

Oikeuden historiasta tulevaisuuden Eurooppaan

Pia Letto-Vanamo 60 vuotta

Toimituskunta

Olli Mäenpää

Dan Frände

Päivi Korpisaari

Kustannustoimittaja

Pipsa Kostamo

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. 09 6120 300

f. 09 604 668

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Kannen kuva: Roland Meinecke / Wikimedia Commons

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISSN-L 1458-0446

ISBN 978-951-855-338-3

Hansaprint Oy, Vantaa 2014

Sisällys

Pia Letto-Vanamo 60 vuotta.	
Prof. Pia Letto-Vanamo's 60th Anniversary	VII
<i>Per Andersen – Helle Vogt</i>	
Vrag, hvaler og kongelig overhøjhed.	
Forstrandsret i nordisk middelalder	1
<i>Lars Björne</i>	
Pohjoismaiset oikeustieteelliset aikakauskirjat ja toinen maailmansota ..	15
<i>Yifeng Chen</i>	
Legal Formalism, Justice and the Judiciary in China	29
<i>Ellen Eftestøl-Wilhelmsson – Anu Bask</i>	
Is a Harmonised Liability System a Necessary Prerequisite	
for European Multimodal Transport? The Finnish Logistics Service	
Providers' Point of View	41
<i>Kaijus Ervasti</i>	
Neuvotteleminen konfliktinratkaisumenettelynä	51
<i>Dan Frände</i>	
Åsa Larsson och det förflutna	69
<i>Jaakko Husa</i>	
Pohjolan oikeus – yhtä perhettä?	77
<i>Teemu Juutilainen – Emilia Korkea-aho</i>	
Professio ja legitimiteetti – mitä virkaa eurooppalaisella juristilla?	89
<i>Jukka Kekkonen</i>	
Oikeushistoria huipulta huipulle	105
<i>Päivi Korpisaari – Anette Alén-Savikko</i>	
Tiedonsiirrosta aktiiviseen opiskeluun –	
tähtäimessä laadukas viestintäoikeuden opetus	119
<i>Toomas Kotkas</i>	
Suomalainen hyvinvointivaltio ja	
sosiaalisten oikeuksien lyhyt historia	135
<i>Matti Kunnas</i>	
Uudistunut valvontamenettely ja	
sen haaste asianajajan ammattietiikalle	153

<i>Anna-Laura Markkanen – Hannu Nieminen</i> A Crooked Balance of Interests? Comparing Users' Rights in Printed and Electronic Books	163
<i>Heikki E. S. Mattila</i> Oikeudellis-kielellisen dominanssin jatkuvuudesta. Alankomaiden Itä-Intian ja itsenäisen Indonesian oikeus- ja kieliolojen tarkastelua	181
<i>Dag Michalsen</i> Frede Castberg and the Invention of State of Emergency in Norwegian Constitutional Law in the Twentieth Century	201
<i>Tuulikki Mikkola</i> Trust oikeusvertailun kohteena	213
<i>Kjell Å. Modéer</i> Elegi över 1938 års advokater. Om ett par advokater i finlandssvensk och svensk romanlitteratur	223
<i>Olli Mäenpää</i> Hallinto-oikeuden eurooppalainen kodifointi	239
<i>Johanna Niemi</i> Prosessioikeus ja metodin haaste	255
<i>Jaana Norio-Timonen</i> Harmonisaatio ja eurooppalaiset kuluttajavakuutusmarkkinat	261
<i>Kimmo Nuotio</i> Avustettu potilaan itsemurha ja eutanasia	277
<i>Elina Paunio – Suvi Sankari</i> Euroopan unionin tuomioistuin: oikeuden ja politiikan rajapinnassa	295
<i>Jørn Øyrehagen Sunde</i> ”Menneskerettigheter (...) stemmer med rettsfølelsens krav i vår tid”. Eit aktørperspektiv på Dei europeiske menneskerettane sin veg inn i norsk rett	311
<i>Kaarlo Tuori</i> Kansallinen ja ylikansallinen demokratia	327
<i>Kaius Tuori</i> Natseista ja emigranteista oikeustieteen historiassa	341
<i>Terttu Utriainen</i> Historia opettaa rikosoikeustieteilijöitä	359
Kirjoittajat – Authors	367

Natseista ja emigranteista oikeustieteen historiassa¹

1 MENNEISYYDEN MÄÄRITTELEMINEN JA TULEVAISUUDEN HALLINTA

Ehkä tunnetuin natsi-Saksan maanpakoon ajamista tiedemiehistä oli Albert Einstein, josta on sittemmin tullut tämän valtaisan tieteellisen ja inhimillisen katastrofin symboli. Vuodesta 1933 lähtien tuhansia tiedemiehiä ja heidän mukanaan suunnaton määrä tieteellistä osaamista siirtyi pois Saksasta seurauksena kansallissosialistien valtaannoususta ja sen jälkeen alkaneista juutalaisten ja natsien² poliittisten vastustajien vainoista.

Mukana olleet tiedemiehet ja heidän perheensä maksoivat tästä kovan hinnan, vaikka he olivatkin onnekkaiden joukossa päästessään pois ennen kuin juutalaisvainot muuttuivat yhdeksi ihmiskunnan historian suurimmista joukkomurhista. Tiedemiesten etuna olivat heidän kansainväliset yhteytensä, joiden avulla he saattoivat omaisuutensa menettäneenäkin löytää uusia mahdollisuuksia ulkomailta.

Saksa oli aiemmin ollut maailman johtava tiedemaa ja tieteen kieli oli pääosin saksa. Tämä katastrofi johti tiedemaailman johtoaseman siirtymiseen lopullisesti Saksasta Yhdysvaltoihin.³ Mutta Einsteinin kaltaisille

¹ Tämä kirjoitus esittelee ERC Starting Grant -rahoituksella vuosina 2013–2018 toimivaa tutkimusprojektiani Reinventing the Foundations of European Legal Culture 1934–1964 [FoundLaw], joka tällä haavaa on sijoittuneena Kansainvälisen talousoikeuden instituuttiin (KATTI). Projektin tutkijoiden työhuoneet ovat tämän juhla kirjan vastaanottajan työhuoneen ympärillä. Allekirjoittaneen lisäksi projektin tutkijoina ovat tutkijatohtorit Jacob Giltaij ja Tommaso Beggio sekä tutkijakoulutettava Ville Erkkilä.

² Ilmaisua ”natsi” käytetään tässä yleiskielisenä viittauksena kansallissosialistisen puolueen jäseniin ja kannattajiin. Aiheesta myös *Stolleis, Michael*: Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus. Frankfurt am Main 1994; *Stolleis, Michael*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Weimarer Republik und Nationalsozialismus. München 2002. Ajan aatehistoriasta ks. myös *Elias, Norbert*: Saksalaiset: Valtataistelut ja habituskehitys 1800- ja 1900-luvuilla. Tampere 1997.

³ Tästä prosessista ks. *Mattei, Ugo*: Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law. The American Journal of Comparative Law 1994, s. 195–217.

tutkijoille maanpakolaisuus tarkoitti vain tieteen tekopaikan muuttumista, se ei vaikuttanut heidän tutkimustensa sisältöön. Teoreettinen fysiikka oli sisällöltään Yhdysvalloissa liki samaa kuin mitä se oli Saksassa.⁴

Oikeustieteen tutkijoiden osalta seuraukset olivat erilaisia. Väitteeni on, että joutuminen vainon kohteeksi sekä pelko ja menetykset hirmuhallinnon käsissä johtivat joukon tutkijoita miettimään uudelleen koko ajatusta eurooppalaisesta oikeudellisesta perinteestä. Tämä johti tieteelliseen valankumoukseen, jossa oikeusvaltioajatuksesta tuli, tai itse asiassa tehtiin, eurooppalaisen oikeudellisen perinteen perusta vuosien 1934 ja 1964 välillä oikeushistoriallisen tutkimuksen kautta.

