SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 191

Kevät Nousiainen

PROSESSIN HERRUUS

Länsimaisen oikeudenkäytön
'modernille' ominaisten
piirteiden tarkastelua ja
alueellista vertailua

With an English Summary

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 191

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 191

KEVÄT NOUSIAINEN

PROSESSIN HERRUUS

Länsimaisen oikeudenkäytön 'modernille' ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua

With an English Summary

HELSINKI 1993

PROSESSIN HERRUUS

Länsimaisen oikeudenkäytön 'modernille' ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua

KIRJOITTANUT
KEVÄT NOUSIAINEN
OIKEUSTIETEENLISENSIAATTI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III keskiviikkona 19 päivänä toukokuuta 1993 kello 12

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

© 1993 Suomalainen Lakimiesyhdistys
ja Kevät Nousiainen

ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 951-855-126-X sid. (kovakantinen)
ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)
ISBN 978-951-855-658-2 (PDF)

Gummerus Kirjapaino Oy Jyväskylä 1993

Äitini muistolle

ESIPUHE

Tutkimustyö tuottaa tekijälleen etupäässä iloa. Väitöskirjatyöhöni liittyviä ponnisteluja muistan yleensä mielihyvällä. Kirjan viimeisteleminen on sen raskain vaihe, ja on vapauttavaa päättää se esipuheeseen. Ilman yliopistoyhteisöä työn miellyttävät vaiheet eivät olisi olleet yhtä innostavia, puhumattakaan tylsemmistä.

Saan kiittää oikeuden laitoksen aikaisempaa ja nykyistä esimiestä, professori Heikki Ylikangasta ja professori Paavo Uusitaloa, heidän työni edistämiseksi antamastaan panoksesta sekä pitkämielisyydestä 'oikeuden yleistieteisiin' tukeutunutta tutkimushankettani kohtaan. Kumpikin heistä on aktiivisesti vaikuttanut siihen, että tutkimuksen tekemiseen ylipäänsä tarjoutui Suomen Akatemian avulla mahdollisuus.

Professori Thomas Wilhelmssonia kiitän ripeästä ja asiantuntevasta ohjauksesta. Väitöskirjani esitarkastajat, apulaisprofessori Lars D. Eriksson, apulaisprofessori Ahti Laitinen ja professori P.-O. Träskman esittivät kannustavaa kritiikkiä uskomattoman tehokkaasti ja nopeasti; lämmin kiitokseni.

Väitöskirjan tekemisen riemua lisää ratkaisevasti sen tekeminen hyvässä seurassa. Minulla on ollut onni päästä mainioon työyhteisöön, jonka useat tutkijat ovat tavalla tai toisella edistäneet työni valmistumista. Vastaväittäjäkseni lupautuneen professori Kaarlo Tuorin johdolla toiminut piiri innosti yleisiin oikeusteorian kysymyksiin. Apulaisprofessori Jukka Kekkonen luki käsikirjoitukseni huolella ja antoi hyviä vihjeitä 1800-luvun historian tulkinnoista. Dosentti Pia Letto-Vanamon ja OTL Heikki Pihlajamäen kanssa olen voinut hyödykseni keskustella prosessioikeuden historiasta. Muut oikeuden yleistieteiden laitoksen tutkijat ovat epäsuoremmin tuoneet valaistusta tutkijan elämään - kiitokset teille, rakkaat työtoverit.

Tieteellinen elämä olisi köyhää ilman niitä epävirallisia 'piirejä', joissa käydään tieteen kentän jännittäviä keskusteluja. Epävirallinen

tiedeyhteisö tekee mahdolliseksi synteesit, joita tiukkaan tieteenalojen klassifiointiin perustuva virallinen tiedeyhteisö ei yllä. Etenkin tieteen teoria, klassikot ja naiseus ovat vetäneet minulle tärkeitä tutkijaryhmiä yhteen. Lehtien toimittaminen ja tieteelliset yhdistykset auttavat myös tallaamaan tieteellisiä raja-aitoja. Olen kiitollinen teille kaikille, joiden kanssa olen näin tullut tutuksi ja usein ystävystynyt.

Erilaisten teknisten pulmien yllättäessä olen saanut tehokasta ja useimmiten ystävällistäkin apua toimituspäällikkö Ilkka Nousiaiselta. OTK Kristina Kehrävuo on uutterasti avustanut minua tietojen keruussa, mistä heille kiitokset.

Taloudellista tukea minulle antoi Suomen Akatemia ja Suomen Kulttuurirahasto. Suomalainen Lakimiesyhdistys hyväksyi teokseni kirjasarjaansa. Kiitän saamastani tuesta.

Mieheni Ilkka Nousiainen on aina ymmärtänyt mielitekoni tieteen tekemiseen ja sietänyt senkin, että työ ajoittain ahdisti ja vei kaiken ajan. Oikean laatuinen perhe on tutkijan paras tuki, ja tässä suhteessa onni on ollut minulle myötäinen. Toivottavasti voin toimia vastavuoroisuuden periaatteella; 'siis nyt anteeks antakaa, toiste näätte parempaa'.

Oikeuden yleistieteiden laitoksella pääsiäissunnuntaina 1993

Kevät Nousiainen

SISÄLTÖ

ESIPUHE I

SISÄLTÖ III

KIRJALLISUUS JA LÄHTEET VI

LYHENTEET XL

I ALUKSI 1

II MODERNI OIKEUS, TUOMIOVALTA JA OIKEUDENKÄYTTÖ 10

1. Modernin oikeuden ideaalityyppi 10
   - 1.1. Max Weberin moderni oikeus - evoluution kiintopiste 11
   - 1.2. Mitä ideaalityyppi on 18
   - 1.3. Weberin modernin oikeuden legitimiteetti 23
   - 1.4. Modernin oikeuden ideaalityyppi 26
2. Valistuksen perintö: positiivinen ja yhtäläinen oikeus 31
   - 2.1. Moderni valtio - suvereenin lainsäädäntövalta 32
   - 2.2. Kodifikaatiot ja common law modernin kynnyksellä 38
3. Julkinen ja yksityinen - valtio ja yhteiskunta 43
   - 3.1. Julkisoikeus ja yksityisoikeus 44
   - 3.2. Sosiaalisen yhteiskunnan synty 49
   - 3.3. Kansallisvaltio 58
   - 3.4. Liberalismi, republikanismi, etatismi 61
   - 3.5. Tuomiovallan yhteiskunnallinen paikka 68
   - 3.6. Ranska ja Yhdysvallat - kaksi vallankumousta 76
   - 3.7. Saksa - modernin kansallisvaltion ongelma 88
   - 3.8. Tuomiovalta ja virkavalta Saksassa 93
   - 3.9. Yksityisen ja julkisen raja ja tuomari 109
4. Lakimieskunta ja tuomari modernissa oikeudessa 119
   - 4.1. Anglosaksinen lakimieskunta 120
   - 4.2. Saksalainen lakimieskunta 135
5. Oikeustiede systeeminä 146
   - 5.1. Esimoderni oikeuden systematisointi ja tulkinta 147
   - 5.2. 'Systeemi' ja moderni epistemologia 157
   - 5.3. Kantin kriittinen filosofia 162

5.4. Kantin Oikeusoppi ja oikeuden tiede 171
5.5. Saksalaisen oikeustieteen formaali rationaalisuus 176

III MODERNI OIKEUDENKÄYTTÖ 189

6. Kaksijakoinen prosessi - normit ja faktat 189
6.1. Historiallisen koulun 'germaaninen prosessi' 191
6.2. Inkvisitioprosessi skolastikkojen doktriinissa 198
6.3. Legaalisen todistelun säännöt lainopissa 201
6.4. Kidutus inkvisitioprosessissa 205
6.5. Inkvisition vakiintuminen Saksassa 207
6.6. Kuulustelu, suullisuus ja läsnäolo inkvisitiossa 210
6.7. Common law-prosessi ja jyry 213
7. Modernin prosessin narratiivinen tekniikka 218
7.1. Realismin konventiot ja englantilainen empirismi 222
7.2. Jury-prosessin sääntöjen modernisoiminen 227
7.3. Jeremy Bentham ja todistelun epistemologian eksplikointi 234
7.4. Kidutuksen kieltäminen mannermaalla 243
7.5. 'Poliisi' ja tuomarin vakaumus 247
7.6. Valistus ja tuomarin vakaumus 250
7.7. Asianosaisen vala rikosprosessissa 254
7.8. Jury ja moderni prosessi Keski-Euroopassa 256
8. Siviiliprosessi absolutismista moderniin 266
8.1. Oikeudenkäytön nopeuttaminen ja tuomioistuimen valta 270
8.2. Saksalainen siviiliprosessioppi 276
8.3. Siviiliprosessin herruus, todistelu ja prosessinjohto 281
8.4. Ranskalainen siviiliprosessi saksalaisessa oikeudessa 285
8.5. Vahvan valtion siviiliprosessioikeus 289

IV KÄSITTEELLISESTÄ HISTORIALLISEEN 299

V RUOTSALAINEN ESIMODERNI PROSESSI 309

9. Ruotsalainen prosessi ennen kodifikaatiota 309
9.1. Varhainen prosessi 1800-luvun oikeushistoriassa 309
9.2. Käräjistä hovioikeuteen 318
9.3. Lainoppi ja roomalainen oikeus 329
9.4. Prosessin herruus keskiajalta 1734 vuoden lakiin 332
10. 1734 vuoden lain mukainen prosessi 345
10.1. 1734 vuoden laki ja 1700-luvun yhteiskunta 345
10.2. 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaari 357
10.3. Oikeudenkäytön nopeuttaminen 361
10.4. Lainoppi ja virka 374
10.5. Lainoppi ja prosessi 1700-luvun Ruotsissa 376
10.6. Siviili- ja rikosprosessi 1734 vuoden lain mukaan 385
10.7. Siviiliprosessi kirjallisena ja keskusteluna 389

10.8. Rikosprosessi inkvisitiona 396
VI SUOMALAISEN PROSESSIN MODERNISOITUMINEN 407
11. Modernisoimisen lähtökohdat 407
11.1. Modernin vai kansallisen projekti 407
11.2. Eliitti, siviilibyrokratia ja lainopin opetus 417
11.3. Suomalainen lainoppi autonomian ajan alkupuolella 425
11.4. Byrokraattinen esivaltavaltio 429
11.5. Mistä oikeuslaitoksen modernisoimisen esikuva 431
11.6. Kieli politiikan ja oikeuden kysymyksenä 440
11.7. Hallinto ja talonpojat 443
12. Tuomiovalta uudistajien ajattelussa 452
12.1. Snellman: valtio, kansalaisyhteiskunta ja tuomiovalta 453
12.2. K. G. Ehrström: oikeuslaitoksen työnjako 466
13. Yhtäläisen ja nopean prosessin tavoite 472
13.1. Oikeudenkäytön yhtenäistäminen 473
13.2. Elinkeinovapaus, luottosuhteet ja oikeudenkäyttö 478
13.3. Lainkäytön nopeuttaminen ja tuomarien palkkaus 491
13.4 'Pysyvät kihlakunnanoikeudet' 493
13.5. Rahoituskiista 496
14. Suomalainen tieteellinen prosessioikeus 508
14.1. Tieteellinen prosessioikeus ja siviiliprosessin herruus 508
14.2. Wreden todistelua koskeva oppi 521
15. Kokonaisuudistusehdotukset 534
15.1. Osittaisuudistukset ja oikeuskäytännön muutokset 534
15.2. Uudistuksen 'avoimet kysymykset' juristien pohdittavina 537
15.3. Wreden komitean ehdotukset 539
15.4. Uudistusehdotusten pitkä marssi 556
VII LOPUKSI 570
SUMMARY 583

KIRJALLISUUS JA LÄHTEET

1 KIRJALLISUUS

Abel, Richard L. (toim.): The Politics of Informal Justice 1. The American Experience. New York ym. 1982.

Abel, Richard L. (toim.): The Politics of Informal Justice 2. Comparative Studies. New York ym. 1982

Abel-Smith, Brian ja Stevens, Robert: Lawyers and the Courts. A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965. Heineman Educational Books 1967

Afzelius, Ivar: Om parts ed såsom processuelt institut. Upsala 1879

Alapuro, Risto: State and Revolution in Finland. Berkeley ym. 1988

Alavuotunki, Jouni: Miten J. V. Snellman suhtautui Venäjään suuren ulkomaanmatkansa aikana 1839-1842. Teoksessa Heikki Viitala (toim.): Snellman, valtakunta ja keisarikunta. Jyväskylä 1990, 7-17

Almquist, Jan Eric: Johan Stiernhöök - vår första rättshistoriker. Rättshistoriska studier II. Lund 1958

Alschuler, Albert W.: The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century. Teoksessa Eric H. Monkkonen (toim.): Courts and Criminal Procedure. Crime & Justice in American History. Westport 1991, 46-68

Alschuler, Albert W.: Plea Bargaining and Its History. Teoksessa Eric H. Monkkonen (toim.): Courts and Criminal Procedure. Crime & Justice in American History. Westport 1991, 3-45

Althusser, Louis ja Balibar, Etienne: Att läsa kapitalet I-II. Stockholm 1970

Altick, R. D.: The English Common Reader: A social History of the Mass Reading Public, 1800-1900. Chicago and London 1957

Anderson, Benedict: Imagined Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism. London 1983

Anderson, Perry: Lineages of the Absolutist State. Thetford 1974

Andresjki, S. L.: Understanding, Action and Law in Max Weber. Teoksessa Podgorecki, Adam ja Christopher J. Whelan (toim.): Sociological Approaches to Law. London 1981

Andrini, Simona: Huizinga et le droit: le procés et le jeu en Italie. Droit et societe 17-18 (1991), 25-36

Arendt, Hannah: The Human Condition. The University of Chicago Press. Chicago ym. 1958

Atkinson, J. Maxwell, Heritage, John (toim.) Structures of Social Action: Studies in Concersation Analysis. Cambridge 1984

Autio, Veli-Matti: Yliopiston virkanimitykset 1809 - 1852. Suomen historiallisen seuran Historiallisia tutkimuksia 115. Helsinki 1981

Backman, Eero: Rikoslaki ja yhteiskunta I. Helsinki 1976

Baker, J. H.: The English Legal Profession 1450-1550. Teoksessa Prest, Wilfrid (toim.): Lawyers in Modern Europe and America. Croome Helm 1981

Baker, J. H.: An Introduction to English Legal History. London ym. 1990

Baker, John: Criminal Courts and Procedure at Common Law, 1550-1800. Teoksessa J. S. Cockburn: Crime in England 1550-1800. Princeton 1977

Baker, Keith Michael: Representation. Teoksessa K. M. Baker (ed.): The French Revolution Vol. 1. Oxford ym. 1987, 469-492

Bar, Carl Ludwig von: A History of Continental Criminal Law. New York 1968 (1916)

Beattie, J. M.: Crime and the Courts in England 1660-1800. Clarendon Press. Oxford 1986

Beccaria, Cesare: Über Verbrechen und Strafen. Frankfurt am Main 1988

Beetham, David: Max Weber and the Theory of Modern Politics. London 1974

Benjamin, Walter: Illuminations. London 1970

Bentham, Jeremy: Rationale of Judicial Evidence I-V. Specially Applied to English Practice. London 1827

Bergh, Edw.: Neuwonantaja Laki-asioissa joka miehelle. Helsinki 1884

Björne, Lars: Oikeusjärjestelmän kehityksestä. Vammala 1979

Björne, Lars: Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert. Ebelsbach Gremer 1984

Björne, Lars: Matthias Calonius och Olof Rabenius. JFT 122 (1986) 5, 303-332

Björne, Lars: Nordische Rechtssysteme. Ebelsbach 1987

Björne, Lars: Nordisk rättskällelära: studier i rättskälleläran på 1800-talet. Lund 1991

Blackbourne, David: Populists and Patricians. Essays in Early Modern German History. London 1977

Blackbourne, David ja Eley, Geoff: The Pecularities of German History: Bourgeois Society and Politics in Nineteenth-Century Germany. Oxford ja New York 1984

Bloch, Marc: Feudal Society. London 1961

Blom, Raimo: Luottamus oikeuslaitokseen eräissä väestöryhmissä. Tampereen yliopiston Tutkimuslaitos. Monistesarja 45: 1968

Blom, Raimo: Perustietoja suomalaisten oikeuslaitosta ja lakia koskevista käsityksistä. Tampereen yliopisto. Oikeustieteen laitoksen monistesarja 1: 1968

Blomstedt, Yrjö: Laamannin- ja kihlakunnantuomarinvirkojen läänittäminen ja hoito Suomessa 1500- ja 1600-luvuilla (1523-1680). Helsinki 1958

Blühdorn, J. ja Ritter, J. (Hg.): Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert. Studien zur Philosophie und Litteratur des 19. Jahrhunderts. Frankfurt am Main 1969

Bonsdorff, Gabriel von: Stor-furstendömet Finlands kameral-lagfarenhet, systematiskt framställd I-III. Helsingfors 1833

Botein, Stephen: The Legal Profession in Colonial North America. Teoksessa Prest, Wilfrid (toim.): Lawyers in Modern Europe and America. Croome Helm 1981

Bourdieu, Pierre: La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. Actes de la reserche en sciences sociales 64 (1986), 3-19

Braudel, Fernand: On History. Chicago 1980

Braudel, Fernand: The Structures of Everyday Life. The Limits of the Possible. Frome ym. 1988

Brooks, C. W.: The Common Lawyers in England, 1558-1642. Teoksessa Prest, Wilfrid (toim.): Lawyers in Modern Europe and America. Croome Helm 1981

Brooks, Colin: England 1782-1832: the historical context. Teoksessa Stephen Prickett (toim.): The Romantics. The Context of English Literature. London 1980

Broomé, G.: Allmänna civilprocessen enligt svensk gällande rätt. Andra upplagan. Lund 1890

Bruch, Rüdiger von: Universitätsreform als soziale Bewegung. Geschichte und Gesellschaft 10 (1984), 72-91

Brunner, H.: Die Entstehung der Schwurgerichte. Berlin 1872

Brunner, Heinrich: Deutsche Rechsgeschichte I. Leipzig 1887

Brunner, H.: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. München und Leipzig 1912

Brusiin, Otto: Vexionius-Studien I: Grundsätzliches zur Rechtswissenschaft. Turku 1968

Bruun, Niklas: Kollektivavtalet och rättsideologi. Vammala 1979

Büllinger, Martin: Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung. Stuttgart 1968

Bülow, Oskar: Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen. Giessen 1868

Bülow, Oskar: Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Archiv für die civilistische Praxis 62 (1879), 1-96

Bülow, Oskar: Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.

Bülow, Oskar: Das Geständnisrecht. Freiburg 1899

Bülow, Oskar: Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess. Berlin 1903
Burke, Edmund: Reflexions sur la revolution de France. Paris 1819 (1790)
Burrow, J. W.: Johdanto teokseen von Humboldt, Wilhelm von: The Limits of State Action. Cambridge University Press 1969
Burton, Frank ja Carlen, Pat: Official Discourse. On discourse analysis, government publications, ideology and the state. London ym. 1979
Bähr, Otto: Der Rechtstaat. Eine publicistische Shizze. Aalen 1961 (1864)
Caenagem, Raoul C. van: The Birth of the English Common Law. Cambridge 1973
Caenagem, Raoul C. van: Methods of Proof in Western Medieval Law. Meddedelingen vande Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Lederen cun schoene Kunsten vas Belgie, Academia Analecta 45 (1983), 85-127
Caenagem, Raoul C. van: Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History. Cambridge ym. 1988
Calonius, Matthias: Dissartatio Juridica, de elicienda in foro criminali reorum confessione. Mathiae Calonii Opera omnia, Holmiaeae II 1830, 257-307 (1790)
Calonius, Matthias: En kort Anvisning til de allmännaste Grunderne för Krigs-Lagar. Opera Omnia III, Holmiae 1833, 1-94
Calonius, Matthias: Om Rättigheten att utbekomma omröstnings Protocoller vid Domstolar. Opera Omnia III, Holmiae 1833, 95-102
Calonius, Matthias: Siviilioikeuden luennot. Helsinki 1946 (ennen v. 1810)
Cameron, Iain A.: Crime and Repression in the Auvergne and the Guyenne 1720-1790. Cambridge University Press, Cambridge ym.
Cappelletti, Mauro: Trends of "Procedural Justice" in Contemporary Europe. Teoksessa Arthur Kaufman ym. (Hr.): Rechtstaat und Menschenwürde. Frankfurt am Main 1988, 1-73
Cappelletti, Mauro: The Judicial Process in Comparative Perspective. Oxford 1989
Carlquist, Z. B. E.: Studier i den äldre svenska bevisrättens utveckling med särskild hänsyn till institutet erkännande. Lund 1918
Carlyle, Thomas: Sartor Resartus. Ed. Perry McSweney ja Peter Sabor. Oxford ym. 1987
Cazamian, Louis: The Social Novel in England 1830-1850. Dickens Disraeli Mrs. Gaskell Kingsley. London and Boston 1973 (1903)
Chydenius, Anders: Politiska skrifter. Med en historisk inledning af E. G. Palmén. Helsingfors 1880
Coing, H.: Römisches Recht in Deutschland. Milano 1964
Coing, H.: Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Frankfurt am Main 1967
Coing, Helmut: Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Jhering. Teoksessa Blühdorn ja Ritter 1969

Coing, Helmut: Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht". Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht. Bd. I, Frankfurt am Main 1982

Coing, Helmut: Europeisches Privatrecht 1500 bis 1800 I. Älteres Gemeines Recht. München 1985

Collin, H. S. ja Schlyter, C. J.: Om Förberedelserna til Corpus Juris Sveogothorum eller en Samling af Sveriges Äldre Lagar. Svea, Tidskrift för vetenskap och konst 6 (1823), 156 ss.

Conrad, Hermann: Richter und Gesetz im übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat. Graz 1971

Conze, W. ja Kocka, J. (Hg): Bildungsbürgertum im 19. Jahrhundert I. Stuttgart 1985, 9-27

Crowther, Paul: The Kantian Sublime. From Morality to Art. Oxford 1989

Danet, Brenda: Language in the Legal Process. Law & Society Review 14 (1980) 3, 445-564

Davies, Wendy ja Fouracre, Paul (ed.): The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe. Cambridge University Press 1986

Defoe, Daniel: Robinson Crusoe. Oxford University Press 1981

Defoe, Daniel: A Journal of the Plague Year. Louis Lande (toim.). Oxford University Press 1990

Deleuze, Gilles: Neljä poliittista muotoilua, jotka saattaisivat koota yhteen kantilaisen filosofian. Teoksessa Gilles Deleuze: Autio maa. Gaudeamus 1992, 68-74

Deppermann, Klaus: Der preussische Absolutismus und der Adel. Ein Auseinandersetzung mit der marxistischen Absolutismustheorie. Geschichte und Gesellschaft 8 (1982) 4, 538-557

Derrida, Jacques: Of Grammatology. Baltimore ym. 1976

Descartes, René: Discourse on Method of Properly Conducting One's Reason and Seeking the Truth in the Sciences. Bungay 1968

Dicey, A. V.: Lectures in the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century. London 1962

Dickens, Charles: Bleak House. Harmondsworth 1971

Diffey, T. J.: The roots of imagination: the philosophical context. Teoksessa Prickett, Stephen (toim.): The Context of English Literature: The Romantics. London 1981

Dilcher, Gerhard: Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie LXI/4 1975, 497-528

Donajgrodzki, A. P.: Social Police and the Bureaucratic Elite, a Vision of Order in the Age of Reform. Teoksessa Donajgrodzki, A. P.: Social Control in Nineteenth Century Britain. Towbridge ym. 1977

Duff, Peter ja Findlay, Mark: The Jury in England: Practice and Ideology. International Journal of the Sociology of Law 10 (1982), 253-265

Dukes, Paul: Catharine the Great's Instruction (Nakaz) to the Legislative Commission. Teoksessa Russia under Catharine the Great II. Massachusetts 1977

Duman, Daniel: The English Bar on the Georgian Era. Teoksessa Prest, Wilfrid (toim.): Lawyers in Modern Europe and America. Croome Helm 1981

Duman, Daniel: The Judicial Bench in England 1727-1875. London Royal Historical Society, London 1982

Dumont, H.: Traités de législation civile et pénale. Paris 1802

Durkheim, Emile: The Division of Labour in society. Hong Kong 1984

Ehrström, Erik: Öfversikt af det finska skråväsendets historia. JFT 11 (1875), 342-350

Ehrström, G.: Magistraterne i Finlands större städer. JFT 11 (1875), 342-350

Ehrström, Karl Gustaf: Om företrädet emellan ackusations- och inquisitions-förfarandet i brottmålsprocessen. Helsingfors 1854

Ellilä, Tauno: Liike-elämä ja uusi todistusoikeus. Helsinki 1949

Ellilä, Tauno: Tuomarin pätevyysvaatimuksista. Vammala 1970

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabeticher Bearbeitung. Herausgegeben under Mitwirkung vieler Rechtsgelehrter von Dr. Franz von Holzendorff, I-III. Leipzig 1881

Eräsaari, Risto ja Rahkonen, Keijo: Työväenkysymyksestä sosiaalipolitiikkaan: Yrjö-Koskisesta Heikki Warikseen. Helsinki 1975

Forström, Fredrik: Något om domstols protokoll och domar. JFT 22 (1886), 156-188

Febvre, Lucien ja Henri-Jean Martin: The Coming of the Book. Thetford 1984

Federley, Berndt: R. A. Wrede. Lantdagsmannen och rättskämpen 1877-1904. Borgå 1958

Fellman, N. J.: Några ord angående tingsgästningen. JFT 10 (1874), 131-157

Feuerbach, Anselm von: Betrachtungen über das Geschworenengericht. Landshut 1813

Feuerbach, Anselm von: Betrachtungen über das Geschworenen-Gericht, 1815

Feuerbach, Anselm von: Kleine Schriften vermischten Inhalts. Nürnberg 1833

Feuerbach, Paul Johann Anselm von: Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Aalen 1969 (1821-25)

Fitzroy, Herbert W. K.: The Punishment of Crime in Provincial Pennsylvania. Teoksessa Monkkonen 1991, 69-96

Forsman, Jaakko: Suomen lainsäädännön historia. Sen pääpiirteet. Edellinen osa. Helsinki 1896

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts I. München und Berlin 1966

F(orström, Fred.): Huru det kan bli lättare att skriva finskt memorial protokoll. JFT 18 (1882), 210-217

Foucault, Michel: Tarkkailla ja rangaista. Keuruu 1980

Foucault, Michel: Power/Knowledge. Ed. Colin Gordon. Brighton 1980

Foucault, Michel: The Archaeology of Knowledge. Bristol 1981

Foucault, Michel: The Order of Things. An Archeology of the Human Sciences. London ja New York 1989

Frank, Jerome: Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice. Princeton 1949

Friedeburg, Robert von: Dörfliche Gesellschaft und die Integration sozialen Proteste durch Liberale und Konservative im 19. Jahrhundert. Geschichte und Gesellschaft 17 (1991); 311-343

Föllesdal, Dagfinn: Fenomenologia analyyttisen filosofian ja eksistentialismin siteenä. Teoksessa Jaakko Hintikka ja Lauri Routila (toim.): Filosofian tila ja tulevaisuus. Tapiola 1970, 30-44

Gagnér, Sten: Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung. Uppsala 1960

Garland, David: Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory. Oxford 1990

Gaunt, David: Utbildning till statens tjänst. En kollektiv biografi av stormaktstidens hovrättsauskultanter. Uppsala 1975

Giddens, Anthony: Yhteiskuntateorian keskeisiä ongelmia. Keuruu 1984

Gierke, Otto von: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. (1889) Teoksessa Wolf, Erik: Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Frankfurt am Main 1950, 478-511

Gierke, Otto von: Political Theories of the Middle Age. Cambridge 1958

Gierke, Otto von: Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter. 4. Aufl. Wien ja Wiesbaden 1959

Globig von: Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Grundung der historischen und gerichtlichen Beweises. Regensburg 1806

Gonnet, Giovanni: Bibliographical Appendix: Recent European Historiography on the Medieval Inquisition. Teoksessa Gustav Henningsen and John Tedeschi in Association with Charles Amiel. Illinois 1986

Goodrich, Peter: Legal Discourse. Macmillan Press 1987

Goodrich, Peter: Specula Laws: Image, Aesthetic and Common Law. Law and Critique II (1991) 2, 233-254

Goodwin, Albert: The Friends of Liberty. The English Democratic Movement in the Age of the French Revolution. Cambridge Mass. 1979

Granfelt, O. Hj.: Straffprocessrätt, föreläsningar I-II. Helsingfors 1908-1910

Granfelt, O. Hj.: Domarens och kärandens inbördes ställning vid käromålets utvecklande i vanliga tvistemål. JFT 42 (1906), 75-99

Granfelt, O. Hj.: Sananen maallikkoaineksen asemasta rikosasiain oikeuksissa. LM 5 (1907), 183-194
Granfelt, O. Hj.: Den materiella processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt. Andra upplagan. Helsingfors 1911
Granfelt, O. Hj.: Officialprincipen och dess tillämpning på materiellträttslig grund i vanliga tvistemål anhängiga vid underdomstol enligt gällande finsk och svensk rätt. JFT 48 (1912), 319-366
Granfelt, O. Hj.: Officialprincipen och dess tillämpning på prosessrättslig grund i vanliga tvistemål anhängiga vid underdomstol enligt gällande finsk och svensk rätt. JFT 51 (1915), 170-212
Granfelt, O. Hj.: Friherre Rabbe Axel Wrede såsom processualist. JFT 57 (1921), 193-200
Granfelt, O. Hj.: Vilket vore det lämpligaste sättet för lekmannaelementets rekrytering i våra domstolar? JFT 57 (1921), 1-9
Granfelt, O. Hj.: Om stadsdomstolarnas blivande sammansättning. Helsingfors 1925
Granfelt, O. Hj.: Välimiesmenettely. Tampere 1951
Granfelt, O. Hj.: Friherre Rabbe Axel Wrede. Universitätslärare och vetenskapsman. Domare, Akademiekansler. Helsingfors 1951
Grimm, Dieter: Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und Privatem Recht in Deutschland. Teoksessa Walter Wilhelm (hrsg.): Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main 1972, 224-242
Grimm, Dieter: Bürgerlichkeit im Recht. Teoksessa Jürgen Kocka (Hg.): Bürger und Bürgerlichkeit im 19. Jahrhundert. Göttingen 1987, 149-188
Grolman, K. J.: Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen. Giessen 1800
Haataja, Kyösti: Suomen maanvuokraoikeus. Porvoo 1934
Habermas, Jürgen ja Luhmann, Niklas: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - was leistet die Systemforschung? Frankfurt 1971
Habermas, Jürgen: Theorie und Praxis. Berlin 1971
Habermas, Jürgen: Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus. Frankfurt 1976
Habermas, Jürgen: Strukturwandel der Öffentlichkeit. Darmstadt 1981
Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns 1. (Habermas 1981 I) Frankfurt am Main 1981
Hafström, Gerhard: De svenska rättskällornas historia. Lund 1978
Haikala, S.: Britische Freiheit und das Englandbild in der öffentlichen deutschen Diskussion im ausgehenden 18. Jahrhundert. Studia historica Jyväskyläensia, col. 32, Jyväskylän yliopisto Jyväskylä 1985
Halila, Jouko: Tunnustamisesta. Siviiliprosessuaalinen tutkimus. Vammala 1950

Halila, Jouko: Oikeudenkäyntimenettelyn 14.1.1972 annetulla lailla toteutetut osittaisuudistukset. LM 70 (1972), 462-506

Halliday, Terence, C.: Six score Years and Ten: Democraphic Transitions in the American Legal Profession, 1850-1980. Law & Society Review 20 (1986) 1, 53-78

Haney, Gerhard: Naturrecht bei P. J. A. Feuerbach in seinen jenanser Schriften. Teoksessa Arthur Kaufman (Hr.): Rechtstaat und Menschenwürde. Frankfurt am Main 1988, 159-181

Hardtwig, Wolfgang von: Bürgertum, Staatssymbolik und Staatbewusstsein in Deutschen Keiserreich 1871-1914. Geschichte und Gesellschaft 16 (1990), 269-295

Harriton, Mark: Crowds and History. Mass Phenomena in English Towns. Cambridge ym. 1988

Hattenhauer, Hans: Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften. München 1973

Hattenhauer, Hans: Geschichte des Beamtentums. Handbuch des öffentlichen Dienstes. Band 1. Köln ym. 1980

Hattenhauer, Hans: Europäische Rechtsgeschichte. Heidelberg 1992

Hausen, Reinhold (toim.): Finlands medeltidsurkunder V. Helsingfors 1928

Havansi, Erkki (toim.): Tuomioistuinuudistus - millainen? Porvoo 1972

Havansi, Erkki: Oikeuslaitostoimikunnan mietinnön kritiikkiä. LM 70 (1972), 1-35

Hegel, G. W. Fr.: Grundlinien der Philosophie des Recht oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Frankfurt am Main ym. 1972 (1821)

Heidegger, Martin: Sein und Zeit. Tübingen 1986

Heinonen, Olavi ja Aarnio, Aulis: Lisiä oppiin oikeuslaitoksen uudistamisesta. LM 79 (1972), 1-33

Hemmer, Ragnar: Om tingsnämndens permanens enligt medeltida domstolspraxis i Finland. JFT 98 (1962), 1-3, 95-105

Hemmer, Ragnar: Suomen oikeushistorian oppikirja I. Porvoo 1962

Heritage, John: Garfinkel and Ethnomethodology. Worcester 1984

Hermanson, Robert: Finlands statsrättsliga ställning. Helsingfors 1892

Hermanson, Robert: Om domstolarnes befogenhet att pröfva grundlagsenligheten af utkomna författningar. JFT 20 (1884), 245-273

Heusler, Andreas: Der Zivilprozess der Schweiz. Mannheim ym. 1923

Hietaniemi, Tapani (toim.): Aiheita Weberistä. Max Weber modernista rationaalisuudesta, uskonnosta, oikeudesta ja yhteiskuntaluokista. Helsinki 1987

Hietaniemi, Tapani: Uskonto maailmanhistoriallisen rationalisoitumisprosessin kätilönä. Teoksessa Hietaniemi, Tapio (toim.): Aiheita Weberistä. Jyväskylä 1987, 37-60

Hietaniemi, Tapani: Max Weberin uskontososiologisten kirjoitusten syntyhistoria. Teoksessa Weber, Max: Maailmanuskonnot ja moderni län-

simainen rationaalisuus. Kirjoituksia uskonnonsosiologiasta. Tampere 1989
Hietaniemi, Tapani: Max Weberin "Kaupunki"-kirjan taustasta ja tiedon intressistä. Teoksessa Max Weber: Kaupunki. Jyväskylä 1992.
Hill, Christopher: Puritanism and Revolution. St. Ives 1958
Hjärne, Harald: Om den fornsvenska nämnden. Uppsala 1872
Hobsbawm, E. J. ja Rudé, G. G. E.: Captain Swing. London 1973
Hobsbawm, E. J.: Nations and Nationalism since 1780. Programme, Myth, Reality. Cambridge ym. 1991
Holmbäck, Åke: Våra domareregler. Festskrift för Axel Hägerström. Uppsala 1928
Holmbäck, Åke: Cronhielm och 1734 års lag. Teoksessa Minnesskrift ägnad 1734 års lag I. Stockholm 1934, 54-90
Holzendorff, Franz von (Her.): Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alfabetischer Bearbeitung; I-III. Leipzig 1881
Horwitz, Morton J.: The Transformation of American Law 1780-1860. Cambridge Mass. ym. 1977
Horwitz, Morton J.: History and Theory. The Yale Law Journal 96 (1987), 1825-1835
Hroch, Miroslav: Social Preconditions of National Revival in Europe. Cambridge 1985
Humboldt, Wilhelm von: The Limits of State Action. Cambridge University Press 1969 (1792, 1854)
Hume, David: Treatise of Human Nature I-II. Philosophical Works Vol. 1-2. Aalen 1964
Hunt, Alan: The sociological Movement in Law. London 1978
Hübner, Heinz: Kodifikation und Enscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts. Königstein /Ts 1980
Hänninen, Sakari: Aika, paikka, politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja metodista. Tutkijaliiton julkaisusarja 17. Oulu 1981
Ietswaart, Heleen F. P.: The Discourse of Summary Justice and the Discourse of Popular Justice: An Analysis of Legal Rhetoric in Argentina. Teoksessa Abel, Richard L.: The Politics of Informal Justice Vol. 2 Comparative Studies. Academic Press 1982
Ignatief, Michael: A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850. Bungay 1989
Ihering, Rudolf von: Striden för rätten. Öfversatt från femte tyska upplagan af Ivar Afzelius. Upsala 1879
Iivari, Juhani: Rikosten ja riitojen vaihtoehtosovittelu refleksiivisen oikeuden konseptiossa. Sosiaali- ja terveyshallituksen tutkimuksia 12/1991. Helsinki 1991
Ikkala, A. K.: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen 50-vuotistaipaleesta. Teoksessa Rekola, Aarre, Tirkkonen, Tauno, Merikoski, V. ja Melander, Ilmari (toim.): Suomalainen lakimiesyhdistys 1898-1948. Juhlajulkaisu. Vammala 1948, 7-61

Inger, Göran: Das Geständnis in der schwedischen Prozessrechtsgeschichte I. Rättshistoriskt bibliotek 27. Bloms Boktryckeri, Lund 1976

Inger, Göran: Institutet 'insättande på bekännelse' i svensk processrättshistoria. Lund 1976 (Inger 1976a)

Jakobs, Horst Heinrich: Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts. Rechts- und staatswissenschaftliche Veröffentlichungen des Görres-Gesellschaft. Neue Folge Heft 38. Ferdinand Schöninger, Padesborn ym. 1983

Jameson, Fredric: The Political Unconscius. Narrative as a Socially Symbolic Act. Cambridge 1981

Jarowski, Rudolf: Nationalismus und Ökonomie als Problem der Geschichte Ostmitteleuropas im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Geschichte und Gesellschaft 8 (1982), 184-204

Jaume, Lucién: Citoyenné et souveraineté: les poids de l'absolutiome. Teoksessa Baker, K. M.: The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. Oxford ym. 1987, 515-536

Jellinek, Georg: Das Recht des modernen Staates. 1. Allgemeine Staatlehre. 2. durchgesehene und vermehrte Aufl. Berlin 1905

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1919

Joerges, Christian ja Trubek, David M. (Eds.): Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden 1989

John, Michael: Politics and the Law in Late Nineteenth Century Germany. The Origins of the Civil Code. Oxford 1989

Juridiska föreningens förhandlingar:

Vore det önskvärt af vittnesförhöret överlämnades till parterna resp. deras advokater? JFT 81 (1945), 310-315

Om tryckfrihet i Finland tilllåtes, bör ... jury-inrättningen användas och i öfrigt äga företräde framför den uti allmänna lagen fastställda rättegångsordning i brottmål? JFT 1 (1865), 143-147

Månne, för vinnande af hastigare lagskipning å landet, oftare återkommande häradsting, än nu är fallet, vore af nöden, och för afhjelpande af de olägenheter, som härflyta deraf, att häradshöfdingarne äro betungade med mera tjenstesföromål, än de sjelfve medhinna, för minskning i domsagornas omfång borde ske, eller notariebefattningar vid häradsrätterne hellre inrättas? JFT 1 (1865), 156-158

Vore ansvarige notariers tillsättande vid domstolarne önskligt? JFT 3 (1867), 178-180

Vore det för rättstillståndet vådligt, om alla specialdomstolars verksamhet upphörde, samt dithörande mål underkastades allmänna domstolarnes pröfning? JFT 3 (1867), 202

Skulle häradsrätternes ombildning till ständiga domstolar medföra något gagn för allmänheten? och, om så är, huru kunde denna förändring lämpligast till väga bringas? JFT 3 (1867), 170-178

Då åläggandet af värjemålsed i brottmål kan innebära tvång till bekännelse, så frågas, om icke föreskrifterna derom borde ur lagen utgå? JFT 4-5 (1868-1869), 156-157

Då den opartiska ställning, som borde innehafvas af hvarje domare, och således äfven af brottsmålsdomaren, i finska brottmålsprocessen ... rubbas derigenom, att domaren, såväl af lagen som i synnerhet af rättsbruket, är anvisad att ingripa i parternes förhandlingar för att tillse, det all tillgänglig bevisning både emot och för den anklagade blir begagnad; så frågas: om icke någon förändring härutinnan vore önsklig? ... JFT 6 (1870), 207-213

Då någon sökes för skuld, och han erkänner eller öfverbevisas att sådan skuld funnits, men förebär och styrker med halft skäl, att den blifvit batald, hvilkendera skall ed åläggas? JFT 6 (1870), 61-63

Då svarande part, vare sig i civil eller kriminel sak, blifvit ålagd värjemålsed, och beslutet derom vunnit, laga kraft; kan och bör då hörande tilllåtas derefter framställa erbjuden ytterligare bevinningar, i ändamål att genom käromålets fullständiga styrkande göra värjemålseden onödig? JFT 6 (1870), 218-219

Kan erforderlig garanti för rigtigheten och fullständigheten af underrätts protokoll säkrare vinnas genom edsvurne notariers anställande vid underrätterne, eller derigenom att i dessa inginge flere lagfarne ledamöter, hvilka egde att gemensamt justera protokollet? JFT 12 (1876), 140-141

Borde icke den, enligt ståndernas önskan, af en komité föreslagne lagfarne bisittaren i häradsrätt, såsom domare, vara oafsättlig? JFT 14-15 (1878-1879), 42-45

Om reform af underdomstolarne. JFT 16 (1880), 203-236

Får tredskodom gifvas på mindre än fullt bevis? ... JFT 24 (1888), 287-291, 349-358

Är inrättandet af särskilda handelsdomstolar hos oss önskvärdt? JFT 25 (1889), 173-191, 291-306

Under förutsättningar att vid den förestående rättegångsreformen fri bevisföring, om och med särskilda inskränkningar, kommer att införas ... frågas, huruvida i sammanhang med dessa förändringar alla vittnesjäf kunna och böra afskaffas... JFT 31 (1895), 327-344, 34 (1898), 466-472

Vilket vore det lämpligaste sättet för lekmannaelementets rekrytering i våra domstolar? JFT 57 (1921), 1-9, 169-174

Jussila, Osmo: Alamaisia ja kansalaisia. Historiallinen aikakauskirja 90 (1992) 3, 195-199

Jussila, Osmo: Suomen perustuslait venäläisten ja suomalaisten tulkintojen mukaan 1808-1863. Historiallisia tutkimuksia 77, Helsinki 1969

Jussila, Osmo: Konservatiivinen imperiumi. Teoksessa Kirkinen ym. (toim.) 1986

Jussila, Osmo: Suomalaisuusliike Venäjän paineessa vuosina 1890-1917. Teoksessa Tommila, Päiviö ja Pohls, Maritta (toim.): Herää Suomi. Suomalaisuusliikkeen historia. Kuopio 1989

Jussila, Osmo: J. V. Snellmanin suhde Venäjän valtakuntaan ja valtaistuimeen. Teoksessa Heikki Viitala (toim.): Snellman, valtakunta ja keisarikunta. Snellman-instituutin julkaisuja, Kuopio 1990, 22-33

Jutikkala, Eino: Läntisen Suomen kartanolaitos Ruotsin vallan viimeisenä aikana I ja II. Helsinki 1932

Jyränki, Antero: Lakien laki. Perustuslaki ja sen sitovuus eurooppalaisessa ja pohjoisamerikkalaisessa oikeusajattelussa suurten vallankumousten kaudelta toiseen maailmansotaan. Helsinki 1989

Jyränki, Antero: Kolme vuotta linnassa. Juva 1990

Jägerskiöld, Stig: Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landlagens tid. Lund 1963

Jägerskiöld, Stig: Tyrannicide and the right of resistance, 1792-1809. Acta Universitatis Stockholmiensis. Studia juridica Stockholmiensia 21. Göteborg ym. Scandinavian Studies in Law 8 1964, 67-103

Jägerskiöld, Stig: Kring tillkomsten av 1734 års lag - 250 år. Stockholm 1984

Jägerskiöld, Stig: Johan Stiernhöök och den romerska rätten. Rättshistoriska studier II. 1974

Jääskinen, Niilo: Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys - tutkimus positivistisen oikeustiedekäsityksen kiteytymisestä. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus: julkaisuja nro 5 1983 Helsinki

Kahn-Freund, O.: Introduction. Teoksessa Karl Renner: The Institutions of Private Law. London ym. 1976

Kalela, Jorma: Historiallisen prosessin käsitteellistäminen ja historiallinen aika. Historiallinen aikakauskirja 85 (1987) 1, 119-127

Kansanvallasta ja sen toteutumisesta lainkäytössä. 70-vuotiaan Urho Kaleva Kekkosen ajatuksia ajankohtaisista kysymyksistä. LM 68 (1970) I/nro 6, I-XXI

Kant, Immanuel: Groundwork of the Metaphysic of Morals. New York 1964 (1785)

Kant, Immanuel: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Hamburg 1986 (1797)

Kant, Immanuel: Immanuel Kant's Critique of Pure Reason. Käänt. Norman Kemp Smith, Hong Kong 1990 (1781)

Kant, Immanuel: Kritik der praktischen Vernunft. Hamburg 1990 (1788)

Kant, Immanuel: The Critique of Judgment. Oxford 1991 (1790)

Kaplan, S. L.: Bread, politics and political economy in the reign of Louis XV. The Hague 1976

Kappeler, Andreas: Voraussetzungen des Nationalitätenproblems im russichen Vielvölkerreich. Geschichte und Gesellschaft 8 (1982) 2, 159-183

Keisarillisen Suomen Senaatin Prokuraattorin Kertomus 1882 vuoden valtiopäiville lainkäytännöstä ja lakien hoitamisesta maassa. Helsingfors 1882, 72-73

Kekkonen, Jukka ja Ylikangas, Heikki: Vapausrangaistuksen valtakausi. Helsinki 1982

Kekkonen, Jukka: Merkantilismista liberalismiin. Oikeushistoriallinen tutkimus elinkeinovapauden syntytaustasta Suomessa vuosina 1855-1878. Vammala 1987

Kekkonen, Jukka: Itä-Suomen hovioikeus 150-vuotta. Teoksessa Wiipurin Itä-Suomen hovioikeus 1839-1989. Jyväskylä 1991, 89-264

Kemiläinen, Aira: Nationalismi ja patriotismi Ranskan vallankumouksen aatemaailmassa. Historiallinen aikakauskirja 86 (1989) 4, 275-295

Kemppinen, Jukka: Tätä kaikki asianomaiset noudattakoot. Korkein oikeus, ihmiset ja yhteiskunta 1918-1990. Helsinki 1992

Kettunen, Pauli: Poliittinen liike ja sosiaalinen kollektiivisuus. Tutkimus sosialidemokratiasta ja ammattiyhdistysliikkeestä Suomessa 1918-1930. Helsinki 1986

Kettunen, Pauli: Vuoden 1906 Suomi, vuoden 1918 Suomi, Nyky-Suomi. Teoksessa Risto Alapuro ym. (toim.): Kansa liikkeessä. Vaasa 1987, 284-287

Kiefner, Hans: Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. Teoksessa J. Blühdorn ja J. Ritter (Hg.): Philosophie und Rechtswissenschaft.

Kirkinen ym (toim).: Venäjän ja Neuvostoliiton historia. Keuruu 1986.

Klami, Hannu Tapani: Oikeustaistelijat. Porvoo ym. 1977

Klami, H. T.: The Legalists. Finnish Legal Science in the Period of Autonomy 1809-1917. Helsinki 1981, 11

Klami, Hannu Tapani: Suomen oikeustiede Ruotsin vallan aikana I. Aika ennen Isoa Vihaa. Turun yliopiston julkaisuja sarja A:32, Turku 1981

Klami, Hannu Tapani: Tutkimuksia vuoden 1734 lain taustasta ja tulkinnasta. Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja A34, Turku 1981 (Klami 1981a)

Klami, Hannu Tapani: Suomen oikeustiede Ruotsin vallan aikana II. Nollatilasta Matthias Caloniukseen. Turun yliopiston julkaisuja sarja C:36, Turku 1982

Kleinheyer, Gerd ja Schröder, Jan: Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten. Eine biografische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Heidelberg 1983

Klinge, Matti: Restauraatio. Otavan suuri maailmanhistoria 14. Keuruu 1985, 21-23

Klinge, Matti; Knapas, Rainer; Leikola, Anto ja Strömberg, John: Helsingin yliopisto 1640-1990. I-III. Keuruu 1987, 1989 ja 1990

Klinge, Matti: Professoreita. Keuruu 1990

Kocka, Jürgen ja Hinze, Otto: Max Weber und das Problem der Bürokratie. Historische Zeitschrift 233 (1981), 65-105

Kocka, Jürgen (Hg.): Bürger und Bürgerlichkeit im 19. Jahrhundert. Göttingen 1987

Kocka, Jürgen: Bürgertum und Bürgerlichkeit als Probleme der deutschen Geschichte vom späten 18. zum frühen 20. Jahrhundert. Teoksessa Kocka (Hg.) 1987, 21-63

Kocka, Jürgen: Bürgertum und bürgerliche Gesellschaft im 19. Jahrhundert. Europäische Entwicklungen und deutsche Eigenarten. Teoksessa Kocka (Hg.) 1987

Kohn, Hans: The Idea of Nationalism. A Study of Its Origins and Background. New York 1956

Konferensen för öfverläggning om särskilda frågor rörande domstolsreformen i Finland, Helsingfors 15-22 januari 1894. JFT 31 (1895), 272-307

Konttinen, Esa: Formaali rationaalistuminen ja professiot - kriisinäkökulma intellektuelleihin. Sosiologia 1988:2, 91-104

Konttinen, Esa: Perinteisestä moderniin. Professioiden yhteiskunnallinen synty Suomessa. Tampere 1991

Koskenniemi, Martti: From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument. Helsinki 1989

Kramnick, Isaac: Introduction to James Madison, Alexander Hamilton and John Hay: The Federalist Papers. St. Ives 1987

Kristeva, Julia: Desire in Language. A semiotic Approach to Literature and Art. Worcester 1987

Kristeva, Julia: Language: the unknown. London ym. 1989

Kroeschell, Karl: Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum fünfundsiebzigsten Geburtstag von Hans Thieme. Sigmaringen 1983

Krüger, Herbert: Kant und die Staatlehre des 19. Jahrhunderts. Teoksessa Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main 1969, 49-56

Kuisma, Markku: Yrittäjä 1700-luvun luokkakuvassa. Teoksessa Haapala, Pertti (toim.): Talous, valta ja valtio. Tutkimuksia 1800-luvun Suomesta. Vastapaino, Tampere 1990

Kuisma, Markku: Suomi taloutena - ajopuu vai älykäs perässäkulkija. Historiallinen aikakauskirja 90 (1992) 3; 215-233

Külenstierna, C. W. U.: Petter Abrahamsson. Svensk Bibliografisk Lexikon 1, 1918

Kuusterä, Antti: Valtion sijoitustoiminta pääomamarkkinoiden murroksessa 1859-1913. Helsinki 1989

Käsler, Dirk: Max Weber. An introduction to his life and work. Cambridge 1988

Köbler, Gerhard: Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte. München 1988

Ladeur, Karl-Heinz: From Universalistic Law to the Law of Uncertainty: on the Decay of the Legal Order's "Totalizing Teleology" as Quoted in the Methodological Discussion and its Critique from the Left. Teoksessa Christian Joerges ja Trubek, David M. (Eds.): Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden 1989

Ladurie, Emmanuel de Roy: Montaillou. Ranskalainen kylä 1294-1324. Keuruu 1984

Lagerroth, Fredrik: Den svenska landslagens författning i historisk och komparativ belysning. Lund 1947

Lagus, Robert: Om skriftliga urkunder såsom bevismedel. Helsingfors 1859

Lagus, Robert: Om protokoller och domböcker enligt Finlands nugällande lag och författningar. Helsingfors 1860

Lagus, Robert (utg.): Yttranden med anledning af wäckt fråga om Förlikнings-domstolars inrättande i Finland. Juridisk Album. Första serien Häft I. Helsingfors 1861, 98-110, 98-99, 103

Lamb, Charles: Memoirs of the Life and Times of Daniel de Foe. London 1830

Langbein, John H.: Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime. Chicago and London 1976

Lappi-Seppälä, Tapio: Teilipyörästä terapiaan. Piirteitä rangaistusjärjestelmän historiasta. Helsinki 1982

Larson, M. S.: The Production and the Constitution of Expert Power. Teoksessa Hasslett, T. L. (ed.): The Authority of Experts. Studies in History and Theory. Bloomington 1984, 28-80

Lehtonen, Tuomas M. S.: Puhutusta kirjoitettuun. Keskiaikaisesta merkkiteoriasta, kirjallisuudesta ja yhteiskunnasta. Tiede & Edistys 15 (1990) 3, 193-211, 193-195

Leibniz, G. H.: New Essays Concerning Human Understanding. Käänn. Alfred Gideon Langley, New York, Macmillan 1896

Letto-Vanamo, Pia: Miksi Suomessa ei ole asianajajamonopolia. Oikeus 12 (1983) 1, 25-35

Letto-Vanamo, Pia: Finlands advokatväsen som föremål för rättshistorisk forskning. JFT 125 (1989a) 5, 323-339

Letto-Vanamo, Pia: Suomalaisen asianajajalaitoksen synty ja varhaiskehitys. Vammala 1989

Letto-Vanamo, Pia: Miten hitaasti muuttuukaan prosessi: eli nykyisen tuomioistuinmenettelyn syntytaustaa. Oikeus 19 (1990) 4, 345-353

Letto-Vanamo; Pia: Tuomioistuinmenettelyn historiaa: Rahvaan oikeudenkäytöstä valtiolliseen prosessiin. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia (toim.): Suomen oikeushistorian pääpiirteet. Sukuvallasta moderniin oikeuteen. Gaudeamus 1991, 28-42

Lévi-Strauss, Claude: The Savage Mind. University of Chicago Press 1966

Liikanen, Ilkka: Kansanvalistajien kansakunta. Teoksessa Risto Alapuro ym. (toim.): Kansa liikkeessä. Vaasa 1987, 126-141

Lindblad, J. C.: Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag med fästad uppmärksamhet ej mindre på Sveriges Gamla Lagar och Nya Lagförslaget, än och på Fremmande Lagstiftningar och Lagförslag. Upsala 1842

Lindholm, Per ja Heikki Seppänen: Oikeus ja politiikka. Jyväskylä 1971

Lindman, Sven: Johan Jakob Nordström. Hans samhällssyn och politiska personlighet. Del 1. Tiden intill 1854. Acta Academiae Aboensio Humaniora XVI.2. Åbo 1948

Lindquist, Thomas: Landborna i Norden under äldre medeltid. Studia historica upsaliensia 10. Uppsala 1979

Linsén, A. J.: Theser, angående Mynt och Penningar. Helsingfors 1840

Llewellyn, K. N.: The Bramble Bush. On our law and its study. New York Oceana publications 1951

Locke, John: An Essay concerning Human Understanding I-II. Oxford 1894 (1690)

Luban, David: Lawyers and Justice. An Ethical Study. Princeton 1988

Ludwig, Bernd: Entstehungsgeschichte und unmittelbare Wirkung der Rechtslehre. Johdanto teokseen Kant 1986

Luhmann, Niklas: Legitimation durch Verfahren. Darmstadt 1969

Lukes, Steven ja Scull, Andrew: Durkheim and the Law. Oxford 1983

Macfarland, J. F.: Kant's Concept of Teleology. Edinburgh 1970

Madison, James, Hamilton, Alexander ja Jay, John: The Federalist Papers. Ed. Isaac Kramnick. St. Ives 1987 (1788)

Maine, Henry Sumner: Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation As Modern Ideas. Boston 1963

Malmström, Åke: Rättsutvecklingen 1736-1809. Teoksessa Minnesskrift ägnad 1734 års lag I. Stockholm 1934

Mann, Bruce H.: Rationality. Legal Change and Community in Connecticut, 1690-1760. Law & Society Review 14 (1980) 2, 187-222

Mannheim, Karl: Man and Society in an Age of Reconstruction. Studies in Modern Social Structure. London ja Bradford 1949

Mannheim, Karl: Man and Society in an Age of Reconstruction. New York 1951

Marcuse, Herbert: Eros and Civilization. New York 1955

Marx, Karl: Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Teoksessa Hegel, G. W. Fr.: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Frankfurt am Main ym 1972, 440-595

Marx, Karl: Philosophical Manifesto of the Historical School of Law, teoksessa K. Marx and F. Engels: Collected Works I. London 1976

Mayer, J. P.: Tocqueville's Democracy in America: Reception and Reputation. Teoksessa de Tocqueville, Alexis: Democracy in America. New York 1966, XI-XXIV

Melander, K. R.: Drag ur Åbo hovrätts äldre historia och ur rättslivet i Finland under förra hälften av 1600-talet. Helsingfors 1936

Mellinkoff, David: The Language of the Law. Boston ym. 1963

Melossi, Dario: The State of Social Control. Worcester 1990
Menger, C. F.: Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Heidelberg ja Karlsruhe 1979, 92-94
Mitteis, H.: Deutsche Rechtsgeschichte. Neubearb. H. Lieberich 16. Aufl. 1981
Mittermaier, C. J. A.: Die Lehre von Beweise im deutschen Strafprocess. Darmstadt 1834
Mittermaier, C. J. A.: Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen. Stuttgart ja Tübingen 1845
Mittermaier, C. J. A.: Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren. Erlangen 1851
Mitzman, Arthur: The Iron Cage: A historical Interpretation of Max Weber. New York 1970
Mommsen, Hans: Die Auflösung des Bürgertums seit dem späten 19. Jahrhundert. Teoksessa Kocka (Hg.) 1987, 288-315
Mommsen, Wolfgang J.: The Age of Bureaucracy. Perspectives on the Political Sociology of Max Weber. Oxford, Blackwell 1974
Montesquieu, Charles Louis de Secondat de la Brède et de: Om lagarnas anda eller det förhållande som bör vara mellan lagarna och respektive styrelses författning, seder, klimat, religion, handel etc. Stockholm 1990
Moore, Barrington: Social Origins of Dictatorship and Democracy. London 1967
Morris, Richard B.: Studies in the History of American Laws. New York 1930
Mothersill, Mary: Beauty Restored. Oxford 1984
Munktell, H.: Tortyren i svensk rättshistoria. Ett bidrag till straffprocessrättens historia I-II. Uppsala 1940
Myhrberg, Pertti: Hovioikeudet lain lieventäjinä 1600-luvulla. LM 75 (1977), 850-864
Myhrberg, Pertti: Rikos- ja prosessioikeuden kehitys Suomessa. Suomen Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1978
Nehlsen, Hermann: Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen. Teoksessa Kroeschell, Karl: Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum fünfundsiebzigsten Geburtstag von Hans Thieme. Sigmaringen 1983
Nehrman, David: Inledning til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem. Lund 1729
Nehrman, David: Inledning til Then Swenska Processum Civilem efter Sweriges Rikes Lag och Stadgar. Upsala 1751
Nehrman, David: Inledning til Swenska Processum Criminalem efter Sweriges Rikes Lag och Stadgar, författad af D.E. Lund 1759
Nehrman, David: Then Swenska Jurisprudentia Civilis 1746. Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund nr. 35. Lund 1979

Nevanlinna, Ernst: Suomen raha-asiat 1863-1904. Taloustieteellisiä tutkimuksia V. Helsinki 1907

Nille, Wilfried: Methoden, Entwicklung und Zeitbezüge im althistorischen Werke Max Webers. Geschichte und Gesellschaft 16 (1990), 355-374

Nonet, P. ja Selznik, I.: Law and Society in Transformation: Towards Responsive Law. New York 1978

Nordenstreng, Sigurd: Porvarissäädyn historia Suomen valtiopäivillä 1809-1906. Helsinki 1923

Nordström, J. J.: Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia. Första Afdelningen. Helsingfors 1839

Nordström, J. J.: Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia. Andra Afdelningen. Helsingfors 1840

Nordström, J. J.: Afhandlingar hörande till läran om crediten I. Credit och bankväsendet. Stockholm 1853, 1-4

Nousiainen, Kevät: Lakimiehet ja kansalaisliikkeet. Tutkimus yhdysvaltalaisen juristikunnan vaihtoehtoisista ammattikäytännöistä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisu 71/1985

Nousiainen, Kevät: Oikeudenkäynnin poliittisista rakenteista. Teoksessa Klaus Viitanen (toim.): Oikeus ja politiikka. Yliopistopaino 1986

Nousiainen, Kevät: Juristietiikan opillisen perustan tarkastelua. Oikeus 16 (1987) 1, 29-37

Nousiainen, Kevät: Oikeus prosessina. Oikeus Sally Falk Mooren ja uudemman angloamerikkalaisen oikeusantropologian silmin. Teoksessa Kaarlo Tuori (toim.): Teorioita oikeuden kehityksestä. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja D:1, Helsinki 1988, 17-40

Nousiainen, Kevät: Oikeudenkäytön modernisoituminen. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia (toim.): Suomen oikeushistorian pääpiirteet. Sukuvallasta moderniin oikeuteen. Jyväskylä 1991, 286-301

Nuutila, Ari-Matti: Yksilöautonomian suhteesta yhteiskuntasopimukseen - näkökulma Immanuel Kantin rangaistusteoriaan. Teoksessa Kaarlo Tuori ja Jaana Matikainen (toim.): Yhteiskuntasopimuksesta yhteisöön. Helsinki 1990, 127-164

Nörr, Wolfgang: Naturrecht und Zivilprozess. Tübingen 1976

Ogorek, Regina: Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main 1986

Ogorek, Regina: Inconsistencies and consistencies in 19th century legal theory. Teoksessa Christian Joerges ja Trubek, David M. (Eds.): Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden 1989

Ozouf, Mona: L'Opinion publique. Teoksessa Baker, K. M.: The French Revolution, Oxford ym., 1987 119 ss.

