius. Ks. I.1.IX.1. vrr. I.3. XVII.2.

Se, että laki ei ole sama kuin neuvo t. moraalii, ilmaistaan usein sanomalla, että laki ei ole sama kuin arvio t. arvostelma asioiden luonteesta, oikeista päämääristä tai niiden saavuttamisen keinoista. Nimenomaisesti tämä esiintyy Hobbesilla ja Pufendorfilla. Tämä kaikki ei tietenkään merkitse, että asioiden luonne tai luonnolliset lait olisivat merkityksettömiä. Päinvastoin kaikilla kyseisen ajan luonnonoikeuden edustajilla esiintyvät keskeisellä sijalla ”luonnon laki” (*lex naturalis*) tai ”oikean järjen vaatimus” (*dictate of right reason*). Kysymys on lähinnä siitä, että laki (merkityksessä ’ihmislaki’) voidaan ja pyritään hahmottamaan käsitteellisesti riippumatta luonnon oikeudesta. Näin ei aiemmin ollut tehty. Vrt. esim. Tuomas Akvinolaisen käsitystä: ”*Lex est quedam rationis ordinato ad bonum communem ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.*” *Summa Theologica*, Quest. 90.4 ja 92.1.

Käsitteellinen itsenäistyminen on toisaalta otettava varauksin. Kaikilla em. kirjoittajilla on käsitys, että ihmislaki jossain mielessä toteuttaa luonnon oikeutta. Esiintyy myös toiseen suuntaan menevä yhteys: valtion lakien noudattaminen on aina luonnon lain tai oikean järjen vaatimus.

⁶⁷ Pufendorf, *Elementarum*, Def. XII.2, *Jus Naturae... I.VI.2.*, vrt. *De Officio, I.II.3.*; Hobbes, *De Cive, English Works II, XIV.2.*, vrt. *Leviathan*, chap. XXV; Bodin, I.8. Samansuuntaisesti: Grotius, II. III.2. ja I.3. XVI.1.–2.

⁶⁸ Pufendorf, *Elementarum*, Def. XII.3. ja *Jus Naturae... I.VI.3.* vrt. *De Officio, I.II.3.*; Hobbes, *De Cive, English Works II, XIV.3.* vrt. *Leviathan*, chap. XXV; Bodin, I.8., 9. ja 10.

⁶⁹ Bodin, I.10.

sanoa, että keskiajalla kuninkuus (”julkinen valta”) oli valtaa tietynlaisten sopimussuhteiden puitteissa. Nämä olivat nimenomaisesti läänityslaitokselle ominaisia, hierarkkisia, kahdenkeskisiä, uskollisuuteen ja keskinäiseen luottamukseen perustuvia sopimuksia.⁷⁰ Kuninkuus ei ollut yhteiskunnan yläpuolelle nousevaa julkista valtaa.

Juuri tämän käsityksen uuden ajan alun luonnonoikeus pyrki nähdäkseen arvioimaan perustavanlaatuisesti uudella tavalla. Tällöin luonnonoikeus juuri konstruoi edellä mainitun käsitteen *suvereniteetti* ja selitti, että jokaisessa valtiossa (civitas, Commonwealth, Republic, City) on oltava alkuperäinen rajaton valta, joka pääsääntöisesti ei ole sidottu mihinkään esteisiin. Puhuminen alkuperäisestä/johdannaisesta vallasta on tyypillistä⁷¹ ja samalla analogista rajattoman alkuperäisen (vs. johdannaisen) omistusoikeuden kanssa. Suvereenista alkuperäisestä vallasta käytettiin hieman eri nimityksiä, mutta jo sangen usein nykyisiä käsitteitä *suverenitas*, *puissance souveraine*, *sovereign power*. Tämän ohella esiintyivät myös käsitteet *supremus princeps*, *summa potestas*, *summum imperium*. t. *majestas*. Tämän käsitteen sisällöstä ollaan – tekisi mieli sanoa – hämmästyttävän yhtä mieltä, mutta ajatuksellisesti se konstruoidaan eri tavoin.

Viimeksi mainitussa suhteessa on hyödyllistä erottaa kahdentyyppisiä konstruktioita:

(a) ”*sosiologisperäinen*” t. ”*valtio-opillinen*” konstruktio; tämän tärkein edustaja on ehkä *Johannes Althusius*, joka yleensä tunnetaan ns. kansansuvereniteettiopin edustajana. Tämän ajatussuuntauksen mukaan *suvereeni valta identifioidaan sen luovuttajaan, kansaan*, joka on ainoa alkuperäisen suvereenin vallan kantaja.

Althusius sanoo nimenomaan, että hänen tutkimustapansa on valtio-opillinen, ”poliittinen”. Tämän tutkimustavan tutkimusobjekti on juuri korkein valta⁷² (*summum potestas imperandi*)⁷³. Althusiuksen mukaan politiikkatieteen tutkimus osoittaa, että tämä korkein valta voi olla vain kansalla. Althusiuksen esityksen eri yhteyksistä voimme poimia suvereenin vallan

⁷⁰ Ullman, s. 117 ss.; Mittels, s. 56 ss.

⁷¹ Althusius (teoksesta *Politica methodice digesta* saksannettu osa, joka sisältyy kokoomateokseen *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, hrsg. E. Wolf), s. 131 ja 109; Bodin, I.10.; Hobbes, *Lev.*, chap. XXII.

⁷² Althusius, s. 109.

⁷³ *ib.* s. 133.

tärkeimmät tuntomerkit: se on *korkein*,⁷⁴ *jakamaton*⁷⁵ ja *luovuttamaton*⁷⁶. Tämä valta kuuluu vain kansalle, ja sen ylimmän käyttäjän, ruhtinaan, kädessä valta muuttuu heti rajalliseksi. Se ei enää ole korkein eikä ikuinen; se on moraalinen ja Jumalan käskyjen rajoittama.⁷⁷

Althusius tarkastelee tätä valtaa historiallisesti muovautuneena. Alussa on hänen mukaansa vain yksityisiä yhteisöjä, jotka ovat joko *luonnollisia* (perhe) tai *yksityisoikeudellisia* (korporaatiot). Viimeksi mainitut ovat sopimuksen tuotetta. Näistä syntyy kehityksen mukana uudenlainen organisoitumisen taso, julkinen yhteisö 1. valtio, jolle on juuri tunnusomaista yksityisten suhteiden yläpuolelle nouseva valta, *summum potestas imperandi*.

Suvereenin vallan tuntomerkkejä (ykseys, jakamattomuus, luovuttamattomuus) esittäessään Althusius edustaa nähdäkseni yleisiä uuden ajan alun ajatusteemoja. Samaa ei voida sanoa hänen teoriansa muilta osilta. Hänen pyrkimyksensä erityiseen ”valtio-opilliseen” näkökulmaan, hänen teoriansa korporatiiviset piirteet sekä ennen kaikkea hänen kansansuvereniteettioppinsa joutuivat väistymään toisensauntaisten ajatusten tieltä. Suvereenisuus-ongelman yhteydessä saavuttivat jonkinlaisen vallitsevan aseman ajatteluteemat, joita voidaan kutsua yhteisellä nimellä:

(b) *juridissävyiset konstruktioit; näille teorioille on tunnusomaista se, että suvereeni valta identifioidaan sen korkeimpaan käyttäjään, yleensä monarkkiin.*⁷⁸ Pääsääntöisesti ainoastaan monarkki käyttää alkuperäistä suvereenia valtaa. Kaikki muu valtiossa käytetty julkinen valta on hänen vallastaan johdettua 1. johdannaista valtaa. Jäljempänä käsiteltävät teoreetikot Bodin, Hobbes, Pufendorf ja Grotius osoittautuvat mielestäni selvästi tämän ajattelutavan edustajiksi.

On huomattava, että useimmat tämän konstruktion kannattajat ovat samalla yhteiskuntasopimusopin edustajia. Kuitenkin yhteiskuntasopimusoppi on nähdäkseni sangen vähämerkityksellinen konstruoitaessa julkista valtaa. En ryhdy tässä yhteydessä laajemmin perustelemaan tätä väitettäni vaan tyydyn ainoastaan viittaamaan pariin seikkaan.

⁷⁴ ib. s. 133.

⁷⁵ ib. s. 134.

⁷⁶ ”Kuten ruumiilla on vain yksi sielu...” ib. s. 134.

⁷⁷ ib. s. 134.

⁷⁸ Tätä vastaan Althusius polemisoii, ib. s. 109 ja 134.

Uuden ajan alun luonnonoikeudessa ilmeni ensinnäkin selvä taipumus selittää sängen monet inhimilliset instituutiot sopimuksen tuotteiksi. Tämä koski paitsi aiemmin käsiteltyä yksityistä omistusta (dominium), nyt puheena olevaa valtaa (potestas) ja myös sellaisia ilmiöitä kuin kieli (sermo) ja raha (pretium).⁷⁹ Lähinnä Hobbes ja Pufendorf ulottivat tämän saman periaatteen koskemaan myös perhettä ja sen sinänsä patriarkaalisia suhteita ja jopa orjuutta sekä sen suoranaisia alistussuhteita.⁸⁰ Lähinnä jonkin instituution selittäminen sopimuksen tuotteeksi merkitsi ainoastaan, että se oli ihmistekoa eikä luonnon järjestykseen välttämättä kuuluva laitos. Instituution sisältöön muissa suhteissa ei sen sopimusperusta juurikaan vaikuttanut. Erityisesti on uuden ajan alun sopimuskonstruktion varottava liittämästä ainakaan pääsääntöisesti minkäänlaista tasa-arvoisuusajatusta. Vaimo ei suinkaan ollut tasa-arvoinen miehen eivätkä lapset vanhempien kanssa huolimatta siitä, että perhe instituutiona oli sopimuksen tuote.

Toiseksi voidaan viitata siihen, että huolimatta yhteiskuntasopimusopista selitettiin aina pääsääntöisesti, että mitkään sopimukset eivät sido eivätkä rajoita suvereenia valtaa. Hieman epämääräinen tämä asia on kansainvälisten sopimusten osalta, joihin palataan vielä lyhyesti tuonnempana. Valtionsisäisesti on pääsääntö sitä vastoin suhteellisen yksiselitteinen: sopimus on toinen asia kuin ehdoton tottelemisvelvollisuus (Hobbes)⁸¹. Sopimuksen merkitys ajateltiin nimenomaan valtion yhteydessä yleensä kahdella tavalla: ensinnäkin valtio saatettiin historiallisesti selittää syntyneen sopimusaktin kautta. Tämä geneettinen järjestys oli kuitenkin eri asia kuin valtion pysyvyys ja pätevyys, jonka voi taata vasta yhteiskunnallisesti vallitseva, korkein suvereeni valta. Tällä tavalla näytti esim. Pufendorf ajattelevan nimenomaan varhaisemmassa tuotannossaan⁸². Toisena vaihtoehtona näytti olevan esittää sopimus valtion vallan legitimoijana ja rationalisoijana. Ihmiset ovat hyväksyneet ja heidän on järkevääkin hyväksyä järjestäytyneet yhteiskuntaelämä anarkiaa parempana ja luovuttaa luontaiseen itsesuojeluoikeuteen perustuva rankaisovalta valtiolle⁸³. Itse tästä sopimuksesta on kuitenkin vaikea johtaa sitä, että julkisen vallan tulee olla peruuttamaton ja luovuttamaton. Sopi-

⁷⁹ Pufendorf, *De Officio*, I.IX. 1. ja 22.; *Jus Naturae*... IV.1. ja 3. ja V.1. sekä VII.1.; Hobbes, *Lev.*, chap. 4.

⁸⁰ Pufendorf, *De Officio*, II.II.1. ja *Jus Naturae*... VI.III.4.; Hobbes, *Leviathan*, chap. 20.

⁸¹ *Leviathan*, chap. 18 ja *De Cive*, *English Works II*, VII.17.

⁸² Pufendorf, *Elementarum*, Def. XIII.2.

⁸³ Hobbes, *De Cive*, V.1.–8.

muksen merkitys julkisen vallankin konstruoinnille on lähinnä siinä, että valtiota ei enää ajateltu perustuvaksi luonnon järjestykseen, jumalalliseen käskyyn tai ilmoitukseen. Sitä vastoin kysymykseen, minkälaisen julkisen vallan pitää olla valtiossa, ts. kysymykseen suvereniteetin käsitteellisistä ominaisuuksista ei sopimuskonstruktio anna vastausta. Tässä mielessä oppi yhteiskuntasopimuksesta on suhteellisen irrelevantti julkisen vallan ja suvereenisuuden käsitteen kannalta.⁸⁴

Mainittujen seikkojen nojalla olisin taipuvainen vastoin yleistä käsitystä väittämään, että uuden ajan alun luonnonoikeudessa ei valtiota ja julkista valtaa oikeastaan lainkaan käsitteellistetä sopimussuhteena vaan tietynlaisena valtasuhteena. Julkista valtaa koskevissa uuden ajan alun konstruktioissa on mielestäni kaikkein keskeisintä ja perustavanlaatuisinta se oletus ja ajatus, että jokaisessa valtiossa – tietynlaisena ajatusvälttämättömyytenä – täytyy olla korkein ja absoluuttinen viranhaltija. Muuten ei kysymyksessä ole lainkaan valtio⁸⁵ tai ei ainakaan hyvin järjestetty valtio⁸⁶. Tätä ajatuksellista perustetta selvennetään ja osittain todistellaankin kahden tärkeän analogian avulla, jotka ovat merkittävässä asemassa edellä mainituilla teoreetikoilla. Ensimmäisessä näistä kansan ja ruhtinaan suhdetta rinnastetaan ruumis–sielu-asetelmaan. Jos ruumiissa olisi useampia sieluja ja täten useampia tahtoja, kävisi inhimillinen toiminta ristiriitaiseksi ja mahdottomaksi. ”Kuten ruumiissa voi olla vain yksi sielu ei valtiossakaan voi olla kuin yksi korkein valta.”⁸⁷ Toiseksi: ”kuten kaikkivaltias Jumalakaan ei voi luoda toista itsensä veroista Jumalaa, koska hän on rajaton ja kaksi rajatonta ei voi olla toistensa rinnalla, niin ei suvereeni ruhtinaskaan, joka on Jumalan kuva, voi tehdä alaisestaan itsensä veroista tuhoamatta itseään.”⁸⁸ Tässä analogiassa ruhtinaan ja kuninkaan vallan absoluuttisuutta rinnastetaan (matemaattiseen) infiniittisyyteen ja luojan ja luodun väliseen suhteeseen. Edellinen analogia korostaa julkisen vallan yksinomaisuutta, jälkimmäinen taas sen rajattomuutta.

⁸⁵ Tähän suuntaan Bodin eräissä tapauksissa: ”Une Republic est... puissance souveraine... I.1. Samoin Pufendorf, *Elementarum*, Observationes V.18.

⁸⁶ Tähän suuntaan Hobbes, *De Cive*, *English Works II*, VII.5.–7. Samoin Bodin, VI.4

⁸⁷ Hobbes, *De Cive*, *English Works II*, VI.19. ”For the Sovereign is the publique Soule, giving Life and Motion to the Common-wealth”. *Lev.*, chap. 29. Vastaava analogia Bodinilla on se, että ruumiilla on vain yksi pää, josta riippuu ”tahto, tunne ja liike”. Ruumis on mikrokosmos, jolla on vain yksi liikkeelle paneva ja koossa pitävä voima. Bodin näkee saman luonnollisen järjestyksen toteutuvan makrokosmoksessa, maailmankaikkeudessa, jossa vastaavasti on vain yksi aurinko. Bodin VI.4. Ruumis–sielu-analogia on myös Pufendorfilla. Ks. *De Officio*, I.V.2. ja *Jus Naturae*... VII. IV.1.

⁸⁸ Bodin, I.10. Samoin Hobbes, *Lev.*, chap. 29 ja *De Cive*, *English Works II*, I.X.3.–4.

Uuden ajan alun luonnonoikeusteoreetikoilla tapaamme yksityiskohtaisia luetteloita suvereenin vallanhaltijan valtaoikeuksista. Ne eivät kuitenkaan ole aiheemme kannalta niinkään keskeisiä. Meitä kiinnostavat nimenomaisesti suvereenin vallan käsitteelliset ominaisuudet. Tässä suhteessa selkeimmän esityksen löydämme ehkä Bodinilta. Hänen mukaansa suvereeni valta on ennen kaikkea:

- a) *perpetuel* (pysyvä); tämä tarkoittaa Bodinilla sitä, että suvereenia valtaa ei voida rajoittaa sopimuksin, eikä se ole peruutettavissa tai luovutettavissa alkuperäisenä valtana. Bodin joutuu tässä tiettyihin konstruktiivisiin vaikeuksiin yrittäessään sovittaa yhteen suvereenin vallan ikuisuutta ja pysyvyyttä sekä tämän vallan kantajalle ihmisenä kuuluvaa häviävyyttä.⁸⁹
- b) *absolué* (absoluuttinen); tällä Bodin tarkoittaa erityisesti, että suvereeni valta on sekä ylin että rajaton. Tässä joudutaan samantapaisiin ajatusvaikeuksiin, kun selitetään, miten periaatteessa rajattoman vallan kantaja voi faktisesti olla henkilönä muista riippuvainen. Huomion arvoisena erityisongelmana kohtaamme tässä kysymyksen, missä määrin suvereeni valta on sidottu omiin aikaisempiin ja edeltäjiensä päätöksiin, mm. lakeihin. Pääsääntöisesti ne eivät sido suvereenia vallanhaltijaa, ja Bodin esittää tärkeän periaatteen: suvereenin vallan haltijan on mahdotonta olla oman vapaan tahtonsa alainen. Ts. suvereeni valta ei voi sitoa itseään pysyvällä tavalla.⁹⁰

On suhteellisen helppo havaita, miten myöhempi aika selvisi Bodinin konstruktiivisista vaikeuksista: se erotti ajatuksellisesti suvereenin vallan sen kantajasta, tavallaan abstrahoi suvereenin vallan, jonka käyttöön eri valtioelimet ”osallistuvat”. Jos tämä yksityiskohta jätetään huomiotta, on nähdäkseni oikeutettua todeta, että muilta osin nykyinen julkisen vallan käsite on hyvin pitkälle samansuuntainen uuden ajan alun suvereniteettia koskevien ajatusten kanssa. Mainitsen pari tällaista ”oikeudellista periaatetta”, joiden ajatuksellinen perusta on selvästi peräisin mainituista suvereenin vallan käsitteellisistä ominaisuuksista.

- 1) Julkinen valta on luovuttamaton. Esimerkiksi voi ottaa virkamiehen, joka ei voi delegoida käyttämäänsä valtaa yksityiselle. Sama koskee luonnollisesti muita julkista valtaa käyttäviä organeita.
- 2) Julkinen valta on oikeudellisesti rajoittamaton. Useat tähän liittyvät käytännölliset ongelmat koskevat oikeudellisen *itsevelvoittavuuden* kysymystä. Jonkinlainen vallitseva katsomus on epäilemättä, ettei julkinen orgaani voi oikeudellisesti velvoittautua käyttämään valtaansa tietyllä

⁸⁹ Bodin, I.10.

⁹⁰ ib.

tavalla. Tämän hetken Suomessa ei esim. Valtioneuvosto voi pätevästi sitoutua Maataloustuottajien Keskusliittoon nähden antamaan eduskunnalle tietynsisältöistä Maataloustulolakia. Valtioneuvosto voi tulla ehkä poliittisesti ja moraalisesikin sidotuksi, mutta *oikeudellista* velvoitusta se ei voi luoda itselleen tällä tavalla.

Tällaiset nykyisen julkisen oikeuden ajatukselliset kulmakivet näkyvät mielestäni ensi kertaa selvästi uuden ajan alun luonnonoikeudessa, jossa ne esiintyvät selvänä vastakohtana varhaisemmille feodaalisille käsityksille. Ne eivät esiinny myöskään satunnaisina ilmiöinä vaan säännönmukaisesti lähes kaikilla kyseisen ajan luonnonoikeuden tärkeimmillä edustajilla. Tämä seikka muodostaa ymmärtääkseni sangen tärkeän yhteisen piirteen paitsi Bodinin myös Pufendorfin, Grotiuksen ja Hobbesin ajatusten välillä. Tämä seikka on sikälikin merkille pantavaa, että heidän ajatuksensa saattavat poiketa monissa muissa suhteissa hyvinkin paljon.

Samuel Pufendorf esittää teoksissaan suhteellisen selvästi muotoiltuja ajatuksia suvereenista ja julkisesta vallasta. ”Summa potestas”, ”summum imperium” 1. suvereeni valtiovalta ei hänen mukaansa ole ensinnäkään sidottu mihinkään inhimillisiin lakeihin (*legibus humanis solutus*). Se on kaikkien ihmislakien yläpuolella, koska kaikki lait ovat juuri suvereenin vallan ja tahdon tuotetta. Ihminen ei voi Pufendorfin mielestä olla oman tahtonsa velvoittama, vaan ainoastaan toisen, korkeamman tahdon. Koska suvereenilla tahdolla ei ole yläpuolellaan mitään muuta inhimillistä tahtoa, ei voida ajatella, että se olisi ihmislakien sitoma.⁹¹

Toiseksi Pufendorfin mukaan suvereniteettiin kuuluu olennaisesti se, että se on jakamaton. Kaikki suvereenin vallan jakaminen hävittää valtion vallan yhtenäisyyden; siksi useiden eri henkilöiden osallistuminen valtion vallan käyttöön voi pääsääntöisesti olla vain vallan *delegointiin* liittyvä ilmiö. Pufendorfilla ei ole mitään sitä vastaan, että hallitsija käyttää virkamiehiä eri alueilla, kuten finanssiasioissa ja ulkopolitiikassa. Myöskin voidaan hänen mukaansa erottaa rankaisuvallasta lakia säättävästä vallasta. Mutta kaikki nämä suvereenin vallan ”osat” voivat pääsääntöisesti olla vain delegoituja. Viime kädessä ne yhdistyvät aina *yhteen* korkeimman vallan kantajaan. On olemassa joko alkuperäistä (”omaan oikeuteen perustuvaa”) tai johdannaista (”vieraaseen oikeuteen perustuvaa”) valtaa. Edellisessä tapauksessa on kysymyksessä suvereeni valta käsitteen alkuperäisessä mielessä, jälkimmäisessä

⁹¹ *Jus Naturae*... VII. VI.2. ja 3, *De Officio*, II. VII ja IX ja *Elementarum*, Observationes V. 16.–18.

siitä johdettu delegoitu valta (suvereenin vallanhaltijan apulainen).⁹²

Suvereeni valta ei ole kokoonpantu osista, vaan kuten ”ruumiissa oleva sielu” se yhdistyy yhteen, yhtenäiseen tahtoon. Tämän kanssa ei Pufendorfin mielestä ole ristiriidassa se, että korkeimman vallan käyttöön voi ruhtinaan tai kuninkaan ohella osallistua muita orgaaneita. Näitä orgaaneita olivat ennen muuta säätyvaltiopäivät ja neuvostot; (tärkein käytännöllinen kysymys oli ehkä säätyjen veronmyöntämisoikeus). Se, että Pufendorf tässäkin tilanteessa pitää kiinni periaatteesta, että valtiovalta on oikeudellisesti rajoittamaton ja jakamaton, näyttää liittyvän kahteen seikkaan. Ensinnäkin monarkki ja säädety yhdessä käyttävät joka tapauksessa rajatonta suvereenia valtaa. Pufendorf toteaa, että jokaisessa valtiossa on absoluuttinen valta ainakin *muodoltaan* vaikkakaan ei aina ehkä sen *käyttämisessä*. Toiseksi valtiotahto yhdistyy aina suvereenin monarkin tahdossa. Kaikki, mitä valtio tahtoo, se tahtoo monarkin kautta ja välityksellä. Valtiossa ei voi olla kahta tahtoa. Säädety saattavat esiintyä tämän tahdon edellytyksenä, *conditio sine qua non*. Niillä on kuitenkin aina epäitsenäinen ja alistainen merkitys 1. niillä ei ole itsenäistä valtiotahtoa tai edes itsenäistä osaa siitä. Ne ovat valtiotahdon passiivinen ja epäitsenäinen osa. Pufendorf viittaa mm. siihen, että suvereeni monarkki ratkaisee säätyjen koollekutsumisen, hajottamisen ja työskentelymuodon. Edelleen kuninkaan suvereniteettioikeuksiin kuuluu hänen mielestään aina viimekätisenä instanssina ratkaista oikeudelliset valitukset.⁹³

⁹² *Elementarum*, Observationes V.16., *De Officio*, II.VII.9. ja II.XI.9., *Jus Naturae*... VII.4.

⁹³ *Jus Naturae*... VII. VI.7. ja VII.VI. 10.–12., *De Officio*, II, luvut VIII ja IX.

Pufendorfin suvereniteettioppia hämmentää ainakin ensi silmäyksellä suuresti se, että hän useissa kohdin tuntuu edellyttävän, että korkeimman valtiovallan haltija jää kuitenkin jossain mielessä valtion tarkoituksen ja luonnon oikeuden periaatteiden sitomaksi. Ks. esim. *De Officio*, II luku XI ja *Elementarum*, Definitio V. Tämä velvollisuus on kuitenkin luonnehdittavissa lähinnä ”moraaliseksi”. Luonnonoikeuden ruhtinaalle asettamat velvoitteet, kuten kansalaisten suojan, oikeudenmukaisuuden ja yhteishyvän (*bonum communis*) turvaaminen sitovat vain hänen omaatuntoaan. Koko valtiolaitoksen tarkoitus on voittaa ihmisten erilaisista, luonnon oikeutta koskevista mielipiteistä aiheutuvat hankaluudet sulauttamalla ja yhtenäistämällä ne yhdeksi suvereeniksi tahdoksi; *De Officio*, II. VI.4. Toinen toistuva teema Pufendorfin tuotannossa on se, että suvereenin tahdon antama laki vasta tekee lopulliseksi ja ehdottomaksi luonnon oikeuden periaatteet: edellinen sanktioi, täsmentää ja tekee ehdottomaksi jälkimmäisen. Ks. esim. *De Officio*, II. XII.

Tästä pääsäännöstä on Pufendorfilla kuitenkin eräs huomion arvoinen poikkeus ja varaus, joka koskee traditionaalista teemaa kansan luonnollisesta vastarintaoikeudesta. Mainittakoon vertailun vuoksi, että feodaalinen teoria myönsi yleensä kansalle sangen laajan vastarintaoikeuden sellaista hallitsijaa vastaan, joka rikkoi luonnon oikeuden ja Jumalan käskyjä vastaan. Koska feodaalinen kuninkuus käsitettiin rakentuvan tietynlaisille sopimussuhteille, oli oikeastaan luontevaa, että keskiajan teoria käsitteli vastarintaoikeutta kuninkaan teke-

Pufendorfilla jakamaton, luovuttamaton ja oikeudellisesti rajoittamaton valtiovalta identifioidaan selvästi sen korkeimpaan käyttäjään, suvereeniin tahtoon. Suvereenin vallan *käytöllä* saattaa olla edellytyksiä (säädyt), mutta ne eivät ole itse tähän valtaan käsitteellisesti kuuluvia rajoituksia. *Grotiuskin* lähtee periaatteesta, että ”korkein valta valtiossa” on *yhtenäinen ja jakamaton*⁹⁴. Deskriptiivisen ja historiallisen tutkimusotteensa mukaisesti Grotius kiinnittää kuitenkin huomiota siihen, että aikojen kuluessa on esiintynyt tilanteita, joissa korkein valta valtiossa on jaettu useamman henkilön kesken. Esim. Rooman valtakunnan länsi- ja itäosaa hallitsi oma keisari eräissä historian vaiheissa. Kuitenkin tällainen tilanne on Grotiuksen mielestä sangen epätydyttävä ja kestävä, ja hän esittää meille jo tutun argumentin: oikeus ei ole riippuvainen siitä, että se on tämän tai tuon käsityksen mukaan hyvää, vaan se on riippuvainen siitä tahdosta, mistä se on peräisin. Edelleen Grotius on taipuvainen selittämään eräät mielestään näennäiset suvereenin vallanhaltijan rajoitukset irrelevanteiksi. Niinpä kuningas on saattanut luvata alistaa tietyt valtioaktit senaatin tai jonkin muun kokouksen

män *sopimusrikkomuksen* seurauksena. Tämä ajatus tuli tärkeään asemaan 1500-luvun ”kuninkaanvastustajien”, ns. monarkomaanien, teorioissa. Yleensä uuden ajan alun suvereenin vallan teoreetikot torjuivat feodaalisen vastarintaopin. Lähtökohta on periaatteellisesti selvä: jos kansalla on oikeus reagoida ruhtinaan toimiin nousemalla oman harkintansa mukaan vastarintaan, ei voida puhua mistään valtiosta, vaan kansalaiset muodostavat luonnon tilassa elävän ”ihmisjoukon” (dissociata multitudo; Grotius I.4.II.). Tämä periaate on lähes ehdoton Hobbesilla ja Bodinilla, Pufendorf taas tekee siitä tiettyjä poikkeuksia. Jos katsomme Pufendorfin teoriaa tässä asetelmassa on hän mielestäni paljon lähempänä näitä uuden ajan alun ajatuksia kuin feodaalista teoriaa: vastarintaa voidaan harjoittaa vain sangen poikkeuksellisissa tilanteissa, se on yleensä luonteeltaan passiivista, siihen ovat oikeutettuja vain tietyt (paljolti ruhtinaan tahdosta riippuvat) organit. Aiheemme kannalta ehkä vielä tärkeämpää on todeta, että Pufendorfilla on kansan vastarinta-oikeus lähinnä jonkinlainen poliittinen tosiasiaelämän ilmiö, joka ei lopultakaan vaikuta suvereenin vallan oikeudelliseen konstruointiin. Ks. *Jus Naturae*, VII.VI.

Edelliseen läheisesti liittyen on esitetty, että koska Pufendorfilla kansa rajoitettuiine vastarinta-oikeuksineen jää tavallaan oikeussubjektin asemaan vielä valtion perustamisen jälkeenkin, on hänellä itse asiassa kaksi julkista valtaa koskevaa teoriaa: Souverenitätslehre ja Vertragslehre. (Dentzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, 1972, s. 194 ss.). Souvereniteetti olisi tämän mukaan Pufendorfilla toisaalta sopimukseen, toisaalta valtaan liittyvä ilmiö (pactum & imperium). Tässä yhteydessä ei liene aihetta paneutua syvemmin tähän ajatukseen. Aiheemme kannalta on mielestäni keskeistä nimenomaan se, että ”sovereniteettioppi” on joka tapauksessa Pufendorfilla käsitteellisesti riippumaton ”sopimusopista” ja toiseksi se, että julkinen valta juridisena konstruktiona perustuu nimenomaisesti sovereniteettioppiin. Sen syntyä ja rationalisointia (legitimointia) voidaan mahdollisesti tarkastella sopimukseen perustavana asiana. Vrt. mitä edellä on sanottu julkisen vallan ja yhteiskuntasopimuksen välisestä suhteesta.

⁹⁴ *De Jure Belli ac Pacis*, I.3.XVII.1.

hyväksyttäviksi. Grotiuksen mielestä tämä ei kuitenkaan merkitse yhtenäisen valtiovallan jakamista, vaan hän on pikemmin taipuvainen katsomaan sitä jonkinlaisena tosiasiallisena menettelytapana. Hallitsija voi koska tahansa kumota mainitun menettelytavan. Senaatin tai vastaavan kokouksen päätös on katsottava hallitsijan tahdosta riippuvaiseksi, ja yksinomaan tästä se saa oikeudellisen sitovuutensa.⁹⁵

Toiseksi Grotiuksen mukaan suvereeni valta on *oikeudellisesti rajoittamaton*. Tähän liittyvät Grotiuksen käsitykset, ettei suvereenin vallan haltijaa voida saattaa oikeudelliseen vastuuseen ja ettei valtion korkeinta valtaa voi sitoa sopimuksiin⁹⁶. Edelleen Grotiuksen mukaan suvereeni valta on *luovuttamaton*: hallitsijan tekemällä yksityisellä sopimuksella ei julkista valtaa voida antaa kenellekään. Julkisen vallan rajoittamattomuuteen Grotius tekee kuitenkin lukuisia varauksia, rajoituksia ja poikkeuksia erityisesti kuvaillessaan antiikin ja feodaaliyhteiskunnan oloja. On merkille pantavaa, että Grotius pitää kuitenkin kiinni tästä suvereenin vallan käsitteellisestä tuntomerkistä ja selittää, että mainitut rajoitukset koskevat vain julkisen vallan (”oikeuden”) käyttöä eivätkä sitä vastoin oikeastaan itse tätä valtaa⁹⁷. Mitä Grotius lopultakin tarkoittaa esittäessään, että nämä rajoitukset koskevat ainoastaan vallan käyttöä mutta eivät itse valtaa, jää epäselväksi hänen teoksessaan. Eräs yhteinen piirre Pufendorfin kanssa ansaitsee tulla mainituksi: kummallakaan ei julkinen valta voi olla *välittömästi* riippuvainen kansasta⁹⁸. Tämän periaatteen mukaisesti sekä Grotius että Pufendorf torjuvat feodaaliset opit kansan luonnollisesta vastarintaoikeudesta.

Suvereenin vallan teoreettikkona on *Thomas Hobbesille* annettu yleensä jonkinlainen erityisasema. Katsotaan yleisesti, että Hobbes on aikalaisiaan paljon kärjekkäämmin ja voimakkaammin esittänyt suvereenin vallankäytön absoluuttisuuden ja rajattomuuden⁹⁹. Hobbes valitseekin sanansa vaikuttavalla tavalla, kun hän puhuu korkeimmasta ihmisvallasta: ”This is... the great *Leviathan* or rather (to speak more reverently) of that *Mortal God*, to which... we owe our peace and defence”¹⁰⁰. ”But that power... greater

⁹⁵ I.3. XVII–XVIII.

⁹⁶ I.3. VII.14., I.3. XI.2. ja I.3. XVI.

⁹⁷ esim. I.3.XI. ja XXIV.

⁹⁸ I.3. VII–IX. ja XX.2.

⁹⁹ Goldsmith, *Hobbes' Science of Politics* (1966), s. 175 ss.; Peters, *Hobbes* (1967), s. 178 ss.; Macpherson, *The Theory...* s. 90 ss, Gauthier, *The Logic of Leviathan* (1969), s. 126 ss.; Watkins, *Hobbes' System of Ideas* (1973), s. 109 ss.

¹⁰⁰ *Lev.*, chap. 17.

than which cannot by men be conveyed on a man, we call *absolute*...¹⁰¹
 ”...who by right hath as great a power over each single citizen as each man hath over himself... limited only by the strength and forces of the city and nothing else in the world”¹⁰². Verrattuna kuitenkin edellä mainittuihin kirjoittajiin Hobbes ei kuitenkaan mielestäni osoittaudu niinkään miksikään absoluuttisen monarkian eksentriseksi puolustajaksi tai konstrukttiivisen ihmishirviön luojaksi kuin aika yleisten uuden ajan alussa esiin tunkeutuvien ajatusten tulkiksi.

Hobbesin kohdalla on hyödyllistä erottaa kaksi kysymystä, nim. toisaalta se, mikä on suvereenin vallan laajuus, ja toisaalta se, miten tämän vallan käyttäjät määräytyvät. Edellisessä suhteessa Hobbes ei nähdäkseni mitenkään ratkaisevalla tavalla poikkea monista muista ylimmän valtiovallan teoreetikoista. Suvereeni valta saa Hobbesilla määreet, jotka ovat suhteellisen tavallisia uuden ajan alun luonnonoikeudessa. Tämä valta on *oikeudellisesti rajatonta*¹⁰³, *luovuttamatonta*¹⁰⁴, *vailla itsesidonnaisuutta, peruuttamatonta*¹⁰⁵ ja *jakamatonta*¹⁰⁶. Tässä suhteessa ei ratkaisevaa eroa ole esim. Pufendorfiin nähden, joskin Hobbes on perustellut kantansa ehdottomammin.

Hobbesin erityisluonne ilmenee sitä vastoin sen kysymyksen yhteydessä, miten suvereenin vallan käyttäjät määräytyvät. Olemme jo edellä nähneet, miten uuden ajan alussa on ollut tiettyä yleistä taipumusta ajatella, että oikeudellisesti katsoen sellainen tilanne on mahdoton, missä kansa ottaa välittömästi osaa suvereenin vallan käyttöön. Tässä suhteessa Hobbes vetää ehdottomat ja sinänsä johdonmukaiset päätelmänsä: oikeudellisesti ainoastaan sellainen valta on suvereenia valtaa, joka on *ajallisesti rajoittamaton*. Tämä merkitsee sitä, että suvereenin vallan tulee voida itse täydentää itseään eli sen haltijalla tulee olla oikeus valita oma seuraajansa. Suvereeni valta on ”self-perpetuating power”¹⁰⁷. Tilanne, jossa esim. monarkki olisi riippuvainen omasta uudelleen valinnastaan, on Hobbesin mielestä luonnontila (*status naturalis*), jolle on juuri tunnusomaista, että siinä ei vallitse mitään oikeudellisia rajoja. Asiallisesti se on samaa kuin anarkia, jossa omiin yksi-

¹⁰¹ *De Cive, English Works II*, VI.13.

¹⁰² *ib.* VI.18.

¹⁰³ *ib.* XI.3. ja XII.4.; *Lev.*, chap. 18. ja 26.

¹⁰⁴ *De Cive, English Works II*, VII.17. ja *Lev.* chap. 18.

¹⁰⁵ *De Cive, English Works II*, VI.20 ja VII. 18. sekä *Lev.*, chap. 18.

¹⁰⁶ *De Cive, English Works II*, VII.4. ja XII.5. sekä *Lev.*, chap. 18.

¹⁰⁷ *Lev.*, chap. 19. ja *De Cive, English Works II*, IX. 11.–19.

tyisiin asioihinsa kiintynyt ja omaa valtaansa jatkuvasti lisäämään pyrkivä ihmisluonto törmää muihin ihmisiin. Siksi tarvitaan yksityisten intressien yläpuolelle nouseva, todella pysyvä julkinen valta, joka turvaa ”perpetuall and not temporary security”. Eräs seuraus tästä Hobbesilla on se, että jos kuninkaan valta on valinnasta riippuvainen, se ei edustakaan alkuperäistä suvereenia vaan ainoastaan johdannaista valtaa. ”Elective kings are not sovereigns but ministers of sovereigns”.¹⁰⁸ Hobbesin teoriassa ajatus suvereenista vallasta saavuttaa tässä suhteessa äärimmäisen pisteensä.

Kooten osittain yhteen edellä esitettyä voidaan vielä yhteenvedonmaisesti kiinnittää huomiota seuraaviin julkista valtaa koskeviin ajatustendensseihin uuden ajan alussa.

Ensiksi feodaaliselle oikeusmuodostumalle eräs tärkeä leimaa antava piirre oli oikeuslähteiden moneus. Esim. sopimus, tapa ja eriaikaiset kirjoitetut säädökset saattoivat esiintyä formaalisesti samantasoisina oikeuslähteinä. Tähän vielä liittyi useimmiten lakia soveltavien orgaanien hajanaisuus. Tässä mielessä voidaan puhua joko feodaalisesta *oikeuspluralismista* tai feodaalisesta *oikeuspartikularismista*. Tämän vastakohtana esiintyy uuden ajan alussa pyrkimys kohti *oikeudellista monismia*: kaikki oikeus on tämän mukaan voitava oikeusformaalisesti johtaa yhdestä yhtenäisestä lähteestä. Tämä yhtenäinen formaali oikeuslähde on suvereeni tahto. Laki on ”voluntas unius hominis aut unius concili ut pro voluntate omnium et singulorum habendum sit” (Pufendorf).¹⁰⁹ ”The people is one, having *one will*, and to whom *one action* may be contributed” (Hobbes).¹¹⁰ Oikeudesta tulee sitovaa t. velvoittavaa vasta sen formaalin kriteerin mukaan, onko suvereenin vallan haltija sitä tahtonut vai ei.

Pyrkimys oikeuslähteiden monismiin tässä formaalissa mielessä uuden ajan alun luonnonoikeus kuvastelee oikeuden ja samalla yhteiskunnallisen vallan keskittämistarvetta feodaaliseen hajanaisuuteen verrattuna. Tämä tendenssi ilmenee erityisesti seuraaviin feodaalisiin yhteiskunnan oikeuslähteisiin nähden:

- *tapa*; Feodaalisessa yhteiskunnassa tapa edusti tärkeää oikeuslähdettä. Uuden ajan alun absoluuttisen suvereniteetin puolustajat eivät hekään sinänsä halunneet kokonaan kiistää tavan merkitystä, mutta tahtoivat

¹⁰⁸ *Lev.*, chap. 19. ja *De Cive*, *English Works II*, IX.10.–19.

¹⁰⁹ *Jus Naturae*... VII.II.5.

¹¹⁰ *De Cive*, *English Works II*, XII.8.

saattaa sen oikeusformaalisesti riippuvaksi suvereenista tahdosta. Samalla tapa haluttiin saattaa selvästi toissijaisen oikeuslähteen asemaan, joka on voimassa ainoastaan silloin kun suvereenin vallan haltija ei ole muuta tahtonut. Näiden periaatteiden mukaisesti katsottiin, että tapa on voimassa vain ylimmän vallanhaltijan hiljaisen hyväksymisen kautta ja hän voi aina kumota tavan säätämällä lain. ”La coutume n’a force que par souffrance, & tant qu’il plait au Prince souverain, qui peut faire une loy y adioutant son homologation. Et par ainsi toute la force de loix civiles & coutumes, est au pouvoir de Prince souverain”¹¹¹. Tämä on Bodinin ja Hobbesin nimenomaisesti julkilausuma periaate¹¹². Pufendorfilla ja Grotiuksella se tulee esiin välillisesti¹¹³.

- *kansojen oikeus* (kansainvälinen oikeus); En ryhdy käsittelemään kysymystä kansainvälisen oikeuden pätevyysperusteesta sinänsä uuden ajan alussa, koska sen merkitys käsiteltävälle ongelmalle on välillinen ja osin irrelevantti. Erästä puolta kannattaa kuitenkin korostaa: uuden ajan alussa esiintyy taipumusta ajatella, että kansojen oikeus (perustuipa se sitten sopimukseen tai luonnollisen oikeuden periaatteisiin)¹¹⁴ sitoo vain suvereenin vallan haltijaa. Nykyisen kielenkäytön mukaisesti sanottaisiin, että kansainvälinen oikeus ei sido valtion sisäisesti ja puhuttaisiin dualistisesta periaatteesta¹¹⁵. Sitoakseen yksityisiä kansalaisia täytyy kansainvälisen oikeuden olla suvereenin tahdon hyväksymä. Selvimmin tämä periaate tulee esiin Bodinilla¹¹⁶.
- *delegoidun vallan käyttö 1. virkamiehistö*; Valaiseva on Hobbesin analogia: virkamiehet ovat ikään kuin hermot valtioruumiissa; ne välittävät suvereenin tahdon valtion alamaisille¹¹⁷. Periaate, että virkamiehistö käyttää suvereenista tahdosta johdettua valtaa, esiintyy myös Bodinilla, Pufendorfilla ja Grotiuksella¹¹⁸.
- *luonnon oikeuden periaatteet*; Yleisesti esiintyy selvää taipumusta ainakin voimakkaasti rajoittaa luonnollisen oikeuden välitöntä sitovuutta. Tällöin tulee lähelle ajatus, että luonnon oikeus velvoittaa (moraalisesti) vain

¹¹¹ Bodin, I.10.

¹¹² Hobbes, *Lev.*, chap. 26.5. Hobbes omaksuu nimenomaisesti saman ajatuksen common law:n nähden. ib. 26.7. Ks. myös *De Cive, English Works II*, XIV.III).

¹¹³ Pufendorf, *Elem.*, Def. XII.4. ja Grotius, I.3. XVII.2.

¹¹⁴ Usein nämä kaksi pätevyysperustetta kietoutuivat toisiinsa uuden ajan alussa kun pohdittiin kansojen oikeuden luonnetta. Ks. Nussbaum, *A Concise History of Law of Nations* (1961), s. 148–149

¹¹⁵ mt., s. 235 ja 278.

¹¹⁶ Bodin I.8. ja III.4. Bodin mainitsee perusteluina nimenomaan, että valtion oikeus voi modifioida kansojen oikeutta.

¹¹⁷ *Lev.*, chap. 23.

¹¹⁸ Bodin, III.4. ja 5.; Pufendorf, *Jus Naturae...* VII.V.19., *De Officio*, II.VII.6., *Elem.*, Def. XII.10.; Grotius, I.4. VI.1.–3.

suvereenia tahtoa. Kuitenkin vain lähinnä Hobbes vetää näin äärimmäisen johtopäätöksen. Sitä vastoin esiintyy sangen yleisiä argumentteja, jotka johdonmukaisesti ajateltuna edellyttäisivät luonnon oikeuden ”positivisoitumista”. Näitä on lähinnä kaksi: katsottiin, että luonnon oikeus esiintyy yleisinä periaatteina, jotka vaativat täsmennystä ja tulkintaa. Tämän täsmennyksen suorittaa suvereeni tahto. Toisaalta viitattiin ihmisten mielipiteiden erilaisuuteen, joka tekee mahdottomaksi luonnon oikeuden välittömän noudattamisen. Koska ihmisten katsomukset hyvästä, pahasta ja asioiden luonteesta poikkeavat suuresti toisistaan, täytyy valtiossa anarkian välttämiseksi olla taso, jossa mielipiteiden erilaisuus ratkaistaan yhdenmukaisella tavalla. Tämän ratkaisun suorittaa suvereeni valta.¹¹⁹

- *korporaatioiden oikeus* (ammattikunnat, kauppakomppaniat); feodaaliselle oikeusmuodostumalle oli tyypillistä, että korporaatioilla oli suhteellisen laaja autonomia ja mahdollisuus oman oikeuden luomiseen. Niiden asema perustui yleensä hallitsijoiden antamiin privilegioihin, mutta samalla katsottiin, että myös hallitsija tulee sidotuksi niihin eikä hän voi yksipuolisella tahdonilmaisulla kumota niitä. Uuden ajan alussa ruvettiin korostamaan korporaatioiden jatkuvaa riippuvuutta suvereenista vallasta. Sanottiin, että niiden tuli toimia suvereenin valtiotahdon puitteissa. Ne olivat ”suvereenin vallan alaisia” (Bodin).¹²⁰
- *aikaisemman suvereenin vallan antamat määräykset*; feodaaliselle oikeuspluralismille oli tunnusomaista, että aikaisempien hallitsijoiden antamat privilegiot ja muut määräykset olivat jatkuvasti peruuttamattomasti voimassa. Ilman erityistä perustetta ei niiden kumoaminen pääsääntöisesti ollut mahdollista. Tässä mielessä niiden oikeudellinen status muistutti sopimusta. Uuden ajan taitteessa pyrittiin selvästi monessa suhteessa eroon tästä käsityksestä. Korostettiin aikaisemmin annetun oikeuden riippuvuutta kulloinkin voimassa olevan suvereenin tahdon sisällöstä. ”Lainsäätäjää ei ole hän, jonka auktoriteetin nojalla lait aluksi säädettiin vaan hän, jonka auktoriteetin voimasta ne jatkuvasti ovat lakeja” (Hobbes). Vastaavan periaatteen löydämme Bodinin ja Pufendorfin tuotannosta.¹²¹

Oikeuslähteiden ykseys formaalisessa mielessä on sekä teoreettisesti että käytännöllisesti tärkein kokoava ja yhteinen piirre uuden ajan alun luonnonoikeuden julkista valtaa koskevissa pohdinnoissa. *Toiseksi* olisi vielä tarkemmin eriteltävä julkisvallan tärkeimmät yleiset piirteet ja tuntomerkit, erityisesti sen *rajoittamattomuus, yhtenäisyys ja pysyvyys* sekä osoitettava

¹¹⁹ Bodin, III.4. ja VI.4.; Hobbes, *Lev.*, chap. 17. ja 19., *De Cive, English Works II*, XII.1. ja XIV.15.; Pufendorf, *De Officio*, II. VI.4.; Grotius, I.3.V., I.3.X.4., I.3.XX.1. ja erit. I.4.VI.3.

¹²⁰ Bodin, III.7.; Hobbes, *Lev.*, chap. 22. ja *De Cive, English Works II*, V.10.

¹²¹ Hobbes, *Lev.*, chap 26.5.; Bodin, I.8.; Pufendorf, *Elem.*, Def. XII.4., vrt. myös *De Officio*, II. XII.2.

näiden abstraktien tuntomerkkien yhteiskunnallinen merkitys. *Kolmanneksi* tähän liittyy kysymys itse julkisen ja suvereenin vallan abstrahoitumisesta, tendenssistä konstruoida suvereeni valta valtion eikä sen aktuaalisten valanhaltijoiden omaisuudeksi. *Neljäntenä* uuden ajan alun luonnonoikeutta yleisesti karakterisoivana piirteenä on mainittava uudenlainen tapa lähestyä ja käsitellä antiikin ja feodaaliyhteiskunnan ns. *valtiomuoto-oppia*. Näiden teemojen tarkempi käsittely ei kuitenkaan mahdu tämän kirjoituksen puitteisiin.

Valtion juridisesta käsitteellistämisestä sekä julkisoikeudesta ja yksityisoikeudesta

Julkisoikeudessa tuskin on – näin voitaisiin ainakin väittää – perustavammanlaatuista ja keskeisempää kysymystä kuin ongelma itse julkisoikeudellisen suhteen luonteesta. Meillä 60- ja 70-lukujen oikeuskirjallisuus ei ole juuri suosinut tätä aihetta eikä se muutenkaan ole sotien jälkeen ollut ainakaan eksplisiittisesti keskeinen. Löydämme kuitenkin teoksesta *Merikoski, Suomen julkisoikeus I* erään mielestämme sangen fundamentaalisen kohdan, joka koskee julkisoikeudellisen suhteen luonnetta. Merikoski jakaa tätä käsittelevät teoriat kahteen ryhmään:¹

- a) *Intressiteoriat*, jotka Merikosken mukaan näkevät julkisoikeudellisessa suhteessa *oikeudellisesti* karakterisoivana piirteenä julkisen edun. Oikeussuhde on julkisoikeudellinen, jos se tähtää julkiseen, yhteiseen etuun. Sen vastakohtana on yksityisoikeudellinen oikeussuhde, jonka perustana on yksityinen etu. ”Näiden oppien mukaan julkisoikeus on se oikeusala, jolla julkiset intressit ovat etusijassa määräävinä, yksityisoikeus taas on se ala, jolla yksilön intressit saavat, sillä tavoin kuin julkiset intressit sen myöten antavat, olla määräävinä.”
- b) *Subjektiteoriat*, jotka – kuten Merikoski esittää – käsittävät oikeussuhteen julkisoikeudelliseksi, jos julkisyhteisö *tässä ominaisuudessaan* on oikeussuhteen toisena osapuolena. ”Niiden mukaan oikeussuhteen katsotaan olevan julkisoikeudellinen, jos julkisen vallan kannattaja siinä ominaisuudessaan on oikeussuhteessa osallinen, jos toisin sanoen toinen tai molemmat oikeussubjektit esiintyvät oikeussuhteessa julkisen vallan kantajan ominaisuudessa.” Julkisen ja yksityisen oikeuden alue rajautuu näiden teorioiden mukaan siten julkisen ja yksityisen subjektin käsitteistä käsin.

Merikosken näkemyksen mukaan molempiin teorioihin sisältyy tiettyjä heikkouksia eikä kumpikaan niistä riitä yksinomaiseksi kriteeriksi julkis- ja yksityisoikeuden alueen määrittelyssä. Niinpä intressiteorioiden heikkoutena on se, etteivät ne pysty osoittamaan absoluuttista vastakohtaa julkisen ja

¹ Merikoski, s. 5–6.

yksityisen oikeuden välillä, ”sillä julkinen intressi vaikuttaa heikommin tai voimakkaammin aina myös yksityisten välisiä oikeussuhteita säänneltäessä.”² Subjektiteorioitakaan ei kuitenkaan voida nostaa ainoaksi ja yksinomaiseksi kriteeriksi: ”...on sanottava, että subjektiteoriatkaan eivät edes näin täydennettyinä voi kaikissa tapauksissa tarkoin osoittaa rajaa julkisoikeuden ja yksityisoikeuden välillä, vaan tarvitsevat täydennyksekseen samanlaisen harkinnan eri intressien voimakkuudesta kuin intressiteoriatkin.”^{3, 4}

Julkisen subjektin ja julkisen edun käsitteet ovat oikeudellisen ja valtiollisen ajattelun kannalta sangen traditionaalisia ja sangen keskeisiä käsitteitä, joiden merkitystä nykyäänkään tuskin tarvitsee erityisesti perustella. Tämän esityksen ensimmäisenä ja päätarkoituksena on valaista tämän erottelun ja itse mainittujen teorioiden kasvuvalustaa, niiden käsitehistoriallista genesisistä sangen pitkälle aikavälillä, mikä aiheen huomioon ottaen lienee suhteellisen perusteltua.

Suurin piirtein vuosisadan vaihteessa nämä teoriat ja käsitteet olivat saaneet lähes nykyisen sisällön ja esiintyvät osin kilpailevina teorioina, osin teorioina, joita yritetään sovittaa toisiinsa Merikosken tapaan. Niiden takana on kuitenkin sangen pitkä historia, joka kuvastaa valtion ja julkisen piirin, osin käsitteellisiä, osin reaalisia ominaisuuksia. Esityksen toinen ja sivutarkoitus on tarjota jonkinlaisia yleisiä, käsitteellisiä rakenneosia julkisoikeudellisen suhteen ja valtion oikeudellisen ymmärtämisen ongelmalle. Tämä kysymys on – kuten esim. *Olli Mäenpään* hiljakkoin ilmestyneestä väitöskirjasta tulee esiin⁵ – sekä käytännöllisesti että teoreettisesti tärkeä ongelma, toisaalta nykyinen oikeusajattelu mielestämme vierastaa ja karttaa tätä kysymystä *juridis-konstruktivisena* ongelmana.

Valtio- ja oikeustieteellisen ajattelun historiassa valtion käsitteellistäminen (oikeudellinen käsitteellistäminen) liittyy kolmeen traditionaaliseen ajatusteemaan:

- Käsitteisiin *utilitas publica* ja *bonum communis* liittyvät ensinnäkin tietyt teoriat ja käsitykset, jotka tarkoittavat julkisen hyödyn ja yleisen intressin ajatusteemoja. Ne ovat epäilemättä kaikkein vanhimpia ja traditionaalisimpia tapoja käsitteellistää valtion ja siihen rinnasteisen instituution ongelma-
piiriä.

² Merikoski, s. 6.

³ ib.

⁴ Ks. myös: Rytkölä, s. 1–7.

⁵ Mäenpää, *Keskusviraston asema valtionhallinnossa*.

- Toinen tapa hahmottaa samaa ongelmaa oli *oikeushenkilöllisyyden t. valtion oikeushenkilöllisyyden* ajatus. Tämä tuli näkemyksemme mukaan olemaan se ratkaiseva tekijä, joka mahdollisti valtion uudenlaisen käsitteellistämistavan myöhäisfeodaalisessa yhteiskunnassa. Se on samalla epäilemättä eräänlainen modernin juridisen valtioajattelun perusta. Se ei alun perin kuitenkaan tarkoittanut valtiota juridisena ilmiönä ainakaan aivan nykyisessä mielessä.
- Kolmas asiaan liittyvä teorioiden ja käsitysten ryhmä ovat ajatukset *valtion suvereniteetista*. Ne tarkoittavat valtiovallan ja julkisen vallan käsitteellistä hahmottamista toisaalta (oikeudellisesti ja reaalisesti) ylimpänä valtana, toisaalta jakamattomana, luovuttamattomana ja oikeudellisesti rajoittamattomana valtana. Näitä ajatuksia ja niiden liittymistä edellä mainittuihin emme tutki tässä yhteydessä; tältä osin rajoitumme viittaamaan toisaalla olevaan esityksemme.⁶

Sangen monien keskeisten juridisten instituutioiden ajatushistoriassa joudutaan palaamaan feodaaliseen, erityisesti myöhäisfeodaaliseen yhteiskuntaan, seikka mikä ohimennen sanottuna tiedostettiin sangen hyvin 1800-luvun lopun saksalaisessa, ranskalaisessa ja englantilaisessa oikeusajattelussa. Näin on laita myös valtion kohdalla. Käsitehistoriallisesti se on syntynyt feodaaliyhteiskunnan teoreetikkojen käsitteestä *status* (tila)⁷. Kaikkiaan erotamme tässä esityksessä valtiota koskevassa juridisessä tai siihen rinnastettavassa ajattelussa neljä vaihetta, joista feodaaliset *status*-teoriat ovat ensimmäinen vaihe; ne luovat myös tietynlaisen perustan ja kehikon seuraaville vaiheille.

1 FEODAALISEN KAUDEN *STATUS*-TEORIAT

Julkisoikeudellisen oikeussuhteen ja valtion juridisen käsitteellistämisen teoriahistoriallinen perusta ja alkupiste voidaan mielestämme keskeisesti asettaa feodaaliseen yhteiskuntaan. Erityisen tärkeä on tässä yhteydessä tietty ajatushistoriallinen käänne feodalismien historiassa, johon mielestämme nykyisen valtioajattelun perusta on tärkeällä tavalla palautettavissa. Yritämme kuvata tätä käännettä jakamalla feodalismien *varsinaisen feodalismien* ja *myöhäisfeodalismien* periodeihin. Viimeksi mainittu ulottuu ajallisesti yhtä pitkälle kuin feodaalinen yhteiskuntamuodostuma säilyttää hallitsevan ase-

⁶ Tolonen, II.

⁷ Mager, s. 310–490.

man, esim. Saksassa aina 1800-luvulle. Sen huippukausi ajoittuu kuitenkin lähinnä ehkä 1500-, 1600- ja 1700-luvuille.⁸

Kun tutkimme feodalismia valtioajattelua *ylipäänsä* (so. molempia vaihteita), voidaan lähinnä erottaa kolme erilaista tapaa käsitteellistää valtio. Ne kaikki muodostuvat keskeisesti käsitteen *status* mukaisiksi; toisena tärkeänä terminä esiintyy hallitusta tarkoittava käsite *regimen*.

- a) Valtio nähtiin pelkistyvän kuninkaan, hallitsijan persoonaan feodaalisen järjestelmän huipulla.⁹ Tarkemmin sanottuna se pelkistyi tiettyyn puoleen kuninkaan persoonassa; tuonnempana tulee tarkemmin esiin, miten myöhäisfeodalismi erotti kuninkaan persoonassa kolme puolta, *vita civilis*, *vita politica* ja *vita universalis* sekä samaisti valtion ja valtiovallan näistä keskimmäiseen.¹⁰ Kautta koko keskiajan poliittinen hyve, taito, kunto sekä tietyt moraaliset kvaliteetit olivat kuninkuutta valtiovaltana konstituovia periaatteita. Voidaan sanoa, että tässä ajatustavassa poliittinen valta ja poliittinen hyve yhtyivät; ajatus tuli esiin usein siten, että kuninkaan viran käsitteeseen (*officium*) yhdistettiin tiettyjä poliittisia hyveitä kuvaavia ominaisuuksia (*honor, dignitas*)¹¹. Tämä ajattelutapa valtiosta oli *status regalis*, esiintyivät myös käsitteet *status regi* ja *regimen regalis*.
- b) Valtio nähtiin pelkistyvän kansaan. Valtio nähtiin ikään kuin kansan poliittisena organisaationa. Ajatuksellisesti vallan käsitettiin tällöin usein perustuvan kansan (tarkemmin sanottuna: *coetus, populus, communitas*)¹² toimeksiantoon. Tämä oli *status politikon* (*regimen politicum*). Se esiintyy erityisesti aristoteeliseen valtiomuoto-oppiin yhdistyneenä (forma reipublicae, species politicae).¹³
- c) Kolmas tapa oli nähdä valtio yhteisenä asiana. Valtio käsitteellistettiin tämän mukaan yhteisenä etuna, kaikkien etuna. Esim. tietty yhteinen tarve saattoi antaa kuninkaalle oikeuden tiettyihin, muuten kiellettyihin tekoihin. Kyseessä saattoi olla sotatila tai valtakuntaa uhkaava vaara; tässä yhteydessä esiintyivät fraasit ”necessitas temporis” ja ”necessitas legem non habet”.¹⁴ Tämä tapa ajatella valtiota oli *bonus status* tai *utilitas publica*; esiintyi myös termi *status regni*.¹⁵ Se tulee usein lähelle edellisen (b)-kohdan mukaista ajattelutapaa.

⁸ Vrt. Brunner, s. 87 ss; Bloch, s. 125 ss; Eifler, s. 275 ss; ks. myös *Allgemeine Theorie II*, s. 135 ss.