Päätökijöinä tässä olivat viisi saksankielistä tutkijaa, jotka olen jakanut kahteen ryhmään. Ensimmäinen ryhmä kulkee nimellä maanpakolaiset ja hylkiöt. He olivat liberaaleja ja juutalaisia tutkijoita, jotka erotettiin viroistaan Saksassa vainojen aikana. He pakenivat 1930-luvulla Englantiin, julkaisivat tutkimuksiaan englanniksi ja alkoivat vaikuttaa Ison-Britannian ja Amerikan tiedemaailmassa, mutta – kuten tavallista – suurten vaikeuksien jälkeen. Tämän ryhmän tunnetuimmista jäsenistä Fritz Schulz (1879–1957) ja Fritz Pringsheim (1882–1967) lähtivät maanpakoon Englantiin, kun taas Paul Koschaker (1878–1951) joutui jättämään virkansa yliopistolla.

Toinen ryhmä koostuu natseista, heidän apureistaan ja sivustakatsojista, jotka pysyivät Saksassa ja joiden akateeminen ura oli hyvin paljon tavanomaisempi. He omaksuivat teorian vasta toisen maailmansodan jälkeen oltuaan sitä ennen joko kansallissosialistiselle aatteelle myöntämielisiä tai pyrittyään pysyttelemään politiikan ulkopuolella. Tästä ryhmästä olen valinnut nykytutkimuksen parhaiten tuntemat henkilöt, jotka ovat Franz Wieacker (1908–1994), joka oli Pringsheimin oppilas, ja Helmut Coing (1912–2000).

Tapahtumien kulku meni hieman mutkikkaasti siten, että teoria, joka alun perin muovattiin natsismin vastaiseksi historiantulkinnaksi, otettiin myöhemmin uusiokäyttöön liberaaliksi antikommunistiseksi historiantulkinnaksi. Siitä muodostettiin osa niin sanottua eurooppalaista tarinaa. Tulkinta tuli Länsi-Euroopan yhteiseksi oikeudelliseksi perinteeksi kommunistista itäblokkia vastaan.

Jos natsit lähtivät siitä, että kaikki elämänalueet, tiede mukaan lukien, oli alistettava valtion ja kansan palvelukseen, uusi teoria korosti roomalaisen

⁴ Einstein oli Saksassa saavuttanut akateemisen uran huipun: hän oli emigroituaan ollut fysiikan Kaiser Wilhelm -instituutin (nimi muutettiin sodan jälkeen Max Planck -instituutiksi) johtajana 18 vuotta. Hän ei tunnetusti koskaan palannut Saksaan, ja tunnetussa kirjeessään Max Bornille 12.10.1953 hän kutsui saksalaisia massamurhaajien kansaksi.

oikeuden riippumattomuutta ja sen tieteellistä luonnetta. Vaikka tässä tulkin-
nassa kehitettiin eteenpäin aiemmassa tutkimuksessa esitettyjä näkemyksiä,
olennainen muutos oli se, että nyt nämä ajatukset esitettiin vastakohtana
natsihallinnon sortotoimille ja oikeudettomuudelle. Siksi onkin kiehtovaa
seurata, mitä ihanteita ja arvoja haettiin historiasta esimerkiksi tulevaan. Se,
minkälainen oikeuskulttuuri ja oikeustiede nostettiin ihanteeksi, oli seurausta
myös siitä, minkälaiselle epäoikeudenmukaiselle oikeudelle ja hallinnolle
se esitettiin vastakohtana. Mennyt ei siten kuvattu ainoastaan menneenä,
vaan myös kontrastina nykyiselle ja mallina tulevalle.

Tarkoitukseni ei kuitenkaan ole väittää, että tutkimuksen kohteena ole-
vat tutkijat olisivat näiden ajatusten ainoita kehittäjiä tai että he olisivat
työskennelleet yksin ja eristyksissä, vaikka tämä onkin usein tapa, jolla
asioita esitetään tieteenhistoriassa. Sen sijaan tarkoitus on käyttää näiden
tutkijoiden kokemuksia eräänlaisena ikkunana tuon ajan tiedemaailmaan ja
keskusteluihin, joita käytiin tieteellisten lehtien sivuilla, kirjeenvaihdossa,
tapaamisissa ja konferensseissa.⁵

Tutkimani teoria on jäänyt toistaiseksi vähälle huomiolle, koska sitä ei
lähtökohtaisesti aikanaan käsitetty teoriaksi itsessään eivätkä eri tutkijat
sitien tunnustautuneet sen kannattajiksi. Itse asiassa useimmat tutkittavat
hahmot keskittyivät antiikin ja keskiajan oikeushistorian substanssiin ja
kehittelivät tähän teoriaan liittyviä ajatuksiaan kuin ohimennen, ajattele-
matta niitä minkään laajemman teorian osana. Voidaankin olla lähtökoh-
taisesti melko vakuuttuneita siitä, että tutkimuksen kohteet itsessään eivät
pitäisi tutkimuksen kysymyksenasettelua erityisen onnistuneena ja että he
pitäisivät koko ajatusta yhtenäisestä teoriasta jokseenkin hölmönä. Se, mitä
minä jälkikäteisesti nimitän teoriaksi, olikin enemmän spontaanin yhteisen
pyrkimyksen seurausta kuin mitään tietoista yritystä uuden suuren tulkinnan
muodostamiseen.

Aikakausi oli kuitenkin otollinen erilaisten uusien suurien tulkintojen
syntymiselle ja vanhojen uudelleenmuotoilemiselle. Yksi 1930-lukua voi-
makkaimmin määrittävistä tekijöistä oli vaikutelma jatkuvasta kriisistä.
Tieteessä yksi tämän mielialan tunnetuimmista ilmauksista oli Husserlin
kirja eurooppalaisen tieteen kriisistä.⁶ Paul Koschaker, yksi tutkimuskoh-

⁵ Aikakauden erikoislaatuisuudesta johtuen tällaiset valinnat ovat melko satunnaisia. Lukuisten erittäin lahjakkaiden tutkijoiden ura katkesi joko sodan tai vainojen takia ennen-
aikaisesti.

⁶ *Husserl, Edmund: The Crisis of European Sciences and Transcendental Philosophy.* Evanston 1970 [1936].

teista, saavutti laajaa kuuluisuutta debatoijana samantyyppisellä kirjalla roomalaisen oikeuden kriisistä.⁷

Teoriasta oikeustieteen tieteellisistä juurista ja oikeuksien muotoutumisesta oli kahdenlaisia versioita, josta eräät johtivat kehityksen alkupisteen klassiseen roomalaiseen oikeuteen, kun taas toiset korostivat keskiaikaisen oikeustieteen merkitystä. Ensimmäisestä ryhmästä Schulz⁸ ja Pringsheim⁹ olivat tunnetuimmat, kun taas Koschaker¹⁰ ja Coing¹¹ edustivat jälkimmäistä ja Wieacker¹² molempia. Molempia versioita yhdisti monikulttuurisuuden ja kansainvälisyyden ihannointi sekä erityisesti kansainvälisten organisatioiden merkityksen korostus. Tietynlaisen kosmopolitanismin ihanteiksi nostettiin omien aikakausiensa hienostuneimpia ja kehittyneimpiä organisatioita, kuten Trajanuksen ja Hadrianuksen ajan Rooma tai katolinen kirkko Gregorius Suuren aikana. Vaikka tämä ihannointi perustui aikalaislähteiden, kuten ensimmäisessä tapauksessa kreikkalaisen oraattorin, Aelius Aristideen tekstien lukemiseen, niistä vedetyt johtopäätökset olivat puhtaan moderneja.