Paine, Thomas: The Rights of Man. London 1935. (1791-1792)

Paine, Thomas: Common Sense. Ed. I. Kramnick. London 1976 (1776)

Pajula, Paavo: Suomalaisen lakikielen historia pääpiirteittäin. Porvoo 1960

Pajuoja, Jussi: Varhaiset rikokset ja niiden rankaiseminen. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia (toim.): Suomen oikeushistorian oppikirja. Sukuvallasta moderniin oikeuteen. Gaudeamus 1991, 7-27

Palmén, E. G.: Anders Chydenius, hans lefnad, verksamhet och skrifter. Teoksessa sama (toim.): Politiska skrifter af Anders Chydenius. Helsingfors 1880, I-CCI

Palmén, E. G.: Till hundraårs minnet af Johan Philip Palmén 1811 31/X 1911. II. Lefnadsteckning. Helsingfors 1915

Palmen, E. G.: Viranosto. Teoksessa Valtiotieteiden käsikirja IV, Helsinki 1924, 542-545

Palmén, Johan Philip: Det nya Lagwerkets historie. Juridiskt Album, utg. Robert Lagus. Första serien Häft III. Helsingfors 1862, 102-108

Palmén, Johan Philip: Juridisk handbok för merborgerlig bildning. Helsingfors 1859

Peltonen, Matti: Aatelisto ja eliitin muodonmuutos. Teoksessa Haapala, Pertti (toim.): Talous, valta ja valtio. Tutkimuksia 1800-luvun Suomesta. Tampere 1990

Peltonen, Matti: Talolliset ja torpparit. Vuosisadan viahteen maatalouskysymys Suomessa. Vammala 1992 (1992a)

Peltonen, Matti: Matala katse. Kirjoituksia mentaliteetin historiasta. Tampere 1992

Perkin, Harold: Origins of the Modern English Society. London and New York 1969

Persson, Anders: Suomen sodan unohdetut sankarit. Keuruu 1988

Peters, Edward: Torture. Oxford 1986

Peterson, Claes: Das schwedische Gesetzbuch von 1734: Ein Gesetzbuch mittelalterlicher Tradition oder reformerischer Aufklärungskodifikation? Zur Frage des Gesetzesverständnisses im schwedischen 18. Jahrhundert. Teoksessa Heinz Mohnhaupt (herausg.): Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft. Frankfurt am Main 1988

Petrén, Sture: Häradsnämnden vid storhetstidens början. Svensk Juristtidning 30 (1945), 839-861

Pihkala, Erkki: J. V. Snellmanin suhtautuminen Venäjään hänen talouspolitiikkansa valossa. Teoksessa Viitala, Heikki (toim.): Snellman, valtakunta ja keisarikunta. Snellman-instituutin julkaisuja 10. Kuopio 1990

Pocock, J. G. A.: The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth-Century. Oxford 1957

Pocock, J.G.A: The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton 1975

Popper, K. R.: The Poverty of Historicism. London 1960

Popper, K. R.: The Open Society and its Enemies I. London 1968

Prest, Wilfrid R.: The Rise of the Barristers. A Social History of the English Bar 1590-1640. Oxford 1986

Prickett, Stephen (ed.): The Context of English Literature: The Romantics. London 1981

Prokuratorns i Kejserliga Senaten för Finland Berättelse i anledning af dess embetsresa i landet under sommaren år 1867. Helsingfors 1868

Puchta, G. F.: Das Gewohnheitsrecht, Teil I. Erlangen 1828

Puchta, G. F.: Kursus der Institutionen I. Leipzig 1871

Pulkkinen, Tuija: Valtio ja vapaus. Jyväskylä 1989

Pulkkinen, Tuija: Hegelin oikeusfilosofia. Teoksessa Kaarlo Tuori ja Jaana Matikainen (toim.): Yhteiskuntasopimuksesta yhteisöön. Helsinki 1990, 165-200

Pylkkänen, Anu: Puoli vuodetta, lukot ja avaimet. Nainen ja maalaistalous oikeuskäytännön valossa 1660-1710. Jyväskylä 1990

Radzinowicz, Leon: A History of English Criminal Law and its Administration from 1750. London 1956

Raevuori, Y.: Suomen asianajotoiminnan vaiheita. Porvoo 1968

Reifner, Udo: Individualistic and collective Legalization: The Theory and Practice of Legal Aid for Workers in Prefascist Germany. Teoksessa Abel, Richard L.: The Politics of Informal Justice 2. Academic Press New York ym. 1982

Reifner, Udo: Die Zerstörung der freie Advokatur im Nationalsozialismus. Kritische Justiz 17 (1984) 4, 380-393

Rein, Theodor: Liberalismi ja socialismi. Kirjallinen Kuukauslehti 1878, 73-79, 169-179

Renner, Karl: The Institutions of Private Law and Their Social Functions. London ym. 1976

Reynolds, Susan: Kingdoms and Communities in Western Europe, 900-1300. Oxford 1984

Rosen, Stanley: Hermeneutics as Politics. New York ym. 1987

Roth, Guenther: Johdanto teokseen Max Weber: Economy and society. 1978

Routila, Lauri: Husserl ja Heidegger. Teoksessa Jaakko Hintikka ja Lauri Routila (toim.): Filosofian tila ja tulevaisuus. Tapiola 1970, 77-93

Rueschemayer, Dietrich: Lawyers and Their Society. A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and in the United States. Harvard University Press 1973

Rüschemeyer, Dietrich: Bourgoisie, Staat und Bildungsbürgertum. Idealtypische Modelle für die Vergleichende Erforschung von Bürgertum und Bürgerlichkeit. Teoksessa Kocka (Hg.) 1987, 101-120

Rytkölä, Olavi: Valtion vakinaisten virkamiesten palkkaus ja eläkeoikeus. Vammala 1945

Saarialho, Aarne: Suomenkieli ja Suomalainen Lakimiesyhdistys. Teoksessa Juhlajulkaisu Suomalainen Lakimiesyhdistys 1898 - 22.10 1948. Vammala 1948.

S.(erlachius), A.(llan): Oikeudenjakomme saksalaistumisesta. LM 5 (1907), 37-43, 69-75

S.(erlachius), A.(llan): Ensimmäisen yleisen Suomen lakimiesten kokouksen johdosta. LM 5 (1907), 195-200

S.(erlachius), J.(ulian): Literatur: Annerstedt, L.: Tuomarin prosessia johtavasta toimesta siviilisissä oikeusriidoissa. JFT 23 (1887), 378-379

Salokorpi, Hannu: Pietarin tie. Suomalainen puolue ja suomettarelainen politiikka helmikuun manifestista 1899 Tarton rauhaan 1920. SHS. Helsinki 1988

Sambrook, James: The Intellectual and Cultural Context of English Literature, 1700-1789. London and New York 1986

Samuelsson, Kurt: Från stormakt till välfördstat. Stockholm 1968

Sandelin, J. H.: Bidrag till kännedomen om häradsnämnden enligt gällande rätt i Finland och Sverige. Vaasa 1936

Santos, Bouventura de Sousa: Rätten - en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp. Tidskrift för rättssosiologi 4 (1987) 2, 87-118

Santos, Boaventura de Sousa: La transition post-moderne: droit et politique. R.I.E.J. 24 (1990), 77-118

Savigny, Friedrich Carl von: System des heutigen römischen Rechts I. Berlin 1840

Savigny, Friedrich Carl von: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Ens. painos Heidelberg 1814. Teoksessa Hattenhauer, Hans: Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften. München 1973, 95-192

Savolainen, Raimo: Släktsenaten 1809-1870. Senatorssäkterna i kollegialitetens bojor. Historisk Tidskrift för Finland 77 (1992) 2, 173-210

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Jyväskylä 1991

Schissler, H.: Die Junker. Zur Sozialgeschichte und historische Bedeutung der agrarischen Preussen. Teoksessa Puhle, H. J. ja Wehler, H.-V.: Preussen in Rückblick. Göttingen 1980, 89-122

Schluchter, W.: Rationalismus und Weltbeherrschung. Frankfurt am Main 1980

Schluchter, W.: Die Paradoxie der Rationalisierung. Zeitschrift für Soziologie 5 (1987), 256-286

Schmidt, E.: Inquisitionsprozess und Rezeption. Studien zur Geschichte des Strafverfahrens in Deutschland von 13. bis 16. Jahrhundert. Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940. Bd. I. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien hsgg. von der Leipziger Juristenfakultät. Heft 124, Leipzig 1941

Schmidt, G.: Die Richterregler des Olavus Petri. Ihre Bedeutung im allgemeinen und für die Entwicklung des schwedischen Strafprozessrechts von 14. bis 16. Jahrhundert. Göttingen 1966

Schoetensack, August: Der Strafprozess der Carolina. Leipzig 1904

Schrevelius, Fredrik: Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt I. Andra upplagan, Lund 1851

Schröder, Hans-Christoph: Die Levellers und das Problem der Republik in der Englischen Revolution. Geschichte und Gesellschaft 10 (1984), 461-497

Schröder, Jan: Wissenschaftstheorie und Lehre der 'praktischen Jurisprudenz' auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main 1979

Schröder, Jan: Gesetzeauslegung und Gesetzesumgebung. Paderborn 1985

Schutz, Alfred: Problems of Interpretative Sociology. Teoksessa Alan Ryan (toim.): The Philosophy of Social Explanation. Oxford University Press 1973

Selostus Suomen lakimiesten ensimmäisestä yleisestä kokouksesta 29.-31.8.1907. LM 5 (1907), 20-202

Setälä, E. N.: Torparna och jorddelningen. För fosterlandet, tankar och uttalanden. Helsingfors 1899

Shafer, Boyd C.: Nationalism, Myth and Reality. London 1955

Shennan, J. H.: Liberty and Order in early modern Europe. The subject and the state, 1650-1800. London and New York 1986

Sjöholm, Elsa: Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik. Studien zur germanistischen Theorie des 19. Jahrhunderts. Berlin 1972

Sjöholm, Elsa: Gesetze als Quellen mittelalterlicher Geschichte des Nordens. Uppsala 1977

Sjöström, Bertil: Om tredskodom enligt finsk och svensk civilprocessrätt. Helsingfors 1916

Sjöström, Bertil: Eräs oikeudenkäymiskaaren 10. luvun 12 §:n tulkintaa koskeva kysymys. LM 28 (1930), 172-181

Sjöström, Bertil: Eräitä kysymyksiä siviiliprosessilain herruudesta aikaan nähden. LM 29 (1931), 310-317

Skarstedt, Sigfrid: Om straffprocessuella tvångsmedel enligt svensk rätt. Lund 1895

Skinner, Quentin: Modernin valtiokäsitteen synty. Politiikka 1987 2, 83-106

Smart, Carol: Feminism and the Power of Law. London ym. 1989

Smollet, Tobias: The Expedition of Humphry Clinker. Aylesbury 1984 (1771)

Snellman, J. V.: J. V. Snellmanin muistiinpanoja ('Tie senaattiin'). Vuodelta 1876. Teoksessa J. V. Snellmanin kootut teokset X. 359-404

Snellman, J. V.: Valtio-oppi. Teoksessa J. V. Snellmanin kootut teokset II. Porvoo 1928, 7-280

Snellman, J. V.: Persoonallisuuden aatteen spekulatiivisen kehittelyn koe. Teoksessa J. V. Snellmanin kootut teokset I, 339-516. Porvoo 1932 (1932a)

Snellman, J. V.: Yliopistollisesta opiskelusta. Teoksessa J. V. Snellmanin kootut teokset I, 309-339, Porvoo 1932 (1932b)

Soikkanen, Hannu: Paikallisen itsehallinnon 1860- ja 1870-luvun uudistusten edellytykset ja yhteiskunnalliset seuraukset erityisesti maaseudulla. Historiallinen arkisto 75 (1980), 77-94

Soulier, Gérard: Le theatre et le procès. Droit et societe 17-18 (1991), 8-23

Steinberg, Jonathan: The historian and the questione della lingua. Teoksessa Burke, Peter ja Porter, Roy (ed.): The Social History of Language. Cambridge 1987, 198-209

Stenius, Henrik: Frivilligt jämlikt samfällt. Föreningsväsendets utveckling i Finland fram till 1900-talets början med speciell hänsyn till massorganisations principens genombrott. Helsingfors 1987

Stevenson, John: Social Control and the Prevention of Riots in England, 1789-1829. Teoksessa Donajgiodzki 1977, 27-50

Stiernhöök, Johan: Om svears och götars forna rätt. Uppsala 1981 (1672)

Stock, Brian: The Implications of Literacy. Written Language and Models of Interpretation in the Eleventh and Twelfth Centuries. Princeton N. J., 1983

Strauss, Gerald: Law, Resistence and the State. The Opposition to Roman Law in Reformation Germany. Princeton 1986

Strömholm, Stig: Länsimaisen oikeusajattelun historia. Helsinki 1989

Strömholm, Stig: Inledning. Teoksessa Montesquieu, Charles Louis de Secondat de la Brède et de: Om lagarnas ande. Ratio, Stockholm 1990, 19-35

Sundell, Jan-Olof: Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870-1914. Lund 1987

Suomen kansanedustuslaitoksen historia I (Pentti Renvall. Helsinki 1962, 331-340)

Suometar 1857-1867

Szücs, Jenö: Les trois Europes. Paris, L'Harmattan 1985

Szücs, Jenö: Sur le concept de nation. Réflexions sur la théorie politique médiévale. Actes de la reserche en sciences sociales 64 (1986), 51-62

Tarvainen, Paavo: Mitä oppia jos ei lainoppia? Valtion hallintovirkamiesten koulutus Suomessa vuosina 1905-1945. Helsinki 1991

Taussi Sjöberg, Marja: Civil and Criminal Law in seventeenth Century Judicial Proceedings in Sweden. Teoksessa Heikki Pihlajamäki (ed.): Theatres of Power. Jyväskylä 1991

Taussi Sjöberg, Marja: Staten och tinget under 1600-talet. Historisk Tidskrift 1990:2, 161-190

Tegengren, Ernst: Bidrag till domstolarnes i Finland historia. JFT 36 (1900), 32-72, 115-157, 241-282

Teubner, Werner: Kodifikation und Rechtsreform in England. Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee eines Kodifikation des Anglischen Rechts. Berlin 1974

Teubner, Gunther: Substantive and reflexive elements in modern law. Law & Society Review 17 (1983) 2, 239-285

Teubner, Gunther: After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. Teoksessa sama (toim.): Dilemmas of law in the welfare state. Berlin 1986, 299-325

Therborn, Göran: Science, Class and Society. Gothenburg 1974

Thibaut, Anton Friedrich Justus: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Ens. painos Heidelberg 1814. Teoksessa Hattenhauer, Hans: Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften. München 1973, 61-94

Thompson, E. P. ja Eileen Yeo (toim.): The Unknown Mayhew. Aylesbury 1973

Thompson, E. P.: The Making of the English Working Class. London 1963

Tiihonen, Seppo ja Tiihonen, Paula: Suomen hallintohistoria. Helsinki 1983

Tirkkonen, Tauno: Uusi todistuslainsäädäntö. Laki oikeudenkäymiskaaren 17 luvun muuttamisesta. Vammala 1949

Tocqueville, Alexis de: De la Démocratie en amérique I-II. Gallimard 1951

Treskow, Rüdiger von: Adel in Preussen: Anpassung und Kontinuität einer Familie 1800-1918. Geschichte und Gesellschaft 17 (1991), 344-369

Troje, H. E.: Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts. Teoksessa J. Blühdorn ja J. Ritter: Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert. Studien zur Philosophie und Litteratur des 19. Jahrhunderts. Frankfurt am Main 1969

Tully, James: A Discourse on Property. John Locke and his adversaries. Cambridge 1980

Tuori, Kaarlo: Två tolkningar av evolution. Retfaerd 10 (1987), 48-60

Tuori, Kaarlo: Oikeuden rationaalisuus, Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja 4, 1988, 11-12

Tuori, Kaarlo: Johdanto: modernin oikeuden legitimiteettiperiaatetta etsimässä. Teoksessa Kaarlo Tuori ja Jaana Matikainen (toim.): Yhteiskuntasopimuksesta yhteisöön. Helsinki 1990

Tuori, Kaarlo: Oikeus, valta ja demokratia. Helsinki 1990 (1990a)

Turunen, Ilkka: Ammattiyhdistysutopia. Teoksessa Alapuro, Risto ym. (toim.): Kansa liikkeessä. Vaasa 1987, 194-212

Tyynilä, Markku: Senaatti: tutkimus hallituskonselji-senaatista 1809-1918. Helsinki 1992

Töttö, Pertti: Werner Sombart ja kiista kapitalismin hengestä. Jyväskylä 1991

Ullman, Walter: Some Medieval Principles of Criminal Procedure. Teoksessa Jurisprudence in the Middle Ages. London 1980

Uusi Suometar 1874-1878

Vainikkala, Erkki: Ylevä - rajakokemus vai ratkaisu? Teoksessa Vainikkala, Erkki (toim.): Sublim ylevä sublime. Jyväskylän yliopisto, nykykulttuurin tutkimusyksikkö, julkaisu 22. Jyväskylä 1990, 19-35

Vance, Eugene: From Topic to Tale. Logic and Narrativity in the Middle Ages. University of Minnesota Press, Minneapolis 1987
Vikatmaa, Juha: Uudistusta tarvitaan, mutta mihin suuntaan? LM 68 (1970), 1011-1019
Wach, Adolf: Handbuch des Civilprozessrechts Bd. I, 1885
Wach, Adolf: Vorträge über die Reichscivilprocessordnung. Bonn 1879
Wach, Adolf: Grundfragen und Reform des Zivilprozesses. Leipzig 1914
Walter, Wilhelm (hrsg.): Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main 1972
Warnock, Geoffrey: The Primacy of Practical Reason. Teoksessa Warnock, Geoffrey: Morality and language. Oxford 1982
Watt, Ian: The Rise of the Novel. London 1974
Weber, Max: Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis. Teoksessa Max Weber: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Tübingen 1922, 146-214 (1904)
Weber, Max: Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und politischer Erkenntnis. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Tübingen 1922, 146-214
Weber, Max: Economy and Society I-II. University of California Press 1978
Weber, Max: Methodology of the Social Sciences. Glencoe 1949
Weber, Max: Wissenschaft als Beruf. Teoksessa sama: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Tübingen 1922, 582-613
Weber, Max: Kaupunki. Jyväskylä 1992
Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft I-II. Tübingen 1956
Wehler, H.-V.: Wie 'bürgerlich' war das deutsche Kaiserreich. Teoksessa Kocka, Jürgen (Hg.): Bürger und Bürgerlichkeit im 19. Jahrhundert. Göttingen 1987
Westman, K. G.: Svenska rådets historia till år 1306. Uppsala 1904
Westman, K. G.: Konung och landskapliga myndigheter i den äldsta svenska rättegången. Historiska studier tillägnade professor Harald Hjärne. Uppsala 1908
Westman, K. G.: De svenska rättsskällornas historia. 1941, Lagförslag i Carl IX:s tid, 555
Westman, K-G.: Den svenska nämnden I. Stockholm 1912
Westman, K. G.: Häradsnämnd och häradsrätt under 1600-talet och början av 1700-talet. Skrifter utg. av K. Humanistiska Vetenskaps-Samfundet i Uppsala, Bd. 24:18, 1927
Westman, Karl Gustaf: Från landskapslagar och folkting till rikslag och ämbetsmannamässig rättstillämpning. Teoksessa Minnesskrift ägnad 1734 års lag I, 9-24. Stockholm 1934
Wheeler, Michael: English Fiction of the Victorian Period 1830-1890. London and New York 1985
Whitman, James Q.: The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision nad Legal Change. Princeton 1990

Wiacker, Franz: Privatrechtgeschichte der Neuzeit unter besonderer Besichtigung der deutschen Entwicklung. 2 Aufl. Göttingen 1967
Wiethölter, Rudolf: Proceduralization of the Category of Law. Teoksessa Christian Joerges ja Trubek, David M. (Eds.): Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden 1989
Wilda, W. E.: Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842
Wilhelm, Walter: Zur Juristischen Methodenlehre in neunzehnten Jahrhundert. Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe 14. Frankfurt am Main 1957
Wilhelm, Walter: Savignys überpositive Systematik. Teoksessa Blühdorn J. ja Ritter, J.: Philosophie und Rechtswissenschaft 1969
Willgren, K.: Suomen finanssioikeus. Porvoo 1910
Wrede, R. A.: Om kvittning enligt finsk rätt. Helsingfors 1883
Wrede, R. A.: Om begreppet litis contestatio och dess betydelse för processrätten. JFT 19 (1883), 127-141 ja 20 (1884), 165-179
Wrede, R. A.: Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt. Helsingfors 1884
Wrede, R. A.: Civilprocessen, dess begrepp och gränser. JFT 22 (1886), 68-91
Wrede, R. A.: Fordras för tredskodom fullt bevis? JFT 24 (1888), 349-358
Wrede, R. A.: Är inrättandet af särskilda handelsdomstolar hos oss önskvärdt? JFT 25 (1889), 173-191
Wrede, R. A.: Om rösträtt och röstbegränsning vid val till borgareståndet I-II. Finsk tidskrift 37 (1894), 355-363 ja 42 (1897), 50-62
Wrede, R. A.: Uttalande i rösträttsfrågan. Finsk Tidskrift 42 (1897)
Wrede, R. A.: Anteckningar enligt professor R. A. Wredes föreläsningar öfver rättegångsförfarandet i tvistemål. Moniste, Helsingfors 1898
Wrede, R. A.: Anteckningar enligt professor R. A. Wredes föreläsning öfver civilprocessens allmänna läror. Moniste, Helsingfors 1902
Wrede, R. A.: Finlands gällande civilprocessrätt I-II. Helsingfors 1905, 1910
Wrede, R. A.: Anteckningar enligt föreläsningar öfver civilprocessens allmänna läror. Helsingfors (1902)
Wrede, R. A.: Oskar Bülow. Muistosanat Juridiska föreningenin kokouksessa 18 joulukuuta 1908. JFT 45 (1909), 201-210
Wrede, R. A.: Todistusoikeuden pääpiirteet voimassaolevan lain mukaan. Helsinki 1910 (ruotsiksi 1894)
Wrede, R. A.: Matthias Calonius. Helsingfors 1917
Wrede, R. A.: Grunddragen af Finlands processrätt. Helsingfors 1919
Wrede, R. A.: Några synpunkter i frågan om ny rättegångsordning i Finland. Teoksessa R. A. Wrede: Valda juridiska uppsatser I. Helsingfors 1924
Wrede, R. A.: Förhör med part under straffansvar. Teoksessa R. A. Wrede: Valda juridiska uppsatser II. Helsingfors 1939, 235-244
Wrede, R. A.: Valda juridiska uppsatser I-II. Helsingfors 1924 ja 1939

Würtemberg, Marks E. von: Blick på den svenska lagstiftningen altifrån adertonhundratalet början. Teoksessa Minnesskrift ägnad 1734 års lag I. Stockholm 1934

Yeo, Eileen: Mayhew as a Social Investigator. Teoksessa E. P. Thompson ja Eileen Yeo (toim.): The Unknown Mayhew. Penguin Books Aylesbury 1973, 56-112

Ylikangas, Heikki: Oikeus historiallisena ilmiönä. Helsinki 1978

Ylikangas, Heikki: Receptionen av romersk rätt i Sverige. Teoksessa Heikki Ylikangas: Historiska och rättshistoriska uppsatser. Oikeuden yleistieteiden laitoksen julkaisuja 1, Helsinki 1979

Ylikangas, Heikki: Olaus Petrin tuomarinohjeet. helsinki 1982

Ylikangas, Heikki: Miksi oikeus muuttuu? Laki ja oikeus historiallisen kehityksen osana. Helsinki 1983

Ylikangas, Heikki: Vuoden 1734 lain syntyminen. Teoksessa Kekkonen, Jukka ym.: Oikeudellisen sääntelyn kehityskirjoja. Gaudeamus 1985, 12-27

Ylikangas, Heikki: Käännekohdat Suomen historiassa. Juva 1986 (1986a)

Ylikangas, Heikki: Valtio ja väkivalta keski- ja uudenajan jälkeen Suomessa. Juva 1986

Ylikangas, Heikki: Über den gesellschaftlichen Hintergrund des finnischen nationalen Bewegung. Teoksessa Takalo, Tenho: Finns and Hungarians between East and West. European Nationalism and Nations in Crisis during the 19th and 20th Centuries. Jyväskylä 1989

Ågren, Maria: Att lösa ekonomiska tvister - domstolarnas främsta sysselsättning på 1700-talet? Historisk Tidskrift 1988, 481-511

Åkvist, Gösta: Frieden und Eidschwur. Studien zum mittelalterlichen germanischen Recht. Skrifter utgivna av institutet för rättshistorisk forskning I:14. Lund 1968, 354-367

Åquist, Göran: Kungen och rätten. Studier till uppkomsten och den tidigare utvecklingen av kungens lagstiftningmakt och domsrätt under medeltiden. Lund 1989, erit. 190, 297-306

Öfversigt af lagstiftnings- och förvaltningsåtgärder i Sverige mellan riksdagarne 1868-1870. JFT 6 (1870), 260-269, 312-325

Österberg, Eva: Social Arena or Theatre of Power? The Courts, Crime and the Early Modern State in Sweden. Teoksessa Heikki Pihlajamäki (ed.): Theatres of Power. Social Control and Criminality in Historical Perspective. Jyväskylä 1991, 8-24

2 PAINAMATTOMAT LÄHTEET

af Ursin, Klaus: Senaatin talousosaston virkamiesten syntyperästä isän sosiaalisen aseman suhteen keisarillisen autonomian aikana. Julkishallinnon pro gradu-tutkielma, Tampereen yliopisto 1980.

Kotkavirta, Jussi: Laki ja etos Hegelillä. Alustus Oikeuden polysentria-projektin seminaarissa elokuussa 1992

Nousiainen, Kevät: Tuomio ja sovittelu. Alioikeuksien riidanratkaisun historiallista tarkastelua. Oikeustieteellinen lisensiaattityö. Helsingin yliopisto 1985

Prokuraattorinkertomukset suuriruhtinaskunnassa tapahtuneista rikoksista ja siviilijutuista 1839-1862, 1863-1891 (vuodelta 1887 ei kertomusta). Prokuraattorin toimituskunta 1809-1918. Valtionarkisto.

Prokuraattorinkertomuksiin tilastotaulukot 1843-1862, 1863-1880, 1881-1890. Prokuraattorin toimituskunta 1809-1918. Valtionarkisto.

Turunen, Ilkka: Patriarkalismin ja sosialismin välissä. Porvarilliset yhteiskuntapoliittiset ajatusmuodot ja käyännöt vuosisadan vaihteen Suomessa. Poliittisen historian pro gradu-tutkielma, Helsingin yliopisto 1982

3 LAINSÄÄDÄNTÖÄ

Maunu Eerikinpojan Kaupunkilaki liitteineen. Helsinki 1926

Kuningas Kristoferin maanlaki. Vaasa 1978

Schmedeman: Kongl. Stadgar / Förordningar och Resolutioner Från Åhr 1528 in til 1701 Angående Iustitiae och Executions-Ährender. Upsala 1706

Sveriges Rikes Lag. Gillad och Antagen på Riksdagen Åhr 1734. Stockholm 1780

Samling af de i Storfurstendomet Finland gällande och intill år 1855 utkomne Författningar, hvilka ändra eller förklara allmänna Lag eller utvidga och närmare bestämma föreskriftene i de ämnen densamma omfattar. Förra delen 1538-1799. Helsingfors 1855

Förordning om Skrift- och Tryckfriheten af den 2 December 1766

Samling af de i Storfurstendomet Finland gällande och intill år 1855 utkomne Författningar, hvilka ändra eller förklara allmänna Lag eller utvidga och närmare bestämma föreskriftene i de ämnen densamma omfattar. Sednare delen 1800-1854. Helsingfors 1855

Kejs. Kungörelse, angående åtskilliga förändringar i Finlands judiciella indelning, den 9 apr. 1843

Suomen asetuskokoelma 1860-1980

4 LAINVALMISTELU- JA VALTIOPÄIVÄASIAKIRJOJA

Sjögren, Wilhelm: Förarbetena till Sveriges Rikes Lag 1686-1736. I-VIII. Uppsala 1900-1909

Vapaaherra August Armfeltin kirjelmä laamanninvirkojen lakkauttamisesta vuoden 1809 valtiopäivillä. Tandefeltin kirjelmä mm. laamanninja kihlakunnanoikeuksien yhdistämisestä. Ritariston ja aatelin alamainen anomus

Protokoller förda i det utskott af Finlands fyra stand, som till följd af Hans Kejserliga Majestets Nådiga Manifest af den 29 Mars (10 April) 1861 sammanträdde i Helsingfors, den 20 januari - 6 mars 1862. 21 frågan (angående indragning af lagmans- och kämnersrätterne), 22. frågan (angående nämdemäns utwäljande af tingslaget och deras andel i tingsgästningskaperne), 23. frågan (angående hållande af urtima ting), 24. frågan (angående upphörande af adelns forum privilegiatum, R.B. 8:2)

Armollinen esitys 20/1863 kihlakunnan ja lautamiesten ottamisesta ja palkkaamisesta

Anomusehdotus kihlakunnankäräjien useammin toimittamisesta sekä laamannin- ja kämnerinoikeuksien lakkauttamisesta. Heikelin ehdotus. Hildenin ehdotus vuosien 1863-64 valtiopäivillä

Armollinen esitys 21/1863-64 valtiopäiville välikäräjien pitämisestä siviiliasioita ja pienempiä rikosasioita varten

Anomusehdotus kauppatuomioistuinten järjestämisestä (porvarissääty) 1867 valtiopäivillä

Armollinen esitys 3/1867 asianomaisesta tuomioistuimesta, jossa erinäiset vapaasukuisia koskevat oikeusasiat ovat esiinotettavat

Anomusehdotus kihlakunnanoikeuksien uudelleenjärjestämisestä. Ritariston ja aatelin alamainen anomus 1867 valtiopäivillä

Armollinen esitys 21/1867 kämnerinoikeuksien, laamanninoikeuksien ja ritarisyynioikeuden lakkauttamisesta sekä muutamain oikeudenkäyntijärjestystä ja eräiden tuomioistuinten järjestysmuotoa koskevain lainkohtain muuttamisesta tahi kumoamisesta

Armollinen esitys 4/1872 oikeudenkäymiskaaren 10:16 muuttamisesta, että tilusriidat kruununtilain välillä ovat yleisten oikeuksien ratkaistavat

Anomusehdotus maanjako-oikeuksien lakkauttamisesta ja siirtämisestä kihlakunnanoikeuksiin (talonpoikaissääty) 1872 valtiopäivillä

Armollinen esitys 20/1872 OK 17:4 ja 20 pykälien selittämisestä

KomMiet 1875:1. Kihlakunnanoikeuksien muuttamisesta pysyviksi tuomioistuimiksi

Armollinen esitys 23/1877-78 kihlakunnan lautakunnasta

Anomusehdotus 7/1885 tuomioistuimia ja oikeudenkäyntiä koskevien säännösten muuttamisesta. Ritaristo ja aateli

Säätyvaltiopäivät. Anomusehdotus 18 oikeudenkäyntilaitosta koskevan lain valmistamisesta ja oikeudenkäymiskaaren osittaisesta muuttamisesta

KomMiet 1887:7. Niistä periaatteista, joita olisi noudatettava maanmittaus-, jako- ja veroitusasioita koskevaa lainsäädäntöä uudistettaessa.

Anomusmietintö 21:1891. Suomen Säätyjen alamainen anomus lainmuutoksista, jotka lähimmiten tarkoittavat suuremman nopeuden ja yksinkertaisuuden saavuttamista lainkäyntimenettelyssä

Anomusehdotus ylimmän tuomioistuimen perustamisesta (aateli) 1891

Förslag till förordning angående rådstufusrätts sammansättning i mindre mål (porvarissääty) 1891

Armollinen esitys 2/1894 osittaisista muutoksista oikeudenkäymiskaareen

Armollinen esitys 2/1897 osittaisista muutoksista oikeudenkäymiskaareen

Armollinen esitys 33/1897 oikeudenkäyntiasiamiehistä ja asianajajayhdistyksistä

KomMiet 1898:6. Oikeudenkäyntilaitosta koskevan lainsäädännön tarkastamista varten asetetulta komitealta

KomMiet 1898:11. Oikeudenkäyntikomitean ehdotus asetukseksi haasteesta y.m. ja asetukseksi haastemiehistä, sekä perustelmat

KomMiet 1898:12. S:n, s:n asetukseksi, joka sisältää erityisiä määräyksiä muutoksen hakemisesta alioikeuksien tuomioihin ja päätöksiin

KomMiet 1898:13. S:n, s:n asetukseksi erityisten O.K. pykäläin muuttamisesta, ynnä perustelmat

Armollinen esitys 11/1900 koskeva osittaisia muutoksia oikeudenkäymiskaareen

Armollinen esitys 14/1900 oikeudenkäyntivaltuusmiehistä ja asianajajayhdistyksistä

Armollinen esitys 26/1900 koskeva muutettuja määräyksiä tuomioistuimesta riita-asioissa

Komitébetänkande 1901:8 Förslag till Reform af rättegångsväsendet utarbetade af en därtill förordnad komité. I. Förslag till lag om domstolarna jämte motiv. (2. uppl.) Helsingfors, 1908

Komitébetänkande 1901:9 Förslag till Reform af rättegångsväsendet utarbetade af en därtill förordnad komité. II. Förslag till lag om rättegången i tvistemål jämte motiv. (2. uppl.) Helsingfors, 1908

Komitébetänkande 1901:10 Förslag till Reform af rättegångsväsendet utarbetade af en därtill förordnad komité. III. Förslag till lag om rättegången i brottmål jämte motiv. (2. uppl.) Helsingfors, Kejserliga senatens tryckeri 1901

Komitébetänkande 1901:11 Förslag till Reform af rättegångsväsendet utarbetade af en därtill förordnad komité. IV. Bihang innehållande förslag till judiciell indelning af kostnaderna för reformen m.m. (2. uppl.) Helsingfors, 1908

KomMiet 1905:6. Maan alemman hallinnollisen, oikeudellisen ja kirkollisen jaoituksen järjestelystä

Ehdotukset Oikeudenkäyntilaitoksen uudistukseksi. Laatinut sitä varten asetettu komitea. I Ehdotus tuomioistuinlaiksi ynnä perustelmat. Helsinki 1908, II Ehdotus Laiksi riita-asiain oikeudenkäynnistä ynnä perustelmat. Helsinki 1908, III Ehdotus Laiksi rikosasiain oikeudenkäynnistä ynnä perustelmat. Helsinki 1908, IV Liite, sisältävä ehdotuksen Suomenmaan oikeudelliseksi jaoksi sekä arvion uudistuksen kustannuksista y.m. Helsinki 1909

Eduskuntaesitys 11/1909 II Ehdotus laiksi valtuusmiehistä ja yleisistä asianajajista

Lainvalmistelukunnan ehdotukset oikeudenkäyntilaitoksen uudistukseksi, jotka lainvalmistelukunta on laatinut tarkastettuaan oikeudenkäyntilaitosta koskevan lainsäädännön uudistamista varten asetetun komitean ehdotukset. I-IV. Helsinki 1909

Eduskuntaesitys 8/1911. Ehdotus asetukseksi OK 15:2:n muuttamisesta

Eduskuntaesitys 2/1912. Ehdotus asetukseksi OK 15:2:n muuttamisesta

Hallituksen esitys 30/1917 II laiksi OK 11:10 muuttamisesta

Lainvalmistelukunnan ehdotus 1918 oikeuslaitoksen uudistamiseksi

Hallituksen esitys 6/1919 OK 11:7,6 kumoamisesta ja 10:1 muuttamisesta toisin kuuluvaksi

Eduskuntaesitys 22/1920 OK 10:1 muuttamisesta

KomMiet 1920:10. Ehdotukset laiksi O.K. erinäisten osien kumoamisesta ja muuttamisesta

KomMiet 1920:15. Ehdotus laiksi O.K. 10 luvun 1 §:n muuttamisesta

Hallituksen esitys 79/1921 OK erinäisten osien muuttamisesta

KomMiet 1923:13. Ehdotukset läänien itsehallinnosta, alempiasteisista hallinnollisista tuomioistuimista sekä nykyisten läänien ja niiden hallinnon uudestaan järjestämisestä

KomMiet 1925:16. Ehdotus oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi. Professori Otto Granfeltin laatimaa ehdotusta tarkastamaan asetetun komitean mietintö

Hallituksen esitys 8/1925 laiksi oikeudenkäynnin julkisuudesta

KomMiet 1925:16. Professori Otto Hjalmar Granfeltin ehdotus oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi v. 1923

Hallituksen esitys 79/1926 OK 15:2 muuttamisesta

Lainvalmistelukunnan ehdotus 1929. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta

Lainvalmistelukunnan ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta v. 1927

Hallituksen esitys 74/1929 II laiksi OK 24:12 ja 30:15 muuttamisesta

Hallituksen esitys 60/1931 laiksi OK 4:2 muuttamisesta

Hallituksen esitys 39/1933 OK 17 luvun, 21:3 ja 24:3 ym. muuttamisesta ym.

Hallituksen esitys 36/1936 laiksi OK 11 luvun muuttamisesta ym.

Lainvalmistelukunnan ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta v. 1937

Luonnos 10.6.1939 hallituksen esitykseksi eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta
KomMiet 1939:12. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta
Hallituksen esitys 55/1940 laiksi laillisesta tuomioistuimesta ja oikeudenkäynnistä eräisiin alioikeuksiin kuuluneissa asioissa
Hallituksen esitys 137/1945 laeiksi OK 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtionvaroista annetun lain, maakaaren 1 luvun, UL 3 luvun sekä RL 17 luvun muuttamisesta
KomMiet 1949:12. Alioikeuksien järjestelykomitean mietintö maksamismääräyslaista
Hallituksen esitys 20/1949 OK 10:10 a:n muuttamisesta
KomMiet 1950:26. Rationalisoimisen ja tarkoituksenmukaisuuden aikaansaamista alioikeuksissa tutkimaan asetetun komitean mietintö
Lainvalmistelukunnan ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle maksutonta oikeudenkäyntiä koskevaksi lainsäädännöksi. Lainvalmistelukunnan julkaisuja 12, 1951
Lainvalmistelukunnan tarkistettu ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle maksutonta oikeudenkäyntiä koskevaksi lainsäädännöksi. Lainvalmistelukunnan julkaisuja 4, 1954
KomMiet 1956:17. Asianajajalaitoskomitean mietintö
KomMiet 1970:A22. Kaupunkituomioistuinkomitean mietintö
KomMiet 1971:B11. Oikeuslaitostoimikunnan mietintö
Valtioneuvoston selonteko oikeudenkäyntimenettelyn ja tuomioistuinlaitoksen uudistamisesta. Eduskunnan Pöytäkirja I/1971 vp
KomMiet 1978:35. Oikeushallintokomitean mietintö. I osa: Oikeushallinnon yleiset kysymykset. II osa: Tuomioistuinhallinto
Alioikeuksien yhtenäistäminen ja oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisen suunnitteluperusteista. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 6/1980
Ehdotus yhden tuomarin istuntoa ja riita-asiain valmistelua koskeviksi säännöksiksi. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 7/1980
KomMiet 1981:16. Oikeusaputoimikunnan mietintö
HE 1981:158. laiksi yleisestä oikeusaputoiminnasta annetun lain muuttamisesta
Nya lagberedninges betänkande angående rättegångsväsendets ombildning I-IV. Stockholm 1884
SOU 1926:31-33. Processkommissionens betänkande omgående rättegångsväsendets ombildning 1-3. Stockholm 1926
SOU 1927:15. Yttranden i anledning av processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. Stockholm 1927
SOU 1938:44. Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk II. Motiv m.m. Stockholm 1938

LYHENTEET

A.o.R	Adel och Ridderskap (Aatelissääty)
B.	Borgarstånd (Porvarissääty)
E.	Editor (toimittaja)
H.e.	Hallituksen esitys
Hg	Hergesteller (toimittaja)
JFT	Juridisk Tidskrift för Finland
KomMiet	Komiteanmietintö
L	Laki
LM	Lakimies
N.p.	Nådig proposition (armollinen esitys)
Pk.	Pöytäkirjat (painetut valtiopäivien asiakirjat)
s.	Sivu
ss.	Seuraavat sivut
Talonp.	Talonpoikaissääty
vp.	Valtiopäivät

I ALUKSI

Oikeudenkäynnin ja etenkin tuomion metaforaa käytetään paljon. Ajattelussamme inhimillinen toiminta alistetaan, jos ei välttämättä viimeiselle tuomiolle, niin ainakin historian tuomioistuimen arvioitavaksi. Tuomiolle joutumisesta puhutaan juhlallisena tai vakavana, arkisesta elämänkulusta erottuvana asiana. Tuomiolle joudutaan yhtä hyvin myyteissä kuin historiassa; valta antaa tuomio on kosmisen ja yhteiskunnallisen järjestyksen keskeinen vertauskuva ja ilmentymä. Tuomion lausuminen on ehkä kaikkein tyypillisin kielellinen ilmaus, joka on teko. 'Minä tuomitsen'-lauseen avulla voi havainnollistaa kielen sellaista ulottuvuutta, johon toden ja epätoden dikotomia ei sovi. 'Minä tuomitsen' on performatiivista kieltä, jonka ulottuvuudet liittyvät auktoriteettiin, toimintaan ja valtaan. Tuomio koettelee ja osoittaa lausujansa valtaa. Tuomio on tuomio vain ollessaan tehokasta puhetta - samanaikaisesti sana ja teko.

Johan *Huizinga* kirjoittaa oikeudenkäynnistä leikkinä todistaakseen ihmisen olevan ennen kaikkea leikkivä ihminen. Hän tarkastelee sellaisia inhimillisen toiminnan muotoja, joista ensi silmäyksellä on leikki kaukana. Koska oikeudenkäyntiä yleensä pidetään vakavassa tyylilajissa etenevänä menettelynä, Huizinga yrittää löytää siitäkin leikin ilmauksia. Hän osoittaa etenkin joidenkin esivaltiollisten riitojen ratkaisun tapojen olevan luonteeltaan leikinomaisia; kahden asianosaisen kamppailuna etenevää oikeudenkäyttöä voi myös tarkastella pelinä. Mielestäni Huizingan esimerkit osoittavat kuitenkin lähinnä sen, että moderni prosessi yleensä etenee vakavan eikä leikkisän tyylin mukaisesti. Tämä liittyy käsitykseni mukaan siihen, että oikeudenkäynti on niin olennaisella tavalla yhteiskunnallisen vallan seuralainen.

Vaikka en luonnehdi modernia oikeudenkäyntiä leikiksi tai peliksi, olen kiinnostunut tarkastelemaan sitä vuorovaikutuksena, interaktiona tai keskusteluna. Näkökulmani oikeudenkäyntiin suuntautuu tämän sosiaalisen vuorovaikutuksen sääntöihin. Kysyn, minkälaista vuorovai-

kutusta moderni länsimainen prosessi oikeastaan on; tarkastelen sitä hallitsevia sääntöjä. Tästä näkökulmasta oikeudenkäyntiä voi pitää keskusteluna, jolla on osanottajansa ja sääntönsä. Jäljitän näitä sääntöjä kuvatakseni epätarkasti ilmaisten *prosessin herruutta*. Oikeudenkäyntiin sisältyy kuitenkin monenlaista valtaa. Oikeudenkäynnillä on kosketuspinta moniin yhteiskunnan alueisiin: poliittiseen, taloudelliseen ja sosiaaliseen. Käsitykseni mukaan oikeudenkäynnissä on kyse myös eräänlaisesta episteemisestä vallasta.

Hahmotin tutkimustehtäväni alun perin suhteellisen kapeasti. Tarkoitukseni oli tutkia suomalaisen oikeudenkäytön modernisoitumista. Noin sata vuotta sitten *Wreden* komiteana tunnettu komitea sai tehtäväkseen laatia ehdotuksen suomalaisen oikeuslaitoksen kokonaisuudistukseksi. Jo tämä komitea piti suomalaista prosessia eurooppalaisessa verrannossa vanhakantaisena. Komitea esitti perusteluissaan, että melkein kaikissa Euroopan maissa oikeuslaitos ja prosessuaaliset säännöt oli uudistettu. Uudistamisen alun komitea näki Ranskan vallankumouksessa. Vallankumousmiehet vaativat suullista, julkista oikeudenkäyttöä, maallikoiden osallistumista, syyttämismenettelyä ja oikeudenkäytön yksinkertaistamista. Näille prosessiperiaatteille esitettiin kaksi alkuperää: vanha germaaninen oikeus ja Englannin prosessijärjestelmä. Ranskan vallankumouksen yhteydessä ne tulivat tutuiksi Euroopan mannermaan kansoille.[1]

Ranskan perustuslakia säätävä kansalliskokous antoi ranskalaisille prosessilait, jotka muodostettiin monissa tärkeissä suhteissa Englannin mallin mukaan. Napoleonin lainsäädännön kautta ne pääsivät 'useimpien Euroopan kansojen yleiseen tajuntaan'. Prosessiuudistuksen kypsinä hedelminä voi Wreden komitean mukaan pitää niitä prosessioikeuden 'täydellisiä kodifikaatioita', joita säädettiin eri puolilla Eurooppaa 1800-luvun loppuun mennessä ja jotka saivat aikaan 'täydellisen poikkeamisen ennen vallinneista oloista'.[2]

---

1. KomMiet 1901:8, 44.
2. 1860-luvulla annettiin prosessilait Venäjän keisarikuntaa, Romaniaa, Serbiaa, Italiaa ja Unkaria varten. 1870-luvulla uudistettiin Espanjan ja Itävallan rikosprosessilait. Yhdistyneen Saksan valtakunnan prosessilait annettiin vuonna 1877. Yhdistyneen Saksan valtakunnan prosessilait annettiin vuonna 1877. 1880-luvulla uudistettiin Alankomaiden, Skotlannin ja Norjan prosessilait. Bulgarian 1870-luvulla annettu väliaikainen prosessilaki korvattiin 1890-luvulla erillisillä siviili- ja rikosprosessilaeilla. Vuonna 1883 saatettiin voimaan uusi siviiliprosessilaki Bosniassa ja Hertsegovinassa. Itävallan uusi siviiliprosessilaki vahvistettiin vuonna 1895, Unkarin rikosprosessilaki 1895. Mt., 45-47.

Nykylukija tietää, ettei kokonaisuudistusta Suomessa toteutettu. Suomi ja Ruotsi jäivät pitkään prosessioikeuden modernisoinnin aallon ulottumattomiin. Nykyisten suomalaisten alioikeuksiemme toimijat - tuomari, lautakunta, kantaja ja vastaaja - esiintyvät jo keskiaikaisissa oikeudenkäynneissä. Lähes kolme vuosisataa tärkein prosessioikeuden kodifikaatiomme on ollut Ruotsin 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaari, joka ei sekään juuri tuonut oikeudenkäyntiin mitään uutta. Tuomioistuimien ja niissä noudatettavan menettelyn sääntöjen pitkäkestoisuus antaa suorastaan ylihistoriallisuuden vaikutelman. Suomessa toteutetaan vasta 1980- ja 1990-luvuilla eräitä oikeudenkäytön modernisoitumisessa keskeisinä pidettyjä reformeja. Ruotsissa prosessia uudistettiin Suomea nopeammin, mutta silti eurooppalaisittain huomattavan myöhään. Esimerkiksi todistelua ja oikeudenkäynnin suullisuutta koskevat uudistukset toteutettiin Suomessa sadan tai sadanviidenkymmenen vuoden viiveellä useimpiin Euroopan maihin verrattuna. Suomalaisen prosessioikeuden modernisoitumista voi pitää huomattavan myöhäisenä, ja myöhäisyyden syiden selvittämistä tutkimisen arvoisena.