⁹ Mager, s. 431 ss; Ullman, s. 117 ss.

¹⁰ Ks. tuonnempana s. 286–287.

¹¹ Mager, 437–439.

¹² Mager, s. 418.

¹³ Mager, s. 417–426, Tuomas Akvinolainen, *In lib.pol.Arist.* I.1, Carlyle – Carlyle, V, s. 71 ss.

¹⁴ Post, s. 241 ss, erit. s. 243 ja 304.

¹⁵ Post, s. 241 ss ja 310 ss; Mager, s. 418 ss.

Kansan toimeksianto oli feodaalisessa yhteiskunnassa pikemmin fiktiivinen kuin reaallinen asia; usein se samaistui tämän mukaisesti pikemmin kansan so. kaikkien yhteisen edun kanssa.^{15a}

Valtio käsitteellistettiin feodaalisessa yhteiskunnassa näiden kolmen ajatuskaavan kautta. Nämä käsitteet ja käsitykset löytyvät sinänsä sekä varsinaisissa feodalismissa että myöhäisfeodalismissa. Kuitenkin mainittujen käsitteiden ja ajatusten sisältö sekä keskinäinen painotus poikkeavat ratkaisevasti näinä kahtena pääkautena. Lähinnä ja hieman yksinkertaistaen voidaan sanoa, että varsinainen feodalismi käsitti valtion ennen muuta *yhteisenä etuna ja yhteisenä asiana* kun taas myöhäisfeodalismi käsittää sen eräässä mielessä tämän ohessa selvästi *oikeushenkilöksi*. Löydämme tästä ensimmäisen variaation intressi- ja subjektiteorioiden vastakohtasta.

Jos tarkennamme esitystämme varsinaisen feodalismien osalta, on viitattava lähinnä kolmeen seikkaan:

- *Utilitas publica* ja *bonus status* ovat selvästi kaikkein keskeisin valtioajattelua hallinnut piirre ja periaate. Valtio käsitteellistetään julkisena hyötynä, etuna, joka on yhteinen kaikille valtion jäsenille eikä vain joillekin henkilöille, ryhmille tai paikkakunnille. Taustana on kaksi tärkeää ajatuksellista vaikuttajaa, nim. *Corpus Iuris Civilis* ja antiikin valtioajattelu, jonka eräänlainen tiivistymä ja huipentuma oli epäilemättä *Aristoteleen* valtio-oppi. *Corpus Iuriksen* keskeinen kohta on Dig. 1.1.1.3. esiintyvän *Ulpianus*-passuksen ohella Inst. 1.1.4.: ”Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod singulorum utilitatem pertinet.”¹⁶ *Aristoteleen* osalta tyydyn viittaamaan hänen yhteis-työn ajatukseensa, jonka avulla hän erottaa varsinaiset valtiomuodot niiden degeneroituneista muodoista; *Aristoteleshan* erottaa monarkian, aristokratian ja politeian tyranniasta, oligarkiasta ja demokradiasta lähinnä sen perusteella,

^{15a} Post, s. 340; vrt. Mager, s. 418.

¹⁶ Inst.-passus jatkuu seuraavasti: *dicendum est igitur de iure privato quod est tripartitum: collectum enim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*. Vastaava *Digesta* passus on seuraava: *Ulpianus libro primo institutionum...* Huius duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Ks. *Corpus Iuris Civilis*, ed. Berolini, MCMXX.

^{16a} Aristoteles, *Pol.* III; *Eth. Nich.* VIII, 10.

¹⁷ Baldus de Ubaldis, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Fol. 8, Dig. 1.1.1.2. myös: Bartolus de Saxoferrato, *In primam Digesti Veteris partem commentaria*, S 15, Dig. 1.1.1.2.

että edelliset palvelevat yhteistä hyötyä ja etua kun taas jälkimmäiset ovat vallassa olevien tai olevan erityisten etujen ja intressien tyydyttämiseksi.^{16a} Keskiaikana nämä ajatukset samaistettiin käsitteisiin *utilitas publica* ja *bonum commune*: se mikä palvelee kaikkien etua, on erotettava siitä, mikä on pelkästään henkilön, henkilöryhmän tai paikkakunnan erityinen etu. Edellistä tarkoittaen kirjoittaa *Baldus*: ”... tamquam ad utilitatem publicam pertineat... nisi id principaliter pertineat ad utilitatem publicam... licet castrum fieri pertineat principaliter ad statum civitatis”. Jälkimmäistä hän taas luonnehtii: ”...privatum illius loci... , ...pertinet ad homines illius villae...”¹⁷ Vastaavia ajatuksia löydämme myös *Bartolukselta*, ja ne heijastelevat mielestämme yleisesti keskiajan glossaattorien ja postglossaattorien sekä teologien ja filosofien traditoiden ajattelutapaa.

- 1200-luvun keskivaiheilta lähtien eli varsinaisen feodalismien kaudella ns. Aristoteles-reseption yhteydessä¹⁸ nousee esiin toinen (edellisen (b)-kohdan mukainen) tapa ajatella valtiota. Se saa ilmaisuksensa aristoteelisen tradition valtiomuoto-opissa: siinä valtio käsitettiin kansan yhteisenä organisaationa, keskiaikana jopa ehkä selvemmin kuin alkuperäisellä Aristoteleella. Se esiintyy ennen kaikkea aristotelismin teologis-filosofisessa traditiossa, jonka pääedustajana yleensä pidetään *Tuomas Akvinolaista*. Tämä *forma politicae* t. *status politici* samaistuu kuitenkin lähinnä yhteisen edun ja yhteishyvän ajatukseen eikä horjuta sen perustavaa asemaa ja merkitystä. Erityisesti se ei samaistu hallitsijaan, ruhtinaaseen tai hänen valtaansa. Ruhtinas on pääsääntöisesti hallitsija tässäkin konseptiossa vain sikäli kuin hän on yhteisten etujen ja intressien ajaja. Tämä tulee esiin esim. siinä tavassa, jolla Tuomas Akvinolainen suhtauttaa toisiinsa hallitsijan, hallitusmuodon ja valtiomuodon käsitteet Poliittikkakommentaarissaan sekä teoksessa *Summa Theologica*.¹⁹ Käsite *forma reipublicae* esiintyy myös Balduksella vastaavassa merkityksessä.²⁰
- Satunnaisesti, muttei systemaattisesti esiintyy varsinaisen feodalismien kaudella myös käsite *status regalis* t. *regimen regalis*. Sen avulla ei siis vielä tässä vaiheessa hahmoteta valtiota ja julkisen piiriä,^{20a} tämän kanssa on epäilemättä yhteydessä se, että tässä vaiheessa *status regalis* sisällöllisesti tarkoittaa ylipäänsä lääninherran tai ruhtinaan ”omistusperusteista” valtaa tai vaikutusmahdollisuutta läänityslaitoksen puitteissa.

Varsinaisen feodalismien käsitykset ja käsitteet, joissa *bonus status* oli hallitseva ja *utilitas publica* konstituiva periaate, muuttuu suhteellisen selvästi myöhäisfeodalismissa. Muutos kulminoituu neljässä kohdassa.

¹⁸ Post, s. 494–499; Grabmann, Studien, s. 1–24.

¹⁹ Tuomas Akvinolainen, *In Lib.pol.Arist.* I.1, III, 15 ja III, 6 *Summa Theol.* IIaIIae, Quest. 102 ja 183; vrt. IaIIae, Quest. 105; De Regno, Lib. I.

²⁰ Baldus de Ubaldis, ib. Ks. Bartoluksen osalta: Ullman, s. 282 ss.

^{20a} Tuomas Akvinolainen, *In Lib.pol. Arist.* I,1.

- *Status regalis* tulee valtion käsitteellistämisen pääperiaatiksi. Samalla on havaittavissa selvä muutos itse mainitun käsitteen sisällössä: se tulee kuvaamaan kuninkaan yhteisöllisiä, ”poliittisia” (politicum) ominaisuuksia. Niinpä pariisilainen Gerson erottaa toisistaan käsitteet *vita civilis* / *vita politica* / *vita universalis*; *status regalis* samaistuu näistä kuninkaan ”poliittiseen elämään”, josta on erotettava kuninkaan henkilökohtainen ja individuaalinen *vita civilis*. *Wicliff* esittää sisällöltään vastaavan jaottelun.²¹
 - Vielä tärkeämpää aiheemme kannalta on kuitenkin se, että tämä kuninkaan persoonan fiktiivinen puoli käsitetään *oikeushenkilöksi*. Kohtaamme tässä ensimmäistä kertaa ajatuksen *valtiosta oikeushenkilönä*. ”Totum regnum cum rege est una persona”, lausui *Wicliff* 1400-luvun jälkipuolella. Tällä on puolestaan tiettyjä tärkeitä implikaatioita, joista on syytä korostaa *edustuksen* käsitettä sen juridisessa merkityksessä. Oikeushenkilönä kuningas edustaa kansaa riippumatta välittömästi hallintotoimien hyödyistä tai niiden tuottamasta yhteishyvästä.²² Aiemmin edustuksen käsite oli esiintynyt kanonistisessa traditiossa kokonaiskirkon ja yksittäiskirkon suhdetta hahmottavana periaatteena. Samoin edustuksen käsite sai tietyn ilmentymän käsitteessä *universitas*, joka – toisin kuin roomalaisoikeudellinen *societas* – tarkoitti oikeushenkilöllisyyttä ja edustusta nykyisessä mielessä.²³
- Kuninkaan oikeushenkilöllisyyttä tuettiin useilla argumenteilla. Voidaan mainita ainakin ruumiin pää-jäsenet-analogiaa käyttävät teoriat,²⁴ yhteiskuntasopimusteoriat^{24a} ja ajatukset kuninkuudesta Jumalasta johdettuna valtana *l. rex dei gratia* -käsitteet.²⁵ Kaikille niille oli tunnusomaista, että (a) kuningas *oikeushenkilönä edustaa* valtion valtaa ja (b) kuningas ei käytä kansalta delegoitua valtaa.
- *Status regalis* tulee valtiota käsitteellisesti konstituivaksi periaatiksi. Tässä katsannossa se astuu vanhempien *utilitas publica* -oppien tilalle; se näyttää osin jopa konstituivan kaiken yhteisöllisen elämän. Mm. *Gerson* näyttää samaistavan asiat *vita regis = vite communitatis*.²⁶
 - Valtion käsitteellistäminen oikeushenkilönä toi samalla mukanaan eräänlaisen yksityisen ja julkisen eron – ei kuitenkaan nykyisessä systemaattisessa mielessä. Kysymys oli pikemmin kuninkaan yhteisöllisen ja yksityisen persoonan

²¹ Mager, s. 440–445.

²² *ib.* s. 441.

²³ Post, s. 27 ss. erit. s. 30–31. Ullman katsoo, että jo Tuomas Akvinolainen ja Bartolus liittävät valtioteoriaansa keskeisesti edustuksen käsitteen. Ks. Ullmann s. 255 ja s. 283 ss. Tässä yleispiirteisessä esityksessä ei ole tilaisuutta paneutua kysymykseen syvemmin. Perusratkaisumme on kuitenkin se, että edustus mainituilla auktoireilla liittyy elimellisesti valtiomuoto-opin ja yhteishyvän ajatuksiin.

²⁴ Mager, s. 444.

^{24a} Tolonen II, s. 87 ss.; Röd, s. 41.

²⁵ Ullman, s. 117 ss.

²⁶ Mager, *ib.*

erottamisesta kuin oikeussuhteiden systemaattisesta jakamisesta yksityisiin ja julkisiin. Nykyisessä mielessä julkiset valtaoikeudet esiintyivät edelleen omistuserusteina. Usein käsitteellisesti samaistettiin: *status regalis* = *dominium regale*. Vielä on viitattava kruunun ylimaanomistusteorioihin, jotka syntyivät juuri myöhäisen feodalismien kaudella sekä yleensä läänitysomistukseen sisältyviin julkisiin valtaoikeuksiin.²⁷ Julkisivallalla esiintyi siten usein – ehkä voidaan sanoa jopa pääsääntöisesti – ”kaksoisperustelu”: oikeushenkilöllisyys ja omistus (feodaalisessa mielessä). Tämä saa ilmauksensa asiakirjojen fraasissa: *dominus et rex*.

2 HISTORIALLISTEN KOULUKUNNAN VALTIOAJATTELU 1. NS. ORGAANISET VALTIOTEORIAT

Kun kysymme, mitä feodaaliset teoriat liikuttavat meidän aikamme julkisoikeutta, on vastauksen ydin epäilemättä löydettävissä historiallisesta koulukunnasta ja erityisesti sen julkisoikeudellisesta rinnakkaisilmioistä, orgaanisista valtioteorioista.²⁸ Historiallinen koulukunta ja orgaaniset valtioteoriat nimittäin ”suodattavat” feodaalisen valtioajattelun kahdensuuntaisella tavalla: toisaalta ja pääasiassa ne kritisoiivat feodaalisia oppeja ja hylkäävät ne, mikä koskee erityisesti ajatusta valtion omistuserustasta; toisaalta ne taas omaksuvat ja antavat tietyn sisällön ajatukselle valtiosta oikeushenkilönä, persoonana. Mainittakoon, että ennen historiallista koulukuntaa oli oikeushenkilöllisyyden käsite ollut myöhäisessä luonnonoikeudessa tärkeiden pohdintojen kohteena. Erityisesti on mainittava *Pufendorfin* ja *Wolffin* keskeinen käsite *persona moralis*, joka yhdistyy *vapauden* ja *tahtomisen* problematiikkaan ja joka tietyllä tavalla ennakoiki käsitelainopillista ajattelua.²⁹ Kuitenkin mielestämme lähinnä vasta historiallista koulukuntaa voidaan lähinnä pitää nykyisen valtion *oikeustieteellisen* käsitteellistämisen välittömänä alkupisteenä.

Kuten nykyään on jo yleisesti tunnettua, historiallinen koulu ja orgaaninen valtioteoria pyrki ja tarkoitti vastustaa nimenomaan kahta ajatusta: ”ranskalaista” kansansuvereniteettioppia ja sellaisia feodaalista teorioita, jotka rakentuivat valtion yksityisoikeudellistamisen ajatukselle. Jälkimmäiset merkitsivät sekä teoriassa että käytännössä valtion feodaalista hajaannus-

²⁷ Tolonen I, s. 23–24.

²⁸ Wilhelm, s. 17–70; Oertzen, s. 72 ss.

²⁹ Pufendorf, *JNG VII*, c.II § 5; Wolff, *JN I,c.I* § 70.

ta. Näillä teorioilla oli edelleen nimittäin suhteellisen voimakas kannatus 1800-luvun alun Saksassa. Ennen muita tätä ajatusmuotoa edusti *Ludwig Haller* ja hänen koulukuntansa.³⁰

Haller erottaa teoksessaan *Restauration der Staatswissenschaft* kolme ihmiselämään välttämättä liittyvää tarvetta. Nämä ovat elanto, suoja ja tieto. Niiden mukaisesti on erotettavissa myös kolme vallan tai ”ylivoiman” muotoa, nim. ulkoisiin esineisiin, rohkeuteen ja viisauteen perustuvat vallan muodot. Niiden mukaan voidaan edelleen erottaa kolme valtion lajia, jotka ovat (1) patrimoniaalivaltio, (2) militaristinen valtio ja (3) uskonnolliset teokratiat.³¹ Haller näyttää pitävän patrimoniaalivaltion olennaisena tuntoimerkinä perinnöllistä maaomaisuutta. Haller tukee ajatustaan patrimoniaalivaltion primaatista kahdella aspektilla. Geneettisen aspektin kannalta valtiot ovat faktisesti syntyneet patrimoniaalivaltiosta. Toisaalta valtion pysyvyyden kannalta on patrimoniaalinen perusta sille välttämätön.

Julkisvalta perustuu Hallerin näkemyksen mukaan yksityiseen omistukseen tässä patrimoniaalisessa ja feodaalisessa mielessä ja patrimoniaalinen omistus on julkisvaltaa hahmottava yleinen prinssiippi. Yksityiset suhteet poikkeavat – Hallerin sanoin – ”ns. valtioista kuten pieni suuresta”.³² Korkein valta, ”täydellisen ruhtinaan valta”, suvereniteetti on ruhtinaan henkilökohtaista *riippumattomuutta*, alamaisuus taas perustuu henkilökohtaiseen *riippuvuuteen*. Julkisoikeudellinen suhde on tällainen henkilökohtainen riippuvaisuussuhde. Paitsi omistuserusteisena Haller tarkastelee julkisvaltaa usein myös feodaalisessa mielessä sopimuserusteisena; kyseessä on tällöin feodaalinen uskollisuussopimus. Haller näkee julkisvallan tällaisten henkilökohtaisten sopimusten konglomeraattina. ”Zwischen den Menschen aber herrscht nur ungleiche, von ihm (= von Gott, H. T.) gegebene Macht, Natürliches Gesetz und ein Aggregat unendlich Mannigfaltiger Verträge.”³³

Tämän mukaisesti Haller erottelee erityisiä valtiollisen toiminnan muotoja mm. tuomiovallan. Haller toteaa mm. että ei voi olla ruhtinaan henkilökohtaisesta vaikutusvallasta riippumatonta tuomiovaltaa, jonka päätöksiä ruhtinas ei voisi purkaa.

Hallerin edustaman feodaalisen hajaannuksen ja valtion yksityisoikeudellistamisen tilalle (samoin kuin kansansuvereniteettioppien sijaan) histo-

³⁰ Below, s. 1–8.

³¹ Haller, Bd. III s. 157.

³² Bd. I s. XVII.

³³ Bd. II s. 417.

riallinen koulukunta ja orgaaninen valtioteoria tarjoavat ajatusta *valtiosta omana erityisenä elämänpiirinä*, tiettynä yksityisoikeudesta laadullisesti poikkeavana siveellis-poliittisena sfäärinä. Valtiota ja julkisoikeudellista suhdetta ei kuitenkaan myöhäisfeodaalisten teorioiden tapaan käsitteellistetä *status regalis* -konseptin kautta, vaan – yhdellä sanalla sanottuna – *organismina*. Mitä tämä tarkoittaa? Ainakin *Eichornin*, *Heinrich Leon*, *Albrechtin* ja *Stahlin* mukaan valtio organismina on:

- a) *Gemeinwesen*; tämä tarkoittaa yleensä yksilöitten ja erityisetujen yläpuolelle nousevaa yhteisintressiä, ”allgemeine Gesamtinteresse”,
- b) *Anstalt, Institution*; valtio on tietynlainen tahtojen yhdistymispiste, *oikeushenkilö*.³⁴

Havaitsemme, miten orgaanisessa valtioteoriassa yhdistyvät ajatukset toisaalta erityisestä julkisesta (yksityisestä laadullisesti poikkeavasta) intressistä ja toisaalta oikeushenkilöllisyydestä – jälkimmäinen tosin erityisessä orgaaniselle valtioteorialle tyypillisessä muodossa. Nämä perusnäkemykset merkitsevät samalla tiettyä ratkaisevaa käännettä julkisen (julkisoikeudellisen) ja yksityisen (yksityisoikeudellisen) keskinäisessä hahmotuksessa. Aiemmin (feodaaliset teoriat ja Haller) näiden välillä vallitsi *asiallinen* yhteys. Historiallinen koulu toi tämän näkemyksen sijaan peruskäsitteistä (mm. oikeushenkilöllisyys) lähtevän *metodyhteyden*. Voidaan myös sanoa, että historiallisesta koulusta ja orgaanisista valtioteorioista lähtien ei tiettyjen yhteisten peruskäsitteiden käyttö yksityis- ja julkisoikeuden alueella pääsääntöisesti enää merkinnyt julkisoikeuden asiallista yksityisoikeudellistamista.

Käsite ”Persönlichkeit” ja ”juristische Persönlichkeit” esiintyy ensi kerran Albrechtilla. Se tarkoittaa tällöin *valtion ykseyttä* ja – kuten myös voidaan sanoa tietyin varauksin – *tahdon yhdistymistä*. Toisaalta se tarkoittaa – orgaanisen valtioteorian näkemyksen mukaista – *orgaaniutta* so. yhtymää, jolla voi olla *orgaani*. Tällöin se palautuu jo esille tulleen edustuksen ajatusteemaan; tässä yhteydessä on kysymys lähinnä siitä, että ruhtinas voi toimia valtioyhteisön orgaanina.

³⁴ Albrecht, *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1837, St. 150 ja 151, s. 1489 ja 1508 läht.; Stahl, II s. 17 ss. ja 140 ss; Oertzen, s. 72 ss; Below, s. 8 ss. ja erit. s. 168 ss.

3 KÄSITELAINOPPI JA NS. JULKISOIKEUDELLINEN POSITIVISMI

Se yksityis- ja julkisoikeuden välinen metodyhtäläisyys, mikä tarkoitti kummankin oikeuden alan peruskäsitteiden analogiaa ja samuutta, jatkui käsitelainopin ja sen julkisoikeudellisen vastineen, ns. julkisoikeudellisen positivismin kaudella. Muuten käsitelainopin ”*rechtswissenschaftliche Konstruktion*” (Gerber) merkitsi jälleen selvää käännettä valtion oikeudellisen käsitteellistämisen kannalta. Ensinnäkin julkinen intressi kadotti merkityksensä julkisen piirin hahmottamisen kannalta. Valtio hahmotettiin pelkästään *oikeushenkilönä*. Toiseksi itse oikeushenkilön käsitteelle annettiin uudenlainen tulkinta: oikeushenkilöstä tulee todella *juridinen* henkilö, mikä erityisesti käsitelainopin kaudella tarkoitti oikeushenkilöä juridisen konstruktion tuotteena reaalisen elämänculun vastakohtana. Jos historiallisessa koulussa ja orgaanisessa valtioteoriassa *Persönlichkeit* tarkoitti *valtion ykseyttä*, joskus valtion *tahdon yhdistymistä*, nyt se tulee tarkoittamaan *tahdon kykyä*: juridinen henkilö on *se, joka voi oikeudellisesti tahtoa*. Oikeushenkilöllisyyden peruskvaliteetti on *wollen dürfen* tai *wollen können*. Tämä on sekä yksityis- että julkisoikeutta hahmottava perusprinsiippi. Kuitenkin yksityisoikeudellisten ja julkisoikeudellisten suhteiden käsitettiin poikkeavan toisistaan laadullisesti esim. siten, että edelliset olivat esinekohtaisia tahtosuhteita, jälkimmäiset taas persoonakohtaisia tahtosuhteita.

Valtion käsitteellistäminen pelkäsi oikeushenkilöksi liittyä elimellisellä tavalla käsitelainopin ja julkisoikeudellisen positivismin tieteelliseen ohjelmaan. Tämän ohjelman ydin oli selvä ja yksiselitteinen: erityisen ja puhtaan juridisen tarkastelukulman hakeminen, ”*rechtswissenschaftliche Betrachtung*”, ”*eine rechtliche Construction*”, ”*eine juristische Charakteristik des Staates*”. Tämä on suoritettava yksityisoikeudellisen (so. käsitelainopillisen) metodin mukaisesti. ”*Die ganze Summe allgemeiner juristischer Begriffe, welche in Privatrecht in ihrer Einfachheit und ursprünglicher Reinheit zergliedert werden, braucht auch das Staatsrecht und zwar in ganz gleicher Weise*”,³⁵ toteaa Gerber. Tulemme keskeiseen ongelmaan: Mikä julkisoikeudellisissa ja valtiollisissa suhteissa on oikeudellista? Mitä oikeudellinen konstruktio käytännössä merkitsi julkisoikeuden alueella?

Vastaus näihin kysymyksiin on lopulta aika mutkikas, mutta päälinjat ovat suhteellisen selkeät. Yksityisoikeudellinen systeemi on *tahdonmah-*

³⁵ Gerber, *Öff. Rechte*, s. 36.

dollisuuksien järjestelmä, ”ein System von Willensmöglichkeiten”. Myös valtio-oikeus on tahdonmahdollisuuksien systeemi, kuitenkin *liittyneenä valtiopersoonaan*, ”...ein System von Willensmöglichkeiten, aber angeknüpft an die mit Persönlichkeit bekleidete Macht des politisch geeinten Volkes”.³⁶ Valtio- t. julkisoikeudellinen oikeussuhde pyritään määrittämään puhtaan oikeudellisesti eikä sellaisena oikeudellis-siveellis-faktuaalisena konglomeraattina, jollaisena käsiteläinopillinen metodi piti historiallisen koulukunnan ja orgaanisen valtioteorian tarkastelutapaa. Yksityisoikeudellisen metodin ja käsitteistön käyttö on kuitenkin luonteeltaan analogista eikä ”yksityisoikeudellistamista”, mikä oli keskeinen intentio jo historiallisessa koulukunnassa.

Gerberin on nähty soveltavan *Puchtan* oikeuksien järjestelmää julkisoikeuden alueella. Käytännössä Gerberin ”oikeudellinen tarkastelu” todella tuotti jonkinlaisia subjektiivisten oikeuksien kaltaisia tiloja valtion orgaanien ja sen jäsenten välillä. Niinpä Gerber erottaa esim. kolme ryhmää julkisia oikeuksia: monarkkioikeudet, säätyoikeudet ja kansalaisvapaudet. Gerberin tarkastelu tuottaa mm. tuloksen, että vain monarkkioikeudet ovat konstruotavissa pysyviksi oikeuksiksi (esim. oikeus lainsäädäntöön, oikeus alamaisien kuuliaisuuteen, oikeus edustaa valtiota). Sitä vastoin säätyoikeudet ovat riippuvaisia poliittisesta kehityksestä, ja vain ”naivin aistimellinen, muttei loogisilla käsitteillä operoiva” voi nähdä kansalaisvapauksissa pysyvän oikeudellisen instituution.³⁷ Tämä on eräs ulottuvuus oikeudellisen konstruktion ns. suojafunktiosta; Puchta ja Gerber toteavat nimittäin hyvin paljon samanlaisin sanankääntein, että juridisen konstruoinnin keskeinen tehtävä on suojata oikeusinstituutiota usein aika kovalta elävältä elämältä.

Erästä toistakin yleistä piirrettä kannattaa korostaa. Jos valtio käsitetään pelkkänä tahdonmahdollisuuksiin liittyvänä oikeushenkilönä, se on omiaan johtamaan ajatukseen, että julkisoikeudelliset suhteet ovat pelkkiä ”alastomia” valtasuhteita. Tämä johtuu yksinkertaisesti siitä, että traditionaalinen ajatus julkisesta edusta ja yhteistarkoituksesta valtiota ja julkisoikeudellista suhdetta hahmottavana periaatteena puuttuu. Mainittu piirre on selvimmin havaittavissa ehkä *Labandilla*.³⁸

³⁶ Gerber, *Grundzüge*, s. 4.

³⁷ *Öff. Rechte*, s. 49 läht.; vrt. *Grundzüge* s. 223 läht.

³⁸ Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. I.

4 VALTION JA JULKISOIKEUDELLISEN SUHTEEN KAKSINAISUUDEN VAKIINTUMINEN VUOSI- SADAN TAITTEESSA: VERMITTLUNGS- THEORIEN JA GIERKE

Käsitelainoppia seurasi erityisesti yksityisoikeudessa *Iheringin* aloittama intressilainoppi, jolla oli selvää vaikutusta myös julkisoikeudelliseen ajatteluun. Nimenomaan yksityisoikeudessa puhuttiin kahdesta opista, jotka olivat käsitelainopillisen tradition mukainen *Willensdogma* ja lähinnä intressilainopin edustama *Zwecksdogma*. Näiden kahden opin välinen ero vaikutti hyvin ratkaisevasti siihen, miten *oikeushenkilö* käsitettiin.³⁹ Hieman yksinkertaistaen voidaan tämän asetelman sanoa koskeneen sitä, oliko oikeushenkilö ymmärrettävä tietyinä *tarkoituksena*, esim. yhteistarkoituksena vai pikemmin tietyinä *tahtosubjektina*. Miten tämä vaikutti valtion käsitteellistämiseen? Voimme panna merkille kaksi seikkaa.

Ensinnäkin *Zwecksdogma* ei julkisoikeudessa saavuttanut koskaan yksinomaisten teorian asemaa. Tämä koskee juridisia teorioita; sitä vastoin esim. varhaisen oikeussosiologismien piiristä löydämme pikemminkin *Zwecksdogmaa* asiallisesti vastaavia teorioita, jotka tarkastelivat erityisesti valtion syntyä erilaisten yhteiskunnallisten tarkoitusten ja funktioiden tuotteena. Toiseksi yksityisoikeuden ja julkisoikeuden metodiyhtäläisyys säilyy vielä käsitelainopin jälkeiselläkin kaudella. Valtion oikeudellisen käsitteellistämisen kannalta nämä kaksi seikkaa merkitsivät eräänlaisen dualistisen näkökannan leviämistä. Valtiota koskevassa tarkastelussa kombinoidaan kaksi elementtiä, nim. valtio

- a) valtiopersonaan valtana, erityisenä juridisena valtana tai valtiopersonaan tahdonkyynä ja
- b) yhteisintressinä, valtiotarkoituksena tai valtiofunktiona (Gesammtinteresse, Staatszweck, Staatsfunktion).

Voidaan myös puhua kahden näkökulman yhdistämisestä, joista toinen edustaa formaalista ja juridista aspektia, toinen taas ehkä pikemmin materiaalista, tosiasiallista, historiallisesti kehittyvää ja funktionaalista aspektia. Tällä tavalla määritettynä dualistiset teorit ovat suhteellisen leimallisia viime vuosisadan lopun valtioajattelun ilmiöitä ja ulottuvat kauas yli intressilainopin välittömän vaikutuspiirin. Otamme lopuksi esille kaksi muissa

³⁹ Wolff, I, s. 4–120.

suhteissa aika paljon erilaista lähestymistapaa valtiosta, joita kuitenkin mielestämme voimakkaasti yhdistää juuri karakterisoitu dualistinen tarkastelutapa. Ensimmäistä teoriaa edustaa *Gierke*.

Gierken näkemystä valtiosta voidaan lyhyesti luonnehtia katsomukseksi tahtoteorian *modifioimasta yhteistarkoituksesta*.⁴⁰ Muuten Gierken teoriaa voidaan mielestämme keskeisesti analysoida vastaukseksi kahteen kysymykseen. Ne ovat: Mikä konstituoivat valtion oikeudellisesti? Mikä konstituoivat valtion julkisoikeudellisesti?

Mikä konstituoivat valtion *oikeudellisesti*? Gierken vastauksessa tähän ongelmaan tulee esiin – tosin modifioidussa muodossa – käsiteläinopin ja julkisoikeudellisen positivismin *tahdonkyky*, Willensmacht, wollendürfen. Jokin asia on oikeudellinen, sikäli kun se toisaalta rajoittaa, toisaalta konstituoivat tietyn tahdonvallan (Willensmacht, Willensherrschaft). ”Das Wesen des Rechts beruht darin, dass die äussere Willensherrschaft innerhalb der menschlichen Gemeinschaft bejaht und begrenzt”.⁴¹ Kun tätä tarkennetaan, saa oikeushenkilöllisyyden käsite, Persönlichkeit, keskeisen merkityksen, koska juuri sen kautta konstituoituu oikeudellisen vallan kantaja. Persönlichkeit on sekä yksityisen että julkisen oikeuden peruskäsite. ”Im öffentlichen ferner wie im Privatrecht bildet den Mittelpunkt alles subjektiven Rechts der gemeinsame Begriff der Persönlichkeit, indem die Person eben der vom Recht als Subjekt anerkannte Träger einer einheitlichen Willensphäre ist.”⁴²

Mikä konstituoivat valtion *julkisoikeudellisesti*? Tämä kysymys muodostaa ikään kuin Gierken ajatuksen toisen puolen, jossa keskeisenä on kysymys, miten valtio julkisena organisaationa poikkeaa ja erottuu yksityisoikeudellisista ja Gierken mielestä utilitaarisperusteisista yhteisöistä. Tässä yhteydessä Gierke esittää tärkeän *orgaaniuden* peruskäsitteen. Gierken teoriaa on joskus sanottu organismiteoriaksi; se muistuttaa eräitä orgaanisen valtioteorian ja historiallisen koulukunnan perusajatuksia mutta aika paljon uudessa muodossa. Gierke sanoo orgaaniutta yksityisoikeudelle vieraaksi käsitteeksi. Voimme Gierken orgaaniuden käsitteessä nähdä neljä elementtiä:

1. Orgaanisuus on kykyä määrittää tahto, mikä liittyy oikeushenkilöllisyyden peruskonseptioon.
2. Orgaaniuteen liittyy kyky pystyä toimimaan jonkin puolesta, mikä liittyy orgaanin käsitteeseen.

⁴⁰ Gierke, II, 2., s. 264–336.

⁴¹ mts. 309.

⁴² mts. 315.

3. Tähän käsitteeseen liittyy edelleen ajatus orgaaniseksi kokonaisuudeksi yhdistymisestä (”Einheit des Gesamtwillens”)
4. Orgaaniuteen liittyy lopulta kyky toimia yhteisintressin puolesta.

Erityisesti kohdat 3. ja 4. liittyvät Gierkellä ajatukseen, että valtio on luonnollinen eikä konstruktiivinen yhtymä ja yhteisö. Tällä Gierke haluaa korostaa, että valtio on reaalin entiteetti eikä pelkän juridisen ajatuskonstruktion tuote käsitelainopin mielessä. Valtioyhteisöstä Gierke käyttää nimitystä *Verband*. Tällainen yhteisö konstituoituu ns. *yhteistarkoituksen* tai *kokonaistarkoituksen* (*Gesammtzweck*) kautta. Tällaisena organisaationa valtio poikkeaa ratkaisevasti yksityisoikeudellisista yhtymistä; siksi Gierke katsoo, että julkisoikeuden peruskäsitteillä ei ole vastinetta yksityisoikeuden alueella. Valtio muodostaa korkeimman yhteiskunnallisen vallan, valtio muodostaa orgaaniseksi kokonaisuudeksi yhtyneen yhteispersoonallisuuden (*Gesamtpersönlichkeit*), valtio toimii yhteistarkoituksen (*Gesammtzweck*) puolesta. Nämä piirteet ovat Gierken mielestä täysin vieraita yksityisoikeudelle. ”Und so entsteht hier der dem Privatrecht völlig fremde Begriff eines Organs als der zu einer Bestimmten Lebensfunktion des Gemeinlebens verfassungsmässig berufenen Gliedes einer Gesamtpersönlichkeit”.⁴³ Esim. yksityisoikeudellisella edustuksen käsitteellä Gierken mielestä ”ei ole mitään tekemistä” orgaaniuden ja valtiollisen edustamisen kanssa; viimeksi mainittu toimii nimittäin kokonaispersoonallisuuden ja yhteisintressin puolesta eikä toisen henkilön edustajana. Gierke luonnehtii valtiota tahdonorganisaatioksi, *Willensorganisation*,⁴⁴ mutta aika paljon toisessa merkityksessä kuin käsitelainopin tahdonyhtymä, *Willensverband*. Ratkaiseva ero on siinä, että Gierken tahdonorganisaatiossa keskeisinä rakenneosina ovat orgaaniseksi kokonaisuudeksi yhdistynyt yhteistahto ja valtion konstituiva yhteistarkoitus.

Gierken tapa tarkastella oikeudellisia ilmiöitä ei päässyt vallitsevan opin asemaan viime vuosisadan lopulla. Pikemminkin ajattelun valtavirtauksen – erityisesti oikeushenkilöllisyyden ongelman yhteydessä – muodostavat erilaiset ns. välittävät teoriat, *Vermittlungstheorien*. Nämä teoriat pyrkivät yhdistämään ja sovittamaan käsitelainopillisen ”Willensdogman” ja intressilainopillisen ”Zwecksdogman”. Kuitenkin näiden teorioiden ja Gierken ajatusten välillä on nyt esillä olevassa katsannossa yllättävää ja huomatta-

⁴³ mts. 329–330.

⁴⁴ mts. 322.

vaa samanlaisuutta: molemmat tarkastelevat valtiota oikeushenkilönä ja oikeushenkilöllisyyttä ylipäänsä yhdistellen toisiinsa (käsitelainopillisen) tahtoelementin ja (intressilainopillisen) tarkoituselementin.

Eräs mainittujen välittävien teorioiden tärkeä edustaja oli *Bernatzik*. 1890 ilmestyneessä laajassa artikkelissaan *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere* hän tarkastelee oikeushenkilöllisyyttä ylipäänsä sekä valtion ja sen orgaanien oikeushenkilöllisyyttä. Jos Gierken ajattelutapaa valtiosta voidaan karakterisoida tahtoteorian modifioimaksi yhteistarkoitukseksi, on Bernatzikin perusnäkemys *vastaavasti eräänlainen intressiteorian (tarkoitusteorian) modifioima tahtoteoria*. Luovumme tässä yhteydessä tämän teorian yksityiskohtaisemmasta erittelystä. Rajoitumme toteamaan, että Bernatzikin perusajatuksen mukaan valtion oikeushenkilöllisyyden kysymyksessä – samoin kuin oikeushenkilöllisyyden ylipäänsä – on yhdistettävä kaksi toisiaan täydentävää käsitteellistä elementtiä, nim. (a) valtio *tahtosubjektina* ja (b) valtio *intressisubjektina*. Tahtosubjektius on valtiota hahmottava keskeinen prinssiippi; emme kuitenkaan sivuuta myöskään valtioninstituutioon liittyviä yli-individuaalisia tarkoituksia, arvoja ja intressejä. Viimeksi mainitussa katsannossa Bernatzikin ajattelutapa muistuttaa monessa suhteessa uskantilaisuutta.⁴⁵

LÄHDELUETTELO

- Albrecht, H., *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1837, 150 und 151 St. s. 1489 ss. ja 1508 ss.
Aristoteles, *Ethica Nichomachea*, engl. *Ethics*, 1955.
Aristoteles, *Politica*, engl. *The Politics*, 1962.
Baldus de Ubaldis, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Lyon 1585.
Bartolus de Saxoferrato, *In primam Digesti Veteris partem*, Basel 1579.
von Below, G., *Der deutsche Staat des Mittelalters. Eine Grundlegung der deutschen Verfassungsgeschichte*. Zentralantiquariat der DDR: Leipzig 1975. [1918]
Bernatzik, E., *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*. *Archiv für öffentliches Recht*, 1890 (5), s. 169 ss.
Bloch, E., *European Feudalism*. Teoksessa Wunder 1974, s. 125 ss.
Brunner, O., ”Feudalismus”. Ein Beitrag zur Begriffsgeschichte. Teoksessa Wunder 1974, s. 87 ss.

⁴⁵ Bernatzik, s. 169 ss.

- Carlyle, R. W. ja A. J., *A History of Medieval Political Theory in the West, Bd V*, Edinburgh–London 1903.
- Corpus Iuris Civilis, Editio stereotypa tertia decima*, Berolini MCMXX.
- Eifler, R., Vorkapitalistische Klassengesellschaft und aufsteigende Folge von Gesellschaftsformationen im Werk von Karl Marx. Teoksessa Wunder 1974, s. 275 ss.
- von Gerber, C. F., *Über Öffentliche Rechte*, 1852.
- von Gerber, C. F., *Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts*, 1869 (2. Aufl.).
- von Gierke, O., Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 30, 1874, s. 153–198 ja s. 265–335.
- Grabmann, M., Die mittelalterliche Kommentare zur Politik des Aristoteles. *Bayerische Akademie der Wissenschaften* 1941, II, 10.
- von Haller, C. L., *Restauration der Staatswissenschaft*. 2. Aufl. Winterthur 1820, Bd.I–Bd. IV.
- Laband, P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 5. Aufl. 1911/14, Bd.I–Bd.IV.
- Mager, W., Zur Entstehung des modernen Staatsbegriff. *Akad.d. Wiss.u.Lit. Abh. d.geist.u.soz. Kl.* 1968, s. 393–495.
- Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts, Bd.II, Historische Typen des Staates und des Rechts*. Staatsverlag der DDR, Berlin 1974.
- Merikoski, V., *Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin I*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja 80. SLY: Helsinki 1976.
- Mäenpää, O., *Keskusviraston asema valtionhallinnossa. Julkisoikeudellinen tutkimus valtionhallinnon organisaatiosta*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 142. SLY: Helsinki 1979.
- von Oertzen, P., *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung der formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1974.
- Post, G., *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State*. Princeton, New Jersey 1964.
- Pufendorf, S., *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Classics of International Law, 1934.
- Rytkölä, O., *Valtion vakinaisten virkamiesten palkkaus- ja eläkeoikeus*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 32. SLY: Helsinki 1948.
- von Stahl, J. F., *Rechts- und Staatslehre*, 3. Aufl. 1854/56, BdI–BdII.
- Tolonen, H., Yksityinen ja julkinen uuden ajan alun luonnonoikeudessa I–II. *Oikeus* 1/1979, s. 19 ss. ja 2/1979 s. 87 ss. [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 247–280]
- Tuomas Akvinolainen, *De Regno, Ad Regem Cypri*. Engl. *On Kingship, to the King of Cyprus*. Transl. I. Eschmann. Toronto 1949.
- Tuomas Akvinolainen, *In Libros politicorum Aristotelis expositio*. Hrsg. R. Spiazzi, Turin–Rom 1951.
- Tuomas Akvinolainen, *Summa Theologica I–II*. Engl. Encyclopaedia Britannica, Chicago 1952.
- Ullman, W., *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*. Mathuen: London 1966.
- Wilhelm, W., *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*. Klostermann: Frankfurt am Main 1958.

von Wolff, C. F., *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum I–VIII*. Frankfurt, Leipzig, Halle, 1740–48.

Wolff, H., *Organschaft und juristische Person. Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht*. Teil I. Berlin 1934.

Wunder, Heike (hrsg.): *Feudalismus. Zehn Aufsätze*. Nymphenburger Verlagshandlung: München 1974.

Korko ja raha Tuomas Akvinolaisella

Perusajatuksemme mukaan feodaalisessa yhteiskunnassa aina sen myöhäisvaiheeseen 1600-, 1700- ja 1800-luvuille asti vallitsi nykyiseen katsomukseen verrattuna yhteisomistuksen perusprinsiippi, jota voidaan luonnehtia myös yhteisölliseksi omistukseksi. Esineillä ja varallisuushyödykkeillä ei ollut selvästi rajattuja subjekteja, jotka olisivat omistaneet ne absoluuttisella ja eksklusiivisella tavalla ja jotka olisivat voineet vaihtaa ja luovuttaa omistamiaan etuuksia sopimusvapauden periaatteen mukaisesti. Niiden oikeudellisten ja yhteiskunnallisten suhteiden piirissä, joita nykyisestä katsannosta voidaan luonnehtia esineoikeudelliseksi, tämä seikka saa ehkä selvimmän ilmentymänsä hieman varioivina oppeina jaetusta omistusoikeudesta. Näiden oppien ytimen näemme muodostuvan peruskatsomuksesta, jonka mukaan samaan omaisuusesineeseen, erityisesti maahan, kohdistuu useiden rinnakkaisten käyttöoikeuksien järjestelmä. Tämä järjestelmä toimi samalla yhteiskunnan tuotantoelämän ja hallinnollisen organisoitumisen perustana. Jos taas tarkastelemme niitä oikeudellisia ja yhteiskunnallisia suhteita, joita voidaan luonnehtia sopimusoikeudellisiksi, tapaamme hieman vastaavan piirteen. Omistajan vapaasta vallasta luovuttaa ja hyödyntää vaihdon piirissä esineitä taloudellisesti parhaaksi katsomallaan tavalla vallitsi useita rajoituksia ja poikkeuksia. Nämä kaksi seikkaa liittyvät epäilemättä toisiinsa ja tukevat ajatuksellisesti toisiaan: koska omistajalla ei ole rajatonta käyttöoikeutta esineisiin, hänellä ei ole myöskään rajatonta valtaa luovuttaa niitä haluamallaan tavalla.

Mainitut seikat muodostavat laajan aihepiirin, eikä niitä koskeva kartoitus tule kysymykseen tässä yhteydessä. Tarkastelemme seuraavassa esityksessä vain erästä tähän liittyvää osaongelmaa, joka koskee feodaalisen yhteiskunnan sopimussuhteita ja mahdollisuutta käyttää omaisuutta voittoa tuottavalla tavalla. Esityksemme liittyy lähinnä Tuomas Akvinolaisen käsityksiin. Lähtökohdan ja aiheen tarkastelumme on antanut Tuomas Akvinolaisen esittämä kysymys teoksessa *Summa Theologica* kohdalla II, II, *Quaestio* 78.1: *Utrum accipere usuram pro pecunia mutuata sit peccatum*. – Eli: voidaanko velaksi annetusta rahasta ottaa korkoa?

Tämä kysymys näyttää säilyttäneen keskeisen merkityksen erityisesti skolastisten teologiien ja kanonistien oikeudellisessa ajattelussa ainakin 1600- ja 1700-luvuille asti. Samalla sen tulkinta muodosti oikeusajattelua keskeisellä tavalla hallinneen ongelman ja kiistakysymyksen, jonka yhteydessä vedottiin usein juuri Tuomas Akvinolaisen nimeen ja auktoriteettiin. Mainittu kysymys koski asiallisesti sekä rahan luonnetta että mahdollisuutta ottaa rahasta korkoa. Tuomas Akvinolaisen vastaus esitettyyn kysymykseen on periaatteessa kielteinen, ja tästä perusprinsiipistä uusskolastinen ajattelu piti kiinni merkittävällä tavalla vielä 1600-luvulla. Mutta – ja tämä seikka kuvastaa ehkä yleisemminkin oikeusperiaatteiden merkitystä ja kohtaloa (Tolonen, 1986, passim) – tietyt reaaliset ja käytännölliset tekijät toivat enenevässä määrin poikkeuksia, varauksia ja uusia kriteereitä mainitusta, päteväksi tunnustetusta yleisperiaatteesta. Sitä jouduttiin tulkitsemaan ja modifioimaan, kunnes se mm. sopimusvapauden periaatteen laajenemisen myötä menetti kokonaan yleisen oikeusperiaatteen merkityksen.

Seuraava ongelmamme koskeekin kysymystä, mitkä olivat nämä käytännölliset ja reaaliset tekijät, joiden edessä erityisesti skolastinen ja kanonistinen oikeusajattelu joutui enenevässä määrin antamaan periksi. Itse korkoa ja rahaa koskevat käsitykset sekä niiden muutokset olivat oikeudellisen, moraalifilosofisen ja taloudellisen ajattelun ilmiöitä (vrt. W. Weber 1959, s. 37 ss. ja 1962, s. 20 ss.). Niillä oli kuitenkin tärkeä taustansa tuotannollisten ja yhteiskunnallisten suhteiden muutosilmiöissä. Tällöin kysymys ei niinkään ole uusista tuotannollisista menetelmistä vaan pikemmin yksinkertaisesti siitä lisääntyneestä vaihdosta, joka ristiretkistä lähtien esiintyy merkittävänä ilmiönä Etelä-Euroopassa leviten sieltä pohjoiseen mm. Hansaliiton harjoittaman kaupankäynnin muodossa. Laajeneva vaihdanta ja kauppa liittyvät olennaisesti kaupunkien syntyyn 1000- ja 1100-luvulta lähtien (ks. kaupunkien synnystä ja tuntomerkeistä, Lütge, s. 100 ja ss.). Kaupankäynnin laajeneminen rakentui olennaisesti kaukokaupan, so. hallinnolliset ja valtiolliset rajat ylittävän, nykyisessä mielessä kansainvälisen kaupan varaan (Lütge, s. 84 ss.; s. 143 ss.; s. 166 ss. ja s. 226 ss.). Tämä oli osatekijänä siinä, että laajeneva kauppa toi mukanaan rahatalouden ja rahamarkkinat niihin liittyvine ilmiöineen (Lütge, s. 163 ja 194–195).

Rahatalous ei ollut pelkästään vaihdantaan liittyvä tekninen ilmiö. Se teutti nimittäin samalla yhteiskunnallisten ja sosiaalisten suhteiden uudenlaisia luonnetta. Feodaalinen järjestelmä oli perustunut olennaisesti maahan, sen eritasoihin hallintamuotoihin, ja sille oli tunnusomaista suhteen osapuolten henkilökohtainen riippuvuus (käsitteestä *Grundherrschaft*, ks. Lütge, s. 55

ss., käsitteestä *Landsherrschaft*, ks. ib. s. 115 ss.; yleisesti ks. ib. s. 98 ss.; Bloch I–II, passim; Ganshof, passim). Sen sijaan rahatalouden yhteydessä syntyneet suhteet olivat esineen arvoon perustuvia, ja ne olivat luonteeltaan epäpersoonallisia. Raha teki edelleen mahdolliseksi verrata tavaroiden arvoa toisiinsa rationaalisella tavalla (vrt. Lütge, s. 100; ks. myös W. Weber 1959, s. 94 ss.). Toisaalta rahataloudella oli vielä myöhäiskeskiajalla vain rajallinen merkitys. Syynä olivat ennen muuta epävakaat rahaolot. Raha oli regaalina hajautettu ns. rahaherruuden muodossa, arvonvaihtelut ja suoranaiset rahan metalliarvon huonontamiset olivat yleisiä ilmiöitä (Lütge, erit. s. 194–199 Langholm, s. 89 ss.; W. Weber 1962, s. 39 ss. ja 65 ss.; Otte, s. 84 ss.).

Mainittujen ilmiöiden ydin on aiheemme kannalta nähtävä siinä, että kun vaihdanta ja kauppa saavuttivat tietyt mittasuhteet, se aiheutti omat reaaliset ja käytännölliset vaatimuksensa eräälle tuotannontekijälle. Juuri tämän tuotannontekijän säätelystä on otsakkeeseen liittyvässä Tuomas Akvinolaisen esityksessä kohdalla II, II, 78.1 *utrum accipere usuram pro pecunia mutuata...* kyse. Ongelma koskee sitä, onko raha tai pääoma tuotannontekijänä vapaasti ja sopijapuolten haluamalla tavalla vaihdettavissa. Voimme hahmottaa tätä ilmiötä hieman eri näkökulmista: rahaliikenteen synty, pääomamarkkinoiden synty, pääoman alkuperäinen kasautuminen. Keskeisenä piirteenä näkisimme tässä ilmiökentässä joka tapauksessa rahan, pääoman, tulemisen kaupanteon kohteeksi ja vapaasti vaihdettavaksi sekä rahamarkkinoiden synnyn.

Feodaalista yhteiskuntaa, jonka virallisen ajattelutavan sekä yhteiskunnallisten ja taloudellisten perusrakenteiden kanssa mainitut uudenlaiset kehityspiirteet joutuivat ristiriitaan, on luonnehdittu ja tyypitelty hieman erilaisin tavoin. Eräs tunnetuimmista viimeaikaisista yrityksistä on kanadalaisen C.B. Macphersonin: Hän luonnehtii teoksessaan *The Political Theory of Possessive Individualism* feodaalista yhteiskuntaa käsitteillä STATUS SOCIETY tai CUSTOMARY SOCIETY. Macpherson pitää selvityksessään Max Weberiin, Werner Sombartiin ja Karl Marxiin nojautuen feodaalisen yhteiskunnan tärkeimpänä tuntomerkinä sitä, että tässä yhteiskuntamuodotumassa eräs tuotannontekijä, nim. työ, on yhteiskunnan virallisjärjestelmän ohjaama, ”authoritatively allocated”. Työ ei tuotannontekijänä ole vapaasti vaihdettavissa: työntekijä ei hakeudu muodollisesti vapaana haluamaansa työpaikkaan, vaan yhteiskunnallinen järjestelmä ja sen sosiaaliset siteet määrittävät kunkin luokan sekä säädyn tehtävän (Macpherson, s. 46 ss.; samansuutaisista näkemyksistä ks. J. W. Hall, s. 140 ss. passim; Bloch II, passim).

Macphersonin esitykseen haluamme tuoda jotain lisää oman aiheemme puitteissa. Koronottokieltoon ja vaihdon rajoituksiin liittyvä problematiikka tuo nimittäin feodaalisen yhteiskunnan virallisdoktriinista ja sen sosiaalisista rakenteista esiin uuden, mutta toisaalta Macphersonin perusajatusta tukevan aspektin. Työn lisäksi on nimittäin korostettava, että myös toinen keskeinen tuotannontekijä, pääoma tai raha, ei ollut tälle yhteiskunnalle ominaisen ajattelutavan mukaan vapaasti vaihdettavissa.

Tämä piirre liittyy systemaattisesti feodaalisen yhteiskunnan perusrakenteisiin. Tätä ajatusta seuraten voimme Macphersonin terminologian asemesta oman aiheemme näkökulmasta koota feodaalisen yhteiskunnan käsitteeksi KÄYTTÖYHTEISÖ. Sen vastakohtana esiintyvät uuden ajan alusta lähtien enenevässä määrin eri Euroopan valtioissa mahtiaan lisäävät sosiaaliset siheet ja suhteet, joita puolestaan voidaan luonnehtia VAIHTOYHTEISÖLLE tunnusomaisiksi piirteiksi. Voimme edelleen karakterisoida käyttöyhteisön käsitettä ja ideaalittyyppejä neljän tuntomerkin perusteella.

1. Feodaaliselle yhteiskunnalle on erityisesti sen varhaisvaiheessa tunnusomaista luontoperäinen talous. Mutta feodaalista yhteiskuntaa hallitsee mielestämme sen myöhäisvaiheeseen saakka *käyttötalouden* perusajatatus ja toimintaperiaate. Sopimus nähdään pääsääntöisesti oikeudelliseksi tapahtumaksi, jossa tavara välittömästi vaihdetaan tavaraa vastaan. Asialla on kuitenkin myös talousopillisesti painottunut aspektinsa. Tästä näkökulmasta sopimus ja tavaravaihto näyttäytyvät molemmille osapuolille hyödyllisten käyttöarvojen vaihtamisena. Vaihtotapahtumassa toteutuu molempien osapuolten kannalta vaihdettavien käyttöarvojen oikeudenmukainen tasapainotila (vrt. tuonnempana käsitteet *iustitia commutativa* ja *iustum pretium*). Molempia piirteitä voidaan luonnehtia *käyttöarvon primaatiksi* vaihtoarvoon nähden.

2. Toinen feodaalista yhteiskuntaa karakterisoiva periaate on mielestämme siinä yhteiskunnan reaalista tuotannon tasoa ja virallisdoktriinia vastaavassa piirteessä, jonka mukaan tavaroita ei tuoteta vaihtoa varten (vast. ei ole syytä tuottaa vaihtoa varten). Tuotannollisen toiminnan seurauksena saattaa syntyä ylijäämää tai perusteltuja tyydyttämättömiä tarpeita: niiden poistamiseksi ja tasapainottamiseksi vaihto on hyödyllistä ja perusteltua. Ilmiö on kuitenkin pikemmin satunnainen kuin systemaattinen, koska tuotanto ja kulutus eivät perustu pysyvästi vaihdannaistuneen ja työnjaollisen yhteiskunnan peruseriaatteelle.

3. *Raha* ei lainkaan ole tavara vaihdettavan tavaran merkityksessä vaan pelkkä oikean ja luonnonmukaisen vaihdon väline. Ts. rahalla ei oikeastaan ole lainkaan *arvoa* muille tavaroille ominaisella tavalla (arvoa sinänsä). Tämä oli ehkä se skolastisen ja kanonistisen arvo-opin periaate, jossa vaikeudet ja ristiriidat olivat selvemmin havaittavissa. Viimeksi mainitun seikan syynä on mielestämme paljolti se, että viimeistään 1300-luvulla taloudellinen kehitys johti sellaisiin muodostelmiin, jotka asiallisesti koskivat raha- ja pääomamarkkinoita ja joita oli käsitteellisesti hyvin vaikea sovittaa yhteen mainittua rahan luonnetta koskevan perusnäkemysten kanssa. Eräs huomionarvoinen erityiskysymys verraten mutkikkaassa rahan luonnetta koskevassa keskustelussa koski oppia rahan arvon kahdenlaisesta muodosta: rahalla oli kaksi arvoa, *valor extrinsecus* ja *valor intrinsecus*. Viimeksi mainittu oli rahan arvo tavarana, rahan oma arvo, joka olisi voinut olla itsenäisen arvonmuodostuksen ja vaihdannan kohteena. Ainakin 1500-luvulle asti kanonistista ja skolastista oikeusopillista teoriaa hallitsi monessa suhteessa ajatus tällaisen arvon mahdottomuudesta tai toissijaisuudesta (W. Weber 1962, s. 170 ss. erit. 177; Endemann II, s. 197 ss.). Rahalla ei ole ”omaa arvoa”, joka sellaisenaan voisi olla itsenäisen vaihdantatoiminnan kohteena. Rahan arvo on tämän ajattelutavan mukaisesti ”bonitas extrinseca” (W. Weber 1962, s. 74 ja ss.; Endemann ib.). Tähän liittyy usein ajatus, että rahan arvo on siinä mielessä ”ulkoinen”, että se on ruhtinaan tai hallitsijan määräämä ja voimassa pitämä. Tämän mukaisesti rahalle ominainen ulkoinen arvo on sama kuin asetettu arvo eli *valor extrinsecus* = *valor impositus* (ks. lausutusta Endemann ib.; Langholm, s. 34 ss.; Garnier, s. 103 ss.; W. Weber 1962, s. 69 ss.; Bridrey, s. 101–107, passim; Lütge, s. 194–196; käsitteistä metallismi/nominalismi sekä niiden liittymisestä ns. valtiolliseen rahateoriaan W. Weber 1962, s. 69–86, edelleen rahan arvoteoriasta käsittein *théorie merchandise/théorie signe*, Langholm, s. 43 ja ss.).

4. Neljäntenä feodaaliselle yhteiskunnalle ominaisena ja tärkeänä piirteenä voidaan lopuksi viitata seikkaan, että vaihto, kauppa ja rahatalous ovat tietyn yhteiskunnallisen säädyn tai tiettyjen yhteiskunnallisten ryhmien suorittamaa toimintaa. Tämä toiminta on useimmissa tapauksissa privilegioitu. Ammattimainen kauppiaiden luokka syntyi länsimailla 1100- ja 1200-luvuilla (Lütge, s. 165 ja ss.; Macpherson, s. 46 ss.).

Tuomas Akvinolainen esiintyy keskiaikaisen koronottokiellon tärkeänä teoretikkona ja tulkitsijana. Itse mainitun periaatteen tapaamme kuitenkin jo

ennen häntä liittyneenä feodaalisen yhteiskunnan vallitseviin ajattelutapoihin ja myös sen sosiaalisiin perusrakenteisiin. Tuomas Akvinolaisen ainutlaatuinen merkitys kyseessä olevan ongelman kannalta heijastuu mm. siinä, että useat uusskolastiikan johtavat ajattelijat olivat laatineet kommentaarin Akvinolaisen tuotannosta, nimenomaan teoksesta *Summa Theol.*, sen osasta II, II, jossa Akvinolaisen ajatukset arvosta, rahasta ja korosta saavat ehkä selvimmän ilmaisumuotonsa. Voidaan viitata Francisco Vitorian, Ludovicus Molinan, Leonhard Lessiuksen ja kardinaali Cajetanuksen tuotantoon (ks. Otte, s. 23 ss.; W. Weber 1962, s. 24–25). Tuomas Akvinolaisen nimeen ja auktoriteettiin vedottiin usein myös tilanteissa, joissa asiallisesti tultiin hänen näkemyksistään poikkeavaan lopputulokseen. Näin menettelee mm. Molina tapauksessa, jossa hän esittää laajempaa oikeutta korvaukseen velaksiannon tuottaman vahingon yhteydessä kuin Akvinolainen (Molina, *De iust.* Tr. II, d. 314, n. 9 ja d. 315, n. 4; ks. myös Weber 1959, s. 153).

Tuomas Akvinolaisen, samoin kuin yleisemminkin skolastisen ajattelun lähtökohta ja tausta koronottokiellon osalta jakaantuu lähinnä kolmelle taholle. Näistä ehkä merkitykseltään vähäisimpänä voidaan pitää roomalaisoikeudellista ajattelua (vrt. II, II, 77.1,1 ja ad I^{um}).