Teoriaa muotoillessaan tutkimuskohteeni käyttivät hyväkseen saksalaisen niin kutsutun oikeustieteen historiallisen koulun oppeja. Historiallinen koulu oli liki koko 1800-luvun väitellyt perinteen ja uudistusten roolista oikeuden kehityksessä sekä niiden suhteesta kansan identiteettiin ja luonteeseen romantiikan ajan teorioiden pohjalta. Vaikka nämä alkuperäiset teoriat kansasta vanhentuivatkin varsin pian, niiden teemat, kuten perinteen ja kulttuurin rooli, olivat jatkuvasti ajankohtaisia. Romantiikan ja siitä ponnistavien tieteiden, kuten historian, kansatieteen, folkloristiikan ja ant-

⁷ *Koschaker, Paul*: Die Krise des römischen Rechts und romanistische Rechtswissenschaft. Schriften der Akademie für Deutsches Recht: Römisches Recht und fremde Rechte 1938, s. 1–86.

⁸ *Schulz, Fritz*: Prinzipien des römischen Rechts. Berlin 1934; *Schulz, Fritz*: Roman Legal Science. Oxford 1946.

⁹ *Pringsheim, Fritz*: The Legal Policy and Reforms of Hadrian. Journal of Roman Studies 1934, s. 141–153; *Pringsheim, Fritz*: Höhe und Ende der Römischen Jurisprudenz. Gesamelte Abhandlungen. Heidelberg 1961, s. 53–62.

¹⁰ *Koschaker, Paul*: Europa und das Römische Recht. München 1947.

¹¹ *Coing, Helmut*: Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 1952, s. 24–59; *Coing, Helmut*: Römisches Recht in Deutschland. Ius Romanum Medii Aevi 1964; *Coing, Helmut*: Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft. Gesammelte Aufsätze II. Frankfurt am Main 1982, s. 137–156.

¹² *Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1952. Sekä Koschakerin että Wieackerin tuotanto sisälsi myös klassista roomalaista oikeutta. Wieackeria on tutkittu jonkin verran, ks. esim. *Behrends, Okko – Schumann, Eva* (Hrsg.): Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts. Göttingen 2010.

ropologian, tavoitteena oli löytää alkuperäisin kulttuurin muoto, mikä tuli myös tietynlaisen oikeushistoriallisen tutkimuksen kohteeksi. Tieteen piti löytää nykyisen kulttuurin juuret ja sitä kautta sen puhtain ja alkuperäisin olomuoto, joka oikeustieteessä tarkoitti vaihtelevasti keskittymistä kreikkalaiseen, roomalaiseen, germaaniseen tai heprealaiseen oikeuskulttuuriin.¹³

2 SCHULZ JA NATSIT

Koska on yleensä yksitoikkoista lukea ainoastaan ryhmistä ja joukoista, tarkoitukseni on tässä avata teemaa kertomalla tarkemmin yhdestä näistä maanpakolaisista. Hänen nimensä oli Fritz Schulz ja hän oli syntynyt vuonna 1879, joten hän oli natsien valtaan noustessa vuonna 1933 54-vuotias. Schulz oli roomalaisen oikeuden professorina Berliinin yliopistossa, mitä pidettiin tuolloin akateemisen uran huippuna Saksassa. Schulzilla tämä ura oli tarkoittanut kiertämistä Freiburg in Breisgaun, Kielin, Göttingenin ja Bonnin yliopistojen kautta.¹⁴

On syytä muistaa, että tuolloin professorien arvostus oli huomattavasti korkeampi kuin nykyisin. Schulzin palkka yliopistossa oli varsin hyvä ja se mahdollisti suuren asunnon vuokraamisen vauraalta alueelta Berliinin esikaupungista Dahlemista. Yliopistolla opiskelijat olivat lahjakkaita ja hänen julkaisujaan hyväksyttiin parhaimpiin aikakauslehtiin. Kuten monien älymystön edustajien tänä aikana, myös Schulzin uskonnollisuus oli varsin vähäistä. Hän oli nimellisesti protestantti, mutta hänen äitinsä ja vaimonsa olivat juutalaisia. Poliittisesti Schulz oli vakaumuksellinen demokraatti ja Deutsche Demokratische Partei eli DDP:n perustajajäseniä, joka ei pitänyt natsivastaisuuttaan salassa.¹⁵

Juutalaisvainojen alkaessa tammikuun 30. päivänä 1933 Schulzin tilanne oli ristiriitainen. Hän oli korkeassa yhteiskunnallisessa asemassa, mutta sekä poliittisesti että rotuteorioiden mukaisesti kaikkea, mitä natsit vastustivat.

¹³ *Whitman, James*: The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Princeton 1990; *Vano, Cristina*: Il nostro autentico Gaio. Napoli 2000; *Monateri, Pier*: Black Gaius. Hastings Law Journal 2000, s. 481–555, jossa väitetään, että tuon puhtauden etsintä oli pohjimmiltaan rasismia.

¹⁴ Uusin elämäkerta hänestä on *Ernst, Wolfgang*: Fritz Schulz. Teoksessa Beatson, Jack – Zimmermann, Reinhard (eds.), *Jurists Uprooted*. Oxford 2004.

¹⁵ *Ernst* 2004, s. 12–14.

Schulzin kolmas synty oli olla roomalaisen oikeuden professori. Natsit vihasivat roomalaista oikeutta, ja roomalaisen oikeuden hävittäminen oli yksi kohta natsien alkuperäisessä puolueohjelmassa. Syy tähän oli maailmankatsomuksellinen: natsien mukaan oikeuden tuli olla puhtaan saksalaista, ellei jopa arjalaista, ja heijastaa saksalaisen kansan omaa kulttuuria ja uutta poliittista järjestystä. Roomalainen oikeus oli kaupallista, kansainvälistä, universaalialia ja materialistista. Jos natsien oikeusjärjestelmässä korkein laki oli kirjaimellisesti johtajan eli Hitlerin tahto, roomalaisessa oikeudessa laki johdettiin juristien yhteisymmärryksestä.¹⁶

Keväällä 1933 Schulz piti viimeisen luentosarjansa Berliinissä, jossa hän hyvin painokkaasti esitteli roomalaisen oikeuden länsimaisen kulttuurin hienoimpana tuotteena oikeuden saralla. Hän puhui oikeuden suojaamasta ihmisyydestä, vapaudesta ja luottamuksesta sekä siitä, kuinka oikeuden tarkoitus oli olla epäpoliittinen voima yksilöiden suojana. Luentosarja oli vain hyvin heikosti peitetty hyökkäys natsien terroria, laittomuuksia ja yksinvaltaa vastaan. Kirja, joka luentojen perusteella julkaistiin, sai välittömästi natsitutkijoiden tuomion. Sen englanninkielinen versio Oxford University Pressillä sen sijaan koitui Schulzin pelastukseksi myöhemmin.¹⁷