Oikeudenkäytön modernisoitumista on kuitenkin mahdotonta pohtia kysymättä, mistä eurooppalaisen prosessin modernisoitumisessa yleensä oli kyse. Oliko kysymyksessä niin yhtenäinen, yleiseurooppalainen ilmiö kuin Wreden komitea antaa ymmärtää? Komitea viittaa modernin prosessin anglosaksisiin esikuviin, mutta tarkempi erittely tästä puuttuu. Jokainen suomalainen juristi toki tietää, että common law-prosessi on luonteeltaan hyvin erilainen kuin mannermainen siitä huolimatta, että se Wreden komitean mukaan oli mannermaisen prosessin esikuva. Jos modernissa länsimaisessa oikeudenkäytössä on kulttuurisia eroja, voi kysyä niiden perustaa ja suomalaisen oikeudenkäytön suhdetta niihin. Näin pitkälle päädyttyään tutkija joutuu kysymään sitäkin, mitä moderni ja modernisoituminen itse asiassa on yleensä ja oikeudenkäytön yhteydessä erityisesti. Kysymys suomalaisen prosessin modernisoitumisesta alkaa tiukasti asetetun väitöskirjatutkimuksen sijasta näyttää laajalta tutkimushankkeelta.

Modernista puhuva tutkija joutuu kokonaiseen merkitysten ja maailmantulkintojen verkostoon. Onkin tarpeen aluksi viitata lyhyesti siihen, mikä hallitsee omaa näkökulmaani moderniin. Tarkastelen modernia yhtenäistymisen ja eriytymisen prosessien samanaikaisuutena. Modernin ihmisen maailma muuttuu sekä universaalimmaksi että eriy-

tyneemmäksi. Moderni yhtenäistyminen ilmenee monilla tasoilla eräänlaisena ihmisten elinehtojen yhtäläistymisenä. Paikalliset ja säädyittäiset erot menettävät merkitystään. Aika, kieli ja toimintatavat yhtenäistyvät; usein tämä muutos tai sen tietyt piirteet kuvataan rationaalistumiseksi. Ehkä syvällisimmin yhtenäistyminen ilmenee ihmisen universaalia yhtäläisyyttä koskevassa olettamuksessa, joka on oikeuden modernisoitumisen keskeinen piirre. Toisaalta moderni on ihmisen toiminnan ja tietämisen eriytymistä: työnjakoa, tiedon erikoistumista ja ihmisen eri kykyjen, roolien tai osasuoritusten irtaantumista toisistaan.

Moderni oikeus ilmentää sekä yhtenäistymisen että eriytymisen prosesseja. Modernin oikeuden subjektit oletetaan universaaleiksi; paikallinen korvataan valtiollisella ja valtiollinen ylikansallisella. Esimerkiksi modernissa syntyvä faktan ja normin dikotominen erillisyys sekä oikeuden ammatillistuminen johtavat siihen, että oikeudellinen normatiivisessa merkityksessä irtaantuu maallikoiden maailmasta. Syntyy erityinen oikeudellisen toiminnan ja tietämisen tapa, joka kiinnittyy oikeudellisiin instituutioihin kuten tuomioistuimiin, hallintoon, lainvalmisteluun ja ammattijuristeja kouluttaviin laitoksiin. Modernin oikeuden erottaa käsitykseni mukaan esimodernista ennen kaikkea sen universaali luonne ja ammatillisen eriytyneisyys.

Tarkastelen siis oikeudenkäynnin modernia muotoa sille ominaisten interaktion sääntöjen kautta. Onko nämä säännöt nähtävä esimerkiksi talouden tai politiikan funktiona tai ylipäänsä jonkin oikeudenkäytölle ulkoisen yhteiskunnan alueen määrittäminä? Tuomiovallalla ja tuomareiden nimittämisellä on ilmeinen kosketuspinta politiikan alueeseen. On myös helppo osoittaa, että taloudelliset muutokset vaikuttavat joihinkin prosessin piirteisiin ja esimerkiksi oikeudenkäyntien määrään. Modernia oikeudenkäyttöä ei kuitenkaan käsitykseni mukaan voi tarkastella vain sen paremmin politiikan, talouden kuin sosiaalisten toimintatapojen tai omalakisen 'interaktiohistoriankaan' näkökulmasta.

Näin on käsittääkseni sen vuoksi, että moderni oikeus itse osallistuu niiden alueiden muodostumiseen, jotka vaikuttavat modernin oikeudenkäynnin muotoon ja menettelytapoihin. Moderni oikeus nimittäin juuri erottaa käsitteellisesti esimerkiksi (poliittisen) valtion ja talouden käsitteellisesti toisistaan ja vaikuttaa näin poliittisten ja taloudellisten käytäntöjen keskinäissuhteeseen. Pyrinkin hahmottamaan

tuomiovaltaa ja oikeudenkäyntimenettelyyn sisältyvää valtaa modernin oikeuden synnyn vaiheesta käsin. Siinä oikeudenkäynti asetetaan suhteessa talouden, politiikan ja sosiaalisen elämän alueisiin. Sen vuoksi modernia oikeudenkäyntiä ei ole mahdollista kuvata minkään tällaisen alueen funktiona tai määrittämänä.

Pohdin työni ensimmäisessä pääjaksossa modernin oikeuden erityispiirteitä laajasti - joidenkin lukijoiden mielestä ehkä tarpeettomasti tai liikaa. Pyrin osoittamaan, miten moderni juridinen tietämisen tapa eriyttää yhteiskunnan alueita toisistaan ja samalla yhdistää ne. Tämä liittyy siihen, miten oikeuden kautta hahmotetaan taloudelliset markkinat ja niiden ulkoiseksi kuoreksi muodostuva valtio.

Yritän osoittaa tiettyjä rakenteellisia yhteyksiä länsimaisten modernien yhteiskuntien tavassa ymmärtää tuomiovalta yhteiskunnallisena valtana ja sellainen valta, jota nimitin edellä 'prosessin herruudeksi'. Viimeksimainittu ilmenee oikeudenkäynnin vuorovaikutusta koskevissa säännöissä. Tuomiovallan yhteiskunnallinen paikka valtion ja markkinoiden välissä hahmotetaan samaan tapaan kuin prosessin subjektien - tuomarien ja asianosaisten - paikka oikeudenkäynnissä. Väitän, että tällainen vastaavuus voidaan osoittaa modernille prosessille asetetun tavoitteen ja sen subjektirakenteen kautta. Hahmotan kysymystä lähinnä valtion ja kansalaisyhteiskunnan keskinäissuhteen avulla. Varhaisessa modernissa eri yhteiskunnissa hahmotetaan tätä suhdetta jossakin määrin eri tavoin. Kysymys on kulttuurisista eroista. Pyrin nostamaan esiin eri kulttuuripiirien sisällä ja niiden välillä vallitsevia eroja. Viime kädessä tarkoitukseni on osoittaa tällaisia eroja, jotta voisin arvioida miten suomalainen oikeudenkäyttö suhteutuu niihin.

Tutkimukseni ensimmäisen pääjakson viimeinen kokonaisuus käsittelee modernia tiedettä tai oikeastaan modernille ominaista tieteellisen tietämisen tapaa.[3]Pyrin sen avulla osoittamaan lähtökohtia sille, minkälaisiin usein julkilausumattomiin epistemologisiin olettamuksiin moderni oikeudellinen tietäminen perustuu. Tällainen tietämisen tapa ei vaikuta vain tieteessä tai tieteellisissä yhteisöissä. Yritän osoittaa, että 1700-luvun lopulla ja 1800-luvun alussa syntyvä moderni oikeustiede kiinnittyy yhteiskunnallisiin käytäntöihin, etenkin oikeudenkäyntiin. Oikeutta ja oikeudenkäyttöä koskeva tieto eriytyy ja 'tieteellistyy'.

---

3. ks. jaksoa Oikeustiede systeeminä. Tämä jakso on tärkeä monessa suhteessa.

Tarkastelen tämän tiedon epistemologisia lähtökohtia modernissa filosofiassa. Pyrkimykseni on osoittaa, miten nämä lähtökohdat ilmenevät yhteiskunnallisissa käytännöissä. Viime kädessä oletan, että kuvaamani epistemologia vastaa modernille yhteiskunnalle ominaista yleistä tapaa tietää - se ilmentää eksplisiittisesti sellaista, mitä implisiittisesti pidetään yhteiskunnallisten käytäntöjen lähtökohtana. Jakson tärkein anti on osoittaa modernille tietämiselle ominainen 'subjektin kahdentuminen', jonka pyrin seuraavassa tutkimukseni pääjaksossa osoittamaan saavan ilmauksensa modernissa oikeudenkäytössä.

Oikeustieteen tieteellistymistä koskeva jakso oli vaikea kirjoittaa, ja se on epäilemättä raskas lukea. Halutessaan lukija voi edetä oikotietä seuraavaan, oikeudenkäyttöä koskevaan osaan. Silloin hänen tosin voi olla vaikeata nähdä, minkä vuoksi modernin prosessin epistemologisiin lähtökohtiin voi mielestäni ottaa myöhäismodernia etäisyyttä. Näin on monesta syystä, ei vähiten siksi, että myöhäismoderni filosofia pitkälle kyseenalaistaa modernin tieteellistämisen projektin.

Tutkimukseni toinen pääjakso käsittelee modernia oikeudenkäyttöä. Modernin oikeudenkäynnin tavoitteeksi asetetaan hyvin yleisesti oikean ja toden toteuttaminen yksittäisessä oikeustapauksessa. Oikeudenkäynnille asetetaan kunnianhimoisesti tavoite, joka vuosisatojen ajan on karannut filosofien ulottuvilta. Esitän modernin oikeudenkäynnin leikkauspisteeksi, jossa oikean ja toden toteuttamiseksi oikeussubjektin oikeuksia ja velvollisuuksia sovelletaan empiiriseen subjektiin. Oikeussubjekti muotoutuu oikeudellisen alueen eriytymisen kautta; oikeussubjektit määritetään suhteissaan yhteiskunnan eri alueisiin oikeustieteen esittämällä tavalla. Oikeudenkäynnissä esiintyviin empiirisiin subjekteihin suhtaudutaan toisella tavalla. Totuuden selvittämisessä käytetään erityistä tekniikkaa. Esitän modernin oikeudenkäynnin interaktion muodostuvan kyselyn ja kerronnan tekniikoiden varaan ja perustuvan empiristiseen epistemologiaan. Käsittelen tässä jaksossa myös oikeudenkäynnin subjektirakenteen muotoutumista valtion, markkinoiden ja 'sosiaalisen' voimakentässä. Tästä hahmottuu se, mitä epämääräisesti voi kutsua modernin prosessin herruudeksi.

Tutkimukseni kolmas pääjakso käsittelee suomalaisen modernin prosessin syntyä. Tarkastelun luonne muuttuu tässä jaksossa siinä mielessä, että pyrin osoittamaan niitä erityisiä historiallisia tekijöitä, jotka vaikuttivat suomalaisen prosessin modernisoitumisen ajankohtaan ja sen saamaan muotoon. Ensimmäisten pääjaksojen 'loogisesta' tai 'kä-

sitteellisestä' tarkastelusta siirrytään tässä 'historialliseen'. Tämän siirtymän yhteydessä on tarpeen käsitellä lyhyesti kysymystä ajallisuuden merkityksestä historia- ja yhteiskuntatieteessä. Kaikkiaan oletan, että Suomessa hyvin hitaasti toteutunut prosessin muutos voidaan hahmottaa samoista lähtökohdista kuin länsimainen moderni prosessi yleensä. Tarkoitukseni on hahmottaa myös sitä, millä tavalla suomalainen prosessi suhteutuu länsimaisen prosessin eri variaatioihin. Osoitan tässä jaksossa myös, missä suhteissa suomalainen oikeudenkäynti modernisoitui hyvin hitaasti ja mistä suomalaisen yhteiskunnan erityispiirteistä tämä viivästyminen käsitykseni mukaan johtui.

Myöhäismodernia näkökulmaani leimaa tietoisuus modernin kehityksestä. Yritän tutkimukseni kulussa saada otteen siitä, minkälainen länsimainen moderni prosessi on 'klassisessa' muodossaan, mutta eri kulttuuripiireissä erilaisena. Alun perin tarkoitukseni oli yrittää seurata myös moderniin prosessin kohdistuvia myöhäismoderneja paineita. Lisensiaattityössäni ja muutamissa artikkeleissa olen yrittänyt osoittaa, miten yhtenäistynyt moderni prosessi tällä vuosisadalla menettää monistakin syistä merkitystään.

Moderni oikeustiede on korostanut valtion suvereniteettia, oikeuden universaalia luonnetta ja kansallisvaltion oikeutusta. Vastaavasti oikeuden historia on suosinut sellaisia historiallisia tulkintoja, jotka nostavat esiin keskittyneen valtiovallan, yleisten kansalaisoikeuksien ja kansallisen itsemäärämisoikeuden rekonstruoimiseen soveltuvia menneisyyden instituutioita ja toimintatapoja. Tällaisesta historiallisesta perspektiivistä Suomen autonominen asema Venäjän valtakunnan yhteydessä saa arvoa askeleena kansalliseen itsenäisyyteen, mutta 'kansallisen Suomen' ruotsalainen esihistoria nähdään kansanvaltaisuuden esihistoriana. Byrokraattisesti keskittyneen valtiokoneiston kehkeytymistä taas valotetaan säätyasemiin ja privilegioihin perustuvan hallitsemisen järjestelmän muodostamaa pimeää taustaa vasten. Oikeusrauha tulkitaan suvereenin valtiovallan tuotteeksi, oikeudenmukaisuus kansalaisyhteiskunnassa toteutuvan vapauden seurannaiseksi.

On mahdollista, että omana aikanamme kansallisvaltiota ja sen laitoksia keskiönään pitävä rekonstruoinnin perspektiivi on osaksi väistymässä kansainvälisen integraation edetessä. Kansallisvaltio ja kansallinen oikeusjärjestys ovat modernissa muodostaneet poliittisen ja taloudellisen toiminnan kehikon. Myöhäismodernissa tämän kehikon seinä-

mät ovat murtumassa, ja vastaavasti kansallisvaltioon liittyvä tähystysaukko menneeseen on käymässä ahtaaksi. Vielä ei voi sanoa, minkälaiset oikeuden piirteet ovat tärkeitä ylikansallisen näkökulman avautuessa. Palaan näihin kysymyksiin tutkimukseni lopulla.

Monipolvisen tutkimukseni lukijalle on kuitenkin tässä vaiheessa tunnustettava, että modernin sisällä tapahtuneet muutokset mielestäni nakertavat modernin oikeuden ja oikeudenkäytön merkitystä ja legitimiteettiä. Modernin oikeuden kontekstin muuttuminen avaa mahdollisuuden tarkastella kriittisesti modernin oikeudenkäytön klassista muotoa. Näkökulmaani määrääkin tällainen myöhäismoderniin kontekstiin perustuva kriittisyys. Se jää kuitenkin tavallaan tutkimukseni marginaaliin. Jo nytkin luvattoman laaja työ oli joissakin suhteissa rajattava. Keskeisen rajauksen tein siinä, että luovuin yrityksestä tarkastella myöhäismodernia prosessia ja sen episteemisiä lähtökohtia. Yrityksestä jäi jäljelle joukko reunahuomautuksia ja lukuohje, jota toivon kirjani 'hartaan lukijan' noudattavan. En ole halunnut peittää tutkimukseeni sisältyvää tietynlaista ristiriitaisuutta, katkoksellisuutta tai tulkinnallista monimielisyyttä, koska se ainakin osaksi on mielestäni osa tutkimani ilmiön omaa liikettä. Olen valitettavan tietoinen siitä, ettei tämä paranna kirjani luettavuutta.

Olen kirjoittanut modernista oikeudenkäytöstä tietoisena siitä, että on meneillään siirtymä modernista muunlaiseen, vasta hahmottumassa olevaan oikeuteen. Sen vuoksi pidän tarpeellisena nostaa esiin eräitä modernin oikeudenkäytön synnyn yhteydessä esiin nousseita historiallisia projektioita.

Yritän työssäni hahmottaa juristien itseymmärrystä siitä, mitä moderni oikeus ja oikeudenkäynti ovat. käytän tässä avukseni tunnettua tekstiä, joka määrittää näitä kysymyksiä: Max *Weberin* oikeussosiologiaa. Monet keskeiset modernia oikeutta ja oikeudenkäyntiä koskevat olettamukset ilmenevät tästä tekstistä. Samalla tekstin avulla on mahdollista kuvata myös sitä, millä tavalla modernin oikeuden kantajina toimineiden juristien itseymmärrys muodostaa perustaa sosiaalisille toimintadispositioille - miten tätä erityistä tietämisen tapaa on mahdotonta erottaa sitä kannattelevista sosiaalisista käytännöistä. Palaan Weberin modernia oikeutta koskevaan tekstiin eri kohdissa tutkimustani sen vuoksi, että pyrin osoittamaan sen taustalla vaikuttaneen tiedon erityisen historiallisen luonteen. Korostettakoon, ettei kyse ole Weberin metodologisiin lähtökohtiin kohdistuvasta arvostelusta. Pi-

kemminkin Weberin teksti saa oman metodologisen oivalluksensa mukaisesti toimia eräänlaisena modernin oikeuden ideaalityyppinä. Juristien, historioitsijoiden ja sosiologien tuntema 'Oikeussosiologia' toimii kuitenkin tavallaan modernin oikeuden muotokuvana, jota myöhäismoderni tutkija voi eri kohdissa retusoida. Weberin esityksen kulttuuriset lähtökohdat olivat historialliset, kuten hän itsekin epäilemättä asian käsitti.

II MODERNI OIKEUS, TUOMIOVALTA JA OIKEUDENKÄYTTÖ

1. Modernin oikeuden ideaalityyppi

Oikeussosiologian vaikutusvaltaisimpia tekstejä on Max *Weberin* Wirtschaft und Gesellschaft-teoksen [1] se suhteellisen lyhyt jakso, jota kutsutaan Weberin oikeussosiologiaksi.[2] Se on myös keskeinen sosiologisen ja juridisen ajattelun risteämäkohta. Kysymyksessä on teksti, jossa tiivistyy monta moderniin oikeuteen yhdistettyä määritettä. Weber pyrkii antamaan yhteiskuntatieteellisen tulkinnan ainekselle, joka on juristien näkökulmasta oikeuden ydintä. Weber oli alun perin historioitsija. Hän tunsi lisäksi hyvin aikansa oikeusdogmatiikkaa ja sen kannalta tärkeätä roomalaista oikeutta.

Weber esittää 'modernin oikeuden' ideaalityypin, jota on pidetty historiallisesti osuvana kuvauksena länsimaisesta modernista oikeudesta. Weberin *formaalis-rationaalisen* oikeuden ideaalityyppi on muodostunut *modernin oikeuden* käsitteelliseksi perusmalliksi. Omasta mielestänikin Weberin formaalis-rationaalinen oikeus kuvaa hyvin modernin oikeuden keskeisiä piirteitä. Tämä Weberin ideaalityyppi on konstruoitu tietyistä kulttuurisista lähtökohdista, joita yritän osoittaa tutkimukseni kulussa. Otan huomioon Weberin esityksen historiallisen taustan ja tarkastelen modernia oikeutta myöhäismodernista käsin.

---

1. Weber eli 1864-1920. Wirtschaft und Gesellschaft julkaistiin postuumisti.
2. Weber 1956 II, 387-513. Tämä jakso muodostaa teoksen toisen niteen VII luvun, jonka varsinainen otsikko on 'Wirtschaft und Recht'.

1.1. Max Weberin moderni oikeus - evoluution kiintopiste

Weberin modernin oikeuden ideaalityyppi on tärkeä kiinnekohta myös Weberin jälkeisen oikeussosiologian esittämissä oikeuden evoluutiota kuvaavissa skeemoissa. Weberin oikeutta koskeva esitys liittyy hänen länsimaisen historian kokonaistulkintaansa, jonka mukaan modernin historia liittyy erityisen rationaliteetin kehittymiseen. Weberin käsitys länsimaisesta modernista *rationaalistumisesta* rakentuu - samaan tapaan kuin eräät myöhemmät esitykset - esteettis-ekspressiivisen, kognitiivis-rationaalisen ja moraalis-praktisen rationaliteetin eriytymiseen.[3]

Weberin edeltäjät ja aikalaiset tarkastelivat eri tavoin läntisten yhteiskuntien historiallista muutosta ja esittivät siitä omat pelkistyksensä. Ferdinand *Tönnies*in esitys voidaan tiivistää muutokseksi 'yhteisöstä tavoitteelliseen yhteiskuntaan', jota kuvaa dikotomia Gemeinschaft/ Gesellschaft. Sir Henry Sumner *Maine* kuvaa oikeudellista muutosta kaavalla 'statuksesta sopimukseen',[4] Emile *Durkheim* yhteiskuntaa koossa pitävän solidaarisuuden muuttumista 'mekaanisesta orgaaniseksi' ja oikeuden muuttumista 'repressiosta restituutioksi'.[5] Moderni länsimainen kulttuuri, jonka syntyä näillä iskulauseiksi muodostuneilla kaavoilla kuvataan, oli ensimmäistä maailmansotaa edeltävänä aikana lakipisteessään. Useimmat Weberin edeltäjät ja aikalaiset suhtautuivat siihen edistysuskoisella tavalla.[6] Tutkijat jakoivat yleisesti käsityksen modernin länsimaisen kulttuurin ja sille ominaisen rationaliteetin erityisyydestä. Weberin koko työn on nähty suuntautuvan viime kädessä yhteen kysymykseen: mitkä sosiaaliset tekijät ovat saaneet aikaan läntisen sivilisaation rationaalistumisen.[7]

---

3. Tämä rationaliteetin eriytyminen palautuu Immanuel Kantin filosofiaan tavalla, jota jäljempänä eritellään. Uskontososiologisissa kirjoituksissaan Weber tarkastelee ihmisen moraalisen ulottuvuuden rationaalistumista. Suomessa tätä Weberin tutkimusten aluetta esittelee Hietaniemi 1987.

4. Maine 1963.

5. Durkheim 1974. Kaavan 'repressiosta restituutioksi' ovat monet rikosoikeuden historian tutkijat sittemmin väittäneet olevan virheellinen. Rikosoikeuden muutos on pikemminkin edennyt 'restituutiosta repressioon', kun valtiollinen oikeus on syrjäyttänyt paikallisen tavanomaisen oikeuden sovintomenettelyn esimodernissa Euroopassa. ks. Lukes ja Scull 1983, 14.

6. Mommsen 1974, 10 ss.

7. Mannheim 1949, 51.

Massiivisen esityksensä länsimaisen talouden ja yhteiskunnan muutoksesta Weber kirjoittaa sosiologina. Sosiologiatiede oli vasta vakiinnuttamassa asemaansa. 1800-luvun työnsä Weber luki lähinnä historiallisiksi. 'Wirtschaft und Gesellschaft' sen sijaan on sosiologinen teos. Se sisältää läntisen sivilisaation eri osa-alueiden sosiologioita - talouden sosiologiaa, oikeuden sosiologiaa, yhteiskunnallisen herruuden ja kulttuurin sosiologiaa. Nämä alueet läpäisee tulkinta läntisen modernin sivilisaation erityislaatuisesta rationaalistumisesta. Tämä rationaalistuminen ei kuitenkaan ole Weberille järjen voittoa valistusajattelun mielessä, vaan ammatillistumista, byrokratisoitumista: 'tavoiterationaalisen' toimintatavan ylivaltaa. Modernin länsimaisen yhteiskunnan talous, valtio ja oikeus perustuvat kaikki tavoiterationaaliseen toimintaan tai luovat edellytyksiä tällaiselle toiminnalle. Yhteiskunnallisia instituutioita Weber selittää rationaalistumisesta käsin.[8] Tavoiterationaalisen toimintatavan ylivalta modernissa yhteiskunnassa merkitsee sitä, että toimijat pyrkivät toiminnassaan toteuttamaan tavoitettaan ennakoimalla toimintansa seuraukset.

Yksilötoimijan perspektiiviä hallitsevan tavoiterationaalisen toiminnan yleisyys ei kuitenkaan takaa sitä, että yhteiskunnallisen toiminnan kokonaisuus olisi rationaalisesti hallinnassa. Weber esittää rationaalistumisen prosessiksi, jota ei ohjaa yhteiskunnallisen järjen ykseys tai kokonaissuunnitelma. Rationaalistuminen pikemminkin johtaa kokonaistulokseen, jota kukaan ei nimenomaisesti tavoittele. Weberin rationaalistumiskuvaus sisältää tässä mielessä yhteiskuntatieteellisen vieraantumisteorian aineksia. Se ei kuitenkaan monien muiden eskatologisten teorioiden tapaan sisällä käsikirjoitusta, jota seuraamalla moderni maailma voisi vapautua vieraantumisestaan. Moderni järkiperäisyys ja byrokraattisten käytäntöjen yhä intensiivisempi ote muodostavat rautahäkin, josta ei ole vapautusta. Weber tulkitsee myös oikeuden muutosta tästä näkökulmasta. Moderni tuomari on hänen mukaansa automaatti, joka tuomitsee persoonattomasti ja ammattimaisesti säädetyn oikeuden mukaisesti. Moderni oikeus on rationaalistumisen rautahäkin rakennusosa, ja sellaisena se on osallisena siinä hävitystyössä, joka tuhoaa partikulaarista, henkilökohtaista, irrationaalista, affektuaalista ja laskematonta inhimillisessä elämässä. Weberin suhde moderniin on ristiriitainen: hän suhtautuu myönteisesti porvarilliseen kult-

8. Näin Weberiä tulkitsee Jürgen Habermas 1981 I, 236-239. Tähän tulkintaan viittaa Tuori 1988, 11-12.

tuuriin, mutta hänen kirjoituksissaan esiintyy myös synkkiä metaforia länsimaisen sivilisaation ahdistavuudesta.[9]

Jürgen *Habermas* on tosin tulkinnut Weberin rationaalisuuskäsitteistöä niin, että siihen voidaan rakentaa yhteiskunnallisen toiminnan kokonaisuuden arviointi. Habermasin mukaan Weber kuvaa kokonaisperspektiivistä yhteiskunnan arvo-orientaation rationaalisuutta sen perusteella, mitä jäsentyneempi ja systemaattisempi arvojärjestelmä ohjaa toimijoiden aktuaalisia arvovalintoja. Kaarlo *Tuori* esittää, että Weberin käsitteistössä yhteiskunnalliset rakenteet ovat muodollisesti rationaalisia, kun ne mahdollistavat tavoiterationaalisen toiminnan. Yhteiskunnallista materiaalista rationaalisuutta taas on arvioitava jonkin arvon perusteella. Koska Weber ei tunnusta arvojen olevan rationaalisesti perusteltavia, tällaiset arvot perustuvat Weberillä subjektiiviseen valintaan. Toiminta- ja yhteiskuntatason rationaalisuuskäsitykset suhteutuvat toisiinsa niin, että modernin yhteiskunnan keskeisiä instituutioita, kapitalistista taloutta, valtiota ja oikeutta yhdistää niiden muodolliseen rationaalisuuteen palautuva luonne. Tuori huomauttaa, että tavoiterationaalisuuden neutraali suhde arvoihin nähden tuottaa ongelman, koska Weber kantaa huolta objektivoituneiden arvojen muodostamasta rautahäkistä.[10]

Oman aikamme sosiologia usein sivuuttaa kokonaan kysymyksen rationaalisuudesta ja näkee modernin oikeuden vain erityisen autonomisen vallankäytön alueena. Esimerkiksi Pierre *Bourdieun* käyttämän terminologian mukaisesti juridiikan kenttä on kilpailun alue, jolla on monopoli oikeudellisiin lausumiin (de lire le droit); lausumiin siitä, mikä on nomos, asioiden hyvä distribuutio tai järjestys. Tällä kentällä kohtaavat toisensa agentit, joiden hallussa tunnustetaan olevan kompetenssi ja tekniikka tulkita legitiimeiksi pyhitettyjä tekstejä enemmän tai vähemmän sidotulla tavalla. Juridisen tulkinnan oppi ei ole päämäärä itsessään, vaan se suuntautuu käytännöllisiin päämääriin. Juridisen kentän eri tulkitsijoiden ja tulkintojen keskinäisen kilpailun rajat ovat

9. Vuoden 1895 virkaanastujaisesitelmästään aina vuoden 1919 Wissenschaft als Beruf-kirjoitukseen saakka Weber kieltää kehitysoptimismin esimerkiksi Danten Infernon tai nietzscheläisen 'viimeisten ihmisten' metaforan kautta. 'Protestanttinen etiikka ja kapitalismin henki' päättyy sekin kulttuuripessimismiin. Tieteellinen optimismi, joka olettaa tieteen tarjoavan elämänhallinnan kautta tien onneen ovat Weberistä lapsellisuuksia. Peukert 1986, 425-442. Weberin paradoksaalisesta suhtautumisesta moderniin ks. myös Schluchter 1987.

10. Tuori 1988, 15-17.

siinä, että oikeudelliset päätökset eivät saa näyttää poliittisilta vallankaappauksilta, vaan yksimielisesti tunnustettujen tekstien sisältämien sääntöjen tulkinnan välttämättömältä tulokselta. Nämä rajat ylittävä tulkinta ei kuulu juridiikan kentälle. Juristeja on vaikeata saada vakuuttuneiksi siitä, että laki perustuu vain siihen itseensä, 'perusnormiin', perustuslain normien normiin ja samalla juristien sosiaalisen ryhmän koheesioon, jonka varassa communis opinio doctorum tulkitsee tämän oikeuden transsendentaalisen perustan.[11]

Suhteellisen autonominen oikeudellinen kenttä antaa Bourdieun mukaan sosiaaliselle maailmalle virallisen tulkinnan, joka toimii voimakkaan normalisoinnin instrumenttina. Oikeudellinen formalismi saa symbolista tehokkuutta sosiaalisessa todellisuudessa. Näin Weberin formaalis-rationaalinen oikeus saa formalisoivia vaikutuksia sosiaalisessa elämässä. Kirjoitettu oikeus luo valtiollisen käytännön ja sallii homologaation, mahdollisuuden puhua samasta asiasta samalla kielellä. Tämän yhtenäisen viitekehyksen sisällä on mahdollista ilmaista yksi- tai erimielisyyttä. Moderni oikeudellinen homologaatio tekee tätä kautta Weberin väitteen mukaisesti mahdolliseksi rationaalistumisen ennakoitavuuden ja laskelmoitavuuden merkityksessä. Juridisen kentän kulttuurisen tuotannon funktiona on ylläpitää symbolista järjestystä, joka syntyy lukemattomien juridisen kentän tekojen kautta. Niiden kautta syntyy pelin rakenne, joka ei ole vain siihen liittyvien mekanismien kooste, vaan myös sen transsendenssin periaate. Juridiikan kentällä tehtyjen tekojen kumulatiivinen vaikutus on objektiivinen.[12]

Oman aikamme kuvauksiin 'hyvinvointivaltion' oikeudesta on vaikuttanut vahvasti Weberin esitys oikeuden *materiaalistumisesta*, jonka Weber pani merkille uutena ilmiönä oman aikansa formaalis-rationaalisessa modernissa oikeudessa. Weber esitti materiaalistumisen modernin oikeuden näkökulmasta ristiriitaiseksi tai kriittiseksi ilmiöksi. Samaan tapaan tämän hetken myöhäismodernit evoluutioteoriat hahmottavat toisinaan hyvinvointivaltiollista oikeuden ideaalityyppiä seuraavan evoluution vaiheen lähinnä hyvinvointivaltion kritiikin tai sen sisältämien ristiriitojen kautta. Weber itse oli hyvin tietoinen modernin ja moderniteetin, henkilökohtaista ja sosiaalista elämää hallitsevan

11. Bourdieu 1986, 3-19.
12. Bourdieu 1986, 18-19.

modernin rationaliteetin, sisältämistä ristiriidoista tai suoranaisista antinomioista.

Monet oman aikamme oikeutta käsittelevät oikeussosiologiset teoriat ovat joko nimenomaisesti tai ainakin implisiittisesti *evoluutioteorioita*. Tyypillinen nykyinen oikeuden evoluutioteoria ottaa yhdeksi oikeudellisen evoluution kulminaatiopisteeksi juuri modernin oikeuden Weberin tulkitsemassa muodossa - moderni oikeus tulkitaan formaalis-rationaaliseksi.[13] Oman aikamme teoriat oikeuden evoluutiosta tarkastelevat formaalis-rationaalista modernia oikeutta jollakin tavalla myöhäismodernista perspektiivistä. Ne sisällyttävät evoluutioskeemoihinsa ainakin hyvinvointivaltiolle ominaisen oikeuden ideaalityypin tai etenevät vielä tästäkin johonkin vasta hahmottumassa olevaan uuteen tyyppiin.

Etenkin 1800-luvun evoluutioajattelulle oli ominaista evoluutio vastakohtana revoluutiolle tai yleisemmin historiallisille katkoksille: historia etenee vähittäisen muutoksen kautta. Tässä mielessä monet nykyhetken evoluutiomallit tuntuvat tulkitsevan historiallisia vaiheita selvemmin katkoksen tai erojen kautta kuin Weberin oman ajan tutkimus. Monet oman aikamme evoluutiotulkinnat ottavat selvästi etäisyyttä moderniin korostamalla eroa oman jälkimodernin näkökulman ja modernin yhteiskunnan välillä. Moderniin yhteiskuntaan, sen instituutioihin ja etenkin sen epistemologisiin sitoumuksiin onkin mahdollista ottaa jonkinlaista myöhäismodernia etäisyyttä, ja niin tämänkin tutkimuksen yhteydessä tehdään. Mielestäni on kuitenkin tärkeätä huomauttaa, että myöhäismoderneihin oikeuden kehitysvaiheisiin sisältyy modernille oikeudelle ominainen ydin, jonka muotoon hyvinvointivaltiollinen sääntely on tosin tehnyt interventioita. Moderni oikeus on kuitenkin oman käsitykseni mukaan myöhäismodernin oikeuden toimiva osa. Tästä syystä pidän parempana puhua myöhäismodernista kuin jälki- tai postmodernista oikeudesta.

Modernin oikeuden ideaalityyppi on paradoksaalinen siinä, että se toisaalta edustaa *oikeuden suuruudenaikaa*, mutta toisaalta myös oikeuteen kohdistuvan *kuormituksen* määrällistä ja laadullista *vähentymistä*.[14] Siirtyminen moderniin porvarilliseen yhteiskuntaan aiheutti lainsäädännön vähentymisen, deregulaation. Moderni oikeus eroaa aikaisemmasta siinä, että se on (ainakin näennäisesti) siveellisistä postu-

13. Tällaisia evoluutiomalleja ovat esittäneet mm. Nonet ja Selznik 1978, Habermas1976 ja Teubner 1983.

laateista piittaamatonta. Oikeus ei toteuta materiaalisia tai sisällöllisiä ideoita oikeudenmukaisuudesta, vaan sen tehtävänä on vain ylläpitää vapautta ja oikeudellista yhtäläisyyttä. Nämä kaksi tavoitetta kohtaavat yksilönvapaudessa. Yhteiskunnallinen hyvinvointi syntyy ja oikeudenmukaisuus toteutuu, kun yksilön onnentavoittelulle ei ole ulkoisia esteitä. Yhteinen hyvä toteutuu itsessään sisällöltään neutraalina, kun vain sallitaan yksilölliset sisällölliset valinnat.

Weber korostaa sitä, että moderni formaalis-rationaalinen oikeus kontrolloi tavoitteiden toteuttamisen keinoja, mutta ei sen sijaan määrittele itse *tavoitteita*. Formaalis-rationaalinen oikeus ei itsessään sisällä moraalisia, poliittisia tai tarkoituksenmukaisuuteen perustuvia periaatteita, jotka ohjaisivat ihmisen toimintaa. Tavoitteet asetetaan oikeuteen ulkoa; oikeus toteuttaa siihen asetettuja tavoitteita.

Modernin oikeuden sisällölliseen neutraalisuuteen liittyy valtion ja kansalaisyhteiskunnan pitäminen erossa toisistaan. Julkinen intressi ja valtion funktio rajoitetaan yhtäläisen vapauden ylläpitämiseen. *Kansalaisyhteiskunta* määrittelee yhteisen hyvän sekä materiaalisessa että aatteellisessa mielessä. Yhteiskunnan on oltava autonominen. Toisaalta kaiken yhteiskunnallisen pakkovallan on keskityttävä *valtioon*, jonka tehtävä on turvata vapauden säilyminen yhteiskunnassa.[15] Moderni oikeus on valtion säätämää ja toimeenpanemaa oikeutta. Moderni porvarillinen yhteiskunta rakentuu oikeuteen, se on oikeuden leimaama yhteiskunta. Oikeus kattaa sekä valtion että kansalaisyhteiskunnan ja muodostaa näitä välittävän periaatteen. Jako valtioon ja kansalaisyhteiskuntaan tavallaan kertautuu yksityis- ja julkisoikeuden tiukkana erottamisena toisistaan. Modernin valtion syntyä ei toisaalta voi erottaa modernin oikeuden kehityksestä; valtion käsite on sidoksissa oikeustieteen tapaan käsitteellistää yhteiskunta. Valtion sosiologinen määritteleminen - johon Weberkin pyrki - on osoittautunut ongelmalliseksi. Valtio ei ole oikeustieteen diskurssista riippumaton käsite, vaan pikemminkin sen tuotetta.[16] Lähden työssäni olettamuksesta, jonka mukaan *oikeustiede on tiede, joka määrittelee modernin valtion suhdetta kansalaisyhteiskuntaan.*

---

14. Santos käyttää oikeuden evoluution vaiheita kuvatessaan Nietzscheltä peräisin olevaa metaforaa mukaillen niin, että oikeus muuttuu moderniin oikeuteen siirryttäessä moraalilla lastatusta aasista leijonaksi.Santos 1987, 87.
15. Grimm 1987, 152-154.
16. Melossi 1990, 4.

Wirtschaft und Gesellschaft-teoksessaan Weber erottaa sosiologin ja juristin näkökulman tavalla, joka vastaa vuosisadan vaihteen saksalaisessa oikeusteoriassa esitettyä käsitystä. Georg *Jellinek* oli esittänyt valtiosta ns. kaksoisteorian, jonka mukaan oikeustieteellinen teoria pitäytyy oikeuden ja valtion normatiiviseen, 'pitämiseen' kiinnittyvään tarkasteluun. Yhteiskuntatieteellisen valtioteorian tehtävä on kuvata valtion 'olemista'.[17] Weber tosin pyrki ylittämään 'olemisen' ja 'pitämisen' dikotomian metodologisen ratkaisunsa avulla - tästä enemmän jäljempänä.

Weberin mukaan juristit pitävät valtiota, yhtiöitä ja monia muita yhteiskunnallisia kollektiiveja fiktiivisinä henkilöinä, oikeuksien ja velvollisuuksien subjekteina, jotka toimivat tekemällä oikeustoimia. Sosiologin sen sijaan on nähtävä tällaisten yhteenliittymien toiminta vain yksilöiden tekoina, koska vain ihmiset kykenevät merkitykselliseen toimintaan. Sosiologisessa tarkastelussa valtion ja muiden modernien organisaatioiden olemassaolo on sosiologisesti ymmärrettävissä vain sen kautta, että ne muodostuvat ihmisten niihin kohdistuvista uskomuksista.[18] Tässä mielessä Weber pitää kiinni metodologisen individualismin vaatimuksesta. Hänen mukaansa kollektiivisen tarkastelu on kyettävä palauttamaan yksilöiden merkitykselliseen toimintaan.

Sosiaalitieteellinen 'valtion' tutkiminen merkitsee siten Weberin mukaan loputtoman diffuusin ihmistoiminnan tutkimista. Siinä ihmisen toiminta kytkeytyy yhteen vain sen kautta, että toimijat uskovat normien aktuaaliseen tai normatiiviseen pätevyyteen ja siihen, että joillakin ihmisillä on toisiin kohdistuvaa auktoriteettia.[19] Tämä merkitsee viime kädessä sitä, että valtio on Weberin mukaan sosiologisesti olemassa *legitimiteettinsä* kautta - sen kautta, että yhteiskunnassa säilyy usko valtion legitimiteettiin. Modernin yhteiskunnan kehityksen jäljittäminen onkin Weberille ennen kaikkea legitimiteetin toimintamallin ja ideaalityypin jäljittämistä.

17. Schluchter 1983, 11-23.
18. Weber 1956 I, 1-30.
19. Die Objektivität sozialwissenscaftlicher und politischer Erkenntnis'-essee vuodelta 1904. Weber 1973.

1.2. Mitä ideaalityyppi on

Tässä yhteydessä on paikallaan tarkastella Weberin ihmistieteitä koskevia ja metodologisia käsityksiä. *Ideaalityyppi* on, paitsi Weberin metodologinen innovaatio, myös hänen vastauksensa filosofis-teoreettiseen kiistaan ihmis- ja luonnontieteiden luonteesta ja varsinkin niiden käyttämän metodologian eroista tai ykseydestä. Sosiaali- ja politiikkatieteellisen tiedon objektiivisuudesta kirjoittamassaan esseessä vuodelta 1904.[20] Weber ilmaisee oman kantansa tuon ajan saksalaiseen tieteelliseen kiistaan uuskantilaisen tieteenkäsityksen, *historismin* ja *positivismin* välillä.

Uuskantilainen tieteenkäsitys vaati paluuta Immanuel *Kantin* epistemologiaan. Uuskantilaisille tieto on ihmisen konstruoimaa, ja tietoa tuotetaan käsitteiden avulla - tiede luo itse kohteensa. Käsitteenmuodostus on tiedontuotannon väline, eivätkä käsitteet ole ilmiöiden itsensä attribuutteja. Historismi on yleisnimitys epäyhtenäiselle tieteelliselle orientoitumistavalle, jossa korostuu 'hengentieteiden', 'ideografisten tieteiden' tai 'kulttuuris-historiallisten tieteiden' erityinen luonne.[21] Historisismista puhutaan kielteisessä merkityksessä tarkoittaen teleologista historiankäsitystä, jossa historialle oletetaan tavoite, telos ja tätä tavoitetta toteuttava subjekti. Saksalainen 1800-luvun idealismi oletti historiallisen muutoksen olevan evoluutiota revoluution vastakohtana, orgaanista kehitystä alemmista muodoista ylempiin.[22]

Kielteisessä mielessä 'historismin' termiä on käyttänyt erityisesti K. R. *Popper.* Popper kuvaa historismia näkemykseksi, jonka mukaan sosiaalitieteilijän on nähtävä yksilö yhteiskunnan kehityksen näkökulmasta suhteellisen merkityksettömäksi välineeksi. Historian näyttämön tärkeät näyttelijät ovat kansakuntia ja niiden johtajia, yhteiskuntaluokkia tai suuria aatteita. Tutkijan on ymmärrettävä historiallisen kehityksen lait, ja kun hän tässä onnistuu hän voi ennustaa tulevaisuutta ja antaa neuvoja politiikan tekemiseen.[23] Popper väittää historismin

20. Weber 1973.

21. Wilhelm Diltheyn osittain keskeneräiseksi jäänyt 'hengentieteitä' hahmottava Einleitung in die Geisteswissenschaften-teos vuodelta 1883 osallistui ajan metodikiistaan kantilaisesta luonnon ja historian eron lähtökohdasta. Wilhelm Windelband korosti 'ideografisten' tieteiden erityisyyttä ja Heinrich Rickert korosti 'kulttuuris-historiallisten tieteiden' perustavanlaatuista eroa luonnontieteisiin vuonna 1902 ilmestyneessä Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung-teoksessaan. Kaikki nämä tutkijat korostivat ymmärtämisen merkitystä ihmistieteissä. Käsler 1988, 180-184.

22. Kristeva 1990, 193-194.

liittyvän 'metodologiseen essentialismiin', jossa moderni fenomenologia asettuu antiikin essentialismin jatkeeksi.[24]

1800-luvun saksalaisen yhteiskuntateorian perintöä voi perustellusti pitää Popperin tarkoittamassa mielessä historistisena. Vuosisadan vaihteen yhteiskunta- ja historiatieteiden metodologiaa koskeva kiista oli kuitenkin monimuotoisempi. Esimerkiksi saksalaisella kielialueella vasta tuohon aikaan vahvasti esiin noussut taloustiede ja vanhastaan vahva oikeustiede molemmat korostivat yksilötoimijan merkitystä. 'Historian subjektin' etsiskelyn sijasta nämä tieteet ohjasivat ajattelua 'metodologisen individualismin' suuntaan. Myös historiallisen tutkimuksen erikoislaatua korostavat tutkijat katsoivat, että historiallisten ilmiöitten yksilöllinen omalaatuisuus estää metodiset yleistykset.[25]

Saksalainen vuosisadan vaihteen tieteiden metodikiista koski varsinkin historia- ja yhteiskuntatieteiden ja toisaalta *luonnontieteiden* metodologista erilaisuutta tai ykseyttä. Uuskantilaisten historiantutkijoiden mukaan historiallis-kulttuuriset ilmiöt voidaan vain 'ymmärtää'. Ne ovat uniikkeja, joten yleisten tiukkojen kausaalisten lainmukaisuuksien abstrahoiminen on niiden yhteydessä mahdotonta. Historiallis-kulttuuriset tieteet käsittelevät arvoja, joiden tutkiminen luonnontieteen metodeilla on mahdotonta. Uuskantilaisen 'eriytyneen järjen' sijasta positivismi taas korosti järjen ykseyttä, 'monistista järkeä' ja piti vastaavasti kaikkea tieteellistä tietoa luonteeltaan yhtäläisenä. Näille positivisteille luonnontieteelliset menetelmät muodostavat metodologisen perusmallin kaikille tieteille.

Weberin vastaus tähän kiistaan oli hänen metodologinen innovaationsa, *ideaalityyppi*. Vuoden 1904 metodologisen esseensä Weber kirjoitti historiatieteen käsitteenmuodostuksen näkökulmasta, mutta ideaalityypin käsitteellistäminen merkitsee hänen työssään siirtymää sosiologiseen tarkasteluun - joskin voidaan keskustella siitä, olivatko sosiologiset käsitteellistykset Weberille viime kädessä vain väline historiallisen tarkastelun tarpeisiin. Joka tapauksessa Weberille merkitykset ja arvot ovat sosiologiatieteen keskeisiä tutkimuskohteita. Ideaalityyppi on väline, joka mahdollistaa yhteiskuntatieteellisen abstrahoinnin ja yleistämisen uniikin ja ymmärtävää tutkimusotetta edellyttävän tut-

23. Popper 1969 I, 7-8.
24. Popper 1960.
25. Käsler 1988, 182.

kimuskohteen yhteydessä. Ideaalityyppi yksinkertaistaa todellisuutta rationaalisella tavalla.

Missään kohdin tuotantoaan Weber ei muotoile täsmällisesti, mitä hän ideaalityypillä tarkoittaa. Metodologisten kirjoitusten lisäksi ideaalityyppi havainnollistuu esimerkiksi Wirtschaft und Gesellschaft-teoksessa 'käyttöönotettuna'. Ideaalityyppi saadaan aikaan korostamalla yksipuolisesti jotakin tai joitakin tapahtumia tai yksittäisiä ilmiöitä, jotka niihin liittyvät, niin että muodostuu itsessään yhtenäinen 'ajatuskuva'. Tällainen kuva on käsitteellisesti puhdas, mutta sellaisena sitä ei löydä empiirisestä todellisuudesta.[26] Ideaalityyppi ei siis ole myöskään keskiarvo.[27] Ideaalityyppi on yksipuolisesti painotettu, mutta yhtenäinen analyyttinen rakennelma.

Ideaalityyppiä käytetään lähinnä heuristisiin tarkoituksiin. Se ei ole malli, teoria eikä hypoteesi, mutta sitä käytetään hypoteesien esittämiseen[28] ja siten myös teorian rakentamiseen. Wirtschaft und Gesellschaft-teoksessa ideaalityyppejä käytetään teorian apuvälineenä. Ideaalityypin tärkein käyttötarkoitus liittyy *vertailujen* tekemiseen. Ideaalityypit auttavat näkemään historiallisia eroja, ja vertailun kautta esiin saadut erot voidaan sen jälkeen kausaalisesti selittää.[29]

Yhteiskuntatieteellinen käsitteenmuodostus ei johda sellaiseen objektiiviseen tietoon, joka olisi käsitteiden muodostajan näkökulmasta riippumatonta.[30] Ideaalityypin rakentaminen edellyttää tutkijan valintaa tapahtumien ja ilmiöiden moninaisuudesta, ja sellaisena tutkijan valinta on arvosidonnainen - tiede on arvorelevanttia, wertbezogen. Tutkijan käsitteenmuodostus ei ole mielivaltaista, vaan se palautuu

---

26. 'Es wird gewonnen durch einseitige *Steigerung eines* oder *einiger* Gesichtspunkte und durch Zusammenschluss einer Fülle von diffus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandenen *Einzel*erscheinungen, die sich jenen herausgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen Gedankenbilde. In seiner Begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankenbild nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar...' Weber 1922, 191.

27. Weberillä 'Gattungsbegriff '.

28. 'er ist keine Hypothese, aber er will der Hypothesenbildung die Richtung weisen', mt.,190.

29. Roth 1978.

30. On tosin väitetty Weberin pyrkineen myöhäisissä teksteissään luomaan 'universaalia historiallista sosiologiaa' sellaisten ideaalityyppien avulla, jotka eivät vain auta ymmärtämään historiallisten ilmiöiden kulttuurista merkitystä vaan joilla olisi ylihistoriallinen pätevyys. Tämä merkitsisi pyrkimystä erottaa sosiologinen ideaalityyppi historiallisesta. Näin esimerkiksi OIkeussosiologia-tekstin ideaalityypit olisi ymmärrettävä ajasta riippumattomiksi. Käsler 1988, 183.

kultuurisiin arvostuksiin.[31] Tutkijan on valittava käsitteenmuodostuksensa lähtökohta niin, että se on hänen omassa kulttuurissaan relevantti. Eri näkökulmat voivat olla relevantteja, ja niiden välisen kiistan ratkaisee historia. Kun ideaalityyppi on muodostettu - tutkija on muodostanut käsitteensä - sitä on mahdollista käyttää arvovapaalla tavalla. Tämä kanta muistuttaa Weberin käsitystä modernin oikeuden toimintatavasta - moderni oikeus kuten moderni tiedekin tavallaan kykenee käsittelemään arvoja osallistumatta itse niiden tuottamiseen.

Weberin sosiologialle on ominaista toiminnan merkityksellisyyden tai *mielen*, Sinn, korostaminen. Weberin mukaan ihmisen toiminta saattaa olla väline jonkin tavoitteen saavuttamiseksi (tavoiterationaalisuus) tai se saattaa olla jonkin arvon mukaista (arvorationaalisuus); se saattaa ilmentää tunteita (affektuaalisuus) tai olla traditionaalista, missä tapauksessa se lähenee merkityksellisen toiminnan rajaa.[32] Ihmisen muu kuin rationaalinen toiminta on 'käyttäytymistä' tai 'kokemista', mikä ei ehkä ole sosiologisesti irrelevanttia, mutta on kuitenkin suhteellisen mielenkiinnotonta. Moderni toiminta on tavoiteorientoituneen rationaliteetin hallitsemaa. Tämä ilmenee myös oikeudessa: oikeus irtaantuu moraalisesta perustastaan ja emotiivisista käytännöistä ja muuttuu instrumentaaliseksi, ammattimaiseksi ja tietoiseksi inhimilliseksi toiminnaksi.

Tavoiteorientoituneen rationaliteetin hallitsevuus Weberin yhteiskunnallisessa tulkinnassa voidaan yhdistää hänen toimintaansa taloustieteilijänä. Merkityksellisen toiminnan korostuminen viittaa Weberin taustaan historiatieteessä, mutta hänen ideaalityyppikonstruktionsa liittyy myös taloustieteen tapaan käsitteellistää ihmisen toimintaa, erityisesti itävaltalaisen rajahyötyteorian malleihin.[33] Tavoiteorientoituneen rationaliteetin hallitsevuus Weberin modernin talouden ja yhteiskunnan kuvauksessa on sukua rajahyötytaloustieteen tavalle priorisoida 'rationaalisen taloudellisen toimijan' mallia.

Erilaisten organisaatioiden sosiologisen sisällön Weber määrittelee merkityksellisen toiminnan avulla. Valtio, kirkko, yhdistys tai avioliitto määrittyvät sen kautta, että on olemassa tietty niihin suuntautuvan

31. Käsler 1988, 192 ss.
32. Weber 1956 I, 11-12.
33. Therborn 1974, 5. luku, Töttö 1991, 81. Taloustieteessä kiistaa käytiin ennen kaikkea Gustav Schmollerin ja Carl Mengerin välillä. Schmoller arvosteli Mengeriä omaa etuaan tavoittelevan yksilön merkityksen ylikorostamisesta.

merkityksellisen toiminnan todennäköisyys. Valtio lakkaa olemasta, kun siihen merkityksellisesti orientoituneen, tietyn tyyppisen sosiaalisen toiminnan todennäköisyyttä ei enää ole[34] Muuta sosiologista merkitystä ei Weberin mukaan voida antaa lausumalle, jonka mukaan jokin valtio on olemassa.

Weberin käsitys ihmisen merkityksellisen toiminnan tutkimisesta liittyy hänen ideaalityyppikonstruktioonsa. Alfred *Schutzin* mukaan Weber tekee eron kausaalisen adekvaattisuuden ja merkitysadekvaattisuuden välillä. Kausaalinen adekvaattisuus on jokseenkin samaa kuin tilastollinen todennäköisyys. Jokin tapahtumaketju on kausaalisesti adekvaatti, kun se kokemuksen mukaan todennäköisesti tapahtuu uudelleen. Ideaalityyppikonstruktio on kausaalisesti adekvaatti, jos toiminta kokemuksen mukaan tapahtuu konstruktion mukaisesti. Sosiologinen ja historiallinen ymmärtäminen on sidoksissa kausaaliseen adekvaattisuuteen, joka edellyttää tapahtumaketjun toistuvuutta. Ideaalityyppisen konstruktion sanotaan olevan kausaalisesti adekvaatti, kun se ennustaa, mitä todella tapahtuu.