Roomalaisen oikeuden mukaan hinnanmuodostus kaupassa ja koronotto velaksiannossa olivat nimittäin pääsääntöisesti sopijapuolten tahdon varaisia asioita. Tässä mielessä roomalaisessa oikeudessa vallitsi hinnanmuodostuksen vapaus periaatteen *res tanti valet quanti vendi potest* mukaisesti (ks. Dig. 19.2.22, 3; Cod. 4.44.4 ja 4.44.6). Toisaalta koron enimmäismäärä oli lakisääteisten rajoitusten alainen. Edelleen roomalaisen oikeuden mukaan kiskominen sopimussuhteissa oli kiellettyä. Nämä seikat saivat ilmentymänsä ennen muuta keisari Diocletianuksen antamissa määräyksissä. Niiden mukaan sopimuksessa ei ole pätevä sellainen hinta, joka on alempi kuin puolet kaupan kohteen oikeasta hinnasta (Cod. 4.44.2; 4.44.8; ks. Noonan, s. 82–83 ja Endemann, II, s. 6 ss.). Roomalaisessa oikeudessa oli edelleen eräs erityiskysymys, jolla tuli olemaan merkitystä koronottokiellon keskiaikaisten tulkintojen kannalta. Se koski velaksiannon sopimustyyppiä eli käsitettä *mutuum*. *Mutuum* oli roomalaisoikeudellisten periaatteiden mukaan sopimus, jonka kohteena oli raha tai muut lajiesineet. Niitä ei ollut palautettava individuaalisesti samoina vaan samanmääräisinä (Dig. 12.1.2, 1; 44.7; Inst. 3.14). Sopimuksen kohteena olivat ts. *res fungibiles* (Noonan, s. 40). Keskeistä oli, että sopimuksen mukaan omistusoikeus ja samalla vaaranvastuu eli riski siirtyivät vastaanottajalle (Dig 44.7.1, 4 ja 12.1.2, 1; vrt. Inst. 3.14). Erityisesti viimeksi mainittu piirre oli tärkeä

periaate, joka erotti velaksiannon talletuksesta (*commodatum*) ja yhtiöstä (*societas*).

Keskiaikaisen oikeusajattelun koronottokiellon periaate palautuu sen sijaan olennaisella tavalla kahteen muuhun lähteeseen. Niistä ensimmäinen on varhaiskristillinen ja aiempi kanonistinen traditio. Kirkkoisista mm. Ambrosius, Tertullianus, Augustinus ja ennen muita Johannes Chrysostomus ja Hieronymus olivat esittäneet ajatuksia koronottokiellosta ja samalla käyttäneet ensimmäisinä käsitettä USURA Tuomas Akvinolaiselle ja hänen seuraajilleen ominaisella tavalla. Heiltä on mielestämme peräisin myös tietty kyseistä käsitettä koskeva epämääräisyys ja monimerkityksisyys, josta tuonnempana esitettävällä tavalla tapaamme merkkejä myös Tuomas Akvinolaisella. Osittain asian taustana on selvästi se, että varhaiskristillisen tradition edustajat eivät muodostaneet talousopillista teoriaa vaan antoivat pikemmin moraalisia ohjeita rikastumisen vaaroista. Tällöin he vetosivat usein tiettyihin raamatunkohtiin kuten kahdessa Matteuksen evankeliumia koskevassa tapauksessa. ”Facilius est camelum per foramen acus transire, quam divitem intrare in regnum caelorum” (Hieronymus, *Comm. Matth.* III. 19). ”Nemo potest duobus dominis servire: aut enim unum odio habebit et uterum diliget aut unum sustinet et alterum contemnet” (Chrysostomus, XXI). Kuitenkaan varhaiskristillisen tradition merkitystä taloudellisen ja oikeudellisen ajattelun kannalta ei ole syytä väheksyä. Varhaiskeskiajan kirkkoisät muotoilivat selväpiirteisen ja yleisluontoisen koronottokiellon (Garnier, s. 22 ss.). He formuloivat ensimmäisinä myöhemmin tärkeäksi osoittautuneen kiellon myydä esine ostohintaa kalliimmalla eli periaatteen *ut immutatam et integram vendere* (Vrt. II, II 77.4, 1; ks. Chrysostomus, XXI; Hieronymus, *Comm. Matth.*, III. 19 ja *Comm. Ezech.*, VI).

Ensimmäiset säännöstasoiset tekstit koronottokiellosta olivat paavien Aleksanteri III ja Urbanus III vuosina 1176 ja 1186 antamat dekretaalit, jotka otsakkeella *De usuris* kielsivät kauppahinnan nostamisen luottokaupan perusteella (Noonan, s. 19; Endemann, II, s. 4 ss.). Jo ennen Tuomas Akvinolaista koronottokiello oli vakiinnuttanut asemansa talousopillisen ja oikeudellisen ajattelun keskeisenä periaatteena. Ajatuksen tärkeitä kehittäjiä 1200-luvun alussa olivat Vilhelm Auxerre, Raymundus Pennafort ja Alexander Hales (Garnier, s. 42 ss.; Noonan, s. 41 ss.). Eräissä erityisissä kysymyksissä tärkeä merkitys oli paavi Gregorius IX:n dekretaaleilla ja niitä kommentoivalla Goffredus Tranin teoksella *Summa, De usuris* (ks. Noonan, s. 136–142). Tuomas Akvinolainen viittaa varhaiskristillisen tradition ohella (II, II, 77.4, 1 ja 4 sekä 78.1 ad 2^{um}, joissa Chrysostomus ja Hieronymus

mainitaan nimeltä) Goffreduksen ajatuksiin sekä dekretaaliin *Naviganti* (*De usuris* I.9 ja II. 10, 11, 12 sekä 14).

Nimenomaan kanonistisen ja skolastisen tradition ansiosta koronotto-kiellosta oli tullut eräänlainen ajatusvälttämättömyys ja itsestäänselvyys 1200-luvun keskivaiheille mennessä. Tämän aseman periaate säilytti kauas uuden ajan puolelle, vaikka sen ajatussisältö osoittautui tulkinnanvaraiseksi ja samalla uusien olosuhteiden mukana muuttuvaksi. Voidaan sanoa, että skolastisessa traditiossa periaate ei koskaan ollut täysin yksiselitteinen ja riidaton.

Kolmas Tuomas Akvinolaisen ja skolastisen tradition keskeinen lähtökohta oli Aristoteleen *Politiikan* teoria taloudellisesta arvosta, vaihdosta ja rahasta. *Politiikan* kirjoissa I. 8–9 Aristoteles erottaa toisistaan käytön kulutuksessa ja käytön vaihdossa (vrt. vaihtoarvo/käyttöarvo). Tuomaalla on vastaava oppi: ”... est uniuscuiusque rei duplex usus” (*Pol.* I. 8, 1257a 1–4 ja *In lib. pol.* 1.7, 112). Jaottelua vastaa Aristoteleen tekemä toinen erottelu. On olemassa toisaalta kulutukseen tähtäävää käyttötaloutta (*oikonomike*), toisaalta taas vaihto- ja rahataloutta (*khermatistike*) (ks. *Pol.* I. 8, 1256b 38 läht.; vrt. *In lib. pol.* III. 7, 111). Aristoteles esittää, että vaihto on ihmistoiminnan, *praksiksen*, eikä luonnon, *fysiksen*, piiriin kuuluva asia. On kuitenkin olemassa luonnonmukaista vaihtoa (vrt. Schumpeter, s. 90–95), joka tähtää ”luonnon oman tasapainotilan palauttamiseen”. Sen sijaan rahalla ja sen tuottamalla korolla ansaitseminen ei kuulu luonnolliseen taloudelliseen toimintaan: tämä ilmiö on ”kaikkein luonnonvastaisin varallisuuden hankkimisen muoto” (*Pol.* I. 10, 1258b 7–8; *In lib. pol.* I. 8, 127 ja 134; myös: II, II 78.1 ad 3^{um}). Eräässä mielessä Aristoteles jakaa skolastisen ja kanonistisen tradition kanssa yhteisen ajatusedellytyksen: raha ei ole tavara eikä siten kaupanteon kohde. Tämä Aristoteleen *Politiikan* ja aristoteelisen tradition keskeinen periaate voidaan pukea muotoon: raha on *vaihdon väline* muttei vaihdon kohde (vrt. Langholm, s. 40–41; W. Weber 1962, s. 61–62). Periaatetta vastaa Aristoteleen *Nikomakhoksen etiikan* hieman toisensuuntainen formulointi. Etiikan V kirjassa Aristoteles käsittelee oikeudenmukaisuuden hyvettä ja sen 5. luvussa vaihdossa esiintyvää oikeudenmukaisuutta. Tässä yhteydessä hän esittää tärkeitä ajatuksia vaihdon ja rahan luonteesta. Etiikan perusnäkemysten mukaan raha on *arvon mitta*: ”Ad quod nummismata veniet et fit aequaliter medium; omnia enim mensurat, quare et superabundantiam et defectum” (*Eth. Nich.*, Textus Aristotelis, V. 5, 1133a 20–21; *In lib. eth.* V. 9; ks. myös W. Weber 1962, s. 62–63; Langholm, s. 41–42). Asettuaan vaihtosuhteeseen ihmisten täytyy hyväksyä vaihtamiensa tavaroiden

välinen arvosuhde. Sinänsä taloudelliset hyödykkeet, vilja ja viini, kengät ja talo ovat kuitenkin yhteismitattomia, koska vain samanlaisia voidaan mitata keskenään. Tämä samanlaisuus tai verrattavuus perustuu ihmisten tarpeeseen (*indigentia*, *Eth. Nich.*, ib. 1133a27). Viimeksi mainittua ilmaisee vaihtosuhteessa raha (*nummisma*, *In lib. eth.* V. 9; *pecunia*, *In lib. pol.* III. 7; *denarii*, ib.): kuinka monta kenkää sisältyy taloon, miten viinin ja viljan arvot suhtautuvat toisiinsa (vrt. Langholm, s. 47; Garnier, s. 17–18). Raha on mitta, *mensura*, jolla voidaan mitata muita tavaroita mutta joka ei voi itse tulla mitatuksi, *mensurari*: ”nummisma utique quemadmodum mensura commensurata faciens aequal” (ib. 1133b 15–16). Aristoteleen mukaan raha ei luonteensa puolesta ole arvoltaan ehdottomasti muuttumatonta mutta ”pyrkii säilyttämään arvonsa paremmin” (ib. b 13–14, suom. S. Knuuttiila).

1200-luvun keskivaiheilta lähtien tapahtuu Aristoteleen ajatusten yleinen renessanssi läntisessä maailmassa (ks. Wieland 1981, s. 34–51 ja 1982 passim). Tästä ajankohdasta lähtien Aristoteleen ajatukset muodostivat moraalifilosofisen, talousopillisen ja sopimusoikeudellisen ajattelun kulmakiven. Tässä yhteydessä esiintyvät aina Robert Grossetesten ja Vilhelm Moerbeken *Nikomakhoksen etiikan* ja *Politiikan* ensimmäisistä täydellisistä käännöksistä lähtien sekä terminologisesti että asiallisesti molemmat rahan luonteeseen liittyvät aspektit. Raha oli sekä *instrumentum* tai *medium (permutationis)* että *mensura* tai *mensura sive regula (rerum)*. Noonanin esittämä ajatus siitä, että Tuomas Akvinolaisella käsite *mensura* olisi ollut ensisijainen, on yksipuolinen ja virheellinen (ks. Langholm, s. 53 ss. ja 67 ss.; toisin Noonan, s. 52).

Eräs keskeinen muotoilu, jonka mukaisesti skolastinen ja kanonistinen oikeusajattelu pyrki ratkaisemaan otsakkeeseemme liittyvät, erimuotoiset ja -vivahteiset ongelmat, oli periaate: raha ei voi tuottaa rahaa, *pecunia pecuniam non potest parere*. Tämä oli koronotokiellon rahan luonteeseen perustuva klassinen määritelmä. Sen ohella esiintyi kuitenkin toisenlaisiin näkökohtiin ja toisentasoihin ajatuksiin perustuvia periaatteita. Eräs tällainen oli Luukkaan evankeliumin ajatuksen korottaminen yleiseksi juridis-moraaliseksi ja taloudelliseksi periaatteeksi (Luukas 6:35): *mutuum date inde nihil sperantes* (ks. II, II, 78.2, 4; *De usuris* II. 14; ks. myös Haney, s. 101; Endemann, s. 397). Näiden periaatteiden mukaan raha on ”hedelmätön”, se ei voi tuottaa mitään. Taloudellinen *arvonmuodostus*, joka sopimussuhteessa ilmenee *hintana*, perustuu muihin tekijöihin.

Mutta nämä yksinkertaisilta vaikuttavat periaatteet kehittivät ympärilleen huomattavan joukon alaperiaatteita sekä aiheuttivat jatkuvia tulkinnallisia

vaikeuksia ja kiistakysymyksiä. Eräs perussy tähän on edellä mainittu: 1200-luvulta lähtien kauppa ja ammattimainen vaihdanta olivat saavuttaneet niin laajat mittasuhteet, ettei sen yhteydessä syntyneitä erityisilmiöitä voitu enää ratkaista mainitun kaltaisten yksinkertaisten maksimien avulla. Voimme tulkita skolastikkojen ajatusvaikeuden myös seuraavasti: voidaksemme sovittaa yhteen periaatteet luonnonmukaisesta vaihdosta ja rahan hedelmättömyydestä meidän tulisi voida reaalisesti ja ajatuksellisesti erottaa toisistaan vaihto ja rahatalous. Mutta laajuudeltaan tietynasteinen vaihto tuo mukanaan rahatalouden, eikä niiden käsitteleminen teoreettisesti täysin eri prinssiippien mukaan ehkä periaatteessakaan ole mahdollista.

Edellä mainittuun perusasetelmaan liittyviä, erilaisista käytännöllisistä tilanteista johtuvia *pecunia pecuniam non potest parere* -periaatteen tulkintaongelmia ei ole vaikea löytää keskiajan skolastikkojen esityksistä. Voidaanko tavara myydä kalliimmalla kuin se on ostettu? Voiko myyjä luottokaupassa edustaa itselleen korkoa siitä, ettei hän ole saanut kauppahintaa välittömästi käyttöönsä? Onko rahan sijoittaminen erilaisiin yhtiömuodostelmiin voittoa tuottavalla tavalla sallittua? Voiko rahanvaihtaja edustaa itselleen erityistä korvausta? Näiden ja muiden samankaltaisten kysymysten taustalle voidaan asettaa kolme laajempaa ongelmaryhmää. Ne liittyvät toisiinsa niin läheisesti, että mielestäni on perusteltua katsoa niiden yhdessä muodostavan skolastisen arvo-, raha- ja korkoteorian. Nämä kolme mainitun teorian osiota ovat (I) kysymys oikeudenmukaisesta hinnasta eli *iustum pretium* -ongelma, (II) ajatus luonnonmukaisesta vaihdosta sekä (III) kysymys rahan ja rahatalouden erityisluonteesta. Nämä erilliset ongelmat muodostavat teoreettisen jatkumon, jossa edellinen osa perustelee seuraavan.

I IUSTUM PRETIUM (oikeudenmukainen hinta)

Kysymys oikeudenmukaisesta hinnasta on keskiaikaisen sopimusoikeudellisen ja talousopillisen ajattelun vaikeimpia ja moniselitteisimpiä. Tämä seikka palautuu osittain asiaa koskevan lähdepohjan heterogeenisuuteen. Tapaamme ajatuksia oikeasta hinnasta toisaalta Platonilla (*Lait*, XI, V), toisaalta Aristoteleella (erit. *Eth. Nich.* V. 5) ja kolmanneksi vielä näistä riippumattomia käsityksiä varhaiskeskiajalla (Garnier, s. 22 ss.). Tämän yleisen ajatuksen kehittynein ja samalla myöhäiskeskiajalla eniten vaikuttanut muoto on Aris-

toteleen esitys *Nikomakhoksen etiikassa*. Aristoteleen perusajatuksen mukaan oikeudenmukainen hinta samastuu vaihdossa toteutuvan oikeudenmukaisuuden kanssa, mikä keskiajan aristoteelikoilla – myös Tuomas Akvinolaisella – vastasi käsitettä *iustitia commutativa* (Langholm, s. 46 ss.; W. Weber 1959, s. 99 ss. ja 1962 s. 18–19; De Roover, 1941, s. 177; Otte, s. 81–82; ks. myös Tolonen 1984, s. 293). Tätä käsitettä voidaan yksinkertaisesti kuvata ja luonnehtia vaihdossa toteutuvaksi tasapainotilaksi. Nykyisessä oikeusajattelussa sitä vastaa ajatusrakenteellisesti sopimustasapainon käsite (*avtalsbalansen*, Taxell, passim). Aristoteles sanoo, että kengät ja talo suhtautuvat arvonsa puolesta toisiinsa niin kuin suutari rakentajaan (*Eth. Nich.* 1133a 17–18). Tuomas Akvinolainen ja hänen välitön edeltäjänsä Albertus Magnus esittävät, että vaihdossa toteutuvaa oikeudenmukaisuutta edustaa tavarankanssa oikeassa suhteessa oleva vastike, *contrapassum*: Dicit (i.e. Aristoteles) ergo quod in commutationibus commutativis verum est quod tale est iustum, quod continet in se contrapassu, non quidem secundum aequalitatem, sed secundum proportionalitatem (*In lib. eth.* V, 8,98–108). Mainittua vastiketta edustaa puolestaan raha (*nummisma, pecunia*), joka edellä olevan esityksen mukaisesti esiintyy tavaroiden arvon mittana. Aristoteleen alkuperäinen ajatus on kuitenkin vaikeaselkoinen ja tulkinnanvarainen, ja sitä käytettiin erisuuntaisten ajatusten tukena myöhäiskeskiajalla sekä uuden ajan alussa. Tämä seikka johtuu mielestämme ennen muuta siitä, että Aristoteles sanoo rahan, joka on esineiden arvon mitta, *mensura rerum*, mittaavankin itse asiassa ihmisten tarpeita: Secundum veritatem quidem igitur impossibile tantum differentia (i.e. differentia rerum, H.T.) mensurata fieri; ad indigentiam autem contingit sufficienter (*Eth. Nich.* V, 9, 1133b 19–20; myös 1133 a 26–27).

Oikeudenmukaisen hinnan ongelma on periaatteessa sama kuin kysymys siitä, mikä on tavarankanssa arvo, mihin se perustuu ja mitkä ovat sen kriteerit. Tämä perustavanlaatuisen kysymyksen kiinnostaa meitä tässä yhteydessä nimenomaan erään näkökohdan osalta. Tuomas Akvinolaista ja ylipäänsä skolastista traditiota on nimittäin tulkittu kahdella erisuuntaisella tavalla. Toisen mukaan *iustum pretium* on tavarankanssa oma sisäinen ja substantiaalinen arvo, joka säilyy muuttumattomana ja on riippumaton ihmisten tarpeista: Niinpä Garnier esittää, että ”...les choses ont une valeur en elle-même qui doit exister en dehors des passions et des appréciations humaines” (Garnier, s. 72). Toista äärimmäisyyttä edustaa John T. Noonan. Hän muotoilee oikeudenmukaisen hinnan konseptin markkinahinnan, kysynnän ja tarjonnan periaatteen mukaiseksi: ”the just price is the market price” (Noonan, s. 85 ja 86; periaatteessa samoin Sandoz, s. 291).

Molemmat käsitykset ovat keskeisesti yksipuolisia, jopa virheellisiä. Mistään ”markkinahinnasta” ei Tuomaalla tai yleensäkin skolastisessa traditiossa voida puhua, koska tavaroiden oikea hinta kaupankäynnissä noudattaa tämän ajattelutavan mukaan jossain muodossa tarpeen ja käyttöarvon periaatteita. Muuten asian ydin on mielestäni nähtävissä siinä, että Tuomaan ajatus on kahdensuuntainen. Tässä seikassa on mahdollista nähdä kahden eri ajatustradition ja auktoriteettipohjan erilaisuus.

Varhaiskristillistä traditiota Akvinolaisen teoriassa edustaa oikeudenmukaisen hinnan muotoilu periaatteen *ut immutatam et integram vendere* mukaisesti (II, II, 77.4,1 ja 4 sekä ad 1^{um} ja 4^{um}). Tämä edustaa tavaran sisäistä, ”substantiaalista” arvoa. Toisaalta käsitteessä *iustum pretium* korostuu jo keskiajalla itse tavarahan nähdessä ulkoiset seikat (*valor extrinsecus*), kuten *hyöty*, *tarve* ja *yleinen arvostus* (arviointi), *usus*, *necessitas*, *indigentia* ja *communis aestimatio* (ks. W. Weber 1959, s. 99–124; Otte, s. 81–86). Tämän voidaan katsoa edustavan Aristoteleen ajatusperinnettä, ja sen ydin voidaan mm. Niderin terminologian mukaisesti nähdä *yleisessä käyttöarvossa* (*communis aestimatio, cursus*, ks. Endemann II, s. 35 ss.): tavaralla on se arvo, mikä sillä on yleisesti ihmisten käytössä (vrt. W. Weber 1959, s. 99 ss.). Tämän ajatuksen ensimmäisiä selkeitä formulointeja on Tuomas Akvinolaisen klassinen ja paljon vaikuttanut passus kohdalla *Summa Theol.* II, II, 77.1 ad 1^{um}. Siinä on luettavissa seuraavaa: ”... iustum pretium rerum non est punctualiter determinatum, sed magis in quadam aestimatione consistit...” (ks. myös *Eth. Nich.* V. 9, 51–55; käsitteestä *communis aestimatio* ks. W. Weber 1959, s. 104 ss. ja 1962, s. 87; Otte, s. 83).

Viimeksi mainittu ajatus voimistuu selvästi ja merkittävästi 1500- ja 1600-luvuilla, ja vastaavasti käsitys tavaran omasta sisäisestä arvosta menettää merkitystään ja häviää kokonaan. Niinpä Ludovicus de Molina sekä Dominicus de Soto rakentavat arvo-oppinsa yleisesti ottaen tarpeen (*indigentia*) ja yleisen arvostuksen (*communis aestimatio*) käsitteille (ks. De Soto, *De iust.* VI.2.3; Molina, *De iust.* Tr. II, d. 348). Samaan aikaan vahvistuu käsitys oikeudenmukaisen hinnan arviomääräisyydestä. Eri olosuhteista riippuen on olemassa useita oikeudenmukaisia hintoja, *supremum*, *medium*, *infimum*. Oikean hinnan muodostuminen tapahtuu *intra latitudinem pretii iusti naturalis* (Molina, *ib.*; Gardier, s. 104 ss.; W. Weber 1959, s. 99 ss. ja 1962, s. 87 ss.). Täsmällisesti saman ajatuksen tapaamme uuden ajan alun luonnonoikeudessa. Niinpä Pufendorf toteaa, että hinta ”... habet aliquam latitudinem, intra quam plus minusve possit exigi & dari”, ja erottaa kolme eri oikeata hintaa: *supremum*, *medium*, *minimum* (JNG V. 1. 9; myös *De off.* I 14.6; Grotius II.12.17.).

II LUONNONMUKAINEN VAIHTO

Käsitys oikeudenmukaisesta hinnasta ei ole pelkästään irrallinen aatehistoriallinen ilmiö, vaan se liittyy keskeisellä tavalla säätyjakoisen yhteiskunnan sosiaaliseen ja taloudelliseen todellisuuteen ja sitä ohjaaviin käytäntöihin. Myöhäiskeskiajan ja uuden ajan alun yhteiskunnallista ja taloudellista muodostumaa on joskus luonnehdittu käsitteellä *suljettu talous* (Heckscher 1931, passim). Yhteiskunnan ja kauppiassäädyn taloudellinen yleisperiaate, *Wirtschaftsethos*, ei ollut voitontavoittelu ja markkinoiden laajentaminen vaan pikemmin toimeentuloperiaate (*Nahrungsprinzip*, ks. Otte, s. 75 ja Lütge, s. 167–168) sekä säädynmukainen kulutus (ks. Haney, s. 99 ss.). Taloudellisessa toiminnassa suljettu talous oli samalla olennaisesti privilegioitu talous, jossa kauppiaat esiintyivät tavaravaihtoa harjoittavana luokkana tiettyine etuineen (esim. monopoliasema) ja velvollisuuksineen (esim. verot nousevalle valtiovallalle tullien muodossa) (ks. Lütge, s. 167 ss.; Haney, s. 103–106).

Käsitys oikeudenmukaisesta hinnasta esiintyi myös tärkeiden erityisilmiöiden yhteydessä. Niistä voidaan mainita hinta- ja tuotantosäännöstely, jonka tapaamme ensi kerran Kaarle Suuren aikana. Sen merkitys kasvaa myöhäiskeskiajalla. Valtiovallan harjoittamaa hintasäännöstelyä tärkeämpi on usein ammattikuntalaitoksen oma hinta- ja tuotantosäännöstely.

Keskiajan taloudellisen ajattelun lähtökohdista (ks. W. Weber 1962, s. 20–38; Tolonen 1984, s. 267 ss.) oli luonnollisesti vaikeaa, käytännössä jopa mahdotonta, määritellä tavaroille jotain yleistä absoluuttista hintaa ottamalla huomioon erilaiset kustannustekijät, mm. työn ja raaka-aineen arvo. Tällainen ajatus ei myöskään kuulunut skolastisen teorian ohjelmaan eikä tavoitteisiin. Skolastinen arvo-oppi ei nimittäin sisältänyt mitään erityistä teoreettista perustelua esim. käsityöläisen tuotteen arvolle (ks. erit. Schumpeter, s. 97).

Sen sijaan eräs taloudellisen toiminnan muoto oli skolastisen arvo- ja rahateorian kannalta erityisasemassa. Se oli ammattimainen vaihdantatoiminta ja kaupankäynti, jonka toimintaperiaate oli saman tavarantoiminnan ostaminen yhdellä hinnalla ja myyminen toisella. Tämän mukaisesti skolastisessa ja kanonistisessa teoriassa luonnonmukainen vaihto ja oikeudenmukainen hinta liittyivät ajatuksellisesti hyvin kiinteästi toisiinsa. Tämä yhteys ilmenee ennen muuta kysymyksenä siitä, minkälainen kaupankäynti ja vaihdannallinen toiminta lisäävät tavarantoiminnan arvoa ja sen oikeudenmukaista hintaa (W. Weber 1959, s. 113 ss.). Teoksessa *Summa Theologica*, kohdalla II,II *Quaestio*

77.4, Tuomas Akvinolainen esittää keskeisen ja myöhemmän kehityksen kannalta ensiarvoisen kysymyksen: Onko (ammattimaisen) kaupankäynnin yhteydessä sallittua myydä tavara kalliimmalla kuin se on ostettu? – Utrum liceat in negotiando aliquid charius vendere quam emere. – Kutsumme tämän kysymyksen tarkoittamaa tilannetta tuonnempänä *charius vendere*-tapaukseksi.

Mainitun kysymyksen osalta Tuomas Akvinolaisen ajatukset näyttäytyvät historiallisen kehityksen kannalta merkittävänä. 1500- ja 1600-lukujen tärkeitä kanonistisen ja uusskolastisen tradition edustajat, mm. Azorius, Nider, Scaccia, de Soto ja Molina, rakentavat teoriasa paljolti Tuomas Akvinolaisen käsitteistön varaan. Niinpä löydämme heidän esityksistään yleensä jossain muodossa seuraavat kuusi tapausta, joissa tavaran hinta nousee vaihdantatoiminnan yhteydessä ja jotka siten samalla esiintyvät oikean ja luonnonmukaisen vaihdon tapauksina. Mainittakoon, että arvonnousun kriteerit ovat jonkin verran päällekkäisiä eivätkä toisiaan yksiselitteisesti poissulkevia. Ne ovat:

1. työ (*ratio laboris*), esim. tavaroiden hankinta ja säilytys,
2. kustannukset (*expensae*), esim. kuljetus,
3. riskinotto (*ratio periculi*),
4. käytettävissä olevien tavaroiden määrä (*copia vel inopia/raritas*),
5. paikalliset olosuhteet (*ratio loci*),
6. ajan aiheuttamat olosuhteiden muutokset (*ratio temporis*).

Useimmiten tällainen kuusijako ei kuitenkaan esiinny puhtaana. Eräs yleinen ilmiö on se, että mainittuja kriteereitä yhdistellään keskenään, esim. *labor et expensae*, *ratio loci vel temporis* (ks. yleisesti Garnier, s. 61 ss. ja 91 ss.; Endemann II, s. 10 ss.; W. Weber 1959, s. 113 ss.; vrt. 1962, s. 63 ss.; Haney, s. 99–101; Höffner, s. 71–101). Usein oikean kauppahinnan muodostumisen perustana esitetään kolmijako: hyöty (tarve), tavaroiden määrä ja yleinen arvostus eli *utilitas*, *raritas*, *communis aestimatio* (W. Weber 1962, s. 86 ss. erit. 88; vrt. Schumpeter, s. 90 ss. erit. 97). Mainittujen ajatusten perusteet säilyttävät merkityksensä vielä uuden ajan alun luonnonoikeuden klassisilla edustajilla. Niinpä mm. Grotius ja Pufendorf esittävät, että arvon perustana on *indigentia* ja sen keskeisenä kriteerinä *labor et expensae* (Grotius JBP II.12.14; Pufendorf, JNG V.10.10 ja *De off.* I.14.4). Toisaalta Akvinolaisen ajatusperinteen rinnalle syntyy 1500- ja 1600-luvun uusskolastisessa kirjallisuudessa merkittäviä, periaatteessa uudenlaisiin ajatuksiin perustuvia arvonnousun kriteereitä. Tällaisia ovat ostajien ja myyjien lukumäärä sekä

käytettävissä olevan rahan määrä (ks. De Soto, *De iust.* VI.II.3; Molina, *De iust. Tr.* II d. 401, n. 1 ja d. 406, n. 3; ks. myös Grotius, *ib.* ja Pufendorf JNG, V. 1. 9 et seq. sekä *De off.* I. 14.6 et seq; ks. W. Weber 1959, s. 113 ss. erit. 177–179 ja 1962, s. 88).

Esittämämme kuusi peruskriteeriä esiintyvät jossain muodossa kaikki Tuomas Akvinolaisella. Tuomaan ajatusten rungon tapaamme osassa II,II edellä mainitun *quaestion* kohdalla. Siinä Akvinolainen esittää ensinnäkin, että luonnonmukainen ja luonnonvastainen vaihto ovat erotettavissa toisistaan sen näkökohdan mukaan, tähtääkö se elämän välttämättömyyksien hankkimiseen vaiko pelkästään (periaatteessa rajoittamattomaan) voitontavoitteluun (”... duplex est commutatio rerum: una quidem naturalis ... propter necessitatem vitae... Alia vero... propter lucrum querendum... terminus nescit...”). Toiseksi havaitsemme, ettei Tuomas ehdottomasti tuomitse ammattimaista vaihdantatoimintaa (*negotiatio*). Siihen liittyvää liikevoittoa (... lucrum tamen ...) pidetään nimittäin hyväksyttävänä kolmen eri perusteen nojalla: perheen ylläpitämiseksi, köyhien ja puutteenaisten auttamiseksi sekä julkisen edun vuoksi.

Erytisen tärkeänä aiheemme kannalta erottuu kolmas laajempi ongelma. Tuomas ottaa sen yhteydessä kantaa traditionaaliseen, tässä tapauksessa Chrysostomuksen esittämään kysymykseen: eikö kauppias (*negotiator*), joka ostaa ja myy saman tavaran tietyllä hinnanerotuksella, myy tavaraa *muuttumattomana* (*ut immutatam et integram*) ja edusta itselleen kiskontaan perustuvaa liikevoittoa? Akvinolaisen vastaus on seuraava. Tavara muuttuu kaupankäynnin ja vaihtoprosessin aikana, ... rem in melius mutatum vendit (*ib. ad 1^{um}*), ... rem melioravit (*ad 2^{um}*) seuraavan neljän kriteerin mukaisesti: *työ, paikalliset olosuhteet, ajasta johtuva arvon muuttuminen ja riskinotto* eli *praemium sui laboris, secundum diversitatem loci vel temporis* ja *propter periculum* (*ib. ad Resp., ad 1^{um} ja 2^{um}*). Kirjoituksessa *De usuris in communi* Tuomas erottelee arvonnousun kriteerit osittain eri tavalla. Paitsi perusteita *ratio loci* ja *ratio temporis* tapaamme kaksi muuta kriteeriä. Ne ovat tavaroiden määrä ja esineen muuttuminen, *secundum paucitatem vel abundantiam* sekä *natura ipsius rei* (*De usuris* I. 8 ja I. 6; ks. myös Garnier, s. 62–63).

III RAHATALOUS

Olemme edellä tulkinneet vaihdon ja rahatalouden välisen yhteyden seuraavan kysymyksen muodossa: Onko raha tavara, jota muiden tavaroiden tapaan voidaan ostaa ja myydä voittoa tuottavalla tavalla? Ongelmaa voidaan lähestyä myös toisesta aspektista, johon palaamme hieman tuonnempana. Voimme nimittäin kysyä, miten erilaisten oikeustoimien yhteydessä raja rahatalouden ja tavallisen kaupan välillä on vedettävissä (*De usuris* I. 8). Molemmat kysymykset auttavat mielestämme näkemään vaihdon ja rahatalouden välisen läheisen yhteyden. Voimme esim. viitata ongelmaan, onko luottokaupassa oikeutta edustaa korvausta siitä, että kauppahintaa ei saada välittömästi käyttöön.

Keskiaikaisen oikeusajattelun yleislinja rahan tavaraluonnetta koskevaan ongelmaan oli periaatteessa selvä ja yksivivainen. Raha ei tuota rahaa. Raha ei ole tavara, joka voisi olla erillisen vaihdantatoiminnan kohteena. Raha on väline, jolla mitataan muiden tavaroiden taloudellista arvoa, mutta jota itseään ei voida enää mitata (*mensurari*, II,II, 78.2, ad resp.). Nämä ajatukset Tuomas Akvinolainen tulkitsee osassa II,II esityksemme alussa esitetyn kysymyksen yhteydessä. Kysymys koskee koronottoa (*usura*) velaksiannon yhteydessä ja laajenee kohdassa 78.1 ad I^{um} koskemaan luottokauppaa.

Utrum accipere usuram pro pecunia mutuata sit peccatum. – Saamme tähän koronottoa velaksiannon yhteydessä koskevaan ongelmaan toisaalta selvän ja yksiselitteisen ja toisaalta eritellyn ja historiallisesti merkittävän vastauksen. Vastauksen yksiselitteisen ajatuksen mukaisesti korko velaksiannossa on kiellettyä, koska silloin myytäisiin sellaista, mitä ei ole ”... quia venditur id quod non est”. Tämä rahan taloudellista arvoa ja tehtävää heijasteleva kannanotto saa jatkossa mielenkiintoisen perustelun. Tuomas erottaa toisistaan kahdenlaiset taloudelliset hyödykkeet, sellaiset, joiden käyttö on niiden kuluttamisessa, sekä sellaiset, joissa näin ei ole asian laita, ”... quorum usus non est ipsarum rei consumptio”. Jälkimmäisessä tapauksessa esineen käyttö edustaa periaatteessa taloudellista arvoa: se voidaan myydä erikseen taloudellista voittoa tuottavalla tavalla, kuten asian laita on talon ja sen vuokraamisen kohdalla. Sitä vastoin edellisessä tapauksessa Tuomas sanoo, että esineen käyttöä ei voida myydä erikseen. Ajatus viittaa siihen, että esineen omistus ja käyttö kuuluvat aina samalle henkilölle (Noonan, s. 341–343). Jos käyttö luovutetaan erikseen (”seorsum computari usus rei”), ”myytäisiin sama esine kahdesti tai myytäisiin sellaista, mitä ei ole”. Seuraa ratkaiseva kysymys. Kumpaan ryhmään kuuluu raha, *pecunia*? Aristoteleen

Nikomakhoksen etiikkaan ja Poliitiikkaan vedoten Tuomas esittää, että raha on vaihdannan suorittamista varten. Siksi rahan käyttö on sen välittömässä kuluttamisessa, ”...pecuniae usus est ipsius consumptio”. Siksi sen käyttöä ei voida myydä erikseen, ”... illicitum pro usu pecuniae mutuatae accipere pretium”. Ja siksi rahasta ei voi velaksiannon yhteydessä ottaa korkoa (ks. myös *De Malo*, XIII. 4. *Resp.*).

Vastaavaa ajatuslinjaa noudattaen vastataan kohdalla II,II, 78.2 ad 7^{um} kysymykseen, voidaanko luottokaupassa edustaa korvausta suoritusten eriaikaisuuden vuoksi. Perusteluna saamme tässä yhteydessä yksinkertaisesti ajatuksen, että tilanne täyttää velaksiannon tuntomerkit, ”... quia huiusmodi expectatio pretii solvendi habet rationem mutui”. Sen sijaan eräässä toisessa erityisessä tapauksessa luotonantaja on oikeutettu erilliseen korvaukseen. Tämä koskee tilannetta, jossa hänelle on syntynyt erityistä vahinkoa velaksiannon johdosta. Tämä ei Tuomaan mielestä ole *usum pecuniae vendere*-tapaus eli rahan käytön erillistä myyntiä: ”Ad primum ergo dicendum est quod ille quid mutuum dat potest absque peccato in pactum deducere cum eo qui mutuum accipit recompensationem damni per quod subtrahitur sibi quod debet habere: hoc enim non est vendere usum pecuniae sed vitare damnum... – Recompensationem vero damni quod consideratur in hoc quod de pecunia non lucratur, non potest in pactum deducere: quia non debet vendere id quod nondum habet et potest impediri multipliciter ab habendo” (ib. ad 1^{um}; ks. myös *De usuris* I. 8, II. 10 ja II. 14).

Ajatus siitä, että rahan taloudellinen tehtävä on sen kulutuksessa ja että rahan käyttö ja omistus, *usus* ja *dominium*, ovat erottamattomat, saa epäilemättä tukea Aristoteleen traditionaalisesta ajatuksesta rahan välineluoontoisuudesta. Kuitenkin ensin mainittu leimallisesti skolastisena ajatuksena liittyy muihin keskiajan omistuskäsitteisiin. Niinpä se kietoutuu hieman tulkinanvaraisella tavalla fransiskaaniin ns. apostolisesta köyhyydestä. Tätä oppia pidetään Bonaventuran kehittämänä, ja se sai vuodesta 1279 lähtien paavien hyväksymisen lähinnä kahden bullan muodossa, *Exiit qui seminat* ja *Exivi in paradiso*. Tämän opin mukaisesti taloudelliset kulutus-työvälineet voivat olla jonkun henkilön hallussa pelkällä käyttöperusteella, *simplex usus facti*. Tällöin *usus* ja *dominium* kuuluvat eri henkilöille. Tällaisella käyttöperusteella ainakin Kristus ja hänen esikuvansa seuraavat luostarijärjestöt pitivät fransiskaaniin mielestä omaisuutensa hallussaan. 1320-luvulla seurasi vastareaktio, ja mm. bullat *Quia vir reprobus* ja *Ad conditorem* tuomitsivat fransiskaaniin opin. Tämä oppi – jota mm. Marsilius Padova ja vielä Hugo Grotius käsittelevät (ks. esim. Feenstra, s. 226–227)

– liittyy kuitenkin etupäässä omistuskoktriinin muihin ulottuvuuksiin kuin teoriaan rahasta ja korosta. Tosin uuden ajan alun uusskolastiikan piirissä käytetään fransiskaanista köyhyysoppia rahan voittoa tuottavien ominaisuuksien perusteluna väljentämään tiukkaa koronottokieltoa (Noonan, s. 345–346; lausutusta muuten ks. Noonan, s. 340–346 ja s. 60–61; Gagnér, s. 297 ss. passim; Tuck, s. 20–24).

Summa Theol. II.II. 78.1 on tomistisen arvo-, raha- ja korkoteorian perustavanlaatuisen, hyvin tunnettu ja paljon kommentoitu teksti (ks. esim. Noonan, s. 53–54; W. Weber 1962, s. 128; Otte, s. 93–94). Sitä vastoin emme ole havainneet kiinnitettävän huomiota siihen, että Tuomas Akvinolaisella on myös periaatteessa toisenlainen koronottokieltoa koskeva perustelu ja periaatteellinen kriteeri. Sitä ei ole muodostettu käsitteistön *usus-consumptio* vaan olennaisesti *ajan* käsitteen avulla. Se on kirjoituksen *Opuscula de usuris* peruste: *ajan kuluminen, dilatio temporis*.

Kirjoituksessa *De usuris* Tuomas esittää ajatuksen, joka voidaan kiteyttää muotoon: *usura* on liikavoiton edustamista ajan kulumisen perusteella. Tällöin käsite *usura* laajenee selvästi yli velaksiannon sopimustyyppin käsitteellisten rajojen, mikä seikka on teoksen *Summa Theol.* osassa II,II jonkin verran tulkinnanvarainen. Käsitteen *usura* peruste ja kriteeri on esityksessä kaksijakoinen. Ensinnäkin *usura* sisältää käsitteellisesti ajatuksen liikavoitosta ja tällaisen voiton tavoittelusta: ”... omnis contractus in quo aliquid plus accipitur quam datur, sive in spe sive in re... vocatur contractus usurarius”; ”...in omnibus contractibus in quibus accipitur plus a vendente vel emente quam dederit...”; ”... sperat eamdem rem numero plus valituram in tempore determinato quo debet reddi...” Yleisesti tämä kriteeri vastaa edellä mainittua II, II, 77.4 mukaista *charius vendere* -tilannetta (ks. *De usuris* I. 8).

Akvinolaisen esitys on kuitenkin tulkinnanvarainen. Erityisesti liikavoiton ja koronoton välinen raja (*turpe lucrum/usura*) näyttää välillä häviävän, välillä erottuvan selvästi. Eräs seikka on kuitenkin nähdäksemme yksiselitteinen. *Usura* edellyttää käsitteenä *ajan kulumista, dilatio temporis*. Tapaamme hieman erilaisia termejä: *causa temporis, propter temporis, ex dilatione temporis* (*De usuris* I. 8).

Asian perustelu on mielenkiintoinen ja periaatteessa tärkeä: Jumala on antanut ajan kaikille yhteisenä, eikä se voi olla yksityisen anastamisen tai hyödyntämisen kohteena.

”Quod autem causa temporis accidit in contractibus ... ipse facit suum per fraudem scilicet vendendo tempus quod Dei est, et datum communiter omnibus.” (Ks. *De usuris* I. 8.)

Koronottokielto säilyi yleisperiaatteena vielä kauan uudella ajalla skolastisessa ja kanonistisessa kirjallisuudessa. Kuitenkin voimme panna merkille, että periaate sai sisällöllisesti merkittäviä uusia muotoiluja. Erään tähän liittyvän keskeisen ilmiön muodostivat uudenlaiset, myöhäiskeskiajalla syntyneet oikeudelliset instituutiot, joiden yhteydessä jouduttiin suorittamaan rajanveto koronoton ja muun taloudellisen toiminnan välillä. Tällaisista uusista instituutioista olivat koronoton kieltoa tarkoittavan yleisperiaatteen kannalta keskeisimmässä asemassa ehkä kolme, nim. vekseli, uudenlaiset yhtiömuodot sekä pankkilaitos.

Vekseli (cambium) tavataan ensimmäisen kerran 1100-luvulla, ja sen merkitys kasvoi erityisesti kaukokaupassa. Se oli yleensä kirjallisesti ilmaistu maksulupaus tai toiselle osoitettu maksukehoitus. Vekselin alkuperäinen muoto tähtäsi rahan vaihtamiseen, mutta verraten nopeasti se sai myös toisen tehtävän, rahaa vastaavan arvomäärän siirtämisen paikasta toiseen. Koska eräät vekselin muodot (ks. niistä W. Weber 1959, 159, s. 175 ja Noonan, s. 176–177) perustuivat olennaisesti maksun ja takaisinmaksun väliseen ajalliseen eroon, voidaan kolmanneksi puhua myös vekselin luottofunktiosta. Tämän ilmiön hyväksyttävyydestä ei oltu yksimielisiä. Vaikka vekseli tässä tapauksessa muistutti asiallisesti velkasitoumusta (*mutuum*), esittivät eräät, että se on sallittu perusteella *causa cambi*, joka on eri asia kuin *causa mutui* (ks. lausutusta Noonan, s. 175 ss.; W. Weber 1959, s. 175 ss.; Endemann, s. 81–342).

Yhtiötä ja sen uusia muodostelmia koskeva tapausryhmä on edelliseen nähden sikäli eri asemassa, että traditionaalisen, roomalaisesta oikeudesta peräisin olevan periaatteen mukaan yhtiövarallisuuden omistus ja siihen liittyvä vahingonvaara säilyvät luovuttajalla. Täten raja *mutuum/societas* näyttää juridisesti selvältä: ”...qui committit pecuniam per modum societatis ... non transfert dominium pecuniae...” (II, II,78.2 ad 5^{um}). Skolastisen ja kanonistisen ajattelun kannalta ongelmalliset tilanteet syntyivät lähinnä pelkän rahallista arvoa tarkoittavan sijoitusosuuden yhteydessä. Erään tähän liittyvän yhtiömuodon on nähty olevan koko koronottokiellon kannalta ratkaisevassa asemassa (Noonan, s. 202). Se oli ns. *contractus trinus*. Tällainen yhtiö oli ajatuksellisesti konstruoitu kolmesta eri sopimuksesta. Se muodostui nimittäin osakkuussopimuksesta, sopimuksesta, jolla pääoma luovutetaan vastikkeena osuus tulevasta, epävarmasta voitosta sekä kolmanneksi välipuheesta, jolla epävarma voitto-osuus vaihdetaan pienempään kiinteämääräiseen, pääomalle laskettavaan osuuteen (ks. Noonan, s. 209; Endemann II, s. 310–311; yhtiöstä yleensä Noonan, s. 134 ss.; Endemann I, s. 343 ss.; W. Weber 1959, s. 170 ss.).

Pankkilaitos liittyi vekselin kehitykseen. Se syntyi rahanvaihtotoiminnasta, jota *campsores* tai *bancherii* harjoittivat. Sitä seurasi jo keskiajalla talletustoiminta, jonka oikeudellinen luonne oli kuitenkin alussa epäselvä. Pankkilaitoksen alkuhistoria kietoutuu monin tavoin kansallisvaltioiden asemaansa vahvistavan keskusvallan kanssa (ks. W. Weber 1959, 175 ss.; Noonan, s. 171 ss. ja 311 ss.; Endemann I, s. 423 ss.). Mainittujen ohella oli lukuisia muita oikeudellisia instituutioita, joiden synty liittyi koronoton kieltämisestä tarkoittavan periaatteen yhteyteen. Niistä voidaan lisäksi mainita paavin ja julkisyhteisöjen käyttämä yleishyödyllinen luottojärjestelmä, *montes pietatis* (ks. W. Weber 1959, s. 157 ss.; Noonan, s. 303 ss.; Endemann I, s. 431 ss.), sekä census-järjestelmä (ks. Noonan, s. 154 ss.; W. Weber 1959, s. 160 ss.; Endeman II, s. 103 ss.).

Koronotokielto muodostaa erikoislaatuisen ja samalla monikerroksisen ja komplisoidun ajatusrakennelman. Sillä on oma teoreettinen perustansa, se on elimellinen osa tiettyä todellisuuskäsitelmää ja se purkautuu tiettyinä normatiivisina periaatteina ja toimintavaatimuksina. Siksi sen palauttaminen johonkin osioonsa on ehdottomasti yksipuolista. Toisessa yhteydessä haluamme palata niihin yrityksiin, jotka piilevästi tai nimenomaisesti palauttavat koronotokiellon periaatteen *mutuum*-sopimustyyppien tunnusmerkkeihin ja esittävät: *usura* tarkoittaa ja on tiivistettävissä periaatteeksi *mutuum date inde nihil sperantes* (Luukas 6,35) (ks. Endemann II, s. 359 ja I s. 10; Noonan, s. 89 ja osin s. 397). Tässä yhteydessä meitä kiinnostaa enemmän näkökohta, että koronotokiellon monimuotoisuuden aiheuttama ongelma koski myös myöhäisen keskiajan ja alkavan uuden ajan alun skolastikkoja itseään. Heillä oli perusteiltaan annettuna ajatusrakennelma, joka oli teoria rahasta, taloudellisesta tuotantotoiminnasta ja rationaalisesta vaihdosta. Lisäksi tämä teoria sisälsi joukon juridissävyytteisiä, useimmiten roomalaisesta oikeudesta peräisin olevia käsitteitä ja sääntöjä sekä kokoelman oikeata elämänmuotoa koskevia yleisiä lauseita ja periaatteita. Tätä teoreettista ajatuskokonaisuutta jouduttiin lisäksi soveltamaan reaalisesta elämästä muuttuviin olosuhteisiin.

Tämä seikka on mielestämme tärkeä myös koronotokiellon murenemis- ja häviämisen kannalta. Ajattelemme nimittäin, että viimeksi mainittu voidaan aatehistoriallisesti nähdä kahdentasoisena ilmiönä.

Yleisellä tasolla havaitsemme myöhäiskeskiajalla ja uuden ajan alussa tärkeitä muutosilmiöitä, jotka koskevat rahan luonnetta, ammattimaisen vaihdantatoiminnan hyväksyttävyyttä ja hyödyllisyyttä sekä koronotokiellon yleisperiaatteen formulointia. Niinpä esim. Molina ei luonnehdi rahaa enää vaihdon välineeksi vaan voittoa tuottavaksi instrumentiksi, *instrumen-*

tum persistens lucri (Molina, *De iust.* Tr. II, d. 416, n. 8; ks. laajemmin W. Weber 1962, s. 66–70). Vastaavia uusia ajatuksia tapaamme Grotiuksella ja Pufendorfilla (ks. Grotius II. 12, 17 ja 20; Pufendorf JNG V. 1, 12–16 ja *De Off.* I. 14, 6–7).

Mutta kehitys tapahtuu keskeisesti myös *erityisellä tasolla*. Koronotto-kiellon prinssiippi tuli nimittäin sovellettavaksi reaalisen elämän monenlaisiin ja määrältään lukuisiin erityiskysymyksiin. Tässä yhteydessä uudenlaiset olosuhteet ja muuttuvat instituutiot synnyttivät enenevässä määrin poikkeuksia koronotokiellon yleisperiaatteesta, sen sovellutuksia ja alakriteerejä. Ne alkoivat myös lisääntyvässä määrin rajoittaa mainittua yleisperiaatetta asettaen sen lopulta kyseenalaiseksi alkuperäisessä muodossaan.

Tämä erottelu yleisperiaatteen ja sen sovellutusten (poikkeusten) välillä tekee mahdolliseksi asettaa Tuomas Akvinolaisen perustavanlaatuinen merkitys oikealle paikalleen. Yleisellä tasolla Tuomas Akvinolainen edustaa lähinnä koronotokiellon lopullista muotoilua. Ainakin on vaikeata löytää hänen jälkeensä ratkaisevasti uutta perustetta koronotokiellolle tai käsitteelle *usura*. Sitä vastoin erityisellä tasolla, mainitun periaatteen soveltamisen yhteydessä, tapaamme toisenlaisen näkökulman. Tuomas Akvinolainen perustelee ja osittain kehittää huomattavan joukon ajatuksia ja käsitteellisiä kriteerejä, jotka nimenomaan myöhemmän kehityksen mukana rajoittavat ja muuttavat koronotokieltä. Nämä ajatukset tapaamme lähinnä kirjoituksessa *De usuris*. Jotkut niistä esiintyvät myös teoksessa *Summa Theol.* osassa II, II.

Eräs seikka tekee esityksen kirjoituksessa *De usuris* periaatteesta merkittäväksi. Tuomas soveltaa siinä tulkintamme mukaan lähes systemaattisesti edellä mainittuja II, II, 77.4 tarkoittaman *charius vendere* -tilanteen oikeuttamisperusteita *rahatalouden* ilmiökenttään. Näistä yleisistä vaihdantatoiminnassa tapahtuvista arvonnousun perusteista tulevat sovellettaviksi lähinnä neljä: *ratio laboris*, *ratio periculi*, *ratio temporis* ja *ratio loci*. Näitä perusteita sovelletaan lähinnä kolmen rahatalouteen liittyvän erityisen ilmiön yhteydessä. Ne ovat luottokauppa (*propter dilatam solutionem*; *De usuris* I. 10), voittoperusteinen toimeksianto (*commissio ... pro certa parte lucris*; ib. I. 11) ja rahanvaihto (*commutatio campsoria*, *permutatio pecuniae*; ib. I. 13). Samalla näyttää siltä, että Akvinolainen joutuu turvautumaan koronotokieltä koskeviin uusiin kriteereihin ja alateorioihin, jotka jossain mielessä ovat ristiriidassa rahan tavaraluonteen ja arvonnousun kieltävän pääteorian kanssa. Miten raha, joka on vain vaihdon väline tai arvonnousun mitta ("... pecuniae, quae de se est invendibilis..."; ib. I. 13; vrt. II, II, 78.1 ad 6^{um}) voi itse voittoa tuottavalla tavalla olla rahanvaihdon kohteena? Miten

rahanvaihdossa aika (*ratio temporis*) voi lisätä rahan arvoa, vaikka koro-
noton kiellon yleissääntö kieltää arvonnousun *ex dilatione temporis* (ib.
I. 13; luottokaupan osalta I. 10; kaupan osalta yleensä I. 8)? Näihin rahan
arvon teorian kannalta keskeisiin kysymyksiin sekä kirjoituksen *De usuris*
erityisiin kriteereihin palaamme toisen esityksen yhteydessä.

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aristoteles, *The works of Aristotle translated into English under the editorship of W. D. Ross*.
Clarendon Press: Oxford.
- Vol. IX: *Ethica Nichomacea, Magna Moralia, Ethica Eudemia*. 1955.
 - Vol X: *Politica, Oeconomica, Atheniensis Respublica*. 1961.
- Aristoteles, *Nikomakhoksen etiikka*. Suom. Simo Knuutila. Gaudeamus: Helsinki 1981.
- Aubert, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*. Paris 1955.
- Bloch, M., *La société féodale*. I, *La formation et les liens de dépendence*. II, *Les classes et
gouvernement des hommes*. Paris 1939–1940.
- Bridrey, E., *La théorie de la monnaie au XIV siècle. Nicole Oresme. Étude d'histoire des
doctrines et de faits économiques*. Paris 1906.
- Chrysostomus, J., *Homiliae in Mattheum*. Migne, *Patrologiae graeque*. Tomus 57. Paris
1845.
- Endemann, W., *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis
gegen Ende des 17. Jahrhunderts* I–II. Guttentag: Berlin 1874–1883.
- Feenstra, R., *Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlichen und
spätscholastischen Quellen. Festschrift für Franz Wieacker zum. 70. Geburtstag*. Hrsg.
Okko Behrends. Vandenhoeck und Ruprecht: Göttingen 1978.
- Gagnér, S., *Vorbemerkungen zum Thema "Dominium" bei Ockham*. *Miscellanea Mediaevalia*
9/1974, s. 293 ss.
- Ganshof, F. L., *Was ist Lehnswesen*. Wissenschaftl. Buchgesellschaft: Darmstadt 1961.
- Garnier, H., *L'idée du juste prix chez les théologiens et canonistes du moyen age*. Paris
1900.
- Grotius, H., *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libris tres. Quibus ius naturae et gentium,
item iuris publici praeceptiva explicantur*. Curavit B.J.A. de Canter – Van Hettinga Tromp.
Ludgunu Batavorum 1939.
- Hall, J. W., *Feudalism in Japan. A Reassessment*. Teoksessa Wunder, Heike (hrsg.): *Feuda-
lismus. Zehn Aufsätze*. Nymphenburger Verlagshandlung: München 1974.
- Haney, L. H., *A History of Economic Thought. A critical account of the origin and development
of the economic theories of the leading thinkers in the leading nations*. New York 1949.
- Heckscher E. F., *Merkantilismen. Ett led i den ekonomiska politikens historia I–II*. Nordstedt:
Stockholm 1931.
- Hieronymus, *Commentarium in evangelium Matthei*. Migne, *Patrologiae latinae*. Tomus
26. Paris 1845.
- *Commentarium in Ezechielem*. Migne, *Patrologiae latinae*. Tomus 25. Paris 1845.

- Höffner, J., *Wirtschaftsethik und Monopole im. 15. und 16. Jahrhundert*. Jena 1941.
- Langholm, O., *Wealth and Money in the Aristotelian Tradition*. Univ.-forl.: Bergen 1983.
- Lessius, L., *De iustitia et de iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor*. Antwerpen 1621.
- Lütge, F., *Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. Ein Überblick*. Springer: Berlin – Heidelberg – New York 1979.
- Molina, Ludovicus de, *De iustitia et de iure*. Genf 1733.
- Noonan, J. T., *The Scholastic Analysis of Usury*. Harvard University Press: Cambridge Mass. 1957.
- Otte, G., *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*. Böhlau: Köln 1964.
- Pufendorf, S., *De iure naturae et gentium libri octo* (1688). *The Classics of International Law* 17. London 1934. (JNG).
- Pufendorf, S., *De officio hominis et civis. The Classics of International Law*. New York 1927. (*De Off*)
- Roover, R., de, Scholastic Economics. Survival and lasting influence from the Sixteenth Century to Adam Smith. *Quarterly Journal of Economics* 1950/69, nr. 2; s. 16 seq.
- Sandoz, A., La notion du juste prix. *Review Thomiste* 1939/45, s. 285–305.
- Schumpeter, J., *History of Economic Analysis* (ed. B. Schumpeter). Oxford University Press: New York 1954.
- Soto, Dominicus de, *De iustitia et de iure libri decem*. Salamanca 1553.
- Taxell, L.-E., *Avtal och rättsskydd*. Acta Academiae Aboensis, Series A, Humaniora 43. Åbo Akademi: Åbo 1972.
- Tolonen, H., *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisu, A-sarja n:o 164. SLY: Helsinki 1984.
- Tolonen, H., *Oikeuseriaatteista ja niiden rakenteesta*. Julkaisematon käsikirjoitus. Turku 1986.
- Tuck, R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*. Cambridge University Press: Cambridge 1979.
- Tuomas Akvinolainen, *Commentarium in IV libros sententiarum Petri Lombardi. Opera omnia VII–XI*, ed. Vives. 1873.
- Tuomas Akvinolainen, *In decem libros ethicorum Aristotelis expositio. Opera omnia LXIII*, vol II, iussu Leonis edita. Romae 1969.
- Tuomas Akvinolainen, *In libros politicorum Aristotelis expositio*. Ed. R. Spiazzi. P. Marietti 1951.
- Tuomas Akvinolainen, *De malo. Opera omnia*. Ed. Parmae. New York 1949.
- Tuomas Akvinolainen, *Opuscula varia. Opusculum LXVI*: De usuris in communi et de usurarum in contractibus. Ed. Parmae XVII. New York 1950.
- Tuomas Akvinolainen, *Quaestiones Quodlibetales*. Turin 1927.
- Tuomas Akvinolainen, *Summa Theologica. Desclee et Socii*. Romae–Tornani–Parisiis 1927.
- Tuomas Akvinolainen, (Tolemeo Lucca), *De regimine principum ad regem Cypri et de regimine iudearum ad ducissimum Brabantiae*. Ed. P. Marietti. Taurini 1924.
- Weber, W., *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus. Höhepunkt und Abschluss der scholastischen Wirtschaftsbetrachtung durch Ludwig Molina S. J. (1535–1600)*. Aschen-dorff: Münster 1959.

- Weber, W., *Geld und Zins in der spanischen Spätscholastik*. Aschendorff: Münster 1962.
- Wieland, G., *Ethica – Scientia practica. Die Anfänge der philosophischen Ethik im 13. Jahrhundert*. Aschendorff: Münster 1981.
- Wieland, G., The Reception of Aristotle's Ethics. *The Cambridge History of Later Medieval Philosophy*. Ed. Kretzmann et al. Cambridge University Press: Cambridgeshire 1982, s. 673 ss.

Eräitä havaintoja kauppaoikeuden ja kauppiasluokan syntytahtumasta

Useat oikeusoppineet ovat meillä käsitelleet kysymystä kauppaoikeuden erityisluonteesta ja sen suhteesta muuhun siviilioikeuteen¹. Tämän esityksen kohteena ovat eräät, tähän ongelmaan liittyvät, luonteeltaan historialliset kysymykset, jotka koskevat nykyisen eurooppalaisen kauppaoikeuden ja samalla kauppiasluokan syntyä. Näiden havaintojen lähtökohtana on meillä vielä nykyäänkin klassinen esitys, *Lauri Cederbergin* vuonna 1925 julkaisema kirjoitus, joka käsittelee kauppaoikeuden suhdetta muuhun siviilioikeuteen. Cederberg tarkastelee tätä asiaa kauppaoikeuden erityisluonnetta koskevana korostaen toisaalta, että kauppaoikeus aina edellyttää siviilioikeutta.² Cederbergin mukaan käsite kauppa on taloudellisen historian aikana laajentunut ja lainsäädäntö on muotoillut sitä joko ns. subjektiivisen tai objektiivisen kriteerin mukaan. Ensin mainitun perusteella kauppaoikeus on luonteeltaan kauppiaitten säätyoikeutta ja menetti merkityksensä ammattijärjestyksen kumouduttua. Sen jälkeen kauppaoikeus muuttui objektiiviseksi erikoisoikeudeksi, so. ”sellaiseksi oikeudeksi, jota sovellettiin kaikkien sellaisten kaupallisten oikeustoimien ratkaisemiseen, jotka laki selitti ehdottomiksi kauppatoimiksi eli sellaisiksi, joiden harjoittaminen aina on kauppaoikeuden mukaan arvosteltava...”³ Cederberg hakee omaa ratkaisuaan – ei niinkään erityisistä kauppaoikeudellisista instituuteista⁴ – kauppiaan toiminnan tai kauppaliikkeen erityislaadusta (”...niiden liikeyritysten erikoislaatu, joita kauppias harjoittaa...”)⁵. Tällöin johtoa on haettava käsitteestä *yritys*.⁶

¹ Cederberg, *Kauppaoikeuden suhde muuhun siviilioikeuteen* (WSOY: Porvoo 1925); Muukkonen, *Kauppaoikeus siviilioikeuden osana* (LM 1964), s. 958–964; Juha Tolonen, *Kauppaoikeus tieteenä* (*Oikeus* 2/1984), s. 83–89.