Schulzin itsensä asema alkoi horjua – osittain tämän luentosarjan vauhdittamana. Hänen lapsiaan uhkasi erottaminen koulusta rotuperusteilla. Vaikka Schulzin puolijuutalaisuus olisi ollut itsessään rotulakien mukainen erottamisperuste, teknisistä syistä johtuen hänet, monien muiden ohella, siirrettiin Frankfurtin yliopistoon, mutta hän ei saanut opettaa siellä. Yliopisto oli tarkoitus lakkauttaa kokonaan, jolloin sinne siirretyt opettajat olisi voinut erottaa ongelmitta. Lopulta hänet määrättiin ennenaikaiselle eläkkeelle. Schulzin vaimo Martha alkoi etsiä perheelle ulospääsyä tilanteesta, ja perheen varoja siirrettiin mahdollisuuksien mukaan ulkomaille. Perheen lapset lähetettiin Englantiin kouluun, samalla kun vanhempien asema kävi yhä ahtaammaksi. He joutuivat jättämään asuntonsa ja siirtymään pois seuraavasta, kun se määrättiin vain arjalaisille sopivaksi.¹⁸

Schulzin ahdinkoa on mahdollista seurata selaamalla Berliinin Humbolt-yliopiston arkistossa olevaa henkilötietomappia. Peräkkäin olevista

¹⁶ Puolueohjelman eli vuonna 1920 julkaistun 25 kohdan ohjelman kohta 19 vaati materialistista maailmanjärjestystä palvelevan roomalaisen oikeuden korvaamista saksalaisella kansanoikeudella. Käytetty ilmaisu ”deutsches Gemeinrecht” oli natsille tyypillinen uudelleenmuotoilu, jossa roomalaisen oikeuden reseptioon viittaava käsite ”gemeines Recht” otettiin uusiokäyttöön natseille sopivassa muodossa.

¹⁷ *Schulz, Fritz: Prinzipien des römischen Rechts. Berlin 1934.*

¹⁸ *Ernst 2004, s. 14–25.*

asiakirjoista voi nähdä, kuinka yliopiston hallinto selvitti kyselylomakkeilla, ketkä työntekijöistä olivat luotettavia uuden hallinnon kannattajia ja ketkä epäilyttäviä. Ensimmäisenä oli lomake (päivätty 31.8.1935), jossa tiedusteltiin saajan asemaa natsipuolueessa sekä koska oli siihen liittynyt. Schulzin lomakkeessa luki luonnollisesti, että hän ei ollut jäsen. Seuraavassa lomakkeessa (päivätty 16.10.1935) pyydettiin selvittämään, ketkä vastaanottajan isovanhemmista ja puolison isovanhemmista olivat rodullisesti juutalaisia tai kuuluivat juutalaiseen uskonnolliseen yhteisöön. Kun Schulz oli todettu osittain juutalaiseksi, yliopistohallinto lähetti lisäkyselyn selvittääkseen täsmällisesti vaimon isovanhempien juutalaisuuden asteen.¹⁹

Vuodesta 1935 lähtien Schulz alkoi etsiä uutta virkaa ulkomailta, mutta aluksi huonolla menestyksellä. Luentokiertue Yhdysvalloissa ei tuottanut työtarjouksia, mutta vuonna 1938 hän sai väliaikaisen paikan Hollannista, kun hänen toimittajansa Oxford University Pressillä alkoi järjestää hänelle paikkaa Oxfordin yliopistosta. Viimeinen niitti Schulzille oli kielto käyttää yleisiä kirjastoja Saksassa. Siirtyminen Oxfordiin oli hankalaa, sillä se tarkoitti myös siirtymistä akateemisen virkahierarkian pohjalle. Arvostetusta professorista tuli hyvin köyhä tuntiopettaja, jonka saksalaisuutta katsottiin hieman kieron. Viranhaussa Edinburghin yliopiston professuuriin hänet ohitti skottilainen asianajaja. Sodan alettua hänet suljettiin ensin internointileirille vihollismaan kansalaisena.²⁰

Kuten muillekin pakolaisille, Schulzille alkujärkytys oli suuri ja uuteen ympäristöön sopeutuminen oli vaikeaa, mutta hän selvisi siitä kirjoittamalla tiensä ulos. Toiset pakolaiset juutuivat vuosiksi tekemään hanttihommia, mutta Schulz ja muut menestyjät pyrkivät löytämään itselleen ja osaamiselleen uuden yleisön.²¹

¹⁹ Humboldt-Universität zu Berlin, Universitätsarchiv zu Berlin, UK Personalia Sch 303, Personal-Akten des Prof Dr Schulz, Band 2, kirjeet nro 86, 88–91.

²⁰ Hollannissa Schulz teki erinäisiä lyhytaikaisia töitä, mutta mitään pysyvämpää ei ollut tarjolla. Englannissa keskeisessä asemassa oli tiedemiespakolaisia auttamaan perustettu Society for the Protection of Science and Learning, jonka taloudellinen tuki mahdollisti Schulzin maahantulon. Kirjan *Roman Legal Science* (Oxford 1946, s. V) esipuheessa Schulz kiittää ”sydämensä pohjasta” sekä hollantilaisia että brittitukijoita avusta ”epätoivoisella hetkellä”. Ks. Laajemmin *Ernst* 2004, s. 25–41.

²¹ Pakolaistutkimuksessa on laajemminkin havaittu, että ihmisen iällä oli ratkaiseva merkitys ennusteeseen. Nuoremmat tutkijat saattoivat kouluttautua uudelleen ja täydentää koulutustaan vastaanottavassa maassa ja näin aloittaa uransa uudestaan. Samoin mikäli tutkijoiden osaamiselle oli suurta kysyntää, loi tämä luonnollisesti mahdollisuuksia myös vanhemmille tutkijoille. Itsekin natsiajan pakolaisena Yhdysvaltoihin tullut taidehistorioitsija Erwin Panofsky kuvaa muistelmissaan, kuinka pakolaisia suorastaan rekrytoitiin amerikkalaisiin taidealan instituutioihin. Eräs rekrytoija kuvasi, kuinka ”herra Hitler on paras kaverini. Hän

Muuttaminen uuteen maahan, erityisesti pakon edessä, on hyvin syväleikäypä ja traumaattinen kokemus. Jotkut selviävät ja menestyvät uudessa ympäristössä, toiset vajoavat masennukseen voimien loppuessa. Edessä on uusi ympäristö, opeteltavana uusi kieli, on tutustuttava uusiin ihmisiin ja aloitettava alusta. Nuorille ihmisille tämä ei ole mahdotonta, sen sijaan vanhemmille haasteet ovat melkoisia. Varsinkin jos ei ole Einsteinin tapaan maailmankuulu ja kysytty, esteet voivat olla ylitsekäymättömiä.²²

Schulzin kaltaiset hahmot löysivät itsestään uuden puolen ja lähtivät vastoinkäymisten kautta etsimään uutta merkitystä osaamiselleen ja pyrkivät samalla selvittämään itselleen, mitä heidän maailmalleen tapahtui. Schulzin tapauksessa tämä tarkoitti kirjoja, joissa hän mestarillisesti kehittää uutta ajatusta oikeudellisesta perinteestä elävänä kulttuurina.²³