Schutzin mukaan tällainen kausaalinen adekvaattisuus perustuu kuitenkin merkitysadekvaattisuuteen. Weberille yhteiskuntatieteen tehtävä on löytää tarkoitettu merkitys, mutta 'tarkoitettu' merkitys on tarkkailijan eikä toimijan itsensä antama. Toiminta on merkitysadekvaattia, kun se voidaan järjestää objektiivisen merkityskontekstin alaisuuteen. Jokaisen merkitysadekvaatin tulkinnan tulee olla kausaalisesti adekvaatti ja päin vastoin. Ideaalityyppikonstruktion tulee olla sekä kausaalisesti että merkitysadekvaatti, ja ideaalityypin tulee kyetä selittämään kulloinkin tarkasteltavaa toimintaa kumoamatta aikaisempaa kokemusta toimijasta.[35]

Weberille kaikki sosiaalitieteet ovat Schutzin mukaan 'subjektiivisten merkityskontekstien objektiivisia merkityskonteksteja'. Sosiaalitieteet eivät voi ymmärtää ihmistä arkielämän yksilönä, jolla on uniikki tietoisuus, vaan vain henkilöideaalityyppinä - epähenkilökohtaisessa ja anonyymissä objektiivisessa ajassa, jota kenelläkään ei oikeastaan ole tai jota kukaan ei voi kokea. Ideaalityyppiin yhdistetään vain sellainen tietoinen kokemus, jonka on seurattava jo postuloiduista motiiveista. Subjektiiviset merkityskontekstit korvataan tutkimuksessa sar-

34. Melossi 1990, 27.
35. Schutz 1973, 207-209.

jalla objektiivisia merkityskonteksteja, ja näin merkityksestä tulee objektiivinen.[36]

Weberin mukaan yhteiskunnallisten organisaatioitten ja laitosten olemassaolo perustuu siis niihin suuntautuvaan merkitykselliseen toimintaan. Schutzin mukaan sellaiset sosiaalitieteet jotka tutkivat sosiaalisia ilmiöitä ajassa - kuten oikeushistoria tai historiallinen oikeussosiologia ja siten esimerkiksi Weberin oma tuotanto - tarkastelevat pikemmin toimintamallityyppejä kuin merkityksellistä toimintaa sinänsä tai merkityksellistä toimintaa henkilöideaalityyppien yhteydessä. Yhteiskunnalliset instituutiot, laitokset ja organisaatiot ovat kulttuurisia tuotteita, jotka ovat merkityksen vakiintumisen tulos.[37] Tällaiset kulttuuriset tuotteet ovat merkityksellisiä sinänsä, ja niitä voidaan luokitella toimintamallityyppeihin. Siten kulttuurisille instituutioille annetut merkityssisällöt saattavat vakiintua ja muodostaa yhteiskunnallisia käytäntöjä, joiden merkityksellisyys ei ole palautettavissa yksittäisten toimijoiden motiiveihin - tässä mielessä yhteiskunnalliset käytännöt voidaan tiivistää ideaalityypeiksi, toimintamalleiksi, joiden avulla 'ideografisten' tieteiden yksilöllistävä metodologia on ylitettävissä.

1.3. Weberin modernin oikeuden legitimiteetti

Weber esittää yhteiskunnallisen hallinnan legitimiteetin muodoiksi tai ideaalityypeiksi *traditionaalisen*, *karismaattisen* ja *legaalisen* legitimiteetin.[38] Viimeksi mainittu on ominainen moderneille yhteiskunnille. Moderneissa yhteiskunnissa uskotaan säädettyjen normien legaalisuuteen ja auktoriteettien valtaan antaa käskyjä tällaisten normien perusteella. Moderni valtio perustaa siten legitiimisyytensä laillisuuteen: yhteiskunnan jäsenten laillisuususkoon. Tällainen määrittely tekee

36. Schutz 1973, 212-213.

37. Itse asiassa Weber liukuu näin 'subjektiivisesti merkityksellisestä' toiminnasta sosiaalisesti määrittyneiden 'merkityskontekstien' suuntaan. Viimeksi mainitut ovat intersubjektiivisesti pakottavia, päteviä merkityksen ja arvon mittareita tietyssä yhteiskunnassa; arvoja ja mittapuita, joiden mukaisesti yksilöt ja yhteiskunnat orientoituvat. Subjektiivinen merkitys on tässä mielessä sosiaalinen merkitys. Käsler 1979, 177.

38. Weber erottaa nämä legitimiteettityypit Wirtschaft und Gesellschaft-teoksen ensimmäisen niteen kolmannessa luvussa, joka on otsikoitu 'Typen der Herrschaft', ja laajentaa tarkasteluaan toisen niteen yhdeksännessä luvussa, otsikoltaan 'Soziologie der Herrschaft'. Weber 1956 I, 122-176, Weber 1956 II, 541-876.

Weberin modernin legitimiteetin käsitteestä kehämäisen. Vaikka Weber erottaa metodologisesti juridisen ja yhteiskuntatieteellisen tavan tarkastella valtiota, hän turvautuu sosiologisessa tulkinnassaan oikeustieteelliseen doktriiniin. Poliittista organisaatiota kutsutaan hänen mukaansa valtioksi, 'kun sen hallintohenkilöstö onnistuneesti ylläpitää väitettä legitiimin fyysisen voimankäytön monopolista'.[39]

Modernin valtion legitiimiä voimankäyttömonopolia perustellaan laillisuudella, valtion henkilöstön kyvyllä ylläpitää uskoa laillisuuden legitiimisyyteen. Tämä merkitsee modernin valtion legitimiteetin ideaalityypin vahvaa kytkemistä juridiseen diskurssiin. Moderni oikeus legalismina liittyy kapitalistiseen talouteen, joka on tämän ideaalityypin 'luonnollinen' sosiaalinen tausta. Tällaisen luonnollisen taustan Weber tuntuu löytävän varhaisen taloudellisen ja poliittisen liberalismin maista. Weberin poliittisten kirjoitusten perusteella on kuitenkin selvää, että Weber ei oleta liberaalin demokratian välttämättä seuraavan edistyneestä kapitalismista.

Hans *Kelsen* kiinnitti huomiota siihen, että Weber päätyy Wirtschaft und Gesellschaft-teoksessa ristiriitaan omien metodologisten lähtökohtiensa kanssa erottaessaan sosiologin ja juristin näkökulmat toisistaan. Weber katsoo yksilön noudattavan oikeusjärjestystä, koska pitää sitä pätevänä; oikeustieteilijä ja yhteiskunnan jäsen orientoituvat tässä mielessä oikeusjärjestykseen samalla tavalla (joka eroaa oikeussosiologin orientaatiosta). Kelsen syyttää Weberiä oikeuden legitimiteetin ja sen tehokkuuden sekoittamisesta toisiinsa.[40] Itse asiassa tässä ilmenee modernin positivistisen oikeustieteen kehämäisyys: oikeuden pätevyyden määrää oikeus itse.

Vaikka Weber pyrkii pitämään sosiologian ja oikeustieteen metodologisesti erossa toisistaan, hän kuitenkin rakentaa vahvan liittymän juristien itseymmärryksen ja modernin legitimiteetin välille. Oikeushenkilö - kuten valtio - on hänelle oikeustieteelle ominainen fiktio, mutta hän näkee modernin yhteiskunnan legitimiteetin perustuvan juuri tämäntapaisille fiktioille. Se 'objektiivinen merkityskonteksti', jonka kautta Weber tutkijana tarkastelee yhteiskuntaa ja sen keskeisiä instituutioita rakentuu oletukselle legaalisuuden subjektiivisen merkityksen keskeisyydestä modernissa yhteiskunnassa. Oikeustieteen fiktiot saavat hallitsevan aseman ihmisten kollektiivisessa toiminnassa. We-

39. Weber 1956 I, 54.
40. Kelsen 1948, 175-176.

berin hahmottamaa modernia maailmaa kansoittavat yhteiskunnalliset toimijat ovat huomattavan samankaltaisia kuin oikeustieteen käsitteellistämät oikeussubjektit.

Poliittisissa kirjoituksissaan Weber käsitteli erityisesti Saksan ja Venäjän ongelmia liberaalin demokratian omaksumisessa. Vertailukohteena Weber pitää läntisiä demokratioita ja niiden sosiaalista rakennetta. Weberin mukaan kehittyneen kapitalismin aikaansaaminen sellaisiin sosiaaliselta rakenteeltaan vanhakantaisiin maihin kuin Saksan ja Venäjän keisarikuntiin johtaa kapea-alaiseen demokratiaan ja traditionaalisen legitimiteetin painottumiseen poliittisessa elämässä. Porvaristo ei näissä maissa ollut Weberin mukaan kyennyt luomaan perustaa poliittiselle ja taloudelliselle vapaudelle.[41]

Modernin oikeuden legalisminkin voi siten olettaa olevan tällaisissa maissa uhanalainen, varsinkin kun legalismi ei modernissa yhteiskunnassa tukeudu yhteisiin normeihin ja arvoihin. Myöhempi historia antoi erityistä oikeaan osuvan ennustuksen painokkuutta Weberin vuonna 1919 pitämälle esitelmälle 'Politik als Beruf'. Siinä Weber katsoi modernin, monien intressien ja arvojen yhteiskunnan voivan saavuttaa ykseyden vain byrokratian avulla. Byrokraattisen asiantuntijavallan ainoaksi vaihtoehdoksi hän näki karismaattisen johtajan, joka voisi yhdistää yhteiskunnan. Oman yhteiskuntansa tulkkina Weber näki Saksan huojuvan 'karisman sosiaalipsykologisen perustan ja positivistisen legaliteettikäsityksen tyhjän formalismin välillä'.[42]

Tämä Weberin oman yhteiskunnan - Saksan keisarikunnan ja maailmansodan jälkeisen Weimarin tasavallan - poliittista laatua koskeva arvio avaa myös yhden näkökulman hänen tulkinnalleen modernista oikeudesta. Formaalis-rationaalista oikeutta voi pitää liberalismin ja demokratian perinteeseen rakentuvana oikeuden ideaalityyppinä, jon-

---

41. Ensimmäisen maailmansodan aikaisissa kirjoituksissaan Weber pohtii byrokraattista hallitsemista Saksan erityisongelmana. Todellinen poliittinen johto olisi edellyttänyt vahvaa parlamenttia, ja sen puute teki Saksasta byrokratian hallitseman valtakunnan. Parlamentin heikko perustuslaillinen asema sai aikaan sen, että kyvykkäät miehet hankkiutuivat elinkeinoelämän palvelukseen, Beetham 1974, 50-51. Porvarillinen liberalismi on Weberille pikemmin historiallinen ilmiö kuin tietyn taloudellisen elämäntavan väistämätön tuote. Kunkin maan poliittinen perinne määrää sen suhteen liberalismiin. Weberin Saksaa koskevista tulkinnoista ks.mt., 151-179, Venäjää koskevista 183-214.

42. Melossi 1990, 69. Weberin esitelmäsarjaan kuuluva Wissenschaft als Beruf-essee osoittaa, että Weberin taipumus kieltää kehitysoptimismi on vahva. Weber 1982, 582-613. Byrokratian, massademokratian ja poliittisen johtajuuden suhteesta Weberillä ks. Kronman 1983, 175-182.

ka asema Saksassa oli uhattuna ja jonka suhteen saksalainen yhteiskunta näytti olevan vaarassa päätyä 'erityistielle'. Weber tuntuu muodostavan modernin oikeuden ideaalityypin neutraalisti, mutta suhteessa saksalaisen yhteiskuntapolitiikan, -teorian ja oikeustieteen kannanottoihin sen voi nähdä myös normatiiviseksi kannanotoksi liberaalidemokraattisen oikeuden määrittelyn puolesta. Tästä käsin aukeaa mahdollisuus käyttää Weberin modernin oikeuden ideaalityyppiä ideaalityypin perustehtävään: vertailun välineenä. Itäiselle Euroopalle ominainen modernisoitumisen tie näyttäytyy näiden Weberin poliittisten tekstien valossa läntisen Euroopan kehitystietien 'toiseksi'. Saksassa kehitys etenee toisella tavalla kuin läntisessä Euroopassa, omaa erityistä tietään. Tällainen erityinen itäeurooppalainen tie, Sonderweg, on mahdollista hahmottaa modernin oikeuden ideaalityypin pohjalta.

1.4. Modernin oikeuden ideaalityyppi

Oikeuden ideaalityyppejä konstruoidessaan Weber käyttää *rationaalisuuden* ja *formaalisuuden* termejä tavalla, joka on suhteutettava hänen kokonaistulkintaansa läntisten yhteiskuntien rationaalistumisesta. Weberille modernin oikeuden formaalinen luonne ja looginen rakenne aidosti *rationaalistavat yhteiskuntaa*. Moderni oikeus toimii rationaalistumisen elementtinä, koska se sallii irtaantumisen konkreettiin vastavuoroisuuteen perustuvista yhteiskuntasuhteista ja sellaisista sosiaalisen toiminnan malleista, jotka rakentuvat traditioon ja yhteisölliseen moraaliin. Moderni länsimainen oikeus irtaantuu traditiosta ja vastavuoroisuudesta. Moderni oikeus on väline, joka voi vapauttaa ihmiset yhteisöllisen turvallisuuden kahleista ja taata vaihdon edellytykset laajalla yhteiskunnallisella pohjalla. Niukat resurssit tulevat tehokkaaseen käyttöön. Moderni oikeus suosii markkinataloutta, ja sen rationaalisuus on viime kädessä tehokkaan allokaation rationaalisuutta.[43]

Weberin historiantulkinnat karttavat yksinkertaistuksia tai yhden syyn selityksiä. Weber tarkastelee oikeuden ja yhteiskunnan vastavuoroista suhdetta eri teksteissään monelta kannalta: talouden, uskonnon, dominaation ja oikeuden suhteina.[44] Kuitenkin hänen länsimaisen oi-

43. Weithölter 1989, 528-529, Preuss 1989, 550.
44. Käsler 1988, 144.

keuden muuttumiselle antamansa selitykset liittyvät hänen tulkintaansa länsimaisen kulttuurin kehityksestä 'formaalin rationaliteetin' kasvuna, joka ilmenee etenkin *kapitalistisen talouden* ja *byrokraattisen hallinnon* dynamiikassa.[45] Formaali rationaalisuus helpottaa taloudellisen toiminnan tulosten laskelmointia, ja kapitalismin 'markkinayhteiskunnallistuminen' edellyttää tässä mielessä ennustettavissa olevaa oikeutta. Toisaalta markkinoiden laajentumisen immanentit seuraamukset suosivat 'legitiimin' pakkovallan monopolisoimista ja sääntelyä yhden universaalin pakkokoneiston (valtion) välityksellä sekä kaikkien partikulaaristen, etupäässä taloudellisiin monopoleihin perustuvien sääty- ja muiden pakkojärjestelmien tuhoamista.[46] Valtio ja kansalaisyhteiskunta erottuvat näin toisistaan: valtiosta tulee paikka, jolla on hallussaan pakkokoneistojen monopoli, kun taas markkinoilla toimii talouden 'näkymätön käsi' optimaalisen tehokkaan tuotannon aikaansaamiseksi.

Nouseva *porvaristo* oli se yhteiskunnallinen ryhmä tai luokka, joka oli suoraan riippuvainen markkinoista ja byrokratiasta. Siksi porvaristo vaati modernia oikeutta, ja moderni oikeus universaaliudessaankin edisti erityisesti porvariston intressien toteuttamista.[47] Kapitalististen markkinoiden ja byrokraattisen hallinnon kehittyminen liittyvät molemmat porvaristoon yhteiskuntaluokkana. Max Weberin mukaan *objektiivinen* oikeus syntyy siten, että on olemassa *subjektiivisilla* oikeuksilla varustettuja yksilöitä. Tällaisten subjektiivisten oikeuksien perusteleminen on modernissa oikeudessa keskeistä.[48]

Moderni yhteiskunta on Weberille *sopimusyhteiskunta*, jonka oikeus muodostuu oikeuslauseista: käskyistä, kielloista ja kompetenssilauseista. Tekemään valtuuttavat kompetenssilauseet ovat modernin talousjärjestyksen kehityksessä erityisen tärkeitä. Tällaisia ovat vapausoikeudet, jotka suojaavat taloudellista toimintaa ulkopuolista, erityisesti valtion, häirintää vastaan. Valtion pakkokoneiston käyttäminen

45. Kronman 1983, 35-36. Kronmanin mukaan formaalisen oikeudellisen rationaliteetin ja kapitalistisen talouden suhde on eksegeettinen, ei kausaalinen, mt. 118-119. Weber yhdistää usein markkinoiden rationaalisen toiminnan Yhdysvaltoihin ja byrokratian rationaalistavan vaikutuksen Saksan keisarikuntaan, Peukert 1986, 483. Jürgen Kocka on esittänyt Saksan keisarikunnan olojen vaikuttaneen ratkaisevasti Weberin rationaalistumista koskevan tarkastelun lähtökohtaan, Kocka ja Hinze 1981, 65-105, et. 103. Weberille byrokratia oli todellinen pakkomielle, ks. Mommsen 1974 ja Schluchter 1980, 134-169.

46. Weber 1956 I, 181-198.

47. Kocka 1988.

48. Weber 1956 II, 413-414.

oikeusjärjestyksen mukaisten sopimusten toteuttamiseen on talousjärjestyksen kehityksen kannalta tärkeää.[49]

Karkeistaen Weberin formaalis-rationaalinen oikeus on siten kapitalistisen talouden kannalta adekvaatti oikeusmuoto. Taloudelliset tekijät vaikuttavat Weberin esityksen mukaan oikeuden formaalis-rationaalisen muodon kehittymiseen hyvin yleisinä vaatimuksina siitä, että oikeuden soveltamisen on oltava ennustettavaa, kalkyloimalla ennakoitavissa.

Weberin tulkinta länsimaisesta rationaalistumisesta pyrkii ideaalityyppikonstruktion kautta palautumaan yksilötoimijoihin, mutta hän ei oleta, että ihmisten tavoitteet olisivat rationaalisia tai että he edes pitäisivät rationaalistumista hyvänä. Rationaalistuminen ei ole tässä suhteessa tietoisesti ohjattua. Juuri tästä syystä länsimainen rationaalistuminen on prosessi, joka viime kädessä ei ole sen paremmin byrokratiassa toimivan virkamiehen kuin markkinoilla toimivien porvarillisten yrittäjienkään intentionaalisen toiminnan tulosta. Yhdenmukaisen toiminnan tuloksena on kulttuurinen rautahäkki vailla tämän kokonaisuuden tietoista rakentajaa. Omaa etuaan toteuttavat yksilöt toimivat samalla tavalla, ja tästä seuraa sosiaalisen toiminnan yhtenevyys. Tässä mielessä oikeuden rationaalistuminen palvelee taloudellista tavoitetta. Markkinatalous hyötyy ennustettavasta oikeudenkäytöstä, joka nopeuttaa transaktioita. Oikeudenkäyttö on ennustettavaa, jos oikeus on luonteeltaan puhtaan *universaalia*. Weberin oikeuden typologia voidaan tulkita rationaalisuuden evoluutioksi, joka etenee partikulaarisesta universaaliin.[50]

Formaalis-rationaalisessa oikeudessa ratkaisuperusteena ovat yleiset oikeudelliset käsitteet. Kun formaali rationaalisuus lisääntyy, oikeutta organisoidaan loogisesti johdonmukaisella tavalla systeemiksi, ja samalla oikeus eriytyy etiikasta ja politiikasta. Tavallaan oikeudenkäytössä kyetään muodollisesti ja objektiivisesti käsittelemään ihmisten subjektiivisia arvoja ja tavoitteita, joita oikeus välittää ottamatta itse osaa niiden syntyyn. Oikeuden formaaleihin piirteisiin Weber lukee mm. abstraktin yleistämisen, oikeuden systematisoimisen ja yksittäisen tapauksen ratkaisun redusoimisen oikeuslauseeseen.[51] Modernin oikeuden rationaalisuus perustuu siis osaksi sen *systemaattiseen* luontee-

49. Weber 1956 I, 128.
50. Mann 1980, 187-221, 189.
51. Weber 1956 II, 395-396.

seen. Oikeus on abstraktien sääntöjen johdonmukainen systeemi, jossa uusia sääntöjä voidaan tuottaa loogisten päätelmien kautta. Roomalaisen oikeuden varaan rakentuva systeemi on tässä suhteessa Weberille keskeinen malli, ja oikeuden rationaalistuminen on hänelle 'juridisoitumista' ja oikeudellista ammatillistumista.

Oikeussosiologisessa esityksessään Weber jakaa oikeuden funktioita tai tehtäviä kolmeen ryhmään: *oikeudenkäyttöön* (Rechtsfindung), *oikeuden luomiseen* (Rechtschöpfung) ja *hallintoon* (Regierung). Tämän jaon voi katsoa projektoivan vallan kolmijako-opin oikeuden sosiologiaan.

Weberin oikeuden ideaalityyppiskeema rakentuu *formaalisen* ja *materiaalisen* (substantiaalisen), *rationaalisen* ja *irrationaalisen* ulottuvuuksille. Lähinnä oikeuden luomisen ja oikeudenkäytön funktioita määritellään niissä systemaattisen, yleisyyden ja rationaalisuuden perusteella. Oikeudellinen toiminta voi olla rationaalista tai epärationaalista, ja rationaalisuutta voidaan mitata muodollisten tai substantiaalisten, materiaalisten kriteerien perusteella. Weber ei itse anna oikeuden ideaalityypeille johdonmukaista historiallista sisältöä.[52] Formaalis-rationaalinen oikeus on kuitenkin historiallisesti paikannettavissa kapitalistisen taloudenyhteyteen, etenkin moderniin länsimaiseen yhteiskuntamalliin.[53] Formaalis-irrationaalinen oikeus on Weberille primitiivistä, esivaltiollista oikeutta, jota kuvaavat esimerkit ovat osittain peräisin antropologisista esityksistä. Viime kädessä formaalis-irrationaalisen oikeuden kuvaus kuitenkin perustuu saksalaisen historiallisen koulun tulkintaan 'alkuperäisen' germaanisen oikeuden luonteesta. Käsitykseni mukaan tulkinta alkuperäisestä germaanisesta oikeudesta liittyy 1800-luvun saksalaiseen yhteiskunnalliseen ja poliittiseen ajatteluun.

---

52. Se olisi Weberin (historian)teoreettisten lähtökohtien vastaista. Weber vastusti sellaisten 'vaiheittaisten ideaalityyppien' käyttämistä, jotka muodostavat evoluution asteita.

53. Tässä en perusteellisemmin paneudu Weberin ideaalityyppien historiallista paikantamista koskevaan keskusteluun, jota on käyty viime vuosina varsin paljon, ks. Hunt 1978, Kronman 1983, Kyntäjä 1987, Iivari 1991. Erityisesti W. Schluchter on antanut Weberin oikeuden ideaalityypeille historiallisen tulkinnan, ks. Schluchter 1981, 134-169; tätä on kommentoinut Tuori 1987. Omassa esityksessäni palataan saksalaisen historiallisen koulun tulkintojen vaikutuksesta Weberin ideaalityyppiskeemaan. - Schluchter olettaa, että Weberin oman ajan yhteiskuntakehityksen ja hänen byrokratialle antamansa tulkinnan välillä on läheinen suhde. Schluchter 1981, 134-169 esittää byrokratian tarkastelun Saksan keisarikunnan kritiikkinä.

'Teoreettisina' oikeuden ja oikeudenkäytön kehitysvaiheina Weber esittää oikeusprofeettojen ilmestyksistä muodostuvan oikeuden, honoratiores-tuomareiden oikeuden, maallisen ja hengellisen oktrojoidun oikeuden sekä systemaattisen, oikeuslauseisiin rakentuvan ja formaalis-loogisen koulutuksen saaneiden juristien käyttämän oikeuden. Tällaiset oikeuden muodot ovat ideaalityyppejä, eivät historiallisia kuvauksia. Karkea historiallinen luonnehdinta niille kuitenkin voidaan antaa. Myöhemmin käsitellyistä oikeudenkäytön historiallisista vaiheista honoratiores-tuomareiden oikeutta olisi mm. ns. kautelaariprosessi ja ennakkotapauksiin perustuva oikeudenkäyttö, oktrojoitua oikeutta absolutismin oikeus ja moderni oikeus sijoittuisi selvästi positiivisen, juristituomarin tieteellisesti systematisoiman oikeuden vaiheeseen.[54]

Formaali rationaalisuus merkitsee loogisesti johdonmukaista oikeudellisen aineksen järjestämistä[55] - tämä taas edellyttää *juristien ammattikunnan* olemassaoloa. On katsottu, että 'rationaalinen' Weberin esityksessä yleensä on korvattavissa 'säännönmukaisella ja ennustettavalla'.[56] Formaalinen rationaalisuus on ennen kaikkea oikeusvaltiollisuutta, jonka keskiössä ovat tuomioistuin ja lakia formaalin rationaalisesti käyttävä tuomari. Siirryttäessä luonnonoikeudesta positivistiseen lainoppiin tapahtuu tavallaan kaksi siirtymää: teoreettinen lainoppi ottaa kohteekseen oikeusjärjestyksen, positiivisen oikeuden, ja lainopillista kirjallisuutta hallitsevaksi hahmoksi nousee *tuomari*. Tämä merkitsee muutosta esimoderniin lainoppiin verrattuna: uuden ajan luonnonoikeutta hallitseva kysymyksenasettelu liittyi suvereenin ja alamaisten keskinäiseen suhteeseen.

Monissa kohdin esitystään Weber puhuu vain oikeudenkäytöstä, vaikka hän katsoo ideaalityyppinsä käsittävän myös oikeuden luomisen. Tämän voi ymmärtää niin, että formaalis-rationaaliselle oikeudelle ominainen oikeuden autonomisuus ilmenee ennen kaikkea juuri *oikeudenkäytössä*: siinä, miten oikeusnormeja sovelletaan. Ero materiaalisen ja formaalisen rationaliteetin välillä esitetään Weberin oikeussosiologiassa oikeuden luomisen ja oikeudenkäytön käyttämien keinojen kautta. Materiaalinen rationaalisuus merkitsee yksittäisten oikeustapausten arvioimista joidenkin yleisten poliittisten, eettisten tai uskon-

54. Weber 1956 II, 504.
55. Eder 1986, 6-7.
56. Andresjki 1981, 45-66.

nollisten periaatteiden perusteella. Formaalinen rationaalisuus taas on oikeustapauksien rationalisoimista yleisten, abstraktien oikeudellisten käsitteiden suuntaan. Oikeudenkäyttö on formaalis-irrationaalista, kun siinä käytetään muita kuin järjellisesti kontrolloitavia keinoja 'kuten oraakkeleita ja vastaavia'.[57] Materiaalis-irrationaalista on sellainen oikeudenkäyttö, jossa ratkaisujen perusteena on yksittäistapausten arviointi, eivät yleiset normit. Yksittäistapauksia arvioidaan poliittisten, eettisten tai uskonnollisten periaatteiden perusteella. Weber itse viittaa tässä yhteydessä kadi-oikeuteen.

Oikeuden ideaalityyppien kuvauksissaan Weber liukuu kuvaamaan tuohon ideaalityyppiin kuuluvaa oikeudenkäyttöä. Tämäkin saattaa liittyä osaksi siihen, että teoreettisesta, epähistoriallisesta ideaalityypin määrittelystä huolimatta niillä on tietty historiallinen ankkurointi. Esimerkiksi Weberin formaalis-irrationaaliseksi kutsumaa oikeutta ei voi jakaa oikeuden käytön, luomisen ja hallinnon funktioihin. Liukuma viittaa kuitenkin myös tämän työn kannalta mielenkiintoisempaan seikkaan. Siitä voi implisiittisesti olettaa oikeuden legitimiteetin, sen funktioiden ja oikeudenkäynnin menettelysääntöjen välillä vallitsevan jonkinlaisen vastaavuuden. Lähden työstämään tätä oletusta.

2. Valistuksen perintö: positiivinen ja yhtäläinen oikeus

Moderni oikeus on positiivista, suvereenin valtiovallan usein kodifikaation muodossa asettamaa oikeutta. Juuri tästä syystä legaliteetti ja legitimiteetti ovat modernissa oikeudessa eri asioita, ja oikeus olennaisesti eri asia kuin vallitseva tapa ja arkinen moraali. Oikeus liittyy suvereeniin valtioon, joka takaa kansalaisilleen yksilöllisen toimintavapauden. Nämä modernin oikeuden piirteet puolestaan määrittävät tuomiovallan asemaa yhteiskunnassa, ja siitä syystä kuvaan lyhyesti asetetun oikeuden merkityksen kasvua ja modernien kodifikaatioiden kehitystä.

57. Weber 1956 II, 469.

2.1. Moderni valtio - suvereenin lainsäädäntövalta

Murros esimodernista moderniin oikeuteen ilmenee positiivisen, *säädetyn oikeuden merkityksen kasvuna.* Moderni valtiovalta ja oikeus määrittävät toisiaan vastavuoroisesti: moderni oikeus on suvereenin valtiovallan asettamaa oikeutta, ja valta säätää oikeutta on juuri suvereenin valtion tärkeä attribuutti.[58] Positiivisen oikeuden käsite (ius positiva) syntyi kanonisessa oikeudessa tarkoittamaan hallitsijan lainsäädäntövallan aluetta, jolle luonnonoikeus (ius naturale) Jumalan kirkon lain (lex divina) rajoittamana asettaa rajat.[59] Valistusajattelun mukaan tätä lainsäädäntövaltaa rajoitti vain ihmisen järki. Valistusajattelu kehitti ohjelman, jonka avulla ihminen voi saavuttaa yhteiskunnallisen täysivaltaisuuden: ihminen emansipoituu, kun yhteiskunta sääntelee itse itseään järkensä avulla. Oikeus on ihmisen itsesääntelyn väline. Oikeus on ihmisten tuotetta, asetettua oikeutta.

Juuri suvereenin yleisen lainsäätämisvallan oikeuttaminen oli uuden ajan luonnonoikeuden keskeinen ongelma. Jean Bodinin suvereniteettiopista alkaen tämä merkitsi siirtymistä keskiaikaisesta hallitsijan vallasta traditionaalisen oikeuden toimeenpanijana suvereenin poliittisen vallan määrittelemiseen suvereenin kykynä säätää uutta oikeutta ja vaatia sen noudattamista. 'Suvereenin majesteetillisuuden ja absoluuttisen vallan tärkein merkki on kyky antaa alamaisille lakeja ilman heidän suostumustaan...on ero oikeuden (droit) ja lain (lois) välillä, sillä toinen tarkoittaa vain kohtuutta, toinen käskyä. Laki ei ole mitään muuta kuin suvereenin käsky hänen käyttäessään valtaansa'.[60]

Suvereenin asettama oikeus nostettiin uuden ajan luonnonoikeudessa muilla tavoilla alkunsa saavan oikeuden yläpuolelle, olipa muu oikeus sitten paikallisia oikeustapoja, säätyerioikeuksia tai feodaalisia privilegioita. Muut oikeusnormin syntytavat tulkittiin sitoviksi vain sen kautta, että suvereeni oli antanut niille hiljaisen suostumuksen. Niille ei tunnustettu itsenäistä normatiivista voimaa. Esimoderni norminantovallan ja normistojen moninaisuus tai oikeudellinen pluralismi saatettiin valtiolliselle, keskitetylle ja suvereeniin kiinnittyvälle norminantovallalle alisteiseksi. Valtion alapuolelle jäävä 'subvaltiollinen' oikeus menettää esimodernissa yhteiskunnallisessa käytännössä tunnus-

58. Tuori 1990a, 2.
59. Coing 1985, 86.
60. Bodin, Jean: Six Livres de la Republique, sit. Anderson 1979, 50.

tetun asemansa. Englannissa 'ylimuistoinen' common law kuitenkin muodostaa perustan, josta käsin oli mahdollista esittää yksinvaltaisen hallitsijan lainsäädäntövallan rajoitukset.

Säädetyn oikeuden asettaminen ensisijaiseksi johtaa legaliteetin ja legitimiteetin kysymysten erottamiseen toisistaan. Jo Pariisin kuninkaan tuomioistuimen, parlementin, ympärille kasvaneen legistikoulukunnan tuomareille ja asianajajille ihmisten vaihtuvat lait eivät olleet yhtä ideaalisen, ikuisen oikeuden kanssa. Tästä näkökulmasta oikeus on juuri ihmisen asettamia lakeja. Carl *Schmittin* sanoin 'traditionaalisen, karismaattisen, irrationaalisen legitimiteetin sijaan astuu puhdas legaliteetti'.[61] Juridiikka heijastaa tässä modernia valtioteoriaa, joka tekee eron legaliteetin ja legitimiteetin välillä.

Uuden ajan rationaalisessa luonnonoikeudessa sopimuksesta tulee väline, jolla laillisesti monopolisoitu valta tulee rauhan ja järjestyksen sekä hyvinvoinnin palvelukseen.[62] Suvereenin poliittisen vallan asettamisen on tarkoitus turvata yhteiskunta sitä aina uhkaavilta sisäisen sotimisen ja väkivallan vaaroilta. Keskiajan lopun ja uuden ajan alun Euroopan pitkät kansalaissodat nostivat rauhan ja järjestyksen ensisijaiseksi tavoitteeksi. Keskiajalla erilaisia rauhanliittoja solmivat roomalaisen kirkon prelaatit. 'Jumalan rauha' ulotettiin tiettyihin henkilöihin tai kohteisiin. Kuninkaat ja ruhtinaat pyrkivät myös luomaan sisäisen järjestyksen. He käyttivät rauhaa tavoittelevaa liikettä omaksi edukseen esittäytymällä 'suuriksi rauhantekijöiksi'.[63] Kuningasvalta, valtio, absolutismi ja valtiollinen oikeus kehittyivät ainakin osaksi vastauksina yhteiskunnallisen järjestyksen ongelmaan, joka oli luonnonoikeuden keskeinen kysymys. Luonnonoikeudelliset yhteiskuntasopimusteoriat todistavat suvereenin lainsäädäntövallan luonnollisen oikeuden mukaiseksi.

Uuden ajan luonnonoikeutta on tulkittu usealla tavalla. Jotkut tutkijat korostavat sen yhteyksiä varhaisempaan luonnonoikeuteen ja moraalifilosofiaan.[64] 1600-luvun luonnonoikeuden katsotaan jatkaneen keskiajan skolastiikan oikeuskäsitystä. Skolastisen metafyysisen oikeuskäsityksen mukaan luonnonoikeus on ikuista ja muuttumatonta, se ilmentää Jumalan ikuista lakia ihmisen järjen välityksellä. 1600-lu-

61. sit. Troje 1969, 67.
62. Habermas 1971, 68.
63. Bloch 1961, 416-417.
64. Tully 1980.

vun oikeusteoriassa esitettiin tämän käsityksen mukaan lähinnä uusia painotuksia keskiaikaisen luonnonoikeuden tradition sisällä.[65]

Toinen tulkinta korostaa uuden ajan luonnonoikeuden synnyttämää katkosta perinteeseen nähden. Tämän tulkinnan mukaan uuden ajan luonnonoikeus perustuu eräänlaiseen universaaliin egoismiin. Yksityisomistus on tämän tulkinnan mukaan perusta, jonka pohjalta varsinkin liberaali luonnonoikeus postuloi yhtäläisesti oikeutettujen yksityisomistajien muodostaman kansalaisyhteiskunnan. Kaikilla yhteiskunnan jäsenillä on yhtäläinen oikeus omistaa sekä oma henkilönsä että sen teot. Henkilöiden teot kohdistuvat luontoon, joka on ihmisen herruuden luontainen kohde. Ihminen käyttää luontoa omiin tarpeisiinsa. Välillisesti omistusoikeus omaan henkilöön ja omiin tekoihin laajenee muihin henkilöihin kohdistuvaksi oikeudeksi, koska henkilöllä on oikeus luopua omistamastaan, olipa se tekoja tai tekojen kautta aikaansaatua yksityistä omaisuutta. Tämä tekee mahdolliseksi omaisuuden kasaantumisen ja henkilön asettumisen toisen henkilön palvelukseen - kaikkien henkilöiden yhtäläisyyden postulaatista huolimatta. Kansalaisyhteiskunnan yhtäläisyys on 'omistusindividualismin' yhtäläisyyttä.[66] Tällainen yksityisomistajien ja omaisuuden kasaantumisen yhteiskunta on kuitenkin äärimmäisen epävakaa. Siinä eri ja erilaisten omistajien intressit ovat aina ristiriidassa keskenään. Sen vuoksi sosiaalisen järjestyksen takaajaksi tarvitaan valtiota.

Kaikessa valistusajattelussa universaali egoismi ja omistusindividualismi eivät suinkaan ole korostuneita. Yleisesti siinä kuitenkin yksityisomaisuus on yhteiskunnan luonnollinen perusta, ja tämä perusta nähdään sellaisten ristiriitojen tuottajaksi, jotka on mahdollista sovittaa valtiossa. Tämä johtaa suvereenin valtiovallan oikeuttamiseen. Suvereenin valta perustuu yksilöiden omaan etuun, ja tässä mielessä se perustuu alamaisten suostumukseen, vaikka vain implisiittiseenkin. Politiikka muuttuu uudella ajalla yhteisen hyvän ja hyveiden normatiivisesta teoriasta vallankäytöksi, jota pyritään kontrolloimaan oikeudellisesti. Politiikka on keskitettävä valtioon, ja vallankäytön keskeiseksi instrumentiksi on otettava laki.

Feodalismi on termi, jota käytettiin 1600-luvulta alkaen lähinnä oikeudellisessa mielessä - 1600-luvun Ranskassa sillä kuvattiin tiettyjä läänitysjärjestelmään liittyviä ilmiöitä. Valtion tai yhteiskunnan feo-

65. Peterson 1988, 104-107.
66. MacPherson 1962.

daalisuudesta puhuivat vasta 1700-luvun kirjoittajat. *Montesquieu* omaksui 'feodaalisuuden' ja 'feodaaliset lait' kuvaukseksi tietystä historiallisesta aikakaudesta ja sille ominaisista laeista.[67] Feodalismi oli erityisesti 1760- ja 1770-lukujen muotitermi, jonka avulla selitettiin erilaisia yhteiskunnallisia ilmiöitä.[68]Ranskan suuri vallankumous antoi entistä enemmän painoa tälle ajallisesti vielä tuoreelle kuvaukselle, kun 11 elokuuta 1789 annettu kuuluisa asetus 'kumosi täysin feodaalisen hallinnon'.[69]

Feodalismin kummit näkivät feodalismissa järjestelmän, joka oli *ristiriidassa keskitetyn valtion kanssa.* Kuitenkaan auktoriteetin fragmentoituminen Euroopan feodalismin kaudella ei ollut merkinnyt valtion täydellistä häviämistä.[70] Paikallisen ja keskitetyn valtiollisen vallan välillä vallitsi keskiajalla dialektiikka, joka ei merkinnyt vastakkaisuutta tai poissulkevuutta.[71] Keskiajankin Euroopassa oli yleistä oikeutta ainakin jossakin muodossa. Oli valtioita ja myös valtiollista oikeutta feodalismin ydinalueillakin. Keskiajalla syrjäytyi roomalaisen oikeuden yksi kantava periaate, oikeusjärjestyksen liittyminen henkilöön, sen periaatteen tieltä, että oikeus on alueellista. Tämä on tärkeää valtiollisen oikeuden vakiintumisen kannalta. Oli yleisen oikeuden traditio: saksalaisella alueilla 'gemeines Recht', Englannissa 'common law'. Kuninkailla oli jo keskiajalla tunnustettua lainsäädäntö- ja tuomiovaltaa. Valistuksen itseymmärryksen mukaan suvereenin säätämä positiivinen oikeus kuitenkin on olennaisesti muuta kuin aikaisempi tietynlaisen oikeudellisen pluralismin salliva oikeus. Siksi valistusajattelu korosti 'feodaalisen' oikeuden olemuksellista eroa suvereenin lainsäätäjän asettamaan oikeuteen nähden.

Modernissa oikeudellisessa ajattelussa oikeus ja sen keskeinen momentti, yksityisomistus, lakkaavat olemasta valtion edellytyksiä. Niistä tulee päin vastoin valtion asettamia. Kaikki oikeus ilmenee positiivisena, siis valtion asettamana oikeutena. Yksityisomistukseen liitetään vain tietyt, laissa määritellyt oikeudet, joista niiden kantaja, oikeussub-

---

67. Montesquieun kuuluisan Lakien henki-teoksen alaotsikossakin esiintyy termi 'feodaaliset lait'.

68. Esimerkiksi englantilainen kirjailija Tobias Smollet valitti vuonna 1771, miten 'kaikki tämän ajan kirjoittajat ovat pitäneet sellaista melua feodaalisesta systeemistä . . . Jokainen politiikan, tavan ja jopa temperamentin erikoisuus palautetaan tähän alkuperään . . .'. Smollet, 1984.

69. Bloch 1961, xviii

70. Bloch 1961, 441-446.

71. Reynolds 1984.

jekti, nauttii valtion sallimissa rajoissa eikä oman autonomisen oikeutensa perusteella. Kun luonnonoikeusteoriasta siirrytään positivismiin, siirrytään myös valtiollisen oikeuden ylivaltaan. Lakimieskunta tarttuu tähän tulkintaan: juristit alkavat pitää oikeutta valtion asettamana, ja näkevät sitten tämän peilikuvana valtion lakien kokonaisuutena. Oikeus ja valtiollinen oikeus identifioidaan.[72]

Lakien vahvistussanat, esipuheet ja ingressit, jotka sijoittuvat normikokoelman tai lakien alkuun antavat kuvan siitä, miten oikeuden syntytavan oikeutus historiallisesti muuttuu. Esipuheen voi Hegelin tapaan nähdä synteesiksi itse teoksesta; esipuheet kirjoitetaan vasta itse teoksen jälkeen. Esipuhe suhtautuu tekstiin kuin signifioija signifioituun.[73]

Esimodernissa Euroopassa vallitsi suhteellisen vakiintunut käsitys siitä, mitä laki on ja miten sitä voidaan muuttaa. Esimerkiksi Ruotsin keskiaikaisten lakien vahvistussanoissa viitataan eräisiin legitiimeihin oikeuden syntytapoihin - oikeuden yhteisölliseen, tavanomaisen oikeuden mukaiseen syntyperustaan ja kuninkaan oikeuteen tarvittaessa muuttaa lakia.[74] Esimodernien säädettyjen lakien esipuheissa lain legitimiteetille annetaan yleensä tavalla tai toisella uskonnollinen tuki. Varhaisimpana ruotsalaisessa oikeudessa ilmenevänä viittauksena tähän vakiintuneeseen lakitopiikkaan on pidetty Upplannin lain vahvistussanoja 1200-luvulta.[75]

On väitetty tämän topiikan palautuvan myöhäisantiikkiin ja varhaiskeskiaikaan asti ja jatkuvan Euroopassa 1700-luvulle saakka. Lain muuttaminen katsottiin legitiimiksi, kun muuttuneet tavat antavat siihen aihetta. Lain oli oltava ajan ja paikan vaatimusten mukainen ja selkeä, sen määräyksien täyttämisen tuli olla mahdollista, sen oli oltava yleinen, kohtuullinen ja oikeudenmukainen sekä palveltava yhteistä hyvää. Se oli koottava ja vahvistettava. Viime kädessä tällainen lakikäsitys palautuu aristoteeliseen käsitykseen praktisesta toiminnasta ja antiikin yhteisölliseen, teleologis-normatiiviseen yhteiskuntaelämään.[76]

---

72. Ladeur 1989, 571.
73. Derrida 1976, 16.
74. Nousiainen 1989, 21-23.
75. Upplannin lain vahvistussanojen keskiaikaiseen yleiseurooppalaiseen perinteeseen palautuvaa luonnetta on korostanut Gagnér 1960, 364.
76. Peterson 1988, 91-121, 98-108.

Feodaalisessa yhteiskunnassa poliittinen valta ei voinut vapaasti käyttää oikeutta omiin tarkoituksiinsa. Absoluuttisessa valtiossa hallitsijan käsiin kokoontuu jakamattomaksi katsottu valtiovalta, summum imperium, jossa hallitsijalle kuuluu myös valta säätää lakeja. Oikeudesta tulee yhteiskunnallisen hallinnan ja poliittisen tarkoituksenmukaisuuden väline. Tämän lainsäädäntövallan kautta syntyvä laki ilmaisee lainsäätäjän tahtoa, mutta samalla se myös edustaa yleistä hyvää. Absolutismin ajan lakien johdantona on usein laaja selostus siitä, miksi hallitsija on katsonut tarpeelliseksi antaa lain ja mihin sillä pyritään. Lakien esipuheet, ingressit ja vahvistussanat tuovat näkyviin yhteyden yhteisen hyvän ja lainsäätäjän motiivien välillä.

Moderni porvarillinen oikeus ei kuvaa lainsäätäjän motiiveita. Perustuslaki asettaa menettelyn, jolla lakeja voidaan antaa, eikä itse lakien tai lakikokoelmien yhteydessä ole tarpeen perustella kunkin lain oikeutusta lainsäätäjän oikeudella säätää lakeja, lain tarpeellisuudella tai millään muulla kuin sillä tosiasialla, että perustuslaissa määrättyä lain säätämismenettelyä on noudatettu. Lait itsessään eivät sisällä lain legitiimisyyttä vahvistavia lausumia. Modernin oikeuden legitimiteetti perustuu sen säätämisen menettelyyn itseensä.[77]

Modernin oikeuden luonnehtimista sen yleisen ja yhtäläisen luonteen sekä valtiollisesti keskitetyn syntyprosessin kautta voi pitää valistusajattelun oman historiantulkinnan tuotteena. Etenkin Ranskan valistusajattelijat asettivat vastakkain partikulaarisen ja paikallisen, 'feodaalisen' oikeuden ja yhtäläisen valtiollisen oikeuden. Tämän eron tekeminen on osa valistuksen itseymmärrystä. Samalla valistuksen modernisoitumisohjelman toteuttaminen vaati katkaisemaan sellaisten substantiaalisten normien tradition, jotka ovat suoraan ankkuroituneet 'elämismaailmaan'. Tällaisen katkoksen katsotaan erottavan esimodernin oikeuden modernista.[78] Uuden ajan luonnonoikeus raivasi tietä säädetylle oikeudelle, jonka asema Euroopan mantereella vakiintui suurten lakikodifikaatioiden kautta. Luonnonoikeudesta siirryttiin positivismiin, partikulaarisesta oikeudesta kodifioituun valtiolliseen oikeuteen.

77. Luhmann 1969, 10-16.
78. Ladeur 1989, 571

2.2. Kodifikaatiot ja common law modernin kynnyksellä

Euroopassa syntyi modernin kynnyksellä suuria lakikodifikaatioita. Niiden voi katsoa edustavan erilaisia esimodernin ja modernin oikeuden väliin asettuvia oikeuden muotoja. Kodifikaatioiden säätämisen prosessi on enemmän tai vähemmän moderni, ja niiden sisältämä oikeus perustuu oikeusyhtäläisyyteen suuremmassa tai vähäisemmässä määrin. Modernin oikeuden *yhtäläisyys* tai yhdenvertaisuus merkitsee oikeussubjektien yhtäläisyyttä toisiinsa vaihdettavuuden merkityksessä. Yleisen universaalin oikeuden näkökulmasta on yhdentekevää (equal, égal, gleich), mikä nimenomainen oikeussubjekti on kysymyksessä: kaikkia on kohdeltava yhtäläisesti. Absoluuttinen valtio tuotti oikeudellista yhtäläisyyttä alamaisuutena hallitsijalle. 1600- ja 1700-luvuilla valistusajattelu kehitti ajatuksen aktiivisesta alamaisesta, subjektista, jolla on määrätyt oikeudet ja velvollisuudet. Subjektista alamaisena tulee oikeussubjekti, alamaisesta kansalainen. Subjekti-sanan merkityksen kaksitahoisuuteen sisältyy tämä käsitteellinen muutos. Suomenkieleen on omaksuttu kaksi erillistä sanaa, alamainen ja subjekti, tätä merkityssiirtymää kuvaamaan. Aktiivinen subjekti ei ole säätyynsä sidoksissa.

Ensimmäisiin eurooppalaisiin uuden ajan kodifikaatioihin kuuluvat Tanskan, Norjan ja Ruotsin yleisen oikeuden kodifioinnit. Ensinmainitut lakikirjat valmistuivat 1600-luvun lopulla, jolloin myös Ruotsin lain uuden kodifikaation valmistelu alkoi. Tämän valtakunnallisen lain samoin kuin Ruotsin 1700-luvun yhteiskunnan luonne on tietyssä mielessä kiistanalainen. Kiista koskee viime kädessä modernin Ruotsin synnyn suhteuttamista Euroopan historiaan. Jäljempänä palataan kysymykseen Ruotsin 1734 vuoden lain luonteesta. [79]

Saksalainen Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR) vuodelta 1794 ja Itävallan Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) vuodelta 1811 ovat nekin tietyissä suhteissa pikemmin esimoderneja kuin moderneja kodifikaatioita. Ranskan Code civil vuodelta 1804 sen sijaan on modernia oikeutta. Sen mukainen yksityisoikeus rakentuu olettamukseen autonomisten ja yhtäläisten oikeussubjektien muodostamasta yhteiskunnasta, jossa oikeudet eivät perustu säätyyn tai korporatiivisiin siteisiin.

---

79. Ks. "1734 vuoden laki ja 1700-luvun yhteiskunta" sivulla 345

Ranskassa kuningasvalta yritti yhtenäistää oikeutta, mutta saavutti tässä vain rajallisesti menetystä. Suuren vallankumouksen jälkeen kodifikaatiota alettiin laatia kolmannen säädyn aloitteesta. Kolmas sääty kannatti oikeuden yhtenäisyyden, yksinkertaisuuden ja oikeusvarmuuden tavoitteita.[80] Code civilin abstraktius ja formaalisuus saa aikaan vaikutelman puhtaasti teknisestä oikeudesta. Kodifikaatio vaikuttaa oikeudelta vailla poliittista sisältöä. Tämän vaikutelman näennäisyys paljastui selvästi siellä, missä Napoleonin valloitussotien yhteydessä otettiin käyttöön Code civil kumoamatta sääty- ja feodaalisia instituutioita. Esimerkiksi niissä Reinin liiton valtioissa, joissa Code Napoléon otettiin käyttöön sellaisenaan päädyttiin oikeudelliseen kaaokseen. Badenissa ongelma ratkaistiin niin, että otettiin käyttöön Code civil vain niiltä osin, kuin se ei ollut säätyjen oikeuksien vastainen.[81] Itävallan ABGB oli tosin yksityisoikeuden osalta sisällöltään ja muodoltaan Code Napoléonin mukainen, mutta tämä siviilioikeuden modernisuus ostettiin julkisoikeudellisilla myönnytyksillä. Vasta vallankumouksellisen vuoden 1848 jälkeen ABGB muuttui täysimittaisesti moderniksi kodifikaatioksi.

Code civil ja ABGB olivat vain siviililakikirjoja, ALR käsittää sekä porvarillista yhteiskuntajärjestystä edustavan, valistushenkisen ensimmäisen osan että toisen osan, jossa esitetään preussilaisen sääty-yhteiskunnan normisto: kauppaoikeus esitetään porvarisssäädyn oikeutena, palkolliset perheoikeuden osana.[82] Pysyväksi oikeuden osaksi ajatellun siviilioikeuden erottaminen muusta lainsäädännöstä teki mahdolliseksi yhdistää modernille oikeudelle ominainen oikeusyhtäläisyys esimoderneihin poliittisiin ja taloudellisiin rakenteisiin. Tämä ratkaisu vaikutti myös siihen, että tuomioistuimien toiminnassa kiinnitettiin paljon huomiota yksityis- ja julkisoikeuden rajankäyntiin. Yksityis- ja julkisoikeuden rajasta muodostui tavallaan kahden erilaisen yhteiskunnallisen järjestelmän rajapinta.

Modernin kynnyksellä Manner-Euroopassa kodifioitiin siten oikeutta, joka Ranskan suuren vallankumouksen jälkeisessä muodossaan il-

80. Kodifikaatio oli nimenomaisesti kolmannen säädyn hanke. Esimerkiksi Montesquieu oli tyypillinen oman säätynsä, aatelin edustaja siinä, että hän vastusti kodifikaatiota. Kolmas sääty kannatti Voltairen ja eräiden muiden 'publisistien' vaatimia lainsäädäntöpoliittisia vaatimuksia oikeuden yhtäläisyydestä kodifikaation lähtökohtana. Hübner 1980, 39-40.

81. Grimm 1987, 177-178.

82. Björne 1986.

mentää modernia oikeusjärjestyksen kokonaisuutta. Kaikissa Euroopan maissa kodifiointi ei edennyt tällä tavalla. Poliittisesti epäyhtenäisessä Saksassa Napoleonin sotilaat antoivat kodifioimishankkeelle tiettyä ulkoista tukea. Vuonna 1814 syntyi ajatus siviililain kodifikaatiosta, joka tuottaisi poliittista yhtenäisyyttä hajonneeseen Saksaan ja edistäisi näin kansallista taistelua Napoleonia vastaan. Lainoppineista A. F. J. *Thibaut* asettui kannattamaan kansallista kodifikaatiota.[83]Hanketta vastustavista juristeista tunnetuin on F. C. von *Savigny.* von Savignyn mukaan yksityisoikeuden kokonaisuus oli epäyhtenäisessä Saksassa helpommin synnytettävissä oikeustieteen ja tuomioistuinkäytännön kautta kuin lainsäädäntöä yhtenäistämällä.[84]

Etenkin vuosina 1848-1849 saksalaiset liberaalit esittivät voimakkaita kodifioimisen vaatimuksia, mutta vasta 1860-luvulla tämä vaatimus sai laajempaa kannatusta. Kansallismielinen liberalismi esitti kansallisen lain aikaansaamisen ennakkoehdoksi kansallisvaltiolle. Vuoden 1849 perustuslakiluonnoksessa mainittiin kodifikaatio. Maltilliset liberaalit korostivat lain perusteellisen valmistelun tarpeellisuutta, ja von Savignyn 'historiallisen koulun' käsitys 'kansanhengen' mukaisesta oikeudesta omaksuttiin lainvalmistelun lähtökohdaksi. 1840-luvulta alkaen kodifikaatiota valmisteltiin kirjaamalla eri alueden voimassaolevaa oikeutta huolekkaasti.[85] Oikeustieteen systematisoinneilla oli kaikkiaan suuri vaikutus lopputulokseen. Kodifikaatio valmistui vasta valtakunnan yhdistymisen jälkeen.

Englannissa kodifioinnilla oli paljon vastustajia ja vähän kannattajia. Sen sijaan common law-järjestelmä tuotti systematisoitua oikeutta, joka tekee kodifikaation tarpeettomaksi. Myös Englannissa lakimieskunta - tässä tapauksessa ennen kaikkea tuomioistuimissa toimiva - otti tehtäväkseen tuottaa modernin oikeusjärjestelmän systemaattisena kokonaisuutena.

Englantilaisen oikeuden ytimen muodosti keskiajalta alkaen tavanomainen oikeus ennakkotapausten mielessä. Common law-tradition

---

83. Thibautin mukaan kodifikaatio edistää kaupallisia intressejä ja sitoo kansakunnan yhteen. Saksan alueella voimassa olevat normit olivat ristiriitaisia ja siten esteenä myös syvälliselle laintuntemukselle. Thibaut 1973, 61-94, erit. 64-69

84. Kuuluisassa kirjoituksessaan Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft hän piti lainlaatijoiden teoreettista kykyä riittämättömänä kodifikaation laatimiseen. Hän vaatii kansan kulttuuria vastaavan oikeuden kehittämistä, mikä on oikeustieteen tehtävä. von Savigny 1973, 95-192.