² Cederberg, s. 25.

³ Cederberg, s. 29.

⁴ vrt. Cederberg, s. 26–27.

⁵ Cederberg, s. 36; myös s. 29.

⁶ Yritys on Cederbergin mielestä taloudellinen käsite, ”lainopilliselle katsantokannalle vain raaka-ainehisto, joka vasta oikeustieteellisen käsittelyn avulla voidaan muodostaa käyttökelpoiseksi kysymykseksi lainopillista arviointia varten”. Ks. Cederberg, s. 30.

Siihen kuuluu olennaisesti tietynlainen ominaisuuden käyttötapa, riskille eli vahingonvaaralle alttiiksipano. Korvauksena riskistä on voiton saavuttaminen, jonka suuruus ei ole etukäteen varmuudella määrättävissä. Voiton saavuttaminen riskiä vastaan on siten yrityksen ja samalla kaupallisen toiminnan perustuntemerkki. Riski ja siihen liittyvä voitto voivat koskea joko työtä tai pääomaa: joko oma työpanos tai varallisuus voidaan asettaa voiton saavuttamiseksi riskille alttiiksi.⁷ Cederbergin kysymyksenasettelu kauppaoikeuden erityisluonteesta on luonnollisesti ensiarvoinen erityisten kauppalakien soveltamisen kannalta sekä meillä että keskieuropalaisissa oikeusjärjestyksissä.

Nämä yleisluontoiset seikat ovat lähtökohtanani eräille historiallisesti verraten kaukaisille kaupan käsitteen syntyä ja sen edellytyksiä koskeville havainnoille. Tarkasteltavat ilmiöt koskevat myöhäistä keskiaikaa ja varhaista uutta aikaa. Ajattelen nimittäin, että mainittuna aikana on tapahtunut muutosilmiö, jonka merkitys nykyisen kauppaoikeuden synnyn kannalta on ensiarvoinen. Tässä yhteydessä tarkastelu rajoittuu lähinnä erääseen ajatustraditioon. Sen omaleimaisuus ja mielenkiinto perustuvat siihen, että siinä risteävät sekä juridiset että talousopilliset ajatukset. Tämä on ns. uusskolastinen traditio, joka on ollut mm. *Hugo Grotiuksen* ehkä keskeisin henkinen taustailmiö.⁸ Keskitämme seuraavat lyhyet havaintomme erityisesti erääseen henkilöön. Hän on Grotiuksen tärkeä edeltäjä, espanjalainen *Ludovicus Molina* (1535–1600).

Tarkasteluni taustaksi on viitattava kaupan laajenevaan vaikutukseen mainittuna aikana. Tämä vaikutus rakentui olennaisesti kaukokaupan varaan. Se perustui edelleen tiettyjen hyödykkeiden, kuten ylellisyystavaroiden, sotatarvikkeiden ja mausteiden, vaihdannalle.⁹ Kauppa oli privilegioitua ja toisaalta valtion tukemaa toimintaa.¹⁰ Se oli olennaisesti kaupunkitalouden varassa, joka laajeni 1100-luvun Italiasta vähittäin yli Euroopan.¹¹

⁷ Cederberg, s. 31–33.

⁸ Kaltborn, *Die Vorläufer des Hugo Grotius* (Leipzig 1848), s. 124–189. Uusskolastiikan vaikutuksesta protestanttisiin yliopistoihin yleensä ks. Eschweiler, K., *Die Philosophie der spanischen Spätscholastik auf den deutschen Universitäten des siebzehnten Jahrhunderts (Spanische Forschungen der Görresgesellschaft, Reihe 1, 1928)* ja Lewalter, E., *Spanisch-jesuitische und deutsch-lutherische Metaphysik des 17. Jahrhunderts* (Hamburg 1935).

⁹ Lütge, F., *Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* (Berlin–Heidelberg–New York 1979), s. 84 ss.; DUBY, G., *The Early Growth of the European Economy* (Ithaca, New York 1979), s. 100; myös Coing, H., *Europäisches Privatrecht Bd I: Älteres gemeines Recht* (München 1985), s. 519.

¹⁰ Coing, s. 520 ss. erit. s. 524.

¹¹ Lütge, s. 135 ss.; DUBY, s. 148–154.

Taloudellisiin taustatekijöihin liittyy kaksi myöhäiskeskiajalle ja uuden ajan alulle tunnusomaista yleisluontoista seikkaa. Ensinnäkin kauppaoikeus esiintyy tiettyä säätyä tai yhteiskunnallista ryhmää koskevana erityisoikeutena. Tämä sääty muodostui kauppiaista, jotka tunnettiin käsitteillä *mercatores*, *negotiatores*. Kauppaoikeus oli kauppiaitten *ius singulare* (vastakohtana kaikkia koskevalle *ius communelle*). Tämän mukaisesti kauppaoikeuden pätevyyspiiri oli henkilöllisesti rajattu. Kauppias oli henkilö, joka toistuvasti vaihtaa tai ostaa tavaroita myydäkseen ne muuttumattomina, ”qui negotiorum exercendarum... frequenter merces permutat et emit, ut easdem non minutatim nec mutata per se forma distrahat”.¹² Kauppiasluokan mukana syntyi uusia oikeudellisia instituutioita mm. vekseli, vakuutus ja rahti. Samalla uudenlaiset oikeusperiaatteet saivat vakiintuneen aseman. Näitä olivat sopimusten yleinen noudattaminen ja *fides*. Kauppias oli *providus*, joka tietää mitä tekee eikä ole suojan tarpeessa samalla tavalla kuin *ius communen* alainen *rusticus*.¹³ Toiseksi kauppaoikeuden katsottiin perustuvan olennaisesti kauppiaitten käytännölle ja erilaisille kauppatavoille. Vaikka roomalaisyhteiskunnan *ius commune* sovellettiin kaupan ilmiöihin, sillä oli siten myös oma tapaoikeudellinen pätevyysperustansa, joka oli kauppias-tapa, *consuetudo* tai *stylus mercatorum*.¹⁴

Kaupankäynnin yhteiskuntamoraalisen luonteen arvioinnissa tapahtui myöhäiskeskiajalla ja uuden ajan alussa olennainen muutos. Tyypillisen keskiaikaisen käsityksen mukaan itsetarkoituksellista voiton tavoittelua pidettiin moraalisesti ala-arvoisena ja paheksuttavana.¹⁵ Tämän mukaisesti kaupankäynti sai negatiivisen arvolatauksen. Se oli sellaisenaan moraalisesti epäilyttävää toimintaa: ”Et ideo negotiatio secundum se considerata quamdam turpitudinem habet...”¹⁶ Ainoastaan tietyissä rajatuissa tapauksissa kaupankäynti sisältää kunniallisen päämäärän ja on tämän mukaisesti

¹² Marquard Coingin mukaan. Ks. Coing, s. 522.

¹³ Ks. Coing, s. 519–520.

¹⁴ Coing, s. 519–520.

¹⁵ Tuomas Akvinolainen, *Summa theol.* (Romae–Tornanii–Parisiis 1927) II, II 77.4. Tällaista kauppaa luonnehditaan voiton tavoitteluksi (propter lucrum quaerendum), ”joka ei tunne rajaa” (terminum nescit). Käsitys perustuu osittain Aristoteleen Poliitiikkaan, johon myös viitataan. Ks. Aristoteles, *Politica* (*The works of Aristotle transl. into English*, ed. W. D. Ross), I,9 ja 10.

¹⁶ II,II 77.4. Ks. W. Weber, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus* (Münster, Westfalen 1959), s. 97.

luvallista.¹⁷ Tässä suhteessa 1500- ja 1600-luvun alun Grotiuksen nimeen liittyvillä uusskolastikoilla on havaittavissa selvä muutos. Kaupankäynti ei sisällä enää moraalisesti negatiivista arvolatausta, tai se saa suoranaisesti yhteiskunnallisesti hyödyllisen toiminnan leiman.¹⁸ Useissa yhteyksissä edellä mainittu Ludovicus Molina kuvaa kauppiaan myönteisiä ja yhteiskunnan kannalta hyödyllisiä piirteitä. Kauppias on toimelias henkilö, joka suorittaa yhteiskunnan kannalta tärkeitä tehtäviä. Hän ”ei anna pääomansa olla joutilaana vaan lähettää ne omalla riskillään Intiaan käydäkseen siellä kauppaa...”¹⁹

Tähän kaupankäynnin moraalista arvostusta koskevaan muutokseen liittyy oma talousopillinen perustansa. Kauppias esiintyy skolastisissa teksteissä keskeisesti henkilönä, joka itse tuotantoprosessiin osallistumatta ostaa myydäkseen,²⁰ joka tavoittelee voittoa²¹ ja jonka toiminnalle riski on ominaista²². Tällaisen toiminnan taloudellinen arvonmuodostus oli skolastisessa traditiossa laajamittaisen pohdiskelun kohteena. Nämä ajatukset esiintyvät ennen muuta kahden kysymyksen yhteydessä: mikä on tavarahan oikea ja luonnollinen hinta (*iustum pretium, pretium naturale*) ja missä tilanteissa kauppias on oikeutettu myymään kalliimmalla kuin on ostanut. Jälkimmäinen kysymys koskee ongelmaa, mitkä seikat (työ, riski, kustannukset jne.) lisäävät tavarahan arvoa kaupankäynnin aikana. Olen käsitellyt laajemmin molempia kysymyksiä toisessa yhteydessä. Tässä pyrin suorittamaan pelkästään jonkinlaisen tiivistyksen hieman toisenlaisesta näkökulmasta.

Monisäikeistä skolastista arvo-oppia on joskus tiivistetty sanomalla, että siinä arvon perustana on kolme seikkaa. Ne ovat esineiden hyöty tai käyttö, esineiden paljous ja vihdoin ”yleinen arvostus”, so. se arvo, mikä esineille

¹⁷ II,II. 77.4. Ks. H. Tolonen, Korke ja raha Tuomas Akvinolaisella. *Jurisprudentia Turkuensis*, s. 336–338 [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 299–322]; W. Weber, s. 95–97.

¹⁸ ”Negotiatio haec presse est proprissime sumpta, de se, neque virtutis neque vitii est opus, sed indifferens ad utrumque.” Molina, L., *De iustitia et de iure* (Antwerpen 1643), disp. 339 nu. 3.

¹⁹ ”...mercator, qui non vult pecuniam suam otiosam esse, illam mittere in Indiam, suo periculo expositam, ad ea ibi negotiandum...” Disp. 339 nu. 3.

²⁰ Tapaamme ajatukset ”kalliimmalla myymisestä” (charius vendere) ja nimenomaan lausuttuna, ettei kauppias ”muuta esinettä” (osallistu tuotantoprosessiin) II,II77.4. ad 1um et ad 2um. Vastaavasti Molina lausuu, että termiä negotiatio käytetään ”pro commutatione ad lucrum comparandum, emendo scilicet aut alio permutacionis genere acquirando aliquam rem, illamque non mutatam carius vendendo”. Disp. 339 nu. 2.

²¹ II,II 77.4; Molina, disp 339 nu. 4.

²² ib. ad 2; Molina, disp 318.

yleisesti annetaan, eli *utilitas (usus), raritas ja communis aestimatio*.²³ Toisella tavalla tämä arvo-oppi voidaan kiteyttää erottamalla kustannusperusteiset, riskiperusteiset ja kysyntäperusteiset arvonmuodostuksen kriteerit.²⁴ Kustannusperuste tarkoittaa työtä sekä siihen mahdollisesti liittyviä materiaalisia sijoituksia (*labor et expensae*). Riskiperuste puolestaan viittaisi ajatukseen arvon lisääntymisestä vahingonvaaran perusteella (*periculum*). Käsitteellisesti mutkikkain on kysyntäperuste. Sen perusmerkitys on erilaiset aikaan ja paikkaan liittyvät olosuhteet (*diversitas loci vel temporis*). Asiaa mutkistaa se, että nämä olosuhteet saattavat viitata hieman erilaisiin asioihin. Ne saattavat koskea tavaroiden määrää, ihmisten arvostuksia jne. Rajoitumme tässä yhteydessä viittaamaan oman ajatuksemme kannalta keskeiseen seikkaan.

Voidaan nimittäin sanoa, että radikaalia käsitteellistä eroa skolastiikan varhaisemman ja myöhäisemmän vaiheen välillä ei ole havaittavissa.²⁵ Käytetyt käsitteet ovat usein samat, ja Molina vetoaa usein esim. Tuomas Akvinolaisen nimeen ja auktoriteettiin tosin myös kritisoiden häntä eräissä merkittävässä kohdissa. Eräessä ratkaisevassa suhteessa ajatuspohja on kuitenkin muuttunut. Tämä ilmiö koskee ennen muuta kysyntäperusteisen arvonmuodostuksen merkityksen lisääntymistä.²⁶ Useissa erityisissä kysymyksissä Molina vetoaa esim. ostajien ja myyjien lukumäärään sekä käytettävissä olevaan rahan määrään.²⁷ Nämä perusteet ovat 1200- ja 1300-luvun skolastiikalle tuntemattomia. Mainittuja Molinan ajatuksia voidaan epäilemättä pitää markkinahinnan käsitteen vastineena. Ne ennakoivat klassisen kansantaloustieteen ja esim. Adam Smithin käsitettä ”market-price”.²⁸ Tarkempi vertailu Molinan ja Smithin välillä ei kuitenkaan tässä

²³ W. Weber, s. 107.

²⁴ Erottelu on kehittelmä Langholmin jaottelusta kustannus- ja kysyntäperusteiden sekä työ- ja markkinaperusteiden (cost/demand, labor/market) välillä. Langholmilla nämä erottelut ovat yhteneviä. Riskiä ei mielestäni arvonmuodostuksen perustana voida palauttaa kumpaankaan mainituista kriteereistä. Toisaalta sitä voitaisiin ehkä tarkastella molempien välitilailmiönä. Palaamme tähän laajakantoiseen kysymykseen toisessa yhteydessä. Ks. Langholm, O., *The Aristotelian Analysis of Usury* (Bergen 1984), s. 34–35, 44–48, 86–90 ja 134–135.

²⁵ Ks. II, II77.1 ja 4; Aegidius de Lessin, *Opuscula de usuris* (teoksessa *Thomae Aquinatis Opera omnia, vol XVII*. Parma 1864), erit. I.8 vrr. Molina, disp 347 ja 348.

²⁶ Esim. disp 347 nu. 3; 348 nu. 2 ja 3.

²⁷ Esim. disp 401 nu. 1.

²⁸ Smith, A., *The Wealth of Nations* (Representative Selections, ed. B. Mazlish 1961), s. 58 ss.

yhteydessä ole mahdollista.²⁹

Kauppias on henkilö, joka tuotantoprosessiin osallistumatta ostaa myydäkseen. Tässä toiminnassa hän tarvitsee erään keskeisen instrumentin, joka on *raha*. Rahan keskeiseen rooliin sekä kirjavien rahaolojen haitallisuuteen kaupankäynnille keskiajan lopulla ja uuden ajan alussa ovat lukuisat tutkijat kiinnittäneet huomiota.³⁰ Tässä esityksessä tarkastelen toisenlaista rahan liittyvää ilmiötä, joka samalla keskeisellä tavalla määrittää kauppiaan ja kaupankäynnin käsitettä. Tämä ilmiö on *koronottokielto*.

Koronottokielto esiintyy myös kaupankäynnin olennaisena esteenä. Toisessa yhteydessä olen käsitellyt laajemmin kysymystä, miten koronottokiellolla on yleisesti kaksi perustetta.³¹ Niistä ensimmäinen koskee sitä, että raha on hyödyke, jonka käyttö on sen välittömässä kulutuksessa eikä tällaisen käytön erikseen myyminen ole mahdollista.³² Toisen käsityksen mukaan rahan lainaaminen katsotaan ajan myymiseksi; ajan myyminen on taas kiellettyä, koska aika hyödykkeenä ”kuuluu Jumalalle ja on annettu yhteisenä kaikille”.³³ Näitä ajatuksia voidaan luonnehtia koronottokiellon talousopillisiksi teorioiksi: ne lähtevät olennaisesti rahan tehtävästä ja taloudellisen arvon käsitteestä.

Koronottokieltä hahmotettiin myös toisenlaisesta aspektista, jota voidaan luonnehtia juridiseksi. Se rakentui ajatukselle, että velaksianto, *mutuum*, on sopimustyyppinä vastikkeeton. *Mutuum* oli roomalaisoikeudellisten periaatteiden mukaisesti sopimus, jonka kohteena oli raha tai muut lajiesineet, joita ei ollut palautettava yksilöllisesti samoina vaan samanmääräisinä. Niitten

²⁹ Tämän vertailun eräs mielenkiintoinen ja toistaiseksi havaitsematta jäänyt piirre koskee työn ja pääoman keskinäistä suhdetta. Sen sijaan huomiota on kiinnitetty työn käsitteen erilaisuuteen myöhäiskolastiikassa ja klassisessa kansantaloustieteessä sekä osoitettu vääriksi ajatukset varhaisista skolastisista ”työnarvoteorioista” Adam Smithin mielessä. Ks. Langholm, 1984, s. 101 ss.

³⁰ Langholm, O., *Wealth and Money in the Aristotelian Tradition* (Bergen 1983), s. 89 ss.; DUBY, s. 99 ja 104; COING, s. 471–478.

³¹ Tolonen, 1986, s. 339 ss.

³² II,II78.1. Ks. siitä Noonan, *The Scholastic Analysis of Usury* (Cambridge, Massachusetts 1957), s. 53 ss.; Tolonen, 1986, s. 339 ss. Peruste esiintyi monilla muillakin mm. varhaiskeskiaikaisessa ns. Palea-tekstissä: ”Ideo, qui locat domum vel agrum suum, usumque dare videtur...” Ks. *Corpus iuris canonici* (Hrsg. E. FRIEBERG, Leipzig 1879/81), Decretum I.88.11. Ks. Langholm, 1984, s. 72; McLaughlin, *The Teaching of the Canonists on Usury. Medieval Studies*, vol I (New York–London 1939), s. 104 ja 113.

³³ Aegidius de Lessin, I.8. Samoin Tuomas Akvinolainen, *De emptione et venditione (Opera omnia, iussu Leonis P. M. edita. Romae 1979)*.

omistus ja riski siirtyivät vastaanottajalle. Vastikkeettomuutensa vuoksi sopimustyyppin *mutuum* rajanveto ennen muuta vuokran sopimustyyppiin (*locatio*) muodosti keskeisen ongelman. Toisaalta riskin siirtyminen erotti sen käyttölainasta (*commodatum*) ja yhtiöstä (*societas*).³⁴

Käsite *mutuum* on tämän esityksen kannalta keskeinen siksi, että Molina näyttää perustelevan koronottokieltä juuri tästä ajatuksesta lähtevästä juriidisesta aspektista. ”Contra mutui naturam est, accipere aliquid ultra sortem: ergo usura est illicita.”³⁵ Keskeisintä on kuitenkin se, että Molina katsoo kauppiaspääoman, so. kaupankäyntiin tarkoitettua rahaa, olevan erityisessä olemassa erityinen toiminta, kaupankäynti, jonka yhteydessä rahalla on voittoa tuottavia ominaisuuksia koronottokiellosta huolimatta. Yhteyksiä, jossa kaupankäynti erottautuu omaksi elämänalueekseen juuri rahalle tulevan koron ja voiton muodossa, on Molinalla useita. Niillä on yleinen ja yhteinen perustelunsa ajatuksessa, joka koskee rahan kahdenlaista käyttöä. Keskeisen merkityksensä vuoksi ajatus ansaitsee suoran lainauksen.

”Observandum est: Duplicem usum rei, quae mutuo datur posse distingui. Unus est ad negotiationem et lucrum, illam lucri causa vendendo, permutando vel transferendo in alium locum, vel reseruando in tempus, in quo plus valeat, aut si sit pecunia, illa eodem fine emendo, transferendo in alium locum, aut in cambium dando. Alter usus, qui non est negotiatio, sed consumptio nuda rei mutuo accepta. Ut si sit pecunia, ea emendo necessaria, aut etiam curiosa et superflua, solvendo debitum, donando illam, aut vane cum meretricib. et in aliis similibus rebus eam insumendo” (Disp. 304 nu. 5).

Ajatuksen mukaan kaupankäyntiin ja voiton tavoitteluun tähtäävä käyttö on periaatteessa erilaista kuin pelkkä esineiden kulutus. Kaupankäyntiin kuuluu myynti voiton tavoittelun tarkoituksessa, tavaran kuljettaminen paikasta toiseen ja niiden säilyttäminen toiseen ajankohtaan, jolloin ne ovat arvokkaampia, sekä vekselin asettaminen. Nämä käytön muodot ovat käsitteen *negotiatio* alaisia. Kulutukseen (*consumptio*) kuuluu taas välttämättömyys- ja ylellisyystarvikkeiden ostaminen, velan maksaminen tai lahjoittaminen. Tämän mukaisesti myös kauppiaan ja kuluttajan rahaa ja heille tehtyä velaksiantoa on käsiteltävä eri tavalla. On huomattava, että *duplex usus rei* -oppi ei sellaisenaan ole uusi. Sen perusmuoto esiintyy Aristoteleen *Politi-*

³⁴ Sopimustyyppistä *mutuum* koronottokiellon kannalta ks. Noonan, s. 40; McLaughlin, s. 100–101; Tolonen, 1986, s. 331.

³⁵ Disp. 304 nu. 3.

kan tunnettuna ajatuksena siitä, että esineillä on kaksi erilaista käyttötappaa, käyttö kulutuksessa ja käyttö vaihdossa. Tuomas Akvinolainen viittaa tähän ajatukseen ainakin kahdessa tekstinkohdassa.³⁶

Mielestäni Molinan ajatuksen tekee uudeksi ja käänteentekeväksi sen soveltaminen rahatalouden alueelle. Se on erilaisissa tilanteissa yleisenä tausta-ajatuksena ja samalla legitimaatioperustana sille, että kauppiaan raha on eri periaatteiden ja sääntöjen alainen kuin kulutukseen tarkoitettu. Yleisesti voimme kiteyttää ajatuksen seuraavaan muotoon: kauppiaan raha on tarkoitettu tuottamaan voittoa, kuluttajan raha taas ei.³⁷ Tämä näkemys edustaa periaatteessa toisenlaista kantaa verrattuna keskiaikaisiin käsityksiin. Keskiaikaisille käsityksille voidaan sanoa olevan leimallista sen, että rahan kulutus- ja tuotantofunktiolla ei ole eroa. Rahaa on ts. käsiteltävä samojen periaatteiden mukaan riippumatta siitä, tähtääkö se kuluttamiseen vai tuotantoon.³⁸ Tällä seikalla on keskiaikaisessa ajatusmaailmassa useita ilmenemismuotoja. Perinteisen aristoteelisen käsityksen mukaan raha on kaikissa ominaisuuksissaan vain vaihdon väline, joka ei voi lisääntyä.³⁹ Myös Tuomas Akvinolainen viittaa tähän näkemykseen. Tärkeämpi on kuitenkin hänen oma formulointinsa. Sen mukaan rahan käyttö on sen välittömässä kuluttamisessa, ”... proprius et principalis pecuniae usus est ipsius consumptio...”⁴⁰

Duplex usus -oppiin erityisesti rahaan sovellettuna liittyy toinen yleinen rahan voittoa tuottavia ominaisuuksia legitimoiva peruste. Se on luonteeltaan korostetusti juridinen. Se on ns. saamatta jääneen voiton peruste, *ratio lucri cessantis*. Molinalla se esiintyy sekä yleisenä että sovellettuna lukuisiin erilaisiin tilanteisiin ja yhteyksiin. Saamatta jääneen voiton peruste, *ratio lucri cessantis*, koskee juuri kauppiaaspääomaa. Siinä mielessä se on samalla kauppiastoimintaa hahmottava kriteeri.

³⁶ *In libros politicorum*. Ed. R. Spiazzi (Marietti 1951), I,7,112 (proprius usus rei/communis usus rei); *Questiones disputatae de malo (Opera omnia XXII*. Iussu Leonis P. M. edita. Romae 1982), XIII. 4 ad 15 (duplex usus potest esse aliquius rei).

³⁷ ”Instrumentum lucri persistens”. Ks. disp 416 nu. 8. On huomattava, että Molina ei käytä tätä luonnehdintaa yleisesti vaan ainoastaan yhtiömuodostelmien kohdalla.

³⁸ Langholm, 1984, s. 50–51 ja 134–135.

³⁹ Pol. 1258 a–b, jossa esiintyvät koronoton käsitteet obolostatica ja tokos. Vrt. Aegidus de Lessin II. 11 (thocos). Ajatuksen keskiaikaisista ilmenemismuodoista, ks. Langholm, 1984, s. 54 ss.

⁴⁰ II, II 78.1.

Saamatta jääneeseen voittoon liittyy keskeisesti toinen käsite, nim. syntynyt vahinko. Molemmat käsitteet, syntynyt vahinko ja menetetty voitto, *damnum emergens / lucrum cessans*, ovat peräisin roomalaisesta oikeudesta. Roomalainen oikeus hyväksyi korvausperusteena myös saamatta jääneen voiton: ”Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro.”⁴¹ Sitä vastoin keskiajalla vallitsi päinvastainen pääsääntö: syntynyt vahinko on korvattava, mutta menetetyistä voitosta ei henkilö ole oikeutettu korvaukseen. Koska raha itsessään on tuottamatonta, sen käytön estymisestä aiheutuva voiton menetys ei voi muodostaa korvausperustetta. Kanonistien ja skolastikkojen ajattelussa tämä on ehdottoman pääsäännön asemassa huolimatta eräistä poikkeuksista.⁴² Ajatuksen taustalla on se, että päinvastainen sääntö johtaisi koronotokiellon kiertämiseen.

Tuomas Akvinolainen käsittelee tätä kysymystä useassa eri yhteydessä. Kaikissa tapauksissa pääsääntö on selvä: menetettyä voittoa ei ole missään olosuhteissa korvattava. Akvinolainen esittää perusteena sen, että voiton mahdollisuus on eri asia kuin aktualisoitunut voitto: quia minus est habere aliquid virtute quam habere actu. Se, joka kylvää siemenet, ei omista satoa aktuaalisena vaan potentiaalisena mahdollisuutena. Monet olosuhteet voivat nimittäin estää voiton saannin: potest multipliciter impediri. Tätä ajatusta sovelletaan myös kaupan ja rahatalouden ilmiökenttään. Kauppiaan toiminnan tuotos ei synny rahasta, vaan sen peruste on työ: lucrum non causatur ex pecunia, sed industria et labore. Eräässä yhteydessä esiintyy rahatalouden luonnetta yleisemminkin heijasteleva kannanotto. Menetetty voitto ei ole peruste korvaukselle velaksiannetun rahan osalta, koska on lainaajan asia varoa, ettei hän kärsi vahinkoa velaksiannon johdosta.⁴³ Tiivistäen voidaan näiden ajatusten sanoa heijastelevan perusasennetta, ettei rahalla voi olla voittoa tuottavia ominaisuuksia.

Saamatta jääneen voiton kysymys muodosti keskiajalla laajan ja monisyisen problematiikan, jota hahmotettiin potentiaalisen/aktuaalisen,

⁴¹ *Cod.* 7.47.1. Myös *Dig.* 12.4.2. Ks. McLaughlin, s. 146.

⁴² Mainittujen poikkeusten merkitystä on mielestäni selvästi ylikorostettu. Poikkeukset esiintyvät harvoin ja tarkoin rajatuin kriteerein. Ks. Noonan, erit. s. 118; McLaughlin, s. 145–146.

⁴³ ”...debet enim ille qui pecuniam mutuavit sibi cavisse ne detrimentum incurret, nec ille qui mutuo accepit...” De malo, XIII. 4 ad 14. Lausutusta muutoin ks. II,II 78.2 ad 1um ja 62.4. ad. Resp: ”Commentarium in IV libros sententiarum Petri Lombardi” (*Opera omnia VII–XI*, ed. Vives. Paris 1873), I. IV.

”kaukaisen”/ ”läheisen” (*propinquus/remotus*) voiton käsitteillä.⁴⁴ Ne ovat perustana myös Molinan esityksessä. Kuitenkin voimme panna merkille aivan uudenlaisen käsityksen, joka rakentui olennaisesti ammattimaisen kaupankäynnin ja menetetyn voiton käsitteelliselle yhteydelle. Tämä seikka erottaa samalla kaupankäynnin omaksi elämänalueekseen.

Molina määrittää ensinnäkin menetetyn voiton keskeisesti liiketoiminnan avulla. Jos varat ovat jollakin kulutustarkoituksin, niiden käytön estyminen on *damnum emergens* eli syntyneen vahingon tapaus. Sen sijaan *lucrum cessans* ja liiketoiminta kuuluvat yhteen: ”Si vero pecunias habeat ad eis negotiandum, et, quod det illas mutuo, impediatur ab acquirendo incremento, quod ea negotiatone sperabat, neque aliunde sua industria id compensit, eiusmodi incrementum dicitur lucrum cessans...”⁴⁵ Jos joku estyy voittoa tuottavasta liiketoiminnasta, hän on oikeutettu korvaukseen tästä menetetyistä voitosta.

Molina kritisoi tässä yhteydessä nimenomaisesti Tuomas Akvinolaisen samoin kuin 1200-luvun toisen tärkeän auktoriteetin, Innocentius IV:n käsityksiä.⁴⁶ Oman esityksensä lähtökohdaksi hän ottaa perinnäisen ajatuksen siitä, miten ”kaukainen” voiton mahdollisuus on. Jos kysymyksessä on vain kaukainen (*remotum*) tai epävarma (*incertum*) voiton mahdollisuus, ei korvaus perusteella *lucrum cessans* tule kysymykseen. Eräs merkittävä näkökohta erottaa kuitenkin Molinan perinnäisestä näkemyksestä. Liiketoimintaan tarkoitettu pääoma on aina tarkoitettu tuottamaan voittoa (”si item pecunia, quae mutuo datur destinata quidem erat negotiatoni...”). Sen mukaisesti tällainen pääoma on myös aina oikeutettu *lucrum cessans*-korvaukseen siitä voitosta, mikä liiketoiminnasta olisi koitunut. Muissa tapauksissa asia riippuu siitä, miten lähellä liiketoimintaa pääoma on. Molina sanoo, että *lucrum cessans*-korvausta on osin vähennettävä, jos raha ei ole tarkoitettu liiketoimintaan ”niin lujasti ja varmasti, ettei päinvastaista voisi tapahtua” tai jos rahat muuten voivat estyä liiketoiminnasta: ”non tamen adeo firmiter ac certo, quin fortasse contrarium eveniret... vel quia variis aliis modis poterit a negotiatone impediti”⁴⁷

⁴⁴ Endemann, W., *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre II* (Berlin 1874), s. 276 ss.; Coing, s. 438.

⁴⁵ Disp. 314 nu. 4.

⁴⁶ Sinibaldus Fliscus (Innocentius IV), *Commentaria, Apparatus in IV libros decretalium* (Frankfurt 1570), de usuris, cap. IV ja V.

⁴⁷ Disp. 316 nu. 2.

Edellä mainitut kolme seikkaa, taloudellinen arvo-oppi, *duplex usus* -oppi sekä menetetyn voiton peruste muodostavat Molinalla lähtökohdan ja kehikon, jota sovelletaan lukuisiin erityisolosuhteisiin. Nämä tapaukset liittyvät säännönmukaisesti kauppiaaluokan syntyyn. Osittain kysymys on uudennlaisista kaupallisista instituutioista. Niistä tärkeimmät ovat ehkä vakuutus (*assecuratio*) ja vekseli (*cambium*). Osittain kysymys on taas uudennlaisista kaupalliseen elämään liittyvistä tilanteista, joissa enenevässä määrin tehtiin poikkeuksia yleisestä koronotokiellosta ja myönnettiin rahan voittoa tuottavat ominaisuudet. Näitä uusia tilanteita olivat ennen muuta kolme, nim. luottokauppa, erilaiset yhtiömuodostelmat ja rahanvaihtoon liittyvät ilmiöt. Kaikissa näissä tapauksissa havaitsimme Molinalla erään yhteisen piirteen. Se on vetoaminen uusiin kauppiaaluokan synnyttämiin käytäntöihin, jotka perustelivat keskeisellä tavalla juuri rahan voittoa tuottavia ominaisuuksia ja poikkeuksia koronotokiellosta. Vetoaminen kaupallisiin käytäntöihin esiintyy systemaattisena piirteenä uusskolastisessa kirjallisuudessa. Tapaamme sen mm. *Dominicus de Sotolla* ja *Leonhard Lessiuksella*.⁴⁸ Selvästi se piirteytyy eteemme myös Grotiuksen tekstistä. Grotius ei nimittäin lopultakaan ota täysin kielteistä kantaa koronotokielloon. Toisaalta hän kiirehti torjumaan sen soveltamisen kaupallisen elämän alueella juuri syntyneisiin käytäntöihin vedoten ”kuten Hollannissa missä jo kauan on... kauppiaitten keskuudessa hyväksytty kahdentoista prosentin vuotuinen korko”.⁴⁹

Molinalla tapaoikeus esiintyy luottokaupan yhteydessä sen ammattimaisen suurkaupan muodossa, joka oli syntynyt Italian kaupungeissa. Erityisesti Molina käsittelee Genovan ja Firenzen ammattimaista villakauppaa: ”Genuensis (et interdum Florentini) licet aliquando plus, aliquando minus emant, emere tamen solent...” Tällöin on kysymyksessä tapaus *emptio ad tempus*: myyjä suorittaa villankasvattajalle maksun etukäteen ennen tavaran suoritusta. Molina viittaa niihin käytännöllisiin etuihin, jotka koituvat villankasvattajalle siitä, että hän saa maksun esim. kuusi kuukautta ennen omaa suoritustaan. Villankasvattaja tarvitsee varoja oman elinkeinonsa harjoittamiseen, eläinten rehuun, apulaisten palkkaamiseen, ”ad alimenta atque stipendia famulorum, ad persolvendum pecorum pastum et multa alia”.⁵⁰ Systemaattisessa kat-

⁴⁸ Noonan, s. 276–277; W. Weber, s. 155.

⁴⁹ Grotius, H., *Hugonis Grotii de iure belli ac pacis libri tres* (Ludguni Batavorum MCMXX-XIX), II. XII. 20 ja 22.

⁵⁰ Disp. 359 nu. 8 ja 10.

sannossa Molina lähtee kysyntään ja tarjontaan liittyvistä seikoista. Ennen kaikkea hänen ajatuksensa on se, että luottokauppa lisää villankasvattajien määrää ja sen perusteella villakauppias on oikeutettu korvaukseen alennetun hinnan muodossa.⁵¹ Vastaavaa periaatetta Molina soveltaa luottokaupan toiseen tapaukseen, jossa kauppahinta saadaan velaksi (*venditio ad tempus, ad terminum*). Tällöin perusteena on ostajien lukumäärän lisääntymisen ohella verraten mutkikas ajan käsitteen erittely, jonka sivuutamme tässä yhteydessä.⁵² Molemmat tapaukset heijastelevat uudenlaista asennoitumista luottokauppaan. Keskiajalla korvauksen edustaminen luottokaupan perusteella oli kiellettyä koronottoa velaksiannon yhteydessä, kiellettyä ajan tai esineen käytön erikseen myymistä.⁵³

Yhtiötä koskevat tapaukset muodostavat laajan ja komplisoidun ongelma-ryhmän. Eräs keskeinen kysymys Molinalla koskee yhtiötä, joka tunnettiin nimellä *contractus trinus*. Se oli yhtiö, jossa rahaa sijoitettiin kiinteämääräistä korkoa vastaan ilman yrittäjän riskiä. Tämä oli sikäli merkittävä tapaus, että traditionaalisesti oli katsottu yhtiön osakkaan voiton perustuvan omistukseen ja riskiin: osakas säilytti omistusoikeuden yhtiöön sijoitettuun omaisuuteen ja kantoi sen mukana omistajalle kuuluvan riskin. Tämän mukaisesti varhaisempi teoria suhtautui ehdottoman kielteisesti tällaisen yhtiömuodostelman mahdollisuuteen. Sen sijaan Molina hyväksyy sen sanoen erityisesti kauppiaitten olevan halukkaita solmimaan tällaisia sopimuksia ”Lissabonissa ja muuallakin”.⁵⁴ Laajaan ja mutkikkaaseen systemaattiseen perusteluun rajoitumme vain viittaamaan. Se rakentuu osin ajan käsitteelle, osin taas erilaisten sopimustyyppien erittelylle. Viimeksi mainitussa suhteessa vakuutus sopimuksella (*assecuratio*) on keskeinen merkitys.

Rahanvaihdon alueella rahan oma arvonmuodostus erilaisten kysyntään ja tarjontaan liittyvien seikkojen perusteella (rahan määrä, sitä tarvitsevien ja sitä tarjoavien määrä) esiintyy teoreettisena peruskysymyksenä.⁵⁵ Laa-

⁵¹ Disp. 360 nu. 11. Ks. myös W. Weber, s. 119.

⁵² Disp. 357 erit. nu. 4.

⁵³ Ehdottomassa muodossa Tuomas Akvinolainen, De emptione et venditione, II.II.78.2 ad 7um. Pääsääntöisesti torjuen Naviganti (*Decretales*, V.19.19); Aegidius de Lessin II.10. Poikkeuksena esiintyvät viimeksi mainituissa esineen arvon muuttuminen. Ks. myös McLaughlin, s. 119 ss.

⁵⁴ Disp. 417 nu. 1.

⁵⁵ Disp 401 nu. 1: Possunt monetae pretia pro eius paucitate et multitudine eam qaerentium accrescere et decrescere.

jan erityisen ongelmaryhmän muodostavat vekseli ja sen erilaiset tyypit. Myös tässä yhteydessä Molina vetoaa toistuvasti paikallisiin käytäntöihin mm. Italiassa, Hollannissa ja Espanjassa.⁵⁶ Keskeinen kysymys oli voiton saaminen vekselin perusteella, *ex causa cambi*. Tässä suhteessa Molina erottaa kolme erilaista vekselin tyyppiä. Jos vekselin tarkoituksena on eri rahayksiköiden vaihto (*cambium minutum*) tai rahan siirtäminen paikasta toiseen (*cambium per litteras*), perustui voiton saanti työhön tai kysyntään (eri aikoina ja eri paikoissa). Ongelmallisempi oli vekselin kolmas tyyppi, joka tähtäsi luotonantoon ja jossa voitto näytti perustuvan suoranaisesti ajan kulumiseen. Tällainen vekseli oli *cambium ob diversitatem temporis*. Myös sen osalta Molina osittain hyväksyy arvonnousun menetetyt voiton perusteella, *per rationem lucri cessantis*.⁵⁷

⁵⁶ Esim. disp. 396 nu. 5 ja disp. 401 nu. 1.

⁵⁷ Disp. 398 nu. 4.

Menneet ja nykyiset käsitteet oikeuden ja yhteiskunnan aatehistoriassa

1 ONGELMA

Oikeudellisen ja yhteiskunnallisen aatehistorian primaarisena tutkimuskohteena ovat yksinkertaisesti kieli ja teksti. Ollakseen tutkimuskohteena mielekäs kieli ja teksti liittyvät yksityisten toimijoiden tai yhteiskunnallisten ryhmien vuorovaikutusjärjestelmiin, instituutioihin ja normeihin. Nimenomaan näissä yhteyksissä kielelle syntyy merkityksiä. Kirjoja on kirjoitettu kielen, sitä käyttävän toimijan ja häntä ympäröivien kulttuuristen instituutioiden merkityksestä sekä niiden suhteesta ilman, että ne olisivat kovinkaan suoranaisesti vaikuttaneet aatehistorialliseen tutkimuskäytäntöön. Nämä yleisluonteiset kysymykset saavat pikemmin vastauksensa konkreettisten tutkimusongelmien yhteydessä: niillä on eri tavoin merkitystä konkreettisen lähteaineiston, sen rajoittamisen, tematisoinnin, tulkinnan ja yleistämisen kannalta. Mikäli ne eivät realisoitu konkreettisen tutkimuskohteen (konkreettisten tekstien) yhteydessä, ne jäävät muiden alueiden, kuten historianfilosofian, kielifilosofian, yhteiskuntateorian tai tieteenteorian, käsiteltäviksi. Näin on paljolti käynyt kysymyksille kausaalisesta ja ymmärtävästä tutkimusasteesta historiatieteessä, (G. H. v. Wright, *William Dray*), ns. historiallisesta hermeneutiikasta (*Hans-Georg Gadamer*) ja viime aikoina erilaisten temporaalisten struktuurien ongelmalle, jota erityisesti ranskalaiset annalistit ovat konkreettisesti soveltaneet ja jonka mittavin teoria on ehkä *Paul Ricoeurin Temps et récit* 1983–1985 (engl. *Time and Narrative* 1984–1988).¹

Eräs yleisluonteinen ongelma näyttää kuitenkin toistuvasti – tosin hieman eri muodoissa – nousevan esiin varsinkin erityisillä, kuten filosofian, politiikan ja oikeuden aatehistoriallisilla, alueilla. Kysymys koskee mielestäni

¹ P. Ricoeur, *Temps et récit*, vol. 1 (1983), vol. 3 (1985), transl. *Time and Narrative*, vol. 1, Chicago and London 1984, vol. 3, Chicago and London 1988, G. H. v. Wright, *Explanation and Understanding*, London 1971, W. H. Dray, *Laws and Explanations in History*, Oxford 1957, H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode, Ges. Werke I (Hermeneutik)*, Tübingen 1986.

ytimeltään jo klassista ongelmaa siitä, missä määrin tutkija on sidottu tutkimuskohteensa (tekstin) omiin käsitteisiin, käsityksiin ja ”itseymmärrykseen”. Ongelman tekee lähtökohtaisesti vaikeaksi ja moniselitteiseksi se tosiasia, että aatehistorian tutkimuskohteena on harvoin individuaalinen agentti tai ainutkertainen ilmiö (eli uskantilaisen terminologian mukaan ”ideografinen” ”nomoteettisen” vastakohtana).² Aatehistorian tutkimuskohde on pikemminkin säännönmukaisesti sosiaalinen ilmiö: tietyn ryhmän jäsen, sosiaalinen vuorovaikutusjärjestelmä tai sen osa, tradition jatkaja, aikalaiskeskusteluun osallistuja jne. Täten yhtäältä tutkimuskohteen (toimijan, tekstin) antaman merkityksen ja toisaalta jonkin muun, mahdollisesti tutkijan, merkityssisällön välillä ei ole täysin ehdotonta rajaa. Periaatteessa voidaan kuitenkin ainakin pääpiirtein erottaa tutkimuskohteen ja tutkijan horisontti sekä aikalaiskonteksti ja moderni konteksti. Näillä termeillä eron ovat viime aikoina tehneet amerikkalainen hermeneutikko *Richard Rorty*, häntä kommentoiden meillä *Simo Knuuttila* ja viimeksi *Martin Kusch*.³ Heidän artikkelinsa käsittelevät erityisalojen, lähinnä filosofisten aatteiden historiaa. Kysymys on moniulotteinen yhtäältä konkreettisen aatehistoriallisen tutkimuksen ja toisaalta historianfilosofian ja tieteenteorian kannalta. Siksi yritän laajentaa keskustelua ja pyrin tuomaan sitä lähemmäksi sekä oikeuden ja yhteiskunnan aatehistoriallista toimintakäytäntöä että sen teoreettisia taustaolettamia.

Esitykseni kohteena on sekä konkreettisen tutkimuksen että sen teorian kaksi laajempaa ongelmaa. Niistä ensimmäinen koskee puhtaasti aatehistoriallisen tutkimuskohteen ulottuvuutta erityisesti talous- ja sosiaalhistorian suuntaan, siten eräässä mielessä aikalaiskontekstin eri elementtien laajuutta ja relevanssia (a). Toisessa on kysymys juuri aikalaiskontekstin ja nykyiskontekstin käsitteiden yleisestä suhteesta: Missä määrin menneen ajan käsitteiden tulkinnassa voidaan käyttää sen oman itseymmärryksen ylittäviä, nykyisiä merkityssisältöjä (b)? Viimeksi mainitut saattavat olla joko aatehistoriallisia yleisiä käsitteitä, kuten ”feodalismi”, ”manoriaalinen talous” ja ”formaalinen rationaliteetti” taikka erityisalueiden (varsinkin taloustieteen aatehistoriassa

² Ks. esim. H. Rickert, *Naturwissenschaften und Kulturwissenschaften*, Tübingen 1915, s. 15 ja ss., sama, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, Tübingen 1913, s. 169.

³ Ks. R. Rorty, *The Historiography of Philosophy: Four Genres*, in: *Philosophy in History*, eds R. Rorty et al., Cambridge 1984, s. 49 ss., S. Knuuttila, Merkityksen historiallisesta ja rationaalista rekonstruktiosta, teoksessa *Poliittinen historia ja yhteiskuntatieteet*, toim. J. Mylly, Turun yliopiston poliittisen historian julkaisuja C 23, 1986, s. 9 ss., M. Kusch, Filosofian tutkimus: historiatiedettä vai filosofiaa, *Tiede ja edistys* 4/1989, s. 277.

usein esiintyviä) nykykäsitteitä, kuten ”investointi”, ”pääoma” jne. Molempia kysymyksiä (a) ja (b) yhdistää aatehistoriallinen ongelma käsitteen, käsityksen tai teorian merkityksestä ja tulkinnasta sekä niille relevantista aineistosta. Molemmissa tapauksissa on kysymys tekstin merkityshorisontin laajentamisesta sen oman itseymmärryksen ylittävin termein.

Käsitykseni mukaan tätä perusongelmaa voidaan lähestyä kolmen erilaisen jaottelun valossa. Kaikki jaottelut painottavat eri näkökulmista tutkimuskohteen ja tutkijan erilaisia merkityshorisontin vivahteita. Tämän mukaisesti voidaan puhua kolmella tavalla toisilleen vastakkaisista *rekonstruktion* muodoista. Niistä viimeistä yritän havainnollistaa oman tutkimukseni pohjalta, jossa jaottelu on muodostanut konkreettisen aatehistoriallisen tutkimusongelman.

2 (I) HISTORIALLINEN/RATIONAALINEN REKONSTRUKTIO (SKINNERIN ENSIMMÄINEN SÄÄNTÖ)

Tämän Rortyltä peräisin olevan terminologian lähtökohtana on nimenomaan filosofian historia. Rationaalisisessa rekonstruktiossa menneen ajan käsitteitä ja käsityksiä tutkitaan nykyisen ja usein kehittyneemmäksi oletetun filosofian termein. Menneen ajan ajattelijoita tutkitaan aitoina keskustelukumppaneina, ”kollegoina”. Eli: aikalaiskontekstia tutkitaan modernin kontekstin termein, kuten Rorty toteaa. Erityisesti politiikan ja oikeuden aatehistorian tutkimuksen lähtökohtana on kuitenkin epäilemättä historiallinen rekonstruktio. Nykyisten käsitteiden siirtämistä menneisyyteen kutsutaan lähtökohtaisesti anakronismiksi. Sitä tarkoittaen *Quentin Skinner* on muotoillut seuraavan anakronismikiellon periaatteen artikkelissaan ”Meaning and Understanding in the History of Ideas” vuodelta 1969.

No agent can eventually be said to have meant or done something which he could never be brought to accept as a correct description of what he had meant or done.⁴

Skinner edellyttää siten, että tekstintulkinnassa historiallinen merkitys on tekstin ”oma” merkitys. Se lähtee tekstin ja sen kirjoittajan omista aja-

⁴ Q. Skinner, Meaning and Understanding in the History of Ideas, in: *History and Theory*, 8/1969, s. 28.

tuksista ja tarkoituksista. Se ei kuitenkaan ole pelkästään individuaalinen vaan liittyy kielellisenä ilmaisuna ”yhteisiin” merkityksiin ja sosiaalisiin konventioihin.

Focus not just on the text to be interpreted, but on the prevailing conventions governing the treatment of issues or themes with which the text is concerned.⁵

Kutsun näitä ajatuksia yhdessä *Skinnerin ensimmäiseksi säännöksi*. Sääntö näyttää väljältä ja tulkinnanvaraiselta. Teksti on tutkimuskohteena usein pikemmin lähtökohdan kuin ehdottoman rajan asemassa. Ensinnäkin lähteet, tekstit, eivät muodosta aina kokonaista merkitystä alkuperäisen merkityksen mielessä. Ne eivät esiinny aukottomana ja ristiriidattomana kokonaisuutena, vaikka niiden tekijän voi perustellusti olettaa pyrkineen siihen. Kysymys voi olla suoranaisestä lähdeaineiston puuttumisesta tai teksti(e)n sisäisestä ristiriitaisuudesta. Toiseksi kaikki historialliset alkuperäisen merkityksen rekonstruktiot ovat konstruktioita suhteessa siihen, mitä tiedämme, kuten Knuuttila osuvasti toteaa. Täten historiallista tekstiä voidaan rationaalistaa esim. aikalaiskeskustelusta, sen erilaisista taustaolettamista ja traditioista käsin, joiden tuntemus tekstin laatijalle on enemmän tai vähemmän todennäköistä. Käsitteitä historiallinen ja rationaalinen ei ole siten syytä asettaa ehdottomiksi vastakohtiksi. *J. G. A. Pocockia* ja Knuuttilaa seuraten voimme sanoa, että teksti on aina sen ymmärtämistä kontekstissa (”to find language as context, not text”).⁶ Aikalaiskonteksti on jo rekonstruktioita, eikä tällöin vaatimus aikalais- ja nykykäsitteiden erosta näytä aina luontevalta historiallisen/rationaalisen tulkintatavan kriteeriltä. Historiallinenkin rekonstruktio kirjoitetaan nykyhetkessä.

⁵ Q. Skinner, *Motives, Intentions, and the Interpretation of Texts*, in: *New Literary History*, 3/1972, s. 406.

⁶ J. G. A. Pocock, *The Concept of Language and the métier d’histoire: Some Considerations on Practice*, s. 21, in: *Ideas and Context, The Language of Political Theory in Early-Modern Europe*, ed. A. Padgen, Cambridge 1987, s. 19 ss., Knuuttila 1986, s.12, vrt. Rorty 1984, s. 55–56. Yksityiskohtaisesti ja selkeästi on Skinnerin ajatuksia ja historiallisen merkityksen sosiaalista ulottuvuutta eritellyt Markku Hyrkkänen. Ks. M. Hyrkkänen, *Aatehistoriallisesta metodista*, Tampereen yliopiston historiatieteen laitoksen julkaisuja 10, 1984, s. 45–57. Knuuttila esittää tässä yhteydessä Skinnerin ajatuksen revisoidun tulkinnan, jonka mukaan ”alkuperäinen merkitys” on teoreettinen käsite, joka konstruoidaan enemmän tai vähemmän todennäköisistä, kirjoittajan horisontista käsin tulkituista väitteistä. Knuuttila luonnehtii ajatustaan aikahistoriallisen kontekstin kannalta modalisoiduksi ja tulkinnallisten käsitteiden kannalta negatiiviseksi anakronismisäännöksi. Ks. tarkemmin Knuuttila, s. 12–13.

Vaikka näiden käsitteiden raja on suhteellinen, se on kuitenkin periaatteessa merkittävä ja aatehistorialliselle tutkimustoiminnalle suuntaa-antava. Siksi Skinnerin ensimmäinen sääntö sisältää keskeisen väitteen, jonka perusajatus on aikalaiskontekstista, historiallisesta subjektista ja toimijasta sekä tekstin omasta itseymmärryksestä lähtevä tutkimusote. Sellaisena Skinnerin ajatus poikkeaa monista muista aatehistoriallisista lähestymistavoista. Ajatuksen eräs puhdaspiirteinen vastakohta on *Hans-Georg Gadamerin* historiallinen hermeneutiikka. Sen perusajatuksen mukaan aatehistoriallinen konteksti on mahdollinen vain suhteessa nykyaikaan. Tämän mukaan tutkijan oman ajan merkitysyhteys hallitsee kaikkea aatehistoriallista käsitteenmuodostusta ja nykyisen sekä menneen merkityskontekstin ero itse asiassa häviää. Siten juuri Gadamer on nähty Skinnerin edustaman historiallisen rekonstruktion vastakohtana.⁷

Skinnerin ensimmäinen sääntö ilmaisee myös oikeuden ja yhteiskunnan aatehistorian tutkimuksen erään olennaisen toiminta-ajatuksen. Sen sisältö ei kuitenkaan ole yksiselitteinen. Se näyttää mahdollistavan useita erisuuntaisia tarkastelutapoja. Kuitenkin mainittu sääntö sisältää mielestäni erään, aatehistorian kannalta keskeisen vaatimuksen. Se on tulkintani mukaan perusajatus historiallisesta subjektista, joka toimii tietysin temporaalisin ehdoin. Tämän oman tulkintani selvittämiseksi tarvitsen eräitä teoreettisia käsitteitä, jotka liittyvät lähinnä ymmärtävän sosiaali- ja historiatieteen teoreettiseen problematiikkaan. Siksi siirryn tarkastelemaan toista jaottelua, jossa nimenomaan erilaiset teoriat teosta ja sen (sosiaalisesta) merkityksestä ovat myös tekstin ymmärtämisen lähtökohtana.

3 (II) SISÄINEN/ULKOINEN REKONSTRUKTIO (SKINNERIN ENSIMMÄISEN SÄÄNNÖN TARKASTELUA)

Tämän jaottelun lähtökohtana on tässä esityksessä *Peter Winchin* teos *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy* ja siinä eritelty ymmärtämisen käsite. Tutkiminen on ymmärtämistä. Vaikka Winchin tarkastelun kohteena on etupäässä ymmärtävä sosiologia, hänen teoriallaan on

⁷ Knuutila, s. 13–18. Kusch, s. 277 ja 280. Ks. rajanvedon ”our own terms” / ”their own terms” ongelmista ja suhteesta Rorty, s. 50 ja 53–55. Gadamerin osalta ks. tuonnempana av. 31 ja 32.

merkitystä myös historiatieteiden ja nimenomaan aatehistoriallisten tekstien kannalta. Jaottelu poikkeaa edellisestä käsittelemällä temaattisesti sosiaalista toimintaa ja nimenomaan kielen (tekstin) asemaa tässä toiminnassa. Winchin käsitys muistuttaa mielestäni olennaisesti eräitä myöhäiswittgensteinilaisia teorioita kielestä: kielen teorian tasolla mm. *J. L. Austin* ja *John Searle* edustavat samankaltaisia näkemyksiä kuin Winch sosiaalisen toiminnan ymmärtämisen kannalta. Näitä eritasoisia teorioita yhdistää näkemys kielen ja toiminnan yhteydestä (a), molempien perustaminen sääntöihin (b) ja kielen, tekstin ja toiminnan ymmärtäminen näistä säännöistä käsin (c).⁸

Kieli ja sosiaalinen toiminta muodostavat kokonaisuuden: tekstin (kielen) välityksellä solmitaan sopimuksia, laaditaan veroluetteloita, annetaan sotilaskäskyjä jne. Kieli muodostaa tällöin kunkin toiminnan ehdon ja rajan. Siten kieltä ja tekstiä voidaan sosiaalisena toimintana tarkastella vain sen omasta itseymmärryksestä käsin. Winchin ja häntä kommentoivien esitysten perusesimerkki on Zande-nimisen afrikkalaisen alkukantaisen heimon riittimenot. Niitä voidaan ymmärtää vain tämän heimon uskomuksia heijastavan sääntö- ja merkkijärjestelmän valossa. Kysymys kielen tai tekstin sisäisestä ja ulkoisesta merkityksestä pelkistyy ongelmaksi siitä, missä määrin ulkopuolinen tutkija on sidottu toimijan tai kielen käyttäjän omaan itseymmärrykseen. Viimeksi mainittu tarkoittaa joko tekstin laatijan antamaa tai sosiaalisessa yhteisössä muuten institutionaalisesti vakiintunutta merkityssisältöä. Winchiläisen ymmärtävän yhteiskuntatieteen lähtökohta – tulkituttuna nimenomaan aatehistoriallisen tutkimuksen kannalta – voidaan nähdä *historiallisen agentin* (tässä tapauksessa kollektiiviagentin, heimon) tiettyinä auktoriteettina omien tekojensa tai tekstiensä merkityksen tulkitsijana. Kuitenkin tämä auktoriteettiasema näyttää pikemmin lähtökohdalta kuin ehdottomalta periaatepiltä: agentti voi olla epärehellinen, erehtynyt, pakonalainen tai tietämätön omaan toimintaansa liittyvistä merkitysyhteyksistä.⁹ Tilanne on mielestäni analoginen kommunikatiivisen teorian ja

⁸ Skinner itse viittaa J. L. Austinin puheaktien teorian illokutionaariseen funktioon tekstin sisäisenä merkitysyhteytenä. Ks. Skinner 1972, s. 400–405. Ks. siitä Hyrkkänen, s. 46 ss. Ks. lausutusta muuten P. Winch, *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy*, London 1958, J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford 1955, J. Searle, *Speech Acts*, London 1970, J. Searle, *Expression and Meaning*, Cambridge 1979. Vrt. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt 1988, s. 120 ss., K. Wikström, *Oikeuskäytännön tulkinnasta*, Suomalainen Lakimiesyhdistys, A-sarja n:o 128, 1978, s. 82–88 ja 100.

⁹ Vrt. Hyrkkänen, s. 49–52, H. Kannisto, Ymmärtäminen, kritiikki ja hermeneutiikka, teoksessa *Vuosisatamme filosofia*, toim. I. Niiniluoto ja E. Saarinen, WSOY 1986, s. 169.

diskurssietiikan tilanteelle, jossa *moraalinen agentti* on omien intressiensä tulkinnan ylin, muttei ehkä ehdoton tulkitsija.¹⁰

Tutkijan kannalta tällainen ehdoton pitäytyminen sisäiseen merkitykseen näyttää tuottavan vastaavia vaikeuksia kuin edellisen jaottelun yhteydessä. Mikä on ilman rekonstruktiota mainitun kultin kieli? Epäilemättä se olisi kaikille valmiit ja kaikkien jakamat yhteiset merkityssisällöt. Voidaanko sellaista kuitenkaan yksiselitteisesti olettaa? Mistä tutkija saa tietoa tästä merkityksestä? Ei ole täysin yksiselitteistä, missä määrin Winch lopultakaan pitäytyy ehdottomasti toiminnan agenttien omassa itseymmärryksessä. Winch selittää, että toimijoiden reflektiivisen ymmärryksen (unreflective understanding) voi olla kohteena reflektiivisemmälle tutkimukselle (more reflective understanding), joka sisältää toiminnalle tuntemattomia käsitteitä (which are not taken from the forms of activity). Joka tapauksessa Winch asettaa ymmärtämiselle rajoituksen, joka muistuttaa edellä mainittua Skinnerin ensimmäistä sääntöä.

I do not wish to maintain that we must stop at the unreflective kind of understanding. But I do want to say that any more reflective understanding must necessarily presuppose... the participant's unreflective understanding. Similarly... still these technical concepts (i.e. not taken from the forms of activity) of his will imply a previous understanding of those other concepts which belong to the activities under investigation.^{10a}

Winchin ymmärtämisen käsite ja menetelmä on sekä sosiaalisen toiminnan että kielen (tekstin) teoria. Se yhdistää molemmat eräänlaiseksi ”merkityksellisen käyttäytymisen” tai ”käyttäytymisen merkityksen” teoriaksi. Siitä on olemassa lukuisia tulkintoja ja erivivahteisia kriittisiä arvioita. Viimeksi mainitut esittävät samansuuntaisia havaintoja, joihin edellä on viitattu historiallisen ja rationaalisen rekonstruktion erottelun yhteydessä. Ne koskevat kielen, sosiaalisen toiminnan ja tekstin ymmärtämisen teorioita. Erään perusongelman muodostaa kysymys, mitä lopulta tarkoittaa internalistiseksi luonnehdittava lähtökohta toimijan (tekstin kirjoittajan) antamasta merkityssisällöstä tai toimintamuotojen (forms of activity) omasta itseymmärryksestä. Jos tähän ei pystytä antamaan yksiselitteistä ja selvää vastausta, joutuu internalistinen lähtökohta ehdottomassa muodossaan kyseenalaiseen valoon.