Puhe itsensä uudistamisesta ja uudelleen keksimisestä saattaa kuulostaa pahasti halpahintaisten sisäisen kehityksen gurujen mantroilta, mutta tässä tapauksessa siihen liittyy vakava ja merkittävä ajatus. Schulzin ja muiden pakoilaisten tapauksessa itsensä uudelleen keksiminen oli pitkä prosessi, jossa heidän tuli ensin uudelleen käsitteellistää koko tieteellinen kokemukseensa ja sen jälkeen yrittää puhua uudelle yleisölle uudella kielellä sekä suhteuttaa kirjoituksensa tämän yleisön omaan tieteelliseen perinteeseen. Prosessin kuluessa he alkoivat myös pohtia tapahtunutta katastrofia sekä henkilökohtaisella että kotimaansa Saksan tasolla. Heidän joutuivat kohtaamaan sekä kollegojen ja naapureiden muuttumisen vihollisiksi että koko ihannoidun oikeusvaltion romahtamisen.²⁴ Vastauksena näihin traumaattisiin kokemuksiin maanpakolaiset alkoivat kehittää ajatusta yhteisestä eurooppalaisesta oikeudellisesta kulttuurista, joka perustui oikeusvaltioihanteeseen, oikeuden tieteellisyyteen ja oikeuden periaatteelliseen riippumattomuuteen poliittisesta vallasta. Tämä ajatus syntyi vastareaktionä totalitaaristen valtioiden ideologisiin kehitelmiin kansallisvaltion täysivaltaisuudesta ja pyrki osoittamaan, kuinka oli olemassa suuri eurooppalainen oikeudellinen perinne, joka perustui vapauden ja oikeudenmukaisuuden ihanteille.

heiluttaa puuta ja minä kerään omenat”. *Panofsky, Erwin: Three decades of art history in the United States: Impressions of a transplanted European. Teoksessa Panofsky, Erwin, Meaning in the Visual Arts. Chicago 1955, s. 321–346.*

²² Olennaisena erona nuorempien ja iäkkäämpien tutkijoiden välillä oli myös ero sosiaalisessa statuksessa lähtömaan ja vastaanottavan maan välillä. Sosiaalisen ja akateemisen statuksen lasku vaikuttaa olevan hyvin vaikeasti ylitse päästävässä oleva kokemus.

²³ Tärkein näistä oli *Schulz, Fritz: Roman Legal Science. Oxford 1946.*

²⁴ Emigranttijuristeista laajemmin, ks. *Beatson – Zimmermann 2004.*

Teoria Euroopasta oikeuden ihanteena oli luonnollisesti toiveajattelua, olihan suuri osa maanosasta enemmän tai vähemmän yksinvaltaisesti hallittua 1930-luvun lopulla ja muutamat jäljellä olevat demokratiat olivat nekin rajoittaneet kansalaisvapauksiaan yhteiskuntarauhan nimissä. Periaatteellinen kanta lähti kuitenkin perustavanlaatuisemmasta erosta oikeuden ihanteessa. Jos kansallissosialistisen Saksan tapaiset valtiot korostivat nationalistista ja totalitaarista valtiota, pakolaistutkijoiden kielessä toistuivat ajatukset järjestä ja oikeudesta. Kuten oli tyypillistä tuon ajan auktoritativiselle tieteelliselle keskustelukulttuurille, toiveet ilmaistiin tosiseikkoina. Metodologisesti tämä käytäntö on verrannollinen antropologisiin teorioihin kirjallisista kulttuureista. Vanhempina professoreina pakolaistutkijoilla oli tarpeellinen arvovalta esittää tämäntyyppisiä väitteitä, koska heidän tieteellisen perinteen hallintansa mahdollisti väitteiden muokkaamisen vakuuttavaan muotoon.

Olenaisena väitteenä onkin, että keskeisten henkilöiden ajattelun kehitykseen vaikutti voimakkaasti maanpakolaisuus ja uppoutuminen vieraaseen kulttuuriin. Alkuvaikeuksien jälkeen, joihin sisältyi esimerkiksi Pringsheimin osalta vakoilusta epäily ja vankileirillä olo, tämä muutos antoi pontta uudentyyppiselle ajattelulle. Voidaan väittää, että seurannut tieteellinen uudistus ei olisi ollut mahdollinen, jos sen päähahmoja ei olisi niin järkyttävällä tavalla revitty irti tutuista ympyröistään. Koska heillä oli erityisosaamista, joka oli harvinaista uudessa ympäristössä Englannissa, he vähitellen saivat oppilaita, seuraajia ja sitä kautta vaikutusvaltaa. Sosiologisissa tutkimuksissa akateemisesta kulttuurista painopiste on tähän asti ollut pääasiassa sosialisointia ja indoktrinaation teorioiden soveltamisessa nuorten tutkijoiden käyttäytymisen tutkimuksessa.²⁵ Hyvin harvoin kohteena on ollut myös vanhempien tutkijoiden ympäristöstä toiseen siirtymisen vaikutukset.

On usein todettu, kuinka poliittiset tapahtumat muuttavat myöskin tieteenhistoriaa. Kuten näimme, poliittisilla muutoksilla voi olla moniulotteisia ja ennalta arvaamattomia vaikutuksia. Tässä tapauksessa oikeustieteen ja oikeuskulttuurin uudelleen muotoilulla oli toinen, ensimmäistä huomattavasti vaikutusvaltaisempi, sovellus toisen maailmansodan jälkeen. Tuolloin myös tutkijat, jotka olivat natsiaikana olleet sivustakatsojia tai jopa natseja, joutuivat kohtaamaan totalitarismin vaikutukset tieteeseen. Ei liene liioiteltua sanoa että he kaikki olivat vuosien 1933–1945 tapah-

²⁵ Esim. *Becher, Tony – Trowler, Paul: Academic Tribes and Territories: Intellectual Enquiry and the Cultures of Disciplines* (2nd ed.). Ballmoor 2001.

tumien vaikutuspiirissä tavalla tai toisella. Maanpakolaisten rakentama antitotalitaristinen kertomus Euroopasta ja sen oikeusperinteestä tarjosi selityksen ja uuden itseymmärryksen oikeustieteelle ja oikeudelle suoja-muurina diktatuuria vastaan. Olennaista uuden tulkinnan menestykselle oli sen vastaus sosialismin haasteeseen, sen kritiikki oikeudellisen maailman politiikalle alistamiseen, joka oli sekä kansallissosialismin että kommunismin kulmakiviä.

Jatkotutkimuksissa on tarkoitus tutkia viiden päähahmon ajattelun kehitystä ja vaikutuksen leviämistä tieteenhistoriassa. Kirjeenvaihdon, luentojen ja julkaistun materiaalin kautta pyritään seuraamaan, miten ajatus yhteisestä eurooppalaisesta oikeudellisesta perinteestä muotoiltiin, miten siitä keskusteltiin ja miten sitä kritisoiitiin. Alkupisteenä on vuosi 1934, jolloin natsien politiikka erottaa juutalaistaustaiset virkamiehet, mukaan lukien yliopistojen opettajat, tuli voimaan ja ensimmäiset akateemiset reaktiot natsien vallankaappaukseen julkaistiin. Päätepisteenä on vuosi 1964, jolloin Euroopan kahtiajakautuminen Berliinin muurin pystytyksen seurauksena käsitettiin pysyväksi tilaksi kahden radikaalisti erilaisen yhteiskuntajärjestelmän välillä.