85. John 1989, 29-31.

taustalla vaikuttaa kuninkaan tuomiovalta, vaikka itse sovellettavan oikeuden katsottiin viimeistään 1600-luvulla olevan olemassa kuninkaasta riippumatta. Keskiajan lopulta alkaen common law oli kehittynyt yhtenäiseksi järjestelmäksi ja samalla toimivimmaksi oikeudenkäytön muodoksi. Kuninkaan oikeutta tuomitsi kolme common law-tuomioistuinta.[86] Koska kuninkaallinen oikeus kehittyi ennakkotapausten kautta, ei lainsäädäntö ollut tärkeätä. Common law sai alkunsa kuninkaan keskusvaltaa edustavana oikeudenkäyttönä, mutta kuninkaan kontrollin sijaan astui 1600-luvun kansalaissodan yhteydessä parlamentaarinen kontrolli. Oikeudenkäyttö irtaantui poliittisesta valtiovallasta vasta 1870-luvulla, kun perustettiin yhtenäinen korkein oikeus aikaisempien rinnakkaisten ylioikeuksien tilalle. Samalla parlamentin ylähuone menetti merkitystään ylimmän tuomiovallan haltijana.

Common law oli nimenomaisesti tuomioistumien kehittämää oikeutta. Siinä tavanomaisen oikeuden perinteinen legitimiteetti voitiin liittää valtion tai 'kruunun' legitiimisyyteen. Englantilaisessa valistusajattelussa vallan katsottiin toisaalta nousevan kansalaisyhteiskunnan luonnollisista suhteista, joita juuri common law ilmentää. Englantilaisen perustuslaillisuuden erityispiirteet, säädetyn statuuttioikeuden niukkuus ja lakimieskunnan koulutuksen ammattikuntaisuus saivat aikaan sen, että siirtymä moderniin positiiviseen oikeuteen oli vähemmän silmiinpistävä kuin Euroopan mannermaalla. Kun suvereenin lainsäädäntövalta on tunnustettu, siitä kuitenkin tulee myös englantilaisessa positivismissa kansalaisyhteiskunnan edellytys. Pohjois-Amerikan Yhdysvalloissa common law sai luonnonoikeudellisen painotuksen, joka antoi tuomioistuimille oikeuden kehittää lainsäädäntöä ja kontrolloida lainsäätäjän toimintaa.

Common law-oikeutta harjoittava lakimieskunta ja saksalainen lakimieskunta toimivat eri tavoilla, mutta monissa suhteissa lopputulos oli sama. Vaikka kummankaan käytettävissä ei ollut säädettyä oikeutta kodifikaation muodossa, syntyi oikeuskäytännössä ja juristien ammattikäytännössä esimodernista oikeudesta selvästi eroavaa oikeutta. Erikoistuneen lakimieskunnan tuottama moderni oikeus nojasi valtion po-

86. King's Bench, Common Pleas ja Exchequer sovelsivat common law-järjestelmäksi kiinteytyvää oikeutta, joka sai johtoaseman muista oikeudenkäytön muodosta. Lord Chancellorin johtama Chancery-tuomioistuin sovelsi alun perin joustavampaan kuninkaallisen harkintavallan käyttöön perustuvaa equity-oikeutta. Admiralty ja kirkolliset tuomioistuimet sen sijaan perustivat lainkäyttönsä roomalaiseen oikeuteen. Abel-Smith ja Stevens 1967, 7.

liittiseen herruuteen ja korvasi tavanomaista oikeutta - aivan samaan tapaan kuin eurooppalaisten kodifikaatioiden käsittämä oikeuskin. Moderni oikeus voi käyttää hyväkseen tavanomaisen oikeuden legitimiteettiä sekä common law-tradition että saksalaisen oikeustieteellisen doktriinin kautta. Kummassakin tapauksessa ammattituomarien muodostaman tuomiostuinlaitoksen käytäntö korvaa 'yleisen oikeuden' tai tavanomaisen oikeuden. Oikeudellinen pluralismi syrjäytyy valtiollisen, ammattituomarien tulkitseman oikeuden tieltä.

3. Julkinen ja yksityinen - valtio ja yhteiskunta

Max *Weber* esittää oikeussosiologiassaan jaon *julkiseen* ja *yksityiseen* oikeuteen olevan (oman aikansa) vallitsevassa oikeusteoriassa keskeinen. Jako julkis- ja yksityisoikeuteen liittyy siihen tapaan, jolla modernin yhteiskunnan oikeus liittää yhteen 'julkisen' ja 'yksityisen' alueen sekä *valtion* ja *kansalaisyhteiskunnan*. Valtio ja kansalaisyhteiskunta käsitteinä syntyvät modernin yhteiskunnan myötä. Julkisen ja yksityisen käsitteet ovat vanhoja, joskin ne saavat uudenlaisen sisällön modernissa yhteiskunnassa. Julkisen ja yksityisen, valtion ja kansalaisyhteiskunnan käsitteiden keskeisyydestä huolimatta - tai ehkä juuri niiden keskeisyyden vuoksi - niille annetaan monenlaisia merkityksiä. Seuraavassa tarkastellaan näitä modernin oikeuden synnyn yhteydessä tärkeiksi nousseita käsitepareja.

Modernin yhteiskunnan sisällä nämä käsiteparit tai oppositiot käyvät epäselviksi, koska 'modernin sosiaalisen' alue asettuu niiden väliin. Koskettelen lyhyesti modernin sosiaalisen alueen kasvua sekä modernia kansallisvaltiota. Kummallakin kehityksellä on vaikutusta 'klassisen' varhaisen modernin prosessin käyttöalaan.

Tämän tutkimuksen näkökulmasta julkisen ja yksityisen, valtion ja kansalaisyhteiskunnan ristiriitaiset ja monitulkintaiset käsitteet ovat kiinnostavia siksi, että *oikeudenkäyttö asettuu tietyssä mielessä niiden leikkauspisteeseen*. Vallan kolmijako-opissa itsenäistynyt tuomiovalta asetetaan tavallaan yksityisen ja julkisen erotuomariksi, valtion ja kansalaisyhteiskunnan välittäjäksi. Oikeustieteen systematiikassa oikeudenkäyttöä koskevien normien sijoittaminen yksityis- ja julkisoikeuden dikotomiaan on tuottanut ongelmia. Kysymys siitä, mitä oikeutta käyttävät tuomarit edustavat - valtiota vai kansalaisyhteiskuntaa - on ratkaistu moderneissa yhteiskunnissakin jossakin määrin eri tavoin. Näiden erojen kuvaamisen tarpeisiin esitän kolme 'ideaalityyppiä', joissa valtion ja kansalaisyhteiskunnan suhteet nähdään eri tavoin. Niitä on tarkoitus käyttää kulttuuristen erojen osoittamiseen.

Luvun neljännessä jaksossa siirryn tarkastelmaan tuomiovallan yhteiskunnallisen paikan määrittymistä modernin synnyn yhteydessä. Tuomiovalta itsenäistyy osaksi jo absolutismissa, ja sille annetaan moderneissa valtiosäännöissä nimenomainen paikka. Tuomiovallalle annetaan kansalaisyhteiskuntaa ja valtiota välittävä asema. Eri valtioiden ja niiden perustuslakien välillä on tässä suhteessa huomattavia eroja,

joiden havainnollistamiseksi esitän kaksi vallankumouksellisesti syntynyttä valtiosääntöä: Ranskan ja Yhdysvaltojen. Niitä voi pitää modernin valtiosäännön kahtena perustyyppinä, jotka asettavat tuomiovallan varsin eri tavalla.

3.1. Julkisoikeus ja yksityisoikeus

Julkisen ja yksityisen alue on siis vanhastaan erotettu toisistaan. Antiikin kaupunkivaltioista alkaen ero julkisen ja yksityisen välillä vastasi poliittisen alueen (polis) ja kotitalouden (oikos) eroa. Antiikin poliittiselle ajattelulle kotitalous oli elämän välttämättömyyksien synnyttämä luonnollinen yhteisö. Sen sijaan julkinen poliittisen alue, polis, oli vapauden valtakunta. Polis tunnusti vain yhdenvertaisia kansalaisia, kotitalous taas perustui eriarvoisuuteen. Renessanssin välityksellä helleeninen julkisuus on säilyttänyt omalaatuisen normatiivisen voiman ideologisena mallina meidän aikaamme asti.[1]

Vielä keskiajan maailmassa oli jälkiä julkisen ja yksityisen tällaisesta erottamisesta. Etenkin roomalaisen oikeuden kategorioiden muodossa yksityinen ja julkinen, res publica, välittyivät antiikista keskiaikaan. Feodalismissa tosin julkinen tila antiikin poliittisen merkityksessä suureksi osaksi hävisi. Kotitalouden ja perheen periaatteet ulotettiin myös ammattikuntien taloudelliseen toimintaan. Ammattikunnat nähtiin veljeskunniksi tai kumppanuudeksi. Välttämätön talouden alue oli keskiajalla kuten antiikissakin yksityistä aluetta. Sen sijaan modernissa monet yksityistalouksien aktiviteetit siirtyvät julkisiksi. Omaisuudesta tulee pääomaa. Valtio suojelee yksityisomistajia toisiaan vastaan, ja ihmisiä yhdistävät intressit ovat luonteeltaan yksityisiä. Modernin varhaisvaiheessa vallitsee Hannah *Arendtin* mukaan tiukka vastakkainasettelu yksityisen ja julkisen välillä. Alkeellisimmalla tasolla näiden sfäärien välitys manifestoituu yksityisomaisuudessa. Modernissa maailmassa julkisesta tulee siten yksityisen funktio, ja yksityisestä ainoa ihmisiä yhdistävä funktio.[2]

Edellä omaksutun kannan mukaan moderni oikeustiede on nimenomaisesti modernin valtion tiede. Se liittyy moderniin valtioon, joka

1. Habermas 1981, 16.
2. Arendt 1958, 51-66.

puolestaan toimii yksityisen omistusoikeuden 'ulkoisena kuorena'. Jean *Bodin* katsoi hallinnon kuuluvan kuninkaalle ja omaisuuden alamaisille, niin että kuninkaan velvollisuus on hallita alamaisten omaisuuden intressin mukaisesti. Tässä mielessä modernin valtion suvereniteetti on olemassa suojatakseen yksittäisten omistajien yhteistä intressiä.

Kansalaisyhteiskunta (civil society) voidaan uuden ajan luonnonoikeudessa esittää luonnontilan vastakohdaksi, jolloin siitä tulee sivilisoitunutta ihmistä ja luontoa erottava käsite. Kansalaisyhteiskunta muodostuu uuden ajan luonnonoikeudessa yksilönvapauden alueeksi, jonka edellytetään toimivan yksityisomistuksen perustalta. Kansalaisyhteiskunta käsitetään silloin selvästi valtiosta erilliseksi.

Valtion on kuitenkin toimittava yksilönvapauden suojana. Esimerkiksi Thomas *Hobbesin* mukaan luonnontilasta siirryttiin sivilisoituneeseen yhteiskuntaan, joka on väistämättä suvereenin hallitsema. Kansalaisyhteiskunta käsittää silloin myös absoluuttisen valtion attribuutit, kuten oikeuden siviililakien säätämiseen. Alamaisen ja kansalaisen ero nousee esiin 1700-luvulla. Ranskassa Jean-Jacques *Rousseau* ja ensyklopedistit huomauttivat, etteivät Jean Bodin ja Thomas Hobbes olleet tehneet tätä eroa. Ensyklopedisteille ero oli siinä, että kansalaista määrää moraalinen oleminen (être moral), alamaista taas fyysinen henkilö. Suvereniteetti muuttuu näin kansalaisen sisäiseksi asiaksi.[3] Immanuel *Kant* taas esittää Oikeusopissaan, ettei luonnonoikeudessa voi olla keskeistä jako luonnolliseen ja yhteiskunnalliseen. Luonnonoikeuden on jakaannuttava luonnolliseen ja kansalaisten (bürgerlich) oikeuteen. Luonnollinen oikeus on yksityisoikeutta, kansalaisten oikeus julkisoikeutta. Luonnontilassa voi tosin olla yhteiskunta, mutta ei kansalaisten yhteiskuntaa, jossa julkisin laein annetaan takeita sille, mikä on Sinun ja Minun.[4] Luonnontilasta siirrytään oikeudelliseen tilaan, jossa lakia säätävä valta huolehtii formaalin periaatteen mukaisesti lainmukaisesta omistuksesta. Ei-oikeudellinen tila on luonnontila, jonka vastakohta juuri on kansalaisten yhteiskunnan tila, status civilis. Yksityisoikeutta esiintyy luonnontilassakin, julkisoikeutta sen sijaan vain oikeustilassa, kansalaisten muodostamassa yhteis-

3. Jaume 1987, 516-517.
4. Kant 1986, 49.

kunnassa.[5] Kansalaisyhteiskunta on tässä ajatuksenkulussa julkisin laein säännelty yhteiskunta.

Valtio (stato, Staat, Etat, state) on sekä terminologisesti että yhteiskunnallisena käytäntönä uuden ajan ilmiö.[6] Uuden ajan luonnonoikeus perustelee valtiollisen vallan käyttöä. Valta käsitetään silloin jonkinlaiseksi entiteetiksi, jonka haltuunotto, kontrolloiminen ja jakaminen on mahdollista. Kun tätä valtaa pyritään sääntelemään, politiikka rajataan oikeudellisesti, ja *vallan kolmijako-oppi* tuottaa tällaisen sääntelyn välineen. Vallan kolmijako-oppi liitetään yleensä *Montesquieun* nimeen. Vuonna 1748 Montesquieu julkaisi pitkään valmistelemansa De l'esprit des loix'-teoksen[7], josta julkaistiin lyhyessä ajassa monia painoksia. Montesquieun teoksen pääteesi on, että lakien henki riippuu historiallisista ehdoista: kansan luonteesta, uskonnosta, tavoista ja maantieteestä. Luonnonoikeuden abstraktiot ovat siten harhaisia. Montesquieu pyrki perustuslaillisesti rajoitettuun monarkiaan *Vilhelm Oranialaisen* Englannin tapaan. Teoksen XI kirja tarkastelee valtiosäännön merkitystä, ja tämän kuudes luku englantilaista perustuslakia. Esitys perustuu osin väärin ymmärrettyyn englantilaiseen kirjallisuuteen, etenkin John *Locken* kirjoituksiin.[8]

Tässä teoksensa jaksossa Montesquieu erottaa kolme valtiovaltaa, lakia säätävän, täytäntöönpanevan ja oikeudellisen. Valtiollisessa vallassa on sen mukaan aina kolme tekijää, kuningas, aristokratia ja kansa. Kuninkaan on oltava vaaka, joka tasapainottaa kaksi muuta tekijää. Samaan tapaan Montesquieu (kuten myös John Locke) yhdisti valtiovallat valtiossa vaikuttaviin poliittisiin voimiin. Kutakin poliittista mahtitekijää vastasi siten valtiovallan osa, ja nämä pitivät toisensa tasapainossa.

---

5. mt., 123-124.
6. Skinner 1987.
7. Charles de Sécondat, Baron de la Bréde et de Montesquieu kuului itse korkeaan tuomarisukuun, Strömholm 1990, 22-23. Ranskassa tuomarit saivat itsenäisyyttä suhteessa suvereeniin sekä sääty-yhteiskunnan privilegiojärjestelmän että virkojen ostomenettelyn kautta - Montesquieu myi itsekin Bordeaux'n parlementin presidentin virkansa. Tuomiovallan itsenäisyyden ajatus ankkuroitui näin Montesquieun omiin sosiaalisiin kokemuksiin.
8. Montesquieu 1990, 111-123. Strömholm 1990, 34. Sekä Montesquieu että Locke ovat velkaa Jonathan Swifthin vuonna 1700 ilmestyneelle teokselle Discourse of the contest and dissertations between the Nobles and the Commons in Athens and Rome.

Weber korostaa valtiovallan kolmijakoa erottaessaan toisistaan oikeuden luomisen, oikeudenkäytön ja hallinnon. Montesquieun tavoin Weber uskoi, että vasta vallan kolmijako teki varsinaisen julkisoikeuden mahdolliseksi, vaikka julkis- ja yksityisoikeuden erottelu itsessään on esimoderni. Vanhastaan julkisoikeus käsitettiin hallitsijan oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi, yksityisoikeus alamaisten oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi. Tarvittiin säätyvaltio vallanrajoituksineen ja -jakoineen, jotta ranskalainen doktriini kykeni luomaan modernin julkisoikeuden käsitteen roomalaisen korporaatiokäsitteen ja luonnonoikeuden pohjalta.[9]

Oikeudellinen doktriini kehittyi ensin Ranskassa ja myöhemmin Saksassa erottamaan yksityisen ja julkisen oikeuden toisistaan niin, että yksityistä oikeutta luonnehtivat markkinoiden ja kansalaisyhteiskunnan toimintaperiaatteille ominaiset oikeudelliset suhteet. Yksityisoikeuden ytimen muodostaa yksityisten omistajien oikeus tehdä vapaasti sopimuksia ennen kaikkea vaihdannan intressin toteuttamiseksi. Yksityisoikeutta luonnehtii tästä syystä oikeussuhteen osapuolten yhtäläisyys ja vastavuoroisuus. Yksityisoikeudessa kansalaiset nähdään yhtäläisinä vallankäyttäjinä. Sen sijaan julkisoikeudessa oikeussuhde on sidoksissa julkisen vallan käyttöön.

1800-luvun saksalainen oikeustiede jakoi yksityisen ja julkisen oikeuden lähinnä sen mukaan, oliko kysymyksessä julkinen vai yksityinen intressi. Myöhempi doktriini tekee eron sen perusteella, onko oikeussuhteen osapuolena julkinen vai yksityinen oikeussubjekti. Julkisoikeudelle tyypillinen oikeussuhde ei ole kahden yhtäläisen osapuolen suhde, vaan toiselta puolen valtion valtaoikeuksia käyttävän julkisen vallan edustajan suhde tällaista valtaa vailla olevaan osapuoleen. - Näin vasta modernin valtion yhteydessä julkinen ja yksityinen erottuvat oikeusteknisesti tehokkaalla tavalla toisistaan valtion ja kansalaisyhteiskunnan myötä.[10]

Vallan kolmijako-oppi erottaa oikeudenkäytön muista vallan muodoista ja asettaa sen tavallaan vartioimaan yksityisen ja julkisen rajaa: valvomaan, ettei julkinen loukkaa yksityistä. Valtiovallan kolmijako-opin kautta tuomarikunnasta muodostuu tuomiovalta, osa eri funktioihin jakaantuneesta valtiovallasta. Julkinen ja yksityinen määritetään silloin käytännössä oikeusnormien ja oikeudellisen ajattelun kautta.

9. Weber 1956 II, 394.
10. Habermas 1981, 16-17.

Yksityisiä oikeuksia, yksilön tai ihmisen oikeuksia suojataan oikeudellisin keinoin julkista valtaa vastaan. Perustuslakien kautta määrittyy modernissa yhteiskunnassa se, missä muodoissa on mahdollista harjoittaa politiikkaa. Politiikka taas määritellään lähinnä valtiolliseksi päätöksenteoksi. Modernin oikeuden lainopillisessa systematiikassa poliittisen vallan käyttöä sääntelee erityinen oikeudenala, valtiosääntöoikeus. Muilla oikeudenaloilla ei sen sijaan ole välitöntä liittymää poliittiseen valtaan.[11]

Julkisen käsitteellä on kuitenkin myös modernissa laajemmassa mielessä poliittiseen liittyvä merkitys. Jürgen *Habermasin* mukaan representoiva, edustava julkisuus kehittyi keskiajalla statuksen osoittamisen välineeksi. Edustava julkisuus ylläpiti herruutta ja auktoriteettia. Rituaali, liturgia, juhlakulkue ja 'jalo käytös' ilmensivät edustavaa julkisuutta, joka monarkioiden vahvistuessa kiinnittyi erityisesti hallitsijan henkilöön. Byrokratian, armeijan ja osaksi myös tuomioistuimien kautta syntyi julkisen vallan instituutioita, jotka söivät tällaisen julkisuuden perustaa. Valtiosäädyistä kehittyvä parlamentti muodostui keskeiseksi julkiseksi vallaksi, jonka vastakohdaksi ja samalla aidon yksityisen autonomian alueeksi kansalaisyhteiskunta käsitettiin.

Edustavaa julkisuutta vastaan asettui näin porvarillinen julkisuus, joka muodostuu yleisöstä ja julkisesta keskustelusta tai julkisesta mielipiteestä. Julkinen mielipide, l'opinion publique, ilmestyy terminä Ranskan akatemian sanakirjaan vuonna 1798. Tähän asti mielipide oli aina käsitetty partikulaariseksi tuntemukseksi, joksikin mikä on suorastaan 'julkisen' vastakohta. Julkista tai yleistä mielipidettä edustivat Ranskassa kirjalliset piirit ja parlamentin ympärille kerääntyneet ryhmät, ja monarkia pyrki tukahduttamaan sitä.[12] Vapaan ja julkisen mielipiteiden vaihdon väitettiin tuottavan ideaalisesti toimivassa porvarillisessa julkisuudessa objektiivisen ja järkevän yleisen mielipiteen. Tällaisen julkisuuden nähtiin muodostavan välittävän pinnan valtion ja yksilön välille. Julkisuus käsitettiin silloin 'julkisen sanan' alueeksi, jolla järkeilevät yksityishenkilöt muodostavat julkisen vallan kriittisen yleisön. Jotta laki voi olla yleinen ja abstrakti Locken ja Montesquieun tarkoittamassa mielessä ja muodostaa fysiokraattien tarkoittaman 'luonnollisen järjestyksen', sen kriteerien on synnyttävä julkisen mielipiteen kautta. Tässä suhteessa porvarillisen julkisuuden tehtävänä oli

11. Jyränki 1989, 16.
12. Ozouf 1987, 419-423.

käsitellä poliittisia ja kulttuurisia kysymyksiä, mutta myös asettaa taloudellisen toiminnan rajat. Julkisuus nähtiin pinnaksi, jolla valistuneiden yksilöiden käsitykset voivat organisoitua yleisen edun mukaisiksi uudistusvaatimuksiksi, joita valtio voi reformityössään toteuttaa.[13] Porvarillisen julkisuuden toiminta on siten yhteiskunnalliselle legitimiteetille olennaista, ja sen muuttuminen tai 'paljastuminen' massoja manipuloivaksi publisiteetiksi merkitsee legitimiteetin kriisiytymistä.[14]

Porvarillisen julkisuuden merkityksessä kansalaisyhteiskunnalla on siis tärkeä julkinen funktio. Julkisuutta suojaamaan rakennetaan modernissa yhteiskunnassa instituutioita, joita niitäkin säännellään oikeudellisesti kansalaisten oikeuksina. Tavallaan tällaiset porvarillisen julkisuuden erityiset instituutiot ja niitä suojaavat kansalaisten oikeudet muodostavat tärkeä välityksen julkisen ja yksityisen välille. Porvarillista julkisuutta voidaan pitää valtio-oikeudellisena fiktiona, joka on tehokas vaikutuksissaan. Modernit tuomioisstuimet muodostavat tietyssä mielessä nekin julkisen alueen, joka välittää yksityistä ja julkista kapeassa merkityksessä.

3.2. Sosiaalisen yhteiskunnan synty

Varhaisessa modernissa julkinen ja yksityinen pyrittiin siis rajaamaan tiukasti toisistaan, joskin sellaiset instituutiot, joiden tehtävänä oli välittää kansalaisyhteiskunnassa syntyneitä käsityksiä valtiollisiin käytäntöihin muodostavat varhaisessa modernissakin kosketuspinnan yksityisen ja julkisen välille. Modernin yhteiskunnan sisällä tapahtuva muutos teki tämän rajauksen entistä vaikeammaksi. Rajanveto julkisja yksityisoikeuden välillä ei ollut selvä edes Max *Weberin* aikana, jolloin se kuitenkin oli oikeustieteen keskeinen jako.[15] Weberin mukaan tämä johtui vallan kolmijaon hämärtymisestä, kun hallinto ja oikeudenkäyttö sekaantuvat toisiinsa modernin formaalis-rationaalisen oikeuden saadessa materiaalisia piirteitä. Modernin oikeuden materiaalistumisen edetessä myös julkis- ja yksityisoikeuden erottaminen käy yhä vaikeammaksi.

13. Habermas 1981, 69-75.
14. Habermas 1981, 287-294.
15. Weber 1956 II, 387 ss.

Tämä liittyy yhteiskunnallisen sosiaalisuuden merkityksen kasvuun. Modernissa maailmassa kehittyy yhteiskunnallistuvan tuotannon sosiaalistama ihminen. Sosiologiatiede kuvaa käsitteineen juuri tätä muutosta. Omaisuuden käyttäminen pääomana ja kotitalousvarallisuuden merkityksen häviäminen talouden perustana saavat aikaan sellaisen talouden, joka ei ole yksityistä antiikin tai keskiajan talouden tai yksinkertaisen tavarantuotannon tapaan. Tämä merkitsee yksityisen ja julkisen dikotomian käymistä riittämättömäksi. Yksityis- ja julkisoikeuden rajanvedon vaikeutumista Karl *Renner* kuvaa esittämällä, että yksityisoikeuden instituutioiden funktio modernissa yhteiskunnassa muuttuu - omistusoikeutta ja siihen liittyviä yksityisoikeudellisia instituutioita käytetään aikaansaamaan tuotantoa, joka on luonteeltaan lähinnä julkista.[16]

Myös Hannah *Arendt* puhuu yhteiskunnan synnystä modernissa lähtien talouden perustan muuttumisesta. Hän liittää kuitenkin tähän myös uudenlaisen sosiaalisuuden synnyn. Sekä perinteisen poliittisen että yksityisen alue kaventuvat hänen mukaansa sellaisen sosiaalisen alueen tieltä, joka ei ole julkinen eikä yksityinen.[17] Modernin sosiaalisen synty liittyy aikaisempien sosiaalisten suhteiden ja siteiden rapautumiseen. Sääty-yhteiskunnalle ominaiset sosiaaliset suhteet murentuvat luokkayhteiskunnassa.

Englannissa luokkayhteiskunta syntyi varhain. Sitä on myös tutkittu paljon, ja sen vuoksi Englanti on edustava esimerkki 'modernin sosiaalisen' synnystä. Teollistuminen ja yksityisomaisuuden muuttuminen pääomaksi johtivat sääty- tai statusyhteiskunnan häviämiseen ja luokkayhteiskunnan syntyyn suhteellisen lyhyen ajanjakson kuluessa. Finanssipääoma ja markkinoille suuntautuva maatalous syntyivät jo ennen 1750-lukua, ja tästä alkoi paternalismin eroosio. Palkolliset eivät puolestaan enää hyväksyneet kuria. Englantilainen luokkayhteiskunta syntyi Ranskan vallankumouksen ja parlamenttireformin välisenä aikana. Tuota ajanjaksoa leimasivat levottomuudet ja mellakat.[18] Luokkasuhteet eivät niinkään syntyneet tehtaissa, sillä työväki järjestäytyi nopeammin ja tehokkaammin ei-teollisissa kuin teollisissa ammateissa. Kaupungistuminen muodosti kuitenkin teollisuutta ja luokkaa yhdistävän tekijän, ja uudet teollisuuskaupungit olivat luokkajaon kehtoja.

16. Renner 1976, 289-300.
17. Arendt 1958, 256.

Perinteisen ja uuden luokkayhteiskunnan ero voitiin esittää Lontoon ja Manchesterin erona.

Luokkien synty merkitsi vanhojen vertikaalisten riippuvuussiteiden korvaamista vertikaalisella luokkien vihamielisyydellä. Omaksuessaan laissez faire-politiikan opit ja industrialismin hyödyt vanha maaaristokratia luopui paternaalisesta vastuustaan.[19]Tärkeimpiä muutoksia oli köyhäinhoitolakien poistaminen, joka johti sosiaalisten riippuvuussiteiden katkeamiseen ja herätti huomattavaa antagonismia. 1700-luvun lopulla hallitus harjoitti repressiivistä politiikkaa; William *Pittin* 'reign of terror' pyrki tukahduttamaan radikalismin ulkoisen kurin ja järjestyksen avulla.[20] Poliittinen taloustiede ja whig-puolue kannattivat perinteisen köyhäinhoidon poistamista, radikaalit konservatiivit olivat taas perinteisten köyhäinhoitolakien ja paternaalisen järjestelmän suosijoita.[21]

Ulkoinen pakko, kuri ja järjestys ei kuitenkaan sellaisenaan merkitse 'modernin sosiaalisen' syntyä yhteiskunnallisen järjestyksen takeeksi. Modernille sosiaaliselle ominainen kansalaisten homogeenisuus kehittyy osaltaan modernille yhteiskunnalle ominaisten *vallan tekniikoiden* kautta. Michel *Foucault*'n mukaan modernissa kasvaa esiin aivan toisen tyyppistä valtaa kuin se valtiollinen valta, jota oikeudellinen tieto hallitsee. Modernissa erityiset institutionaalistuneet kurin mekanismit synnyttävät valtaa. Armeijan, vankilan, sairaalan, koulun ja tehtaan kuri kohdistuu sosiaaliseen ruumiiseen, yhteiskunnallistuneeseen ihmiseen. Viraston ja tuomioistuimen kuri on omasta näkökulmastani tärkeässä asemassa tällaisen sosiaalisen vallan muodostumisessa. Useimmiten valtaa sosiaalisena kurina havainnollistetaan kuitenkin modernin valtion väkivaltakoneiston yhteydessä. Utilitarismin klassikko Jeremy *Bentham* esiintyy Foucault'n normaalistavan kurinpitovallan klassikkona.[22] Benthamin utilitarismissa liberalismin

18. Hobsbawm ja Rudé 1973 16, 26. E. P. Thompson esittää laajassa englantilaisen työväenluokan syntyä käsittelevässä teoksessaan englantilaisen jakobinismin päätyneen lähes vallankumoukseen, Thompson 1963. Thompsonin on väitetty suurennelleen englantilaisten työläisten vallankumouksellista mielialaa, Brooks 1980, 59. Vaikka erilaisia levottomuuksia esiintyy koko 1700-luvun ajan, vasta vuosisadan lopulla urbaanit väkijoukot Ranskan esimerkin valossa muodostuivat hallituksen painajaiseksi. Tämä johti 1800-luvun puolella tehokkaan poliisin syntyyn ja köyhäinhoidon lisäämiseen. Stevenson 1977, 27-50.

19. Perkin 1969, 176-183.

20. Goodwin 1979, 359-415.

21. Perkin 1969, 189-192.

22. Foucault 1980.

laissez faire yhdistyy yhteiskunnalliseen kurinalaistamiseen, individualistinen onnen tavoittelu vankilan uudenlaiseen valtatekniikkaan. Hyödyn ja mielihyvän tavoittelun kääntöpuolena on vankilan, koulun ja kasarmin kurinalaisuus. Utilitarismi tuotti näin normaalistavaa sosiaalisuutta negatiivisesti määrittyvän 'tuskan kalkuluksen' muodossa.[23]

Laaja hallinnollinen rationaalistuminen - jota usein kuvataan edistykseksi - on antanut modernille keskusvallalle monopolin rikosten rankaisemisessa. Rangaistuslaitokset muodostuvat yhdenmukaisiksi, ja rangaistuksia täytäntöönpanevien viranomaisryhmien määrä kasvaa. Kaikki nämä ammattiryhmät rakentavat itseymmärryksensä utilitaristisiin odotuksiin rangaistuksen sosiaalisesta tuloksellisuudesta. 1800-luvun Euroopan ja Pohjois-Amerikan tieteellinen kriminologia pyrki korvaamaan vanhan arvorationaaliseen rangaistusmoraalin tavoiterationaalisuudella, käyttämään rikollisuuden kontrolloimiseen mahdollisimman tehokkaita teknisiä keinoja. Yhteisöllisille tai moraalisille tunteille ei ole sijaa tällaisessa rikollisuuden hallinnoimisessa. Se etääntyy myös oikeudellisesta ammattitaidosta ja kehittää oman hallinnollisen logiikkansa.

Foucault'n tulkinta rangaistuksen rationaalistumisesta korostaa rangaistusta normalisoinnin keinona.[24] Vuosien 1770 ja 1840 välillä 'mieleen' suuntautuva vankeusrangaistus syrjäytti 'ruumiiseen' kohdistuvat rangaistukset kuten ruoskimisen, polttomerkit, häpeäpaalun ja kidutuksen englantilaisessa rikosoikeudessa, joskin kuolemanrangaistus jäi varsin yleiseen käyttöön. Vuonna 1842 avattu Pentonvillen vankila oli vankilakurin ja -arkkitehtuurin esikuva muulle Euroopalle. Toisin kuin aikaisemmat maankiertäjille tarkoitetut laitokset uusi vankila pyrki totaaliseen kuriin.[25] Pyrkimys rangaistusten rationaalistumiseen on Max *Weberin* tarkoittamassa mielessä moderni[26], mutta se johtaa uusien, oikeudellisesta rationaalisuudesta eriytyvien rationaliteettien kehittymiseen.

Englannin utilitaristinen filosofia ja politiikka yhdistetään näin modernia sosiaalisuutta muokkaaviin 'negatiivisiin' valtatekniikoihin.

---

23. Burton ja Carlen 1979, 3.
24. Foucault 1980.
25. Ignatieff 1989, 3-14.
26. David Garland esittää, että rangaistusten rationaalistuminen on merkinnyt normalisoivan rangaistusten täytäntöönpanokäytännön syntymistä, mutta rangaistusten tuomitseminen käsittää edelleen moraalisen paheksunnan ja emotiivisen irrationaalisuuden elementtejä, Garland 1990, 177-192.

Modernia sosiaalisuutta rakennettiin kuitenkin myös 'positiivisilla' keinoilla. Ehkä etenkin utilitarismin poliittisten vastustajien toiminta edisti myönteisesti määrittyvän sosiaalisen alueen syntyä, tietoista sosiaalistamista tai sivilisoimista.[27] Tämä liittyy yhteiskunnallisia oloja koskevien tietojen tuotannon, porvarillisen julkisuuden ja reformipolitiikan yhdistämiseen. Esimerkiksi Englannissa tämä ilmenee liberalismin ja utilitarismin vastustajien poliittisessa käytännössä. Thomas *Carlyle* kirjoitti 1830-luvulla nimimerkillä *Sartor Resartus* teemoista, joita otettiin esiin lehdissä, pamfleteissa, tieteellisissä tutkimuksissa ja romaaneissa: kasvatuksesta, modernista vieraantumisesta ja köyhyydestä.[28]

Yhteiskunnallisia olosuhteita tutkivia komissioita oli Englannissa 1800-luvun alusta 1850-luvun lopulle yhteensä 222. Ne tuottivat systemaattisesti virallisia selvityksiä mm. siirtomaiden, orjuuden, köyhäinhoitolain, kaupunkien terveysolojen, asumisen, työvoiman sääntelyn ja poliisijärjestelmän kehityksestä. Komissiot ja komiteat kokosivat ja muokkasivat uusien kokeellisten tieteiden tuottamaa tietoa. Parlamentaaristen tutkimusten tuottama tieto koottiin ns. 'sinisiksi sarjoiksi'. Nämä olivat monien yhteiskunnallisten tutkimusten, kuten Karl *Marxin* Pääoman, keskeinen lähde. Tämän tiedon ja sen julkisen käsittelyn kautta syntyi reformien politiikka; uusi hallintotekniikka 'julkisten' ja 'yksityisten' intressien tasapainottamiseksi.[29] Tämä tieto muokkasi sosiaalista todellisuutta politiikan ja poliittisen taloustieteen kritiikin muodossa, mutta myös porvarillisen julkisuuden ja kirjallisuuden kautta. Erityisesti lainakirjastojen uuden porvarillisen keskiluokan keskuuteen tehokkaasti levittämä uusi kirjallinen laji, romaani, käsitteli julkisesti sosiaalireformismin keskeisiä kysymyksiä.

Sosiaalireformin taustalla vaikutti uusi, ammatillinen keskiluokkainen ryhmä. Ammatti-intellektuellien joukko kasvoi ja sai vaikutusvaltaa. Ennen kaikkea tämä ilmenee ehkä kirjailijoiden aseman muu-

27. Historioitsijat ovat usein korostaneet eroa Benthamin kannattajakunnan yltiöliberalismin ja konservatiivien traditionaalisen paternalismin välillä. On viitattu myös siihen, että utilitaristisen yhteiskuntapolitiikan suosijatkin olettivat olevan vaarallista jättää köyhän oman onnensa nojaan ja pyrkivät sen vuoksi soveltamaan luovasti sosiaalipoliittisia keinoja. Köyhäinhoitoa koskevat erimielisyydet koskivat keinoja, eivät niinkään tavoitteita. Köyhien taloudellista itsenäistymistä pelättiin. 'Poliisin' ja 'sosiaalisen poliisin' ero oli näin siinä, että jälkimmäinen hajaantui moniin sosiaalisiin instituutioihin. Donajgrodzki 1977, 51-76.

28. Carlyle 1987.

29. Burton ja Carlen 1979, 4-6.

toksen kautta. 1700-luvulla herrasmiehet kirjoittivat huvikseen kuten Joseph *Addison* tai saivat kehnon elannon sekalaisista kirjoitustöistä kuten Daniel *Defoe*. Sen sijaan 1800-luvun englantilaiset kirjailijat Walter *Scottista* alkaen kykenivät hankkimaan itselleen keskiluokkaisen toimeentulon kirjoittamalla. Tämä kirjallinen ryhmä omistautui kuvaamaan luokkasotaa jättäen yleensä itsensä kuvan ulkopuolelle. Sen vuoksi keskiluokan osallistumista sosiaalisen homogeenisuuden tuottamiseen ei ole helppo havaita.[30]

Sosiaalista ongelmaa käsittelevä romaani ja reformistinen runous[31] käsittelivät 1830-1850-luvuilla rikkaiden ja köyhien välistä kuilua, tehtaiden ja vaivaiskotien epähumaanisuutta. Tilastoselvityksiä tekivät ja käyttivät hyväkseen myös 'tutkivat journalistit', esimerkiksi Henry *Mayhew*.[32] Sosiaalinen romaani saattoi myös käsittää viittauksia parlamentin 'siniseen sarjaan' tai muihin sosiaalisiin selvityksiin. Englannin jakaantuminen kahteen antagonistiseen yhteiskuntaluokkaan ja tarve tämän kuilun ylittävän yhteisöllisyyden syntyyn nähtiin keskiluokassa Carlylen vuonna 1839 kirjoittaman chartismia käsittelevän esseen sanoin siinä, että 'jos jotakin ei tehdä, jotakin *tapahtuu itsestään* jonakin päivänä tavalla, joka ei miellytä ketään'. 1800-luvun englantilainen kirjallisuus tarjoaa runsaasti esimerkkejä siitä, miten juuri *romaani* artikuloi tarvetta kehittää modernia 'sosiaalisen' aluetta syvenevän luokkajaon ja sen tuottamien levottomuuksien hillitsemiseksi. Kirjailijat tarjosivat konfliktin ratkaisuksi militantin toiminnan sijasta yhteisymmärrystä, kasvatusta ja sosiaalisia reformeja.[33] Tästä aukeaa myös sosiaalitieteelle tehtävä ristiriitoja tutkivana ja niiden sovittelua korostavana tieteenä. Modernin sosiaalivaltion syntyyn vaikuttavat tässä mielessä sekä konservatiivisiksi että radikaaleiksi luonnehdittavat pyrki-

30. Perkin 1969, 252-270.

31. Kirjallisuudentutkimuksen klassikko, joka tulkitsee 'sosiaalisen romaanin' reaktioksi poliittiseen ja sosiaaliseen ongelmaan on Cazamian 1973 (alkuteos Le Roman Social en Angleterre, 1903). Cazamian idealisoi romaanin konservatiiviseksi interventionistiseksi reaktioksi vallitsevaan yhteiskunnalliseen tilanteeseen, jonka utilitaris-liberaalinen politiikka oli tuottanut.

32. Henry Mayhew'n London Labour and London Poor-teos muodostuu vuosina 1848-1850 julkaistuista lehtiartikkeleista, jotka ovat 'tutkivan journalismin' klassikoita. Mayhew'n kirjoitukset muodostavat aikansa vakuuttavimman työn ja köyhyyden kuvauksen. Niitä jäljiteltiin ahkerasti, Thompson ja Yeo 1973. Viralliset komiteat usein keskittyivät naisten ja lasten työolojen yhteiskuntamoraalisiin vaikutuksiin tai tutkivat työläisten kurinalaisuutta. Mayhew puolestaan selvitti köyhyyden syitä. Köyhyyttä tutkiva journalismi harjoitti usein myös eräänlaista sosiaalista tirkistelyä, Yeo 1973.

mykset. Kaikkiaan sosiaalivaltion synty merkitsee perinteisen paternalismin syrjäytymistä byrokraattisen, välittyneen sosiaalisen kontrollin tieltä.[34]

Saksan valtakunta yhdistyi Otto von *Bismarckin* poliittisella johdolla kansallisvaltioksi, jonka piti olla sosiaalivaltio. von Bismarckin politiikka oli sekin nimenomaisesti vastavoima liberalismille. On katsottu, että kansallisvaltio ideologiana saa pontta 1870-luvun jälkeisessä konservatiivisessa ajattelussa Saksan esimerkistä. Bismarckin ja 'kateederisosialistien' tavoitteena oli valtio, jonka sosiaalinen pohja vahvistetaan ehkäisemällä sosiaalisen tyytymättömyyden syyt tietoisen sosiaalipolitiikan avulla. Saksalainen konservatismi rakensi sosiaalistavan mallinsa valtiojohtoisemmaksi kuin varhaisempi englantilainen konservatismi.[35] Kummallekin oli kuitenkin ominaista tiedon tuotannon ja sosiaalisten reformien yhdistäminen tavalla, jonka pitäisi johtaa sosiaalisen yhteiskunnan syntyyn.

Myöhäismoderneissa länsimaisissa yhteiskunnissa *valtio ja kansalaisyhteiskunta tulevat päällekkäisiksi*. Tämä ilmenee selvästi myös terminologiasta, jonka mukaan 'yhteiskunnan' pitää ottaa huolehtiakseen tehtävistä, joita markkinat tai yleensä aikaisemmassa merkityksessä kansalaisyhteiskunta ei kykene tyydyttävästi hoitamaan. Esimerkiksi Nykysuomen sanakirja määrittelee 'yhteiskunnan' 'jäsentensä keskinäisiin suhteisiin perustuvana järjestäytyneenä kokonaisuutena, jonka piirissä kaikki elämälle tarpeellinen yhteistoiminta tapahtuu; nykyoloja ajatellen varsinkin valtiosta ja kunnista tällaisena sosiaalisena kokonaisuutena'. Yhteiskuntaa käytetään näin valtion synonyyminä. (Kan-

33. Syvenevä luokkajako on pääteema Benjamin Disraelin reformistisessa romaanitrilogiassa, joista 'Sybil, or two nations' (1845) nimenomaisesti tematisoi kahden kansakunnan syntymistä. Teema toistuu Englannin 1800-luvun puolivälin romaanikirjallisuudessa eri muodoissa, esimerkiksi Elizabeth Gaskellin pohjoisen ja etelän vastakkainasetteluna (North and South, 1854-1955) ja Charles Dickensin monissa romaaneissa. Köyhäinhoitolainsäädännön kritiikki (Oliver Twist or, the Parish Boy's Progress, 1837-1839) ja teollisuuskaupungin ristiriidat (Hard Times, 1854) ilmentävät vahvaa utilitarismin kritiikkiä. Disraelin romaanitrilogia päättyy kirkon velvollisuuksien korostamiseen (Tancred; or, the New Crusade 1847). Wheeler 1985, 32-42.

34. Donajgrodzki 1977, 22.

35. Saksalaisessa ns. Sonderweg-debatissa on kiistelty siitä, onko Saksan valtakunnan yhtenäistymisen poliittinen tausta 'rukiin ja raudan liitto', joka manipuloi nationalistisia, agraarisia ja antisemitistisiä massaliikkeitä. Ks. esim. Wehler 1987, 243-280 sekä Blackbourne 1980 ja 1987. Jälkimmäinen esittää saksalaisen Sonderweg-kehityksen modernin yhteiskunnan massaosallistumisen erityisenä muunnoksena.

salais)yhteiskunnalle nykysuomen sanakirjassa ei ollenkaan anneta merkitystä, jossa se asetettaisiin valtion oppositioksi. Molemmat yhdistetään kansallisvaltioon.

Arendtin mukaan yksityinen ja julkinen ovat modernin ajan varhaisvaiheessa jyrkästi toisiaan vastassa, mutta lopulta ne sulautuvat yhteiskunnan tai sosiaalisen sfääriksi. Modernissa yksityisyydestä tulee samalla myös sosiaalisen vastakohta siinä mielessä, että yksityisyys aletaan tulkita intiimin alueeksi. Jean-Jacques *Rousseausta* ja romantiikasta alkaen intiimi yksityisyys on merkinnyt subjektiivisen ja emotionaalisen alueen asettamista sosiaalisesti määrittynyttä aluetta vastaan. Yhteiskunnallisen sosiaalisuuden merkityksen kasvu vie pohjaa julkiselta poliittisessa merkityksessä. Yhteiskunnan sosiaalisuus merkitsee sen jäsenille asetettavia sääntöjä ja kansalaisten normalisoimista. Käyttäytyminen korvaa toiminnan keskeisenä ihmissuhteiden moodina. Yhteiskunnallisen sosiaalisen voitto tuottaa Arendtin sanoin eräänlaisen 'kommunistisen fiktion', jossa 'näkymätön käsi' hallitsee. Yhteiskuntaan otaksutaan sosiaalinen ykseys, ja valtio ja poliittinen hallitseminen redusoidaan pelkäksi byrokraattiseksi hallinnoksi. Syntyy yhteiskunta kollektiivisena subjektina, fiktiona, jonka alueen kansallisvaltio omaksuu.[36]

Tällainen kehitys merkitsee sellaisen vallan kasvua, jota vallan kolmijako-opin mukainen valtiovallan jako ei kykene käsittelemään eikä valtion ja kansalaisyhteiskunnan välittäjäksi syntynyt oikeustiede hallitsemaan. Modernin yhteiskunnan valtamekanismina oikeus siten olisi suhteellisen vähämerkityksinen, pikemmin absolutistisessa esimodernissa kuin modernissa tärkeä ilmiö. Modernin yhteiskunnan valtaa luova tieto keskittyy sosiaalisen tai yhteiskunnallisen alueelle. Yhteiskunnallisen tai sosiaalisen laajenemiseen liittyy modernissa normaalisuuden tai konformiteetin tuottamisen tieteitä. Oikeustiede perustelee modernia valtiota ja pyrkii hallitsemaan sen vallankäyttöä laillisin normein. 'Sosiaalista yhteiskunnallisuutta' perustelevat tieteet tuottavat tietoa normaalisuudesta - tilastoivat ja tutkivat käyttäytymistä ja tuottavat samalla normaalistavaa valtaa. 'Sosiaalinen' ja yhteiskunnallinen tässä mielessä merkitsee julkisen ja yksityisen rajanvedon hämärtymistä. Samalla käy ongelmalliseksi myös oikeudellinen rajaus, jossa julkinen liitetään valtioon ja yksityinen valtion ulkopuoliseen toimintaan.

---

36. Arendt 1958, 256.

Oikeuden valtamekanismin synnyn sijoittaminen absolutismiin ei kuitenkaan tarkoita oikeuden merkityksen häviämistä modernissa. Esimerkiksi Carol *Smart* on esittänyt oikeudellisen valtamekanismin sopeutuvan modernissa syntyvän 'kurinpitovallan' tai normaalistavan vallan ympäristöksi.[37] Oman käsitykseni mukaan moderni valtio muodostaa kuoren, joka peittää näkyvistä 'vanhaa sosiaalista' sääty-yhteiskunnalle ominaista sosiaalista yhteenkuuluvuutta. Modernin valtiollisen oikeusjärjestyksen sisällä perheen, säädyn ja paikallisyhteisön sosiaalisuus elää pitkään omaa elämäänsä. Tällaista sosiaalisuutta markkinatalouden ja valtion toimintaperiaatteet yhdessä vähitellen rapauttavat. Tämän kuoren sisällä toisaalta myös moderni sosiaalinen ja sitä määrittävät uudet tieteet kehittyvät. Myöhäismodernissakin yhteiskunnassa valtio ja oikeus liittyvät tiiviisti toisiinsa. Oikeus liittää yksityistä, julkista ja sosiaalista toisiinsa myöhäismodernissa tavalla, jossa normaalistavat tieteet täydentävät oikeutta ja päin vastoin.

Tämä merkitsee samalla sitä, että tuomiovallan paikka sekä julkista ja yksityistä välittävä tehtävä hämärtyy. Julkisen ja yksityisen, valtion ja kansalaisyhteiskunnan käsitteet liittyvät siis modernissa toisiinsa, ja oikeus välittää niitä. Ainakin oikeudellisesta näkökulmasta olisin kuitenkin valmis puhumaan 'jälkimodernista' yhteiskunnasta vasta, kun julkinen ja yksityinen, valtio ja kansalaisyhteiskunta eivät enää määrity suhteessa toisiinsa oikeuden välityksellä. Jälkimodernissa julkinen ei ole valtiollista, valtiollinen julkista; kansalaisyhteiskunta ei kata valtion aluetta eikä valtio kansalaisyhteiskunnan. Oikeuden ja valtion keskinäissuhde, joka on modernissa oikeudessa niin keskeinen, on omana aikanamme muuttumassa vain yhdeksi oikeutta määrittäväksi suhteeksi. Nykyisessä läntisessä maailmassa ylikansallinen ja paikallinen sääntely näyttäisivät kumpikin saavan paljon aikaisempaa suuremman painon. Samalla keskeiset yhteiskuntaa hahmottavat modernit käsitteet - kuten valtio ja kansalaisyhteiskunta, julkinen ja yksityinen - menettävät merkitystään tai määritellään olennaisesti uudella tavalla.

Oikeudenkäyttö toimii aivan erityisesti julkisen ja yksityisen, valtion ja kansalaisyhteiskunnan rajapintana. Sellaisena se heijastaa modernin sisäistä muutosta. Moderni oikeudenkäyttö rakentuu tietynlaiselle tulkinnalle siitä, mitä valtio ja kansalaisyhteiskunta, julkinen ja yksityinen käsittävät. Tämä tulkinta on jossakin määrin erilainen mo-

37. Smart 1989.

dernin maailman eri kulttuuripiireissä tai eri modernin tulkinnoissa. Käsillä olevan tutkimuksen kannalta nämä modernin varhaiset tulkinnat ovat keskeisessä asemassa, koska keskeinen tutkimustehtäväni on jäljittää modernin oikeudenkäytön syntyä ja sen suomalaisia erikoispiirteitä.

Väitän oikeudenkäytön toimivan myös myöhäismodernissa rajapintana yksityisen ja julkisen, valtion ja kansalaisyhteiskunnan välillä. Myöhäismodernissa yhteiskunnassa oikeus on edelleen yksityisomistuksen 'ulkoinen kuori', ja osa oikeudenkäytöstä rakentuu sen mukaisesti. Lisäksi kuitenkin syntyy uudenlaisia oikeudenkäytön muotoja, joissa julkisen ja yksityisen, valtion ja kansalaisyhteiskunnan rajapinnan murroskohtiin syntyy modernin oikeudenkäytön 'ideaalityypistä' poikkeavia oikeudenkäytön elimiä.