¹⁰ H. Tolonen, On Universalizing and Discourse, The 15th World Congress of IVR, Göttingen 18.–24.8.1991, *ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 51, Vol. 1, s. 287 ss., Stuttgart 1993.

^{10a} Winch 1958, s. 89

Monet sosiaalisen toiminnan teoriasta lähtevät, usein aatehistoriaan suuntautuneet tutkijat ajattelevat, että tällainen internalistinen (”subjektiivinen”) alkumerkitys on olemassa. Niinpä *Max Weberin* mukaan toiminta (*Handeln*) tarkoittaa sellaista käyttäytymistä, johon toimija liittää subjektiivisen merkityksen: mit ihm einen subjektiven Sinn verbindet.¹¹ Hieman vastaavalla tavalla *Paul Ricoeur* puhuu yleisluonteisesti merkityksen ja toiminnan samuudesta; tässä suhteessa ei ole kätkeytyjä merkityksiä: subjektiivinen toiminnan merkitys ei ole yksityistä vaan julkista.¹² Myöhemmässä teoksessaan *Time and Narrative* fenomenologiset, historian intentionaalisuutta koskevat käsitykset (erityisesti Husserlin *genesis of meaning* ja Heideggerin *Innerzeitlichkeit*) alkavat hallita Ricoeurin teoriaa.¹³ Niihin liittyy olennaisesti ranskalaisilta annalisteilta omaksuttu ajatus tapahtumisen erityisistä temporaalisista rakenteista (”kukin tapahtuma on jäsennettävä sille ominaisen temporaalisen rakenteen mukaan”).¹⁴ Kuitenkin tässä verraten mutkikkaassa teoriarakennelmassa ajatus ja vaatimus alkuperäismerkityksestä säilyy. Sitä edustavat historiantutkimuksen vaatima, Ricoeurin terminologian mukainen ns. ”julkinen aika”, vaatimus konkreettisesta historiallisesta agentista, joka sosiaalisten vuorovaikutussuhteiden sävyttämänäkin esiintyy tutkimuksen lähtökohtana, ”first-order entity of history”.¹⁵

Kumpikaan mainituista tutkijoista ei missään tapauksessa näe internalistista lähtökohtaa tutkimuksen rajana. Max Weberin mukaan internalistinen horisontti voidaan ylittää ennen kaikkea ns. ideaalityypin (*Idealtypus*) avulla. Ideaalityyppinen käsite ei ole alkuperäismerkityksen hypoteesi tai kuvaus. Weber luonnehtii sitä usein *synteesiksi* (”synthesis” kantilaisessa mielessä, erityisen subsumointi yleisen käsitteen alaiseksi), jolla monia individuaalisia ja konkreettisia ilmiöitä järjestetään ”yksipuolisesti korostetun” *analyytisen konstruktion* alaiseksi. ”Die logische Struktur der Begriffssysteme, in denen wir solche ’Ideen’ zur Darstellung bringen, und ihr *Verhältnis zu dem, was uns in der empirischen Wirklichkeit unmittelbar begehen ist...*”¹⁶

¹¹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Halbband, Tübingen 1972, s. 1.

¹² P. Ricoeur, *The Model of the Text*, in: *Understanding and Social Discovery*, eds F. Dallmayer and T. MacCarthy, Notre Dame. Ind. 1977, s. 323.

¹³ Ricoeur 1984, s. 84–87 ja 179–180 ja 1988, s. 63–96.

¹⁴ Ricoeur 1984, s. 90–91 ja 99–106.

¹⁵ Ricoeur 1984, s. 86, 181 ja 193–195. Ks. myös 1988, s. 104–126.

¹⁶ M. Weber, ”Objektivität” sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, *Methodologische Schriften*, Frankfurt, s. 49, kurs. HT. Ks. myös S. Hekman, *Max Weber and Contemporary Social Theory*, Oxford 1983.

Nämä Weberin mukaiset erilaiset ideaalityypit, kuten vaihto, liberalismi, formaalinen rationaliteetti, ovat tutkijan loogisia konstruktioita. Niille on tunnusomaista se, että ne ylittävät tutkimuskohteen oman itseymmärryksen ja ovat sosiaaliseen toimijaan nähden eksternaalisia.¹⁷ Paul Ricoeur, joka monessa suhteessa poikkeaa Weberistä, korostaa kuitenkin hieman vastaavalla tavalla sosiaalitieteiden ”hermeneuttista” luonnetta. Toimintaa ymmärretään kuten kieltä, jolla on määritettävissä oleva merkitys sosiaalisessa ympäristössään. Se, että tällainen ei-kätkeyty alkuperäismerkitys on löydettävissä, ei poista mahdollisuutta tarkastella sitä erilaisten typologioiden valossa (kuten Weberin ideaalityypit), jotka antavat uusia merkityssisältöjä sosiaaliselle toiminnalle.¹⁸ Perusajatus tulee Ricoeurin myöhemmässä teoksessa *Time and Narrative* yhä hallitsevammaksi. Tässä teoksessaan Ricoeur suuntautuu temaattisesti metodologista individualismia vastaan. Tämän mukaisesti tutkimuskohteena eivät ole yksilöt sellaisenaan, vaan yksilöt symbolisessa, kulttuurisessa ja temporaalisessa kontekstissaan; siten historiatieteen ”redusoimaton” (irreducible) objekti on yhteiskunnallinen järjestys (*societal order*, kurs. Ricoeurin). Painopiste siirtyy erilaisia merkityssisältöjä antavaan tutkimustoimintaan, ”the structuring activities”. Sen pääperiaate Ricoeurin mielestä on kausaalisten *explanation by laws* -selitysten asemasta eri merkityshorisonteissa kohdettaan tarkasteleva, ymmärtämisen kategoriaan kuuluva ”juonen antaminen”, *explanation by emplotment*.¹⁹ Juuri tämä on Ricoeurin tarkoittama moniulotteinen keskeiskäsite ”narratiivi”, ”juoni”, *plot*, jonka hän johtaa Aristoteleen *mythos*-käsitteestä. Sen temporaalisen struktuurin perusongelman hän näkee taas ensi kerran tiivistetyn Augustinuksen tunnetussa, menneen, nykyisen ja tulevan ajan aporiassa, joka näyttää jättävän ajan vaille ulottuvuutta ja olemassaoloa.

Itse asiassa sosiaalisen teon ja sen kielen (tekstin) internalistinen vs. eksternalistinen tarkastelu samoin kuin Max Weberin ymmärtyvä sosiologia on tunnetusti ollut huomattavan laajan, usein kriittisen keskustelun kohteena. Usein tälle keskustelulle on ollut yhteisenä piirteenä mainitun internalistisen näkökannan ylittäminen sitä kuitenkin suoranaisesti hylkäämättä. *Susan Hekman* toteaa mielestäni osuvasti, että tämä kysymys on muodostunut sosiaalisen teon ja kielen (tekstin) nykyisten teorioiden avainongelmaksi. Hekman luonnehtii sitä pyrkimykseksi löytää tyydyttävä synteesi, joka yhdis-

¹⁷ Hekman, s. 37.

¹⁸ Ricoeur 1977, s. 323.

¹⁹ Ricoeur 1984, s. 195 (kurs. Ricoeurin) ja 54–57, s. 76, s. 181 ja 193–196.

täisi toisaalta inhimillisen teon ja kielen ymmärtämisen ja toisaalta ulkoisen sosiaalisten formaatioiden rakenteellisen analyysin.²⁰ Ongelmalla on useita erisuuntaisia ratkaisuyrityksiä, joilla on mielestäni merkitystä myös suoraan osittain Hekmanin esitystä seuraten – kahteen erilaiseen ratkaisuun.

Ensimmäistä ratkaisua edustaa *Anthony Giddensin* uudenlainen struktuurianalyysi. Giddensin avainkäsite on ”rakenteen kaksoisluonne”, *the duality of structure*, josta hän teoksessaan *Studies of Social and Political Theory* 1977 toteaa:

Structure enters into explanation of action in a dual way: as the medium of production and at the same time as its outcome in the production of social forms.²¹

Inhimillinen teko ja yhteiskunnallinen rakenne suhtautuvat siten toisiinsa kahdensuuntaisesti ja toisiaan edellyttävillä tavoilla. Rakenne on yhtäältä inhimillisen toiminnan (ja uusintamisen) tuote; toisaalta se on toiminnan edellytys ja väline, joka antaa sille merkityksen. Ymmärtämistä Giddens luonnehtii ”refleksiiviseksi rationalisaatioksi” (reflexive rationalization), joka on nähtävä – kuten Giddens sanoo – strukturaalisten ominaisuuksien mobilisaationa.^{21a} Tähän kaksisuuntaisen hermeneutiikan (”double hermeneutic”) ajatukseen Giddens palaa sittemmin myös suomennetussa teoksessaan *Central Problems in Social Theory* 1979. Siinä hän soveltaa ajatustaan nimenomaisesti tekstin ja sen merkitysyhteyden ymmärtämiseen. Hän ottaa kriittistä etäisyyttä yhtäältä Winchin sisäistä näkökulmaa korostavaan ymmärtävään yhteiskuntatieteeseen ja toisaalta Durkheimin puhtaasti funktioanalyttiseen tarkastelutapaan.²² Ensiksi mainittua vastaan kohdistuu Giddensin ajatus subjektin keskeisyyden rajoittamisesta ja kieltämisestä, joka on saanut vaikutteita mm. Derridalta. Kieleen sovellettuna: ”Tutkimus ei saa siis kohdistua vain tekstin tarkoitushakuiseen puoleen vaan myös sen tuottamisen syihin ja motiiveihin, jotka liittyvät itse tuottamisprosessiin ja ilmenevät sen ammattitaitoisena aikaansaamisena”.²³ Toisaalta kieltä tai so-

²⁰ Hekman, s. 9–10.

²¹ A. Giddens, *Studies in Social and Political Theory*. New York 1977, s. 130.

^{21a} Giddens 1977, s. 86.

²² Ks. A. Giddens, *Central Problems in Social Theory. Action, structure, and contradiction in social analysis*. London 1979; suom. *Yhteiskuntateorian keskeisiä ongelmia*. Otava 1984, s. 136–137 ja 89–91.

²³ Giddens 1984, s. 79.

siaalisia rakenteita ei voida tarkastella pelkinä yhteiskunnallisina funktioina (Durkheim) tai subjektia vailla olevina puhtaina ulkokohtaisina merkkeinä (Derrida). Sosiaalisena teoriana Giddensin tarkastelutavan ydin on ehkä juuri subjektia ja rakenteita yhdistävässä reproduktion peruskäsitteessä. Kieltä ja tekstiä koskevana teoriana se tarkastelee merkityksiä sosiaalisissa muotoutumisprosesseissa ja pyrkii yhdistämään kaksi vastakkaista näkökulmaa. Niistä ensimmäinen koskee – kuten Giddens toteaa – ”sitä, mitä toimija ’tarkoittaa’ sanomisellaan tai tekemisellään, minkä merkityksen hän niille antaa”. Toisessa on kysymys taas ”siitä, mikä hänen ilmaisunsa tai tekonsa merkitys on”²⁴ Siten kysymyksessä on sisäisen ja ulkoisen merkityksen yhdistäminen, johon sisältyy sekä toimijan käsitteet että toimijan kielen merkitysyhteyden ylittävät (tieteellisen) yhteisön käsitteet.

Giddensin tarkastelu on perusluonteeltaan struktuurianalyyttinen, jota voidaan luonnehtia toimintastruktuurialiseksi, toimijan ja rakenteiden vuorovaikutussuhteeksi. Sisäistä ja ulkoista merkityshorisonttia yhdisteviä teorioita on rakennettu kuitenkin myös aivan toisensuuntaisille perusteille. Eräs viimeaikaisen postmodernin ajattelun uudelleen ajankohtaiseksi tekemä on fenomenologinen merkitysteoria sellaisena kuin *Alfred Schutz* muodosti sen *Edmund Husserlin* ajatusten pohjalta. Tämä teoria ei lähde objektiivisista yhteiskunnallisista rakenteista vaan intersubjektiivisestä tajunnasta ja merkitysten objektiivisesta intentionaalisuudesta. Siten fenomenologisen erittelyn lähtökohta ei ole kieli vaan tajunta. Nämä Husserlin keskeisiin ajatusteemoihin palautuvat peruskäsitteet tekevät itse asiassa kyseenalaiseksi yksiselitteisen alkuperäismerkityksen sen edellä luonnostellussa internaalisessa merkityksessä. Toimijan ja tekstin laatijan merkitykset eivät ole puhtaita ja yksinkertaisia faktoja, jotka toimisivat yksiselitteisenä perustana niiden varaan rakennetuille teorioille, ideaalityypeille tai konstruktioille (kuten Weber näytti ajattelevan). Niinpä Schutz toteaa kaiken, sekä tieteellisen että jokapäiväisen common sense -tiedon rakentuvan konstruktioille. Eli: se sisältää jo alun perin abstraktioita, yleistyksiä, formalisaatioita ja idealisaatioita, jotka ovat tyypillisiä ajattelun eritasoisille muodoille. Yhtäältä jo tutkimuskohde itsessään sisältää mahdollisuuksia erilaisiin abstrahointeihin ja idealisointeihin. Siten ei voida tiukassa mielessä puhua yksiselitteisestä alkuperäismerkityksestä. Toisaalta tutkijalla on omat tiedolliset intressinsä, oman tiedeyhteisönsä säännöt ja edellytykset. Niitä Schutz kutsuu terminologiansa mukaan relevanssisysteemiksi. Siten tutkijan käsitteelliset abstrahoinnit ja

²⁴ Giddens 1984, s. 141.

idealisoinnit rakentuvat epäilemättä sosiaalisten toimijoiden ja kielen käyttäjien merkityshorisontille mutta ovat samalla välttämättä jotain erillistä siihen nähden. Nimenomaisesti ideaalityyppisistä yleistyksistä Schutz tekee kaksi tärkeää havaintoa. Subjektiviisen merkityksen toisella, nimittäin intersubjektiviisen ymmärtämisen tasolla merkitys ”objektivoituu”, koska se erkanee alkuperäisestä merkityskonstituutiosta (a). Intersubjektiviinen taso muodostuu täten tietyistä ”anonymiteetin” alueista, joilla sosiaaliset aktorit ymmärtävät toisiaan vain tietyn tyypifoinnin avulla (b).²⁵ Viimeksi mainittu kannanotto heijastelee kaukaisesti Derridan käsitystä subjektien anonymiteeteistä.

Schutzin fenomenologisesti suuntautunut ymmärtämisen käsite ylittää siten ulkoisen ja sisäisen merkityssisällön vastakohtan intersubjektiviteetin, tutkijan ja tutkimuskohteen tietoisuuden sekä merkitysten ”objektiviisen intentionaalisuuden” ajatusten perusteilla. Nimenomaan tekstintutkimuksen kannalta Schutz asettaa kaksi vaatimusta tutkijan konstruktiolle ja idealisoinneille. Ensinnäkin niiden tulee täyttää *adekvaattisuuspostulaatti* (postulate of *adequacy*). Tämän postulaatin mukaan konstruktioiden ja käsitteiden tulee olla ymmärrettäviä tutkimuksen kohteen toimijoille. Sitä vastoin toinen postulaatti nimenomaisesti edellyttää alkuperäisen toimijan horisontin ylittämistä. Schutz kutsuu sitä *rationaalisuuspostulaatiksi* (postulate of *rationality*). Sen mukaan oletetaan, että toiminta suoritetaan tai teksti kirjoitetaan tietoisena kaikista selvistä ja erillisistä (rationaalisista) elementeistä, jotka ovat relevantissa suhteessa niihin.²⁶

Schutz tekee siten pitemmälle menevän agentin rationaalisuusolettaman kuin tunnettu historianfilosofi *William Dray*. Drayn esitys teoksessa *Laws and Explanation in History* käsittelee nimenomaisesti historiallista selittämistä. Drayn teorian ydin (jolla hän poikkeaa ns. Covering Law -malleista) koskee sitä välittävää lenkkiä, joka vallitsee annettujen alkuolosuhteiden (initial conditions) ja sen agentin toiminnan välillä, joka on selittämisen tai ymmärtämisen kohteena. Drayn ratkaisu on seuraava: sellainen ja sellainen toiminta on niissä ja niissä olosuhteissa *rationaalista* tehdä. Tämän mukaisesti Dray kutsuu malliaan *rationaaliseksi selittämiseksi*, ja sitä on kutsuttu myös nimellä *good-reasons-explanation*.²⁷ Ajatus poikkeaa Schutzin

²⁵ A. Schutz, *Collected Papers, vol. 1*, ed. M. Natanson, The Hague 1962, s. 5, *vol. 2*, ed. Brodersen, The Hague 1964 s. 45 ss., 99 ja 193.

²⁶ Schutz 1964 s. 43–44 ja 86.

²⁷ W. Dray, *Laws and Explanation in History*, Oxford 1957, s. 108, 122–124 ja 131–137, G. Radnitzky, *Contemporary Schools of Metascience*, Lund 1970 I, s. 181–182 ja II, s. 104–109.

olettamasta siinä, että Drayn teorian mukaan kysymyksessä voi olla vain korostetusti subjektin oma rationaalisuuskäsitys. Schutzin kanta on moniselitteisempi: rationaalisuus on yhtäältä käsityksiä ”firmly rooted in the subjective meaning of the social actors”. Toisaalta se ”is removed from the mundane social world because of these second-order concepts”.²⁸ Tämä ajatus muistuttaa voimakkaasti Ricoeurin fenomenologian sävyttämän teorian piirteitä, jotka kieltävät ehdottoman eron ”sisäisen” ja ”ulkoisen” tekstin (the ”inside” and ”outside” of a text) välillä katsoen eron heijastavan staattista ja suljettua tekstikäsitystä.²⁹ Kuitenkaan Drayn käsitystä ei ole syytä kiirehtiä luonnehtimaan internalistiseksi winchiläisessä mielessä; sen selitysmalli sisältää olennaisena osana agentin ulkopuoliset olosuhteet, joskin pääsääntöisesti agentin oman rationaalisuuskäsityksen välittämänä.

Kun tarkastelemme edellä lyhyesti käsiteltyjä sosiaalisen toiminnan, kielen ja aatehistoriallisten tekstien filosofisia erittelyjä, havaitsemme monia, konkreettisen tekstintutkimuksen kannalta ehkäpä hämmäntäviäkin eroja. Mitä annettavaa näillä usein vastakkaisilla ja sangen abstraktilla tasolla liikkuvilla näkemyksillä voi olla konkreettisen aatehistoriallisen tutkimuksen kannalta? Oma vastaukseni tähän kysymykseen lähtee siitä, aluksi ehkä yllättävältä vaikuttavasta seikasta, että kaikki edellä mainitut filosofiset analyysit – olivatpa ne sitten sosiaalisen toiminnan tai historianfilosofian erittelyjä – ovat lopulta yksimielisiä ainakin eräistä, tosin sangen eri tavoin formuloiduista, yleisistä lähtökohdista. Tällaisina näkisin kaksi piirrettä, jotka koskevat juuri sisäisen ja ulkoisen merkitysyhteyden eroa:

- (a) *Täysin yksiselitteistä* sisäistä (so. tutkijasta riippumatonta) merkitystä ei lopultakaan ole kenenkään, ei oikeastaan edes Peter Winchin teorian mukaan. Rajoitun viittaamaan Winchin osalta kahteen erilaiseen (tutkijan tai toimijan) ymmärtämiseen, ”reflective”/”unreflective”.³⁰
- (b) *Lähtökohtana* tutkimukselle on kaikkien eri teorioiden mukaisesti aina jossain muodossa formuloitu internalistinen merkitys alkuperäismerkityksen mielessä. Kuitenkaan se ei koskaan muodosta tutkimuksen yksiselitteistä rajaa, jonka ylittävät väitteet olisivat tekstihistoriallisesti mielettömiä, ”spekulatiivisia”. Sitä vastoin rajan sijainti ja kriteeri vaihtelee eri teorioiden mukaan huomattavasti.

Nämä yleisluonteiset periaatteet edellyttävät erään aatehistoriallisen tutkimuksen keskeisen elementin, aatehistoriallisen subjektin tai agentin, olipa

²⁸ Schutz 1964, s. 18.

²⁹ Ricoeur 1984, s. 76 ja 193–206.

³⁰ Ks. myös Kannisto, s. 175, Wikström, s. 95–97.

se sitten individuaalinen agentti, sosiaalinen instituutio tai kollektiivinen tajunta, ”mentaliteetti”. Sille on ominaista tietty temporaalinen rakenne. Olipa se sitten annalistien ja Ricoeurin tarkoittama pitkä tai lyhyt kesto, sillä on kuitenkin alkunsa ja päätepisteensä, aikansa ja paikkansa, joka ei voi loputtomasti olla tutkijan tai nykyiskäsitteiden manipuloitavissa. Jos hävitämme tämän subjektin, emme voi puhua enää aatehistoriasta. Kysymys liittyy olennaisesti Skinnerin ensimmäiseen sääntöön. Tässä katsannossa on perusteltua suhtautua varauksella Gadamerin käsityksiin menneen ja nykyisen merkityshorisontin sulauttamisesta, joka sisältyy hänen historiallisen hermeneutiikkansa perusajatuksiin. Gadamerin mukaan rekonstruktio tapahtuu tutkijan nykymerkityksen ehdoin ja sen kielellisen kontekstin värittäjänä. Aatehistoriallinen tutkimus on tämän käsityksen mukaan sidottu nykyiskontekstin ehtoihin: menneisyys sisältyy momenttina nykyisyyteen. Aatehistoria olisi ajatuksen mukaan menneisyyden merkityksen palauttamista nykyisyydessä (”auktoriteetin ja tradition rehabilitaatio”) tai nykyisyyden projektiota menneisyyteen. Gadamer ajattelee historiallista ymmärtämistä menneen ja nykyisen merkityshorisontin sulauttamisena: *Vielmehr ist das Verstehen immer der Vorgang der Verschmelzung solcher vermeintlich für sich sein der Horizonte*.³¹ Aatehistoriallisena ohjelmana Gadamerin ajatuksiin on myös perustellusti suhtauduttu kriittisesti tai varauksellisesti.³² Näkökohta koskee tässä yhteydessä vain aatehistoriallista tutkimusta; Gadamerin yleisen hermeneutiikan tulkintana ajatus vaatisi pitemmälle menevää, tilanteen, horisontin ja vaikutusyhteyden käsitteistä lähtevää erittelyä, johon tässä ei ole tilaisuutta.³³

Tässä esityksessä on keskeistä se, että mainittu Gadamerin ajatus on aatehistoriallisen subjektin hävittämisen eräs muoto ja rikkoo Skinnerin ensimmäisen säännön perusajatusta vastaan. Juuri tämä on omasta näkökulmastani lopultakin Skinnerin ensimmäisen säännön ydin. Muotoilisin sen seuraavasti: aatehistoriallinen subjekti voidaan edellä mainituilla tavoilla tulkita eri lailla mutta itse subjektin hävittäminen tai sen temporaalisen rakenteen erityisluonteen sivuuttaminen ei ole aatehistoriallisen tutkimuksen toimintalogiikan mukaista. Tiivistettynä: aatehistoriallisilla ilmiöillä on

³¹ Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 5. Aufl., Tübingen 1986, s. 311, auktoriteetin ja tradition rehabilitaatiosta ks. s. 281–290.

³² Gadamerin käsitykset ovat olleet laajasti esillä historiallista ja rationaalista rekonstruktioita koskevan keskustelun yhteydessä. Ks. Knuuttila, s. 13–16, Kusch, s. 277 ja 280.

³³ Ks. Wikström, s. 101 ss., Kannisto, s. 172–175.

(kollektiivinen tai individuaalinen) subjektinsa ja temporaalinen erityisrakenteensa. Tämän ajatuksen valossa myös ”transsendentaalinen keskimääräissubjekti” tai ”subjektin täydellinen anonymiteetti” näyttävät sellaisenaan (so. subjektin temporaalista rakennetta erittelemättä) tutkimuskohdetta huonosti jäsentäviltä käsitteiltä.

Edellä olevat ajatukset liikkuvat paljolti sosiaalisen toiminnan ja kielen teorian sekä historian filosofian tasolla. Niiden painotus on alussa mainittu toinen kysymys (b), joka koskee nykyisten ja menneiden käsitteiden suhdetta. Seuraava esitys koskee taas lähtökohtaisesti aikalaiskontekstin laajuutta ja sen ulottuvuutta (edellä kysymys (a)) nimenomaan konkreettisen aatehistoriallisen tutkimuksen kannalta. Osittain painottaakseni tätä näkökulmaa, osittain tuodakseni esiin eräitä uusia käsityksiä otan käyttöön kolmannen käsitteparin *tekstihermeneuttinen/funktionaalinen*. Sinänsä sosiaalisen teon ja aatehistoriallisen tekstin tutkimuksen välillä ei vallitse nähdäkseni periaatteellista eroa. Molemmissa on kysymys ”merkityksellisestä tekstistä” (teosta) tai ”tekstin (teon) merkityksestä”. Konkreettisessa tutkimustoiminnassa ne saattavat sisältää kuitenkin erilaisen aikaulottuvuuden (temporaalisen struktuurin) taikka liittyä eri tavoin sosiaaliseen ympäristöönsä ja sen rakenteisiin.

4 (III) TEKSTIHERMENEUTTINEN JA FUNKTIONAALINEN REKONSTRUKTIO (SKINNERIN TOINEN SÄÄNTÖ JA SEN TARKASTELUA)

Mikään aatehistoriallinen tutkimus ei ole tutkittavan tekstin pelkkää toistamista. Tutkimus jäsentää tekstejä tietyn kysymyksen suhteen, havaitsee samanlaisuuksia ja eroja eli käyttää ainakin jossain mielessä mm. Ricoeurin mainitsemia samanlaisuuden, erilaisuuden ja analogisuuden kategorioita.³⁴ Tällöin suoritetaan jo tekstinsisäistä rekonstruktioita. Usein tällainen tekstinsisäinen rekonstruktio joutuu kohtaamaan kaksi erityistä, usean tutkimuskohteen yhteydessä merkittävää jäsennyseriaatetta. Niistä ensimmäistä kutsun *tekstilajiksi* ja toista tekstin *institutionaalistumismuodoksi*.

³⁴ Ricoeurin mukaan tutkija voi toimia ”under the sign of the Same”, jolloin tehtävänä on nykyiskontekstista lähtevä menneisyyden konstruointi. Toimintapa ”under the sign of the Other” merkitsee taas temporaalisen distanssin palauttamista. Vihdoin ”under the sign of the Analoguous” on näkökulma, joka liittää edellä mainitut yhteen (that itself associates the Same and the Other). Ks. Ricoeur 1988, s. 142–154.

Ensinnäkin tekstin merkityksen yhteydessä on olennaista se, onko kysymys uskonnollisesta saarnasta, poliittisesta puheesta, lakitekstistä tai luonnonoikeudellisesta teoriasta. Omassa tutkimuksessani *Korko, raha ja sopimus* (1992) olen joutunut kohtaamaan tämän kysymyksen luonnonoikeudellisen tekstilajin muodossa. Se on käsitykseni mukaan se olennainen tekstitaso, jolla korkoa, rahaa ja sopimusta koskevia muuttuvia käsityksiä perusteltiin uuden ajan alussa 1500- ja 1600-luvuilla. Toiseksi tekstin merkityssisältö saattaa olla eritasoisesti institutionaalistunut. Poliittiseen demokratiaan tai aristokratiaan saattaa liittyä erilaisia sosiaalisesti, moraalisesti tai oikeudellisesti määritettyjä instituutioita, kuten enemmistöperiaate, vähemmistösuoja, imperatiivisen mandaatin kieltö jne. Vastaavasti taloudellista toimintaa koskevalla alueella korkokiellon häviäminen liittyi huomattavaan joukkoon erilaisia institutionaalistumismuotoja: sopimusvapaus, menetetyt voiton peruste, uudet yhtiömuodostelmat, luottokauppa ja vekseli. Molempia rekonstruktion muotoja sävyttää nähdäkseni nimenomaisesti tekstin alkuperäismerkityksen perusluonne. Lähtökohdaksi voidaan tämän mukaisesti ottaa tekstin laatijan sille antama tai sosiaalisessa yhteisössä vaikiintunut merkitys. Esimerkiksi 1500-luvun oikeus- ja talousopilliset tekstit antavat useimmiten selvän merkityssisällön käsitteelle ”vekseli” (cambium), vaikka sen sallittavuudesta käytiin laajakantoisia kiistoja. Tekstien erittely saattaa asettaa huomattavan monitahoisia kysymyksiä erilaisesta argumentaatorakenteesta, tekstilajista ja institutionaalistumismuodosta riippuen.³⁵

Periaatteessa vastauksen kriteeri on löydettävissä tekstinsisäisessä horisontissa, lähdetutkimuksen, tekstin oman itseymmärryksen ja sen omien traditioiden analyysin tietä. Tätä tekstinsisäistä rekonstruktion muotoa kutsun *tekstihermeneuttiseksi*. Siinä on ainakin väljässä mielessä kysymys siitä merkityksestä, jonka toimija tekstin välityksellä antaa. Tosin institutionaalistumismuoto antaa tekstihermeneuttiselle rekonstruktiolle tiukasti ymmärrettynä internalistista sisältöä väljemmän merkityksen.

Tekstihermeneuttisen rekonstruktion ohella on puhuttava toisenlaisesta, eräässä mielessä vaikeammasta rekonstruktion muodosta. Sen merkitys on riippuvainen siitä, missä määrin kieli ja konkreettisesti tulkittava teksti ovat yhteydessä muihin sosiaalisiin interaktion muotoihin. Kieli ja teksti liittyvät sosiaalisiin suhteisiin ja rakenteisiin. Kielen avulla ei ainoastaan laadita veroluetteloita tai anneta sotilaskäskyjä. Sen välityksellä käytetään

³⁵ H. Tolonen, *Korko, raha ja sopimus*, Lakimiesliiton kustannus 1992, s. 49–57 (erilaiset tekstilajit) ja 278–298 (erilaiset institutionaalistumismuodot); ks. myös Esipuhe, s. VII–VIII.

valtaa, ajetaan intressejä, perustetaan yhteiskunnallisia rakenteita. Sen kautta ilmenee yhteiskunnan keskeistoimintojen, kuten resurssien jaon, poliittisen vallan ja vaihdannaistumisen olennaisia kehityspiirteitä. Kieli ja teksti välittävät ne erilaisten instituutiomuotojen kautta jokapäiväisiksi rutiineiksi, perustelevat niillä entisiä tai uusia toimintamalleja ja niiden yksityiskohtaisia sovellutustilanteita. Ei siten voida puhua tekstin tarkoitettusta merkityksestä vaan pikemminkin tekstin *toimintaympäristöstä*, niistä edellytyksistä, joiden vallitessa teksti saa merkityksen. Tällaista rekonstruktion muotoa kutsun *funktionaaliseksi*. Se perustuu tekstin ulkopuoliseen merkitysyhteyteen. Se korostaa tekstin yhteyttä sosiaaliin suhdejärjestelmiin ja yhteiskunnallisiin tehtäviin, joista tekstin laatija ei välttämättä ollut lainkaan tietoinen.

Tässä yhteydessä ei ole mahdollista eritellä kaikkia funktionaalisen rekonstruktion muotoja. Jotkut, mm. Anthony Giddens, tekevät eron funktio- ja struktuurianalyttisen tarkastelun välillä, johon ei ole tässä tilaisuutta syventyä. Viitataan lyhyesti funktionaalisen tarkastelun kahteen tyyppiin, jotka usein esiintyvät juuri aatehistoriallisen tutkimuksen yhteydessä. Ensimmäinen on yhteiskunnan ja oikeuden evoluutioteoriat sellaisina kuin sen esittävät mm. *Niklas Luhmann* (archaisches, vorneuzeitliches, und positives Recht), *Roberto Unger* (arkaainen, aristokraattinen, liberaalinen ja postliberaalinen), mielestäni osittain myös *Max Weber* (materiaalisesti ja formaalisesti rationaalinen oikeus).³⁶ Toinen tyyppi on marxilaisen tradition tuntumassa liikkuva ajatus, joka perustuu yhteiskuntarakenteen selittävään ja tulkitsevaan voimaan aatehistoriallisessa tutkimuksessa. Oman tutkimusaiheeni piirissä olen mielestäni löytänyt edustavan esimerkin. Se on *C. B. Macphersonin* verraten tunnettu ja tunnustettu teoria possessiivisen markkinayhteiskunnan mallista, joka periodisesti seuraa status-yhteiskuntaa ja yksinkertaista markkinayhteiskuntaa. Siinä tuotannontekijät, työ, raha pääomana ja maa ovat vaihdannaistuneet markkinamekanismin alaisiksi. Tällainen edustaa Macphersonille tekstin ulkopuolista merkitysyhteyttä, ”sosiaalista olettaa” (a social assumption), jota tarvitaan Hobbesin ja Locken argumenttien, heidän taloudellisten ja omistusta koskevien käsitystensä oikean merkitysyhteyden selvittämiseksi.³⁷ Kysymyksessä on siten tekstin ulkopuolinen ja siinä mielessä funktionaalinen rekonstruktio, joka

³⁶ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, WV-Studium, 3. Aufl. 1987, s. 145–206. R. M. Unger, *Law in Modern Society*, London 1976, erit. s. 137–154 ja 192–199, Weber 1972, s. 388–397 ja 468–513.

³⁷ C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford 1962, s. 46.

on samalla eräs sen merkittävimmistä sovellutuksista sotien jälkeisessä aatehistoriallisessa tutkimuksessa.

Tekstihermeneuttinen ja funktionaalinen rekonstruktio on katsottu useimmiten toisiaan poissulkeviksi tutkimukselliseksi näkökulmiksi. Tähän ajatukseen liittyy usein tässä tarkoitettun funktionaalisen lähestymistavan periaatteellinen kritiikki: funktionaalinen tarkastelu tutkii jotain muuta kuin aatteiden historiaa taikka yrittää mekaanisesti ja kaavamaisesti johtaa konkreettisten tekstien merkitystä yhteiskunnallisista rakenteista tai funktioista pystymättä osoittamaan mitään yhteyttä tekstin omaan toimintahorisonttiin. On tapauksia, joissa kritiikki on perusteltua: sellaisia ovat em. oikeuden evoluutiota koskevat teoriat *sikäli kuin* niitä ilman tekstin sisäisiä liittyviä käytetään *aatehistoriallisessa* tutkimuksessa. Vastaava kritiikki kohdistuu myös Macphersonin mielenkiintoista selitystä vastaan siltä osin kuin se väittää possessiivisen yhteiskuntamallin puitteissa jotain Hobbesin ja Locken taloudellisista käsityksistä yleensä sekä vaihdon ja rahan luonteesta erityisesti. Hobbesilla ja Lockella esiintyy kyllä markkinaistuneen yhteiskunnan piirteitä (mm. Hobbesilla samaistuksena *commutative justice = market justice*), mutta markkinat ja raha eivät tarkoita markkinoita ja pääomaa nykyisessä mielessä; markkinat eivät koske tuotannon tekijöitä eikä raha esiinny pääomana, kuten Macpherson yhteiskuntamallinsa nojalla olettaa.³⁸

Kuitenkaan mitään mainituista teorioista ei sellaisenaan voi leimata aatehistoriankaan kannalta merkityksettömäksi: kysymys on aatehistorian kannalta pikemminkin niiden käyttötavasta. Toisaalta on nimittäin selvästi myös tapauksia, joissa pelkästään tekstin sisäisestä näkökohdasta lähtevä kritiikki ei ole ainakaan sellaisenaan oikeutettua. Esimerkkinä viitataan *Heikki Ylikankaan* tutkimukseen *Körttiläiset tuomiolla*, joka käsittelee viime vuosisadan 1830- ja 1840-lukujen herätysliikkeiden kannattajakuntaa eli – kuten sanoisin – tämän liikkeen subjektirakennetta, keskeisenä tutkimustulokseenaan alemman papiston korostunut merkitys ”viralliskirkkoa” vastaan.³⁹ Se on siten tekstin ulkoisen toimintaympäristön ulottuvuudella liikkuva sosiaali- ja taloushistoriallinen tutkimus. Tässä yhteydessä kysymys siitä, onko se *aatehistoriallinen* tutkimus tai onko juuri se oikea tapa tehdä aatehistoriallista tutkimusta, jää mielestäni toisarvoiseksi. Sen sijaan etualalle nou-

³⁸ Ks. tarkemmin Tolonen 1992, s. 216 ss. ja 251 ss.

³⁹ Ylikangas, *Körttiläiset tuomiolla. Massaoikeudenkäynnit heränneitä vastaan Etelä-Pohjanmaalla 1830- ja 1840-lukujen taitteessa*, Otava 1979, s. 127–131, 171–181, 209–218 ja 271–285.

see toinen näkökohta: voimme sanoa, että eräiden tavanomaisessa mielessä aatehistoriallisten tutkimusten kannalta tällaisilla tekstinulkoisilla tarkasteluilla on aivan keskeinen merkitys, mutta vain tietyin ehdoin. Nämä ehdot määräytyvät puolestaan itse tutkimusobjektista eli tutkimuksen kohteena olevista teksteistä käsin. Tämä väitteeni vaatii tarkempaa selvittelyä.

Olen itse kohdannut juuri tämän ongelman konkreettisen aatehistoriallisen tutkimuksen yhteydessä, jonka kohteena ovat eräät oikeudelliset ja taloudelliset käsitykset sekä niiden muuttuminen. Ne koskevat käsityksiä korkokiellostasta ja sen häviämisestä, markkinaistuneesta rahasta ja sopimusvapauden syntyisestä ajallisena vaihteluvälinä 1100- ja 1600-luvut. Keskeiset tekstilähteet ovat *Gregorius IX:n* ns. dekretaalit, *Tuomas Akvinolainen*, *Aegidius Lessin* ja *Ptolemaios Lucca* sekä eräät keskeiset dekretaalikommentaattorit (1100- ja 1200-luvut), *Antonius Firenzalainen* ja *Bernardinus Sienalainen* (1300- ja 1400-luvut) sekä vihdoon uuden ajan alun luonnonoikeuden klassikot *Ludovicus Molina*, *Leonhard Lessius* (vastareformaatio), *Hugo Grotius* ja *Samuel Pufendorf* (kalvinismi ja luterilaisuus, 1500- ja 1600-luvut). Tutkimuskohde sisältää siten taloudellisen arvon, vaihdon ja markkinoiden keskeisen tematiikan. Toisaalta tutkimuskohteena ovat kuitenkin korkoa, arvoa ja markkinoita koskevat *käsitykset* ja niiden muuttuminen, eivät suoranaisesti vaihdannaistumisen taloushistorialliset ilmiöt. Vaihhdannaistumista ja sitä koskevien käsitysten tutkimusaiheen moni-ilmeisyyttä painottaa eräs tärkeä yksittäinen piirre. Tähänastinen, erityisesti korkokieltoa ja sen häviämistä koskeva tutkimus jakautuu lähtökohdiltaan ja tutkimusintressiltään kolmeen erilaiseen ryhmään. Niitä ovat ensiksi oikeus- ja instituutiohistoriallisen, toiseksi taloustieteellisen ajattelun historiaan suuntautuneen ja kolmanneksi talous- ja sosiaalhistoriallisen tutkimuksen tyypit. Niistä kaksi ensin mainittua koskee lähinnä tekstin sisäistä merkitysyhteyttä ja tekstihermeneuttista rekonstruktiota. Viimeksi mainittu taas liittyy tekstin ulkoiseen merkityshorisonttiin, jolloin voidaan puhua funktionaalista rekonstruktioista.

Milloin tekstin ulkoinen merkityshorisontti on relevantti? Eli: mitkä ovat (väljässä mielessä) funktionaalisen rekonstruktion ehdot ja mahdollisuudet. Niitten lähtökohdana voidaan mielestäni pitää ajatusta, jota tässä yhteydessä kutsun *Skinnerin toiseksi säännöksi* (edellä mainitun tekijän itseymmärrystä koskevan säännön ohella). Skinner esittää teoksessa *Meaning and Context*⁴⁰ ajatuksen, että tekstin ulkopuolinen sosiaalinen konteksti voidaan lukea

⁴⁰ Q. Skinner, *Meaning and Context. Quentin Skinner and His Critics*. Ed. J. Tully. Princeton 1988.

kahdella tavalla: toisessa sen tavoitteena on syventää tekstin merkitystä, toisessa taas nähdä konteksti tekstin ajatuksen ja merkityksen ehtona ja lähtökohtana:

...the methodology of contextual reading ... (in its certain versions, H. T.) ... can itself be shown to rest on a fundamental mistake about the nature of the relations between action and circumstance. Despite the possibility, therefore, that a study of social context may *help* in understanding of the text, the fundamental assumption of the contextual methodology, that ideas should be understood *in terms of* its social context, can be shown to be mistaken ... as a source of ... very prevalent confusion in the history of ideas.⁴¹

Ajatus sisältää olennaisen jatkokysymyksen, joka tulkitsee Skinnerin toista sääntöä ja antaa vastauksen omaan perusongelmaamme. Milloin voimme käyttää rahaa, korkoa ja markkinoita koskevien *käsitysten* merkityksen ymmärtämisen kannalta itse vaihdannaistumiseen liittyviä *taloushistoriallisia ilmiöitä*? Kysymys koskee tarkastelua, jonka tulee auttaa meitä ymmärtämään tekstien merkitysisältöä sen toimintahorisontista käsin. Tarkastelu ei sen sijaan saa redusoida niitä tekstin ulkoisten, omaa toimintamuotoaan noudattavien funktioiden ja rakenteiden kantajiksi, ”in terms of its social context”, kuten Skinnerin ajatuksen mukaan asia voidaan ilmaista. Miten tällainen merkityshorisontin laajentaminen on mahdollista taloushistorian suuntaan ilman funktionaalista tai strukturaalista virhetulkintaa? Vastauksen ydin on itse tutkimuksen kohteena olevissa teksteissä eikä missään funktionaalisesti tai tekstihermeneuttisesti muotoillussa yleispätevyyttä tavoittelevassa teoriassa. Voidaan sanoa, että taloudellinen todellisuus heijastuu käsitysten ja teorioiden sosiaaliseen merkitykseen vain itse tutkimuskohteen eli tekstien välittämänä.

Omassa tutkimuksessani käsitykset ja teoriat kuuluvat luonnonoikeudelliseen tekstilajiin. Sen argumentaatorakenteelle on puolestaan tunnusomaista olosuhteiden mukainen, so. itsestään ulkopuolisiin sosiaalisiin ja taloudellisiin käytäntöihin viittaava ja nojautuva ajattelutapa. Niinpä tapaamme tällaiset viittaukset keskeisessä asemassa itse tutkittavissa teksteissä. Molina vetoaa laajasti Genovan, Pohjois-Italian ja Lissabonin

⁴¹ Skinner 1988, s. 59, kurs. Skinnerin. Artikkelissaan vuodelta 1972 Skinner erottaa itse toisena sääntönä merkitysyhteyden laajentamisen tekstin laatijan empiiristen uskomusten perusteella: ”Focus the writer’s mental world, the world of his empirical beliefs”. Ks. Skinner, 1972, s. 407. Skinner antaa tälle ajatukselle kuitenkin tulkinnan, joka on jossain määrin kyseenalainen. Palaan siihen toisessa yhteydessä. Vrt. Hyrkkänen, s. 58–60.

kauppiaskäytäntöihin, Lessius Antwerpenin pörssiin. Grotius taas viittaa Amsterdamin kauppiastoimintoihin. Viittaukset ovat systemaattisia ja koskevat juuri uuden markkinaistuneen oikeudenmukaisen hinnan (*iustum pretium*) perusajatusta tai sen keskeisiä osakysymyksiä, kuten luottokaupan sallittavuuden, kiinteämääräisen yhtiösijoituksen (*contractus trinus*), pelkän luottofunktiota palvelevan vekselin (*cambium siccum*), kauppiastoiminnassa tapahtuvan menetetyin voiton (*lucrum cessans*) käsitteitä tai doktriineja. Itse asiassa nämä kaikki osakysymykset liittyvät uudenlaiseen käsitykseen markkinaistuneesta interaktiojärjestelmästä. Siinä ostajien ja myyjien keskimääräistyneet tarpeet astuvat ei-vaihdannaistuneiden, individuaalisten ja konkreettisten tarpeiden tilalle.

Samanaikaisesti voimme talous- ja sosiaalishistoriallisista esityksistä lukea kaupunkitalouden keskeisestä merkityksestä alkavalle vaihdannaistumisen kehitykselle aina 1100-luvulta lähtien. Tälle kehitykselle on luonteenomaista uusimpien taloushistoriallisten (mm. *Ferninand Braudelin*) tutkimusten mukaan kaupan painopisteen siirtyminen Venetsiasta Genovaan, sitten Lisaboniin ja Espanjan kaupunkiin, edelleen pohjoisemmaksi Amsterdamiin ja Antwerpeniin, jotka esiintyvät 1500-luvulla maailmankaupan keskuksena uudenslaisine luotto- ja rahajärjestelmineen. Itse asiassa erityisesti Molina, Lessius ja Grotius viittaavat juuri tähän taloushistorialliseen todellisuuteen ja sen osailmiöihin. Taloudellista toimintaa koskeva teksti saattaa toiseksi suoranaisesti edellyttää tiettyä näkemystä vaihdannan luonteesta. Siten Tuomas Akvinolaisen oppi rahasta, joka kulutetaan käytössä, viittaa ei-vaihdannaistuneen yhteisön piirteisiin, jota taloushistoriallisten esitysten (*Henri Pirenne* ja *Georges DUBY*) mukaan olen kutsunut ns. manoriaaliseksi vaihdannaksi. Vaihto tähtää siinä pieniyhteisön, esim. kylän tarpeisiin, jossa rahalla ei ole arvoa luovaa vaikutusta (raha arkussa, ”in saculo” kuten Akvinolaisella, ”in archa” kuten monilla kanonisteilla). Kolmannen perustyyppin taloushistorian ja taloudellisten käsitysten välillä vallitsevasta yhteydestä tapaamme 1200-luvun alussa kootuissa Gregoriuksen dekretaeleissa. Siinä pyritään säätelemään tiettyjä sosiaalityypillisiä tilanteita, kuten pantin, luottokaupan ja lunnasrahojen koronottoa julistamalla ne kielletyksi *usuraksi*. Myös taloushistoriallisten tutkimusten mukaan (*Heike Wunder*) ajan velaksiantotilanteille oli tunnusomaista hätälainan luonne, yhtäältä sen poikkeuksellisuus ja toisaalta sen pakottavuus.⁴²

⁴² Ks. tarkemmin Tolonen 1992, s. 38–39, 69–81, 138, 153–155 ja 191–211.

Yhteenvedonomaaisesti ja nimenomaan tiettyä tutkimuskohdetta ajatellen: tekstin alkuperäismerkityksen ja sen ulkoisen toimintaympäristön välillä vallitsee relevantti yhteys, jos teksti itse *viittaa* tähän toimintaympäristöön, *edellyttää* tai *pyrkii säätelemään* sitä. Tämä on mielestäni se pääperiaate, jonka mukaan funktionaalinen rekonstruktio on mahdollinen ja jossa kulkevat sen rajat. Tässä valossa luulen myös Skinnerin toisen säännön tulleen oikein tulkituksi; se on saanut mielestäni samalla selvemmän ja yksilöidymmän merkityksen.

Perusajatukseksi pyrkii löytämään tietyn tasapainotilan tekstihermeneuttisen ja funktionaalisen rekonstruktion välillä. Mielestäni tätä tasapainotilaa ei kuitenkaan voida yleisin termein määritellä sen enempää hermeneuttisen kuin funktionaalisenkaan teorian ajatuksista lähtien. Tämän tasapainotilan määrittää lopultakin itse konkreettinen, aatehistoriallisen tutkimuksen kohteena oleva teksti. Hermeneuttinen ja funktionaalinen ajattelutapa edustavat kahta erilaista rekonstruktion muotoa, joiden mahdollisuus ja rajat tekstin merkitysyhteyden tulkinnan kannalta ovat määritettävissä vain itse konkreettisen tutkimusobjektin ehdoilla. Tätä tekstihermeneuttista ja funktionaalista näkökohtaa yhdistelevää näkökohtaa kutsun *kontekstuaaliseksi tarkasteluksi*. Ei lopultakaan voida luontevasti ajatella, että teksti itsessään antaa tutkijalleen jonkin erityisen ajatusmetodin kautta oman merkityssisältönsä. Jo tekstihermeneuttinen lähtökohta sisältää tutkittavan tekstin merkityksen rekonstruktion mm. tekstilajin, institutionaalistumismuodon, tekstivertailun (esim. traditioanalyysin) tietä. Tätä merkityssisältöä voidaan usein kuitenkin olennaisesti täydentää tekstin ulkopuolisella aineistolla edellä mainitun Skinnerin toisen säännön mukaisesti.

Teksti ja sen toimintaympäristö kuuluvat yhteen. Tämän periaatteen vastaisia ovat nähdäkseni kahdenlaiset ajatukset. Ensinnäkin varsinkin taloudellista toimintaa erittelevät käsitteet sisältävät usein tämän toiminnan yleispäteväksi oletettuja, kuitenkin itse asiassa niiden nykyismerkityksestä lähteviä sitoumuksia ja olettamuksia. Tyypillisiä ovat vaihdon ja luoton kategoriat, jotka saavat erilaisissa toimintayhteyksissä eri merkityssisällön. Ns. manoriaalisen vaihdannan perustilanne, joka määrittää vielä olennaisesti 1200-luvun velaksiantotoimintaa, antaa luotolle tyypillisesti ns. hätälainan luonteen. Se on köyhille ainutkertaisiin ja pakottaviin tarpeisiin annettu laina, kuten puuttuvan siemenviljan tapaus. Siten itse luotonantotilanne saa ulkoisen toimintakehikkonsa johdosta aivan toisen sosiaalisen merkityksen kuin nykyinen luotonanto tai jo Leonhard Lessiuksen kirjassaan *De iustitia et iure* vuonna 1606 esittämä velaksiantotilanteiden perustyyppi

Amsterdamin pörssissä: se ei ole lainkaan nykyisessä mielessä vaihto- vaan pikemminkin käyttötalouden muoto, oman terminologiani mukainen manoriaalisen vaihdannan tilanne. Keskiaikainen kylä muodosti vielä autarkkisen (kylänä omavaraisen) yhteisön tyyppin. Mainittakoon, että Max Weber mainitessaan juuri *vaihdon* (”Tausch”, ”exchange”) taloudellisen kategorian useassa yhteydessä ideaalityyppisen käsitteenmuodostuksen esimerkkinä ymmärtää sen pikemminkin konstruktiivisena ja universaalisen ihmisjärjen luomuksena.⁴³ Hieman vastaava ajattelutapa ilmenee havaintojeni mukaan usein erityisesti taloustieteen historiassa (lähtökohta korkokiellon irratiionaalisuudesta, nykyisten käsitteiden, kuten ”investointi”, välitön siirtäminen keskiajan toimintaympäristöön).

Toisentyyppinen virheellisen yleistyksen (funktionaalisen virhetulkinnan) vaara näyttäytyy yhteiskuntamallin tai -rakenteen perusajatukseen nojautuvissa esityksissä. Ne sisältävät usein perusteettoman olettamuksen yhteiskunnan kaikkien osa-alueiden muodostamasta kokonaisuudesta. Macphersonin edellä mainittu, heuristinen mutta osin harhaanjohtava possessiivisen markkinayhteiskunnan käsite on tyyppillinen muttei ainoa esimerkki. Jopa aatehistoriassa usein esiintyvä käsite ”feodalismi” on tässä suhteessa ongelmallinen, useita osajärjestelmiä yhdistelevä yleistys, jonka käyttötapa tekstinulkoisena käsitteenä vaatii nähdäkseni usein erityistä täsmennystä tekstin sisäisestä horisontista käsin.

Näistä syistä olen ottanut nimenomaan vaihdannaistumisen kehittämiseen liittyvää tutkimusaiheittani silmällä pitäen käyttöön käsitteen *taloudellinen toimintakonteksti*. Se on yhteiskuntamallin ajatukseen verrattuna tekstisisiivisempi, lähempänä tutkimuksen peruslähteitä. Kullekin tekstikokonaisuudelle on tämän ajatuksen mukaan konstruoitava sille ominainen toimintaympäristö tai yksittäinen teksti on sijoitettava sellaiseen kokonaisuuteen. Tällaisen toimintaympäristön rekonstruointi on taloudellisen toiminnan – olettamukseni mukaan myös monien muiden alueiden – ja sitä koskevien asenteiden sekä teorioiden kannalta läheisessä yhteydessä *ratiionaalisuuden* käsitteen kanssa. Sen mukaisesti ajattelen, että vaihdannaistumisen ja taloudellisen ajattelun kehittymisen sekä sen osakysymysten erittelyn kannalta on aikana 1100–1700 erotettavissa kolme, toisiaan periodisesti seuraavaa toimintaympäristöä. Ne ovat *manoriaalisen vaihdannan* (tavanomaisessa mielessä ei-vaihdannaistuneen talouden), *kauppiasrahan* ja *tuotantorahan*

⁴³ M. Weber, *Critique of Stammer* (transl. G. Oakes), New York 1977, s. 109, Weber, *Methodologische Schriften*, s. 55.

temporaalisesti osin lomittain seuraavat taloudellisen toimintaympäristön perustapaukset ja kaudet. Kunkin aikakauden taloudellinen toimintakonteksti antaa sen aikakauden taloudellisille, yhteiskuntamoraalisille ja oikeudellisille erityiskysymyksille (joista omassa esityksessäni on tärkein koronoton kielto) sille ominaisen rationaalisuuskehikon ja toimintalogiikan. Siten yhden toimintayhteyden käsitteitä ei voida absolutisoida ja käyttää välityksettä toisen toimintakontekstin ilmiöiden erittelyyn. Keskiajan, vielä Aristoteleen Politiikan *autarkeia*-ideaalin hallitsemaa taloutta ei periaatteessa voida ilman toimintayhteyden välitystä ymmärtää nykyisen ja tuotannontekijöiltäänkin vaihdannaistuneen talouden käsittein ja rationaalisuusehdoin. Niiden toiminta-ajatus on eri, ja siten niiden osailmiöt ovat sellaisenaan yhteismitattomia.⁴⁴

Taloudellista toimintaympäristöä voidaan jäsentää teorian (tekstin) *sisäisen* ja *ulkoisen* ulottuvuuden mukaan, jotka vastaavat tekstihermeneuttista ja funktionaalista näkökohtaa. Edellisessä mielessä voidaan puhua uskomusten, asenteiden ja teorioiden järjestelmistä niiden tekstinsisäisen lähtökohdan mukaan. Tämä teorian sisäinen ulottuvuus esiintyy usein eräänlaisina tiivistettyinä yhteisöllisinä analogioina, ”kollektiivisina representaatioina”, lainatakseni tätä *Emile Durkheimin* ja eräiden viimeaikaisten annalistien käyttämää ajatusta.⁴⁵

Sellaisena kohtamme kuvan rahasta arkussa (”in saculo” kuten Akvinoalaisella, ”in archa” kuten monilla kanonisteilla) manoriaalisen vaihdon järjestelmän yhteydessä, varovaisen ja puuhakkaan kauppiaan alkavan markkinaistuneen eli kauppiasrahan järjestelmän keskeisagenttina sekä ajatuksen rahasta kierron suurena pyörittäjänä (”the great wheel of circulation”) tuotannontekijöiltään läpimarkkinaistuneen ja työnjaollisen yhteiskunnan ytimenä *Adam Smithillä*.⁴⁶ Teorianulkoisen ulottuvuus taas täsmentää ja

⁴⁴ Seikkaa on annalistien, erityisesti Braudelin ohella eräästä näkökulmasta painottanut viime aikoina sosiaalisen valinnan teoreetikkona tunnettu Amartya Sen. Hän erottaa kuitenkin tästä esityksestä hieman poiketen ulkoisen rationaalisuuden kahtena luonteeltaan erilaisena toimintamallina ”the ethics-related-tradition” (aristotelinen autarkia-malli) vs. ”the engineering approach” (nykyinen markkinaistunut utiliteetti-malli) ja sisäisen rationaalisuuden valinnan konsistenssina (as internal consistency of choice). Ks. A. Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford 1987, s. 2–13.

⁴⁵ Ks. É. Durkheim, *Sosiaalisesta työnjaosta*, Gaudeamus 1990, s. 85 ja 97. Annalisteista mainittua käsitettä on ensimmäisenä käyttänyt Marc Bloch. Ks. P. Burke, *The French Historical Revolution. The Annales School 1929–1989*, Cambridge 1990, s. 18.

⁴⁶ Tolonen 1992, s. 80, 119 ja 153 vrr. s. 146 ss. sekä 275 ss.

syventää taloudellisen toimintalogiikan luonteen tekstinulkoisen aineiston valossa. Se on eräissä yhteyksissä tarpeeton, eräissä mahdollinen ja eräissä – kuten käsitykseni mukaan taloudellista toimintaa koskevien aatteiden historiassa – välttämätön. Sen rajat ja edellytykset on kuitenkin *aina* sidottu itse tutkimuskohteeseen, tekstiin, Skinnerin toisen säännön perusajatuksen mukaisesti.

5 YHTEENVETOA

Edellä esitetty on oma ratkaisuyritykseni kahteen, konkreettisen aatehistoriallisen tutkimuksen yhteydessä usein esiin tulevaan kysymykseen: (a) Miten aatehistoriallista tutkimusta voi lähdeaineistoltaan perustellusti laajentaa talous- ja sosiaalihistorialliseen suuntaan? (b) Miten nykyisiä käsitteitä voi käyttää menneen ajan käsitysten tutkimukseen erityisesti taloudellisen toiminnan aatehistoriallisten ilmiöitten yhteydessä? Ratkaisuni perustuu erottamaan Skinnerin kahteen sääntöön, joita olen tulkinut aatehistoriallisen subjektin, sille ominaisen temporaalisen rakenteen ja toimintaympäristön käsitteiden valossa. Toimintakonteksti ja rationaalisuus liittyvät näissä kysymyksissä yhteen sekä olennaisella että vivahteikkaalla tavalla, hieman samoin kuin erilaiset *ideaaliset* rationaalisuuden muodot on viime aikoina nähty keskeisinä oikeusteoreettisen keskustelun erilaisissa yhteyksissä.⁴⁷ Tässä esityksessä on kuitenkin kysymys aatehistoriallisen tutkimuskohteen rationaalisuudesta ja kontekstuaalisuudesta alun perin Ranken esittämän, edelleen pätevän tutkimusohjeen mukaisesti: *Wie es eigentlich gewesen ist*.

⁴⁷ Viimeksi M. Dascal & J. Wroblewski, The Rational Law-Maker, *Journal of Pragmatics*, vol. 15/1991, s. 421 ss., A. Aarnio, Statutory Interpretation in Finland, in: *Interpreting Statutes*, eds N. McCormick and R. S. Summers, Dartmouth 1991, s. 146 ss., erit. s. 152–153. Ensin mainittu esitys liikkuu kieliteorian ja oikeusteorian rationaalisuuskäsitysten välimaastossa.

Inklusiivinen vai eksklusiivinen: John Locken omistuskäsitteen kaksi tulkintaa

1 YLEISIÄ LÄHTÖKOHTIA

Yhteiskunnallisen ja poliittisen liberalismimin perusesitys on epäilemättä John Locken kaksi erillistä osaa sisältävä *Two Treatises of Government*. *Treatise*-teokset ovat syntyneet eriaikaisesti, lopullisessa muodossaan 1680-luvun alussa, ja ne painettiin kymmenkunta vuotta myöhemmin. Omassa aikalaiskeskustelussaan Locken teoksilla ei ollut erityistä asemaa. Osittain maanpakonsa, osittain Whig-puolueen enemmistöstä poikkeavien mielipiteittensä johdosta Locken pääteoksella *Second Treatise* ei ollut sanottavaa vaikutusyhteyttä vuonna 1688 tapahtuneeseen vallanvaihtoon (”the Glorious Revolution”).¹ Asemansa Locken teos vakiinnutti 1690-luvun Englannissa, tuli liberalismimin klassikoksi Yhdysvaltain vapaustaistelun ja Ranskan vallankumouksen yhteydessä ja on saanut meidän ajanamme liberalistisen yhteiskuntateorian perusteoksen aseman.² Tällainen asema lisää Locken teosten tutkimuksellista mielenkiintoa sisältäen samalla tiettyjä vaaroja. Viimeaikainen Locke-tutkimus on enenevässä määrin korostanut vaatimusta, jonka mukaan hänen ajatuksiaan on tulkittava 1600-luvun lopun aikalaiskeskustelusta ja sen edellytyksistä lähtien.³ Tämän vaatimuksen kanssa joudumme myös tässä esityksessä tekemisiin.