3 JÄLKIVAIKUTUKSET

Pakolaisiksi joutuneita tutkijoita ei hämmentänyt se, että natsit yrittivät päästä heistä eroon. Puolue oli ollut alusta lähtien hyvinkin avoin tavoitteidensa suhteen. Suurin järkytys oli se, kuinka helposti lähipiiri, kuten ystävät ja työtoverit, ja valtio kääntyivät heitä vastaan. Monesti uudet natsien nimittämät nuoret professorit olivat innokkaasti ehdottamassa keinoja, jolla vanhoista professoreista päästäisiin eroon, jos heidän uskollisuutensa uudelle valtiolle oli vähääkään epäilyksenalaista. Juutalaisvainojen ensimmäinen vaihe, juutalaisten, poliittisten vastustajien ja muiden epäilyttävien hahmojen erottaminen kansalaisyhteiskunnasta, toteutettiin pääosin samanlaisten innokkaiden apureitten avulla. Sosiaalinen ulossulkeminen täydensi muuta oikeuksien rapautumista, jossa saksalainen *Rechtstaat* eli oikeusvaltio muuttui nopeasti aseeksi, jolla heitä uhattiin.²⁶

Tietysti vain osa professorikunnasta lähti aktiivisesti tukemaan natseja. Heille natsiaate oli paitsi henkilökohtainen vakaumus, myös mahdollisuus

²⁶ Tunnetuin esimerkki lienee Carl Schmitt, mutta ryhmä oli hyvin laaja.

edistää uraa. Osa taas pysytteli sivussa ja keskittyi työhönsä pyrkien välttämään puuttumista vainoihin. Vaikka tämä onkin nykykäsityksen mukaan pelkurimaista, se oli myös hyvin inhimillistä.

Eräs mielenkiintoinen hahmo oli Franz Wieacker, melkein 30 vuotta Schulzia nuorempi tutkija, joka oli vasta uransa alussa natsien tullessa valtaan. Hänen natsiajan tuotantonsa sisältää kummallisia yrityksiä sovittaa roomalaista oikeushistoriaa natsien teorioihin.²⁷ Hän pyrki natsipuolueen jäseneksi, mutta ei päässyt kuin alempiarvoiseen ”hangaround”-ryhmään.²⁸

Merkittävää Wieackerin ja eräiden muiden tapauksessa oli se, kuinka he sodan jälkeen yliopistolle palattuaan löysivät sisäisen demokraattinsa. Natsiajan kirjoista julkaistiin puhdistettuja toisia painoksia, ja he lähtivät etsimään paikkaansa uudessa Euroopassa. Kansallishenkisen Saksan sijasta poliittinen todellisuus oli itään ja länteen jakautunut Eurooppa, jossa länsi pyrki erottautumaan kommunistisesta diktatuurista.

Wieacker ja muut löysivät tähän tarkoitukseen vanhojen, maanpakoon ajettujen opettajiensa kirjoitukset eurooppalaisesta oikeudellisesta perinteestä ja ottivat ne uusiokäyttöön. Yksilön vapaus, demokratia ja oikeusvaltio olivat uuden ajan iskusanat. Roomalaisen oikeuden perinne, jossa poliittisista vaikutteista vapaa tieteellinen oikeus määrittelee lain tulkinnan, otettiin jälleen oikeusjärjestelmän alkumyytiksi.²⁹ Kansallishenkinen ja uskollisuutta poliittiselle järjestelmälle korostava natsiperinne unohdettiin, eikä siitä sen koommin puhuttu.

Näiden toisen vaiheen tutkijoiden kautta pystytäänkin seuraamaan kuinka eurooppalaisen oikeudellisen perinteen ajatus levisi ja miten siitä tuli yksi uuden Euroopan alkumyyteistä.

Koko prosessia ja sen johtopäätöksiä voidaan arvioida ideologisena hankkeena, jossa mennyt muokattiin uudelleen. Utooppisten yhteiskunta-teorioiden epäonnistumisesta viisastuneena tutkijat teorian takana lähtivät, tietoisesti tai tiedostamattaan, ensin muuttamaan käsitystä historiasta ja luomaan eräänlaisen vääjäämättömyyden vaikutelman koko kehityskululle

²⁷ Ks. esim. *Wieacker, Franz*: Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewußtsein. Leipzig 1944.

²⁸ *Kohlhepp, Rolf*: Franz Wieacker und die NS-Zeit. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 2005, s. 203–223. Samoin kuin itäblokin halitisevissa kommunistipuolueissa oli tapana, myös kansallissosialistisen puolueen jäseneksi liittyminen oli monivaiheinen prosessi.

²⁹ *Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1952. Wieackerin kaltaisia oikeuden eurooppalaisuuden historiatulkintoja on useita, mm. *Coing, Helmut*: Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft. Wiesbaden 1968; *Stein, Peter*: Roman law in European history. Cambridge 2005.

ja heidän tulkinnoilleen siitä. Uusi, epäkansallinen versio menneestä osui hedelmälliseen maaperään ja sai poliittista voimaa nationalististen liikkeiden henkisestä vararikosta toisen maailmansodan jälkeen ja uudesta kahtiajaosta vapaan ja kommunistisen Euroopan välillä. Oikeuden Euroopan myyttisen menneisyyden rakentaminen pohjautui 1800-luvun väittelyihin menneisyyden hyödyntämisestä oikeuden uudistuksessa. Ainakaan teorian muodostajat eivät langenneet samaan virheeseen kuin edeltäjänsä 1800-luvulla ja ryhtyneet etsimään menneisyydestä vastauksia yksityiskohtaisiin kysymyksiin, vaan pysyttelivät yleisellä kulttuurin ja sivistyksen kielen tasolla.

Teorian vastustajat käyttivät alun perin kansalliseen perinteeseen viittaavia argumentteja, ja viittasivat kansaan perinteen lähteenä ja kantajana. Eurooppalaisen perinteen luojat tunnetusti käänsivät tämän väitteen ympäri ja vetosivat perinteen pitkäkestoisuuteen todisteena sen olemassaolosta, palauttaen keskustelun samoihin lähtökohtiin kuin 1800-luvun väittely romanistien ja germanistien välillä Saksassa.

Yhteisen eurooppalaisen oikeudellisen perinteen teorian menestys on mittavissa siinä, kuinka paljon nykyinen oikeushistoriallinen tutkimus toistaa sen teleologisia lähtökohtia. On helposti nähtävissä, kuinka mielipiteitä esitetään esimerkiksi yhteisen eurooppalaisen oikeudellisen tulevaisuuden puolesta ja sitä vastaan, mutta hyvin harvoin yhteistä historiaa vastaan. Yhteisen historian teoria määrittelee keskustelun peruslähtökohtia hyvin tehokkaasti. Esimerkiksi on esitetty, että eurooppalainen oikeus voidaan yhdistää vain oikeustieteen kautta ja että eurooppalaisen oikeustieteen tulisi etsiä yhteisten juuriensa kautta avainta yhteiseen tulevaisuuteen.³⁰ Tai että yhteiset eurooppalaiset arvot ovat yhteisen historiallisen kokemuspohjan luomia, kaiken integraation ennakkoehto ja niillä on itsessään oikeudellista merkitystä.³¹ Jopa kriitikot seuraavat yhteisen menneisyyden teorian logiikkaa, väittäen Euroopan kulttuurisen moninaisuuden tekevän koko idean yhteisestä eurooppalaisesta oikeudesta mahdottomaksi.³² Huolimatta 1990-luvun suuresta innostuksesta eurooppalaisen oikeuden yhtenäistämi-

³⁰ *Van Caenegem, Raoul Charles*: European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia. New York and Cambridge 2002.