3.3. Kansallisvaltio

Edellä on viitattu siihen, miten modernin sosiaalisen laajeneminen liittyy modernin *kansallisvaltion* kehitykseen - valtiolle etsitään orgaaninen, sosiaaliseen palautettavissa oleva perusta. 1800-luvun lopun nationalismissa etsitään kansallista identiteettiä, joka kykenee tasoittamaan sosiaalisia ristiriitoja. Kansakuntaa pidetään sinä poliittisena fiktiona, joka tuottaa modernille valtiolle legitimiteettiä takaamalla sen väestön homogeenisuuden. Se, mitä nimitetään kansakunnaksi (nation) on kolmen erillisen kategorian yhdistämisen tulos: poliittisen lojaalisuuden, valtion tai monarkian abstraktin entiteetin ja 'kulttuurisesti' identifioitavissa olevan ihmisryhmän (kansallisuuden) yhdistymistä.[38]

Max *Weber* määritteli kansakunnan sellaisen subjektiivisen solidaarisuuden tunteen kautta, joka yhdistää valtion kansalaisia. Rotu vaikuttaa tähän Weberin mukaan vain vähän. Yhteinen kieli on tärkeämpi - kielen yhteisyys on modernin valtion normaali perusta. Jaetut arvot ja yhteiset tavat voivat kuitenkin perustella kielirajoista riippu-

38. Nationalismin syntyä on selitetty taloudellisilla ja poliittisilla syillä. Sekä historioitsijat että kansallismieliset itse ovat selittäneet kansakunnan muodostuvan yksilöistä, joilla on yhteinen menneisyys. Tämä yhteisyys ulotetaan anakronistisesti kauas menneisyyteen. Nationalismi syntyy kuitenkin vasta 1700-luvulla valistusajattelun universaalin yhteiskunnan ja valtion käydessä riittämättömiksi, Shafer 1955, 51-55.

mattoman kansallisuuden; kulttuuri yhdistää kansakuntaa. Kansallinen identiteetti on Weberille modernin valtion olennainen tuki. Kansallisaatteen sisäpoliittinen merkitys oli siinä, että se vahvisti yhteiskunnan perustaa luokkaintressejä ja -konflikteja vastaan. Sen ensisijaiset kantajat ovat Weberille omistava luokka, armeija ja virkamiehet, mutta se voi levitä työläisten keskuuteen. Tämä tekee mahdolliseksi imperialistisen laajentumispolitiikan.[39]

Usein nationalismi yhdistetään kolmanteen säätyyn, porvaristoon ja keskiluokkaan, mutta itäisessä Euroopassa nationalismi syntyi muiden sosiaalisten voimien tuloksena.[40] Moderni kansakunta yhdistetään suvereeniin kansallisvaltioon. Eurooppa jakaantuu taloudellisesti ja poliittisesti länteen ja itään, ja kansallisvaltio muodostuu niissä eri tavoin.[41] Keskieurooppalaisen nationalismin on väitetty muodostavan vielä oman tyyppinsä.[42] Nationalismin sitoutumista tiettyyn kieleen voidaan osaksi selittää 1800-luvun romantiikan ja historiallisen kielitieteen mukaisella kielen ja sosiaalisen yhteenkuuluvuudella. Kielen merkityksen korostuminen perustuu myös siihen, että modernisoituvissa yhteiskunnissa hallinnon ulottuvuutta ja talouden suorituskykyä voidaan tehostaa kieltä yhtenäistämällä.[43]

Moderni nationalismi on siten toisenlainen ilmiö kuin varhaisempi kansallisuustunne tai patriotismi, vaikka nationalismin juuret usein pyritään johtamaan kaukaa menneisyydestä. Antiikin kaupunkivaltioiden vapaiden miesten yhteisöllisyydessä oli kysymys 'valtiopatriotismista', ei kansallisuudesta. Keskiajan 'kansakunnat' - saalilaiset frankit, visi- ja ostrogootit, lombardit, myöhemmin unkarilaiset, saksilai-

39. Weber 1956 II, 527-536. Ks myös Beetham 1974, 121-130, 144-147.
40. Shafer 1955, 43.
41. Hans Kohn esitti teesin läntisen ja itäisen Euroopan kansallisuusperiaatteen erosta, Kohn 1956.
42. Jenö Szücs esittää Keski-Euroopan käsittävän politiikan 'ylideterminoimia' alueita. Aateli antaa niissä läntisille 'vapauksille' hyvin rajoittuneen tulkinnan ja asettuu itseoikeutetusti edustamaan poliittista valtaa 'kansakuntana'. Näin aateli edistää taloudellista, poliittis-hallinnollista ja kulttuurista muutosta säilyttäen aikaisemman eriarvoisuuden. Szücs 1985.
43. Jasrowski 1982, 202-203. Max Weberin lyhyt ideaalityyppinen luonnehdinta kansakunnasta on toiminut kansakunnan kulttuurisen muodostumisen ja sen muotojen tyypittelyn esikuvana. Weber korostaa kielen ja etenkin virkakielen merkitystä. Kulttuurisessa mielessä Weberin mukaan kysymys on tavoista ja kansalliskielestä, joka muodostuu virkamiesten käytössä poliittisen autonomian vaatimusten lähteeksi. Weber 1956 II, 527-530.

set, skandinaavit ja puolalaiset olivat tietoisia etnisen ryhmänsä yhteenkuuluvuudesta. Lojaliteetin keskeinen pohja keskiaikaisissa kansakunnissa oli kuitenkin uskollisuus suvereenia, sukulinjaa tai muuta yhdistävää tekijää kohtaan. Poliittinen lojaalisuus suuntautui henkilöön. Kansalaisyhteiskunta oikeudellisena ja yhteisen edun yhteisyytenä, unitas juris et communis utilitas ei edellytä etnistä yhteyttä. Etnisyys toimi aikaisemmin kyllä erottavana tekijänä ryhmien välillä, mutta se ei tuottanut eettistä tai poliittista yhteenkuuluvuutta. Vasta modernissa etninen yhdistetään poliittiseen lojaalisuuteen.[44]

Suvereniteettia koskevat teoriat eivät välttämättä edellytä hallittujen sosiaalista koheesiota. Esimerkiksi Thomas *Hobbesin* tulkinnan mukaan suvereeni edustaa kansaansa, eivätkä sellaiset kansaa yhdistävät tekijät kuten kieli ja tavat tuota yhteisöllistä 'kansalaisyhteiskuntaa'. Kansansuvereniteettiopissa tämä ongelma tulee ilmeiseksi. Moderni valtio tuottaa universaalin kansalaisuuden, mutta se ei itsessään tuota kansansuvereniteetin edellyttämän yleistahdon yleistä pätevyyttä tai hyväksyttävyyttä. Siihen tarvitaan kansakuntaa. Ranskan vallankumous teki isänmaallisuudesta ja kansakunnasta keskeisiä käsitteitä. Nationalismi ilmenee läntisissä kulttuureissa eri muodoissa: kansansuvereniteettiin yhdistyvän itsemääräämisoikeuden korostuksessa kuten Ranskan vallankumouksen yhteydessä, liberaalissa muodossa Englannissa esimerkiksi Jeremy *Benthamin* ajattelussa, traditionalismina saksalaisessa romantiikassa.[45]

Etenkin saksalainen 1800-luvun yhteiskuntateoria rakensikin valtiolle hyväksyttävyyttä kansallisuuden lähtökohdasta. Kansallinen identiteetti on tae valtion kansalaisten homogeenisuudesta. Kansallinen identiteetti tässä mielessä on etenkin keski- ja itäisessä Euroopassa kansallisten eliittien osittain tietoisen toiminnan tuote. Kansallisuusaate ja kansalliset liikkeet nostavat poliittisessa ajattelussa keskeiselle sijalle kansan myyttisen yhteisen alkuperän, perinteen, autenttisuuden, vaistot ja hengen. Valtiotietoisuuden kohottamiseen tähtäävä julkinen poliittinen diskurssi kehittyi Otto von *Bismarckin* ajan Saksassa erityisen historiantulkinnan ja kansallisen symboliikan tuella.[46]

---

44. Szücs 1986, 51-62.
45. Kemiläinen 1989, 275-295.
46. Ranskaa vastaan käydyn voittoisan sodan yhteydessä saksalais-kansallinen symboliikka lisääntyi monilla alueilla: muistomerkkien, arkkitehtuurin, ikonografian, poliittisten juhlien, kansallishymnin ja valtiollisten juhlapäivien kautta. Näitä ei ollut olemassa ennen Toista valtakuntaa. von Hardtwig 1990, 269-295.

Vasta moderni nationalismi merkitsee siis poliittisen lojaliteetin ja siihen liittyvien emootioiden yhdistämistä poliittiseen yhteisöllisyyteen. Moderni nationalismi yhdistää auktoriteetin, vallankäytön ja oikeuden alkuperän, suvereniteetin, oikeushenkilön ja yhteiskuntasopimuksen käsitteet alkuperäiseen poliittisen lojaliteetin käsitteeseen, uskollisuuteen. Moderni kansakunta on kollektiivinen persoonallisuus, vakiintunut poliittinen kategoria, joka on ryhmän lojaalisuuden olennainen kohde. Modernin kansakunnan käsite sisältää kansallistunteen ensisijaisena uskollisuutena kansakuntaa kohtaan.

3.4. Liberalismi, republikanismi, etatismi

Olennaista käsillä olevan tutkimuksen yhteydessä on siis pohtia, miten yksityinen, julkinen, valtio, kansalaisyhteiskunta ja yksilö liittyvät toisiinsa modernin konstituoituessa. Tässä yhteenliittymisen tavassa voi osoittaa historiallisia ja alueellisia eroja. Valtion, kansalaisyhteiskunnan, yksilön ja yhteisöllisyyden yhteenliittämisen tapa vuorostaan vaikuttaa siihen, miten oikeudenkäyttöä jäsennetään.

1700-luvun lopulla ja 1800-luvun alussa, modernin yhteiskunnan synnyn yhteydessä, käytettiin yhteiskuntafilosofiassa yleisesti valtion, kansalaisyhteiskunnan, julkisen ja yksityisen käsitteitä. Näillä tarkoitettiin kuitenkin eri yhteyksissä jossakin määrin eri asioita. Vaikka valtion ja kansalaisyhteiskunnan erottaminen liittyy eri luonnonoikeudellisissa teoriamalleissa yksityisomistukseen, tulkitaan valtion ja yhteiskunnan keskinäissuhde niissä eri tavalla. Modernin yhteiskuntateorian klassikoita on myös luettu myöhempien diskurssien yhteydessä tai kautta ja saatu siten aikaan toisistaan jyrkästi poikkeavia tulkintoja.

Yksityisen alueeseen kuuluva yksityinen omistusoikeus ja sen 'ulkoisena kuorena' toimiva julkinen valtio yhdistetään yhteiskunnallisessa teoriassa ja käytännössä toisiinsa eri yhteyksissä eri tavoin. Nämä erot ovat tärkeitä siinä suhteessa, että ne käsitykseni mukaan toistuvat siinä, miten oikeudenkäyttöä jäsennettiin. Eri jäsennystavoilla on käsitykseni mukaan oma sosiaalinen taustansa. Erojen jäljittäminen on epäilemättä teoreettinen ja metodologinen uhkayritys. Se johtaa erittäin abstrakteihin yleistyksiin väistämättä rajallisen aineiston perusteella ja saattaa tutkijan alttiiksi eklektistä valintaa koskeville syytök-

sille. Tällaisten yleistysten yhteydessä metodisia ratkaisujakin on vaikeata loppuun asti puolustaa.

Metodisia vaihtoehtoja on monia. On mahdollista konstruoida *ideaalityyppejä* kuvaamaan kytkentää yksityisen ja julkisen, valtion ja kansalaisyhteiskunnan välillä. Ideaalityypin rakentamisen ongelma on tässä sama kuin Weberin toimintamalleja kuvaavien ideaalityyppien yhteydessä yleensäkin: ideaalityyppikonstruktioiden palauttaminen 'toimijoiden' tarkoittamiin merkityksiin ei ole epistemologisesti vakuuttavaa. Tutkija joutuu tekemään valintoja, joilla on hänen omassa yhteiskunnassaan enemmän tai vähemmän vankka kulttuurinen ankkurointi. Ideaalityyppi voidaan ulottaa kattamaan myös yhteiskuntateorian abstraktioita ja yhteiskunnallisen käytännön omaksumia fiktioita, kuten Weber itse viime kädessä teki. Silloin tehdään kuitenkin väkivaltaa niille metodologisille lähtökohdille, jotka johtivat ideaalityypin kehittelyyn. Weber itse päätyi antamaan fiktioille ja abstraktioille merkitystä omissa ideaalityypeissään. Omassa tutkimuksessani on väistämättä kyse fiktioiden ja abstraktioiden käsittelemisestä.

Tässä yhteydessä olisi ehkä myös mahdollista puhua *diskursiivisista muodostumista*. Silloin se tapa, jolla valtio ja kansalaisyhteiskunta, yksityisomistuksen konteksteina, yhdistetään toisiinsa ilmenee diskursiivisen muodostuman eri esiintymismuotoina: institutionalisoituneena diskurssina, intradiskurssina ja interdiskurssina. Institutionalisoituneessa diskurssissa kysyttäisiin Michel *Foucaultin* tiedonarkeologian tapaan 'kuka puhuu', kuka on diskurssin auktorisoitu subjekti, sen lähde ja sen soveltamisen kohde. Intradiskurssin tutkiminen merkitsisi tekstin sisäisen auktorisoinnin tutkimista, sen tekstuaalisen pintarakenteen ja syvärakenteen binaarisuuden tarkastelua. Interdiskurssin tutkiminen taas merkitsisi diskursiivisten muodostumien tunnustetun hierarkian tutkimista - esimerkiksi oikeuden ja etiikan diskurssien keskinäistä poissulkevuutta ja päällekkäisyyttä sekä niiden keskinäistä hierarkkisuutta.[47] Tiedonarkeologian mukaisten diskursiivisten muodostumien tutkiminen tuntuu kuitenkin luontevammin soveltuvan sellaisiin tiedon alueisiin, jotka konventionaalisesti hahmotetaan kokonaisuuksiksi.[48] Omassa tutkimuksessani on kyse hankalasti hahmottu-

47. Foucault 1989, 31-40, Goodrich 1987, 150-153.
48. Tällaisiin Foucault itse kiinnittää huomionsa. Esimerkiksi suhteellisen vakiintuneen tieteenalan yhteydessä tutkittavien tekstien korpus tarjoutuu tutkittavaksi tavallaan itsestäänselvästi.

vista kulttuurisista eroista, joita koskevaa tutkimusta on vaikea kiinnittää vahvasti joihinkin nimenomaisiin teksteihin ja käytäntöihin.[49]

Yritän erottaa eräänlaisina 'relativisoituina' ideaalityyppeinä tai diskursiivisina muodostumina kolme tapaa hahmottaa valtion ja muun yhteiskunnan suhde modernin yhteiskunnan syntyvaiheessa. Näitä hahmotustapoja kutsun *liberalismiksi*, *republikanismiksi* ja *etatismiksi*. Kun siirtymä moderniin oikeuteen ajoitetaan oikeuden positivoitumisen ja oikeusvaltion synnyn yhteyteen - kuten tässä tutkimuksessa teen - on luontevaa tarkastella näitä hahmotustapoja perustuslakia ja perusoikeuksia koskevien tekstien ja niihin liittyvien instituutioiden yhteydessä. Myöhemmässä esityksessäni käytän näitä hahmotustapoja hyväksi kuvatessani lakimieskuntaa, tuomaria ja oikeudenkäytön asemaa eri kulttuureissa. Korostan, että käyttämäni typologia liittyy varhaiseen moderniin tai vaiheeseen, jossa moderni oikeudenkäyttö saa hahmonsa. Liberalismin, republikanismin ja etatismin hahmotelma liittyy siten tiettyyn historialliseen vaiheeseen.

Boaventura de Sousa *Santos* erottaa moderniteetin paradigmassa kaksi 'pylvästä': sääntelyn ja emansipaation ulottuvuudet. Sääntelyn ulottuvuudella hän katsoo vaikuttavan kolme periaatetta, nimittäin valtion, markkinoiden ja yhteisöllisyyden periaatteiden. Emansipaation dimension kolme keskeistä periaatetta ovat esteettis-ekspressiivinen, kognitiivis-rationaalinen ja moraalis-praktinen periaate. Kun tarkastelen kolmea erityistä tapaa, joilla valtion ja yhteiskunnan suhde modernissa hahmottuu, on kysymys Santoksen käsitteistöllä sääntelyn ulottuvuudesta ja sen vaikutuksesta moraalis-praktiseen emansipaatioon.[50] Moderni lupaa oikeuden emansipaatiota kolmen eri käsikirjoituksen tai periaatteen mukaisesti: markkina-, yhteisöllisen tai valtiollisen periaatteen pohjalta. Oman käsitteistöni liberalismi ja Santoksen markkinoiden periaate, republikanismi ja yhteisöllisyyden periaate sekä etatismi ja valtion periaate ovat käsitteellistämistavaltaan sukua toisilleen. Oma tavoitteeni on vain hahmottaa oikeudenkäytön asemaa modernissa yhteiskunnassa eikä moderniteetin paradigman kokonaisesitys, johon Santos pyrkii.

Liberalismin tapaan 'neutraalin valtion tulee neutraalin oikeuden kautta luoda neutraalin markkinayhteiskunnan kehikko'.[51] Liberalis-

49. Ongelmaan palataan jaksossa "KÄSITTEELLISESTÄ HISTORIALLISEEN", sivulla 299.
50. Santos 1990, 78.

min ajattelussa arvot ovat subjektiivisia; mitään niistä ei voi perustellusti asettaa toisten arvojen edelle. Siksi valtion on oltava neutraali yhteiskuntarauhan takaaja. Yksilön egoistinen intressi nähdään yhteiskunnan liikkeellepanevaksi voimaksi, ja tahdonvapaus on edellytys tämän toteuttamiselle. Valtio voidaan oikeuttaa yksilöiden intressiä vastaavalla hypoteettisella suostumuksella, yhteiskuntasopimuksella. Jos liberalismia tarkastellaan yhteiskunnallisen sääntelyn näkökulmasta, niin sääntely liitetään markkinoihin: markkinoiden toimintamekanismien on säänneltävä yhteiskuntaa.

Liberalismi sovittaa yhteisen hyvän ja yksilön oikeudet yhteen erottamalla toisistaan 'yksityisen' ja 'julkisen' sfäärin. Se, mikä on subjektiivista, moraalista, normeja luovaa ja yksilön vapauteen palautuvaa liittyy subjektiivisen vapauden postulaattiin. Tämän kääntöpuolena taas se, mikä on objektiivista, oikeudellista ja liittyy normien soveltamiseen osoittaa epävapautta tai vapauden sosiaalista rajoittamista.[52]

Kuten edellä totesin, suhtaudun varauksin yritykseen hahmottaa liberalismia 'diskursiivisena muodostumana'. Jos näin kuitenkin tehdään, voidaan väittää liberalismin diskurssin ilmenevän esimerkiksi yksilön oikeuksia korostavien oikeudellis-yhteiskunnallisten instituutioiden vakiintumisena perusoikeuksiksi. Tällaiset instituutiot saavat liberalismin diskurssissa tärkeän aseman yhteiskuntalaitosten sisäisessä hierarkiassa. Julkisen ja yksityisen oppositiossa yksityinen on taipuvainen toimimaan positiivisena kohtiona, ja julkisen ala rajataan kapeasti. Jos ylipäänsä pitää mahdollisena tutkia hyvin yleistä ja epämääräistä 'liberalismin diskursiivista muodostumaa' voisi luontevasti edetä olettamuksesta, että tällainen muodostuma käsittää yksilöä valtiolliselta väliintulolta suojelevia instituutioita. Klassiset vapausoikeudet suojaavat yksilöä valtiota vastaan, ja niiden varaan rakennetaan keskeisiä yhteiskunnallisia instituutioita.

Liberalismin 'sisäisen diskurssin' eli intradiskurssin tekstit implikoisivat omista eduistaan tietoista ja tahtovaa yksilöä oikeuksien kiinnittymiskohtana. Liberalismin diskursiivisessa muodostumassa oikeuden, politiikan ja etiikan diskurssien välille rakentuu tiukka keskinäinen poissuljenta. Liberalismin 'diskursiivinen muodostuma' olisi siten yksilön diskurssia puhtaimmillaan.

---

51. Horwitz 1987, 1833.
52. Koskenniemi 1989, 647.

Republikanismiksi kutsun sellaista yhteiskunnan hahmotusta, joka perustuu olettamukseen yhteisöllisyyden välttämättömyydestä yhteiskunnan toiminnalle. Republikanismi korostaa aktiivisen politiikan merkitystä ja yhteisöllisyyttä sekä valtion että talouden toimintaedellytyksinä - tässä mielessä yhteiskunnallinen sääntely tapahtuu yhteisöllisyyden välityksellä. Oikeus saa yhteisöllisyyden kehittämisessä affirmatiivisen tehtävän, ja yhteisöllisyys on oikeuden edellytys. Tällaiseen ideaalityyppiin tai diskursiiviseen muodostumaan kuuluu kulttuurisen yhteismitallisuuden korostaminen. Julkinen merkitsee tällaisessa diskurssissa kulttuurisen julkisuuden, paikallisen itsehallinnon ja yleensä kansalaisyhteiskunnan yhteisöllisten ja sosiaalisten piirteiden korostusta.

Toisaalta julkisen ja yksityisen rajanveto on republikanismissa ongelmallista, koska yhteiskunnallinen sosiaalisessa merkityksessä asettuu siinä tavallaan julkisen ja yksityisen väliin. Yksityinen omistusoikeus ja yksilön tahdonvapaus edellyttävät tietynlaista kansalaisyhteiskunnan omalakisuutta. Tämä omalakisuus ei voi rakentua yksilöiden tai julkisen pakon varaan, vaan se on sosiaalisesti sisäistettävä. Oikeuden, politiikan ja etiikan diskurssit viittaavat silloin toisiinsa tavalla, joka implikoi yhteisen ja yhtenäisen kulttuurin. Republikanismin diskursiivisen muodostuman ydintä voisi luonnehtia joko *kansalaisyhteiskunnan* tai *yhteisön* diskurssiksi - kansalaisyhteiskunta on tässä yhteydessä ymmärrettävä juuri luonteeltaan nimenomaan yhteisölliseksi, enemmäksi kuin yksilöomistajien summaksi.

Republikanismilla on pitkät perinteet esimerkiksi Italiassa. Renessanssin Italiassa toimi paljon sellaisia yhteisöjä tai assosiaatioita, jotka asettuivat yksilöiden ja valtion väliin. Italian republikanismiperinnettä - kuten republikanismia yleensäkin - voidaan tulkita eri suuntiin. Se voidaan nähdä kielteisessä tai myönteisessä valossa. Antonio *Gramsci* tulkitsi sitä niin, että kansalaisyhteiskunnan organisaatiot olivat vapaita valtiosta. Niiden kautta yhteiskunnallinen ideologia voi kuitenkin muodostua totaliteetiksi, porvarilliseksi hegemoniaksi. Kansalaisyhteiskunta on tämän tulkinnan mukaan yhteisöllisyytenä välttämätön, koska se tuottaa valtiolle eettisen sisällön.[53]

J. G. A. *Pocockin* mukaan italialainen, erityisesti firenzeläinen renessanssi rekonstruoi historian uhanalaisten tasavaltojen historiaksi.

53. Stenius 1987, 55-56.

Tasavallan ylläpitämisen katsottiin vaativan jatkuvaa sosiaalista aktiivisuutta tai kansalaiselämää. 'Kansalaishumanismiin' liittyi retoriikan arvostus ja kasvokkaisen poliittisen käytännön ihannointi. Humanistien keskustelussa universaali voitiin tuntea ja kokea vain osallistumalla keskusteluun partikulaarisesta. Antiikin polis muodosti Italian kaupunkien ja humanistien perustuslakia koskevan teorian perustan, tarjosi paradigman siitä, miten kaupunki voi muodostua interaktiosta, ei universaaleista normeista tai perinteisistä instituutioista.[54] Tällaisena republikanismin keskustelu välittyi myös vallankumouksellisen puritanismin perintöön ja vaikutti etenkin yhdysvaltalaiseen poliittiseen käytäntöön.

1800-luvun restauraation aikana republikanismin muodossa voitiin heijastaa huolta yhteiskunnan sivilisoivien ja tasapainottavien elementtien häviämisestä egalitaristisessa yhteiskunnassa. Liberalismin sisältämä yksilön ja valtion kaksinapaisuus toteutui Ranskan vallankumouksen yhteydessä radikaalissa muodossa: periaatteessa valtion ja yksilön välissä ei saanut olla mitään. Liberalismi sekä Englannissa että Yhdysvalloissa torjui esimerkiksi ammattiyhdistykset vahingollisina korporatistisina konspiraatioina, ja lakot kriminalisoitiin kaupan esteinä.[55] Republikanismin perinteessä tärkeä yhteisöllisyys sen sijaan saattoi muodostaa eräänlaisen sillan esimodernista yhteisöllisyydestä moderniin. Esimerkiksi yhdysvaltalaisen republikanismin perinteen arvioimisessa saattaa korostua positiivisesti arvostettu yhteisöllisyyden itseisarvo ja luovuus suhteessa valtioon ja yksilöön. Toisaalta yhteisöllisyys voidaan tulkita Gramscin tapaan negatiivisesti eräänlaisena valtiolle alisteisen kurinalaistumisen väyläksi.

Republikanismiksi nimittämäni tapa hahmottaa yksityistä ja julkista aluetta merkitsee käsitykseni mukaan juuri tässä mielessä jatkumoa vanhoista yhteisöllisyyden muodoista moderniin sosiaaliseen. Republikanismia torjuva ajattelu korostaa sen konservatiivisia piirteitä, mutta toisaalta sitä voidaan arvioida myös modernia sosiaalisuutta edistäväksi tekijäksi ja esimerkiksi toimivaa demokratiaa edistäväksi hahmotustavaksi.[56]

---

54. Pocock 1975, 49-66.
55. Stenius 1987, 62.
56. Republikanismi on tässä suhteessa läheisessä suhteessa sosiaalista järjestystä koskeviin moderneihin teorioihin. 1800-luvulta alkaen sosiologiatiede on pyrkinyt hahmottamaan yhteiskunnalle konsensuaalista pohjaa.

Etatismi taas rakentaa kuoren yksityisomistukselle ja yksilön tahdon vapaudelle tavalla, jossa valtiolle annetaan välttämätön tehtävä kansalaisyhteiskunnan integroimisessa. Kysymys olisi valtion diskurssista, jonka subjektiksi kehitellään valtion byrokratiaa tai kansalaisistaan erillistä valtiota poliittisen tahdon ilmentäjänä. Valtion byrokratiaan institutionaalistuu erilaisia käytäntöjä, jotka pyrkivät vaikuttamaan kansalaisyhteiskuntaan. Julkinen määrittyy laajaksi ja ensisijaisesti valtiolliseksi 'julkiseksi vallaksi'. Julkinen porvarillisen julkisuuden merkityksessä alistetaan valtiolliseen ohjailuun ja kontrolliin.

Yleensäkin etatismissa valtiolle asetetaan kansalaisten hyvinvoinnin edistämisen vaatimus ja kansalaisten kasvattamisen tehtävä. Yhteiskunnallisen sääntelyn keskiössä tai subjektina on valtio. Myös etatismissa voi nähdä tiettyä historiallista jatkuvuutta esivaltavaltiosta moderniin holhousvaltioon. Esivaltavaltion legitiimisyys rakentuu tyypillisesti jumalallisen maailmansäätämyksen varaan, hyvinvointivaltion legitiimisyys taas siihen, että valtio tuottaa kansalaisten hyvinvointia. Ne molemmat kuitenkin antavat valtion byrokratialle keskeisen subjektin aseman. Byrokratia toteuttaa yhteistä hyvää ja edustaa asiantuntevaa käsitystä siitä, mikä on kansalaisen edun mukaista. Etatismissa valtion ja kansalaisyhteiskunnan vuorovaikutuksen suunta on valtiosta kansalaisyhteiskuntaan. Valtio nähdään ennallisena ja ensisijaisena silloinkin, kun kansalaisyhteiskunnan instituutioita pidetään sinänsä hyödyllisinä ja välttämättöminä: kansalaisyhteiskunnan instituutiot on kasvatettava valtion suojassa ja kontrollissa. Sensuuri, valtiollisesti ohjattu kansan- ja korkeampi koulutus voidaan perustella tarpeella ohjata kansalaisyhteiskunnan kehitystä.

Modernin yhteiskunnan syntyessä siis valtio ja kansalaisyhteiskunta erottuvat toisistaan. Niitä yhdistäväksi siteeksi muodostuu oikeus - nimenomaisesti sellainen oikeus, joka rakentuu keskeisesti yksityiseen omistusoikeuteen ja tahdon vapauteen. Eri konseptiot tai erityiset diskurssit kuvaavat sitä, millä tavalla oikeus välittää valtion ja kansalaisyhteiskunnan suhdetta. Oikeudenkäyttö saa tässä erityisen aseman välittävänä pintana valtion ja kansalaisyhteiskunnan välillä.

Samantapainen valtiota ja kansalaisyhteiskuntaa välittävä asema kuin oikeudella ja erityisesti oikeudenkäytön instituutioilla on eräillä muillakin yhteiskunnallisilla käytännöillä. Välittävän pinnan asema annetaan usein kansalaiskasvatukselle ja koulutuksella, joita koskevassa diskurssissa ehkä voitaisiin eritellä vastaavanlaisia eroja kuin oikeu-

den diskurssissa. Porvarillinen julkisuus toimii myös tällaisena välittävänä pintana. Vahvimmin etatistisesti painottuneissa yhteiskuntakonseptioissa sille jää kuitenkin hyvin vähän tilaa.

Liberalismin, republikanismin ja etatismin typologian avulla pyrin esittämään kulttuurisia eroja modernin oikeuden muotoutumisessa. Tällaisten kulttuuristen erojen avulla voidaan karkeasti vertailla kokonaisia yhteiskuntia. Liberalismin, republikanismin ja etatismin ulottuvuudet voidaan erottaa myös tietyn yhteiskunnan sisällä. Väitän näiden erojen ilmenevän myös oikeudenkäytön asemassa ja sen saamassa muodossa. Näin abstraktien typologioitten käyttö kulttuuristen vertailujen välineenä on vaikeata siinä mielessä, että pitäisi kyetä paikallistamaan alueita tai kysymyksiä, joiden yhteydessä eroja voi mahdollisimman selkeästi esitellä - ja vieläpä niin, että tämä demonstraatio veisi eteenpäin tutkimukseni varsinaista teemaa. Olen ratkaissut ongelman ottamalla tarkasteltavaksi eräitä tuomiovallan yhteiskunnalliseen paikkaan liittyviä kysymyksiä.

3.5. Tuomiovallan yhteiskunnallinen paikka

Esimodernissa Euroopassa tuomiovalta oli periaatteessa osa hallitsemisen kokonaisuutta. Absoluuttista valtiota hallittiin keskushallinnon kautta. Tämän byrokratian osina erilaiset keskustuomioistuimet - hovioikeudet, kansliat, neuvostot - saavuttivat asiantuntija-asemansa kautta tiettyä autonomiaa. Vallan kolmijako-oppi sai aikaan entistä tiukemman jaon: tuomiovallan käyttäjien ei enää pitänyt toimia hallituksen valtainstrumentteinä. Oikeudenkäytön eriytyminen suvereenin ruhtinaan vallantäyteydestä vallanjakokeskustelun yhteydessä on absoluuttisen valtiollisen herruuden kriisin oire.

Tuomiovallan itsenäistyminen käsittää monia erillisiä ilmiöitä: *tuomioistuinorganisaation pysyvyyden*, oikeudellisen *tulkinnan itsenäistymisen* ja yksittäisten *tuomareiden aseman itsenäistymisen*. Ensimmäisiä merkkejä vanhan yhteiskunnallisen järjestyksen, ancien régimen, poistumisesta onkin erottamattomien tuomareiden nimittäminen. Englannissa Stuart-suvun kuninkaat vielä pitivät tuomareita palvelijoinaan, mutta 1700-luvun alusta alkaen hallitsija voi erottaa tuomarin vain parlamentin pyynnöstä. Saksan valtioissa, esimerkiksi Preussissa, vielä 1700-luvun lopulla tuomareita rankaistiin ja erotettiin. Ranskan ancien

régimen aikana kuninkaan parlement-tuomioistuimien tuomarit saivat käytännössä erottamattoman aseman sen kautta, että tuomarinvirkoja voitiin myydä yksityisomaisuuden tapaan.[57]

Tuomioistuimien kasvava riippumattomuus johti vaatimukseen tuomareiden lakiuskollisuudesta. Valistus vaati yleisesti 'lain herruutta', mikä erotettiin tuomarin autonomisesta, luovasta toiminnasta. Esimerkiksi Saksassa vaadittiin 1700-luvun puolivälistä alkaen sellaista laintulkintaa, jossa keskeistä on lainsäätäjän tahdon välittäminen. Perustuslaillisen monarkian perustuslaillisuus sisälsi olettamuksen, ettei oikeudenkäynnissä synny uutta oikeutta. Silti tuomioistuimille sallittiin tulkinnallista autonomiaa. Tätä voitiin perustella käsityksellä, jonka mukaan tuomioistuinkäytäntö, usus fori, on tavanomaisen oikeuden alalaji, joka palvelee oikeusvarmuutta ja saa legitimiteettinsä hallitsijan hiljaisesta suostumuksesta.

Perustuslaillisessa oikeusvaltiossa lain säätäjän ja sen tulkitsijan suhde ei ole yhtä yksinkertainen kuin absolutismissa. Valistusajattelussa valtion tehtäväksi asetettiin tuottaa yhteiskunnallinen järjestys, vapaus ja yhdenvertaisuus lakeja säätämällä. Legaalisuuden vaatimus sisälsi ajatuksen säädetyn lain sitovasta voimasta. Suhteutettuna oikeudenkäyttöön se sisältää ratkaisemattoman ristiriidan: laki sitoo, mutta jonkun on tulkittava lain sisältö. Ristiriidaksi jää kysymys siitä, millä tavalla lain sisällön tulkitseminen voidaan perustella laillisuuteen palautettavalla tavalla. Suhteessa lainsäätäjään ongelmaksi tulee se, miten positiivisen oikeuden katsotaan sitovan lainsäätäjää itseään. Oikeusvaltiossa suvereeni hallitsija ei asetu lain yläpuolelle, vaan on perustuslain sitoma. Laki sitoo sekä hallitsijaa että alamaista, käsitettiinpä laiksi sitten hallitsijan tahto, yleistahto tai valtion tahto.

Raja lain säätäjän ja sen soveltajan välille vedettiin osaksi oikeustieteen sisäisissä keskusteluissa. Legalismi saa niissä erilaisia tulkintoja. Tuomarista tulee tietyllä tavalla oikeuden diskurssin keskeinen hahmo. Tuomarin keskeisyyttä 1800-luvun ja yleensä modernin oikeuden teoriassa voi selittää sillä, että tuomarin oikeudelliseen tulkintaan sisältyy modernin oikeusvaltion keskeinen *legitimiteettiongelma*: miten oikeusvaltio voi perustua oikeuteen, jos valtio kuitenkin on kaiken oikeuden lähde.

57. van Caenagem 1987, 139.

Erityisesti Ranskassa ja Itävallassa omaksuttiin uusien lakikodifikaatioiden myötä oikeuspositivismi tiukan lakipositivismin muodossa. Molemmissa maissa lain tulkintaa käsittelevä oppi muodostui tiukan eksegeettiseksi.[58] Toisaalta 1800-luvun oikeudellisessa positivismissa korostettiin lain ratiota lainsäätäjän tahdon sijasta, lain 'objektiiviseksi' muuttunutta merkitystä lainsäätäjän antaman merkityksen sijasta. Siirtyminen itsevaltaisesta lainsäädännöstä parlamenttilakeihin vahvisti tätä tulkinnan muutosta, koska oli mahdollista entistä selvemmin erottaa toisistaan ratio legis, lain ratio ja lainsäädäntöprosessiin osallistuvien henkilöiden motiivit - tätä muutosta on kuvattu siirtymiseksi subjektiivisesta objektiiviseen tulkintaan, jonka on katsottu lisänneen lain tulkitsijan liikkumavaraa.[59]

Positivistinen lainoppi olettaa kykenevänsä erottamaan lainsäädännön ja lain soveltamisen hyväksyttävällä tavalla. Lain soveltaminen on puhdistettava lain säätämiseen kuuluvista aineksista. Tämä johtaa pysyvään rekursiivisuuteen oikeudellisessa analyysissa: oikeudellinen diskurssi itse ratkaisee, mikä oikeudellisessa käytännössä on hyväksyttävää. Kun oikeus luottaa omaan positiivisuuteensa, ei ole sellaista Arkhimedeen pistettä, josta käsin sitä voitaisiin tarkastella kriittisesti. Oikeusnormien hierarkiakin on kehämäinen, sillä sen ylin taso on aina identtinen alimman kanssa: oikeuden validiteetti voidaan kieltää joko kansalaisten oikeudella vastustaa epäoikeudenmukaisia lakeja tai vetoamalla raison d'état iin.[60] Kysymykseen palataan jäljempänä; omasta näkökulmastani on olennaista se, että oikeuden validiteetin haastamiseen on joissakin kulttuureissa enemmän perinteitä ja institutionaalista tukea yksilöön palautuvan jus resistandi-oikeuden kautta, kun taas toi-

58. Ranskan vallankumouksen pyrkimys rajata tuomarin tulkintavaltaa on tunnettu. Tuomarilta kiellettiin Ranskassa 1790 kaikki lain tulkitseminen. Itävallan ABGB sisälsi sekin hyvin rajoittavan pykälän, jonka mukaan 'Einem Gesetze dard in der Anwendung kein anrerer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet'. Lain kirjaimellisen sanamuodon ylittävää tulkintaa ei sallittu saksalaisen yleisen oikeuden mukaisissa tulkintaopeissa. Schröder 1985, 25-31.

59. Tätä siirtymää saksalaisessa laintulkintaopissa on kuvattu niin, että lainsäätäjän tahdon tai tarkoituksen tulkinnasta siirrytään lain tarkoituksen tai tavoitteen tulkintaan. 1880-luvulla K. Binding, Adolf Wach ja J. Kohler edustavat siitä siirtymää. Bindingin mukaan julkaistu laki ei ole riippuvainen säätäjästään, vaan vain itsestään. 'Objektiivinen' tulkintateoria valtasi alaa nopeasti, Schröder 1985, 32-37. On esitetty myös, että jo 1800-luvun alun saksalainen doktriini käytännössä salli tuomarille laajan harkintavallan.

60. Teubner 1989, 400-401.

sissa kulttuureissa on perinteisesti institutionalisoitu raison d'étatin lähtökohdasta heitetty haaste.

Valtiovallan kolmijako-opin kautta tuomioistuimista muodostuu tuomiovalta, eri funktioihin jakaantuneen valtiovallan itsenäinen osa. Jotta tuomioistuimet eivät anastaisi lainsäätäjän valtaa, on niiden lain-tulkinnalle annettava erityinen legitimaatio ja sille on asetettava rajat. Perustuslaista tulee paikka, jossa lainsäätäjän ja tuomioistuimien välistä suhdetta säännellään. Eri kulttuuripiirien erilainen tapa tulkita lain säätäjän ja sen tulkitsijan suhdetta ilmenee myös vallan kolmijako-opille annetussa tulkinnassa. Valtion, yhteiskunnan, yhteisön ja yksilön keskinäissuhdetta liberalismin, republikanismin ja etatismin diskurs-seissa tai ideaalityypeissä voi tarkastella erityisesti modernin yhteis-kunnan murroksiksi käsitettyjen perustuslakien ja niitä koskevien eräi-den käytäntöjen synnyn yhteydessä. Tämä suhde tulee selvästi näkyviin silloin, kun tuomiovalta saa paikkansa suhteessa valtioon ja kansa-laisyhteiskuntaan vallankumouksen kautta.

Englannissa absolutismi syrjäytyi porvarillisen vallankumouksen kautta jo varhain. 1600-luvulla kansalaissodan aikana englantilaista common law'ta käytettiin parlamentin suvereenisuuden puolustami-seen. Parlamentin puolustajat pyrkivät esittämään common law-oikeu-den normannivalloitusta ja kuninkaan valtaoikeuksia vanhemmaksi. Kuningasvallan puolustajat taas esittivät kuninkaan valtaoikeudet Englannin 'muinaisen konstituution' mukaisiksi. Kaikkiaan common law-oikeuden vahva asema johti ajattelemaan sitä muita yhteiskunnal-lisia instituutiota edeltäväksi.[61] Parlamentti itsessäänkin käsitettiin pi-kemminkin tuomioistuimeksi kuin lainsäätäjäksi, ja tuomioistuimena se sovelsi common law-oikeutta. Levellers-liike vastusti parlamenttia parlamentin armeijasta käsin ja luonnosteli eräänlaista modernia val-tiosääntöä, johon oli sisällytettävä kansansuvereniteetti, yhteiskunta-sopimus, henkilökohtainen vapaus ja kansan jus resistandi. Kansalais-vapauksiksi luonnehditavilla pysyvillä oikeuksilla oli luotava aineelli-sia rajoituksia lainsäädännölle.

Oliver *Cromwell* laadituttі Englannille valtiosääntöasiakirjan, joka tuli voimaan vuonna 1653 hänen omalla päätöksellään, oktrojoituna. Tämä The Government of Commonwealth-asiakirja ei ollut yhtä radi-kaali kuin levellers-liikkeen esittämät. Restauraation yhteydessä asia-

61. Pocock 1957.

kirja luonnollisesti menetti merkityksensä. Levellers-liikkeen perustuslaillisia käsityksiä maltillisessa muodossa toteuttivat vuoden 1679 Habeas Corpus Act ja vuoden 1689 Bill of Rights.[62] Cromwellin tasavallan ja Mainion vallankumouksen yhteydessä tapahtuneista mullistuksista huolimatta valtiovallan jaon perusteita ei laajemmin kirjattu yhteen positiivisoikeudelliseen perustuslakiin eikä tuomioistuimien asema itse asiassa ratkaisevasti muuttunut näiden mullistusten yhteydessä. Parlamentti yksinkertaisesti omaksui kuninkaan tuomiovallan, mutta tuomiovaltaa käytettiin vakiintuneeseen tapaan.

Englannissa pohdittiin siis käytännössä oikeutta syrjäyttää kuningas. Etenkin levellers-ryhmä käytti julkista sanaa levittääkseen antimonarkistista ajattelua ja saadakseen *Kaarle I*:n tuomituksi. 'Englantilaisen vapauden' mukaista oli oikeus sanoa irti sopimus, josta kuningas saa valtansa.[63] Kun kuningas oli syrjäytetty, hänet myös tuomittiin kuolemaan, ja tämä oikeus perusteltiin säätyjen oikeutena vastarintaan. Restauraation aikana kuninkaanmurhaajat joutuivat ankaran koston kohteeksi. Mannermaalla monarkiat vakiintuivat niin, että jus resistandi hävisi. Ranskan ihmisoikeuksien julistus antoi sijan vastarinnan oikeudelle. Yhteiskunnan tulee säilyttää ihmisen luonnolliset oikeudet: vapaus, omaisuus, turvallisuus ja oikeus vastustaa sortoa. Tässä on nähty pohjoisamerikkalaisten julistusten jälki. Ranskan perustuslakiin tämä oikeus otettiin kehitellyssä muodossa: jos hallitus loukkaa ihmisten oikeuksia, on jokaisen luovuttamaton ja pyhä velvollisuus käydä vastarintaan. Asiakirja ei kuitenkaan sääntele tämän vastarinnan muotoja. Tällaiset asiakirjat olivat jus resistandi-doktriinin kulminaatio.[64]

John *Locken* käsitys fundamentaalilaista rajoitti poliittista valtaa fundamentaalisten periaatteiden kautta. Ihmisen vapautta rajoittavat luonnontilassa luonnolliset moraaliset oikeudet. Luonnontila merkit-

62. Jyränki 1989, 37-39.
63. Schröder 1984, 461-497.
64. Thomas Hobbesin doktriini kielsi tämän oikeuden, ja siihen vedottiin mannermaalla ahkerasti. John Locke vuorostaan Two treatises-teoksessaan lähtee siitä, että jus resistandi on yhteiskuntasopimuksen luonnollinen seuraamus. Locke ei kiinnittänyt tätä oikeutta keskiaikaiseen tapaan säätyihin, vaan jokaisella kansalaisella oli oikeus vastarintaan. Kuningas muuttuu tyranniksi heti, kun hän ei noudata kuningaskuntansa perustuslakia. Luonnonoikeudellisena oikeutena jus resistandi oli olemassa myös Samuel Pufendorfin ja Christian von Wolffin mielestä. Ranskan ensyklopedistit hylkäsivät Hobbesin kannan ja kannattivat Lockea. Näin teki myös Jean-Jacques Rousseau. Jägerskiöld 1964, 74-79.

see Lockelle tavaranvaihdon yhteiskuntaa, ja omistusoikeus on Lockelle esivaltiollinen, luonnollinen oikeus, johon valtio ei saa puuttua. Lockea on pidetty ensimmäisen porvarillisen oikeusvaltion ajattelijana, joka asettaa omaisuuden valtion perustamisen keskeiseksi kysymykseksi ja esittää omistusoikeuden luovuttamattomaksi ihmisoikeudeksi. Poliittinen valtio perustetaan hengen, vapauden ja omaisuuden suojelemiseksi, ja kaikki valtion valta, myös lainsäätäjän valta, rajoittuu julkiseen hyvään.[65]

Englannissa tuomioistuimien rooli muodostui Mainion vallankumouksen jälkeen suhteellisen kapeaksi. Common law-tuomioistuimet keskittyivät yksityisoikeuteen, erityisesti varallisuusoikeuteen. Tuomioistuimilla ei ollut valtaa tulkita perustuslakia substantiaalisessa mielessä, ja parlamentista pikemmin kuin tuomioistuimista tuli kansalaisoikeuksien takaaja. Sen sijaan tuomarit voivat valvoa, että parlamentti noudatti toiminnassaan tiettyjä muotoja. Siten englantilainen rule of law muodostui pikemminkin prosessuaaliseksi kuin sisällölliseksi kontrolliksi.[66]

Ylin tuomiovalta pysyi Englannissa muodollisesti yhdistyneenä korkeimpaan valtiolliseen valtaan, kuninkaaseen ja sittemmin parlamentin ylähuoneeseen. Vuonna 1844 päätettiin, etteivät ylähuoneen maallikkojäsenet ota osaa oikeudellisista asioista tehtäviin päätöksiin, ja näin syntyi ylin ammattituomareista koostuva tuomioistuin.[67] Tässä suhteessa vallan kolmijako toteutui Englannissa hyvin hitaasti. Korkeimman tuomiovallan käytön järjestämiseen tähdännyt vuoden 1875 Judicature Act jätti ylähuoneen juristijäsenet edelleen muutoksenhakuasteeksi varsinaisen muutoksenhakutuomioistuimen, Court of Appealin, yläpuolelle.

Mannermaalla podettiin 1700-luvulla 'anglomaniaa' myös siinä suhteessa, että valistuskirjoittajien tulkinnat englantilaisen yhteiskunnan vallankäyttötavoista löysivät tiensä moniin oppeihin, kuten valtiovallan kolmijako-oppiin. Absolutismia vastustavat valistuskirjoittajat löysivät Englannista omasta näkökulmastaan käyttökelpoisia instituutioita.

Yleensä valtion byrokratian kasvu mannermaisen absolutismin aikana suosi sivistysporvaristoa. Toisaalta myös aateli muutti luonnet-

65. Jyränki 1989, 40.
66. Abel-Smith ja Stevens 1967, 8-9.
67. Abel-Smith ja Stevens 1967, 45.

taan sotilassäädystä virkamiessäädyksi ancien régimen lopulla: 'miekan aatelista' kehittyi 'virkaviitan aateli'. Itsenäistyvä tuomiovalta oli osaksi tulosta aatelin pyrkimyksestä varmistaa oma asemansa. Lakimieskunnan sisäinen muodonmuutos - koulutuksen ja ammatillisen erityisen pätevyyden korostuminen - oli myös tulosta aatelin ja porvariston kilvoittelusta, joka kohdistui byrokratian virkojen hallintaan. Tässä suhteessa eri yhteiskunnat myös erosivat toisistaan. Kun vanhan yhteiskuntajärjestyksen perusteista irtaannuttiin vallankumouksellisesti, olivat itsenäistynyt valtion byrokratia ja sen sisällä erikoislaatuaan korostava tuomiovalta muodostuneet itsenäisiksi valtiovallan osiksi, joiden asema vakiinnutettiin perustuslailla ja suhteutettiin samalla lainsäädäntövaltaan. Absolutismi loi mahdollisuuden valtiovallan eriytymiselle, joka jäi elämään absolutismin jälkeen.

Byrokratiasta puhuminen 1600- ja 1700-lukujen instituutioiden yhteydessä on tosin anakronistista. Terminä byrokratia nimittäin ilmestyi ranskalaiseen kielenkäyttöön vasta 1700-luvun lopulla. Yleisesti se levisi käyttöön sitä mukaan kun eurooppalainen hallinto siirtyi kollegiosysteemistä virastosysteemiin.[68] Byrokratia Max *Weberin* ideaalityypin mielessä sisältää mm. virantoimituksen säännöllisyyden, eriytymisen, hierarkkisen rakenteen, koulutetun henkilökunnan vailla välitöntä etua viranhoidosta, viranhoidon irtaantumisen henkilöstä ja kirjallisen toimintatavan. Weber piti edellä esitetyllä tavalla byrokratiaa länsimaisen rationaalistumisen tärkeänä välikappaleena. [69]

Weberin ideaalityypin tarkoittamassa mielessä byrokratia kehittyi juuri 1600- ja 1700-lukujen virkakoneistoon kohdistuneen sosiaalisen ja poliittisen kamppailun kautta. 1600- ja 1700-luvun yhteiskunnallisissa kriiseissä valtion ja vanhan aristokratian välinen konflikti usein toimi kriisin laukaisijana. Aristokratia kävi kamppailua poliittisesta vallasta virkojen välityksellä, usein aatelitttomia vastaan.[70] Itäisessä Euroopassa valtio kehittyi eri tavalla kuin lännessä. Vasta absoluuttinen valtio toteutti eräänlaiset feodaaliset suhteet, jotka eivät olleet luonteenomaisia Itä-Euroopan keskiaikaiselle yhteiskuntajärjestykselle. Preussi esiintyy usein tällaisen itäisen absolutismin ideaalityyppinä. Vasta absolutismissa sääty-yhteiskunnan säätyjen alapuolelle jäävä ta-

68. Gaunt 1975, 9-13.
69. Weber viittaa USA:han ja Saksan keisarikuntaan kahtena rationaalistumisen ideaali- tai prototyyppinä, joista edellisen rationaalistumista ohjaavat markkinat, jälkimmäisen byrokratia. Peukert 1986, 437.
70. Gaunt 1975, 21-22.

lonpoikaisluokka alistettiin taloudellis-hallinnolliseen feodaaliseen vallankäyttöön. Vaikka maaorjatalonpojilla oli joitakin oikeuksia, ei valtiolla ollut käytännössä välitöntä tuomiovaltaa maaseudun väestön enimmän osan suhteen. Junkkerit hallitsivat maaseutua kartano-oikeuksissaan. Maanomistaja kokosi itse verot talonpojiltaan. Idän absolutismi 'pysähtyi kartanon porteille' ja aristokratia sai valtansa maanomistuksesta siitä huolimatta, että osa aristokratiasta vedettiin mukaan sotilas- ja siviilihallintoon.[71] Maata omistavan aristokratian ja absoluuttisen valtion välillä vallitsi 1700-luvulla yhteisymmärrys. Preussin aateli oli toisaalta suhteellisen avoin sääty, johon liittyi paljon vasta-aateloituja tulokkaita. Aatelia on pidetty Preussin reformikauden todellisena voittajana, koska se kykeni säilyttämään johdon virka- ja sotilassäädyssä sekä kartanotaloudessa.[72]

Jos feodalismista puhutaan yhteiskunnallisena systeeminä, joka on ristiriidassa keskitetyn valtion kanssa, ei itäisen Euroopan feodalismi ole feodalismia lainkaan. Jos sen sijaan esimerkiksi historiallisen materialismin käsitteistön mukaisesti korostetaan feodalismia poliittisen ja taloudellisen herruuden päällekkäisyytenä, on itäisen Euroopan absolutismin yhteiskunnallinen järjestys epäilemättä luonnehdittavissa feodalismiksi.

Itäeurooppalaisessa 'valistuneen' itsevaltaisessa valtiossa valtion byrokratia ei kuitenkaan ollut feodaalista siinä mielessä, mitä läntisen Euroopan keskiaikaisella feodalismilla tarkoitetaan. Siitä puuttui sellainen vastavuoroisuus, joka oli ominaista keskiajan feodaaliselle hallitsemistavalle läntisessä Euroopassa. Valtion palveluksessa olevilta virkamiehiltä edellytettiin ehdotonta, mekaanista tottelevaisuutta. Siinä ei ollut kysymys hallitsijan ja hänen vasallinsa välisestä, molemminpuolista lojaalisuutta edellyttävästä sopimuksesta. Feodaaliseen vastavuoroisuuteen perustuvaa Magna Chartaa tai muita hallitsijan vallan rajauksia ei syntynyt itäisen feodalismin sosiaalisista rakenteista itsestään. Ammattibyrokratia hallitsi myös kaupunkeja.

---

71. Anderson 1974, 236-278.
72. Schissler 1980, 89-122. Klaus Deppermann arvostelee sekä DDR:ssä tehtyä että esimerkiksi Perry Andersonin suosimaa tulkintaa 'itäisestä absolutismista' siitä, että se näkee absolutismin aatelin hyväksi toimivaksi 'kokonaisfeodaaliherraksi'. Myös Depperman katsoo, että aatelin tavoitteena yksinvaltiuden aikana oli säilyttää vallitsevat olot ja että kartanonherruus vahvistui Fredrik II:n sotilasvaltiossa. Depperman 1982, 547-553.

Tällaisessa etatistisessa yhteiskunnassa tuomiovalta itsenäistyi hitaammin ja epätäydellisemmin kuin läntisessä Euroopassa. Tuomiovallan paikka määrittyi suhteessa itsevaltiaaseen ja esivaltavaltioon.

3.6. Ranska ja Yhdysvallat - kaksi vallankumousta

Erityisen paljon on kirjoitettu Ranskan suuren vallankumouksen perustuslakien ja Yhdysvaltojen perustuslakien, Ranskan ihmisoikeuksien julistuksen ja yhdysvaltalaisen perusoikeusasiakirjan eroista ja yhtäläisyyksistä. Ranskan ja Yhdysvaltojen vertaaminen toisiinsa on luonnollista siinä mielessä, että kummassakin maassa valtioelinten keskinäissuhteet asetettiin vallankumouksellisen muutoksen yhteydessä uudelle kannalle, jonka pysyvyydelle annettiin perustuslailla erityinen paino. Ranskalainen ja yhdysvaltalainen tapa asettaa tuomiovalta ovat toistuneet myöhemmissä tuomiovaltaa koskevissa keskusteluissa eräänlaisina toisilleen vastakkaisina ideaalityyppeinä.

1700-luvun lopun vallankumouksilla oli Ranskassa ja Amerikassa osittain erilainen tausta. Esimerkiksi Jürgen *Habermas* on korostanut sitä, että Ranskassa perustuslait muodostivat yhteiskunnallisen järjestyksen kokonaan uudelta pohjalta, kun taas Yhdysvaltojen perustuslait pyrkivät turvaamaan yhteiskuntaan jo muodostuneen porvarillisen järjestyksen valtion puuttumiselta.[73] Tämän tulkinnan mukaan John *Locken*, David *Humen* ja Adam *Smithin* yhteiskuntakonseptiossa valtion piti olla hallintoa, joka takaa markkinoiden 'luonnollisten' lakien mukaisen oikeusjärjestyksen. Ranskassa poliittinen yhteisöllisyys sen sijaan käsitteellistettiin Jean-Jacques *Rousseaun* tapaan yleistahdoksi: valtion kautta saavutettavan kansalaisyhteiskunnan muodossa.

Rousseaulle yleistahdon tuottamien lakien noudattaminen on yksilön vapautta. Ristiriita yleisen edun ja partikulaaristen intressien välillä on mahdollinen ja ilman valtion väliintuloa suorastaan väistämätön. Yksilöllisiä intressejä ei mikään 'näkymätön käsi' organisoi harmoniseksi kokonaisuudeksi. Valtion velvollisuus on opettaa kansalaisille tämän harmonisuuden perusta, vapaa tahto sivilisoidussa merkityksessä - eettinen, kasvatettu, omantunnon sisäistä käskyä noudattava vapaa

73. Habermas 1963.

tahto. Yhteiskuntasopimuksen perusta ei synny itsestään, vaan vain valtion ja 'yleistahdon' kautta: itsekurina.[74]

Ranskassa yhteiskunnan ja valtion ero nähtiin Rousseaun ja fysiokraattien oppien ilmentämällä tavalla. Fysiokraattien mukaan luonnonlait eivät itsessään tuota talouden ja politiikan järjestystä. Francois *Quesnayn* mukaan ihmisellä on luonnollinen oikeus työnsä tuloksiin, mutta omistusoikeus toteutuu käytännössä vain (valtio)kansalaisen oikeutena. Yhteiskunnan 'ordre positif' on synnytettävä poliittista tietä. Fysiokraatit eivät uskoneet luonnollisesta omistusoikeudesta välittömästi nousevaan yhteiskunnalliseen harmoniaan. Suvereenin oli muutettava luonnonlait positiiviseksi oikeudeksi. Sekä Rousseau että fysiokraatit olivat yhtä mieltä siitä, että ihmisoikeudet voivat olla vain (valtio)kansalaisen oikeuksia. Vapaus on sidoksissa valtioon. Ihmis- ja kansalaisoikeuksien julistus oli perustettava poliittiseen vapauteen ja yhdenvertaisuuteen. Fysiokraatit olivat vaatineet monarkkia toteuttamaan ihmisoikeudet, 1789 ne haluttiin toteuttaa alhaalta käsin.