Locken yhteiskuntateoria käsittelee kahta keskeistä asiaa. Niistä ensimmäinen on oppi valtiosta ja sen vallan rakenteesta, johon liittyvät ajatukset konstitutionalismista ja kansan suvereenista vallasta.⁴ Toinen keskeinen kohde on omistusoikeus, sen alkuperä, yksityinen luonne ja rajat. Nämä kaksi perusasiaa ovat jossain määrin ongelmallisessa suhteessa toisiinsa.

¹ Ks. Franklin 1978, s. 123, Laslett 1988, s. 13 ja s. 16 ss.

² Ks. esim. Nozick 1968, s. 150–182.

³ Ks. esim. Dunn 1969, s. ix–xii ja 5–10, Ashcraft 1987, s. 1–11; vrt. Turckka 1985, s. 114–124. Ks. yleisesti Skinner 1969 ja 1972, Tolonen 1992a, s. 126–9.

⁴ Ks. esim. Franklin, passim, Ashcraft 1987, s. 130–151, Jyränki 1989, s. 309–42.

Yleisesti voidaan sanoa, että uuden ajan alussa julkinen (valta) ja yksityinen (omistus) erotettiin toisistaan tavalla, joka oli tuntematon keskiajan feodaalilille teorioille: julkiseen ja yksityiseen kuului erilainen valtarakenne ja sen subjekti.⁵ Tämä yleinen piirre esiintyy Lockella nimenomaisesti toisen *Treatisen* alussa, jossa erotetaan julkinen (”Political Power”) ja perheyksikön valta erilaatuisina (II sect. 3). Kuitenkin nämä kaksi erotettua aluetta liittyvät toisiinsa merkittäväällä tavalla, juuri Lockella erityisen selvästi kohdissa, joissa hän todistelee valtion keskeisen tehtävän olevan omistuskategoriaan, *property*, kuuluvien yksityisten oikeuksien turvaamisen.

Locken omistuskategoriasta on kirjoitettu huomattavan paljon erisuuntaisia mielipiteitä. Hänen ajatuksiaan on luonnehdittu ”luonnollisen yksityisomistuksen” ensimmäiseksi teoriaksi⁶, puritaanisen velvollisuusetiikan sävyttämäksi kutsumukseksi (calling),⁷ omistuksen yhteisöllisyyttä korostavaksi *communio*-oikeudeksi, joka jatkaa Tuomas Akvinolaisen ajatuksia,⁸ tai lopulta yksityisen omaisuuden rajattomuutta korostavaksi varhaisen kapitalismin perusteoriaksi.⁹

Locken omistuskäsitteestä vallitsee siten jopa hämmäntävällä tavalla aivan erisuuntaisia käsityksiä. Osittain tähän on selvästi vaikuttanut Locken omistusta koskevien tekstien monitasoisuus. Omistusta koskeva perusesitys on epäilemättä pääteoksen *Second Treatise* viides luku. Siinä Locken teoria voidaan tiivistää kolmeksi ajatukseksi. Ensinnäkin Jumala on antanut maailman ja sen rikkaudet yhteisinä vapaille ja luonnontilassa tasa-arvoisille ihmisille käytettäväksi ensimmäisen ja perustavan luonnonlain mukaan eli ihmiskunnan itsesäilytystä varten. Toiseksi tästä yhteisyyden tilasta ihminen voi ilman muiden suostumusta omaa tarvettaan varten erottaa hyödykkeitä työnsä perusteella; niihin ihmisillä on luonnollinen oikeus, kuitenkin ensimmäisen luonnonlain eli itsesäilytyksen ja oman tarpeensa rajoittamana. Kolmas ja samalla vaikeaselkoisin ajatus koskee mainitun työkriteerin soveltamista kehittyneessä yhteiskunnallisessa tilanteessa: siinä väestö on kasvanut, maa on muuttunut niukaksi ja ihmiset ovat hiljaisesti hyväksyneet rahan käytön. Tällöin alkuperäisessä runsauden tilanteessa esiintyvä

⁵ Ks. Tolonen 1979, passim.

⁶ Schlatter 1951 s. 151.

⁷ Dunn 1969 erit. s. 214–244.

⁸ Tully 1980, s. 60–61 ja ss.

⁹ Macpherson 1962, s. 194–262.

itsesäilytyksen peruslaki ja työ vaativat muita kriteereitä oikeudenmukaisen yksityisen omistusrjestelmän toteuttamiseksi.

Toinen tärkeä omistusta koskeva ja sivumäärältään huomattavasti pitempi esitys, teos *First Treatise*, käsittelee oikeastaan nimenomaisesti vain kahta ensin mainittua ajatusta. Tälle teokselle on ominaista tietty praktisempi päämäärä ja samalla sille erityinen argumentaatiolaji. Teos on kirjoitettu Robert Filmerin pääasiassa 1640-luvulla ilmestyneiden keskeisten äärirojalististen mielipiteiden kumoamiseksi. Filmer kiistää leimallisesti koko omaa aikaansa yleisesti hallinneen luonnonoikeudellisen argumentaation. Esseessään *Of Originall of Government* hän suhtautuu avoimen pilkallisesti aikansa tunnetun auktoriteetin Hugo Grotiuksen esitykseen omistuksesta ja luonnonoikeudesta. Miten sama muuttumaton luonnonoikeus voi yhtäältä alkuperäisessä luonnontilassa perustella lähinnä yhteisen omistuksen, kun se toisaalta yhteiskunnallisessa ja sopimuksenjälkeisessä tilassa perustelee taas yksityistä oikeutta?¹⁰ Ainoan ehdottoman ja yksiselitteisen perusteen Filmer näkee siksi raamatullisessa ilmoituksessa, jonka sanomaa Filmer tulkitsee erityisesti esseessään *Patriarcha*. Sen mukaan Jumala on antanut ihmissuvun kantaisälle rajattoman ja suvereenin vallan, *the Absolute Dominion of Adam*, jonka käsitteellisiä osia ovat hallitsijan rajaton suvereniteetti ja absoluuttinen, ehdoton omistusoikeus. Tämä valta on periytynyt sekä hallitsijalle että omaisuuden täysomistajalle, jotka Filmer feodaalisten teorioiden tapaan näkee saman vallan kahtena ilmentymänä.¹¹

Näihin ajatuksiin Locke vastaa teoksessaan sekä terävästi että perusteellisesti. On tietysti totta, että ihminen on Jumalan luomus. Mutta juuri tästä syystä – tämä on lopulta Locken perusargumentti – ihminen on luotu vapaaksi ja rationaaliseksi olennoiksi, luonnontilassa vailla mitään omaan suostumukseensa perustumattomia velvoitteita Aatamia tai muita ihmisiä kohtaan.¹² Tässä argumentaatiotasoltaan lähinnä teologisessa erittelyssä on näkyvästi esillä luonnon ja luomisjärjestyksen peruslaki (fundamental law of nature), *ihmislajin itsesäilytys*: ”The first and strongest desire God Planted in men, and wrought into the very Principles of their Nature being that of Selfpreservation” (I § 88). Sitä vastoin työriteeri yksityisen omistuksen perusteena jää viittaukseksi. Lähinnä kahdessa kohdassa Locke viittaa selvästi esitykseensä

¹⁰ Filmer, *Of Originall of Government*, s. 208–232 ja Grotius *JBP* I. 1. 10, 4.

¹¹ Filmer, *Patriarcha*, s. 1–64. Filmerin teoriasta Ashcraft 1987, s. 62–90 1969, Dunn, s. 58–76.

¹² Dunn 1969, s. 105–109, Ashcraft 1987, s. 66–74.

teoksessa *Second Treatise*.¹³ Nämä ns. ristiinviittaukset¹⁴ osoittavat sen, ettei Locke näe mitään erityistä ristiriitaa teologisen (Jumalan luomisjärjestystä koskevan) tarkastelun ja luonnonoikeudellisen teorian välillä. Toisaalta niistä voidaan päätellä, ettei ensimmäinen *Treatise* ole koko teoria omistusoikeudesta vaan osa siitä. Itse asiassa molemmat seikat tulevat esiin toisen *Treatisen* ensimmäisessä omistusta koskevassa kohdassa (II sect. 25).

Uusimmassa tutkimuksessa ero Locken kahden *Treatise*-teoksen välillä näyttää saavan kasvavaa merkitystä. Samalla kiinnostus Locken omistusteorian uskonnollisiin piirteisiin on lisääntynyt, kuten John Dunnin (1969) ja James Tullyn (1980) teokset osoittavat. Tämä ei kuitenkaan ole ydinkysymys, koska Lockella – kuten monella muullakin aikansa teoreetikolla – Jumalallinen luomisjärjestys ja praktisen järjen traditioon nojaava luonnonoikeus lankeavat yhteen tai ovat saman asian kaksi puolta. Sitä vastoin näen Lockeä käsittelevässä kirjallisuudessa itse omistuksen *sisältöä* koskevan tärkeän perusongelman. Viimeaikainen tutkimus on oman tulkintani mukaan tuottanut kaksi toisistaan täysin poikkeavaa kuvaa Locken käsitteestä *property*: Locke yhtäältä traditionalistina ja esim. Akvinolaiseen rinnastettavan yhteisomistuksen puolustajana sekä Locke radikaalina yksityisomistuksen kannattajana ja uuden ajan käsitysten pioneerina. Nämä vastakkaiset ja perustyyppiset tulkinnat tapaamme puhtaimmillaan James Tullyn ja C. B. Macphersonin teoksissa. Jossain määrin hämmästyttävää on se, ettei tähän peruseroon ole sanottavasti kiinnitetty huomiota, vaikka Macphersonin 60-luvulla esittämä radikaali Locke-tulkinta on muuten ollut näkyvästi esillä Locken omistusoikeutta käsittelevässä kirjallisuudessa.

2 ONGELMA

Seuraava esitys pyrkii jäsentämään kahta asiaa.

(1) Lähtökohtana ja pääasiallisen huomion kohteena on edellä lausutun mukaisesti kaksi täysin vastakkaista tulkintaa Locken *Second Treatise* -teoksen luvusta V PROPERTY. Ne ovat James Tullyn 1980 ja Macphersonin ensimmäisen

¹³ Ks. I § 87: "...property in any particular thing... shall be shown in another place." Ks. edelleen I § 90: "...of which I shall speak in its due place."

¹⁴ Ks. Laslett 1988, s. 49–50.

mäisen kerran 1962 esittämät vastakohtaiset käsitykset. Locken mainittu luku on tunnetusti mutkikas ja tulkinnanvarainen. Siitä on esitetty erilaisia tulkintoja, ja mainitut kaksi edustavat näiden tulkintojen ääripäitä. Perusratkaisuni tähän tulkintojen vastakkaisuuteen on omistuksen käsitteen kolmen eri asteen erottaminen. Näiden kolmen asteen erottaminen perustuu ensinnäkin luonnontilan ja valtiollisen tilan eroon sen kriteerin mukaan, ovatko ihmiset suostumuksensa mukaisesti liittyneet valtioon. Omistuksen kannalta on kuitenkin mielestäni aivan keskeistä erottaa myös kaksi eri luonnontilan astetta, joita voidaan kutsua alkuperäiseksi ja vaihdannaistuneeksi luonnontilaksi. Niiden erokriteeri on lähinnä ihmisen suostumukseen perustuva rahan käyttöönotto, jonka mahdollisuuden Locke tunnetusti edellyttää ennen valtiollista tilaa.¹⁵

Uusi ratkaisuehdotukseni on tämän mukaisesti se, että Tully kiinnittää huomion ensimmäiseen (alkuperäiseen) ja kolmanteen (valtiolliseen), Macpherson taas toiseen (vaihdannaistuneeseen) ja kolmanteen (valtiolliseen) omistuksen vaiheeseen tulkiten niiden sisällön eri tavoin tuonnempana esitettävällä tavalla.

(2) Tämän ohella pyrin alustamaan toista ongelmaa, joka on ensin mainittu puitteissa itsenäisen osakysymyksen asemassa. Se koskee omistuksen ja poliittisen yhteiskunnan suhdetta eli käsitteitä *property/civil (political)*

¹⁵ Luonnontilan monia vivahteita on käsitelty paljon Lockeä koskevassa kirjallisuudessa. Macphersonin esityksessä kohtaamme sen monissa yhteyksissä (esim. s. 199, 209 ja 238 ss.) Hän mainitsee ohimennen luonnontilan kaksi vaihetta, ”pre- and postmonetary” mutta ei tee eroa systemaattista (s. 242). Sen sijaan hän erittelee muita sen ominaisuuksia: luonnontila on milloin sotatilan synonyymi (jossa oikeudet ovat epävarmat), milloin sen vastakohta (esim. alkuperäinen tasa-arvon tila). On huomattava, että positiiviset ja negatiiviset arvoväritteet risteilevät omistuksenkin kohdalla alkuperäisen ja vaihdannaistuneen luonnontilan välillä. Alkuperäinen luonnontila on yhtäältä täydellisen vapauden ja tasa-arvon (II sect. 4 ja 6), toisaalta epävarmuuden tila, ”very unsafe, very unsure” (sect. 132). Mutta myös vaihdannaistunut tila on yhtäältä arvoväritteeltään positiivinen taloudellisen kehittyneisyyden merkityksessä, toisaalta negatiivinen omaisuuden epätasa-arvoisen jakautumisen mielessä. Tiettyä selvyyttä tähän monimieliseen käsitteeseen tuo Medickin erottelu empiirisen (state of nature orderly) ja normatiivisen luonnontilan välillä (state of nature properly: without common superior on earth, II sect. 19). Ks. Medick 1973, s. 102–108. Edellinen on historiallinen tai sellaisena esitetty kuva: alkuperäiset intiaanit, eräät asumattomat Amerikan seudut. Jälkimmäinen olisi taas moraalisen-normatiivinen ominaisuus: tasa-arvo, täydellinen vapaus alkutilassa. Tämäkään erottelu ei näytä täysin yksiselitteiseltä. Ks. edelleen Dunn 1969, s. 96 ss. ja Turkka 1985, s. 128 av. 41 ja 1986, s. 38–40. Olivecrona ymmärtää käsitteen lähinnä puhtaasti historiallisena alkutilana. Ks. Olivecrona 1974, s. 225–226. Ehkä lähimmäksi tämän esityksen käsitystä tulee Ashcraftin yksityiskohtainen ja erittelevä esitys rahan käyttöönotosta luvussa ”Virtues of Commerce”. Ks. Ashcraft 1987, s. 123–150 erit. 137.

society. Näyttää ilmeiseltä, että tietyt yhteiset peruskäsitteet sitovat yhteen molempia. Niistä ehkä selvin ja tärkein on käsite CONSENT. Tällaisia yhdistäviä käsitteitä omistuksen ja poliittisen yhteisön peruskategorioiden välillä ovat edelleen STATE OF NATURE, LAWS OF NATURE ja RIGHTS OF NATURE. *Luonnolliset lait* ja *luonnolliset oikeudet* ovat jossain mielessä konstitutiivisia sekä omistuksen että poliittisen yhteisön kannalta. Tällöin ”luonnollinen” tarkoittaa tuonnempana esitettävällä tavalla moraalista ja oikeudellista tilaa ennen kuin ihmiset ovat antaneet suostumuksensa (consent) jollekin moraalille tai institutionaalille järjestelylle.

Kysymys liittyy laajan ja suppean omistuskategorian erotteluun. Suppeaan omistuskategoriaan kuuluu oikeus ulkoisen luonnon materiaaliin hyödykkeisiin, ”right to their possessions” (ks. II sect. 4, 19 ja 36). Laajaan kategoriaan taas kuuluvat ihmisen luonnollisiin ja luovuttamattomiin oikeuksiin luettavat Life, Liberty, Estate (”I call by a general name, property...”, II sect. 123). ”By Property I must understand here as in other places that property which Men have in their Persons as well as their Goods” (II sect. 173). Tämä raja ei ole aivan yksiselitteinen; lähinnä *työ, labour, industry* saattaa esiintyä kummankin omistuskategorian osana.

Yhteys omistuksen ja poliittisen yhteisön välillä näyttäytyy kahdesta eri näkökulmasta. Ensinnäkin poliittinen yhteisö syntyy päätarkoituksenaan omaisuuden turvaaminen: ”the great and *chief* end therefore, of men’s uniting into Commonwealth, and putting themselves under Government, is the *Preservation of Property*” (II sect. 124). Toiseksi laaja omistuksen kategoria on poliittisen yhteiskunnan perusta seuraavassa mielessä: sekä omistus suppeassa mielessä että poliittinen yhteisö perustuvat ihmisen luontaiseen valtaan ja oikeuteen omaan itseensä ja omaan henkilöönsä. Luvussa PROPERTY se esiintyy työhön nojautuvan, alkuperäisen omistuksen perustana: ”Proprietor of his own Person or Labour” (II sect. 44, myös sect. 28). Valtiollinen tila taas syntyy siten, että ihminen luovuttaa luontaisen, itseään koskevan oikeutensa suostumuksensa mukaan yhteisölle, ”... *so consented to make one Community..., and make one Body Politick*” (sect. 95). Teoksessa *An Essay Concerning Human Understanding* Locke sanoo, että ihmisellä on ”moral power, *potestas*, over himself and faculties and members for their use and possessions of his life” (*Essay*, II. 14. 16). Seikalla on keskeinen ja konstitutiivinen merkitys sekä omistuksen että valtion kannalta. Ihminen on omiin tekoihinsa nähden *dominus*, kuten jo perinnäisessä aristoteelisessa moraalifilosofiassa usein todettiin. Ajatus ja sen sovellutukset esiintyvät yleisemminkin 1600-luvulla omistuskeskustelun yhteydessä. Niinpä Grotius

määrittelee, että jo ennen omaisuuden käyttöönottoa ja siitä riippumatta ”ihmisillä on elämänsä, vapautensa ja jäsenensä omanaan siten, ettei niitä voida riistää häneltä pois. Samoin hänellä on oikeus käyttää ja kuluttaa yhteisinä olevia esineitä.”¹⁶ Sekä Tullylle että Macphersonille tämä omistuksen ja valtion välinen yhteys on tärkeä, mutta hyvin erilaisesta näkökulmasta ja eri painotuksin.

Macphersonin ja Tullyn esityksissä Locken omaisuuskäsite esiintyy täysin vastakkaisissa, Tullylla yhteisöllisen eli *communio*-oikeuden ja Macphersonilla individuaalisen omistuksen merkityksissä. Tämä vastakohta esiintyy inkluusiivisen vs. eksklusiivisen omistusoikeuden käsitteinä.

Macphersonin väite on näistä epäilemättä tunnetumpi. Se on esitetty alun perin teoksessa *The Political Theory of Possessive Individualism* 1962. Sitä on kehitelty jossain määrin edelleen teoksissa *Democratic Society* 1975, *Property* 1978 ja *Economic Justice* 1985. Siihen on otettu laajasti kantaa. Voidaan viitata Reinhard Brandtin, J. W. Goughin, Alan Ryanin, Andrew Reeven, Hans Medickin ja Keith Triben esityksiin. Yleensä Macphersonin ajatusta ei ole täysin torjuttu mutta siihen on suhtauduttu kriittisesti. Hyväksyvästi siihen ovat suhtautuneet Brandt, Gough, Reeve ja Medick, kriittisesti Ryan, Tribe sekä täysin torjuvasti ja aivan toisesta lähtökohdasta käsin juuri James Tully 1980.¹⁷

Macphersonin yleisenä perusväittämänä voidaan pitää markkinaistuneen yhteiskuntamallin *possessive market society* syntymistä uuden ajan alussa ja sen heijastumista erityisesti Hobbesin ja Locken teorioihin. Se korvasi aiemmat traditionaaliset ajatukset, jotka puolestaan rakentuivat yksinkertaisen markkinayhteiskunnan (”simple market society”) ja sitä edeltävän ns. statusyhteiskunnan (”status or customary society”) perusmalleille. Possessiivista markkinayhteiskuntaa luonnehditaan kahdeksan eri tuntomerkin avulla. Ne voidaan nähdäkseni tiivistää lähinnä neljäksi piirteeksi. (a) Työtä ei ohjata virallisjärjestelmän mukaan vaan ”each individual’s capacity to labour is his own and alienable”. (b) ”Land and resources are owned by individuals and alienable”. (c) Epätasa-arvoiset resurssit (skill and energy) jakavat taloudelliset hyödykkeet markkinamekanismin mukaan. (d) Syntyy pääoma nykyisessä mielessä vierasta työvoimaa ostavana rahana. Kohdat

¹⁶ Grotius: ”Dominium quod nunc ita vocamus introductum esset, nam vita, membra, libertas sic quoque propria cuique essent. ..., sic & rebus in medio positus uti & quantum natura desideret eas absumere jus esset occupantis” (JBP I. 2. 1, 5). Ks. myös Tuck 1979, s. 60–62.

¹⁷ Ks. Brandt 1974, s. 85, Gough 1973, s. 86 ss., Medick 1973, s. 86 ja 96–97, Reeve 1986, s. 94 ss., Ryan 1984, s. 43–45 ja Tribe, s. 36.

a, b ja d voidaan tiivistää Macphersonin yksiselitteisten kannanottojen nojalla seuraavasti: tuotannontekijät työ, maa ja pääoma vaihdannaistuvat. Tätä perusajatusta olen kritisoinut toisessa yhteydessä.¹⁸

Mainittu ei ole suoranaisesti omistusoikeutta koskeva teoria, mutta omistusoikeus ja tulkinta Locken omistuskäsityksestä rakentuu olennaisesti tämän Macphersonin laajemman väittämän varaan. Macphersonin perusajatusta voidaan luonnehtia *yhteiskuntamallilla* selittämisen ajatukseksi. Sen puitteissa suppeampi omistusoikeutta koskeva teesi saa täsmällisemmän sisältönsä. Macpherson puhuu individuaalisen omistuksen yleisestä kategoriasta. Sitä hän täsmentää nähdäkseni kahden piirteen avulla. Omistusoikeus on (a) *eksklusiivinen* (”exclusive right”) ja (b) sisältää *käytön ja luovuttamisen* mahdollisuuden. Macpherson kutsuu tätä omaisuuden porvarilliseksi merkitykseksi, joka sisältää oikeuden ”not only to enjoy or use; it is a right to dispose of, to exchange, to alienate”.¹⁹ Mainittakoon, että esityksessään *Democratic Theory* hän määrittää individuaalisen omistuksen hieman toisin eli tuntomerkeillä (a) right to exclude, (b) right to material things rather than a right to revenue, (c) to provide to incentive to labour.²⁰ Macphersonin esitys näyttää liikkuvan ja liukuvan *oikeudellisen* (omistus ja sen juridiset tuntomerkit), *taloudellisen* (omistuksen taloudellinen käyttötapa) ja *poliittisen* (omistuksen merkitys valtioyhteisön kannalta) tasoilla. Tästä häntä on myös kritisoitu.²¹ Kritiikki ei yleisemmin eikä ainakaan Locken kohdalla ole täysin perusteltu. Se johtuu yksinkertaisesti siitä, että Locken esitys omistusoikeudesta *Second Treatise* -teoksessa todella liikkuu mainituilla eri tasoilla luonnonoikeudellisen perinteen mukaisesti.

Tässä esityksessä pyrin lähinnä *oikeudelliseen* erittelyyn. Tällöin Tullyn ja Macphersonin vastakkainen kanta voidaan kehittää täsmällisempään muotoonsa. Tullyn mukaan luvussa PROPERTY ei eksklusiivinen vaan perustyy-piltään inklusiivinen omistus on luonnon oikeuden mukaista. Macphersonin mukaan taas omistusoikeuden olennainen ja vielä valtion rakenteeseen keskeisesti vaikuttava peruspiirre on sen eksklusiivinen merkityssisältö. Tämän jälkeen on kysymys siitä, mitä tarkoittavat ”inklusiivinen” ja ”eksklusiivinen” oikeus. Tällöin Macphersonin esitystä on hedelmällistä tarkastella Tullyn peruskritiikin valossa. Lähdän siten seuraavassa Tullyn ajatuksista.

¹⁸ Ks. Macpherson 1962, s. 46–70 ja s. 176 ss. Ks. sen kritiikistä Tolonen 1992, s. 251–268.

¹⁹ Macpherson 1962, s. 215 ja 263.

²⁰ Ks. Macpherson 1975, s. 212 ja 213–221.

²¹ Ks. Tribe 1978, s. 36.

3 TULLY

Locken tunnetun perusajatuksen mukaan maailma on annettu ihmisille tietyn jumalallisen ja luonnollisen järjestyksen mukaan. Nämä järjestelmät ovat sisällöltään periaatteessa samanlaiset sekä ensimmäisen että toisen *Treatisen* mukaan joskin eri näkökulmista. *First Treatisen* todistelun kohteena on se, ettei ainutkertainen luomistapahtuma antanut Aatamille tai kenellekään ihmiselle muiden vapautta poissulkevaa, absoluuttista valtaa. Ihmisen valta luontoon on annettu tiettyä tarkoitusta, *Self-preservation*, varten ja käytettäväksi ihmisen luonnollisen, rationaalisen taipumuksen, *Natural Inclination*, mukaisesti (erit. I sect. 86). Tällaisessa tilassa ketään ei ole suljettu pois esineen käytöstä (I sect. 87). Toisessa *Treatisessa* ajatus esiintyy lähtökohdanna: ”God has given the World to Mankind in Common”. Tärkein tekninen ristiinviittaus on kohdalla I. 87. Jumalallisen ja luonnollisen järjestyksen yhtenevyys, toisen *Treatisen* sanoin *natural Reason/Revelation*, on Tullylla tärkeän lähtökohdan asemassa. Tällöin käsite *workmanship* (jonka tapaamme toistuvasti ensimmäisessä mutta vain kerran toisessa *Treatisessa*) esiintyy järjestelmän perustana. Se suuntautuu sekä Filmerin käsitettä *creation* että Grotiuksen ja Pufendorfin käsitettä *consent* vastaan. Tästä lähtökohdasta Tullyn ajatus rakentuu mielestäni kolmen teesin varaan.

1. Käsite *Workmanship*

(I sect. 53 ja 54 lähtien ja II sect. 6) tiivistää ihmisen luonnollisen tilan yhtäältä Jumalaan ja toisaalta ulkoiseen luontoon. Ihminen on Jumalan kaltainen (*image of God*, I. 30, 40 ja 54). Hänen suhteensa ulkoiseen luontoon, *res exteriores*, on tämän tilan ja sen sisältämän tarkoituksen hallitsema.²² Tämä ihmisen luonnollinen tila on yhtäältä vapaus, toisaalta sidottuus luonnollisten päämäärien järjestelmään. Omaisuuden käsitteeseen ”workmanship” liittyy kahdella tavalla.

1.1. Ihmisellä on tietty tekijä, *Maker (God as Maker, I. 53)*. Hänen suhteensa ihmiseen on samanlainen kuin tekijän tuotteeseensa. Hän on antanut luonnonjärjestyksen puitteissa ihmiselle *päämäärän*, joka esiintyy ihmiselle luonnollisena järjestyksenä; siihen nähden ihmisen omat ratkaisut ovat keinoja. Ylin tällainen päämäärä, joka selvästi hallitsee esitystä sekä I että II *Treatise*-teoksissa, on koko ihmiskunnan itsesäilytys (I. sect 52 läht. ja II

²² Tämä ajatus vastaa Tuomas Akvinolaisen käsitystä kohdalla *Summa theol.*, II II, 66. 1 ja 66. 2. Ks. Tanskanen, s. 55–60, Tuck, s. 20–24.

sect. 6). Jälkimmäisen muotoilu on omistuskäsitteelle tärkeä: ”Every one as he is *bound to preserve himself*, and not to quit his Station willfully; and by the like Reason, when his own Preservation comes not in Competition ought he, ...*to preserve the rest of Mankind* (II. 6). I *Treatisessa* ajatus esiintyy erityisesti luvussa IV ”Of Adam’s Title to Sovereignty, by Donation”.²³

1.2. Toinen seikka koskee ajatusta ihmisestä Jumalan kuvana: ”*God makes him in his own Image after his own Likeness...*” (I. 30).²⁴ Voidaan sanoa, että ihmisen suhde luontoon on analoginen Jumalan suhteeseen ihmiseen. Tämän mukaisesti Locke sanoo eräissä kohdin, että ihmisellä on ”osa tekijäominaisuutta: ”tis not so slight a piece of Workmanship”. Ajatuksen tärkein seuraus on se, että ihminen on sekä vapauden että rationaalisuuden välittämä yhtäältä suhteessa luontoon ja toisaalta Jumalaan. Tämä rationaalisen määräytyneisyyden ajatus²⁵ on epäilemättä yhteinen piirre aristoteelisen tradition, myös Tuomas Akvinolaisen kanssa. Locke sanoo itse, että koska Jumala tekee ihmisen kuvakseen, viimeksi mainitulla on moraalinen kyky omistaa: ”God... makes him an intellectual Creature and so capable of *Dominion*” (I. 30). Rationaalisuus puolestaan edellyttää tiettyä vapautta: ihmisten keskisissä suhteissa ei voi esiintyä pysyviä alistus- tai riippuvuussuhteita muuten kuin suostumuksen eli käsitteen *consent* perusteella.²⁶ Sen sijaan suhteessa Jumalaan ihminen on (oman tulkintani käsittein) rationaalisen determinaation mukaisessa riippuvaisuuden tilassa. Tässä mielessä hän on jatkuvassa luonnon oikeuden tilassa.²⁷

2. Omistus yhteisöllisenä tilana

2.1. ”*To his share*”. Jumala antoi maailman ja sen esineet ihmisille yhteisenä, ”gave the World to mankind in common” (I. 30 ja 31 II. 25 ja 26). Ajatus on molemmissa *Treatise*-teoksissa selvä lähtökohta. Tämän ajatuksen mukaan alkuperäinen luonnonoikeudellinen omistus voi olla omistusta vain yhteisöllisyyden puitteissa. Tämän yhteisöllisyyden ja luonnon oikeuden pysyvänä periaattina on ihmisen itsesäilytys. Omistus koskee vain tämän yleispätevän tarkoituksen hallitsemää, kunkin ihmisen *osuutta, oikeutta* ”*to his share*” yhteisestä luomakunnasta. Luonnon tarkoitus on ”Self-preser-

²³ Ks. Tully 1982, s. 9, 22, 34 ja 108.

²⁴ Käsitteistä ”*imago Dei*”, ”*similitudo Dei*” ks. Tanskanen, s. 174–5.

²⁵ Ks. Knuutila 1988, s. 149.

²⁶ Tully 1982, s. 39.

²⁷ Ks. Tully 1982, s. 35–36 ja 42.

vation” ja ”Subsistence” (I. 87, 88, 89 II. 6 ja 88), jonka mukaan ihmisellä on ”his peculiar Portion of the Things of the World” (I. 42, samoin II. 31 ja 46). Vastaavasti itsesäilytys on ensimmäinen luonnon laki ja ihmiset elävät sen mukaan ”sharing all in one Community”. Omistuskäsitteen kehittelyn kannalta ratkaisevan tärkeä jatkokysymys on: mitä tarkoittaa oikeus ”to his share”?

2.2. *Communio ja oikeus käyttää.* Ihmisellä on oikeus käyttää esineitä tarveperusteen mukaisesti, jolloin yhteisen tarkoituksen perustama yhteisöllisyys on tämän käytön rajana. Ajatus esiintyy selvänä molemmissa *Treatise*-teoksissa. ”...*Liberty of using them for Food, and only Enlargement of Commons, but no alteration of Property* (I. 39). ”...yet being given for the use of them” (I. 39). ”...what may service for his use” (I. 26). Tämä yhteisöllinen oikeus ei ole kenenkään absoluuttista oikeutta (kuten Filmer oli väittänyt) eikä myöskään kaikkien oikeutta kaikkeen (kuten Hobbes oli käsitteen *right of nature* yhteydessä esittänyt).²⁸

Kuitenkin itsesäilytyksen tarkoituksenmukainen toteuttaminen edellyttää, että ihmisen tulee voida ”erottaa oma osuutensa”, ”to individuate”, kuten Tully toteaa. Tämä voi tapahtua siten, että ihminen ottaa haltuunsa jotain luonnon runsaudesta, *to appropriate* (II. 26 ja 33). Pääperuste on kuitenkin se, että ihminen, jolla on oikeus omaan henkilöönsä, voi erottaa omalla työllään jotain yhteisestä omaisuudesta. Yleisenä ajatus on jälleen molemmissa teksteissä. ”As Justice gives every man a Title to the Product of his honest Industry” (I. 42). ”It being by him removed the common State of Nature. . . , it hath by his labour something annexed to it, that excludes the common right of other men” (II. 27). Kutsun mainittuja rajoituksia, tarkasteltuna yhteisöllisyyden perustavasta tarkoituksesta, ihmisen ja ihmiskunnan itsesäilytyksestä, alustavasti käyttörajoitukseksi (right to use) ja työrajoitukseksi. Saman ajatuksen toteaa myös Locken tieto-opillinen pääteos *An Essay Concerning Human Understanding*: ”Men’s life is God’s property to use only, not to destroy” (ks. *Essay*, 2. 23). Kysymys on tämän jälkeen siitä, mitä mainitut rajoitukset tarkoittavat.

3. Tullyn vastaus voidaan tiivistää *inklusiivisen oikeuden* käsitteenä. Tähän Tully viittaa systemaattisesti omistus-käsitteen kehittälyssään.²⁹ Inklusiivinen oikeus on yhteisöllistä oikeutta, ”common right”. Se voidaan

²⁸ Ks. Filmer, *Patriarcha*, passim, Hobbes, *Leviathan* I. 14, s. 189.

²⁹ Ks. Tully 1982, s. 61, 114 ja 127.

Tullyn mukaan määritellä osallisuus oikeuden ja poissulkemisen kiellon tuntomerkeiksi:

- not to be excluded from or
- to be included in, the use of that to which the right refers.³⁰

Tämän mukaisesti Property on ”the right in common with all Mankind in the account of Property given him”. Tarkemmin Tully erittelee *luonnollista omistusta* viiden tuntomerkin nojalla. Ne ovat (1) ”a right possessed by all men”, (2) ”a right to use only, not to use, abuse and alienation”, (3) se ei ole eksklusiivinen vaan inklusiivinen edellä kerrotussa mielessä, (4) ”it is right to one’s *due* rather than to one’s *own*”, (5) sillä on tietty tarkoituksensa, ”specified end”. Mielestäni Tullyn keskeisin väite koskee tämän oikeuden sisällön ohella sen pätevyys- tai sovellutusaluetta. Käyttäen inklusiivisen oikeuden termiä väite voidaan muotoilla seuraavasti: 1. Omistuksen inklusiiviset piirteet säilyvät myös yhteisöllisessä valtiotilassa; 2. itse asiassa juuri näiden piirteiden säilyttäminen on valtion perustamisen keskeinen tarkoitus siten kuin edellä on viitattu omistuksesta valtion perustamisen pää-tarkoituksena kohdalla II sect. 124. Tully sanoo, että inklusiivinen omistus on jatkuvasti olemassa ja on johdettavissa luonnonoikeudesta (”continued existence”, ”derived from natural law”).³¹

4 ERIMIELISYYS

Tullyn esitys on lähes täydellinen vastakohta Macphersonin ajatukselle.³² Tähän liittyy kaksi Tullylle tyypillistä argumenttia. Ensimmäinen koskee lähdepohjaa. Tullylle on ominaista – toisin kuin Macphersonille – läheinen, jopa lähtökohtainen tukeutuminen ensimmäiseen *Treatiseen* ja teokseen *Essay*. Macphersonin tulkinta ei todellakaan saa paljoa tukea näistä teoksista. Toinen Tullyn ajattelutavalle keskeinen argumentti on vertailu Grotiuksen ja Pufendorfin kanssa. Tully näkee heidän käsityksissään nykyisen individuaalisen omistuksen. Tällöin hän tarkoittaa Grotiuksen luonnontilaista

³⁰ ib. s. 61.

³¹ ib. s. 62–64.

³² Tully itse viittaa toistuvasti tähän vastakohtaisuuteen. Ks. ib. s. 79, 99, 101, 121, 123, 125, 136, 143 ja 149.

valtaamisoikeutta (”first-taking right”) ja sitä seuraavaa sopimusta (ks. JBP I. 2. 1, 5 ja II. 2. 2, 4–5) sekä Pufendorfin negatiivisen yhteisön käsitettä (ks. JNG II. 2. 4). Molempien mukaan yksityinen ja muut poissulkeva oikeus voi syntyä vain yhteiskunnallisessa tilassa ja sopimuksen perusteella. Siten molemmat teoriat ovat sopimusperusteisia. Locke sen sijaan esittää omistuksen syntyvän sopimuksesta riippumatta, ”without any express Compact” (sect. 25).³³ Lockella tällainen muiden suostumuksetta syntyvä yksityinen omistusoikeus näyttää olevan yhtä keskeinen ajatus kuin Filmerin (absoluuttista alkuperäistä oikeutta koskeva) kritiikki. Tästä näkökulmasta Tully kritisoi Macphersonia useita kertoja. Pikemminkin Grotius, Pufendorf ja Filmer edustavat Macphersonin tarkoittamaa individuaalista ja eksklusiivista omistusoikeutta. Locken teoria on sen sijaan rinnastettavissa lähinnä Tuomas Akvinolaisen traditionaaliseen teoriaan. Macpherson ei sen sijaan käsittele lainkaan Grotiusta tai Pufendorfia.

Miten on mahdollista, että Tully ja Macpherson, jotka molemmat esittävät hyvin jäsenettyjä ja huomionarvoisia ajatuksia Locken omistuskäsitteestä, tulevat sen tulkinnassa täysin päinvastaiseen tulokseen. Vastaus tähän kysymykseen avaa mielestäni erään uuden aspektin Locken ajatusten tulkintaan, jota en ole tavannut. Selitys on nimittäin siinä, että Locken esityksessä *Second Treatise* voidaan erottaa kolme eri omistuksen käsitettä tai sen ”muotoa” taikka ”vaihetta”. Ne ovat:

- 1) omistus alkuperäisessä luonnontilassa,
- 2) omistus vaihdannaistuneessa luonnontilassa ja
- 3) omistus valtiollisessa tilassa.

Erimielisyyden perusselitys on se, että Tully puhuu omistuksesta ensimmäisessä ja kolmannessa merkityksessä lähtökohtanaan ensimmäinen merkitys. Juuri ensimmäistä merkitystä Locke käsittelee teoksessa *First Treatise* ja luvun PROPERTY alkupuolella. Niistä erityisesti ensimmäinen *Treatise* on Tullylla lähteenä ensisijaisessa asemassa. Sen sijaan Macpherson tarkastelee omistusta sen toisessa eli vaihdannaistuneessa merkityksessä, jota koskeva esitys alkaa (oman tulkintani mukaan) toisen *Treatisen* kohdalla II sect. 36, jossa Locke ensimmäistä kertaa siirtyy käsittelemään vaihdannaistunutta omistusta, ”people... who have money and commerce”. Molemmat ottavat huomioon omistuksen kolmannen merkityksen mutta aivan eri nä-

³³ ib. s. 64, 72 ja erit. 96.

kökulmista. Tully heijastaa siihen omistuksen ensimmäisen merkityksen, Macpherson taas toisen. Tullyn esityksessä valtio turvaa³⁴ ja säätelee³⁵ alkuperäisen luonnontilan mukaista omistusoikeutta, Macphersonin mukaan taas vaihdannaistunutta luonnollista oikeutta. Tully tarkastelee – lähinnä marginaalisesti – toista vaihetta korruptoituneena vaiheena. Macpherson taas katsoo valtion tehtäväksi juuri vaihdannaistuneen ja epätasapainoisesti jakautuneen omistuksen turvaamisen.

5 MACPHERSON

Macphersonin lähtökohta on seuraava:

”Locke’s astonishing achievement was to base the property right on natural law, and then to remove all the natural limits from the property right”
(Macpherson 1962, s. 199).

Täten Macphersonin lähtökohtana ovat ne piirteet, jotka omistus saa vaihdannaistuneessa vaiheessa. Sen sijaan alkuperäisen omistuksen kohdalla hän luettelee lähinnä samat piirteet kuin Tully. Oikeus itsensäilytykseen, joka on ensimmäinen luonnonoikeuden laki, on lähtökohdan asemassa. Tämän mukaisesti maa ja sen tuotteet on alun perin annettu ihmisille yhteisinä (1). Ihmisillä on kuitenkin oikeus vallata ja työllään erottaa omaisuutta tästä yhteisyyden tilasta. Hänellä on oikeus omien kättensä töihin (2). Tällaiseen valtaamiseen ei lähtökohtaisesti vaadita kenenkään suostumusta (3). Sen sijaan neljännen alkuperäistä omistusta koskevan keskeisen piirteen osalta Tullyn ja Macphersonin käsitykset poikkeavat. Se koskee alkuperäisen luonnonoikeudellisen omistuksen rajoituksia, joita edellä on alustavasti kutsuttu käyttörajoitukseksi sekä työrajoitukseksi, Locken esityksessä kohdalla II sect. 36–50 (4). Tully mielestäni sivuuttaa ne, Macphersonilla juuri niistä on kysymys. Macpherson kutsuu näitä rajoituksia täsmällisemmällä nimillä *spoilage limit*, *sufficiency limit* ja *labour limit*. Ne muodostavat Macphersonin Lockeä koskevan tulkinnan ytimen.

Locke kysyy kohdalla II sect. 31: But how far it (i. e. the Earth) is given to us? ja vastaa: *to enjoy*. Tätä yleistä ajatusta hän todella tarkentaa

³⁴ ib. s. 161 ss.

³⁵ ib. s. 163 ss.

juuri Macphersonin erittelyn mukaisesti. Ihmisen alkuperäistä luonnollista oikeutta ottaa esineitä haltuunsa rajoittaa ensinnäkin Macphersonin tarkoittama pilaantumisrajoitus. Ihmisellä on osuutensa, ”his share”, yhteiseen omaisuuteen seuraavan ajatuksen mukaan: ”As much as any one can make use of to advantage of the life before it spoils” (sect. 31). Perustana ja taustana on epäilemättä sekä Tullyn että Macphersonin korostama ensimmäinen luonnon laki, ihmisten yhteinen itsesäilytys. On ihmisen rationaalisen itsesäilytyksen vastaista, sekä tarkoituksetonta että hyödytöntä, kasata pilaantumaan omaisuutta, jota muut mahdollisesti tarvitsevat toimeentulonsa turvaamiseen.

Toiseksi: sama alkuperäisen luonnonoikeuden peruslaki ilmenee toisena omistuksen rajoituksena, joka on laajamuotoisen ja vivahteikkaan esityksen kohteena Lockella. Se on Macphersonin tarkoittama riittävyysrajoitus, *sufficiency limitation*. Perusajatuksen mukaan muille tulee jäädä riittävästi omaisuutta heidän omaa toimeentuloaan varten. Asiaa koskeva ensimmäinen maininta on kohdalla II sect. 27, 12–13: ”where there is enough, and as good left in common for others”. Toisen kerran se esiintyy maan valtausta käsittelevässä jaksossa sect. 33, 2–3: ”where there was still enough, and as good left”. Sittemmin se on laajanmuotoisen esityksen kohteena kohdissa sect. 36, 37 ja 38. Kolmanneksi: Alkuperäisessä tilassa valtaamisen oikeus on rajoitettu siihen määrään, jonka ihminen voi omalla työllään hankkia: ”so much he may by his labour fix a Property in. Whatever is beyond this is more than his share, and belongs to others” (II sect 31, 9–10 ja 32, 4–6 sekä sect. 42).

Macphersonin tulkinnan mukaan Locken individuaalinen ja eksklusiivinen omistusoikeus muodostuu juuri näiden rajoitusten ylittämisen kautta. Macphersonin sanoin:³⁶ ”If Locke has stopped here he would have had a defence of limited individual ownership, though the argument would have had to be stretched pretty far even to cover the property right of the temporary English yeoman...” (tarkoittaen luokkaa freeholders vs. copyholders, leaseholders ja ratepayers).³⁷ Locken keskeinen piirre on kuitenkin näiden rajoitusten ylittäminen. Juuri siten syntyy Macphersonin tarkoittama *luonnollinen* eksklusiivinen omistusoikeus, joka on yhdensuuntainen possessiivisen markkinayhteiskunnan perusmallin kanssa.

Yleisesti Macphersonin käsitystä on tulkittu yksinkertaistavalla tavalla; esiin tässä tulkinnassa on nostettu usein vain Locken väitetty sidonnaisuus

³⁶ Ks. Macpherson 1962, s. 202, vrt. Tully, s. 124.

³⁷ Macpherson 1962, s. 113–115.

nousevaan kapitalismiin.³⁸ Tämän vuoksi pyrin jossain määrin laajentamaan ja modifioimaan Macphersonin ajatusten eräitä piirteitä, jotka liittyvät varsinkin riittävyysrajoitukseen.

Macphersonin käsitystä on etupäässä tulkittu sen ajatuksen valossa, että rahan käyttöönotto, *Invention of Money*, perustuu pelkästään ihmisten hiljaiseen suostumukseen, *Tacit agreement, Consent*. Tällöin pelkkä rahaa koskeva sopimus poistaisi luonnonoikeudelliset rajoitukset; kyseenalaiseksi jäisi, onko rahan jälkeinen vaihdannan tila lainkaan luonnon oikeuden mukainen. Tämä pelkkä rahan käyttöön perustuvan ihmisaktin mukainen tulkinta perustuu kohtiin sect. 45 ja 48.

Sect. 45: "... by common consent given up their natural common right".

Sect. 48: "Invention of money give them opportunity to enlarge them (i. e. beyond the use of his family)".

Tämän tulkinnan mukaisesti menettelee myös Tully katsoen rajoitusten poistumisen aiheuttavan "korruptoituneen", so. luonnonoikeuden vastaisen tilan. Tässä kysymyksessä haluaisin Macphersonia painokkaammin korostaa (sopimusperusteisen) rahan käyttöönoton ja siihen liittyvien erilaisten taloudellisten olosuhteiden useita keskinäisiä vivahteita.

Ensinnäkin luonnon oikeus toteutuu aina jossain taloudellisessa tilassa ja sen olosuhteissa. Tämä koskee myös alkuperäistä luonnonoikeutta: sille on Lockella useassa yhteydessä ominaista ihmisten suhteellinen harvalukuisuus, esineiden runsaus mahdollista valtausta varten, kaupan puuttuminen, asutuksen vähälukuisuus. Mutta myös vaihdannaistunut omistusoikeus esiintyy tietyissä olosuhteissa, "Conditions of Human Life". Ne ovat alkuperäiseen tilaan nähden erilaisia, kuitenkin luonnontilaan kuuluvia. Ne koskevat Locken esityksessä ihmisiä, "who have Money and Commerce" (II sect. 35, 3), "Conditions of Human Life, which requires Labour and Materials to work on" (sect. 35, 19–22). Siten vaihdannaistuneissa olosuhteissa ei sellaisenaan ole mitään luonnonvastaista. Niissä tulee vain turvata alkuperäiset luonnonoikeuden lait.

Toinen tarkentava näkökohtani liittyy siihen, että vaihdannaistuneessa luonnontilassa toteutuva yksityisomistus saa perustansa muustakin kuin pelkästään rahan käyttöönottoa koskevasta argumentista. *Maan omistamisen* yhteydessä sen tosiasiallinen riittävyys ja siihen käytetyn työn turvaaminen muodostaa toisen, Macphersonin tarkoittamaa riittävyysrajoitusta (sufficien-

³⁸ Ks. Medick 1962 s. 86–87, Ryan 1984, 45–46 ss., Gough 1973, s. 87 ss.

cy limit) kumoavan perusteen. Tämän mukaan tulkitseen eteenpäin Macphersonin ajatusta. Lockella esiintyy kaksi vaihdannaistuneen (yksityisen) omistuksen perustelua, joita kutsun nimikkeillä *argument of invention of money* ja *argument of improvement*. Molempien osalta on kysymys nimenomaisesti samalla luonnontilasta: ne perustuvat esivaltiolliseen luonnontilaan ja siinä esiintyvään sopimukseen. Tullyn ajatus luonnonvastaisesta (vaihdannaistuneesta) luonnontilasta on lähtökohdiltaan väärä.

Näiden näkökohtien valossa voimme tarkemmin tulkita luonnollisen ja vaihdannaistuneen omistuksen piirteitä Macphersonin esittämiä tunte-merkkejä seuraten. Oma näkökohtani antaa vaihdannaistumiseen liittyville olosuhteille Macphersonia painokkaamman merkityksen. Ajattelen, että luku PROPERTY jakautuu kahteen osaan: sect. 25–34 käsittelevät alkuperäistä luonnollista oikeutta, sect. 35–51 (eli itse asiassa suurempi osa) käsittelee vaihdannaistunutta luonnollista oikeutta. Koska kysymys on luvun pääosasta, ei sen sivuuttaminen tule kysymykseen (esim. selittämällä se korruptoituneeksi tilaksi). Keskeinen kysymys on kuitenkin kolmas näkökohtani: Miten luonnon oikeus ja erityisesti sen fundamentaalilaki ”self-preservation” säilyvät, kun omistuksen alkuperäiset rajoitukset häviävät kuten Locke selvästi jossain mielessä edellyttää?

(a) *Spoilage limitation*. Sekä pilaantumis- että riittävyysrajoitusta voidaan luonnehtia käyttöarvorajoitukseksi. Ihminen saa erottaa työllään tai vallata omaisuutta niin paljon kuin hän voi järkevästi käyttää. Tähän liittyy olennaisesti ajatus omaisuuden suhteellisen tasaisesta jakautumisesta: jokaisella on tarpeittensa mukainen ”self-preservation”. Näiden edellytysten ylittamisestä on kysymys pilaantumisrajoituksen kohdalla.

Locken argumentti perustuu tässä tapauksessa painotetusti rahan käyttöönottoa koskevaan näkökohtaan, *argument of money*. Itse rahankäyttöön perustuva argumentti ei ole kuitenkaan yksinkertaisesti sitä koskeva *consent* tai sopimus. Pikemminkin tietyt tuotannolliset olosuhteet ovat tuoneet mukanaan rahan, ja ihmisten on katsottava hiljaisesti hyväksyneen sen käyttöönoton: ”at first contented themselves with un-assisted Nature offered to their Necessities; and through afterwards, in some parts of the World, where Increase of People and Stock with the use of Money had made Land scarce...” (sect. 45, 4–8). Tällöin he ovat samalla ”by Compact and Agreement settled the Property” (ib., 11–12). Edelleen he ovat ”by Common Consent given up their pretences to their natural common Right, which originally they had to those Countries” (ib., 15–17).

Pilaantumisrajoitus kumoutuu lähinnä kahden näkökohdan nojalla. Ensimmäinen koskee sitä yksinkertaista tosiasiaa, että raha, *Gold and Silver*, on pilaantumaton tavaraa. Tähän liittyy kuitenkin toinen, vaikeammin eriteltävä seikka, joka koskee vaihdon tosiasiallista levinneisyyttä ja sen hyödyllisyyttä. Alussa oli hyödyttöntä ja luonnonvastaista koota enemmän pilaantuvia tavaroita kuin tarvitsee. Tilanne kuitenkin muuttuu vaihdon erilaisten vivahteiden mukana. Se, joka vaihtaa pilaantuvat esineet vuoden kestäviin tavaroihin, ”he wasted not of the common Stock, destroyed no part of the Portion of the Goods belonged to others” (sect. 46, 22–23). Ihminen voi omistaa myös maata enemmän kuin minkä tuotteita hän voi käyttää, koska ”by receiving in exchange for the overplus, Gold and Silver, which may be hoarded up without injury, these metalls not spoiling or decaying in the hands of the possessor” (sect. 50, 4–10). Edelleen on voimassa kielto koota tavaroita hyödyttömästi tai niin, että se pilaantuu. Asian ydin on oikeastaan siinä, että vaihdannaistuneet olosuhteet antavat rahalle uudenlaisen, järkevän ja luonnonmukaisen käytön. Sen mukaan luonnontilassa pilaantuvat tavarat voivat vaihdannan oloissa säilyä. Tällainen käyttö ei hyödyttömästi vähennä ”muiden” tai ”yhteistä” omaisuutta.

Suoranainen erimielisyyteni Macphersonin tulkinnan kanssa koskee kysymystä siitä, mikä on tämä rahan järkevä käyttö. Macpherson kiinnittää suurta huomiota eri omaisuuden kasaamista tarkoittaviin termeihin, ”to heep up”, ”to hoard up” (sect. 46, 48 ja 50). Tästä omaisuuden kasaamisesta lähtien hän ajattelee, että kysymys on rahan käytöstä pääomana. Tähän palaan työrajoituksen yhteydessä. Joka tapauksessa Macpherson on osin oikeassa: pilaantumisrajoitus saa uuden muodon, kumoutuu alkuperäisessä merkityksessä. Sinänsä säilyvää luonnon oikeuden ensimmäistä lakia ihmiskunnan itsensä säilytyksestä on tulkittava toisessa valossa vaihdannaistuneissa olosuhteissa.

(b) *Sufficiency limitation*. Tämä rajoitus ja sen kumoaminen on ehkä moniselitteisin. Siinä kietoutuvat yhteen mainitsemani *argument of money* ja *argument of improvement*. Ensin mainittu viittaa yleisesti siihen, että nimenomaan maan käyttö ja sen arvo riippuvat vaihdannaistuneista olosuhteista. Vaihto luo yleisesti edellytykset maan arvon rationaaliselle ja intensiiviselle käytölle (II sect. 36, 30–40 ja sect. 45, 10–20). Siihen nähden maa, joka on alkuperäisessä luonnontilassa, *lie waste* (II sect. 45, 22), on usein arvoa vailla. Locke kysyy, minkä arvoinen on kymmenen tai sata tuhatta eekkeriä erinomaista maata Amerikassa, jossa ei ole mitään toivoa kaupasta muun

maailman kanssa tai maan tuotteiden myynnistä saatavasta *rahasta* (sect. 42, 16–20). Tähän ajatukseen liittyy *argument of improvement*. Sen lähtökohtana on nähdäkseni Locken käsitys siitä, että *työ* eikä *luonto* on tavaran ylivertaisesti suurin arvon lähde. Eräässä yhteydessä Locke sanoo, että työ muodostaa 9/10 hyödykkeen arvosta (sect. 40, 9–15). Tärkein ajatus on kuitenkin kohdalla sect. 37, johon myös Macpherson viittaa. Se, joka rajaa ja hyödyntää tehokkaasti maata ”does not lessen but increase the common stock of mankind”. Tällainen toiminta lisää ihmiskunnan yhteisiä resursseja (the common stock). Siten *työ* saa alkuperäiseen luonnontilaan verrattuna vaihdannan tilassa uuden yksityisomistusta perustavan merkityksen; se ei ole enää kriteeri, jolla erotetaan yhteisestä omaisuudesta, vaan peruste, jolla lisätään yhteisiä resursseja, sillä:

”The provisions serving to the support of human life, produced by one acre of inclosed and cultivated land are... ten times, more, than those, which are yielded by one acre of Land, of equal richness, lying waste in common” (sect. 37, 12–16).

Locke näyttää myös edellyttävän, että maan vaihdannaistumisen ja väestön kasvun vaatima maan jakaminen tapahtuu ihmisten suostumuksen tai sopimuksen mukaisesti (kohdalla sect. 35, 4 ja 38, 16). Sen suhdetta rahan tosiasiallisen käytön hyväksymiseen Locke ei suoranaisesti selvitä. Joka tapauksessa maan järkipäiväisyys ja tehokas käyttäminen edellyttää, että sen tulee olla yksityisen hyödyntämisen kohteena. Tällöin tulemme samalla tilanteeseen, jossa maata ei ole enää ”as good and enough for others”. Ehdoton luonnontilassa vallitseva riittävyysrajoitus kumoutuu (sect. 35, 36 ja 37). Tällaisen individuaalisen omistuksen viimekätinen peruste ei kuitenkaan ole valtaaminen esim. aitaamisen (inclosure) muodossa tai sopimus vaan se on olennaisesti työ: vasta työn, viljelyn ja parannusten kohteena maa saa todella tuottavan merkityksen ja lisää jotain ”to common stock”.

Onko tällainen tilanne luonnonvastainen tai häviääkö sen mukana ihmisen ensimmäisen luonnonlain mukainen oikeus itsesäilytykseen? Vaikka alkuperäinen riittävyysrajoitus häviää, Locken vastaus on selvästi kielteinen. Alkuperäiseen luonnolliseen omistukseen tilaan verrattuna itsesäilytyksen perussääntö saa vain olennaisesti uudenlaisen muodon, valtaamisen ja työhön perustuvan individuaalisen omistuksen. Juuri se turvaa vaihdannaistuneissa oloissa rationaalisimmin itsesäilytyksen. Tästä katsannosta vallitsee yksityisen omistuksen ja kokonaisedun intressiharmonia. Tässä kohdassa Macphersonin tulkintaa voidaan selvittää kahtena toisiaan tuke-

vana ajatuksena. Ensiksi: ”But if there is not enough *land*, there is enough *better living* left for others”; vaikka vallitsee riittävyysrajan kumoava maan niukkuus, vallitsee kuitenkin toimeentulon runsaus. Toiseksi: ”it is by the apprehension that better living is created”. Juuri näiden seikkojen johdosta ”työläinen Englannissa syö, asuu ja pukeutuu paremmin kuin kuningas laajoilla, ja hedelmällisillä (vaihdannan ulkopuolisilla) alueilla” – kuten Locke toteaa (sect. 41).³⁹

(c) *Labour limitation*. Alkuperäisessä tilassa ihmisen omistusoikeus voi ulottua koskemaan vain sitä, minkä hän voi omalla työllään hankkia. Vaih-dannaistuneessa tilassa Locke näyttää kumoavan myös ehdottoman työra-joituksen (sect. 48, 10–15): ”to enlarge his possession beyond the use of his Family..., either in what their own Industry produced, or they could barter for like perishable commodities, with others”. Edelleen: Se, jolla on *rahan käyttö tai arvo naapuriensa kanssa*, ”you shall see the same Man will presently *enlarge his Possessions*” (sect. 49, 3–5). Se, joka on suostunut rahan käyttöönottoon, on luopunut vaateestaan yhteiseen luonnolliseen omistuk-seen ja omaisuuden tasaiseen jakautumiseen. Tämä on myös Macphersonin asiallinen lopputulos. Sen sijaan hänen perusteensa ovat yksipuolisia, jopa virheellisiä. Tässä yksittäisessä kysymyksessä on syytä yhtyä siihen Tullyn kritiikkiin, jonka hän esittää otsakkeella *The social division of labour*.⁴⁰

Juuri tässä kohdassa Macphersonin ajatus possessiivisesta markkina-yhteiskunnasta ja eksklusiivisesta omistusoikeudesta leikkaavat toisiaan Lockeä koskevassa esityksessä. Macpherson perustelee nimittäin työra-joituksen kumoutumista modernin ns. kapitalistisen yhteiskunnan palkka-työn syntymisellä.⁴¹ Tällainen palkkatyö on sen paradigmaattisen mallin olennainen osa. Locken tarkoittama omaisuuden kasaaminen tarkoittaisi kapitalistista työorganisaatiota. Siinä raha toimisi systemaattisesti nykyi-ässä mielessä pääomana, jolla ostetaan vierasta työvoimaa tuotannollisiin tarkoituksiin. Eli: pääoma ja vapaasti luovutettava työvoima toimivat juuri possessiivinen markkinayhteiskunnan edellyttämällä tavalla. Epäilemättä tällaisia tuotannollisia suhteita oli Locken ajan Englannissa. Sitä todistavat monet viimeaikaiset taloushistorialliset tutkimukset.⁴²

³⁹ Vrt. Macpherson 1962, s. 211–220.

⁴⁰ Tully 1982, s. 135–145.

⁴¹ Ks. Macpherson 1962, s. 214–22.

⁴² Tolonen 1992, s. 67–119.

Ratkaisevaa on kuitenkin se, ettei Locken oman teorian lähtökohta ole systemaattinen palkkatyö tai ylipäänsä possessiivinen markkinayhteiskunta. Seikkaa voidaan tarkastella kahdesta näkökulmasta.