³¹ *Calliess, Christian*: Europe as Transnational Law. German Law Journal 2009, s. 1367–1382. Ks. myös *Joas, Hans – Wiegandt, Klaus*: The Cultural Values of Europe. Liverpool 2008.

³² *Légrand, Pierre*: A Diabolical Idea. Teoksessa Hartkamp, Arthur – Hesselink, Martijn et al. (eds.), Towards a European Civil Code (3rd ed.). Nijmegen 2004 s. 245 ss.; *Légrand, Pierre*: European legal systems are not converging. International and Comparative Law Quarterly 1996, s. 52–81.

seen on varsinainen integraatioprosessi ollut varsin hidasta. Syynä tähän on pidetty paljolti oikeudellisten ja moraalisten periaatteiden eroavaisuuksia.³³

Identiteetin rakentamisen kautta historiasta on tullut olennainen osa eri oikeusjärjestelmien perusteita.³⁴ Eurooppalaiset oikeuskulttuurit eivät tässä suhteessa ole poikkeavia, sillä niissäkin erilaisia perinteitä ja sukupuita esitetään vastaamaan eksistentiaalistiseen alkuperäkysymykseen. Vaikka 1800-lukua on perinteisesti pidetty ajanjaksona, jolloin kansallisvaltion identiteettiä rakennettiin erilaisten alkuperämyyttien kautta ja vastaavasti 1900-luvulla näitä myyttejä olisi purettu ja kansallisia itsetunnon ja yhteisyyden lähteitä arvioitu uudelleen, voidaankin väittää, että kansallisten myyttien purkamisen rinnalla rakennettiin uutta eurooppalaista perinnettä omine myyttisine elementteineen.³⁵

Nykytutkimuksessa yhteisen perinteen teoria on yleisesti ymmärretty puolueettomaksi ja hyväksytyksi tosiseikaksi ja sen kohtaama kritiikki on pääasiassa nationalistista laatua. Sen sijaan voidaankin osoittaa, kuinka monimutkainen ja monitasoinen prosessi tällaisen teorian luominen ja levittäminen on. Sen lisäksi, että kerrotaan unohtuneesta tarinasta tieteellisten vaikutteiden synnystä ja kehityksestä, se on myös tarina onnistuneesta tieteellisestä vallankumouksesta, jossa teorian tarjonta ja kysyntä kohtaavat. Teorialla oli kysyntää monin tavoin myös Euroopan ulkopuolella; ja olennainen osa tutkimusprojektia on selvittää, kuinka alkujaan lähinnä kansallinen aihe muuttui kansainväliseksi monimutkaisen prosessin kautta, jossa erilaiset tekijät kuten maanpakolaisuus, kieli ja kysyntä vaikuttivat.

Yksi syy, miksi yhteisen menneisyyden teoriaan ei ole toistaiseksi kohdistunut lähes lainkaan kriittistä tutkimusta, on se, että teoria itsessään on historiallinen tulkinta. Vaikka historialliset tulkinnat ovat itsessään avoimia kritiikille historiatiteen omin ehdoin, pyrkivät historian ja oikeustieteen kielet lähinnä avoimuuteen sisäistä kritiikkiä kohtaan, kun taas fundamentaalikritiikkiä on ollut vaikeampi hyväksyä. Tässä yhteydessä historiallinen

³³ *Zimmermann, Reinhard*: The Present State of European Private Law. *American Journal of Comparative Law* 2009, s. 479–511.

³⁴ *Bernstein, Richard B.*: The Founding Fathers Reconsidered. Oxford 2009.

³⁵ *Eriksen, Thomas Hylland*: Ethnicity and Nationalism. London 1993; *Nora, Pierre*: Between Memory and History. Teoksessa Nora, Pierre (ed.), *Realms of Memory: Rethinking the French Past*. New York 1996, s. 1–20; *Clark, Jonathan C. D.*: National identity, state formation and patriotism: the role on history in the public mind. *History Workshop Journal* 1990, s. 95–102. Nationalismista yleensä, ks. *Breuilly, John*: *Historians and the Nation*. Teoksessa Burke, Peter (ed.), *History and Historians in the Twentieth Century*. Oxford 2002, s. 55–87; *Ferro, Marc*: The use and abuse of history or how the past is taught. London 1984, s. vii–xi; *MacMillan, Margaret*: *The Uses and Abuses of History*. London 2009.

kertomus, joka kuvaa oikeuskulttuurin alkua ja perusteita, toimii lähinnä alkumyytin roolissa.³⁶ Tämä konstruktivistinen käsite korostaa, kuinka historiallisen taustan esittäminen perustuu tietoiseen valintaan ja haluun korostaa tiettyjä piirteitä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että historiallista perinnettä kuvaava kertomus olisi epätosi siten, että se voitaisiin paljastavalla kritiikillä osoittaa valheelliseksi. Vaikka modernin oikeuden itseymmärryksen on usein ajateltu perustuvan järkeen ja tieteellisyyteen, voidaan myös väittää, että modernin oikeuden arvovapaus ja positivismi on itsessään valinta, josta ei myöskään puutu kertomuksellisia tai myyttisiä elementtejä.³⁷ Alkukertomukset, kuten se, jota eurooppalaisesta oikeushistoriasta kerrottiin, ovat lähtökohtaisesti kertomuksia kuulumisesta ja identiteetistä. Ne kertovat, mihin kuvaannollinen ”me” kuuluu, mistä me olemme tulossa ja minne menossa.³⁸

Teoria yhteisestä eurooppalaisesta oikeuden perinteestä tarjoaa vastaavanlaisen väitteen jatkuvuudesta menneestä tulevaan. Vastaavanlaisia argumentteja löytyy eri oikeudenaloilta, kuten esimerkiksi teorit, jotka johtavat ihmisoikeusajattelun historian antiikista nykypäivään.³⁹

4 YHTEENVETO

Uudelleen löydetty perinne joka kertoi oikeudesta ja oikeustieteestä eurooppalaisuuden ytimenä saavutti suuren suosion kaikkialla Euroopassa, ja Euroopan yhdentymisen myötä sille oli entistä suurempi poliittinen tilaus. Liberaali oikeudellinen perinne, joka juontaa juurensa Roomasta asti, on yhä selvemmin omaksuttu ympäri Eurooppaa tietynlaiseksi yhdistäväksi kertomukseksi.

Kiintoisaa tässä muutoksessa on se, kuinka joustavasti yksi kertomus korvautuu toisella. Kertomukset menneestä ja perinteestä toimivat tietynlai-

³⁶ *Waddell, John*: Foundation Myths. Wicklow 2005; *Carr, David*: Narrative and the Real World: An Argument for Continuity. Teoksessa Fay, Brian et al. (eds.), *History and Theory: Contemporary Readings*. Oxford 1998, s. 137: ”Narrative is not merely a possibly successful way of describing events; its structure inheres in the events themselves.”

³⁷ *Fitzpatrick, Peter*: The Mythology of Modern Law. London 1992.

³⁸ *Anderson, Benedict*: Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism. London 1991.

³⁹ *Honoré, Tony*: Ulpian: Pioneer of Human Rights. Oxford 2002; *Giltaij, Jacob*: Mensenrechten in het Romeinse Recht. Nijmegen 2011.

sina identiteetin rakennuspaloina, joihin vedotaan haluttaessa väittää jotain nykyisyydestä ja erityisesti tulevasta.