Yhteiskunta ja valtio sulautuvat tässä yhteen. Perustuslaki kattaa sekä valtion että yhteiskunnan. Jakobiiniradikaaleille ei Habermasin mukaan itse asiassa ollut olemassa yhteiskunnan luonnollista pohjaa, joka olisi ollut erotettavissa valtiosta.[75] Vuoden 1789 vallankumous näyttää korostavan yksilön oikeuksia, mutta valtiokansalaisuuden ja kansakunnan korostaminen korjaa taloudellisten intressien aikaansaamaa hajaannusta. Valtiokansalaisuus integroi yksilöitä kansakuntaan. Valtiokansalaisuus organisoi sosiaalisen kansalaisuuden ja peittää samalla sen näkyvistä.[76]Vuoden 1791 Loi Le Chapelier kielsi kaikki kansalaisten yhteenliittymät: säädyt, ammattikunnat ja yhdistykset katsottiin kaikki haitallisiksi välittäviksi muodoiksi valtion ja kansalaisten välillä. Tämä periaate jäi voimaan vielä Napoleonin ja restauraation aikana.[77]

Ranskan vallankumouksen lainsäädäntö ihannoi legalismia alisteisuutena kansansuvereniteetille. 1700-luvun lopun filosofisesti värittyneet lait suuntautuivat sekä absolutismia että sen instituutioihin linnoittautunutta sääty- ja feodaalista valtaa vastaan. Vallankumouksen jälkeen poistettiin vanhat kuninkaalliset tuomioistuimet, parlementit,

74. Melossi 1991, 26-28.
75. Habermas 1971, 106-108.
76. Jaume 1987, 530-531.
77. Stenius 1987, 63.

jotka olivat 'viitan aristokratian' tukikohtia; poistettiin myös oikeustieteelliset tiedekunnat, jotka opettivat absoluuttisen valtion pyrintöjä palvelevaa roomalaista oikeutta. Monet vallankumoukselliset halusivat myös poistaa koko tuomioistuinmenettelyn. Sovittelu olisi tullut sen tilalle.[78]

Valistusajattelusta periytyvä legalismi oli kuitenkin toisaalta vahva. Ihmis- ja kansalaisoikeuksien julistus vuodelta 1789 edellyttää etenkin rikosoikeuden noudattavan ankaraa legaliteettiperiaatetta. Tuomioistuimien organisaatiota koskeva dekreetti vuodelta 1790 kieltää tuomaria ylipäänsä tulkitsemasta oikeutta: tuomarin tehtävä on mekaanisesti soveltaa lakeja. Jos tulkinnan tarvetta ilmeni, oli tuomarin käännyttävä itsensä lainsäätäjän, lakikommission, puoleen.[79] Vaikka tällainen 'autenttisen tulkinnan' käytäntö ei jäänyt pysyväksi, muodostui ranskalainen oikeudellista tulkintaa koskeva doktriini hyvin varovaiseksi suhteessa tuomarin harkintavaltaan. Tuomiovalta - ja sen osana oikeus tulkita lainsäädäntöä - oli nähtävä lain soveltamiseksi, ei uutta luovaksi tulkinnaksi. Vielä vähemmän tuomiovalta voi ulottua lainsäätäjän toimien laillisuuden arvioimiseen ja kontrolloimiseen.

Tilanne oli olennaisesti erilainen Englannin niissä siirtomaissa, jotka itsenäistyivät ja muodostivat liittovaltion 1700-luvun lopulla. Pohjois-Amerikan Yhdysvalloissa John Locken kirjoitukset olivat perusoikeusjulistuksen antamisen aikaan muuttuneet arkijärjeksi. Locken mukaan luonnon järjestykseen kuuluvat vapaus, elämä ja omaisuus vaihdetaan valtiollisesti sanktioiduiksi kansalaisoikeuksiksi, koska yksilö ei muuten kykene niitä puolustamaan. Ne eivät silti lakkaa olemasta. Thomas *Painen* mukaan ihmisen luonnolliset oikeudet ovat tavaranvaihdon luonnollisia lakeja, jotka ajan taloustiede asettaa yhteiskunnan hallitsemisen perustaksi. Hallitus on yksinkertaisesti muodostettava ihmisen perusoikeuksien mukaisesti. Luonnontilan ja yhteiskunnan eron sijaan astuu siten kansalaisyhteiskunnan ja valtion ero. Paine uskoo kuten Adam *Smith* yhteiskunnan kehittyvän tuotantoon osallistuvien ihmisten tarpeiden perusteella luonnonvoimaisen harmonisesti, kun itsevaltainen hallinto ei siihen puutu. Yhteiskunta on ihmisen tarpeiden, valtio hänen heikkoutensa tuotetta ja sellaisena välttämätön paha.[80]

---

78. van Caenagem 1987, 11.
79. Conrad 1971, 217.

Näin nähtyinä yhdysvaltalainen ja ranskalainen perusoikeuksia koskeva teoria ja käytäntö nähdään lähinnä liberalismin ja etatismin ulottuvuuksilla. Yhdysvaltojen ja Ranskan ihmisoikeuksien julistuksien nähdään määrittävän valtion ja yhteiskunnan suhdetta eri tavalla. Yhdysvaltalainen perustuslakidiskurssi olisi siten syntyvaiheissaan liberalistista, ranskalainen etatistista.

Yhdysvaltalaisen perustuslaillisuuden luonteen arvioimiseen vaikuttaa olennaisesti se, tarkastellaanko sitä itsenäisyysjulistuksen, myöhempien osavaltioiden perustuslakien ja niihin sisältyvien kansalaisoikeusjulistusten, liittoperustuslain vai tuomioistuimien perustuslakikontrollin oikeuttavan ns. judicial review-doktriinin näkökulmasta.

Antero *Jyrängin* mukaan Englannin amerikkalaisissa siirtokunnissa tunnettiin itsenäisyysjulistuksen antamisen aikaan ja vallankumouksen alkuvaiheissa suurta luottamusta lainsäätäjää kohtaan - lainsäätäjällä tarkoitettiin itsenäisiksi julistautuneiden valtioiden valittuja edustajia. Vallankumouksellinen filosofia tiivistyi kansalaisoikeuksien luetteloihin, joita 'Declaration of Rights' tai 'Bill of Rights'-asiakirjat sisälsivät. Ne kirjasivat englantilaiset, 1689 jälkeisen perusvapauksien vakuutuksen mukaiset kansalaisoikeudet. Nämä tulkittiin yhteiskuntasopimusfilosofian kontekstissa niin, että valtiolle ei katsottu luovutetun kaikkia oikeuksia. Elämä, vapaus, keinot omaisuuden hankkimiseen ja säilyttämiseen sekä onnen ja turvallisuuden tavoittelu julistettiin ikuisina oikeuksina muuttumattomiksi.

Vuoden 1776 itsenäisyysjulistus vetosi jus resistandi-oikeuteen näiden oikeuksien puolustamiseksi.[81] Samalla se merkitsi perinteisten eliittien työntämistä syrjään hallitsemisesta. Äänioikeus laajeni dramaattisesti, niin että jopa 90 prosenttia valkoisista aikuisista miehistä sai äänioikeuden. Siirtokunnista muodostuneiden valtioiden välinen valtioliitto oli löyhä, ja poliittinen valta keskittyi yksittäisille valtioille ja niiden lainsäätäjillä. Articles of Confederation-asiakirjan mukaan kukin valtio säilytti suvereenisuutensa, vapautensa ja riipumattomuu-

80. Habermas 1971, 99 ss. - Vallankumouksellinen tilanne amerikkalaisissa siirtokunnissa vaikutti luonnollisesti Painen valtion (kuninkaan) vastaisten argumenttien saamaan muotoon, ks. erityisesti Thomas Painen ennen itsenäisyysjulistusta kirjoitettu, populaari essee 'Common Sense', Paine 1976.

81. Siirtokuntia edustava Continental Congress nimesi itsenäisyysjulistusta kirjoittamaan John Adamsin, Benjamin Franklinin, Thomas Jeffersonin, Robert R. Livingstonin ja Roger Shermanin. Jefferson sai näiltä tehtäväkseen kirjoittaa julistuksen. Jefferson tunnettiin hyvästä John Locken filosofian tuntemuksestaan. Adams ja Franklin tekivät julistukseen joitakin muutoksia.

tensa, eikä yhtenäistä kansallisvaltiota kaivattu. Liiton perustajat rakensivat republikanismin perinteen mukaisia pieniä valtioita, ja vallankumous oli suuntautunut auktoriteettia ja valtaa vastaan - kuninkaita vastaan, kuten Thomas Paine kirjoitti Common Sense-pamfletissaan.[82]

Uudet valtiot noudattivat 'vapauden politiikkaa' lakkauttamalla kuvernööri-instituution ja rajoittamalla rajusti hallintovaltaa. Tosin lakia säätävät elimet Pennsylvaniaa lukuun ottamatta olivat kaksikamarisia, niin että Thomas Jeffersonin sanoin 'luonnollinen aristokratia', oppineimmat ja lahjakkaimmat voivat estää kansan edustajien liian hätäiset päätökset. Senaatit olivat kuitenkin alahuoneiden neuvonantajia, eivät niiden herroja, ja nekin valittiin yleisillä vaaleilla. Tässä vaiheessa tuomiovalta alistettiin monissa valtiossa lakia säätävälle vallalle. Lainsäätäjät usein kumosivat tuomioistuimien päätöksiä. Lähes kaikki vanhat vallanjaon käsitteet hylättiin. Useimmissa valtioissa katsottiin, että kansan lakia säätävän vallan käyttöä voi kontrolloida vain kansa itse. Vaaleja pidettiin usein, jopa puolivuosittain. Pennsylvaniassa yksikamarinen kansaneduskuntakin nähtiin itse asiassa ylemmäksi kamariksi, ja varsinaisen lainsäädäntövallan katsottiin olevan ovien ulkopuolelle kerääntyneellä kansalla.[83]

Radikaali kansansuvereniteetti tuotti lainsäädäntöä, joka vähensi verotusta, syrjäytti tiukan juridisen sopimusdoktriinin ja helpotti velkaantuneiden asemaa. 1700-luvun lopulla markkinatalous oli laajentunut ja kosketti näin sitä suurta viljelijöiden joukkoa, joka muodosti tärkeän osan äänestäjäkuntaa. Markkinoilla käytettiin yleisesti velkakirjoja kauppiaiden ja viljelijöiden välillä. Velkojien joukko osui yhteen kauppiaiden, velallisten joukko pienviljelijöiden kanssa. Lakia säätävien elinten jäsenet edustivat usein jälkimmäistä joukkoa. He säätivät velkamoratorioita; hallitukset painattivat setelirahaa, joilla velkaantuneet voivat maksaa velkojilleen. Lainsäätäjät kumosivat tuomioistuimien ratkaisuja tällaisissa kysymyksissä ja kielsivät pakkotäytäntöönpanoja. Mielipiteiden rintamalinja kulki velkojien ja velallisten, usein käytännössä pienviljelijöiden ja kauppiaiden välillä. Jälkimmäisten näkökulmasta lainsäätäjä oli omaksunut sekä hallinto- että lakia säätävän vallan. Thomas *Jefferson* kutsui tällaista valtaa 'äänestäjädespotismiksi'. Sitä vastustavia kantoja organisoi kirjoitussarja, joka ilmestyi New Yorkissa Independent Journal-lehdessä vuoden 1787 syksyllä 85-osai-

82. Paine 1976.
83. Kramnick 1987, 18-22.

sena The Federalist-kirjoitussarjana. Kirjailijanimellä *Publius* kirjoittavat Alexander *Hamilton*, James *Madison* ja John *Jay* vaativat uutta valtiosääntöä, joka keskittäisi vallan keskusvaltiolle.

Madison esittää sarjan tunnetuimmassa tekstissä[84] vallan siirtämistä valtioiden elimiltä keskushallitukselle ja perustelee tätä republikaanisuuden paremmuudella demokraattisuuteen verrattuna. Erityisetujen ja intohimojen ylivalta kokonaisetuun nähden on estettävä, ajoipa partikulaarisia intressejä enemmistö tai vähemmistö. Hallituksen keskeinen tehtävä on suojella ihmisen kykyjä, joihin omistusoikeus perustuu. Ihmisten eriarvoiset kyvyt hankkia omaisuutta ja omistuserot johtavat yhteiskunnan jakaantumiseen eri intresseihin ja puolueisiin. Siten ryhmäkuntaisuuden siemenet ovat ihmisen luonnossa, jossa intressi ja intohimot liittyvät yhteen. Omistavien ja omistamattomien intressit ovat keskenään ristiriitaiset ja synnyttävät keskenään riitaisia luokkia. Maahan, teollisuuteen, kauppaan ja rahaan kohdistuva intressi on välttämätön sivistyneissä kansakunnissa. Intressien sääntely on modernin hallitsemisen keskeinen kysymys.

Ei pidä sallia sitä, että sama ihmisryhmä toimii sekä tuomarina että puolueena. Lainsäätäjät ovat asianosaisina asioissa, joita he ajavat. Kun esitetään yksityisiä velkoja koskevaa lakia, ovat velkojat toisella puolella ja velalliset toisella. Tuomioistuimien tulee säilyttää tasapaino näiden välillä. Valistuneetkaan valtiomiehet eivät kykene ylittämään näitä intressejä yhteisen hyvän vuoksi. On mahdotonta poistaa puolueenmuodostuksen syitä, ja siksi on kontrolloitava sen vaikutuksia.

Jos ryhmäkunta muodostaa vähemmistön, estää republikaaninen periaate sen valtaantulon. Jos kuitenkin ryhmäkunta muodostaa enemmistön, on mahdollista että yleinen hyvä ja muiden kansalaistenoikeudet uhrataan sen intressille tai intohimoille. Jotta julkista hyvää ja yksityisiä oikeuksia voidaan suojella tällaisten ryhmäkuntien muodostamaa vaaraa vastaan ja silti säilyttää kansanomainen hallinto, on luovuttava puhtaasta, suorasta demokratiasta väenkokouksineen. Demokraattisuuden ja republikaanisuuden ero on, että yleisön käsitykset kulkevat valittujen kansalaisten muodostaman elimen kautta, jonka viisaus kykenee erottamaan kansan todellisen intressin, ja joka kykenee ylittämään tilapäiset ja partikulaariset edut. Suora osallistuminen on hylättävä ja sen sijaan on asetettava laajempi valtiollinen yhteenliit-

84. The Federalist Nr X. Madison ym., 1987.

tymä. Kokonaisen liittovaltion päättävä elin kykenee suoraa demokratiaa paremmin estämään 'paperirahakiihkon, velka-abolition, omaisuuden tasajaon tai muut sopimattomat tai ilkeät hankkeet'.[85]

Valtioliiton kongressi kutsui koolle Philadelphian kokouksen rakentamaan vahvempaa liittovaltiota. Federalismia kannattavat republikaanit halusivat yhdistää enemmistöperiaatteen vähemmistön varallisuusintresseihin tavalla, joka ei uhkaisi vähemmistön oikeuksia. Valtiokoneiston muuttaminen kertauudistuksella enemmistön äänin haluttiin estää. Valtioliiton muuttuessa liittovaltioksi rakennettiin elimiä, jotka estävät tällaiset nopeat uudistukset: liittopresidentin veto-oikeus liiton lainsäädäntöön, kaksikamarinen edustuslaitos ja korostunut valtiovallan jako. Sekä vahvan liittovaltion kannattajien että vastustajien mielestä tämä merkitsi 'hallituksen', 'auktoriteetin' ja 'vallan' voittoa 'vapaudesta'.[86] Yhdysvaltain liittoperustuslaki nimesi itsensä korkeimmaksi laiksi liittovaltiossa, ja se tuli voimaan vuonna 1789.[87] Perustuslakia täydentää vuoden 1791 perusoikeuksia käsittävä 'Bill of Rights'.

Heikon valtioliiton muuttaminen suhteellisen vahvaksi liittovaltioksi merkitsi yleisesti liittohallinnon merkityksen kasvua, mutta ennen kaikkea *liittovaltion tuomioistuimen perustamista.* Valtioliitolla ei ollut mitään muita elimiä kuin lakia säätävä yksikamarinen kongressi, Continental Congress. Mitään tuomiovaltaa valtioliitolla ei ollut. Federalistit vaativat perustettavaksi liittovaltion tuomiovallan. Tuomiovallan riippumattomuus on olennainen perustuslaille, joka sisältää lainsäädäntövallan rajoituksia. Tällaisia rajoituksia ei voida ylläpitää muulla tavalla kuin sellaisten tuomioistuimien kautta, jotka voivat julistaa kaikki perustuslain vastaiset lait mitättömiksi. Jos tuomioistuimilla ei ole tällaista valtaa, kaikki erityiset oikeudet tai privilegiot ovat mitättömiä. Federalistien mukaan tämä ei merkitse tuomiovallan asettamista lainsäädäntövallan ylipuolelle. Perustuslain vastaiset toimet eivät voi olla päteviä. Perustuslaista itsestään ei voi johtaa, että lakiasäätävän vallan itsensä pitäisi olla oman valtansa rajojen perustuslaillinen tuomari.

Pikemminkin tuomioistuimet voi federalistien mielestä käsittää kansaa ja lainsäätäjää välittäväksi elimeksi, joka pitää lainsäätäjän sille

85. The Federalist Nr X, Madison ym. 1987, 122-128.
86. Kramnick 1987, 16.
87. Jyränki 1989, 83-108.

luovutetun auktoriteetin rajoissa. Lakien tulkinta on tuomioistuimien oikea ja erityinen toimiala. Tuomareiden tulee pitää konstituutiota fundamentaalilakina. Jo laki eroaa fundamentaalilaista, on asetettava etusijalle korkeampi niistä. Perustuslaki ilmaisee kansan intention, sen kanssa ristiriitainen laki vain kansan agenttien intention. Tuomiovalta ei ole lainsäädäntövaltaa korkeampi, vaan kansa on kummankin yläpuolella. Tuomareiden on perustettava päätöksensä fundamentaalilakeihin. Siten tuomioistuimet ovat rajoitetun perustuslain varustuksia lainsäätäjän vallananastusta vastaan.[88] Liittovaltiolle oli asetettava presidentti, jonka käsiin on keskitettävä valta nimittää senaatin neuvon ja suostumuksen mukaisesti liittovaltion korkeat virkamiehet. Liittovaltion presidentin oli nimitettävä liittovaltion elinikäiset, jotka virassaan erottamattomat tuomarit.

Näin 1700-luvun lopun Yhdysvalloissa kaksi käsitystä perustuslain merkityksestä pyrki saamaan poliittista kannatusta. Toisen mukaan perustuslaki perustuu kansansuvereniteettiin. Toinen käsitys sen sijaan katsoi perustuslain olevan fundamentaalisten, muuttumattomien periaatteiden kirjaanpano.

Jälkimmäisen käsityksen mukaan suvereeni lainsäätäjä ei saa säätää lakeja, jotka ovat ristiriidassa valtiosäännön kanssa. Kansalla ei ole mitään absoluuttista valtaa tai suvereniteettia, koska jokaisella yksilöllä on tiettyjä luovuttamattomia oikeuksia, joita valtio tai kansa ei voi häneltä viedä. Itsenäisyysjulistus ja liittoperustuslaki eivät ollenkaan mainitse suvereniteettia tai kansansuvereniteettia. Tätä voidaan pitää yhdysvaltalaisen perustuslaillisuuden individuaalisen luonteen mukaisena. Ihmisoikeuksien luettelon sisällyttämistä erilliseen asiakirjaan voi sitäkin pitää osoituksena siitä, ettei ihmisoikeuksien pätevyyttä pidetty kodifikaatiosta riippuvaisena.[89]

Perustuslain sitovuudesta tulee tällaisen tulkinnan mukaan rajoitus kansansuvereniteetille ja lainsäädäntövallalle. Common law-perinne liitettiin tähän ideologiaan, niin että tuomioistuimille katsottiin kuuluvan oikeus arvioida, onko lainsäädäntö katsottava perustuslain vastaiseksi[90] - tämä on lyhyesti kuvattuna 'judicial review'-oppi. Yhdysvaltalaisessa järjestelmässä poliittiset kysymykset oikeudellistuivat tavalla, jota mm. Alexis de *Tocqueville* on kuvannut.[91] Tätä politiikan oikeu-

88. The Federalist Papers, Nr. 78. Madison ym. 1987, 436-437.
89. Menger 1979, 94.
90. Jyränki 1989, 114-130.

dellistumista ilmentää ennen kaikkea tuomioistuimien oikeus kontrolloida lakia säätävää valtaa ns. judicial review-instituution kautta. Siinä hyväksytään käytännössä tuomioistuimien pyrkimys kehittää lainsäädäntöä luonnonoikeudellisesti perusteltujen ennakkopäätösten kautta.

Judicial review-doktriinin omaksumisessa pidetään ratkaisevana askeleena vuonna 1803 Yhdysvaltain korkeimmassa oikeudessa ratkaistua tapausta *Marbury* v. *Madison*. Tämän ratkaisun sisältämät argumentit ovat doktriinin keskeisiä opinkappaleita. Ratkaisun perustelujen mukaan lainsäätäjän toimivalta on rajallinen. Perustuslaki asettaa kansan alkuperäisen tahdon mukaisesti lainsäädäntövallalle rajat. Tuomioistuimien on pidettävä perustuslakia tavallista lakia ylempänä. Perustuslain säätäjät edellyttivät sen velvoittavan sekä lainsäätäjää että tuomioistuimia. Tuomioistuimilla on siten velvollisuus puuttua lainsäädäntövallan perustuslain vastaiseen käyttöön.[92] Tuomioistuimet saavat siten valtansa suoraan kansalta ja edustavat kansalaisyhteiskunnan luonnollista lakia, yhteiskunnan luonnonoikeutta. Tuomioistuimet suojelevat niitä oikeuksia, joita 'kansa' ei ole luovuttanut poliittiselle vallalle kapeassa merkityksessä (lainsäätäjälle ja hallinnolle). Tämä on tuomioistuimien ja tuomiovallan keskeinen tehtävä.

Yhdysvaltalainen judicial review voidaan nähdä konservatiiviseksi pyrkimykseksi estää enemmistödemokratiaa loukkaamasta perusoikeuksia, etenkin omistusoikeutta. Yhdysvaltain perustuslaki etenkin judicial review-opin valossa tulkittuna rakentuu vallan kolmijakoon ankarassa mielessä. Perustuslain mukaan lainsäädäntövalta, toimeenpanovalta ja tuomiovalta ovat vallankäytön eri haarat, joista kukin on vastuussa suoraan kansalle.

Luonnonoikeuden vahva asema amerikkalaisessa ajattelussa on kuitenkin judicial review-instituutiota vanhempi. Esimerkiksi Massachusettsin vuonna 1780 säädetyn valtiosäännön esipuheen mukaan hallinnon tavoite on varmistaa poliittisen yhteisön olemassaolo, jotta yksilöt voisivat rauhassa ja turvassa nauttia luonnollisia oikeuksiaan. Jos tätä tavoitetta ei saavuteta, on kansalla oikeus muuttaa hallintoa. Itsenäisyysjulistuksessa ja liittovaltion valtiosäännössä ei puhuta mitään valtion suvereniteetista, ei myöskään kansansuvereniteetista. Kansalla

91. de Tocqueville katsoo Yhdysvaltain Korkeimman oikeuden käyttäneen suurempaa valtaa kuin mikään maan tuomioistuin on koskaan käyttänyt. de Tocqueville 1951 I, 99-112, 152-154.
92. Scheinin 1991, 71-72.

ei voi olla suvereniteettia, koska jokaisella yksilöllä on tiettyjä luovuttamattomia oikeuksia, joita valtio tai kansa ei voi häneltä viedä. Tällaista individualistista konstitutionalismia pidetään amerikkalaisen perustuslaillisuuden erikoistuntomerkkinä. Ihmisoikeuksien ankkuroiminen perustuslakiin (Bill of Rights vuodelta 1791) ei merkitse, että ihmisoikeuksien pätevyyttä olisi pidetty kodifioimisesta riippuvaisena. Tuomiovallalle annettava suuri riippumattomuus liittyy tähän.[93]

Tietyssä mielessä liberalismi itsessään sisältää ristiriidan, jonka ratkaiseminen edellyttää liberalismin täydentämistä sille vieraalla aineksella - liberalismin 'sulkeuma' sisältää Jacques *Derridan* termein 'vaarallisen supplementin'. Liberalismin yksilön luonnollisiin oikeuksiin rakentuva diskurssi korostaa tahdonvapautta perustellessaan liberalismille ominaisen yhteiskunnallisen järjestyksen legitimiteettiä. Tahdonvapauteen yhteiskunnallisen järjestyksen perusteluna sisältyy kuitenkin myös liberalismin teorian keskeinen ristiriita. Vapaus pyritään takaamaan kansalaisten perusoikeuksien avulla. Perusoikeuksien on määrä estää suvereenia loukkaamasta mielivaltaisesti yksilönvapauksia. Silloin perusvapaudet joudutaan määrittelemään tavalla, joka ei ole arviosta tai arvioijasta riippumaton - vaikka liberaali teoria esiintyy arvojen suhteen neutraalina. Perusoikeuksille on välttämättä annettava materiaalista sisältöä, jotta hallinnolle yleensä on mahdollista asettaa rajoituksia. Siksi yhteisen hyvän ja yksilön oikeuksien välillä on liberalismin teoriassa jännite.[94]

Tämän jännitteen purkaminen jää käsitykseni mukaan Yhdysvalloissa tuomiovallan tehtäväksi. Yhdysvaltalainen perustuslaillisuus tulee jo varhain käsittämään tuomioistuimien vallan arvioida, paitsi hallinnon lainmukaisuutta, myös lainsäädännön perustuslainmukaisuutta. Poliittisessa teoriassa ilmenee vastaava jännite demokratian ja perusoikeuksien välisessä suhteessa. Demokraattiseksi luonnehditun poliittisen järjestelmän on oman legitimiteettinsä takaamiseksi suojattava kansalaisten keskeisiä tarpeita ja arvoja, myös takaamalla heidän poliittiset toimintaoikeutensa.[95] Tämä merkitsee myös lainsäätäjän suvereniteetin rajoittamista niin, että enemmistön ei ole mahdollista riistää vähemmistöltä näitä oikeuksia. Jos perusoikeuksien suojaaminen annetaan tuomioistuimille, kuten Yhdysvalloissa tehtiin 1800-luvun alus-

93. Menger 1979, 92-94.
94. Koskenniemi 1989, 647.
95. Tuori 1990, 272 ss.; Scheinin 1991, 337-338.

sa kehittyvän doktriinin ja käytännön mukaisesti, syntyy jakaantuneen valtiovallan eri osien tai eri valtio-orgaanien välille jännite.[96]

Kansalaisyhteiskunnan suhde valtioon rakennetaan tärkeässä suhteessa tuomioistuimien välityksellä - kansalaisten tärkeimmät oikeudet, 'rights', saavat tässä keskeisen osan. Tästä näkökulmasta on luonnollista, että sittemmin myös yhdysvaltalainen oikeusvaltiollisuus saa tuomioistuinmenettelyyn kytkeytyvän muodon - 'rule of law' toimii prosessuaalisella tavalla, oikean menettelyn noudattamisesta annettavien takeiden kautta. Tällaisen järjestelmän republikanismiin nojaava luonne ilmentää implisiittisesti käsitystä kaiken poliittisen vallan lähteenä olevan kansan perimmäisten intressien, tarpeiden, oikeuksien ja velvollisuuksien yhteismitallisuudesta, jota perusoikeudet ilmentävät - tässä mielessä kansalaisyhteiskunnan kulttuurisesta, sosiaalisesta ja taloudellisesta yhteisöllisyydestä.

Lainsäädäntöön kohdistuvan tuomioistuinkontrollin järjestelmä eri muodoissaan on sittemmin omaksuttu hyvin monissa läntisissä demokratioissa - siitä on tullut 'modernin konstitutionalismin' keskeinen elementti.[97] Siihen liittyvä jännite ylläpitää keskustelua perusoikeusvalvontaa suorittavan tuomioistuimen ja kontrollin kohteena olevan lainsäätäjän vallan legitimiteetistä eri muodoissaan.

Yhdysvaltalaisessa 1800-luvun oikeuskäytännössä liittovaltion korkein oikeus toimi käytännössä laissez faire-liberalismin periaatteiden puolustajana ja torjui mm. työntekijöiden yhdistymisoikeuteen ja sosiaaliturvan rakentamiseen liittyvää lainsäädäntöä. Tässä mielessä Yhdysvaltain korkeimmasta oikeudesta muodostui etenkin 1800-luvun loppupuolella korostuneesti liberalismin diskurssissa keskeinen instituutio.

On toisaalta väitetty, että yhdysvaltalaisen perusoikeusdiskurssin klassisia tekstejä on 1900-luvulla luettu vahvan liberalistisesti juuri 1800-luvun lopun perustuslakikiistoista käsin, ja korostuneen liberalistisen tulkinnan perustuvan 1800-luvun lopun kontekstiin. Yhdysvaltalaiselle yhteiskunnalle ominainen perustuslain tuomioistuinkontrolli

96. Scheinin 1991, 338.

97. Toisen maailmansodan jälkeen Saksan, Itävallan ja Italian perustuslakeihin liitettiin perusoikeusluettelot, joista on pyritty tekemään tehokas 'ylin laki' amerikkalaisen esikuvan mukaisesti. Samantapainen perusoikeuksien suoja otettiin käyttöön Kreikassa, Espanjassa ja Portugalissa autoritääristen hallintojärjestelmien syrjäytyessä. Myös Ranskassa on otettu käyttöön judicial review. Cappelletti 1988, 62.

teki mahdolliseksi sen, että korkein oikeus esti 1800-luvun lopulla ja 1900-luvun alussa sellaisen lainsäädännön voimaansaattamisen, joka olisi loukannut laissez faire-liberalismin periaatteita. On kiistelty siitä, poikkesiko tämä ns. Lochner Court-kausi aikaisemmasta korkeimman oikeuden traditiosta vai muodostiko se aikaisemman tradition luonnollisen, joskin kärjistyneen jatkon. Lochner-kauden korkein oikeus joka tapauksessa pyrki estämään kaiken sääntelyn, joka loukkaisi markkinoiden vapaata toimintaa.

Amerikkalainen perustuslakitulkinta korosti valtion neutraalisuutta 1800-luvun lopulla tavalla, joka esti kaiken varallisuuden uudelleenjakoon tähtäävän työ- ja sosiaalilainsäädännön. Konservatiivisen liberalismin ohella myös 'edistysmieliset' politiikan harjoittajat olivat taipuvaisia näkemään valtion väliintulon turmiolliseksi - edistysmieliset pelkäsivät poliittisen koneiston korruptoitumista. 1900-luvun alkuvuosikymmeninä edistysmieliset kuitenkin käänsivät kelkkansa ja todistelivat varallisuuden uusjakoon kykenevän valtion välttämättömyyttä. Yhdysvaltalaiselle historialle on tyypillistä, että liberalismin neutraalin valtion käsitettä koskeva kiista käydään perustuslain tulkinnan yhteydessä. Edistysmieliset ja myöhemmin New Deal-politiikan kannattajat haastoivat Lochner Courtin käsityksen valtiointervention perustuslainvastaisuudesta - ja esittivät tämän haasteen oikeudellisen doktriinin muodossa. Kirjoituksissaan edistysmieliset ja New Dealin kannattajat esittivät, että korkein oikeus on loukannut oikeudellisia sääntöjä muuttamalla muodolliset prosessisäännökset sisällöllisiksi.[98]

1800-luvun lopun perustuslakikiistat käytiin siis liberalismin kontekstista käsin. On väitetty tämän kontekstin määränneen myös sitä, miten perustuslain varhaisempaa historiaa on tarkasteltu. Viime vuosikymmenien tutkimuksessa on kiistelty etenkin siitä, miten republikaaniset ja liberalistiset 'ideaalityypit' sekoittuvat perustuslain syntyyn vaikuttaneiden klassikoiden teksteissä ja toiminnassa. Tässä kiistassa esimerkiksi Adam Smith on pyritty sijoittamaan pikemminkin republikaaniseen 'ideaalityyppiin' tai diskurssiin kuin liberalistisen kirjoittajan perikuvaksi. Smithiä koskeva erimielisyys voidaan pelkistää kysymykseksi siitä, miten hänen tärkein poliittisen taloustieteen tekstinsä (Wealth of Nations) suhteutuu hänen lainopilliseen esitykseensä (Lectures on Jurisprudence).

98. Horwitz 1977 ja 1987.

Lainopin luentojen perusteella Smith voidaan sijoittaa republikaaniseen ideaalityyppiin. Adam Smithin ajattelussa on nähty vahva normatiivinen juonne, jossa oikeus näyttäytyy poliittista kulttuuria konstituoivaksi tekijäksi. Siirtyminen feodaalisesta omistusoikeudesta moderniin yksityisomistukseen ei tapahdu taloudellisen välttämättömyyden kautta, vaan edellyttää yhteiskunnan tietoista pyrkimystä muuttaa yhteiskuntaa oikeuden avulla. Erityisesti J.G.A. *Pocock* ja Gordon *Wood* ovat rakentaneet republikaanisen ajattelun suurta linjaa ja eritelleet sen eroa liberalismiin.[99] Republikanismin linjanvedossa voidaan jopa Adam Smith sijoittaa Montesquieun ja Alexis de Tocquevillen väliin. Silloin esimerkiksi sellaisten Yhdysvaltain perustuslain saamaan muotoon vaikuttaneiden henkilöiden kuin Thomas Painen ja Thomas *Jeffersonin* kiinnostus Adam Smithin ajatteluun heijastaa pikemmin republikanistista ajattelua kuin liberalistista.[100]

Tästä näkökulmasta myös 1800-luvun alun politiikan oikeudellistuminen voidaan nähdä republikanismin ilmentymänä. de Tocqueville kuvaa 1830-luvun amerikkalaista yhteiskuntaa oikeudellistuneeksi juuri republikanismin merkityksessä. Oikeudellistamisella on sen mukaan perusta paikallisyhteisössä ja kansalaisyhteiskunnassa. Tuomioistuimet edustavat kansalaisyhteiskuntaa. Ne saavat valtuutuksensa tässä mielessä kansalta. Republikanistisesta näkökulmasta tämä kansalaisyhteiskunta on sosiaalis-moraalinen yhteisö, liberalistisesta näkökulmasta yksilöiden toiminnan kenttä. Joka tapauksessa tuomioistuimet toimivat kansalaisyhteiskunnan eivätkä valtion valtuutuksella.

3.7. Saksa - modernin kansallisvaltion ongelma

Monet modernit kansallisvaltiot muotoutuivat Westfalenin rauhan yhteydessä. Pyhä saksalais-roomalainen keisarikunta ei kuitenkaan

99. Pocock tulkitsee republikanismin ilmentäjiksi atlanttisessa poliittisessa ajattelussa James Harringtonin, whig-ideologian ja Amerikan vallankumouksen. Pocock asettaa republikaanisen perinteen nimenomaisesti liberalistisen tradition vastakohdaksi. Liberalistisen 'oman edun' opin edustajia ovat hänelle etenkin 'skotlantilaisen sosiologis-historiallisen koulun' edustajat. Pocock 1975, 78, 86 ss., 92, 464-467.

100. Horwitz 1987, 1832-1833.

sellaisenaan muuttunut moderniksi valtioksi. Keisarikuntaan ei muodostunut kansallisvaltiolle ominaista keskusvaltaa eikä oikeudellista yhteisyyttä. Keisari ja valtakunnan säädyt menettivät merkitystään ja keisarikuntaan kuuluvissa monarkioissa ruhtinasabsolutismi vahvistui.[101] Saksassa moderni kansallisvaltio kehittyi absoluuttisesta ruhtinasvaltiosta.

Saksassa modernin oikeuden synty valtiollisena, positiivisena oikeutena on vastaavasti monimutkainen prosessi. Pohdittaessa saksalaisen valtiollisen oikeuden, tuomioistuimien ja laillisuuden merkitystä joudutaan kysymään mitä valtiota, tuomioistuinta ja minkälaista laillisuutta tarkoitetaan. Keisarikunta oli heikko jo 1700-luvulla. Absolutismia pyrittiin rajaamaan ruhtinasvaltioiden perustuslakien avulla. Nämä perustuslakipyrinnöt eivät välttämättä osuneet yksiin vanhan keisarikunnan oikeudellisen perinnön vaalimisen kanssa, josta myös etsittiin vastavoimaa absolutismille. Perustuslaillisuuden tavoittelu ruhtinasvaltioissa ei edistänyt saksankielisen kansallisvaltion syntyä. Näin modernin valtion piirteiden vahvistamista tavoiteltiin ristiriitaisesti. Osaksi tämä selittää niitä vaikeuksia, joita tutkijoilla on ollut näiden yrittäessä sijoittaa saksalaisia 1700-luvun lopun ja 1800-luvun alun toimijoita 'edistysmielisiin' ja 'konservatiiveihin', liberaaleihin ja ruhtinaslegitimiteetin kannattajiin.

Osittain vanhan Saksan keisarikunnan ja sen ruhtinaskuntien vaiheet määräytyivät ulkoisista syistä. Lopullisesti saksalais-roomalainen keisarikunta hajosi vasta joutuessaan vastakkain Ranskan vallankumouksen ja Napoleonin valloituspolitiikan kanssa. Vuonna 1806 Reinin liiton muodostaneet eteläiset valtiot irrottautuivat keisarikunnasta, joka lakkasi olemasta. Reinin liitto oli heikko yhteenliittymä, jonka ulkopuolelle jäivät vanhan keisarikunnan osista mm. Itävalta ja Preussi. Jenassa kärsityn sotilaallisen tappion jälkeen Preussi, tärkein Saksan valtioista, joutui Tilsitissä luovuttamaan alueitaan ja alistumaan Ranskan sotilaalliseen läsnäoloon. Tämä ulkoisesti syntynyt kriisi tuotti Preussissa reformikauden. Vapautuminen ranskalaismiehityksestä edellytti kansallisen yhtenäisyyden luomista ja tämä vuorostaan uudistuspolitiikkaa. Kansalaisten yhdenvertaisuus, maareformi, paikallisen itsehallinnon uudistaminen ja kansallinen taistelu Ranskaa vastaan oli-

101. Tutkijat ovat yhtä mieltä siitä, että absolutismi vahvistui Saksan alueen valtioissa 30-vuotisen sodan jälkeen. Absolutismin luonteesta ja sen vahvistumisen syistä sen sijaan ollaan erimielisiä. Depperman 1982, 538-557.

vat uudistusliikkeen tunnuksia. Uudistukset keskittivät valtiokoneistoa. Maaorjuus poistettiin, samoin säätylaitos. Maareformi toteutettiin niin, että talonpojat joutuivat luovuttamaan maata vapautumisensa hintana. Kartanot ja maattomien joukot kasvoivat; maakysymys, Agrarfrage, jäi keskeiseksi yhteiskunnalliseksi ongelmaksi. Talonpoikaisen maanomistuksen monet feodaaliset rajoitukset jäivät voimaan. Osittainenkin modernisointi toisaalta hävitti vanhoja maahan kohdistuvia käyttöoikeuksia, jotka olivat maatalouskoyhälistölle tärkeitä. - Preussin valtion luonne muuttui toisaalta olennaisesti, kun siihen liitettiin taloudellisesti ja poliittisesti edistynyt Reinin-Westfalenin alue, myöhemmän teollistumisen ydinkeskus. Ruhrin teollisuuden kehittyminen ruokki uuden porvariston kasvupohjaa ja taloudellista liberalismia.

Saksan modernisoitumisen erityispiirteitä on usein kuvattu 'porvariston puuttumisen' tai 'puutteellisen porvariston' perspektiivistä. Saksan historiaa luetaan tästä näkökulmasta porvarillisen vallankumouksen puutteen, byrokraattisen esivaltavaltion perinteen vahvuuden, parlamentaaristen instituutioiden heikkouden, illiberaalin ja antipluralistisen kulttuurin sekä esimodernien ajattelutapojen ja elämänmuotojen jatkuvuuden historiana.[102] Saksan 1700-luvun lopun ja restauraatioajan varsinainen porvaristo vaikuttaakin heikolta vertailussa esimerkiksi Englannin, Ranskan ja Yhdysvaltojen kanssa. Saksan muutenkin suhteellisen heikon porvariston yhtenäisyyttä heikensi sekin, että sen suhdetta valtioon määritti samanaikaisesti kaksi liikettä, joiden tavoitteet olivat ristiriitaiset. Liberaalis-perustuslaillinen liike keskittyi Saksan valtioiden valtiosäännöistä käytäviin kiistoihin. Nämä eivät edistäneet vaan pikemminkin ehkäisivät kansallisen yhtenäisyyden saavuttamiseen tähtäävää kansallista liikettä, johon osa porvaristosta liittyi.[103]

Saksan sivistysporvaristo näyttää kuitenkin kansainvälisesti verrattuna vaikutusvaltaiselta. Varhaisen liberalismin ja teollistumisen maissa reformeja vaadittiin alhaalta päin, sen sijaan saksalaisissa valtioissa reformit toteutettiin ylhäältä. Tämän mukaisesti reformien ajaminen näyttäytyy toisaalla yrittäjien, toisaalla virkamiesten tehtäväksi; markkinoista tai byrokratiasta käsin ohjautuvaksi.[104] 1870-luvulta alkaen

102. Kocka 1988 I, 11-78 ja Wehler 1987, 243-280.
103. Menger 1979, 122.
104. Kocka 1987, 50.

saksalainen porvaristo ja talonpoikaisto kiinnittyi antiliberaaleihin joukkoliikkeisiin.[105]

Saksalainen sivistysporvaristo vaikutti yhteiskunnan modernisoitumiseen byrokratian kautta. Yliopistoilla ja tuomioistuimilla oli läheinen suhde byrokratiaan, mutta ne saattoivat kuitenkin toimia tietyn rajallisen autonomian varassa. *Yliopistojen, tuomioistuimien ja byrokratian* vuorovaikutus on olennainen osa Saksan modernisoitumisen historiaa. Juristit pyrkivät samalla eri keinoin oman autonomiansa lisäämiseen.

Byrokratia oli 1700-luvulla olennaisesti aatelin käsissä. Valistuneen yksinvaltiuden valtio pyrittiin muodostamaan laillisuuden pohjalle. Sekä Itävalta että Preussi olivat 1700-luvulla hallinnollisesti hajanaisia, ja hallitsijat näkivät ainoaksi yhtenäisyyden saavuttamisen keinoksi byrokraattisen virkamiesvaltion rakentamisen. Preussin *Fredrik Vilhelm I ja Fredrik II* sekä Itävallan *Maria Teresia* ja *Joosef II* pyrkivät tähän tavoitteeseen valtiollisen juristikoulutuksen ja -monopolin avulla. Vaikka aateli säilytti otteensa ylimpiin virkoihin, se ei käynyt vaivoitta. Tie tuomarinvirkoihin kulki 1700-luvun lopulla pitkän ja monia kokeita edellyttävän koulutuksen kautta. Kun Preussin valtion virkamiehet pakotettiin kiertämään eri provinsseissa, he luonnollisella tavalla vahvistivat valtion ykseyttä.[106]

Samalla tuomari siirtyi palvelemaan pikemmin valtiota kuin kuningasta; oppi valtiovallan kolmijaosta sai merkitystä. Tuomarin riippumattomuudesta tuli ammatin perusta ja statussymboli. Riippumattomat tuomarit halusivat olla kansalaisten asiamiehiä. He katsoivat täyttävänsä viranhoitonsa kautta yhden parlamentin funktion ja pyrkivät estämään ruhtinaiden puuttumisen oikeudenhoitoon. Kun kodifikaatio, Allgemeine Landrecht, esitti valtion takaavan alamaisten kunnian, oikeudet ja omaisuuden, se lupasi myös tarjota tarpeelliset laitokset näiden oikeuksien voimaansaattamiseksi. Tuomioistuimet olivat näitä laitoksia.[107] Tuomarin toiminta hallinnossa sai erityisluonteen. Tuo-

105. Geoff Eley ja David Blackbourne ovat tutkineet saksalaisen porvariston ja talonpoikien suhdetta oikeistolaisiin ja usein antisemitistisiin massaliikkeisiin 1870-luvulta alkaen. He toteavat saksalaisten massa- ja joukkoliikkeiden antiliberaalin luonteen ja pyrkivät selittämään sitä 'alhaalta', toimijoiden tasolta käsin. Usein antiliberalismia on pidetty Otto von Bismarckin politiikan taitavasti 'ylhäältä' ohjaamana. Sen syyt jäävät epäselviksi. Blackbourne ja Eley 1984, von Friedeburg 1991.

106. Hattenhauer 1992, 482-484.

107. Hattenhauer 1992, 486-487.

miovalta epäpolitisoitui, irtaantui välittömästä valtionpolitiikasta ja ruhtinaan taloudellisesta intressistä. Samalla tuomioistuinlaitos alkoi saada merkitystä porvarillisen vapauden puolustajana.

Restauraatioajan Saksassa ulkoisten syitten liikkeelle sysäämät reformit pysähtyivät. Ne olivat kyenneet vain osittain toteuttamaan valtion ja kansalaisyhteiskunnan modernissa mielessä. Wienin kongressin yhteydessä saksalaiset ruhtinaat muodostivat Saksan liiton. Sen liittoasiakirja takaa kaikille saksalaisille vain joitakin oikeuksia - näistä keskeinen on oikeus kolmiasteiseen tuomioistuinlaitokseen. Omaa lainsäädäntöä, hallintoa tai oikeudenkäyttöä Saksan liitolla ei ollut.[108] Tuomioistuimien asema korostui, koska ne olevat lähes ainoa porvarillisten oikeuksien ajamisen väylä.

Onkin esitetty oikeuden olleen keskeinen elementti Saksan porvariston intressien toteutumisessa. Oikeusvaltion kehitys alisti hallinnon oikeudelle ja tuotti kaikille oikeussubjekteille oikeudellisen yhtäläisyyden. Oikeussubjektin yksityisautonomiaa korostettiin sopimusvapauden ja omistusoikeuden instituutioiden kautta. Oikeusjärjestys salli rajoituksettoman omaisuuden hankkimisen ja myymisen, ja se loi myös varman kehikon luottosuhteille. Tässä suhteessa saksalaisen yhteiskunnan modernisoitumisen on väitetty tapahtuneen oikeudellista eikä poliittista tietä. Saksan porvaristo ei saavuttanut hallitsevaa asemaa vallankumouksen, vaan vähemmän dramaattisen prosessin kautta. Tuossa prosessissa luokkakäytännöt muuttuivat, ja samalla myös valtion suhde näihin käytäntöihin muuttui.[109]

Saksalaisella porvaristolla oli siten erilainen suhde valtioon kuin esimerkiksi englantilaisella ja etenkin yhdysvaltalaisella porvaristolla. Tämä ero liittyy läheisesti valtion ja kansalaisyhteiskunnan keskinäissuhteen muotoutumiseen. Ero näyttäytyy erityisesti siinä kiistassa, jota käytiin tuomioistuimien asemasta 1800-luvun Saksassa sekä ennen että jälkeen Saksan yhdistymisen.

---

108. Menger 1979, 109.
109. Blackbourne ja Eley 1984, 190-244.

3.8. Tuomiovalta ja virkavalta Saksassa

Roomalainen oikeus oppineen ius communen muodossa toimi keskiajalta saakka saksalais-roomalaista keisarikuntaa *yhdistävänä* ja sen sisäisiin ristiriitoihin nähden *puolueettomana* oikeutena. Saksalaisten yliopistojen juristiprofessorit pitivät itseään roomalaisten juristien perillisinä, joilla roomalaisten edeltäjiensä tapaan on oikeus ilmaista oikeuden kanta, ius respondendi. Bolognan *Balduksen* tapaan professorit katsoivat, että lainoppineiden yhteisellä käsityksellä on tavanomaisen oikeuden voima, communis opinio doctorum habet vim consuetudines. Juttuja voitiin *alistaa lainopillisille tiedekunnille* puolueettoman tuomion aikaansaamiseksi.[110] Saksalais-roomalainen keisarikunta oli keskiajan lopulla ja uuden ajan alussa sekavassa, usein suorastaan anarkistisessa tilassa. Keisarin tuomioistuimeen ja lainoppineisiin tiedekuntiin vedottiin viime kädessä sen vuoksi, ettei muuta puolueetonta maaperää juuri ollut ruhtinaiden, kaupunkien, feodaaliaatelin, talonpoikien ja porvariston ristiriitojen leimaamassa yhteiskunnassa. Juristien kasvavaan merkitykseen suhtauduttiin epäluuloisesti juristerian ja byrokraattisuuden edistäjinä. Juristit olivat sosiaalisen muutoksen välikappale ja tunnus, johon suhtauduttiin epäluuloisesti. [111]

Tämä kehityksen suunta kääntyi, kun alueellisten ruhtinaiden yksinvalta vahvistui ja keisarikunnan merkitys heikkeni. Absolutismissa sekä tuomarin että oppineiden professorien valta heikkeni.[112] 1700-luvun saksalaisissa valtioissa yliopistojen ja professorien itsenäinen painoarvo oli suhteellisen vähäinen. Preussin yliopistoista Halle ja Göttingen menestyivät virkamiesten kouluttajina. Näiden yliopistojen lainoppineet suosivat ruhtinasvaltioon kiinnittyvää 'kansallista' lainsäädäntöä. Laillisuuden vaatimus ilmeni myös lakikodifikaatioihin suuntautuneissa pyrkimyksissä eri puolilla Eurooppaa.[113] Laki on lainsäätäjän

110. Vuosina 1570 ja 1600 annetut keisarilliset ordinanssit antoivat riitapuolille oikeuden vaatia tiedekuntia käsittelemään heitä koskevan asian. Ns. Aktenversendung-instituutti merkitsi sitä, että juttu alistettiin lainopillisen tiedekunnan tai niiden erityisen elimen, Spruchkellegie, käsiteltäväksi. Whitman 1990, 30-36.

111. Strauss 1986, 3-31.

112. Hattenhauer 1980, 91-159.

113. Humanismin vaikutuksesta keskiaikainen roomalaisen oikeuden traditio oli Euroopassa yleensäkin joutunut 'epähistoriallisena' kritiikin kohteeksi. Roomalaisen oikeuden alueella Bartoluksen skolastiikan syrjäytti renessanssista alkaen 'mos gallicus', mutta skolastiikan kritiikkiä voitiin käyttää myös kansallisen lainsäädännön vaatimusten perustelemiseen. Pocock 1957, Coing 1985.

aikaansaannos, johon valistuneet lainoppineet pääsivät tieteellisen ajattelunsa kautta vaikuttamaan.[114] Valistuskirjailijat - kuten Samuel *Pufendorf*, Christian *Thomasius*, Christian von *Wolff* ja C. G. *Svarez* - vaikuttivat enemmän tai vähemmän suorasti kodifikaatioiden ja valtiosääntöjen valmisteluun.[115]

Valistuneet kodifioijat olivat puolestaan uhka keisarikunnan hataraa yhtenäisyyttä ylläpitäneen Reichskammergerichtin vaikutusvallalle ja etenkin lainoppineisiin tiedekuntiin vetoamiselle oikeudellisten asioiden ratkaisemisessa. Kuten Euroopassa yleensäkin myös saksalaisessa ruhtinasabsolutismissa ragione di stato-oppi oikeutettiin vetoamalla Rooman keisarikunnan julkisoikeuden perinteeseen. Saksalais-roomalaisen keisarikunnan ius commune-perinne sen sijaan kiinnittyi pikemminkin esiabsolutistiseen roomalaisen oikeuden tulkintaan.

Absoluuttisen ruhtinaan vallantäyteydestä eriytyi 1700-luvun kuluessa oikeudenkäyttö, jonka autonomiaa lisäämällä etenkin porvaristo pyrki toteuttamaan absoluuttiselle valtiolle vieraita (kansalais)yhteiskunnallisia tavoitteita. Saksalaisissa ruhtinaskunnissa toteutetut alueelliset hallintoreformit johtivat 1700-luvulla tuomarikunnan itsenäistymiseen. Kun 1780-luvun jälkeen ruhtinaiden valta horjui, vahvistui lainopin ja etenkin professorien valta jälleen.[116]Kaikkien oikeussubjektien vapautta ja yhdenvertaisuutta edustava oikeus lisäsi silloin ruhtinashallitsijoiden legitimiteettiä. Suvereenin valtiollisen vallan ja yksityisomistuksen turvaaminen oikeusjärjestyksen autonomisuuden kautta liittyivät toisiinsa. Abstraktin yleisen lain avulla absoluuttinen valtio voi syrjäyttää paikallista hallintoa. Tämän on katsottu merkinneen tuomarin muuttumista paikallisen feodaaliaatelin palvelijasta oikeuden palvelijaksi. AGB korosti sekin tuomarin sitoutuneisuutta lakiin. Näin

---

114. Luonnonoikeudelliset kodifikaatiot syntyvät vastaamaan tällaista ihannetta. 1700-luvun lopulla ja 1800-luvun alussa ihanteen jatkajiksi ja paljon siteeratuiksi tieteellisen lainvalmistelun esitaistelijoiksi nousevat Gaetano Filangieri, jonka vuosina 1782-1791 julkaisema teos La scienza della legislazione käännettiin monille kielille, sekä Jeremy Bentham, jonka teoksia myös käännettiin ahkerasti. Erityisesti Pierre Louis Dumontin käännöksillä Benthamin siviili- ja rikoslainsäädäntöä koskevista ja hänen todistelua koskevista esityksistään oli tässä suhteessa suuri kansainvälinen merkitys.

115. Svarez esitti Preussin Fredrik Vilhelm III:lle tämän kruununprinssiaikana kodifikaatiolle luonnonoikeudellisia, historiallisia ja poliittisia perusteita; luonnonoikeudelliset perusteet hän sai osaksi Pufendorfilta ja von Wolffilta. von Wolffin vaikutus ilmenee etenkin Preussin ALR:n velvoiteoikeudessa ja Itävallan Joosef II:n toteuttamissa reformeissa.

116. Whitman, 1990, 65.

absolutismi näytti liittoutuvan porvariston kanssa vapauden ja yhdenvertaisuuden tunnuksien alla vanhoja säätyprivilegioita vastaan. Valistuneen itsevaltiaan ylistäminen esimerkiksi Immanuel *Kantin* kirjoituksissa liittyy tähän historialliseen tilanteeseen; toisaalla Kant kiivaili patrimoniaalivaltiota vastaan.