1. Raha ei toimi Locken käsityksen mukaan vierasta työvoimaa ostavana pääomana. Raha saa arvoa tuottavat ominaisuutensa vaihdantatoiminnasta. Siten raha toimii ns. kauppiasrahan toimintatilanteen mukaisesti, markkinaistuneiden tarpeiden välittäjänä. Käsitys on yleinen 1600-luvulla esiintyen mm. Grotiuksella ja Pufendorfilla sekä heitä ennen myöhäisskolastiikassa Molinalla (1594) ja Lessiuksella (1609). Tätä käsitystä olen täsmentänyt toisessa yhteydessä, joka koskee markkinoiden käsitteen teoriensisäistä syntyä.⁴³
2. Macpherson antaa suurta merkitystä kahden ajatuksen yhteenkuuluvuudelle Locken teoriassa. Ensimmäisen mukaan ihmisellä on Property omaan henkilöönsä, ja toiseksi Locke sanoo kohdalla II sect. 85, että ihminen voi luovuttaa palkkaa vastaan oman työvoimansa toisen käytettäväksi (joskaan ei voi luovuttaa koko omaa henkilöään). Viimeksi mainitussa yhteydessä Locke tekee eron palkkatyön (luovuttajana ”Freeman”) ja orjatyön välillä. Palkkatyön käsite oli kuitenkin tunnettu jo satoja vuosia ennen Lockeä. Antonius Firenzalainen puhuu siitä oikeudenmukaisen palkan yhteydessä. Molina kertoo laajasti ihmisistä, jotka myyvät työvoimaansa, *libenter se locant* (esittäen palkan määrän kriteerinä markkinoiden muodostaman hinnan), Pufendorf puhuu työvuokrasta, *locatio operarum*, Grotius palkkaa vastaan luovutetusta työstä, *opera locata conductave*.

Lockella palkkatyö esiintyy *master–servant*-suhteena, ja juuri tässä muodossa Macphersonin esitys on ollut kriittisen huomion kohteena. Tämä kriittikki on perusteltua. Jos tarkastelemme sitä kokonaisuutta, joka muodostuu kolmesta *master–servant*-suhdetta käsittelevästä jaksosta sect. 28, 77 ja 85 on vastausta melko yksiselitteisesti haettava patriarkaalisien palvelussuhteen taholta.⁴⁴ Lopputuloksena siten on, että Locke ylittää työrajoituksen samansuuntaisilla perusteilla kuin pilaantumis- ja riittävyysrajoituksen. Työ saa vastaavalla tavalla vaihdannaistuneissa olosuhteissa täysin uudenlaisen konstitutiivisen merkityksen verrattuna alkuperäiseen luonnontilaan: työllä ei eroteta jotain yhteisestä omaisuudesta vaan lisätään yhteisiä resursseja. Tällöin koko Locken perusajatus työn ja yksityisen omistuksen yhteenkuuluvuudesta (”työteoria”) saa olennaisesti uuden, Macphersonille ja Locke-tulkinnoille yleisemminkin tuntemattoman ulottuvuuden. Niinpä intensiivistä viljelyä harjoittava maanomistaja tai siirtomaiden rikkauksia

⁴³ Tolonen 1992, s. 138–143 ja 251–263.

⁴⁴ Tolonen 1992, s. 262–264.

hyödyntävä kauppias lisäävät työllään ihmiskunnan resursseja (the common stock) kenenkään oikeuksia loukkaamatta. *Siksi* alkuperäinen työrajoitus menettää merkityksensä: se ei Locken taloudellisessa maailmassa edistä kenenkään itsensäilytystä vaihdannaistuneissa oloissa.

6 YHTEENVETO; OMISTUKSEN KOLMAS VAIHE

Locken omistuskäsitteessä on erotettava kolme eri muotoa ja vaihetta, omistus alkuperäisessä, vaihdannaistuneessa ja valtiollisessa tilassa. Tullyn ajatuksen heikkoutena on lopultakin yksipuolinen pitäytyminen omistuksen ensimmäisessä muodossa; vain se on Tullyn esityksessä ”luonnonmukainen”. Tässä suhteessa Macphersonin ajatus luonnollisesta vaihdannaistuneesta omistusoikeudesta, alkuperäisten rajoitusten häviämisestä ja samalla ensimmäisen luonnon lain säilymisestä on oikean suuntainen. Eksklusiivinen oikeus omistuksen vaihdannaistuneena muotona on epäilemättä se taso, jolla Locken individuaalinen omistusoikeus on muodostettava. Samalla se on omistamisen muoto ja tapa, jonka turvaaminen on valtion ensisijainen tehtävä. Macphersonin teorian heikkoutena on taas yksipuolinen possessiivisen markkinayhteiskunnan piirteiden sovittaminen Locken ajatuksiin.

Ratkaiseva näyttää siten olevan kysymys omistuksen kolmannelta vaiheesta. Esiintyykö omistus valtiossa inklusiivisena vai eksklusiivisenä? Turvaako valtio omistuksen ensimmäistä (alkuperäistä) vai toista (vaihdannaistunutta) luonnontilaista vaihetta? Tullyn ajatuksena on selkeästi, että valtio turvaa, säätelee ja palauttaa alkuperäisen, tasaisesti jakautuneen omistuksen. Tällaista valtion korjaavaa oikeudenmukaisuutta emme kuitenkaan tapaa lainkaan Locken teksteissä. Monet seikat näyttävät sen sijaan puhuvan sitä vastaan eli jälkimmäisen Macphersonin vaihtoehdon puolesta. Tällaisia ovat Locken ajatukset valtion tarpeellisuudesta vasta omistuksen vaihdannaistumisen jälkeen ja epätasaisen jakautumisen mahdollisuudesta. Valtion päätarkoitus on aina *preservation of property* (II sect. 134, 222 ja 226) eli saavutettujen omistusasemien turvaaminen. Lisänä tulevat Locken ajatukset valtion sidottisuudesta kansalaisten oikeuksiin. Yövärtijavaltion hengessä Locke toistaa vaatimusta, että valtio ei saa ottaa kansalaiselta nimenomaan omistusoikeutta, tai ainakaan sen olennaista osaa, ”their substance” (sect. 138). Oikeudenmukaisen verotuksen peruste on etuperiaate eli se hyöty, minkä kansalainen valtiosta saa (”his proportion”). Suostumus

verotukseen on aina vaadittava, tosin majoriteettiperiaatteen muodossa (sect. 139 ja 140).

Valtio turvaa siten individuaalisen omistusoikeuden sen eksklusiivisessa merkityksessä eli vaihdannaistuneen omistuksen. Tämä perusvastaus on kuitenkin riippuvainen ihmisten olosuhteista, ehdollinen eikä yleispätevä valtion turvaama institutionaalinen järjestely. Lisäksi valtio turvaa aina ehdottomasti yksityisen ihmisen perustavat luonnolliset oikeudet eli juuri laajan omistuskategorian (sect. 123, 131, 137). Niiden loukkaaminen on peruste valtiomuodon hajoamiselle, ”dissolution of Government” ja oikeutetulle vastarinnalle (sect. 226). Myös Locken teokseen on edelleen olemassa aristoteelisen politiikkatieteen, viime kädessä Aristoteleen *Politiikan* perspektiivi: omistus on aina samalla valtiollinen tila, tapa järjestellä taloudellisten hyödykkeiden käyttö ja hallinta kulloistenkin olosuhteiden mukaan yhteisön kokonaisuutena parhaiten palvelevalla tavalla. Inklusiivinen ja eksklusiivinen omistus edustavat omistusoikeutta sen alkuperäisessä ja vaihdannaistuneessa tilassa. Olosuhteista johtuen erimuotoisina molemmat toteuttavat omalla alueellaan ensimmäistä ja fundamentaalista luonnonlakia, ihmisen ja ihmiskunnan itsesäilytystä.

KIRJALLISUUS

- Ashcraft, R.: *Locke's Two Treatises of Government*. Allen & Unwin: London 1987.
- Brandt, R.: *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*. Frommann-Holzboog: Stuttgart 1974.
- Dunn, J.: *The Political Thought of John Locke*, Cambridge 1969.
- Filmer, R.: *Patriarcha*, teoksessa *Patriarcha and other Writings*. Ed. J. P. Sommerville, Cambridge University Press: Cambridge 1991, s. 1–68. [postuumisti 1680]
- Filmer, R.: *Observations Concerning the Originall of Government*, samassa teoksessa s. 184–234. [1652]
- Franklin, J.: *John Locke and the Theory of Sovereignty. Mixed monarchy and the right of resistance in the political thought of the English Revolution*. Cambridge University Press: Cambridge 1978.
- Gough, J. W.: *John Locke's Political Philosophy: Eight Studies*. Clarendon Press: Oxford 1973.
- Grotius, H.: *De iure belli ac pacis libri tres*. Brill: Ludguni Batavorum 1939 (JBP). [1625]
- Hobbes, Th.: *Leviathan*. Ed. Macpherson. Penguin: Harmondsworth 1968. [1651]
- Jyränki, A.: *Lakien laki. Perustuslaki ja sen sitovuus eurooppalaisessa ja pohjoisamerikkalaisessa oikeusajattelussa suurten vallankumousten kaudelta toiseen maailmansotaan*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1989.

- Knuuttila, S.: *Nikomakhoksen etiikka*. (Käänt. ja selityksin varust. Simo Knuuttila.) Gaudeamus: Helsinki 1981.
- Laslett P.: Introduction, in John Locke: *Two Treatises of Government*. Cambridge University Press: Cambridge 1988.
- Locke, J.: *An Essay Concerning Human Understanding*. [1690].
- Locke, J.: *Two Treatises of Government*. Ed. P. Laslett, Cambridge University Press: Cambridge 1988. [1689].
- Macpherson, C. B.: *The Political Theory of Possessive Individualism*. Clarendon Press: Oxford 1962.
- Macpherson, C. B.: *Democratic Theory*. Clarendon Press: Oxford 1973.
- Medick, H.: *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft*. Vandenhoeck und Ruprecht: Göttingen 1973.
- Nozick, R.: *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books: New York 1968.
- Olivecrona, K.: Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property. In *Journal of History of Ideas*, 2/1974 s. 211 ss.
- Pufendorf, S.: *De iure naturae et gentium libri octo*, London 1934. The Classics of International Law 17 (JNG). [1672].
- Reeve, A.: *Property. Issues in Political Theory*. Macmillan: Houndmills, Basingstoke, Hampshire 1986.
- Ryan, A.: *Property and Political Theory*. Basil Blackwell: Oxford 1984.
- Schlatter, R.: *Private Property. The history of an idea*. Rutgers University Press: London 1951.
- Skinner, Q.: Meaning and Understanding in the History of Ideas. In: *History and Theory* 8/1969.
- Skinner, Q.: Motives, Intentions and Interpretation of Text. In: *New Literary History* 3/1972.
- Tanskanen, K.: *Luther ja keskiajan talousetiikka. Vertaileva tutkimus*. Suomalaisen teologisen kirjallisuusseuran julkaisuja 169. Helsinki 1990.
- Tolonen, H.: Yksityinen ja julkinen uuden ajan alun luonnonoikeudessa. *Oikeus* 1/1979, s. 19 ss. ja *Oikeus* 2/1979, 87 ss. [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 247–280]
- Tolonen H.: *Korko, raha ja sopimus. Korkokielto ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1992.
- Tolonen, H.: Menneet ja nykyiset käsitteet oikeuden ja yhteiskunnan aatehistoriassa. *Oikeus* 2/1992, s. 126 ss. (1992a). [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 337–361]
- Tribe, K.: *Land, Labour and Economic Discourse*. Routledge & Kegan: London 1978.
- Tuck, R.: *Natural Rights Theories. Their origin and development*. Cambridge University Press: Cambridge 1979.
- Tully, J.: *A Discourse of Property. John Locke and his adversaries*. Cambridge University Press: Cambridge 1982.
- Turkka, T.: Miksi ihmisellä on oikeus itseensä. Teoksessa: Erkki Kaukonen et al. (toim.), *Tieteen historia ja tieteen edistyminen*. Suomen Akatemian julkaisuja 2. Suomen Akatemia: Helsinki 1985.
- Turkka, T.: ”Tässä tarkoituksessa”. Teoksessa: Pekka Korhonen (toim.), *Valtion legitimiisyys*. Jyväskylän yliopiston valtio-opin laitoksen julkaisuja 51. Jyväskylä 1986.

Näkökohtia julkisesta ja yksityisestä oikeuden alueesta

1 LÄHTÖKOHTA

Esitän seuraavassa eräitä käsitehistoriallisia ja oikeusteoreettisia näkökohtia, joiden välityksellä yksityisen ja julkisen ongelmallista ja keskeistä oikeussysteemaattista jaottelua voidaan tiivistää ja ymmärtää. Yleisessä oikeustieteessä asetetaan joskus kysymys, onko oikeuden luonne ymmärrettävä yhteistointana vai konfliktina. Mielestäni vastaus on aina periaatteessa oikeuden yhteistoiminnallisen luonteen korostaminen: oikeus on luonteeltaan aina kooperaatiota. Mutta: jotta oikeus voisi toteuttaa yhteistointaa, oikeuteen sisältyy aina myös välttämättä konfliktinratkaisun mekanismit. Nämä erilaiset sanktiomuodot ovat eräässä katsannossa yhteistointinnan takaajia.

Oikeudelle ominaista yhteistointaa voidaan hahmottaa hyvin erilaisista lähtökohdista. Voidaan puhua erilaisista ”kooperatiivisista periaatteista” John Finnisin tavoin. Ajatus yhdistää oikeustiedettä yhteiskuntateoriaan, leimallisimmin ehkä Habermasin kommunikatiivisen yhteistointinnan ajatuksena, jonka merkitys ulottuu aina humanistisiin tieteisiin asti. Kielitieteessä käsite on myös tuttu. Rajoitun viittaamaan Paul Griceen lingvistiseen teoriaan, jossa yhteistointinnan (Principle of Cooperation) ja yhteisen tiedon (mutual knowledge) ajatukset ovat lähtökohdana. Kieli on yhteistointiaan nojaava, sitä luova ja sitä säilyttävä tekijä.¹

Oikeuden yhteistointinnan (yhteistointinnan ja konfliktinratkaisun) kaksi pääaluetta ovat olleet ja ovat edelleen yksityinen ja julkinen. Näillä käsitteillä saattaa eri tieteissä olla läheisiä mutta periaatteessa aivan erilaisia muunnelmia. Voimme ajatella esim. Habermasin paljon käytettyä jaottelua systeemin ja elämismaailman välillä. Oikeusteoriassa on aina lähtökohteisesti kysymys siitä, mitä nämä alueet tarkoittavat *oikeussysteemaattisesti*. Se on myös seuraavan tarkastelun lähtökohta.

¹ Levinson 1983; Finnis 1980, erit. chap VI.

Oikeuden alueella yksityinen ja julkinen ovat käyneet läpi kiintoisan ja tiettyä ajankohtaisuutta omaavan kehityshistorian. Julkisen oikeuden alueella julkisvalta ja valtio ovat olleet keskiajalta lähtien keskeisen oikeudellisen ja yhteiskuntafilosofisen pohdiskelun kohde. Sopimus ja omistus ovat yksityisoikeuden alueella vastaavalla tavalla keskeisimmät kategoriat, jotka ovat yhteiskunnallisten ja oikeudellisten suhdejärjestelmien käsitteellisenä perustana.

Siten kysymys on kolmesta ongelmasta:

1. Traditionaalisesta ja modernista *julkisen* käsitteestä ja niihin liittyvistä oikeuden peruskäsitteistä.
2. Traditionaalisesta ja modernista *yksityisen oikeusalueesta*.
3. Julkisen ja yksityisen *rajasta ja niiden suhteesta*.

”Traditionaalinen”, ”klassinen” tai vastaavasti ”uusi”, ”moderni”, ”hyvinvointivaltiollinen” ja ”jälkihyvinvointivaltiollinen” ovat kuitenkin suhteellisia määreitä, joita seuraava esitys pyrkii täsmentämään joillakin oikeudenalat ylittävillä havainnoilla. Jossain määrin yritän alustavasti hahmottaa myös uusimpia kehityspiirteitä, erityisesti verrattuna nykyiseen yhteisöä koskevaan moraalifilosofian keskusteluun.

2 OIKEUSVALTIO JA HYVINVOINTIVALTIO

Sekä Suomessa (Mäenpää, Tuori) että Euroopassa (Habermas, Ewald, Maus) on puhuttu parikymmentä vuotta traditionaalisesta oikeusvaltiosta ja modernista hyvinvointivaltiosta sekä edelleen viime mainitun kriisistä. Itse näissä käsitteissä ei todellakaan ole mitään uutta, mutta niitä koskevat kriteerit ansaitsevat huomiota – myös hyvinvointivaltiota seuraavan eli mahdollisen jälkihyvinvointivaltiollisen käsitteen kannalta. Olli Mäenpää on teoksessaan *Hallintosopimus* (1989) edelleen ajankohtaisella tavalla erottanut yksitoista eri kriteeriä, jotka määrittävät oikeus- ja hyvinvointivaltion eroa. Ne liittyvät kaikki jollain tavoin oikeussubjektien yhdenvertaistamiseen tai oikeudellisten keinojen ja menetelmien proseduraalistumiseen, joissa uudenlaiset julkiset subjektit ja menetelmät astuvat traditionaalisten yksipuolisten valtasuhteiden tilalle. Haluaisin eritellä Mäenpään esitystä tiettyä tarkoitusta varten pitemmälle ja supistaa yksitoista kriteeriä kolmeen. Tällöin seuraan analogisesti feodalismitutkija John W. Hallin ajattelua ja puhun kolmesta

muuttujasta ja kolmesta vaihteluvälistä ilman oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion ehdotonta eroa:²

1. *subjekti eli oikeussubjekti* muuttuu julkisesta vallasta tasa-arvoisen subjektin suuntaan,
2. *toimintamenetelmä* muuttuu yksipuolisesta hallintotoimesta vastavuoroisen oikeustoimen suuntaan sekä
3. *toiminnan objekti tai substratti* irtautuu suvereniteetista ja ehdottomasta julkisesta edusta ja saa joitakin piirteitä yksityisautonomiasta.

Oikeusvaltiollisen käsitettä täytyy täsmentää historiallisen kehityksen valossa. Vanha feodaalinen valtio erottui julkisen ja yksityisen erottamattomuuden piirteen nojalla: omistus ja valtaoikeudet kietoutuvat monin tavoin toisiinsa. Sillä oli kirjava oma terminologiansa, joka heijastelee julkisvallan käsitteellistämisen vaikeutta feodalismien kaudella: *status, regimen, res publica, principatus, civitas*.³ Oikeusvaltiollisuuden ensimmäinen vaihe on nykyisen valtiokäsitteen syntyminen 1300–1600-lukujen aikana. Silloin nykyinen valtio sai – usein kansalliskielillä: Staat, state, l’etat etc. – myös oikeusvaltiollisuuden kannalta peruspiirteensä: se nousi yksityisten suhteiden yläpuolella olevaksi erityiseksi mahdolliseksi. Ilmiötä on tutkittu verraten paljon sekä reaali- että aatehistoriallisesti; oikeuden osalta tulokset ovat samansuuntaisia kuin valtio-opin aatehistorian erityistutkijat esittävät. Nykyisestä näkökulmasta kaksi selväpiirteistä tuntomerkkiä tulevat hahmottamaan länsimaista käsitystä valtiosta. Ne löytyvät verraten yksiselitteisesti Jean Bodinin, Thomas Hobbesin, Samuel Pufendorfin ja Johannes Althusiuksen teksteistä kuten myös Hugo Grotiukselta.

- Julkinen valta on suvereeni. Tässä yhteydessä se merkitsee ennen muuta sitä, että suvereeni *valta ei voi sitoa itseään*. Kuten Bodin toteaa 1580-luvulla ”(valtio) ei voi sitoa itseään peruuttamattomalla tavalla” (Six livres I.10). Siihen liittyy edelleen suvereenin vallan *oikeudellinen rajoittamattomuus*.
- Julkinen valta on yhtenäinen subjekti. Se ei ole yhtenäinen vain tosiasiallisesti vaan ennen muuta *juridisesti*. Se merkitsee: Valtio ei voi olla *oikeussuhteessa* itseensä nähden tai orgaaninsa kanssa, koska valtio on yhtenäinen subjekti.⁴

² Mäenpää 1989, 13–45; Hall 1974.

³ Ks. tarkemmin Tolonen 1982, 116–123.

⁴ Ks. tarkemmin Tolonen 1979.

Nämä ovat alun perin uuden ajan alun luonnonoikeuden ajatusedellytyksiä. Kun luonnonoikeus muuttui käsittelainopiksi, se merkitsi julkioikeuden alueella ns. julkisoikeudellisen positivismin valtakautta. Juuri tähän liitetään yleensä oikeusvaltiollisuuden ajatus. Sen luoja on v. Gerber, Laband, Jellinek ja Mayer. Voidaan sanoa (vastaavasti kuin yksityisoikeuden sopimuksen ja omistuksen yhteydessä), että uuden ajan alun ajatukset saavat erityisen juridisen muodon. Tästä katsannosta valtio on oikeudellinen kahdestakin perspektiivistä. Ensinnäkin valtiota tulee tarkastella oikeudellisesti eli täytyy esittää sen luonnollisen (v. Gerber) tai sosiaalisen (Jellinek) tarkastelun sijasta sen oikeudellinen konstruointi ”eine rechtliche Construction” (v. Gerber). Oikeudellisesti konstruoina valtio on oikeushenkilö, joka sisältää tahdonmahdollisuuksien järjestelmän. Valtiosta tulee Gerberin mukainen ”Willensverband”, eli juridisen tahdon käsite tulee hallitsemaan valtion ja julkisen käsitettä. Tässä uudessa muodossa perusajatukset säilyivät julkisoikeudellisten peruspostulaattien mukana. ”Valtio on yksi henkilö ja yksi tahto”, ”eine einheitliche juristische Persönlichkeit”.⁵

Toisessa merkityksessä oikeusvaltiollisuus tulee esiin valtion oikeussuhteiden kannalta. Valtio luo oikeudelliseen muotoon puettuna herruusjärjestelmänä ja tahdonmahdollisuuksien julkisena valtiopersonana oikeuksia ja velvollisuuksia kansalaisille. Kun valtio puuttuu kansalaisten vapauteen tai varallisuuteen, tarvitaan lainsäädäntöelimen myötävaikutus. Tällaisia normeja Laband ja Jellinek kutsuivat oikeuslauseiksi. Valtio muodostaa kuitenkin myös sisäisen järjestelmän, joka määrittelee orgaaniensa tahdonmahdollisuuksia. Tällöin ajatus yhdestä valtiohenkilöllisyydestä ilmenee siten, että valtio ei voi olla oikeussuhteissa itsensä tai orgaaniensa kanssa. Otto Mayer puhuu ”ulkoisista”/”sisäisistä oikeussuhteista”. Samansuuntainen on erottelu puuttuvan hallinnon ja suorittavan hallinnon (*Eingriffsverwaltung/Leistungsverwaltung*) välillä.⁶

Oikeusvaltiollisuus on liitetty ns. liberaaliseen paradigmaan, jonka tehtävänä on sekä erottaa selvästi yksityinen ja julkinen oikeusalue että suojata yksityisen kansalaisen omistus- ja vapausoikeuksia (myös valtiovaltaa vastaan. Mitä tarkoittaa oikeusvaltioon verrattuna hyvinvointivaltio tai hyvinvointivaltiolliset elementit? Hyvinvointivaltio on usein liitetty oikeuden materiaalustumiskehitykseen: se suojaa kansalaisten perustoimeentulon, turvaa heidät poikkeuksellisten tapahtumien varalta sekä tuottaa yhden-

⁵ Ks. tarkemmin yksityiskohdista esim. Tolonen 1982; Tuori 1983a, 7–35.

⁶ Tuori 1983a, 7–35 ja 1983b, 494–500, 579–581.

vertaisia peruspalveluja. Se on peruspiirteissään sekä interventionistinen (puuttuu sellaisiin kansalaisten oikeusasemiin, joita liberalistinen paradigma kutsui yksityisiksi) että uudelleen jakava valtio (joka toteuttaa materiaalista yhdenvertaisuutta).

Oikeussystemaattisesti ja -teoreettisesti tarvitsemme kuitenkin valtion interventiota tarkemman käsitteistön. Juuri tätä keskustelua käydään tällä hetkellä, osin hyvinvointivaltion/jälkihyvinvointivaltion käsittein. Tästä katsannosta Mäenpään esitys on kiintoisa ja ajankohtainen. Mäenpää ei puhu paljoakaan valtion interventiota. Sen sijaan hän perustellusti tarkastelee uudenlaisia oikeudellisia toimijoita, uudenlaisia menettelyjä sekä uudentyyppisiä sitoumuksia.

Näyttää siltä, että Mäenpää tarkastelee kohdettaan paljolti sellaisin käsittein, joita kymmenen vuotta kirjan ilmestymisen jälkeen voimme luonnehtia pikemminkin jälkihyvinvointivaltiolliseksi. Jälkihyvinvointivaltiolliset piirteet ovat syntyneet hyvinvointivaltion, ”sosiaalivaltion”, kriitikistä, uusista arvoista ja uudesta yhteiskuntatodellisuudesta; niiden merkitystä on toistaiseksi vaikea arvioida. Mäenpään esityksen yhteydessä näyttäisi olevan kolme tällaista piirrettä. Ne ovat (a) oikeuden proseduraalistuminen, (b) oikeuden monimuotoistuminen (pluralismi tai polysentria) ja (c) ehdottoman yhtenäisen valtiovallan häviäminen. Eräs keskeinen 90-luvun esitys on Jürgen Habermasin teos *Faktizität und Geltung* 1992. Siinä kehitellään sosiaalivaltiollistumisen jälkeistä tilaa keskeisesti juuri proseduraalisena oikeusparadigmaksi, jossa olennaista on oikeussubjektien uudenlainen sekä faktinen että oikeudellinen itsemäärävyys, ”Selbstbestimmung”.⁷

Mäenpään tavassa nähdä hyvinvointivaltiollinen järjestelmä määrittävät tarkemmin mainitut oikeussubjektin, toimintametodin ja toiminnan kohteen perusajatukset kahdessa hyvinvointivaltioon liitettyssä piirteessä.

- Julkinen valta ei ole enää ehdottomasti suvereeni. Eräs tähän kuuluva tärkeä ilmiö on nähtävissä siinä, että valtio voi oikeudellisesti ”sita” tahtoaan tavalla, joka oli mahdoton oikeusvaltiollisen ajattelun mukaan. Olli Mäenpää viittaa esim. KKO:n julkaisemattomaan tuomioon 29.8.1960. Tässä tapauksessa Helsingin kaupunki joutui kaavoittamista koskevassa asiassa korvaamaan ns. negatiivisen sopimusedun, vaikka kyse oli kiistattomasta kunnallisesta (suvereenisesta) kaavoitusvallasta. Mutta: kaupungin olisi pitänyt pystyä ennakoimaan, että kaava tulee muuttumaan lisääntyvän liikenteen tarpeen vuoksi, kun se myi omistamansa kiinteistön pankille

⁷ Habermas 1992, Kap IX, 468–537.

- x. Ainakin jossain mielessä julkisvalta voi siten tulla sidotuksi. Mäenpää puhuu *heikosta sitovuudesta*.
- Julkinen valta ei ole enää yksiselitteisesti yhtenäinen subjekti. Valtionhallinnossa löytyy tilanteita, joissa valtion orgaanille voi tulla oikeussubjektin piirteitä mm. oikeustoimikelpoisuuden muodossa, tavalla, joka oli tuntematon oikeusvaltiollisen ajattelun mukaan. Voidaan puhua Mäenpään tapaan *heikosta oikeussubjektiviteetista*.⁸ Mäenpään teoksesta vuodelta 1989 tulee esiin tämän päivän näkökulmasta keskeinen ongelma: hyvinvointivaltion puitteissa näyttää esiintyvän jälkihyvinvointivaltiollisia piirteitä. Tähän sisältyy epäilemättä valtio-oikeuden kannalta monia kysymyksiä, jotka tässä sivuutetaan. Oman tarkasteluni ydin on siinä, että myös yksityisoikeuden peruskäsitteissä on havaittavissa samansuuntaista kehitystä. Siirryn seuraavaksi sopimusoikeuteen.

3 TAHTOMALLI JA HYVINVOINTIMALLI SOPIMUSOIKEUDESSA

Sopimusoikeuden käsitehistoriassa on tapahtunut jotain melko monessakin suhteessa vastaavaa kuin julkisvallan yhteydessä. Myös sopimusoikeudessa on aihetta puhua traditionaalisesta tai klassisesta mallista kolmessa merkityksessä: niitä ovat ajallisesti ensimmäinen feodaalinen tasapainomalli, uuden ajan alun yksityisautonomiaan perustuva tahtomalli ja käsitelainopillinen juridisformaalinen tahtomalli. Vastaavasti uudesta mallista voidaan puhua ja on puhuttu sekä hyvinvointivaltiollisena että jälkihyvinvointivaltiollisena sopimusoikeutena. Piirteet ovat yleiseurooppalaisia.

Kutsun traditionaalista mallia Pöyhösen osuvan terminologian mukaisesti formaaliksi tahtomalliksi, vaikka käsitykseni sen kehittymisestä poikkeaaakin Pöyhösestä. Toisin kuin Pöyhönen ajattelen formaalin tahtomallin syntyneen uuden ajan alun luonnonoikeudesta, josta aatehistoriallinen tutkimus on sinänsä yksimielinen. Siksi määrittelen formaalin tahtomallin niiden ajatusten kautta, jotka nimenomaan Hugo Grotius ja Samuel Pufendorf esittivät pääteoksissaan vuosilta 1625 ja 1670.

Näissä teoksissa kohtaamme ensi kerran selvästi muotoiltuina traditionaalisen sopimusvapauden ja sen sidonnaisuuden eri tasoiset perustelut. Tahtomallilla on synnyltään keskeinen yhtymäkohta markkinoiden vapauden kanssa, kuten olen toisaalla osoittanut. Juridisena doktriinina sitä kuitenkin

⁸ Mäenpää 1989, 219–282.

kin hallitsevat *yksityisen autonomian ja vapaan tahdon* paradigmaattiset ajatukset: tahdolla on vapaus ja mahdollisuus sitoa itseään. Tätä perustetta olen kutsunut tahtoteorian eettiseksi perusteeksi; juuri se(kin) on vastakohta aiemmin vallinneelle teorialle, jota voi kutsua *tasapainoteoriaksi*. Viimeksi mainittua edusti vielä mm. Fransisco Connanus -niminen teoreetikko 1500-luvulla, jota vastaan Grotius temaattisesti hyökkää. Connanuksen mielestä sopimus voi perustua vain tasapainolle, sen aristoteelisen korjaavan oikeudenmukaisuuden (*synallagma*) tai vaihdossa toteutuvan oikeudenmukaisuuden (”iustitia commutativa”) merkityksessä. Grotiuksen hyökkäys juuri Connanusta vastaan teoksessa *De iure belli ac pacis* II, XII, 2 on sopimusoikeuden historian ainutlaatuinen passus, jossa uusi tahtomalli ensi kerran näyttäytyy selväpiirteisenä vanhaa tasapainoajattelua vastaan. Samaa ajatukseen nojautuu myös Pufendorfin esitys teoksen *De iure naturae et gentium libri octo* erityisesti viidennen kirjan alussa (JNG VI). Näihin perustavanlaatuisiin teksteihin voin vain viitata, mm. niihin olennaisesti kuuluvan oikeudenmukaisen hinnan muuttumisessa markkinahinnaksi.⁹

Voimme panna merkille kaksi melko tarkkaankin toisiaan vastaavaa piirrettä, jotka koskevat sopimuksen (yksityisen) ja julkisen historiaa. Ensimmäisin sekä suvereniteetti että yksityisautonomia sisältävät analogisen tahdon vapauden ja sen rajattoman toimintakyvyn perusajatuksen omilla alueillaan. Tähän liittyy eräs huomion arvoinen alakohta, joka koskee juridista henkilöä, joka esiintyy myös yksityisoikeudessa käsitteenä *persona moralis*. Toinen ehkä vielä tärkeämpi yhdistävä piirre koskee molempien alueiden muutosta luonnonoikeudesta käsiteläinoppiin: alun perin luonnonoikeudellisesti perustellut käsitteet juridisoitiin (käsitteen ”Wille” välittämänä). Syntyi juridisformaalinen *Willensmacht* Savignyllä, jota sittemmin Puchta kehitteli käsitteenä *Willensfähigkeit*. Tätä ”puhtaan tahdon” konseptiota on erityisen havainnollisesti analysoinut James Gordley: se on periaatteessa riippumaton motiiveista, olosuhteista, luottamuksesta ja muista reaalimaailman ilmiöistä.¹⁰ Ajatus vastaa sekä metodisesti että asiallisesti oikeusvaltiollisuuden peruskonseptiota sellaisena kuin se syntyi julkisoikeudellisen positivismin teorioissa. Oikeus on molemmissa ”tahdonmahdollisuuksien systeemi”, ”ein System von Willensmöglichkeiten” (v. Gerber).

Miten klassinen malli on muuttunut? Nykyään sopimusoikeudella on useita uusia juonteita. Uutta mallia voidaan ensinnäkin Thomas Wilhelms-

⁹ Ks. tarkemmin Tolonen 1992.

¹⁰ Gordley 1991.

sonin sosiaalisen siviilioikeuden peruskonseption mukaan kutsua hyvinvointivaltiolliseksi. Sen lähtökohtana ovat hyvinvointivaltiollinen tasa-arvo (perustoimeentulo, yhdenvertaiset julkispalvelut ym.) ja sopimusoikeuden uusi elementti, tarveorientoitunut tarkastelu. Voidaan puhua uusista *tarvesuuntautuneista suojaroleista*. Siten voidaan erottaa

- 1) vanhat funktiosuuntautuneet suojaroolit: niitä ovat esim. työntekijä ja vuokralainen *sekä*
- 2) uudet tarvesuuntautuneet suojaroolit: niitä ovat työttömyys, sairaus ja niihin rinnasteiset olosuhteet. Tyypillisimpiä tapauksia lainsäädännössä ovat osamaksukauppain 2 § ja korkolain 11 §, joissa puhutaan sairaudesta, työttömyydestä tai muusta niihin rinnasteisesta syystä. Mm. vakuutusl 39 § ja KSL 7:16 sisältävät vastaavan säännöksen. Tapauksia kutsutaan Wilhelmssonin vakiinnuttaman terminologian mukaisesti *sosiaalisiksi suoritusesteiksi*.

Wilhelmsson on itse alkanut kutsua malliaan jälkihyvinvointivaltiolliseksi vuodesta 1993. Wilhelmsson katsoo, ettei uusia ilmiöitä voi selittää ja perustella pelkästään valtiointervention vaan usein myös markkinarationaliteetin näkökulmasta (esim. kuluttajansuoja). Tämän mukaisesti liittymä hyvinvointivaltion ja mainittujen arvojen välillä on enää välillistä. Toinen näkökohta koskee uusia sääntelyn strategioita ja muotoja, jotka ovat tulleet joustavamiksi ja harkinnanvaraisemmiksi. Tässä yhteydessä myös Wilhelmsson puhuu uudenlaisesta proseduraalisesta orientaatiosta. Edelleen hän yhdistää jälkihyvinvointivaltiollisuuden harkinnanvaraiset säätelymekanismit, kuten OiktL 36 §:n ja EU-oikeuden kohtuuttomuusdirektiivin.¹¹

OiktL 36 § kohtuullistamisäännös on puolestaan ollut Juha Pöyhösen väitöskirjan aihe ja sopimusoikeudellisen ajattelun lähtökohta. Pöyhönen yhdistää kohtuuttomuusäännöksen sopimusoikeuden kehitykseen, joka on nostanut formaalin tahtomallin ja luottamusmallin jälkeen esiin ns. yhteisöllisen käytännön mallin. Tämä malli asettaa puolestaan kohtuusperiaatteen ensisijaiseksi, ohitse sopimusvapauden, vaihdannan varmuuden ja heikomman hyvittämisen periaatteiden. Malli on yhteisöllinen, kun taas aiemmat teoriat edustavat yksilöperusteista lähestymistapaa. Sen teoreettisia kiinnekohtia Pöyhönen hakee P. S. Atiyahin yhteisöllisten lupauksen perusajatuksesta, jonka mukaan sitovuus on yhteisössä yleisesti hyväksytty ”practice of promising”. Lisäksi Pöyhönen viittaa Rawlsin (yleisesti sosiaaliliberaalina pidettyyn) proseduraaliseen oikeudenmukaisuuteen (vrt. Wilhelmsson) ja

¹¹ Wilhelmsson 1987; Wilhelmsson 1993, erit. 28–38; Wilhelmsson 1995, 1–29.

aristoteeliseen korjaavaan oikeudenmukaisuuteen (synallagma). Lyhyesti ja ongelmatomasti Pöyhösen ja Wilhelmssonin teorialt suhtautuvat samansuuntaisesti (sopimustasapainoa korjaten) erilaiseen kohdealueeseen. Pöyhösen kohteena on *sovittelukohtuus* erilaisissa tilannetyypeissä, Wilhelmssonin teoria suuntautuu taas kiinteille, lainsäädännön luomille sopijapuolirooleille eli *sääntelykohtuudelle*. Sinänsä Wilhelmssonin uudet teoreettiset muotoilut 1993 lähentävät ajattelutapoja toisiinsa.¹²

Sopimusoikeudessa on vielä kolmas uusi alue, jolla esiintyy huomattavia perinnäisen tahtoteorian kyseenalaistavia periaatteellisia muotoiluja. Se liittyy lojaliteettiperiaatteen kasvavaan merkitykseen kahden viimeisen vuosikymmenen aikana. Se edustaa sopimusoikeudessa yhteistoiminnallista perusajatusta. Sopimusmekanismeja tarkastellaan sopimussyhteisönä, ei vastakkaisten intressien kamppailun vaan yhteisen päämäärän toteuttamisen valossa. Yhteinen päämäärä ja intressi sekä luottamus liittyvät nimenomaan pitkän keston sopimuksiin ja sopimusverkkojen ilmiöön. Tällainen sopimusten yhteistoimintamalli luo sopijapuolille mm. neuvottelu- ja myötävaikutusvelvollisuuksien muodossa sellaisia sopimuskäyttämistä koskevia velvoitteita, joita tulkitaan sopimusten luonteen eikä osapuolitahton valossa. Hugh Collins on tämän tarkastelun keskeinen edustaja Euroopassa.¹³

Sopimusoikeuden nykyiset kehityslinjat sisältävät erilaisia vaikeasti keskenään suhteutettavia ja osin ristiriitaisia ajatuksia. Tässä esityksessä haluan nostaa esiin vain erään piirteen, joka koskee kaikille yhteistä, joskin eri muodoissa toteutuvaa yhteisöllisyyden perusjuonetta. Wilhelmssonin perusajatus koskee sääntelykohtuuteen perustuvia tarvesuuntautuneita suojaroleja, joiden yhteisöllisyys on ollut hyvinvointivaltiollista: yhteiskunnassa yleisesti tyypillisten erivertaisten sopijapuolten aseman yhdenvertaistamista. Pöyhösen perusoppi koskee konkreettisemmin sopimuskäytäntöjen ohjaamista ja niissä konkreettisesti esiintyvää tuomioistuimen määrittämää kohtuuttomuuteen sisältyvää erivertaisuutta. Pöyhönen luonnehtii malliaan yhteisölliseksi jostain muusta kuin hyvinvointivaltiollisesta aspektista. Siinä yhdenvertaisuus tarkoittaa konkreettisten sopimusehtojen korjaamista sekä sopimussuoritteiden että sopijapuolia koskevan tasapainon saavuttamiseksi. Kolmas tapaus koskee vihdoin sopijapuolten muodostamaa yhteisöllisyyttä konkreettiseen yhteistoimintaan liittyvien velvoitteiden muodossa. Siinä voidaan konkreettisemmin kuin sopimuksen ehtoja kohtuullistamalla esim.

¹² Pöyhönen 1988.

¹³ Collins 1993. Ks. tarkemmin Tolonen 1996, s. 2–17.

myötävaikutusvelvoitteen ja neuvotteluelvoitteen muodossa turvata yhdenvertainen, konkreettisissa olosuhteissa kohtuullinen toimiminen sopimuksen yhteisen päämäärän saavuttamiseksi.¹⁴ Kaikki mainitut sopimusoikeuden muodot, tarvesuuntautuneisuus, kohtuullisuus ja sopimuslojaliteetti liittyvät eri näkökulmista sopijapuolten yhdenvertaisuuteen: kuluttajan *yleinen* (abstrakti) suojarooli – tuomioistuimen toteama *tyypillinen* kohtuuttomuus yksipuolisesti määräävän ehdon tapauksessa – (mahdollisesti) välimiesoikeuden toteama *konkreettinen* lojaliteettivelvoitteen rikkominen. Mielestäni niitä voidaan tarkastella eritasoisina yhteisöllisyyden muotoina, jotka kaikki turvaavat yleisemmällä tai konkreettisemmalla tasolla sopijapuolten yhdenvertaisuutta ja siihen perustuvaa yhteistoimintaa.

Tällainen yhdenvertaisuus ja oikeussubjektin autonomian turvaaminen tarjoaa mahdollisesti yleisluontoisen kehikon tarkastella – osin kriittisesti sekä osin hyväksyvästi – hyvinvointivaltion tarvesuuntautuneita suojaroolleja. Tämän näkökohdan ajattelen olevan myös Wilhelmssonin ajatusten taustana ”jälkihyvinvointivaltiollisessa” tarkastelussa. Joka tapauksessa ne näyttävät yhdistävän sekä Habermasin että Wilhelmssonin proseduraalista ajattelutapaa konkreettisempaan muotoon. Tämän mukaisesti voidaan tarkastella osin myös vuonna 1993 voimaan tullutta velkajärjestelyinstituutiota, jossa luodaan uusi yleinen suojarooli, kuitenkin vasta tuomioistuimen konkreettisemmän harkinnan jälkeen sen todettua, ettei velkaantuminen ole tapahtunut ”ilmeisen kevytmielisesti”.¹⁵

4 YHTEENVETOJA: SOPIMUS- JA HALLINTO-OIKEUDEN PIIRTEET JULKISEN JA YKSITYISEN TAPAUKSINA

Voimme tehdä eräitä kokoavia havaintoja. Onko julkisen ja yksityisen alueiden kehityksessä lopultakaan yhteisiä piirteitä? Mitä oikeastaan tarkoitamme, kun sanomme – usein jälkihyvinvointivaltiolliseen projisoituna – että julkinen ja yksityinen ovat lähentyneet tai kietoutuneet uudella tavalla? Viimeksi mainitun ajatuksen ehkä tunnetuin esittäjä on Habermas edellä mainitussa teoksessaan vuodelta 1992, jossa hän proseduraalisen oikeuspa-

¹⁴ Ks. esim. KKO 1993:130.

¹⁵ Ks. myös Wilhelmsson1997, s. 1180 ss.; Pöyhönen 1997, s. 527 ss.

radigman avulla yrittää hallita hyvinvointivaltion kritiikkiä ja sen jälkeistä kehitystä. Ajattelen, että Habermasin vastaus yksinkertaistaa monia asioita liiaksi varsinkin oikeudellisten käsitteiden tasolla.

Käsitykseni mukaan

1. yksityisen ja julkisen alueet ovat olleet erillisiä alueita, mutta niillä on paljon pitemmälle meneviä analogioita kuin on ajateltu (valtiosuvereniteetti – tahdonautonomia, Willensmacht – Willensverband etc.).
2. On olemassa uudenlainen alue, jota sekä yksityinen että julkinen jollain tavalla lähestyvät siinä kuitenkin missään tapauksessa sulautumatta. Tätä aluetta kutsun **uusyhteisöllisyydeksi**. Ajattelen, että proseduraalistuminen vaatii ehdottomasti jotain sisällöllisempiä käsitteitä nykyisen ns. jälkihyvinvointivaltiollisen ilmiökentän edessä. Uusyhteisöllisyyden käsite – ajateltuna sen taustaksi erityisesti nykyistä kommunitarismi/liberalismi-keskustelua – voitaisiin muovaillla tällaiseksi yleiseksi ideaksi. Seuraava on tarkoitettu vasta keskustelun pohjaksi. Julkisella ja yksityisellä oikeuden lohkokolla on uusyhteisöllisen toimintalogiikan kautta eräitä tärkeitä yhteisiä piirteitä. Mielessäni on ennen muuta kaksi.
 1. *Käyttöarvojen logiikka*. Tietynlainen tarverationaalisuus on ehkä yhteisenä piirteenä sekä hallinto-oikeudessa että sopimusoikeuden uusimmissa piirteissä. Tämä piirtyy esiin selvänä Wilhelmssonin (jälki)hyvinvointivaltiollisessa sopimusoikeudessa, jossa tarvesuuntautuneisuus on edelleen keskeisenä lähtökohtana. Eräs tärkeä seikka ansaitsee lähempää huomiota ja analyysia. Kaikki ne tapaukset, joissa lainsäädäntö mainitsee uudet suojaroolit: työttömyyden, sairauden ym. koskevat nimenomaan *käyttotalouden tapauksia vaihtotalouden vastakohtana*. Kuten korkolain 11 §, osamaksukauppalain 2 § ja KSL 7:16: ”... itselleen tai perheenjäsenilleen...”, ”... hankkii omiin henkilökohtaisiin tarpeisiinsa”. Vastaava tarverationaalisuus koskee hyvinvointivaltion keskeisiä perussuoritteita, kuten opetusta ja terveydenhoitoa.
 2. *Oikeussubjektiviteetti, uudet roolit, uusi yhteisöllisyys*. Tämä vaikea aihepiiri palautuu oikeushenkilöllisyyden ja oikeussubjektiviteetin käsitteeseen. Julkisoikeudessa Mäenpään mainitsema heikko oikeussubjektius muovaa uudestaan käsitystämme valtioon henkilön luonteesta. Se tarjoaa julkisille toimijoille sellaisia yhteistoiminnallisia muotoja, jotka oikeusvaltiollisen tarkastelun mukaan olivat juridisesti mahdottomia. Yksityisoikeudessa voidaan yleisesti ottaen havaita useampia erilaisia piirteitä, jotka mielestäni luovat useasta katsannosta oikeussubjektien yhdenvertaisia toimintamahdollisuuksia. Niitä voidaan edellä kerrotussa mielessä tarkastella erilaisina yhteisöllisinä yhdenvertaisuusmalleina, joiden perimmäinen tarkoitus on oikeussubjektiviteetin ja itsenäisen sopijapuoliaseman vahvistaminen. Tällaisina yhteisöllisyyden muotoina on perusteltua tarkastella myös sopimusoikeuden perinteisiä hyvinvointivaltiollisia suojarooloja.

5 MUITA YHTEISÖLLISYYDEN TAPAUKSIA: OMISTUSOIKEUS JA RYHMÄOIKEUDET

Ajatus uusyhteisöllisyydestä näyttää koskevan myös toista yksityisoikeuden keskeistä instituutiota, nimittäin omistusoikeutta.

Traditionaalinen omistuskäsite feodaalisessa muodossa tarkoitti yhteisomistusta (*communis*) tai käyttöä (*usus*). Käsitys muuttui uuden ajan alussa: samoin kuin sopimus, individuaalinen tahto tuli määrittämään omistusta, ja se sai nykyiset absoluuttisen ja eksklusiivisen omistuksen perusmääreensä. Vastaavasti kuin sopimus omistuksen käsite käsitettiin puhtaaksi tahdonvallaksi käsiteläinopin kaudella. Nämä kolme vaihetta ovat olleet lukuisten erityistutkimusten kohteena.¹⁶

Varsinaista hyvinvointivaltiollista teoriaa ei omistusoikeudella ole ollut, joskin jo v. Ihering puhui omistuksen sosiaalisesta tehtävästä. Kuitenkin heikomman suoja on ollut mukana esineoikeudellisessa argumentaatiossa sotien jälkeen samansuuntaisesti kuin sopimuksen yhteydessä.¹⁷

Sen sijaan hyvinvointivaltiollisuuden ja jälkihyvinvointivaltiollisuuden välimaastoon asettuu kaksi ilmiötä. Ne ovat ensinnäkin ajatus uudesta omistuksesta, jota lähinnä C. A. Reich ja C. B. Macpherson ovat esittäneet. Ajatus sisältää yhtäältä kollektiivisen oikeuden ajatuksen (esim. ympäristöä koskien), toisaalta taas sellaiset valtiovaltaan kohdistuvat oikeudet, jotka liittyvät toimeentuloon ja sosiaaliin oikeuksiin. Toiseksi aina Berlen ja Meansin klassisesta esityksestä *The Modern Corporation and Private Property* vuodelta 1932 on kiinnitetty huomiota suurempien yritysten ns. firmaomistukseen erityisenä vallanjaon ja erilaisten etutahojen (osakkeenomistajat, johtajat, luotonantajat jne.) yhteistoimintamuotona. Viimeksi meillä on asiaan kiinnittänyt huomiota Timonen. Molempiakin ilmiöitä voidaan tarkastella erilaisina uusyhteisöllisyyden muotoina.¹⁸

Oma nimenomaan 1990-luvun kannalta keskeinen alue muodostuu vähemmistöoikeuksista (minority rights) tai ”ryhmittäin eriytyneistä oikeuksista” (”group-differentiated rights”). Niillä on yleisesti ottaen kollektiivisen oikeuden luonne. Ne saattavat koskea (a) oikeutta rauhaan ja turvallisuuteen, (b) oikeutta luonnonvaroihin, (c–d) oikeutta kehitykseen ja ravintoon (e)

¹⁶ Ks. Tolonen: Nykyisen omistuskäsitteen synty. Laajimmin on omistuskäsitteen historiaa tutkinut Paasto 1994; ks. myös Tolonen 1994.

¹⁷ Ks. v. Ihering 1904, 363–371.

¹⁸ Ks. Macpherson 1978; Berle & Means 1968; Timonen 1997, s. 162 ss.

oikeutta ympäristöön, (f) vähemmistöjen ja alkuperäiskansojen oikeutta, (g) oikeutta ihmiskunnan yhteiseen perinteeseen. Kokoan nämä kaikki käsitteeksi oikeus kulttuuriin.

Keskeinen kysymys koskee sitä, kenellä eli millä ryhmällä on tällainen oikeus. Mielenpisteet jakautuvat radikaalisen pluralismin (Iris Young) ja maltillisemmän version (Will Kymlicka) välillä. Keskeistä on kuitenkin molempien yhteinen oletus, että ryhmä on jollain tavalla oikeuksien kantaja.¹⁹

Mutta mikä on yksilön asema tällaisten kollektiivisten tai ryhmäperusteisten oikeuksien keskellä? Tällöin olemme keskellä kommunitarismien ja liberalismien välistä tärkeää keskustelua. Ongelma voidaan ehkä lyhyesti tiivistää yksilön ja kulttuuristen tavoitteiden ja rakenteiden välistä suhdetta koskeväksi. Kommunitaristit taikka tällaiseen ajattelutapaan suuntautuneet teoreetikot katsovat, että kulttuuriset rakenteet ovat ennen muuta ja yksilöllistä tahtoa, jollain tavoin meihin istutettuja ja rakenteistettuja, jotka pikemmin löydetään kuin valitaan tahtomalla. John Rawlsin tunnetun yhteiskuntasopimuksen teorian katsotaan edustavan liberalismien perusteoriaa: yksilö ja hänen rationaalinen valintaprosessinsa luo yhteisöt. Asetelma muistuttaa voimakkaasti Law & Economics -ajattelun kahden suuntauksen, nimittäin institutionaalisen ja uusklassisen teorian erilaisia lähtökohtia.

Kysymys koskettaa myös oikeutta ja oikeudellisesti relevantteja vaateita. Viitataan lyhyesti Will Kymlickan teoriaan, joka on välittävä teoria kommunitarismien ja liberalismien välillä sisältäen aina vaateen yksilön oikeudesta kulttuuriin ja sen arvojen ns. tarkastettavuudesta, ”revisability”. Hänen mukaansa kansallisella vähemmistöllä (mahdollisesti myös etnisellä ryhmällä) on *oikeus kulttuuriin (access to culture)*, jolloin kulttuuri ymmärretään yhteisten arvojen ja elämäntapojen kokonaisuudeksi, joka modernissa muodossa on institutionaalistamisen vaateen alainen. Oikeus kulttuuriin on samalla identiteettiä koskeva suojavaade: voidaan puhua ryhmittäin eriytyneistä oikeuksista. Tällaisia ryhmittäin eriytyneitä oikeuksia tarvitaan *access to culture* -vaateen toteuttamiseksi. Kymlickan teoria liikkuu yhteiskuntamoraalin alueella lähestyen selvästi oikeudellisia vaateita. Hän erottaa ja spesifioi seuraavat ryhmittäin eriytyneet oikeudet: (a) itsehallinnolliset oikeudet, ”self-governmental rights”, (b) polyetniset oikeudet, ”polyethnic rights” ja (c) erityiset edustus-oikeudet, ”special representation rights”. Kymlickan teoria on deontologinen eli rakentuu oikeuksille eikä tavoitteille

¹⁹ Stapleton 1995, Introduction.

asettaen valtiolle nimenomaisia toimintavelvoitteita.²⁰

Ryhmäoikeuksien ajatus edustaa ehkä puhtaimmin ”uusyhteisöllisyyttä”. Sen alkujuuret voidaan hakea epäilemättä feodaalisen yhteisön erityisistä korporatiivisista muodostelmista, kuten killoista. Sillä on 1800-luvun lopussa kuitenkin oma selvä saksalainen ja brittiläinen oikeushistoriallinen taustansa (jonka yhteiskuntafilosofit usein unohtavat). Saksassa sitä edusti nimenomaisesti Otto Gierke, joka oli ehkä tunnetuin ns. romanisteja vastustavan germanistisen ajattelutavan edustaja. Gierken suuri ajatus oli germaanisperusteisen alkuperäisen oikeuden alkuperäiset yhteisömuodostelmat, joita hän kutsui nimellä *Genossenschaft* (tai ”Gemeinde”). Niitä edustivat sellaiset yhteisöt kuin kirkko, yliopisto ja kunta. Ratkaisevaa Gierken ajattelussa oli se, ettei näitä yhteisöjä voitu ymmärtää roomalaisoikeudellisen mallin mukaisiksi oikeushenkilöiksi. Tällainen erhe oli Gierken mukaan tapahtunut juuri ja erityisesti kanonisessa oikeudessa. Hän nimeää jopa tietyn paavin (Innocentius IV 1200-luvun puolivälissä) sen harhaanjohtavan ajatuksen isäksi, että alkuperäiset yhteisöt voitaisiin käsittää pelkästään oikeushenkilöiksi, joiden tahtoa tietyt yksilöt voisivat edustaa. Tämä on se, mitä kutsutaan Gierken oikeushenkilöiden ”reaaliteoriaksi”.

Englantilainen juuri on ehkä merkittävämpi, joskaan niitä ei voi täysin erottaa toisistaan. Sen aloittaja on oikeushistorioitsijana tunnettu F. W. Maitland. Maitland puhuu samanlaisin painotuksin yksilölliseen tahtoon palautumattomista ryhmäoikeuksista ja ryhmäelämästä. Hän löytää niiden perusteen angloamerikkalaisen oikeuden erityisestä instituutiosta. Se on *trust*-instituutio, jolla on oma alkuperäinen tarkoituksensa ja jota ei voi säädellä kuten osakeyhtiötä eikä myöskään suvereenin vallan lainsäädäntötoimin. Yhteisöllisyys on jotain muuta kuin valtiotahdon luoma tai valtiollisuuden tila taikka pelkkä tahdonvarainen oikeushenkilöllisyys.²¹

6 LOPUKSI

Julkisella ja yksityisellä oikeudella, joilla on toisiinsa liittyvä historiansa, on hyvinvointivaltiollisen, jälkihyvinvointivaltiollisen ja uusien yhteistointamutojen kannalta monia kiintoisia yhtymäkohtia. Niitä voidaan tar-

²⁰ Kymlicka 1989 ja Kymlicka 1995.

²¹ [Toim. lisäys: Ks. Maitland 2003.]

kastella yhteisöllisyyden tapauksina, jotka eri tavoin liittyvät nimenomaan oikeussubjektiviteetin ongelmaan. Tässä esityksessä tapauksia on kutsuttu ”uusiyhteisöllisiksi”. Esitykseni tarkoitus on ollut kartoittaa sen tapauksia, ei luoda teoriaa tästä aihepiiristä. Sen tapauksia tuskin voidaan käsitellä minkään yhtenäisen ajatusmallin puitteissa.

80-luvulla kyseisiä asioita käsiteltiin usein ns. refleksiivisen oikeuden teorian tapauksina. Sen eräs heikkous oli tapa tehdä laadullinen ero ”finaalisen” ja ”proseduraalisen” oikeusmuodostelman välillä sekä suhteuttaa se hyvinvointivaltiolliseen sääntelyyn ja sen kritiikkiin. Tällä hetkellä olisi ehkä ajankohtaista eritellä molempien yhteisiä elementtejä ja jatkaa pitemmälle myös Habermasin 1992 esittämää ”proseduraalisen oikeusparadigman” erittelyä. Poliittisessa teoriassa ja moraalifilosofiassa 90-luvulla keskeiseksi noussut kommunitaristien ja liberalistien keskustelu on mielestäni olennainen tämän aihepiirin kannalta.

Sirku Hellsten on vuonna 1997 ilmestyneessä väitöskirjassaan luonnehtinut osuvasti kommunitarismin ja liberalismien välistä keskustelua jakamalla sen kahteen teemaan. *Metodologinen erimielisyys* koskee tarkastelutapaa yksilön ja yhteisön (yhteiskunnan) suhteesta. Yksinkertaistaen: kommunitaristisen perusolettaman mukaan yhteisöllisyys ja kulttuuriset siteet ovat jotain ensisijaista; liberalistinen oppi näkee yhteisöllisiä suhteita vailla olevan rationaalisen yksilön ainoana luotettavana lähtökohtana. Ensin mainitun ajattelutavan mukaan kulttuurin arvot ja myös oikeus pikemmin rakenteistuvat historiallisesti kuin ovat puhtaan rationaalisen toimijan tuotetta; äärimmillään se on oppi kulttuurisesta ja historiallisesta determinaatista, realistisimmillaan oppi ihmisen kontekstuaalisesta ja partikulaarisesta toimintaympäristöstä. Se ottaa huomioon ihmisluonnon toteuttamismahdollisuudet, erityisen toimintatilanteen ja vallitsevat instituutiot. *Eettispoliittinen erimielisyys* koskee itse toteutettavia arvoja ja niiden edellytyksiä. Erimielisyys voidaan tiivistää erilaiseen käsitykseen moraalisesta toimijasta, hänen vapaudestaan ja todellisesta itsemääräävyydestä. Nämä kaksi kysymystä liittyvät myös oikeudelliseen systematiikkaan ja teoriaan.²²

²² Hellsten 1997.

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Berle, A. A. Jr. & Means, G. C.: *The Modern Corporation and Private Property*. Harcourt, Brace: New York 1968.
- Collins, H.: *The Law of Contract*. Weidenfeld and Nicolson: London 1986.
- Finnis, J.: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press: Oxford 1980.
- Gordley, J.: *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Press: Oxford 1991.
- Habermas, J.: *Faktizität und Geltung*. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1992.
- Hall, J.: Feudalism in Japan – A Reassessment. In: Heike Wunder (hrsg.): *Feudalismus. Zehn Aufsätze*. Nymphenburger Verlagshandlung: München 1974, 140–182.
- Hellsten, S.: *In Defence of Moral Individualism*. Acta philosophica Fennica 62. Philosophical Society of Finland: Helsinki 1997.
- von Ihering, R.: *Der Zweck im Recht I*. Breitkopf & Härtel: Leipzig 1904.
- Kymlicka, W.: *Liberalism, Community and Culture*. Clarendon Press: Oxford 1989.
- Kymlicka, W.: *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*. Clarendon Press: Oxford 1995.
- Levinson, S. C.: *Pragmatics*. Cambridge University Press: Cambridge 1983.
- Macpherson, C. B.: *Property: Mainstream and Critical Positions*. Edited, with an introductory and concluding essay, by C. B. Macpherson. University of Toronto Press: Toronto 1978.
- Maitland, F. W.: *State, Trust and Corporation*. Edited by David Runciman and Magnus Ryan. Cambridge University Press: Cambridge 2003.
- Muukkonen, P. J.: Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. *Lakimies* 7/1993, 1030–1048.
- Mäenpää, O.: *Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1989.
- Paasto, P.: *Omistuskäsitteistön rakenteesta. Tutkimus jaetun omistuksen mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulle tultaessa*. Turun yliopiston julkaisuja, sarja C, Scripta lingua Fennica edita 101. Turku 1994.
- Pöyhönen, J.: *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:o 179. SLY: Helsinki 1988.
- Pöyhönen, J.: Kohti uutta varallisuusoikeutta. *Lakimies* 4–5/1997, 527–560.
- Reich, C. A.: The New Property. *The Yale Law Journal* 73/1964, 733.
- Stapleton, J. (ed.): *Group Rights. Perspectives since 1900*. Thoemmes Press: Bristol 1995.
- Timonen, P.: *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1997.
- Tolonen, H.: Yksityinen ja julkinen uuden ajan alun luonnonoikeudessa 2. *Oikeus* 2/1979, 87–101. [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 263–279]
- Tolonen, H.: Valtion juridisesta käsitteellistämisestä. Teoksessa *Suomalaisen oikeusajattelun perusteista. Tutkimusongelmia ja kysymyksenasetteluja*. Turun yliopisto, Julkisoikeuden laitos, Yksityisoikeuden laitos. Turku 1982, 112–141. [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 281–298]

- Tolonen, H.: *Korko, raha ja sopimus. Korkokiello ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1992.
- Tolonen, H.: Inklusivität oder Exklusivität – John Locke und der moderne Eigentumsbegriff. Teoksessa M. Suksi (ed.): *Law Under Exogenous Influences*. Publications of Turku Law School, Vol. 1, no 1. Turku Law School: Turku 1994, 194–227. [Ks. suomeksi: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 363–386]
- Tolonen, H.: Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus. *Oikeus* 1/1996, s. 2–17. [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 125–148]
- Tolonen, H.: Nykyisen omistuskäsitteen synty. Julkaiseamaton käsikirjoitus. [Vrt. myös *Oikeuden kaleidoskooppi*: Absoluuttinen ja eksklusiivinen: yksityisen omistusoikeuden synty, 405–422]
- Tuori, K.: *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa*. Osa 1: *Teoreettinen ja historiallinen tausta*. Osa 2: *Positiivisoikeudelliset tarkastelut*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja n:ot 159 ja 160. SLY: Helsinki 1983. (1983a ja 1983b)
- Wilhelmsson, T.: *Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1987.
- Wilhelmsson, T.: Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio. Teoksessa T. Wilhelmsson & K. Kaukonen (toim.): *Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1993, 7–146.
- Wilhelmsson, T.: *Vakiosopimus. Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista*. 2. uud. p. Suom. Juha Pöyhönen. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1995.
- Wilhelmsson, T.: Vastuu ja yksityisoikeuden Systemi. *Lakimies* 8/1997, 1180–1205.