Natsiajan tutkijat korostivat kansallishenkistä saksalaisuutta ja kansan luonteen mukaista oikeudellista perinnettä, mihin liittyi vahvasti ajatus siitä, että tulevaisuuden oikeuden tulee olla arjalaista ja kansallishenkistä. Sen sijaan eurooppalaisen oikeuden luoja korostivat yhteistä eurooppalaista perinnettä, jolla luotiin jatkumoa yhteiselle eurooppalaiselle tulevaisuudelle.

Eurooppalaisen oikeusperinteen jatkumoa korostavaa teoriaa voidaan tarkastella konstruktiona, jolla oli erilaisia tarkoituspäitä. Konstruktivistisen lähtökohdan tarkoitus on nostaa teorian eri osat keskustelun kohteeksi ja hälventää luontaisen kehityskulun illuusiota, joka on teorian menestyksen olennainen tekijä. Teoriaa on käytetty eräänlaisena universalistisena mallina, mutta tutkimuksen tavoitteena on erottaa myöhempi käyttö teorian muotoilijoiden alkuperäisestä tarkoituksesta. Tämä myöhempi kehityskulku muutti teorian, joka oli alkuperäisessä muodossaan ajateltu vapauden ja oikeuden puolustukseksi totalitarismia vastaan, myöhemmin eräänlaiseksi vääräksi universalismiksi. Euroopan vapauden puolustuksesta tuli imperiumin universalismin puolustus, joka ei hyväksynyt muita vaihtoehtoja eurooppalaiselle liberaalille demokratialle.⁴⁰ Puhtaan dekonstruktion ja paljastuksen draaman sijaan on hyödyllisempää herättää keskustelua siitä, mitä eurooppalaisuus oikeudessa merkitsee. Euroopan oikeuden juurien radikaalin uudelleenarvioinnin avulla eurooppalainen identiteetti ja perinne voidaan nähdä prosesseina, joista on erotettavissa tarkoituksia, motiiveja, poliittisia taustoja ja inhimillisiä vaikuttimia.

Teoria oli loppujen lopuksi alkujaan vain joukko sekalaisia huomioita ihmisiltä, jotka oli erotettu viroistaan parialuokan edustajina. Kuitenkin se nousee uudestaan esiin toisen maailmansodan jälkeen – osittain samojen ihmisten toimesta, jotka olivat erottamassa alkuperäisiä kirjoittajia viroistaan. Siksi sen menestys menneisyyden uudelleen muovaamisessa oli hyvin epätodennäköistä. Tietysti taustalla oleva historiallinen kehitys oli varsin monitahoinen, ja siinä olennaisiksi tekijöiksi paljastuivat sattuma, tuuri, poliittinen sekä oikeudellinen tarve ja kova työ.

Teoria Euroopan yhteisestä oikeudellisesta perinteestä levisi nopeasti toisen maailmansodan jälkeen yhdessä poliittisen yhdentymisen kanssa. Onnistuneesta ajoituksesta huolimatta teorian menestyksen takana oli myös joukko tieteellisiä tekijöitä, lähtien siitä, kuinka korkealaatuiseen

⁴⁰ Pagden, Anthony: Introduction. Teoksessa Pagden, Anthony (ed.), *The Idea of Europe*. Cambridge 2002, s. 11.

tutkimukseen se nojasi ja kuinka maineikkaita tutkijoita oli sen takana. Teorian leviämiseen vaikuttivat myös pääteksteistä tehdyt käännökset, kuten Koschakerin Eurooppa-kirjan kääntäminen⁴¹ sekä lukuisat tutkimukset jotka perustuivat samoihin lähtökohtiin ympäri Eurooppaa. Kriittisenä tekijänä voidaan pitää kirjallisuuden julkaisemista englanniksi, mikä auttoi sitä leviämään perinteisten keskieuropalaisyhteisöjen kanavien ulkopuolelle. Teorian vakiintumiselle oli merkittävää myös eurooppalaisen oikeushistorian Max Planck -instituutin perustaminen Frankfurtiin vuonna 1964 Coingin johdolla.

Vaikka uudelle yleisölle kirjoittaminen johtikin perinteisten kaavojen ja kansallisten konventioiden ja perinteiden kyseenlaistamiseen, yhteisen oikeudellisen perinnön teorian muotoilijat näkivät Euroopan melko kapeasti roomalais-germaanisena oikeusjärjestyksenä perustuen suurimpien maiden, kuten Saksan, Ranskan ja Italian, historialliseen kokemukseen. Teorian menestystä ja jälkivaikutusta voi arvioida helposti katsauksella merkittävimpiin alan oppikirjoihin, jotka liki poikkeuksetta noudattavat teoriaa.⁴² Vaikka alkuperäiset teorian kehittäjät, kuten Koschaker ja Coing, johtivat eurooppalaisen yhteisen perinnön syntykehityksen roomalaisen oikeuden leviämiseen,⁴³ myöhemmät roomalaisen oikeuden tutkijat ovat nähneet tässä kehityskulussa nykyisiä oikeusjärjestelmiä yhdistävän tekijän ja sitä kautta jaetun oikeudellisten traditioiden ytimen.⁴⁴ Teorian vaikutus on muutenkin levinnyt laajalle alkuperäisestä kontekstistaan ja sillä on vaikutusvaltaisia tutkijoita niin Euroopassa kuin Pohjois-Amerikassa, kuten Riccardo Orestano, Peter Stein, Harold Berman, Reinhard Zimmermann, Raoul van Caenegem, Emilio Gabbia, Tomaz Giaro ja David Johnston.

Teorian kriitikot nykytutkimuksessa ovat varsin vähälukuisia. Päänimet ovat Pier G. Monateri ja Douglas Osler, jotka ovat väittäneet yhteisen oikeudellisen menneisyyden teorian olevan vain nimellisesti eurooppalainen kertomus, joka itse asiassa jättää huomiotta suurimman osan oikeustieteellisestä kirjallisuudesta. Tästä johtuen se olisikin vain yltyöpäisen kunnianhimoinen

⁴¹ *Koschaker, Paul*: Europa und das römische Recht (4th ed.). München 1966.

⁴² *Stein* 2005.

⁴³ *Coing, Helmut*: Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft. Wiesbaden 1968.

⁴⁴ *Johnston, David*: The Renewal of the Old. Cambridge Law Journal 1997, s. 80–95; *Mazzacane, Aldo*: "Il leone fuggito dal circo": Pandettistica e diritto comune europeo. Index 2001, s. 97–111; *Vari, Massimo*: Diritto romano "ius commune" europeo. Index 2002, s. 183–185; *Zimmermann, Reinhard*: Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today. Oxford 2001.

yleistys, joka perustuu tapahtumiin Saksassa ja sen lähiympäristössä.⁴⁵ Suurin osa Euroopasta on tämän teorian ulkopuolella, ja teoria jättää alueet, joihin teoria ei sovellu, pääasiassa huomiotta mielenkiinnottomina periferioina. Tämä perustavanlaatuinen kritiikki siitä, että teoria kattaa vain pienen osan eurooppalaisesta perinteestä, on tietysti historiallisessa mielessä täysin totta, mutta teoriaa onkin jokseenkin turhaa arvioida pelkästään historiallisen totuudellisuuden perusteella. Teorian pääasiallinen käyttötarkoitus ei ollut puhdas historiallinen analyysi, vaan lähinnä näkemyksen esittäminen siitä, mikä olisi oleva Euroopan oikeuden tulevaisuus.

⁴⁵ *Osler, Douglas*: The Myth of European Legal History. *Rechtshistorisches Journal* 1997, s. 393–410.