Absoluuttinen ja eksklusiivinen: Yksityisen omistusoikeuden synty

1 KYSYMYKSENASETTELU

Viime aikoina on uudella tavalla asetettu kysymys omistusoikeuden sisäl- löstä. Omistusoikeuden käsitettä ei tarkastella enää pelkästään eri henki- lötahojen relaatiokysymyksenä, vaan kysytään omistuksen *sisältöä*. Tällä ajattelutavalla on laajahko yleiseurooppalainen taustansa, ehkä selvimpänä oikeuden aatehistoriassa. Tämä tarkastelutapa on hedelmällinen eikä ole suoranaisesti ristiriidassa Simo Zittingin luoman paradigmaattisen relaa- tiomallin kanssa. Ajatuksen voisi kiteyttää seuraavasti: on olemassa tietty tarkastelun olennainen taso, josta käsin yksityisen omistusoikeuden sisältö näyttäytyy kolmen piirteen nojalla:

- 1) oikeuden *täydellisyys*: omistusoikeus sisältää esineen täysvallan; siten omistaja voi käyttää omaisuuttaan kaikilla niillä tavoilla, joita ei ole sul- jettu pois,
- 2) oikeuden *yksinomaisuus ja jakamattomuus*: yhteen ja samaan esineeseen ei voi samanaikaisesti olla kahta täysioikeutta *sekä*
- 3) oikeuden *rajallisuus* (määrärajaisuus) yksilöitävyyden merkityksessä: vain yksilöity, kohteeltaan määrärajoinen oikeus voi olla omistuksen kohteena (vrt. erityisesine/lajiesine).

Leena Kartio määrittelee omistusoikeuden kahden ensin mainitun tunto- merkin nojalla mainiten kuitenkin myös viimeksi mainitun piirteen.¹ Täten omistusoikeuden sisältö on tullut alustavasti määritellyksi. Tuntomerkit ku- vaavat todella jotain sängen olennaista, vaikka ne voidaan määrittää hieman toisinkin, ainakin toisenlaisin vivahtein. Ne ovat keskeisiä nykyisten ja aivan viimeaikaisten ajatusten kannalta, esim. siinä muodossa kuin keskustelua uudesta omistuksesta, *new property*, käydään. Ne ovat omasta näkökulmas- tani erityisen olennaisia omistusoikeuden historian kannalta: juuri näiden

¹ Kartio 1991 s. 155 ja s. 157.

tuntomerkkien ilmaantumisesta eri tekstityypeissä on omistusoikeuden koko historiassa aivan keskeisesti kysymys.

Viimeksi mainittu ajatus vaatii täsmennystä. Otan käyttöön termit *absoluuttinen* ja *eksklusiivinen* omistusta kuvaavina termeinä. Ne tarkoittavat *täsmällisesti* samaa kuin ensimmäinen ja toinen ominaisuus eli oikeuden täydellisyyden ja jakamattomuuden tuntomerkit 1) ja 2). Myös piirre 3) on keskeinen.

Omistusoikeuden historiassa on olennaisia asiayhteyksiä, joissa kysyttiin, millä edellytyksillä juuri lajiesineisiin kohdistuva oikeus voi olla käyttöoikeuden tai täysoikeuden sisältönä. Tällaiset esineet tunnettiin roomalaisesta oikeudesta peräisin olevalla termillä *res quae usu consumuntur*, esineet, jotka kulutetaan käytössä. Sellaisena käsite oli käytössä siinä keskustelussa, joka pyrki todistelemaan, että esineet ylipäänsä, myös käytössä kuluvat esineet, kuuluvat aina tietyllä oikeudella eikä tosiasiallisella hallinnalla jollekin subjektille. 1200-luvulla ns. fransiskaanisen köyhyysopin kannattajat esittivät, että he pitävät kaiken omaisuutensa, myös nauttimansa ravinnon ja yllään olevat vaatteensa, hallussaan pelkän tosiasiallisen käytön nojalla. Dominikaanien keskeinen vasta-argumentti koski juuri sitä, että ravinnon ja vaatteiden tulee kuulua määrärajaiseen omistuskategoriaan; siten myös Kristuksella oli nämä hyödykkeet hallussaan oikeudellisesti eli perusteella *ius*. Fransiskaanit näkivät Kristuksen seuraamisen (*imitatio Christi*) köyhyyden ihanteen valossa, kun taas dominikaanit korostivat armeliaisuutta, joka puolestaan edellytti jonkinlaista oikeusperusteista omistusta.²

Absoluuttinen ja eksklusiivinen olivat ja ovat omistuksen määreitä. Omistuksen keskeistermi on aina ollut *dominium*. Siihen nähden *proprietas* oli yleisesti luonnehtien alisteinen tarkoittaen joskus samaa kuin ”dominium”, joskus nimenomaan oikeuden kuulumista jollekin. Tämä jossain määrin moniselitteinen terminologia voidaan mielestäni tulkita kahdella tavalla.

1) Niistä ensimmäisessä *dominium* ja *proprietas* (*proprium*) voidaan eräässä mielessä ”hienosäätää” ja erottaa teknisesti tarkoittamaan yksityisen ja individualisen omistuksen eri piirteitä. *Dominium*-oikeuden vastakohta on keskiaikainen rajoitettu, so. tiettyjen päämäärien mukainen käyttö (*usus*). *Proprietas*-oikeuden vastakäsite on yhteinen omistus (*communis*). Siten voimme erottaa kaksi käsitettä vastakohtineen, joilla on vuosisatoina 1300–1600 ollut ensiarvoinen asema juristien, dekretistien ja moraaliteologioiden kirjallisuudessa.

² Ks. Tolonen 2001 s. 486–490; Seelman 1979 s. 98–104; Mäkinen 1998.

- a) Täydellinen = *absoluuttinen*; sisältää ulottuvuuden *dominium* vs. *usus*, ja juuri *dominium* edustaa *täysvaltaa*, ”käyttää mielensä mukaan”, ”luovuttaa”, ”käyttää tai väärinkäyttää” jne. Tässä tapauksessa *dominium*-omistuksen vastakohta on käyttöä tarkoittava *usus*. Hyvin yleisluontoisesti voidaan sanoa, että keskiajan omistus on aina jossain määrin *usus*-oikeutta, koska omistus oli rajoitteista ja muistutti käyttöoikeutta.
- b) Jakamaton = *eksklusiivinen*; sisältää ulottuvuuden *proprietas* (*proprium*) vs. *commune*: sulkee yhden oikeus pois toisen, onko luonnostaan yhteisiä esineitä jne.? Tällaisessa asiayhteydessä omistus oli usein sama kuin ”*proprietas*” vastakohtanaan erilaiset, nimenomaan keskiajalle tunnusomaiset oikeudet toisen omistamaan hyödykkeeseen, jotka olivat *communis*-oikeuksia. Oikeudellisessa ja moraalifilosofisessa kirjallisuudessa esiintyy ehkä useimmin ”ajan välttämättömyys”, *necessitas temporis*, joka antoi oikeuden puuttua toisen omistamaan esineeseen.

Tämä erottelu saattaa eräissä yhteyksissä olla tarkentava ja selventävä. Kuitenkin useissa yhteyksissä toisenlainen tarkastelutapa on yksinkertaisempi ja selitysvoimaisempi.

2) Sen mukaan *absoluuttinen* ja *eksklusiivinen* ovat individuaalisen omistuksen rinnakkaisia, usein jopa käsitteellisesti toisiinsa kietoutuvia ominaisuuksia. Useimmissa tilanteissa ne kulkevat yhtä jalkaa omistuskäsitteen historiassa: ei ole absoluuttisuutta ilman eksklusiivisuutta ja kääntäen. Tässä suhteessa voidaan viitata erityisesti ehkä huomattavimman eurooppalaisen auktoriteetin Paolo Grossin ajatuksiin. Hänen mukaansa omistus nykyisessä individuaalisessa mielessä tarkoittaa kahta rinnakkaista ominaisuutta, jotka ovat *potestas plena* (täysvalta) ja *ius excludendi* (oikeus sulkea muut pois).³ Tässä suhteessa lähes kaikki omistusoikeuden tutkijat, kuten Robert Feenstra, Dietmar Willoweit, Wolfgang Wiegand ja C. B. Macpherson, ovat yhtä mieltä. Paolo Grossi tarkastelee erityisesti pääteoksessaan *La proprietà nel sistema privatistico* 1973 nimenomaisesti omistajan täysvaltaa, *ad omnem usum* (”kaikkeen käyttöön”), osoittaen myös siihen sisältyvän eksklusiivisuuden. *Ad omnem usum* tarkoittaa mahdollisuutta käyttää esinettä yksinomaisesti ja mielensä mukaan (”*La uti si lega al libitum*”). Se tarkoittaa Grossin mukaan mahdollisuuksia *alienare*, *vidicare*, *legare*, *negligere*, *deruere*, *locare* eli luovuttaa, voittaa takaisin, jättää perinnöksi, laiminlyödä, hävittää, vuokrata.⁴ Siihen saattaa edelleen liittyä määreet *pro*

³ Grossi 1990 s. 66–67.

⁴ Grossi 1973 s. 167.

libitu, ”mielensä mukaan” (kuten de Sotolla), tai *uti vel abuti*, ”käyttää tai väärinkäyttää”, taikka *pro arbitrio suo* ”vapaaan harkintansa mukaan”.⁵

Kaksi muuta ajatusta antavat Grossin käsitykselle erään myöhemmän tekstin valossa tiettyä moniulotteisuutta. Ensinnäkin nykyiseen omistusoikeuteen liittyy usein tietty abstraktisuuden ja formaalisuuden piirre: omistus on tiettyyn ”*juristimentaliteettiin*” liittyvä ”*Macht über Sachen*”, konstruoitu ihmisen ja esineen suhde, joka on irrotettu omistuksen yhteiskunnallisista ulottuvuuksista ja moraalisisista painotuksista.⁶ Toiseksi Grossi esittää erään, muille tuntemattoman ajatuksen: omistukseen ja käsitteeseen *dominium* liittyy aina tietty absoluuttisen ja eksklusiivisuuden minimimäärä (Minimum an Absolutheit und Exklusivität).⁷ Siksi nämä käsitteet eivät sellaisinaan eritele vielä modernia omistusoikeutta, ”possessiivisen individualismin mentaliteettia”.

Siten ongelmaan kietoutuu kaksi tärkeää alakysymystä. 1) Minkälainen absoluuttisuus ja eksklusiivisuus on luonteenomaista modernille omistukselle? 2) Milloin se syntyi? Jos tarkastelemme ongelmaa viime mainitusta kysymyksestä lähtien, voimme erottaa omistusoikeuden historiaa koskevassa tutkimuksessa kolme erilaista käsitystä. Kaikki koskevat kysymyksiä, *milloin* yksityinen omistus syntyi ja mitä se *tarkoittaa*. Omistusta voidaan tarkastella kolmella tavalla: juridisena oikeutena tai moraalisenä ja taloudellisenä toimintamahdollisuutena taikka konkreettisena yhteiskunnallisena suhteena. Tämän tarkastelun mukaan omistuksen synty sijoittuu aivan eri tavoin.

2 OMISTUSOIKEUS JA KÄSITELAINOPPI

Ensimmäinen tarkastelutapa korostaa omistusoikeuden mainittujen ominaisuuksien juridisia piirteitä: se on tietyssä mielessä juristin näkökulma. Tätä näkemystä on edustanut ehkä leimallisimmin Wolfgang Wiegand artikkelissaan 1976, mutta myös Paolo Grossi painottaa osin samansuuntaisia ajatuksia. *Abstraktisuus*, *formaalisuus*, *totaalisuus* ja *absoluuttisuus* ovat yksityisen omistusoikeuden peruspiirteitä. Syntyy erityinen juridinen, abstrakti ja formaalistunut, so. reaalisista yhteiskuntasuhteista eriytynyt

⁵ Ks. *ibid.* 162 ss.

⁶ Ks. Grossi 1990 s. 31–32 ja s. 41.

⁷ Ks. Grossi 1990 s. 66.

ja omistuksen yhteiskuntamoraalisesta perustasta irtaantunut oikeuksien systeemi. Sen absoluuttinen ja totaalinen muoto on juuri omistusoikeus. Syntyy erityinen ”juristimentaliteettia” heijastava oikeuksien järjestelmä, jossa omistusoikeuden eli täysoikeuden absoluuttisuus ja totalisuus ovat käsitteellisiä välttämättömyyksiä. Kysymys on siten oikeuden juridistumisesta, käsitelainopista tai sen välittömistä edeltäjistä. Wolfgang Wiegand tarkastelee tässä yhteydessä nimenomaan jaetun omistusoikeuden kielttäviä ajatuksia. Niiden ensimmäisenä esiintymismuotona hän pitää A. F. J. Thibautin ajatuksia vuodelta 1801, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*. Siinä Thibaut pitää omistuksen jakamista oikeuksiin *utile* ja *directum* itse omistuskäsitteen kannalta ristiriitaisena ja mahdottomana (”so ist bis auf den heutigen Tag Widerspruch ganz vergeblich gewesen”).

Jo roomalaisessa oikeudessa oli esiintynyt lause, ettei samaan esineeseen voi kohdistua kahta täysoikeutta: ”duorum quidem in solidum dominium. — esse non posse” (Dig. 13.6.5, 15). Osittain tämän nojalla Thibaut määrittelee teoksessa omistuksen seuraavasti:

- 1) omistuksen kohteena on aineellinen esine,
 - 2) omistus on esineeseen kohdistuvaa totaalista valtaa (Unterwerfung)
- ja
- 3) omistuksen totalisuus on myös muiden poissulkemista, ei kuitenkaan muiden oikeuksien vaan muiden *omistusoikeuden*.

Tämä käsitys vakiintui historiallisen koulun (vrt. Savignyn *Willensmacht*) kautta käsitelainopin vakiintuneeksi näkemykseksi samalla kun hylättiin oppi jaetusta omistusoikeudesta. Niinpä Puchta määrittelee omistusoikeuden kohdalla *Institutionen* II, 231, 2 seuraavasti: ”Das Eigentum ist eine totale Herrschaft über die Sache. Alle Befugnisse, die sich in Beziehung auf eine Sache denken lassen, sind an sich im Eigentum und zwar ausschliesslich enthalten. Durch diese Totalität wird es unnütz, diese Befugnisse aufzuzählen, und eine Ungeschlichkeit ist es, den Begriff des Eigentums durch eine solche Aufzählung geben zu wollen”. Vastaavasti Windscheid puhuu tahdosta ja sen määräävyydestä esineeseen. Tämä ilmenee kahdella tavalla: 1) ”Der Eigentümer darf über die Sache verfügen wie er will”; 2) ”Ein anderer darf gegen seinen Willen über die Sachen nicht verfügen.” Nämä määreet ovat säilyneet BGB:ssa. BGB § 903 lausuu: ”Der Eigentümer einer Sache — kann mit der Sache nach Belieben verfahren” (absoluuttisuus). BGB § 217 määrittää puolestaan omistuksen eksklusiivisuuden piirteen: ”Das Eigentum gewährt das Recht der vollständigen und ausschliesslichen Herrschaft über eine Sache.”

Omistusoikeus on siten abstrakti, formaali ja ”juridisoitunut” kategoria, jonka sisältö on absoluuttinen (joskus määreenä totaalinen) ja eksklusiivinen oikeus. Sen korrelatiivisena käsitteenä on erityinen juridinen *oikeussubjekti*. Sen sisältö määritetään usein esineen ja ihmisen väliseksi suhteeksi. Kahden viimeksi mainitun seikan sekä oikeuden formaalisuuden ja abstraktisuuden nojalla myös Grossi näkee käsitelainopissa jotain tärkeää ja tunnusomaista nykyiselle omistukselle. Hän tarkastelee sitä ranskalaisten annalistien tapaan usein mentaalisenä ilmiönä, ns. juristimentaliteettina. Sille on Grossin sanoin tunnusomaista perusajatus valita ”[aus] dem komplexen und komplizierten Knoten des Eigentums bestimmte Aspekte und andere nicht. Das Eigentum des Juristen ist in erster Linie Macht *über Sachen*”. Tämä formaali ja konstruktiiivinen oikeus, joka on Wolfgang Wiegandin mukaan syntynyt keskeisesti jaetun omistusoikeusopin hylkäämisen kautta,⁸ on sama kuin individuaalinen omistus. Grossi näkee siinä puolestaan vain erään aspektin käsitteen ”*possessio (proprieta) pieno e esclusivo della terra*” painopisteen ollessa lähinnä uuden ajan alun myöhäisskolastiikassa. Siirrymme tämän mukana toiseen periaatteelliseen ratkaisuun nykyisen omistuskäsitteen synnystä ja sisällöstä.

3 OMISTUSOIKEUS JA UUDEN AJAN ALUN LUONNONOIKEUS

3.1 Yleistä

Toisen ratkaisulinjan muodostaa perusajatus nykyisessä mielessä absoluuttisen ja eksklusiivisen omistusoikeuden syntymisestä uuden ajan alussa. On huomattava, että siirrymme toisenlaiseen käsittelytasoon verrattuna edelliseen ”juristimentaliteettiin”. Nyt esillä on luonnonoikeuden ja moraalifilosofian (moraaliteologian) argumentointitaso. Tällä tasolla on keskeistä oikeuttaa, järkiperaistää ja osoittaa yksityinen omistus rationaaliseksi.

Yksityisomistuksen synnyn ongelman suhteen tällä kannalla on ehkä tutkijoiden enemmistö. Heitä ovat Feenstra Grotiusta ja osin uusskolastiikkaa koskevassa artikkelissa 1978, erityisen selkeästi Dietmar Willoweit 1974 ja Kurt Seelman 1979 teoksessa *Die Lehre des Fernando Vasquez von*

⁸ Wiegand 1967 s. 134–154.

Dominium Paolo Grossin osoittaessa verraten vakuuttavasti nykyisten omistuskäsitteiden keskeisten piirteiden synnyn uusskolastiikassa teoksessa *La proprietà nel sistema privatistico*. Perusajatus esiintyy myös monissa erityistutkimuksissa, joista Macphersonin ns. possessiivista individualismia olen käsitellyt toisessa yhteydessä.⁹ Itse olen edustanut tätä kantaa artikkelissa 1979.¹⁰ Olen edelleen samaa mieltä, mutta erityisesti Seelmanin ja Grossin ajatuksista lähtien näen ongelman olennaisesti laajempänä.

Alun perin kiinnitin erityistä huomiota täysvallan ja yksinomaisuuden (*absoluuttisen ja eksklusiivisen*) käsitteisiin. Ne todella esiintyvät nimenomaisina Pufendorfilla ja Hobbesilla, jonkin verran tulkinnanvaraisempina Grotiuksella ja Lockella. Edelleen ne esiintyvät keskeisillä uusskolastikoilla (jotka olivat tärkein yksittäinen vaikuttaja Grotiuksen teoriaan), kuten Grossi ja Seelman ovat vakuuttavasti esittäneet juuri mainitussa tulkinnassa käsitteestä *ad omnem usum* (so. oikeus kaikkeen käyttöön).

3.2 Luonnonoikeudellinen argumentti

Nyt rakentaisin argumenttini olennaisesti kahden ajatuksen varaan. Ensinnäkin kaikilla keskeisillä uuden ajan alun teoreetikoilla esiintyy jaottelu alkuperäisen yhteisöllisen omistusjärjestyksen ja kehittyneen yksilöllisen omistusoikeuden välillä. Itse tämä yleinen perusajatus on sama, mutta alkuperäiselle yhteisölle annetaan erilaisia tulkintoja. Pufendorfilla se on ”*communitas negativa*”, jossa ihmisellä on okkupaation oikeus. Grotiuksella se on ennen omistuksen käyttöönottoa vallitseva tila: siinä ihmisellä on oikeus elämään, vapauteen sekä oikeus käyttää ja kuluttaa esineitä *tarpeensa mukaan* (ks. JBP I.2.5). Vastaavien ja tarkemmin määriteltyjen rajoitusten alainen on myös Lockella omistus luonnon tilassa: ”*God gave the earth mankind in common*”. Hobbesilla taas ei omistusta suoranaisesti ole lainkaan ennen valtiota (tässä hän poikkeaa muista); on vain ihmisen luontainen ”*right of nature*” käyttää parhaimmaksi katsomiaan välineitä oman itsesäilytyksensä turvaamiseksi. Vasta valtio luo yksinomaisen ja muut poissulkevan omistusoikeuden.

Uuden omistusjärjestelmän luomisessa *sopimus*, *sopimuksenkaltaisen yhteisymmärrys* tai pelkkä *yhteinen käytäntö* näyttelevät säännönmukaisesti

⁹ Ks. Tolonen 1994.

¹⁰ Tolonen 1979.

tärkeää osaa. Hobbesia lukuun ottamatta se on valtiota edeltävä erityinen sopimus. Toinen piirre on kuitenkin vielä tärkeämpi: pelkkä sopimus ei tee yksityisomistusta rationaaliseksi. Pikemminkin näyttää, että sen taustana on keskeisesti ajatus elinkeinojen ja taloudellisen todellisuuden muuttumisesta sellaisiksi, että yhteisomistus tulee mahdolliseksi. Tämä muodostaa ensimmäisen argumenttini ytimen. Niinpä Locke aloittaa uuden yksityisen omistuskäsitteen erittelyn ajatuksella, että se koskee ihmisyyhteisöjä, *who have money and commerce* (Second Treat. II sect. 35). Sitä puolestaan seuraa taas rahankäytön välttämättömyys, joka taas kumoaa alkuperäisen yhteisöllisen omistuksen rajoitukset. Myös Grotius toteaa, että yksityinen omistus ei synny pelkällä tahdolla. Omistusta luova sopimus on hänellä nimenomainen tai hiljainen. Seuraa tärkeä ajatus: niissä tapauksissa, joissa yhteistalous ei enää ole kannattavaa eikä nimenomaista sopimusta synny, on katsottava ihmisten tehneen hiljaisen sopimuksen siitä, että jokainen omistaa sen, mikä hänellä on hallussaan (JBP II.2.2). Suurin piirtein samaa ajatusta noudattaa Pufendorfin ”positiivinen yhteisö”. Tämä ajatus on sopusoinnussa niiden käsitysten kanssa, jotka koskevat sopimusvapauden syntyä. Ne heijastelevat olosuhteiden mukaisen luonnonoikeuden peruskonseptiota.

Itse asiassa kohtaamme jo 1500-luvun uusskolastiikassa Salamancan koulun yhteydessä melko runsaan ja hieman rönsyilevän keskustelun, joka koskee luonnonoikeuden eri vaihteita tai asteita. Franzisco Vitoria, Domingo de Soto ja Fernando Vasquez pyrkivät kaikki keskeisesti oikeuttamaan yksilöllistä ja rajatonta omistusta luonnonoikeudellisella argumentilla. He tulkitsivat kokoelman *Corpus iuris*, sen osan *Institutiones* sekä *Digesta* käsitteitä *ius naturae* ja *ius gentium* Gaiuksen ja Ulpianuksen hengessä omintakeisella tavalla. Heidän lähtökohtanaan olivat Pauluksen ja Ulpianuksen roomalaisoikeudelliset uustulkinnat. Nimenomaan Ulpianus erotti toisistaan käsitteet ”*ius naturae*” ja ”*ius gentium*”. Niinpä luonnonoikeus (*ius naturae*) tarkoitti luomakunnan (ihmisten ja eläinten) yhteistä luonnollista perustaa, kun taas kansainoikeus (*ius gentium*) oli pikemmin alkutilaista tai siitä johdettua oikeutta, kuten ihmisten vapaus tai orjuus (Inst. 1.1.1, Dig. 1.1.9 ja Inst. 1.1.4). Näiden käsitysten ohella Isidorus Sevillalaisen Gratianuksen dekreettien ajatukset olivat keskeisenä lähtökohtana 1500-luvun uusskolastikkojen ajatuksissa. Isidorus toteaa ensinnäkin luonnonoikeuden olevan *muuttumattomana* yhteistä *kaiikille kansoille*, ”*commune omnium gentium*”. Tärkeämpää aiheemme kannalta on toinen seikka: luonnonoikeuden mukaan vallitsee yhteisomistuksen periaate, *nam de iure naturae sunt omnia communia omnibus* (Decr. D.8, c.1).

Se, mihin 1500-luvun moraaliteologian edustajat Vitoria, de Soto ja Vasquez pyrkivät, oli yksityisomistuksen luonnonoikeudellinen perustelu. Leimallisesti Fernando Vasquez erotti tällöin kaksi kansainoikeuden muotoa, alkuperäisen ja kehittyneen, ”*ius gentium primaevum / ius gentium secundarium*”. Alkuperäinen tarkoitti ihmiskunnan alkutilaa: siinä oli kaikki kaikille yhteistä, kuten Isidorus oli todennut. Sen sijaan perusteella *ius gentium secundarium* oli esineitten jakaminen yksityisiin käsiin mahdollista. Tämä oli sinänsä kanonisen oikeuden tuntema *divisio rerum*, mutta nyt se saa pääasiallisen perusteen merkityksen. Sen sijaan Francisco Vitoria ja Domingo de Soto esittivät esineiden jakautumisen yksityisiin käsiin (*divisio rerum*) ja yksityisen omistuksen (*dominium in particulari*) vain ihmisoikeuden tuotteena. Kuitenkin kaikilla kolmella oli yhdensuuntainen argumentaatio siitä, miksi ihmisoikeus tai sekundaari luonnonoikeus saattoi tulla vallitsevaksi.

Nämä perusteet voidaan jakaa kolmeen ryhmään. Ensinnäkin kaikilla esiintyivät perusteena sopimus tai sopimuksenkaltaisen tila. Suoranaiseen sopimukseen oli kiinnittynyt Soton teoria: kaikkien yhteisellä suostumuksella oli mahdollista siirtyä yksityiseen omistukseen, *ex consensu omnium*. Muilla voidaan puhua taas sopimuksenkaltaisesta pitkäaikaisesta käytännöstä (*usus*). Vasquez puhuu tulkitusta sopimuksesta ja siihen liittyvästä käytännöstä. Kaikki mainitsevat erityisesti, että aava meri jää yhteiseen omistukseen luonnon oikeuden mukaan. Toinen argumentaatiotyyppeä koskee sitä, että luonto sallii ihmisille yksityisen omistuksen. Tällöin saatetaan viitata perinteiseen aristoteeliseen argumenttiin siitä, että yksityinen omistus vähentää riitoja sekä sotia. Tähän argumenttiin voidaan yhdistää yleinen hyötyperuste. Kolmas on kiintoisin peruste, joka koskee syvällisesti luonnonoikeuden muuttumattomuuden perusajatusta. Sen mukaan aika ja historia saattavat eräässä katsannossa muuttaa (sinänsä muuttumatonta) luonnonoikeutta. Vitoria sanoo, että luonnonoikeus ei itsessään muutu yksityisen omistuksen mukana, vaan *esineet, res*, muuttuvat. Vastaavasti Vasquez toteaa muuttumattoman luonnonoikeuden; kuitenkin *olosuhteet* ovat muuttuneet yksityisen omistuksen (*dominium in particulari*) suuntaan. Nämä piirteet lienevät yhteydessä 1500-luvun espanjalaiseen maailmanvaltaan ja varsinkin sen kaupalliseen talouteen.

3.3 Luonnollinen vapaus: oikeus itseensä ja tekoihinsa

Toinen perusargumenttini on seuraava: absoluuttisen ja eksklusiivisen omistuksen ajatukset liittyvät läheisesti oikeussubjektiviteetin, subjektii-

visen oikeuden ja tahdonmahdollisuuksien rajattomuuden perusajatuksiin. Jos kutsumme edellistä yksityisomistuksen käytännölliseksi argumentiksi, näihin käsitteisiin liittyviä ajatuksia voidaan luonnehtia eksklusiivisen täysioikeuden yhteiskuntamoraaliseksi perustaksi. Uusiin käsitteisiin tai uusiin tulkintoihin liittyy uusi tapa hahmottaa ihmisen suhdetta esineisiin ja ennen muuta kanssaihmissä. Keskustelun ja argumentaation taso on tällöin olennaisesti yhteiskuntamoraalinen ja liikkuu usein moraalifilosofian ja teologian tuntumassa. Sen pääareena on nykyisen ajattelun kannalta uuden ajan alun luonnonoikeus. Erityisesti Grotiuksen välittämänä se liittyy olennaisesti myöhäisskolastiikan keskeisiin käsityksiin, osittain myös eräisiin konsiliaattorien (postglossaattorien) käsitteisiin ja niiden uustulkintaan.

Etenkin Paolo Grossi ja Kurt Seelman ovat osoittaneet, miten tahdonvapautta ja sen rationaalista itsemääräävyyttä koskeva keskustelu on elimellisessä yhteydessä yksilön vapaiden toimintamahdollisuuksien ja vapaiden toimintapiirien käsitteellisen hahmottamisen kanssa. Juuri tällä, melko spesifein termein käydyllä keskustelun tasolla ”libertas” (vapaus), ”dominium actionum suarum” (omien tekojensa herra) sekä ”dominium exteriorum rerum” (ulkoisten esineiden täysomistaja) liittyvät läheisesti toisiinsa. Ihmisen vapaus, eräänlainen moraalinen subjektiviteetti, oli tärkeänä ihmisen ulkoiisiin esineisiin kohdistuville *dominium*-oikeuksille. Grossi toteaa mm., että ”dominium exteriorum rerum” on subjektiivisen kvaliteetin välttämätön seuraus, ”necessaria consequenza d’una qualita soggettiva”.¹¹

Keskiajalla ihmisen rationaalisuus tarkoitti sellaista yhteisöllisyyttä, joka implikoi käsitteen *dominium* yhteisöllisiä rajoituksia. Vastaavasti ajatus ihmisen jumalankaltaisuudesta terminä *Imago Dei*, joka usein esiintyi juuri omistusta koskevissa kohdissa, antaa Jumalalle säännönmukaisesti yliomistuksen luonnehtien ihmisen oikeutta eri vivahtein käyttöoikeuden kaltaiseksi. Viimeksi mainitussa suhteessa voimme viitata Akvinolaisen tekstiin (II II 66.1 ”*imago Dei*”) tai anonyymien Summa Monaciensiksen esitykseen 1169: ”[Deus] – – obis solum usum concessit sibi dominium retienes; unde sumus quasidomini.” (”Jumala – – antaa meille vain käytön pitäen itsellään omistuksen; siksi olemme vain omistajan kaltaisia.”) Edellisessä katsannossa ihminen on pikemmin *procurator* kuin *dominus* (II II 66.2 resp.). Toisen tarve rajoittaa aina oikeutta, erityisesti kahdessa tapauksessa: a) hätätilanteessa kaikki on yhteistä, ”in necessitate sunt omnia communia”, ja b) täysin vailla tarvetta oleva omistus, näyttää moraalisesti

¹¹ Grossi 1973 s. 134.

ainakin epäilyttävältä maksiimin ”ylijäämä kuuluu köyhille” muodossa: ”Et ideo res quas aliqui superabundantur, ex naturali jure debentur pauperi sustentationi” (II II 62.7 Sed contra). Sen sijaan 1400-luvulta lähtien mm. Pariisin piispa Gerson esitti ihmisen jumalankaltaisuuden ja rationaalisuuden pikemminkin päinvastaisen ajatuksen perusteena: ihminen muodostaa Jumalan kanssa mystisen yhteyden (*unio mystica*), jolla perusteella ihmisellä on ulkoisiin esineisiin samanlainen, rationaaliselle olenolle luonteenomainen valta esineisiin kuin Jumalalla on ihmisiin nähden.¹² Ihmisen rationaalinen luonto tuli yleisemminkin olemaan, osin oikeussubjektiviteetin muodossa, esineisiin kohdistuvan täysvallan perusteena.

Edellä karakterisoitua ihmisen moraalista ja juridista täysoikeutta kuvaava termi tuli olemaan *facultas* tai *potestas*. Siitä tuli omistusoikeutta luonnehtiva yläkäsite, sen lähin *genus proximum*. Seelman esittää selkeästi, miten mm. Vasquezilla tämä termi tarkoitti tahdon vapautta ja kykyä: sen perustana katsottiin olevan helppoutta kuvaava sana *facilitas*. Juuri näihin käsitteisiin kulminoituu uuden individuaalisen tahdonvallan ja uudenlaisen omistusoikeuden yhdistävä näkökohta. Samalla näiden käsitteiden on katsottu merkitsevän subjektiivisen oikeuden syntyä. Seelman on perustellusti osoittanut vääräksi sen Michel Villey'n vanhemman käsityksen subjektiivisen oikeuden synnystä 1300-luvun nominalistisen tradition (esim. Okkamin) yhteydessä. Kyseisten käsitteiden täysoikeuden luonnetta korostettiin kahdella eri tavalla, jotka usein esiintyivät rinnakkain. Ensinnäkin niihin saatettiin liittää täysvaltaa kuvaava lisämääre *ad libitum, pro arbitrio suo, utere vel abutere*. Niinpä Salamancan koulun edustaja de Soto kirjoittaa 1500-luvulla: ”Dominium enim in rebus – – liberrimam ad libitumque facultatem habere circa illam rem” (Iustitia lib. IV, q.1, a.1).¹³ Samoin Vasquez luonnehtii omistusoikeutta käsitteellä *Liberrima facultas* (”vapain tahdon kyky ja mahdollisuus”) (Contr. III. Lib. I, cap 17 nu. 5). Vastaavasti tapaamme *usus modernuksen* piirissä mm. Fr. Connanuksen ja Fr. Hotmannin määrittelyissä termit *libera potestas, uti vel abuti*.¹⁴ Toiseksi de Sotolla ja monilla muilla esiintyy omistajan eksklusiivista täysoikeutta kuvastava luettelo erilaisista valtaoikeuksista (nykyisessä mielessä osin kompetenssia, osin hallintaoikeutta koskeva). De Soto kirjoittaa samassa kohdassa: ”– est enim dominium facultas non solum utendi fruendi re verum & ipsam distrahendi, donandi,

¹² Ks. Seelman s. 87 ja Tanskanen s. 66.

¹³ Ks. Grossi 1973 s. 167 ja Seelman s. 73.

¹⁴ Ks. Willoweit s. 148–149.

vendendi, negligendi etc.” (Iustitia lib. IV, q.1, a.1).¹⁵ Omistajalla on siten rajaton käyttövalta, myös tuhлата ja lahjoittaa pois omaisuutensa.

Myöhäiskeskiajalla esiintyy ehkä kaikkien aikojen kuuluisin määritelmä käsitteestä *dominium*, joka näyttäisi kuvastavan jo 1300-luvulla sen luonnetta täysoikeutena. Se on Bartoluksen esittämä: ”*dominium est a) ius quedam b) rem corporalem c) perfecte disponandi d) nisi lege prohibeatur.*” Tämän määritelmän luonteesta on käyty keskustelua aivan meidän päiviimme asti.¹⁶ Seelman on yksityiskohdin osoittanut, miten erityisesti de Soton ja Vasquezin käsitys on osin systemaattista Bartolus-kritiikkiä. Tällöin ajatus rakentuu verraten mutkikkaille aristoteelisille käsitteille *actus/potentia*. Ne puolestaan nojautuvat Aristoteleen *Metafysiikan* käsitykselle aidosta mahdollisuudesta (*dynamis*) ja sen realisoitumasta (*entlecheia*). Tässä asetelmassa oli kuitenkin 1500-luvun skolastiikassa kysymys omaisuuden täysoikeuden säilymisestä, vaikkei omistusta käytetä: se on olemassa mahdollisuutena eli *potentiana*.

Sen sijaan voimme viitata kahteen muuhun selväpiirteiseen eroon. Ensinnäkin Bartoluksen ”*perfecte*” korvattiin usein käsitteellä ”*libere*”. Sen lisäksi kaikki erilaiset toimintamahdollisuudet lueteltiin yksityiskohtaisesti, niiden mukana väärinkäyttäminen ja poisheittäminen (kuten Vasquezilla).¹⁷ Toiseksi *dominium* ei ole enää käsitteen *ius* alalaji. Sitä luonnehtii edellä mainitulla tavalla *facultas, potestas*. Piispa Gersonin ja Conradus Summenhartin mukaan ”*facultas*” on oikeudenmukaista tahdonvaltaa; sen sijaan ”*potestas*” on joko väärä tai oikea tahdonvalta. De Soto puolestaan samastaa termit ”*facultas*” ja ”*facilitas*” (helppous). Viimeksi mainittu tarkoittaa, ettei toiminta ole tai voi olla estetty (*licentia*). Bartoluksen vastaava luonnehtiva *genus proximum* on – kuten mainittu – suppeampi *ius*. Ainakin Seelmanin mukaan on perusteltua sanoa, että yksityinen ja moderni omistusoikeus syntyi juuri Bartoluksen käsitteen systemaattisena kritiikkinä lähinnä 1400-luvun lopulla ja 1500-luvulla.

3.4 Grotius ja Pufendorf: omistuksen määreet

Tätä taustaa vasten olisin taipuvainen lukemaan Grotiuksen kaksi keskeistä omistusoikeutta koskevaa tekstikohtaa (edellä olevan sopimuksenvaraisuu- den ja uusien olosuhteiden lisäksi). Niistä ensimmäinen koskee varhaisteok-

¹⁵ Seelman s. 74 ja Grossi 1973 s. 167 ja s. 173.

¹⁶ Ks. Coing s. 358 ss., Feenstra 1971.

¹⁷ Ks. Seelman s. 104.

sen *De iure praedae* XII kirjaa *Liberum mare*. Ajatuksen mukaan omistus tarkoittaa ”nykyisissä oloissa yksinomaista ja muut poissulkevaa oikeutta”. Ratkaisevat sanat ovat kohdalla *De iure praedae*, Thesis III, 100:

”Sciendum est igitur in primordis vitae humanae aliud quam nunc est dominium, aliud communionem fuisse. Nam Dominium nunc est proprium quid significat, quod ita est alius ut alterius non sit eodem modo. Commune autem dicimus, cuius proprietates inter plures consortio quodam aut consensu collata est, exclusis aliis.”

(Ihmissuvun alkutilassa omistusoikeus ymmärrettiin communiona, se, mikä nykyään on dominium. Sillä Dominium eli omistusoikeus on nyt jollekin kuuluva ”proprium”, koska se ei voi kuulua toiselle samalla tavalla.)

Sen sijaan ennen omistus tarkoitti Grotiuksen mukaan myös mahdollisuutta käyttää yhteistä esinettä (ns. first-taking right), *facultas non iniusta utendi re communi* (oikeudenmukainen mahdollisuus käyttää yhteistä omaisuutta). Sitä Grotius katsoi eräiden skolastikkojen kutsuvan tosiasialliseksi eikä oikeudelliseksi tilaksi. Viimeksi mainittu asiayhteys on mielenkiintoinen. Se viittaa edellä mainittuun fransiskaaniseen köyhyysoppiin (bullat *Exiit* 1279, *Exivii de paradiso* 1306) ja sitä vastaan suunnattuihin Johannes XXII:n viiteen bullaan, joista tärkein, *Ad conditorem* vuodelta 1322, katsoi fransiskaanisen opin pelkästä tosiasiallisesta hallinnasta paitsi oikeudellisesti mahdottomaksi myös teologisesti kerettiläiseksi. Grotius käyttää niiden ajatussisältöä aivan omintakeisella tavalla. Hän selittää nimittäin Jumalan antaneen alun perin maan ihmisille yhteisenä: ”Deus enim res omnes non huic aut ille dederat, sed humano generi.” Ajatus vastaa melko tarkoin Locken alkutilan määritelmää: ”God gave the earth to mankind in common.” Silloin myös yhteinen omistus oli luonnollinen järjestelmä. Sen sijaan Grotiuksen yksityisomistuksen syntyä koskeva historiallinen selitys tukeutuu erityisellä tavalla juuri keskusteluun fransiskaanisesta köyhyydestä. Ensiksi tulivat käytössä kulutettavat esineet, *res quae usu consumuntur*, yksityisiksi, koska (esim. Johannes XXII:n mainitsemaa) leipää on mahdoton kuluttaa ilman sen yksityistä omistusta. Sen jälkeen myös muut esineet seurasivat samaa kehitystä, ensin vaatteet ja muut, *res mobiles*, edelleen myös maa, *res immobiles* (1608, 101). Grotius viittaa tässä yhteydessä sekä Vasqueziin että mainittuihin (Johannes XXII) bulliin *Extravagantes* (*Liberum mare*, 100 ja 101).

Kuitenkaan asia ei ole täysin yksiselitteinen. Teoksessa JBP 1625 käsite *facultas* esiintyy dominium-oikeuden lähimpänä yläkäsitteenä (*genus proximum*) uusskolastikkojen tapaan: ”Facultatem Iurisconsulti nomine Sui

apellant.” Ongelma on siinä, että käsite tarkoittaa pikemminkin yleisesti subjektiivista oikeutta, johon sisältyy lisäksi jaettu omistus: ”Dominium, plenum sive minus pleno, ut ususfructu, ius pignoris; et creditum cui ex adverso respondet debitum.” (JBP I, 1, 5). Tätä ongelmaa en pyrikään tässä yhteydessä ratkaisemaan. Samoin ns. haitattoman käytön kysymyksen osalta viittaa Päivi Paaston esitykseen.¹⁸

Pufendorfin osalta tilanne on jossain määrin ongelmattomampi. Sekä hänen pääteoksessaan *Ius naturae et gentium* (JNG) 1672 että sitä vuotta myöhemmin ilmestyneessä lyhennelmässä *De officio hominis et civis* ”dominium” esiintyy nimenomaisesti sekä täysvaltana että muut poissulkevana eksklusiivisena oikeutena. Jälkimmäisessä luumme ajatuksen tiivistetyssä muodossa:

”Est autem dominium ius (sic!), quo alicuius re velut substantia ita ad aliquem pertinet, ut eodem modo in solidum non pertinet ad alium. Ex quo consequitur, ut de rebus, quae tamquam propriae ad nos pertinent, pro arbitrio nostro disponere, & earumdem usu quovis alios arcere possimus.” (cap. XII, 3; samoin JNG lib. IV cap. 4 § 2)

(Omistus on oikeus, jossa jonkin omistajan esineen substanssi kuuluu hänelle niin, ettei se voi kuulua pysyvästi toiselle samalla tavalla ja yhtä kiinteästi. Tästä seuraa, että esineet, jotka kuuluvat meille, ovat vapaan ja täydellisen määräysvaltamme alaisia sekä antavat vallan sulkea muut pois esineen käytöstä.)

Juuri tässä sitaatissa tapaamme puhtaimmassa muodossa esityksemme otsakkeen aiheen: omistusoikeus on sekä *absoluuttinen* että *eksklusiivinen*. Jaettuun omistusoikeusoppiin Pufendorf näyttää suhtautuvan torjuvasti. Kuitenkin sen mahdollisuus on olemassa. *Eodem modo* (samalla tavalla) voi sisältää mahdollisuuden samaan esineeseen kohdistuvasta valtion *eminens*-oikeudesta, dominuksen *directum*-oikeudesta ja vielä *emphyteutan* (aliomistajan) *utile*-oikeudesta: ”— [i]n eundem fundum civitas dominium habet eminens, dominus fundi directum, emphyteuta utile” (JNG ib.). *In solidum* (pysyvästi) mahdollistaa puolestaan täyden ja vähennetyt omistusoikeuden, *plenum & diminutum*. Pufendorf näyttää ajattelevan, että edellisessä tapauksessa *directum*-oikeus on täysoikeus. Jälkimmäinen voi taas tapahtua testamentin, lain tai henkilöiden säädyn (*conditio*) mukaisesti. Mielestäni se on Pufendorfilla epätyyppinen tilanne. Toisaalta on muistettava, että läänityslaitos ja siihen liittyvä jaettu omistusoikeus olivat voimassa vielä 1600-luvulla.

¹⁸ Ks. Paasto 1991 ja 1994.

4 KESKIAJAN DOMINIUM/USUS JA PROPRIETAS/COMMUNE

Kolmas mahdollisuus on ajatella nykyisen absoluuttisen ja eksklusiivisen omistusoikeuden syntyneen keskiajalla ylipäänsä käsitteen *dominium tai proprietas* mukana ja niiden fragmenteista. Ne alkavat termeinä esiintyä 1100- ja 1200-luvuilla. Kuitenkin ne ovat havaintojeni mukaan aina jonkin määrään rajoittamia joko suhteessa käyttöön, ylijäämään (tarpeeseen) taikka Jumalan yliomistukseen. Ehkä selvimmin suoranainen yhteisomistuksen pääsääntö esiintyy Gratianuksen dekreeteissä 1100-luvulla. Ne toteavat kohdassa D.1, c.7 yhteisomistuksen pääsäännön *Communis omnium possessio*: kaikki on kaikille yhteistä. Tämä oppi tulkittiin usein tavalla *communicanda in tempore necessitate*, eli hätätilassa vallitsee yhteisyyden perusprinsiippi. Tämän ajatuksen merkitys oli sekä sen auktoriteetissa että sisällössä vielä 1500-luvulla. Kohtaa tulkittiin ennen vuotta 1500 yhdistämällä alkutila paratiisiin ja nykyinen tila lankeemuksen tilaan (*lapsus*). 1500-luvun myöhäisskolastiikka haki pikemminkin tukea roomalaisoikeudellisista Pauluksen ja Ulpianuksen ajatuksista. Samalla niitä tulkittiin erityisesti erottelemalla useita luonnonoikeudellisia tiloja ja painottamalla olosuhteiden mukaista luonnonoikeutta.

Kolmatta vaihtoehtoa, joka hakee nykyisen omistuksen fragmentteja keskiajalta, on ehkä lähinnä edustanut Richard Tuck teoksessa *Natural Right Theories* (1979). Tuck katsoo varhaiselle keskiajalle (Gratianuksen dekreettien muodostamassa kompilaatiossa 1140) olevan tunnusomaista käsitteen ”possessio”. Siinä hän on epäilemättä oikeassa, joskin käsitteet ”dominus” ja erityisesti ”proprium” esiintyvät varhaiskeskiajasta lähtien. Sitä vastoin Tuckin toinen väite on täysin harhaanjohtava. Hän näkee Tuomas Akvinolaisen käsitteessä *dominium (utile)* jotain dramaattista ja käänteentekevää omistusoikeuden historiassa. Ensinnäkin käsite *dominium* esiintyy jo Johannes Bassianuksella 1100-luvulla, sittemmin 1200-luvun alussa Placentiuksella ja Azolla.

Toinen piirre on kuitenkin vielä ratkaisevampi. Tuckin mukaan Tuomas Akvinolaisella esiintyy luonnollinen ”dominium utile”, ”a natural *dominium utile*”.¹⁹ Sillä ei ole kuitenkaan suoranaista tekemistä nykyisen absoluuttisen ja eksklusiivisen omistusoikeuden kanssa. Sen rajoituksista on edellä ollut yleisesti puhetta. Se on tosin ”dominium” mutta yleisestikin rajoitettuna

¹⁹ Ks. Tuck s. 19.

seuraavaan muotoon: *naturale rerum dominium, quantum ad potestatem utendi ipsis* (= *res exteriores*) (Summa theol. II II, quaest. 66.1.).

Jaettu omistusoikeusoppi, joka ei kuulu tämän esityksen tutkimusaiheeseen, kulkee aivan toista kuin Akvinolaisen viitoittamaa tietä. Sitä on Paasto yksityiskohtaisemmin tutkinut. Siinä on kysymys kehityksestä ennen Akvinolaista. Jos olen ymmärtänyt Paaston oikein, siinä on kysymys *dominium utilen* osoittamisesta tietyille konkreettisille oikeudenhaltijoille (vasallus, emphyteisis, superficies). Se tapahtui ennen Akvinolaista, mahdollisesti Joh. Bassianuksella tai hänen seuraajillaan Placentinuksella ja Azolla.²⁰ Epäilemättä esim. vasallin *dominium utile* edellyttää myös jonkinlaista absoluuttisuuden ja eksklusiivisuuden minimiä, Grossin ”Minimum an Exklusivität und Absolutheit”. Oikeus vain ilmenee erilaisina konkreettisina, usein kahdenkeskinä vuorovaikutusjärjestelminä.

5 YHTEENVETO

Mikä mainituista kolmesta tarkastelutavasta on sitten oikea? Käsite *dominium* esiintyy todella kolmessa eri yhteiskunnallisessa yhteydessä. On tärkeää havaita, että viimeksi käsitellyssä eli feodaalisessa vaiheessa sitä rajoittavat kaksi toisistaan riippumatonta seikkaa. *Dominium* esiintyy tiettyinä konkreettisena, usein kahdenvälisenä yhteiskuntasuhteena, ranskalaisen Georges Dubyn tarkoittamana vastavuoroisuutena, ”la réciprocité”. Toiseksi se esiintyy yleisenä käsitteenä vain käyttöä muistuttavana oikeutena, ”*dominium quantum ad usum*”. Kolmanneksi varhaiskeskiajan luonnontila oli säännönmukaisesti syntiinlankeemuksen jälkeinen tila, ja sen käsite *communio rerum* (omaisuuden yhteys) värittää myös nykyistä omistusta, kuten edellä on Isidoruksen kohdalla esitetty.

Vastausta nykyisen omistusoikeuden syntyyn on siten haettava kahdesta ensin mainitusta vaihtoehdosta. Ne toteuttavat erilaisina ajatusrakenteina nykyistä individuaalista omistuskäsitettä. Uuden ajan alun *dominium* toteuttaa rajattomien, *yhteiskuntamoraalisesti* muut poissulkevien *toimintamahdollisuuksien järjestelmää*. Sen sijaan orastava käsitelainoppi tulkitsi käsitteen ”*dominium*” abstraktien ja *formaalien oikeuksien järjestelmänä*. Erilaisten rakenteellisten tasojen sijasta puhuisin erilaisista mentaliteeteista. Grossia

²⁰ Ks. myös Feenstra 1971.

seuraten ”possessiivisen individualismin” mentaliteetista ja erityisestä käsiteläinopin ”juristimentaliteetista”. Niiden välinen yhteys taloudelliseen ja yhteiskunnalliseen elämään on erilainen; eräs argumentti ”possessiivisen individualismin” mentaliteetin puolesta on se, että se eksplisiittisesti ilmaisee ja viittaa näihin edellytyksiin, *vaihdannaistumisen kehitykseen*. Siten näen absoluuttisen ja individuaalisen omistusoikeuden syntyneen periaatteessa uuden ajan alussa. Käsiteläinopillinen ajattelu pikemminkin ”juridisoi” ja formaalisti tämän annetun lähtökohdan.

LÄHTEET

- Bartolus de Saxoferrato: *Omnium iuris interpretum Antesignani, Commentaria, Tomus I–VIII*. Venetiis 1602.
- Brandt, R.: *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*. Frommann-Holzboog: Stuttgart 1974.
- Coing, H.: Zur Eigentumslehre des Bartolus. *SZ/Rom* 70/1953, s. 348 ss.
- Feenstra, R.: Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlichen und spätscholastischen Quellen. In Behrends, O. (Hrsg.): *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*. Vandenhoeck und Ruprecht: Göttingen 1978.
- Grossi, P.: Usus facti – La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova. *Quaderni Fiorentini* 1/1972, s. 287 ss.
- Grossi, P.: La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica. In: Grossi: *La Seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Giuffrè: Milano 1973.
- Grossi, P.: Das Eigentum und die Eigentümer in der Werkstatt des Rechtshistorikers. *Rätts-historiska studier* 50. Bd, Lund 1990.
- Grotius, H.: *De iure praedae commentarius. Vol. II*. Reproduction of the Original Manuscript 1608. Clarendon Press: Oxford 1950.
- Grotius, H.: *De iure belli ac pacis libri tres*. Brill: Ludguni Batavorum 1939 (JBP). [1625]
- Hobbes, Th.: *Leviathan*. Ed. Macpherson. Penguin: Harmondsworth 1968. [1651]
- Kaltenborn von Stachau, C.: *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des ius naturae et gentium sowie der Politik im Reformationszeitalter*. Leipzig 1848.
- Kartio, L.: *Esineoikeuden perusteet*. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1991.
- Lanz, G.: *Eigentumsrecht – ein Recht oder ein Unrecht. Eine kritische Beurteilung der ethischen Argumente für das Privateigentum bei Aristoteles, Thomas von Aquino, Grotius, Locke, Hegel, Marx und in den modernen katholischen Sozialenzykliken*. Uppsala studies in social ethics 4. Uppsala 1977.
- Lautz, K.: *Entwicklungsgeschichte des Dominium utile*. Göttingen 1886.
- Locke, J.: *Two Treatises of Government*. Ed. P. Laslett, Cambridge University Press: Cambridge 1988. [1689].
- Lottin, O.: *Le Droit Naturel chez Saint Thomas d’Aquin et ses prédécesseurs*. C. Beyaert: Bruges 1931.

- Mäkinen, V.: *Property Rights in the Medieval Discussion on Franciscan Poverty*. Helsinki 1998. [Ks. myös: Mäkinen, V.: *Property rights in the late medieval discussion on Franciscan poverty*. Peeters: Leuven 2001.]
- Mäkinen, V.: *Keskiajan aatehistoria. Näkökulmia tieteen, talouden ja yhteiskuntateorioiden kehitykseen 1100–1300-luvuilla*. Atena: Jyväskylä 2003.
- Otte, G.: *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*. Böhlau: Köln 1964.
- Paasto P.: *Omistuskäsitteistön rakenteesta. Tutkimus jaetun omistuksen mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulle tultaessa*. Turun yliopiston julkaisuja, Sarja C 101. Turku 1994.
- Paasto, P.: *Dominium, commune, proprium*. Teoksessa Kartio et al. (toim.): *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, A, Juhlajulkaisut n:o 4. Turku 1991.
- Puchta, G. F.: *Cursus der Institutionen II. System und Geschichte des römischen Privatrechts*. Breitkopf & Härtel: Leipzig 1842.
- Pufendorf, S.: *De jure naturae et gentium libri octo*. The Classics of International law 17 (JNG). Humphrey Milford: London 1934.
- Reibstein, E.: *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den 'Controversiae Illustres' des Fernandus Vasquius (1559)*. Haupt: Bern 1949.
- Seelmann, K.: *Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom Dominium*. Heymann: Köln 1979.
- Soto, Domingo de: *Fratrís de Soto Libri decem De Iustitia et de Iure*. Ludguni 1559.
- Tanskanen, K.: *Luther ja keskiajan talousetiikka. Vertaileva tutkimus*. Suomalaisen teologisen kirjallisuusseuran julkaisuja 169. Helsinki 1990.
- Tolonen, H.: Fransiskaaninen köyhyys ja omistuksen kategoriat. *Oikeus* 2001, s. 483–494.
- Tolonen, H.: John Locke und der moderne Eigentumsbegriff. Teoksessa M. Suksi (ed.): *Law under Exogenous Influences*. Publications of Turku Law School, Vol. 1, no 1. Turku 1994, 184–227.
- Tolonen, H.: Yksityinen ja julkinen uuden ajan alun luonnonoikeudessa I. *Oikeus* 1979, s. 19–33. [Myös: *Oikeuden kaleidoskooppi*, 247–263]
- Tuck, R.: *Natural Rights Theories. Their origin and development*. Cambridge University Press: Cambridge 1979.
- Wiegand, R.: *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*. Hueber: München 1967.
- Wieacker, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Vandenhoeck u. Ruprecht: Göttingen 1967.
- Villey, M.: *La formation de la pensée juridique moderne*. Montchretien: Paris 1969.
- Willoweit, D.: *Dominium und Proprietas – Zur Entwicklung des Eigentumbegriffes in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*. *Hist. Jahrbuch der Görresgesellschaft* 1974, s. 131 ss.
- Windscheid, B.: *Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts*. Rütten & Loenig: Frankfurt am Main 1891.

Artikkelien alkuperäislähteet

- Eräitä näkökohtia systeemistä ja systeeminyhteydestä. *Oikeus* 3/1974, 9–18.
- Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Teoksessa *Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988*. Toimituskunta Martti Kairinen, Leena Kartio ja Ari Saarnilehto. Turku: Turun yliopisto 1988, 177–194.
- Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, moraalien ja politiikan suhteesta. *Oikeustiede – Jurisprudentia*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja XXII. SLY: Helsinki 1989, 333–384.
- Eräitä näkökohtia skandinavisesta oikeusrealismista. Teoksessa *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta*. Toimituskunta Leena Kartio, Kauko Wikström, Ari Saarnilehto ja Ari-Matti Nuutila. Turku: Turun yliopisto 1991, 405–419.
- Rättsystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter). *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 1/1993, 44–60. Ruotsintanut Edward Andersson.
- Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus. *Oikeus* 1/1996, 2–17.
- Mitä oikeus on? *Oikeus* 2/1997, 109–123.
- Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Otto Brusiinin väitöskirjan tarkastelua aikalais- ja nykykeskustelussa. *Lakimies* 1/1997, 25–63.
- Oikeuden kielet ja kielen teoriat. Teoksessa *Oikeuden kielet. Oikeus ja oikeudellinen ajattelu monikielisessä maailmassa*. Toimittaja Antero Jyränki. Turku: Turun yliopisto 1999, 7–23.
- Oikeus ja sen tavoitteet. Teoksessa *Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille*. Toimituskunta Anne Kumpula, Ari-Matti Nuutila, Päivi Paasto, Ari Saarnilehto, Hannu Tolonen ja Kauko Wikström. Turku: Turun yliopisto 2003, 145–160.
- Yksityinen ja julkinen uuden ajan alun luonnonoikeudessa. I osa. *Oikeus* 8/1979, 19–32; II osa. *Oikeus* 9/1979, 87–101.
- Valtion juridisesta käsitteellistämisestä sekä julkisoikeudesta ja yksityisoikeudesta. Teoksessa *Suomalaisen oikeusajattelun perusteista: tutkimusongelmia ja kysymyksenasetteluja*. Turku: Turun yliopisto 1982, 112–141.
- Korko ja raha Tuomas Akvinolaisella. Teoksessa *Jurisprudentia Turkuensis. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961–1986*. Toimittaja Martti Kairinen. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1986, 326–346.
- Eräitä havaintoja kauppaoikeuden ja kauppiasluokan syntytahtumasta. Teoksessa *Juhlajulkaisu Pertti Juhani Muukkoneen 1927 – 6/8 – 1987*. Toimituskunta Risto Nuolimaa, Juha Tolonen ja Kauko Wikström. Turku: Turun yliopisto 1987, 127–136.
- Menneet ja nykyiset käsitteet oikeuden ja yhteiskunnan aatehistoriassa. *Oikeus* 2/1992, 126–144.
- Inklusiivinen vai eksklusiivinen. John Locken omistuskäsitteen kaksi tulkintaa. Teoksessa *Juhlajulkaisu Antero Jyränki: 1933 – 9.8. – 1993*. Toimittajat Pekka Lämsineva ja Veli-Pekka Viljanen. Turku: Turun yliopisto 1993, 251–270.
- Näkökohtia julkisesta ja yksityisestä oikeuden alueesta. Teoksessa *Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998*. Toimittaja Anne Kumpula. Turku: Turun yliopisto 1998, 311–322.
- Absoluuttinen ja eksklusiivinen: yksityisen omistusoikeuden synty. Teoksessa: *Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle*. Turku: Turun yliopisto 2004, 205–221.