1780-luvulla voimistunut antivalistus toisaalta liittyi saksalaisen perustuslaillisuuden tavoitteluun edistäessään Pyhän saksalais-roomalaisen keisarikunnan elvyttämistä. Yliopistojen professorit tulkitsivat itsensä roomalaisen sivistyksen riippumattomiksi kantajiksi, jotka olivat yksinvaltaisten hallitsijoiden tavoittamattomissa toisin kuin hallitsijoista riippuvaiset tuomarit. Keisarikunnan perinteen elvyttäminen merkitsi lainopin professoreille paluuta 1400-luvun lopun ja 1500-luvun alun oikeudellisiin esikuviin. Eri puolilla Eurooppaa romantiikan paluu keskiaikaan ei ollut vain konservatiivista valistuksen ajatusmaailman vastustamista, vaan myös etsiytymistä esiabsolutistiseen ajatteluun. Englannissa sama liike oli merkinnyt ruhtinaan oikeuden torjumista ja tavanomaisen oikeuden suosimista sekä paluuta vapaiden brittien 'muinaiseen perustuslakiin' - Magna Chartaan, habeas corpus-sääntöön ja jury-tuomioistuimiin. Nämä feodalismin tuotteet tulkittiin muinaisen goottilaisen vapauden näkökulmasta instituutioiksi, jotka suojelevat brittejä itsevaltiailta.[117] Saksalaiset esittivät julkisessa keskustelussa 'brittiläisen vapauden' tässä samassa valossa.[118]

Brittikonstitutionalistien katsottiin uskovan *oikeuksiin*, ei *järkeen*, joten oli etsittävä vanhoja saksalaisia oikeuksia yksinvaltaa vastaan. Vanha keisarioikeus oli tässä suhteessa muinaisen perustuslain ilmentymä, ja keisarikunta kansalaisoikeuksien turva. Uudelleentulkittu antiikin Rooma merkitsi romantiikalle roomalaisten *oppineiden juristien arvovallan renessanssia*. Esikuva tällaisesta toiminnasta saatiin uskonpuhdistuksen ajan Saksasta; tavoitteeksi nähtiin tämän ajan elvyttäminen 1700-1800-luvun vaihteen Saksassa. Perustuslaillisen Englannin instituutiot olivat tosin toisenlaiset kuin Saksan, sillä säädyt olivat Sak-

117. Pocock. 1957.

118. Saksan 1700-luvun lopun porvarillisessa julkisuudessa orientoiduttiin vahvasti länteen, etenkin Ranskaan ja Englantiin. Englannin kielen taito yleistyi 1700-luvun kuluessa huomattavasti. Hannoverin hallitsijasuvun tukemina erityisesti Hannoverin ja Göttingenin yliopistot levittivät englantilaisuutta. Anglofilia tai -mania liittyi absolutismin vastaiseen poliittiseen kamppailuun. Vapaus yhdistettiin Ranskan vallankumousta edeltäneenä aikana Iso-Britanniaan, antiikin tasavaltoihin, Sveitsiin ja germaaniseen alkuyhteiskuntaan. Haikala 1985, 39-58.

sassa historiallisesti heikot. Siksi ruhtinasvallan vastapaino oli etsittävä keisarista ja 'keisarioikeudesta' eikä parlamentista. Keisari oli *tuomari* eikä vallankäyttäjä, ja ius communea tai gemeines Rechtiä soveltava Reichskammerrecht kansalaisoikeuksien tae. Kun Reichskammergerichtin toiminta vuonna 1806 lakkasi, ei tästä perinteestä jäänyt jäljelle kuin Aktenversendung, mahdollisuus vaatia yliopiston lainoppineiden professorien ratkaisua oikeusriidassa. Se jäi saksalaisen vapauden puolustajaksi.[119] N. T. *Gönner* julisti sen nimenomaisesti saksalaisen vapauden suojaksi.

Kodifikaatiokiista 1700- ja 1800-luvun taitteessa on sekin moniselitteinen. On esitetty, että yksityisoikeus oli poliittisesti epäyhtenäisessä Saksassa helpommin yhtenäistettävissä oikeustieteen kuin lainsäädännön kautta. Näin pidättyvyys kodifioituun oikeuteen nähden ei välttämättä merkinnyt kielteistä kantaa porvarilliseen, moderniin oikeuteen nähden.

Restauraatioajan saksalaisissa valtioissa otettiin valtiosäännön esikuvaksi usein Ranskan vuoden 1814 Charte constitutionelle. Siinä lueteltiin vapausoikeudet, mutta ei luonnonoikeudellisina ihmisoikeuksina vaan positiivisen oikeuden mukaisina. Yleensä saksalaiset valtiosäännöt eivät olleet sopimuksia, vaan valtiosääntöjä ruhtinaan armosta. Ruhtinaan valtaa rajoitettiin niissä lähinnä niin, että kansanedustuslaitokselle annettiin oikeus osallistua lainsäädäntöön ja oikeudenkäyttö säädettiin riippumattomaksi.[120]

Eteläiset saksalaiset valtiot kehittyivät patrimoniaalivaltioista byrokraattisiksi valtioiksi, ja etelän yliopistoissa historiallisen koulun germanistihaara tavoitteli läntisten vapauden takeiksi käsitettyjen instituutioiden omaksumista sellaisenaan. Germanistien tavoitteena oli etenkin *rikosprosessin uudistaminen* ja siinä varsinkin *juryn käyttöönotto*. Poliittisen liikkumavaran kapeus pakotti jurylaitoksen ystävät siirtymään Napoleonin häviön jälkeen vaatimaan *tuomareiden riippumattomuutta*. Pohjoisessa hallitsevassa asemassa olevat historiallisen koulun romanistit vaativat F. C. von *Savignyn* johdolla *tieteelle keskeistä asemaa* oikeuden tulkinnassa, mihin Aktenversendung-järjestelmä antoi lähtökohdan. Berliinin yliopiston ja von Savignyn vaikutuspiirissä historiallis-kielitieteellinen tutkimusmetodi oli vaikutusvaltainen, etelässä etenkin Heidelbergissä ja A. F. J. *Thibautin* vaikutuspiirissä

119. Whitman 1990, 74-79.
120. Menger 1979, 123-124.

tutkittiin loogisesti roomalaista oikeutta. von Savigny korosti roomalaisen oikeuden merkitystä, mutta edellytti saksalaisen oikeuden historian tutkimista sen täydentämiseksi. Historiallisen koulun germanistit irtaantuivat etenkin 1840-luvulla romanisteista; germanismin nousu liittyi osaksi nationalismiin.[121]

Historiallisen koulun romanistien ja germanistien välille syntyi erimielisyyttä etenkin kahdessa kysymyksessä. Germanistit vaativat tuomareiden perustuslaillisen aseman vahvistamista, ius respondendi-oikeuden vahvistamista tuomioistuimille sekä keskiaikaisen saksalaisen oikeuden merkityksen korostamista. Tämä ilmeni ennen kaikkea saksalaisen oikeuden kehittämisessä oletetusti julkisen ja määrämuotoja käsittävän germaanisen oikeuden lähtökohdista. Germanistit väittivät, että *primitiivisen oikeuden mukaan velvollisuudet syntyvät rituaaleilla*, eivät asianosaisten *intentioiden* perusteella. Tyypillinen esimerkki on läänitysherran ja vasallin suhde, joka germanistien mukaan ei ollut sopimussuhde vaan rituaaliin perustuva suhde. Germanistit halusivatkin elvyttää sitovien rituaalien käytännön - julkisuuden ja juhlalliset määrämuodot - oikeusjärjestyksen perustana.[122]

Käsitys kärjistyi talonpoikaisen maanomistusoikeuden tulkinnoissa. Germanistien näkökulmasta talonpoikien suoritukset läänitysherroille olivat todiste tavanomaisesta oikeudesta. Paluu keskiaikaiseen oikeuteen merkitsi heille tahdonvapausopin kieltämistä. Modernilla omistusoikeuden käsitteellä ajateltiin olevan tuhoisa vaikutus maaseudun tavanomaisen oikeuden tunnustamiin käyttöoikeuksiin.[123] Talonpoikaisvapautuksen läpivieminen oli germanistien keskeisiä tavoitteita, ja heidän taipumuksensa korostaa keskiaikaisen oikeuden tiukkaa muotosidonnaisuutta liittyi tähän pyrkimykseen.

Saksalaisen historiallisen koulun juristeja luonnehditaan yleensä konservatiiveiksi. Esimerkiksi saksalaisen historiallisen koulun oikeustiedettä itse opiskelut Karl *Marx*[124] ja pandektioikeutta tutkinut Max

121. John 1989, 22-24.
122. Whitman 1990, 122.
123. Karl Marxin kirjoitus metsänhaaskauksesta tai -varkauksista vuodelta 1840 heijastaa germanistien lähtökohtia tässä suhteessa. Marx valittaa partikulaarisen tavanomaisen oikeuden poistamisen valitusajattelun vaatimalla tavalla johtaneen köyhien tavanomaisen oikeuden mukaisten oikeuksien syrjäyttämiseen. Yksityisen ja julkisen omistusoikeuden väliin jääneet tavanomaisen oikeuden mukaiset käyttöoikeudet olivat mahdollisia hybridiluonteisessa keskiaikaisessa oikeudessa, mutta eivät modernissa oikeudessa. MECW I, 232-261.
124. Marx, MECW I, 208-210.

Weber molemmat luonnehtivat historiallisen koulun poliittisesti vanhoilliseksi.[125] Weberille koulukunta tosin muodostaa osan byrokratisoitumisen ja rationalisoitumisen historiaa. Liberaalit tulkitaan tästä näkökulmasta muutosvoimaksi, joka pyrkii läntisen Euroopan mallin mukaisiin uudistuksiin, mutta epäonnistuu niiden toteuttamisessa. Tällainen tapa määritellä oikeustieteen eri suuntauksia käy ongelmalliseksi, jos nähdään romanistien etsivän tukea modernille oikeudelle esiabsolutismin käytännöistä. Etenkin G. F. *Puchtan* 'juristioikeus' voidaan tulkita yksinvaltaa edeltäneen ajan traditioon palautuvaksi perusteluksi modernille oikeudelle. Sen aikaansaaminen edellytti oikeuden irrottamista sekä kansasta että ruhtinaasta ja muodosti tällaisena perustaa oikeusvaltiolle.[126]

Romanisteille oppinut roomalainen oikeus romantiikan hengessä tulkittuna merkitsi yliopistollisen juristioikeuden muodostamista oikeuden lähteeksi. Puchtan 'juristioikeus' rakentui tutkijoiden eikä tuomareiden luomaan tavanomaiseen oikeuteen. Jo 1830-luvulla ja etenkin 1840-luvulla kuitenkin osoittautui, että tuomarit olivat käytännössä oikeustieteilijöitä paremmassa asemassa uuden oikeuden luomisen näkökulmasta. Myös von Savigny alkoi hyväksyä tuomarien luoman juristioikeuden. Tuomarien arvovalta kasvoi. Tuomarinoikeuteen vetoaminen oli etelässäkin vuoden 1815 jälkeen käytännössä ainoa liberalismin tavoitteiden ajamisen kanava.[127] Historiallisen koulun germanistit olivat usein poliittisesti liberaaleja. Monet germanistit osallistuivat aktiivisesti vuoden 1848 tapahtumiin, ja heidän asemansa heikkeni liberaalin porvariston pyrkimysten mukana.

Konservatiivisessa yhteiskunnallisessa ajattelussa valtio toisaalta sai eri konnotaatioita sen kautta, että vahvan esivaltavaltion kannattaja saattoi vastustaa suvereenia lainsäädäntövaltaa ja etenkin valistuksen ja kansansuvereniteettiopin mukaista käsitystä valtiosta suvereenina lainsäätäjänä. Historiallisen koulun traditiossa oikeus nähtiin usein

125. Myös esimerkiksi Lars Björnen mukaan von Savigny ja Puchta olivat poliittisesti arvioiden konservatiiveja, vaikka he torjuivatkin kaikkein taantumuksellisimman valtioteorian. Nuoruudessaan kumpikaan ei hyväksynyt suvereenille vallalle mitään oikeudellisia rajoituksia. Preussin lainsäädäntö ja preussilaisen valistuksen tuote ALR olivat von Savignylle vastenmielisiä. Puchtan koko tavanomaisesta oikeudesta esittämä oppi merkitsi reformilainsäädännön vastustamista. Liberaalit voivat kuitenkin käyttää von Savignyn ja Puchtan oppeja hyväkseen tavalla, jota niiden laatijat eivät olleet tarkoittaneet.

126. Wilhelm 1957, 70 ja Whitman 1990, 120-121.

127. Whitman 1990, 127-132.

von Savignyn ja hänen seuraajiensa tapaan yhteiskunnallisen kehityksen orgaaniseksi tuotteeksi eikä lainsäätäjän tahdonvallan asiaksi. Tästä näkökulmasta konservatiiviseen yhteiskunnalliseen ajatteluun taipuvaiset romanistit olivat haluttomia yhdistämään saksalaisen oikeuden roomalaiseen keisarioikeuteen juontuvia piirteitä suvereenin lainsäädäntövallan hyväksymiseen. Sen sijaan esivaltavaltiollisten instituutioiden perustelemiseen roomalainen keisarioikeus soveltui paremmin. Vaatimus lain ja järjestyksen säilyttämiseen vahvan hallitusvallan avulla yhdistyi usein kansansuvereniteetin ja vahvan lainsäädäntövallan vastustamiseen.

Myös kuninkaaseen kiinnittyvä valtiollinen elementti ja kansanedustukseen viittaava germaanisen kansanomaisuuden elementti voivat restauraatioajan ajattelussa yhdistyä historiallis-konservatiivisella tavalla tulkituksi ykseydeksi. Wienin kongressissa koko Eurooppaan suunniteltu perustuslaillisten monarkioitten poliittinen järjestelmä edellytti juuri tällaista ykseyttä. Käytännössä perustuslailliseen monarkiaan suunniteltu parlamentaarinen edustuslaitos toteutui monissa valtioissa vajavaisesti tai ei ollenkaan.[128] Silloin poliittisessa ajattelussa monarkian ja parlamentin, kuningasvallan ja kansanedustusvallan, polariteetti saattoi ilmetä myös historian tulkinnoissa - etenkin, kun nämä tulkinnat liittyivät oman ajan poliittisiin kiistoihin, kuten kysymykseen tuomioistuimien asemasta, rakenteesta ja tehtävistä.

Jos romanistien tavoitteita kuitenkin tarkastellaan pikemminkin pyrkimyksenä puolustaa yliopistojen tieteellistä oikeudenluomista paluuna esiabsolutismiin ja keisarikunnan 'yleiseen oikeuteen', on esimerkiksi von Savignyn ja Puchtan kanta nähtävä pyrkimykseksi jonkinasteisiin reformeihin keskiaikaisen roomalaisen oikeuden perinteen pohjalta. Silloin historiallisen koulun edustajia ei nähdä ruhtinasabsolutismin puolustajiksi. Romanistit pyrkivät tietynasteiseen talonpoikaisvapautukseen, kehittämään talonpojista 'kansan' roomalaisten plebeijien merkityksessä. Heidän 'legaalistrategiansa' oli kuitenkin toinen kuin liberaalien, jotka suosivat kodifikaatiota, reformilakeja ja tuomioistuimien laajaa toimivaltaa.

Kaikkiaan saksalaisten lainoppineiden suhde valtioon, laillisuuteen ja tuomiovaltaan oli huomattavan monimutkainen. Kysymys oli siitä, tarkoitettiinko valtiolla alueellisia ruhtinaskuntia vai koko enti-

128. Klinge 1985, 22-23.

sen saksalais-roomalaisen keisarikunnan aluetta. Saksalaisia lainoppineita yhdisti kuitenkin *pyrkimys oikeudellisen diskurssin aseman vahvistamiseen. Käytännössä* tämä merkitsi *tuomioistuimien toiminnalle annettua tukea.*

On esitetty, että G. F. W. *Hegelin* oikeusfilosofian mukainen tapa erottaa valtio ja kansalaisyhteiskunta toisistaan oli tärkeä saksalaisen oikeustieteen yksityis- ja julkisoikeuden jaolle.[129] Usein Hegeliä on tulkittu niin, että Hegel asettaa valtion kansalaisyhteiskunnan ristiriitojen sovittajaksi. Esimerkiksi Karl Marx torjuu Hegelin oikeusfilosofian pääasiassa juuri tästä syystä.[130] Myös kansallisvaltion filosofisia perusteita kehitelleet hegeliaanit ovat antaneet Hegelin oikeus- ja valtiokäsitykselle tämän saman tulkinnan - toisin kuin Marx sen hyväksyen. Hegelistä tulee etatismin apologeetta. Tällaista Hegelin tulkintaa voidaan arvostella sillä perusteella, että siinä ei oteta huomioon Hegelin filosofisen apparaatin luonnetta. Tässä yhteydessä tarkastelen Hegelin oikeusfilosofiaa vain eräänlaisen historiallisen reduktion mielessä. Hegel käyttää oman aikansa keskeistä yhteiskunnallista käsitteistöä, ja hänen tulkintansa näiden käsitteiden sisällöstä viittaa suoraan restauraatioajan saksalaiseen yhteiskuntaan. Tarkastelun avulla on antaa kuvan siitä, minkälaisen aseman oikeudenkäyttö sai valtion ja kansalaisyhteiskunnan suhteessa. Katson Hegelin esityksen kuvaavan hyvin aikansa olosuhteita.[131]

Hegel pitää yksityisomistusta henkilöiden tai yksilöiden subjektiivisen vapauden lähteenä. Kansalaisyhteiskunnan Hegel tulkitsee 'tarpeiden järjestelmäksi'. Se on taloudellinen systeemi, jossa ihmiset ovat toisistaan riippuvaisia tarpeidensa tyydyttämisessä. Kansalaisyhteiskunnan jäsenet ovat 'abstraktin' oikeuden mukaisesti yleistettävinä henkilöinä identtisiä kaikkien muiden kanssa.[132] Kansalaisyhteiskuntaan kuuluu Hegelillä myös oikeudenhoito. Kansalaisyhteiskunnan si-

129. Björne 1984, 116. Hegelin tapa käyttää valtion ja kansalaisyhteiskunnan käsitteitä eroaa huomattavasti esimerkiksi englantilaisen liberalismin klassikoiden tavasta. Kansalaisyhteiskuntaa ja valtiota ei Hegelin tarkoittamassa mielessä voi paikallistaa tiettyihin yhteiskunnallisiin instituutioihin. Ne kuvaavat pikemminkin kulttuurisen kokonaisuuden tiettyjä aspekteja. Kulttuuri tai yhteiskunnalliset siteet ilmenevät samanaikaisesti sekä ulkoisina että ihmisten 'sisällä', tietoisuuden rakenteina'. Ks. Pulkkinen 1992, ; myös Kotkavirta 1992.

130. Marx 1972, 455-459.

131. Hegelin Oikeusfilosofiana tunnettu teos, G. W. F .Hegel: Grundlinien der Philosophie des Recht oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, ilmestyi Berliinissä 1821.

132. Hegel 1972, 185.

veellisyyttä vastaavalla tasolla oikeutta muodostaa sekä säädetty laki että sitä vastaava abstrakti oikeus yleisessä tietoisuudessa. Vaikka oikeus on koottu lakikirjaan, se ei lakkaa olemasta tapa. Hegel ilmaisee kuitenkin selvästi suosivansa systematisoidussa muodossa kodifioitua oikeutta. Hänen mukaansa on loukkaus sivistysvaltiota tai sen juristisäätyä kohtaan kieltää juristisäädyn kelpoisuus kirjoittaa systemaattinen lakikirja, jonka laatiminen ei merkitse sisällöllisesti uusia lakeja vaan vain tämän sisällön tunnistamista 'määritetyssä yleisyydessään'.[133] Hegel asettuu näin vastustamaan von Savignyn käsitystä kodifioinnin vahingollisuudesta ja ottaa kantaa kodifioinnin puolesta.

Oikeus tällaisessa mielessä liittyy siis kansalaisyhteiskuntaan. Sama koskee oikeudenkäyttöä, joka on lain 'määrittyneen yleisyyden' 'kärjistymistä'. Laki - tässä Hegel tuntuu ajattelevan rikoslakia - asettaa minimi- ja maksimirajat, joiden sisällä tuomarin on tehtävä ratkaisunsa. Oikeus tulee lain muodossa yleisenä päteväksi. Sen tunnistaminen ja toteuttaminen erityistapauksessa kuuluu kuitenkin julkiselle vallalle, tuomioistuimille. Oikeudenkäyttö on julkisen vallan velvollisuus ja oikeus, jolla ei ole mitään tekemistä yksilön (ruhtinaan) mielivallan kanssa.[134] Kansalaisyhteiskunnan jäsenellä on oikeus tulla oikeuteen ja velvollisuus alistua vain tuomioistuimen ratkaisuun riitaisen oikeutensa suhteen. Myös ruhtinaan on yksityisasioissaan alistuttava tällaiseen tuomioon.[135]

Oikeudenkäyttö kuuluu siten kansalaisyhteiskuntaan, mutta on kuitenkin julkisen vallan asia. Valtio liittää yhteen abstraktin markkinajärjestelmän oikeuden ja moraalin. Valtio ei kuitenkaan ole Hegelille instituutio, vaan kulttuurinen kokonaisuus, joka sallii yhdistää toisiinsa äärimmäisen yksilöllisyyden ja yhteisöllisyyden.[136] Poliittinen valtiosääntö tai perustuslaki (politische Verfassung) on valtio organismina, jossa valtion idean (idea on Hegelin terminologiassa eräänlainen konkretisoitu käsite) eri puolet ilmenevät. Nämä eri puolet ovat valtiovallan osia, joiden kautta yleinen jatkuvasti tuo itseään näkyviin.[137]

Valtiovaltoja ei pidä käsittää toisistaan absoluuttisesti riippumattomiksi. Ne eivät myöskään vastavuoroisesti rajoita toisiaan negatiivisel-

133. mt., 186-187.
134. mt., 195.
135. mt., 195, myös lisäys 1.
136. mt., 221-224, Pulkkinen 1990, 190.
137. mt., 227, myös lisäys 1.

la tavalla.[138] Poliittisessa valtiossa lakiasäätävä valta määrittää yleisen ja vahvistaa sen; hallitusvalta taas subsumoi erityiset sfäärit ja yksittäistapaukset yleisen alaisuuteen, ja ruhtinaan valta yhdistää nämä.[139] Valtiovallat eivät voi olla yksityisomaisuutta. Valtion toiminta tosin liittyy niissä yksilöihin (virkamiehiin), mutta vain näiden objektiivisten ominaisuuksien kautta. Virkaa ei saa myydä tai periä, koska sitä hoitavan on oltava kasvatettu ja tiettyyn tehtävään oppinut.[140] Koulutettu virkamies kykenee johtamaan erityisen yleisen alaisuuteen. Hallitusvaltaan (Regierungsgewalt) kuuluu Hegelin mukaan sekä tuomarin että 'poliisin' valta, talous- ja politialainsäädäntö.[141] Yleisen valtionintressin ja laillisuuden ylläpitäminen edellyttää hallitusvallan järjestämistä valtion viranomaisiksi, kollegiaalisiksi virkakunniksi, joiden virkahierarkian huipulla on monarkki. Valtio ja hallitut voidaan turvata virkamiesten väärinkäytöksiä vastaan toisaalta virkakuntien hierarkkisen rakenteen ja vastuullisuuden avulla.

Hallituksen jäsenet ja valtion virkamiehet muodostavat Hegelin kuvaamassa yhteiskunnassa 'keskisäädyn' pääosan, jossa ilmenee kansan oikeudellinen tietoisuus ja sivistynyt äly. Ylhäältä käsin suvereeni ja alhaalta korporaatiot valvovat, että tämä sääty ei omaksu aristokratialle ominaista mielivaltaista asemaa. Tällaista mielivaltaisuutta oli aikaisempi oikeudenkäyttö, jossa oikeudentuntemus oli muuttunut formalismiksi, oppineisuudeksi ja vieraiden kielten käyttämiseksi. Keskisääty, johon valtion virkamiehet kuuluvat, muodostaa valtion tietoisuuden ja korkeimman sivistyksen, ja siksi se on myös oikeuden peruspilari. Valtion pääintressi on siinä, että muodostuu tällainen keskisääty, mutta tämä voi tapahtua vain oikeuttamalla erityinen, suhteellinen riippumaton piiri.[142]

Valtion byrokratiaan henkilöityy siten Hegelin esityksen mukaan sekä kansalaisyhteiskunnan että valtion elementtejä. Tuomiovalta on valtiovalta, mutta oikeudenkäyttö kuuluu kuitenkin kansalaisyhteiskunnan siveelliseen tilaan. Tässä mielessä juuri *virkatuomareista tulee keskeinen yhteiskuntaa ylläpitävä elementti.* Lainsäädännön kautta toteutuva yleinen ja kansalaisyhteiskunnan välittämä erityinen kohtaavat toisensa tuomioistuimissa. Politia- ja talousasioissa virkamieskun-

138. mt., 240-241.
139. mt., 242.
140. mt., 247, myös lisäys 3.
141. mt., 260-261.
142. mt., 263-265, erit. lisäys 1 s. 265.

taa valvovat korporaatiot, mutta oikeudenkäyttöä ja siitä huolehtivaa tuomiovaltaa Hegel tuntuu pitävän markkinoiden 'abstraktin oikeuden' perusteella esitettyjen erityisten ja yksilöllisten etujen ja lainsäädäntövallan kautta manifestoituneen yleisen kohtaamispaikkana. Viimeksi mainittu tulkinta vastaa pitkälle niitä tavoitteita, joita liberalismi päätyi Saksan monarkioissa restauraatioaikana tavoittelemaan.

Ottaessani Hegelin oikeusfilosofian tarkasteltavaksi en tarkoita todistella sen etatistista on luonnetta. Hegelin oikeusfilosofia on tietyllä tavalla sosiologis-realistista siinä mielessä, että oikeus siinä ankkuroidaan yhteiskunnan eri tasoille edellyttämällä tietoisen subjektin ja todellisuuden yhteys.[143] Tässä mielessä on kysymys teoriasta, jossa yhteiskunnan instituutioiden edellytetään olevan tietyssä mielessä yhteisöllisiä. Hyvin konkreeteissa kysymyksissä Hegelin kanta on helpommin liitettävissä saksalaisen liberalismin kuin etatistiseksi luonnehdittavan saksalaisen konservatismin lähtökohtiin. Sitä voisi jopa pitää yrityksenä antaa etatistisen yhteiskunnan instituutioille republikanistinen tulkinta. Historiallinen 'todellinen' - maailma käsitteissä - on Hegelin ajan saksalaisissa monarkioissa luonteeltaan etatistinen. Kansalaisyhteiskunnan ja valtion välitys - sikäli kuin niistä ollenkaan voi puhua - ohjautuu virkamiesten hallitsemien tuomioistuimien muodostamaan kapeaan kanavaan. Hegelin esitys osoittaa mielestäni selvästi tuomioistuimien paikan määrittymisen saksalaisessa restauraatioajan yhteiskunnassa.

Varsinaista konservatiivista ajattelua edustivat Saksassa ruhtinasabsolutismin tukijat. Pyhän allianssin tavoitteena oli korvata demokraattiset, liberaalit ja nationalistiset ideat ruhtinaslegitimiteetillä. Saksalainen konservatiivinen valtioteoria näki monarkin hallitseman valtion luonnolliseksi ja orgaaniseksi muodostumaksi. Justus *Möserin* historiallis-yhteiskunnallisten esitysten on katsottu vaikuttaneen lainoppineisiin, etenkin C. F. von Savignyn käsityksiin. Friedrich Wilhelm *Schelling* ja Friedrich *Schleiermacher* esittivät absoluuttisen valtion luonnolliseksi välttämättömyydeksi. Preussin konservatiivien poliittinen johtaja F. J. *Stahl* muotoili konservatiivisen valtioteorian Saksan konservatismin pääteoksessa 'Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht'. Stahl vastusti kaikenlaista rationalistista

143. Hegel korostaa - Kaarlo Tuorin luonnehdinnan mukaisesti - praktisen järjen eettistä ulottuvuutta, yhteisöllistä etiikkaa - 'Sittlichkeit' ilmenee objektiivisesti yhteisön käytännöissä ja instituutioissa. Tuori 1990a, 14-24.

yhteiskunnallista ajattelua. 'Siveellisessä valtiossa' auktoriteetin tulee kuulua esivallalle. Stahl asettaa kansansuvereniteetin periaatetta vastaan ruhtinaslegitimiteetin.[144]

Tämä oli Saksan konservatiivien ohjelma 1900-luvulle saakka. Konservatiivinen valtio-oppi *ei tunnusta kansansuvereniteettia*. Se ei myöskään tunnusta *valtiovallan jakoa tai kansalaisyhteiskuntaan liittyviä luonnollisia oikeuksia*. Saksalaista konservatiivista valtioteoriaa Möserin ja Stahlin edustaman perinteen muodossa voi hyvällä syyllä pitää etatistisena. - Konservatismin sosiaalinen perusta oli maata omistava aateli ja talonpoikaisväestö, mutta sillä oli kannattajia myös virkamiesten ja kirkon piirissä.

Ruhtinaslegitimiteettiä ja orgaanista valtiokäsitystä ajavaa konservatismia vastaan asettuva liberalismi päätyi antamaan perustuslaillisuuden vaatimuksilleen erityisen saksalaisen muodon. Kansalaisyhteiskunta oli Saksan valtioissa vain osittain olemassa yhdenvertaisuuteen perustuvan yksityisomistuksen mielessä, ei yhteiskunnan 'luonnollisten lakien' tapaan omaksuttuna oikeusyhtäläisyytenä. Kansalaisyhteiskunnan toimintaa 'porvarillisena julkisuutena' rajoitti esivaltavaltio sensuurimääräyksillään. 'Restauraatio ilman vallankumousta'[145] sai aikaan tilanteen, jossa tuomioistuimet saivat keskeisen aseman liberalismin puolustamisessa. Oikeastaan vain juuri tuomioistuimien kautta kansalaisyhteiskunta saattoi pyrkiä vaikuttamaan valtioon. Kun 1800-luvun saksalaisissa valtioissa alettiin siirtyä valistuneesta itsevaltiudesta varhaiskonstitutionalismiin, tuomioistuimien asemasta muodostui keskeinen perustuslaillisuutta koskeva kiistakysymys.

Liberalismin lähtökohdat olivat Saksassa toiset kuin läntisessä Euroopassa. 1800-luvun saksalainen liberaali kansalainen ei pyrkinyt hallitsemaan valtiota, vaan rajaamaan sen vallankäyttöä oikeudellisesti. Valtion yliote kansalaisyhteiskuntaan nähden on saksalaiselle 1800-luvun yhteiskunnalle ominaista.[146]

---

144. Menger 1979, 102-115.

145. Karl Marx esittää Saksan jakaneen modernien kansojen restauraation jakamatta näiden vallankumouksia. Restauraatio toteutettiin Saksassa, koska muut kansat uskaltautuivat vallankumoukseen, ja koska muut kansat kärsivät vastavallankumouksen. Erityisesti historiallinen oikeustieteellinen koulukunta 'legitimoi nykyisen alhaisuuden eilisen alhaisuudella' ja etsi vapautta vain teutonisista aarniometsistä. Marx 1972, 441-442 .

146. Menger 1979, 121.

Wilhelm von *Humboldt* kuului saksalaisen liberalismin johtohahmoihin.[147] von Humboldt johti Preussin liberaaleja perustuslakikiistassa, jonka nämä hävisivät. Hän esitti vuonna 1792 oman liberalistisen tulkintansa valtiovallan rajaamisesta teoksessaan 'Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen'. Tästä teoksesta seuraavan vuosisadan saksalainen liberaali oppositio sai perusteluja perustuslaillisuutta koskeville käsityksilleen. Humboldt kieltää valtion oikeuden ja velvollisuuden huolehtia kansakunnan yhteisestä hyvästä positiivisin toimin. Valtion tehtävä on negatiivinen: sen on turvattava alamaisten turvallisuus. von Humboldt näkee valtion ja kansalaisen toisilleen vastakkaisiksi. Valtio ei voi olla demokraattinen laitos eikä kansalaisten vapaus perustua itsehallintoon, vaan valtion rajoittamiseen. Yhteiskunnan ja valtion välisen suhteen tai sidoksen muodostaa laki, joka antaa jokaiselle, mitä hänelle kuuluu.[148]

von Humboldt ei rationalisoi sellaista valtiota, jota Friedrich *Schiller* kutsui Notstaat-nimellä ja joka vastasi liberalismin tulkitsemista 'omistusindividualismiksi'. Tällainen rationalisointi näkee Schillerin mukaan ihmisen tarpeiden ja halujen mukaisesti joko pyrkivän omistamaan objekteja tai työntävän luotaan sellaisia objekteja, jotka itse pakottavat tiensä ihmisen luo: ihminen ei näe muita itsessään, vaan aina itsensä muissa. von Humboldtin liberalismi on luonteeltaan aristoteelista siinä suhteessa, että hän olettaa ihmisten yhteiskunnassa rikastavan toistensa elämää. Epäaristoteelinen taas on luonteeltaan von Humboldtin se korostus, jonka mukaan ihmisen moraalisen ja kulttuurisen kokeilun rajoja on mahdotonta ennustaa ja asettaa. Tämä on lähellä hegeliläisen ontologian kantoja.[149]

Teoksensa lopppuluvuissa von Humboldt konkretisoi käsityksensä valtion suhteesta yksityisoikeuteen, siviili- ja rikosprosessiin. Siinä oletetaan ihmisten luovuttaneen valtiolle oikeutensa vaatia hyvitystä kärsimistään oikeudenloukkauksista. Valtion tehtävä on estää ihmisiä loukkaamasta toistensa vapautta ja omaisuutta. Valtion on suojeltava sellaisten oikeuksien pakkotäytäntöönpanoa, jotka perustuvat vapaaseen suostumukseen.[150]

147. Jenan yliopisto oli tärkeä sekä varhaisen liberalismin että kantilaisen ajattelun keskus. Jenan loistoaika alkoi, kun Friedrich Schiller asettui sinne vallankumousvuonna 1789. G.Fr.W. Hegel, Goethe, Fichte, P.J.A. Feuerbach ja Wilhelm von Humboldt oleskelivat seuraavina vuosina Jenassa. Haney 19, 161-162.

148. Menger 1979, 118-120.

149. Burrow 1969, xii-xxxv.

Saksalaisen liberalismin vaikutusmahdollisuuksista kertoo jotakin sekin, että von Humboldtin tekstiä ei julkaistu sen kirjoittamisaikana 1790-luvun alussa, koska Humboldt pelkäsi Preussin sensuuria. Osia siitä julkaistiin Schillerin Neue Thalia-lehdessä, mutta kokonaisuudessaan se julkaistiin postuumisti vasta von Humboldtin koottujen teosten yhteydessä vuonna 1852. Silloin se herätti kiinnostusta paitsi Saksassa myös Englannissa, jossa John Stuart *Mill* omaksui tunnetun On Liberty-teoksensa moton von Humboldtin teoksesta. Mill piti von Humboldtia lähes ainoana edeltäjänään poliittiselle liberalismille antamassaan tulkinnassa.

Saksalaisen yhteiskunnan 'sivistystä' korostava 'sivistysporvaristo' jakaantui tosin liberaaleihin ja konservatiiveihin, mutta *kaikkia* näitä luonnehti *oikeusvaltion tavoittelu*. Juristikunta poliittisista sidosryhmistään riippumatta suosi läntisen Euroopan *perustuslaillisten instituutioiden* saksalaisten vastineiden *vahvistamista ja kehittämistä juristiammattikunnan professionaaliselta pohjalta.*[151] 1830-luvulta alkaen tuomarit tulivat kiistattomasti perustuslaillisen ohjelman keskiöön. Valtiollista vallankäyttöä koskeva keskustelu oli keskustelua 'tuomarivaltiosta'.

Tuomioistuimien merkitys saksalaiselle porvaristolle kuitenkin väheni sitä mukaa, kun porvaristo pääsi käsiksi muihinkin valtiovallan osiin. Kansanedustuslaitos tarjosi uusia vaikutusmahdollisuuksia, kun taas toiveet saavuttaa liberaaleja tavoitteita tuomioistuimien kautta osoittautuivat pettäviksi. Painovapauden laajeneminen tuotti uuden julkisuuden muodon, jonka kautta voitiin saada valtiokoneisto reagoimaan uudistusvaatimuksiin. Välittömät poliittiset puuttumiset yksilön oikeuspiiriin alkoivat toisaalta perustuslaillisuuden laajentuessa muodostua harvinaisemmiksi.

Kun perustuslaeista käytiin kamppailua, olivat yksilölliset oikeudet käyneet jo vähemmän tärkeiksi. Sen sijaan poliittisen kiistan keskiössä tulivat olemaan lakialoitteita, verojen myöntämistä, valtion budjettia, ministerin vastuuta ja kansanedustusta koskevat kiistat. Vaikka liberaalien näkökulmasta säätyedustuslaitos ei ollut ideaalinen yleistahdon edustaja, se kuitenkin joutui vastaamaan julkisen mielipiteen tuomioistuimelle toiminnastaan.[152]

---

150. von Humboldt 1969, 94 ss.
151. Whitman 1990, 98.
152. Ogorek 1986, 318-320.

Eri Saksan valtioissa vuoden 1848 vallankumoukselliset joukkoliikkeet nostivat valtaan liberaalia porvaristoa. Liberaalit tekivät aloitteen kaikkien Saksan valtioiden maapäivien edustajien kutsumiseksi perustamaan saksalaista liittovaltiota. Frankfurtiin maaliskuussa kokoontunut ns. esiparlamentti, Vorparlament vaati edustajien valitsemista yleisillä vaaleilla laatimaan 'kansalliskokouksena' liittovaltion valtiosääntöä. Frankfurtin parlamenttiin valittiin lähinnä sivistys- ja omistavan porvariston merkkihenkilöitä, jotka laativat asiakirjan Saksan kansan perusoikeuksista.[153] Sen mukaan vahvistettiin yhtenäinen valtakunnankansalaisuus, kumottiin säätyerioikeudet, säädettiin kirjesalaisuus, painovapaus, uskonnonvapaus sekä yhdistymis- ja kokoontumisvapaus. Perusoikeusasiakirja määräsi kansalaiset yhdenvertaisiksi oikeuden edessä. Oikeudenkäynnin oli sen mukaan oltava julkista ja suullista, oikeudenhoidon hallinnosta erillistä ja siitä riippumatonta. Hallinnollisten tuomioistuimien valta kaventui.[154]

Frankfurtin parlamentilla ei kuitenkaan ollut valtaoikeuksia, ja sen laatimalla valtiosäännöllä oli vain se merkitys, minkä saksalaisten valtioiden hallitsijat halusivat sille antaa. Valtiosääntö ei kyennyt yhtenäistämään oikeudenkäyntiperiaatteita. Siviilioikeudenkin harmonisointi eteni hitaasti. Lähinnä yhtenäistettiin kaupankäynnin kannalta keskeisimpiä instituutioita. Saksan valtiot yhdistävä tulliliitto ja rautatieverkoston laajeneminen olivat omiaan lisäämään valtioiden taloudellista integraatiota ja samalla painetta yhtenäiseen siviili- ja siviiliprosessijärjestykseen.

Vuosi 1848 oli historiallisen koulun romanisteille sekä voitto että tappio. Romanistit olivat tavoitelleet talonpoikaisvapautusta tulkitsemalla talonpoikien feodaaliset velvollisuudet servituuteiksi, joita koski roomalaisen oikeuden vanhentumissäännöstö. Porvarillinen yhteiskunta voi Saksassa olla vain vapaiden talonpoikien yhteiskunta, ja saksalaiset talonpojat oli muutettava roomalaisiksi plebeijeiksi lainoppineiden oikeudellisen tulkinnan kautta. Romanismin suosima tieteellinen tulkinta ei kuitenkaan onnistunut saamaan aikaan talonpoikaisvapautusta, vaan talonpojat vapautti vuoden 1848 vallankumous.[155]

Tämä johti *kodifikaation* vaatimuksen vahvistumiseen. Kun Frankfurtin parlamentin toiveet perustuslaillisuuden vahvistumisesta hajosi-

153. Grundrechten des Deutschen Volkes joulukuun 27 päivältä 1848.
154. Menger 1979, 138.
155. Whitman 1990, 168-199.

vat, juristit alkoivat suosia yleissaksalaista kodifikaatiota. Vallankumouksen epäonnistuminen merkitsi toisaalta yhteisen kansallisvaltion ja hallinnon tavoitteen joutumista tappiolle, mikä merkitsi germanismin voiman heikkenemistä. Lainvalmistelusta tuli juristitutkijoiden keskeinen tehtävä, ja siinä systematisoiva romanistinen traditio sai yliotteen.[156] Lakikodifikaatio muodostui käytännössä koko juristikunnan tavoitteeksi jo 1840-luvulta alkaen. Yhdistyneessä Saksassa kodifiointikiista päättyi kodifioinnin kannattajien voittoon.

1874 ja 1888 toiminut ensimmäinen kodifikaatiota valmisteleva komissio saattoikin perustaa työnsä juristikunnan suhteellisen yhtenäiselle käsitykselle uudistuksen suunnasta. Komissio suosi historiallisen koulun periaatteiden mukaista lainvalmistelua - eri alueellisten säännöstöjen systematisointia. Tämä lähtökohta takasi sen, etteivät konservatiivien pelot lain radikaalisuudesta haitanneet työn edistymistä; sen avulla torjuttiin myös pelkoa Preussin ylivallasta yhtenäisvaltiossa. Kodifikaatiohanke rakennettiin uudenlaiseen roomalaisen oikeuden tulkintaan: roomalainen oikeus tulkittiin porvarilliseksi, individualistiseksi oikeudeksi, joka oli ylläpitänyt egoistiseen kapitalismiin perustuvaa roomalaista maailmanvaltaa. 1850-luvulla syntynyt tulkinta roomalaisesta oikeudesta *porvarillisena oikeutena* ja vuosisadan lopulla vahvistunut käsitys roomalaisen oikeuden systemaattisuudesta ja johdonmukaisuudesta on se roomalaisen oikeuden lukutapa, joka hallitsee Max *Weberin* oikeussosiologisia kirjoituksia. Tällaisen roomalaisen oikeuden katsottiin rationaalistavan oikeutta mahdollistaessaan 'käsitteillä laskemisen'.[157]

Tämä oli myös lakiehdotukseen kohdistuvan kritiikin lähtökohta. 1800-luvun lopulla yksilön ja kansalaisyhteiskunnan varaan rakentuvalle liberaalille konseptiolle oli entistä vähemmän tilaa vahvan kansallisvaltion reaalipolitiikassa. BGB tulkittiin 1800-luvun lopun liberalismin vastaisissa esityksissä epäsaksalaiseksi Manchester-liberalismin ilmentymäksi, joka sisälsi ihmisen yhteisöllisiä impulsseja tuhoavan, antisosiaalisen tendenssin. Tällaiseen kritiikkiin yhtyivät germanistit, kuten Otto von *Gierke*, sekä sosialistit, kuten Anton *Menger*.[158] Germanismin yhteisöllisyyden korostus löysi hengenheimolaisia kateederisosialismista.[159]

156. Whitman 1990, 210.
157. John 1989.
158. Whitman 1990, 229-233.

Vuonna 1896 säädetty ja seuraavana vuonna voimaan tullut Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) oli liberaalien kodifikaatiovaatimusten, byrokraattien rationalisointipyrkimysten ja käsitelainopin yhteissaavutus.[160] Myös koko Saksan kattava korkein oikeus ja parlamentti syntyivät vasta Otto von *Bismarckin* kaudella. Ennen tätä aikaa byrokratian ja oikeustieteen yhteisvaikutuksesta muodostuneella 'juristioikeudella' oli ollut mahdollisuus vakiinnuttaa asemansa. Olennaisesti saksalainen moderni oikeus ei syntynyt lainsäädännön ja poliittisen toiminnan kautta, vaan byrokratian, tuomioistuinlaitoksen ja oikeustieteen toimesta.

Viime kädessä Saksan liiton hajoaminen ja järjestäytyminen keisarikunnaksi Preussin johdolla saivat kumpikin alkunsa tavallaan ulkoisesta syystä - sodan seurauksena. Alueellisten erojen kaventuminen edisti kuitenkin luonteeltaan aikaisemmin niin erilaisten saksalaisten valtioiden yhdistymistä keisarikunnaksi. Taloudellisen yhdentymisen toivottavuus lisääntyi alueellisten erojen hävitessä. Saksan keisarikunnan oikeusjärjestyksen osiksi tulivat kansalaisten yhdenvertaisuus, yhtenäinen oikeusjärjestys ja täysin vapaa kauppa.

3.9. Yksityisen ja julkisen raja ja tuomari

1800-luvun Saksan tuomarikunta pyrki luonnehtimaan oman toimintansa epäpoliittiseksi. Valtiollisen vallankäytön, erityisesti tuomiovallan 'epäpolitisoituminen' ilmenee Saksassa monella tapaa. Sen aatteellisia lähtökohtia on etsitty eri tahoilta. On väitetty mm. Immanuel *Kantin* yhteiskuntasopimusteorialle antaman muotoilun edistäneen vallanjako-opin muotoutumista sen saamassa erityisessä saksalaisessa muodossa. Oikeustila syntyy Kantin mukaan ihmisiä yhdistävän tahdon, perustuslain (Verfassung l. constitutio) alaisuudessa valtiossa. Valtion (civitas) muodostaa juuri kaikkien yhteinen intressi saada ai-

159. Liberalismi ja käsitelainoppi väittivät puhuvansa koko kansan puolesta, mutta olettamus poliittisen kansalaisuuden ja yksityisomistuksen yhteenkuuluvuudesta kävi 1800-luvun lopulla vaikeaksi ylläpitää äänioikeuden laajentamispyrkimysten vuoksi. 'Saksalaisuuden' korostus etenkin 1870-luvun kodifikaatioluonnoksen 'formalismia' vastustettaessa liittyi esimerkiksi heikomman suojan, maanomistuksen erityisaseman sekä suvun ja perheen erityisaseman korostamiseen. Roomalainen oikeus tulkittiin itsekkyyden, vahvojen etujen ja kapitalismin suosimisen leimaamaksi. John 1989, 244.

160. John 1989, 242-248.

kaan oikeustila. Valtio on ihmisten yhdistymistä joko 'puhtaiden oikeusperiaatteiden' tai säädettyjen lakien alaisuuteen. Jokaiseen valtioon kuuluu kolme valtaa: lainsäätäjän suvereniteetti, täytäntöönpanovalta ja tuomiovalta. Tuomiovalta tunnustaa jokaiselle sen, mikä hänelle lain mukaan kuuluu 'praktisena syllogismina' tunnetun päätelmän mukaisesti. Tuomitsemisessa on siten kysymys loogisesta päättelystä.[161]

Kantin yhteiskuntasopimusteorialle antama muotoilu pyrki korjaamaan liberalismin teorian valtiokäsityksen 'atomistista' luonnetta, sen rakentumista yksilöitten itsekkään intressin varaan.[162] Kant legitimoi oikeus- ja järkivaltion, jossa yleinen järjen vaatimus antaa subjektiivisille tahdoille objektiivisen muodon. Tässä mielessä yleistahto on järkevä tahto, jota ei ole tarpeen johtaa yksilöiden empiirisestä tahdosta. On väitetty Kantin samalla antaneen valtiovallan käytölle uuden sisällön: kysymys ei ole päätöksenteosta vallankäytön mielessä, vaan kognitiosta. Tällainen hallitsemisen muuttuminen kognition kysymykseksi on omiaan oikeuttamaan tuomareiden hallinnon.[163]

Tuomioistuimien kompetenssia pidettiin kuitenkin 1800-luvun alussa kiistattomana vain siinä suhteessa, että tuomioistuimilla katsottiin olevan valta ratkaista kaikki riidat sen suhteen, mikä on Kantin termein yksityisesti 'sinun ja minun'. Ongelmia synnytti se, että julkinen valta saattoi saksalaisissa valtioissa puuttua hallinnollisin toimin myös yksityisiin oikeushyviin. Liberalismin kannattajien näkökulmasta tuomioistuimien oli suojeltava yksityisiä oikeuksia myös tässä suhteessa. Tuomioistuimille oli siis annettava oikeus valvoa hallinnon toimien lainmukaisuutta.

1800-luvun alkupuolen Saksan valtioissa kamppailtiinkin lähinnä hallintoon kohdistuvasta kontrollista. Liberalismin kannattajat tavoittelivat porvarillisten vapausoikeuksien ja omistusoikeuden optimaalista toteuttamista. Saksalaista oikeusvaltion muotoa kehiteltiin ns. Justizstaat-teoriassa, jonka mukaan yksityisen (subjektiivisen) oikeuden loukkaamisesta piti voida käydä oikeutta myös hallitsijaa ja hänen vir-

161. Kant 1986, 127-129.

162. Kaarlo Tuori kuvaa tätä Kantin liikettä Hobbesin ja hänen seuraajiensa pragmaattiseen (yksilön strategista järkeä korostavan) rationaalisuuteen rakentuvan tulkinnan korvaamiseksi moraalisella järjellä; subjektien toiminnassa syntyvien ristiriitojen hyväksyttävään ratkaisemiseen kykenevällä rationaalisuudella. Tuori 1990, 14-24.

163. Krüger 1969, 53-54.

kamiehiään vastaan. Poliittisesti tämä tukeutui liberaalin oikeusvaltion teoriaan, jossa yhteiskunnallisen järjestyksenpidon oikea tavoite on suojella oikeudellisen herruuden kautta kansalaisten vapautta ja omaisuutta. Liberaaliporvarillinen leiri vaati tuomioistuimille lakiin perustuvaa asemaa - sen mukaan perustuslaillisessa valtiossa tuomareiden on oltava riippumattomia, ja tämä riippumattomuus on turvattava parlamenttilailla.[164]

Tällaista kantaa edustivat 1800-luvun alussa mm. P. J. A. *Feuerbach*[165] ja C. J. A. *Mittermaier*. Liberaalien vaatimukset näyttivät konservatiivisesta näkökulmasta lähes valtiopetokselta, yritykseltä antaa porvarillisille tuomareille poliittista valtaa kontrolloida suvereenia hallitsijaa ja toimeenpanovaltaa. Tuomiovallan yhteiskunnallisen laajentamisen kannattajat omaksuivat kaksijakoisen argumentaatiostrategian ja selittivät suvereniteetin loukkaamisen olevan mahdotonta, jos tuomarikunta pysyttäytyy puhtaasti oikeudellisissa kysymyksissä. Siksi oikeudenkäytöstä oli Justizstaat-periaatteen kannattajien mukaan ehdottomasti eliminoitava tavoitteellisuus. Tällainen korostus johti tiukkaan oikeuden ja tuomarikunnan ja toisaalta näiden antiteesin, tavoitesidonnaisen hallinnon erottamiseen.[166]

Oikeuslaitoksen väitettiin toimivan *lainmukaisesti, riippumattomasti, loogista päättelyä käyttäen*. Sen tehtävä oli tutkia yksilön oikeuksien loukkauksia. Hallinnon tehtäväksi taas esitettiin yhteisen hyvän toteuttaminen. Hallinnolla on vapaus valita tavoitteensa ja harkita niiden toteuttamisen tarkoituksenmukaisuutta. Justizstaat-konseption avulla liberaalit tavoittelivat siis porvarillisten vapaus- ja omistusoikeuksien optimaalista toteuttamista restauraatioajan Saksassa. Optimaalisena toteuttamistapana pidettiin hallinnon kontrollia tuomioistuinten avulla. Feuerbachin mottona oli 'vapauden suojaamiseksi on vedottava tuomioistuimiin niin paljon kuin mahdollista'.[167] Tuomioistuinlaitoksesta tulee tällaisessa ajattelussa instituutio, joka on sidoksissa yksi-

164. Ogorek 1986, 366.
165. Feuerbachin rikosoikeudellinen ajattelu perustui laajemmin legalistiseen ajatteluun, ks. Backman 1992, 38-44.
166. Ogorek 1986 ja 1989.
167. Valtioteoreettisissa töissään Feuerbach yritti objektivoida ja institutionalisoida valtion. Varhaisista kirjoituksistaan alkaen hän pyrki teoreettisesti ja käytännöllisesti edistämään henkilön ja omaisuuden vapautta, kansalaisten yhdenvertaisuutta, privilegioiden poistamista ja keskiaikaisen rikosoikeuden syrjäyttämistä. Yksinvaltaisen tuomioistuinmenettelyn poistaminen oli kaikkien näiden tavoitteiden kannalta tärkeätä. Haney 1988, 178.

tyisoikeuksien loukkaamiseen, ja konseption kannattajat pyrkivät tulkitsemaan kaikki mahdolliset yksityishenkilön oikeusasemat yksityisoikeudellisiksi. Justizstaat-teorialla pyrittiin nimenomaisesti vastustamaan sellaista hallinnollista oikeudenkäyttöä, joka laajentaa valtion toimintavaltaa kansalaisoikeuksien kustannuksella.[168]

Saksalaisessa yhteiskunnassa liberalismin diskurssi institutionaalistui siis siten, että kansalaisoikeuksia ja kansalaisyhteiskuntaa pyrittiin suojaamaan tuomioistuimien kompetenssia lisäämällä. Tuomioistuimista tulee tässä mielessä kansalaisyhteiskunnan toimintaperiaatteita ilmentäviä elimiä. Toisaalta absoluuttisen valtion perinteen mukaisesti korostettiin valtiota yhteisen hyvän toteuttajana. Valtiobyrokratiana tai hallintona valtio tavoittelee yhteistä hyvää mahdollisimman tarkoituksenmukaisella tavalla. Ne liberaalit, jotka von Humboldtin tapaan pyrkivät rajaamaan valtion negatiivisesti, välttämättömien tehtävien hoitajaksi, eivät nähneet mahdollisuuksia valtion hallitsemiseen vaan vain sen rajoittamiseen. Liberalismin diskurssissa korostuvat yksilön oikeudet kytkettiin tuomioistuimiin.

Tuomioistuimet nähdään kansalaisyhteiskuntaa ja sen käsittämiä yksilön oikeuksia suojelevaksi ja ilmentäväksi elementiksi, joka kuitenkin saa auktoriteettinsa valtiolta. Tuomioistuimista tulee keskeinen kosketuspinta valtion ja kansalaisyhteiskunnan välillä. Vastaavasti tuomareiden edellytetään ilmentävän kansalaisyhteiskunnalle ominaista oikeutta, mutta muodostavan kuitenkin osan valtion byrokratiaa. Kaiken kaikkiaan hyvin etatistiseksi luonnehdittavassa diskurssissa juuri tuomioistuimet muodostavat siten liberalistisen elementin. Tuomioistuimien laintulkinnan autonomisuuden ja kansalaisyhteiskuntaan kiinnittämisen hintana on se, että *oikeudenkäyttö* esitetään olemukseltaan aivan erilaiseksi kuin *hallinto*. Käsitys 1800-luvun saksalaisesta tuomarista 'subsumtioautomaattina' sai voimaa tästä. Yksityisoikeuden erottaminen julkisoikeudesta sekä tuomioistuimen käsittäminen 'subsumtioautomaatiksi' auttaa synnyttämään käsityksen, jonka mukaan tuomioistuimet eivät ole uhka suvereenille valtiovallalle.

Kun yleisten tuomioistuimien tuomiovaltaa pyrittiin laajentamaan myös julkisoikeudellisiin asioihin ja hallintopäätöksiin, ylitettiin myös joidenkin liberaalien näkökulmasta oikeudenkäytön oikea ala. Esimerkiksi Karl von *Rotteck*[169] katsoi tällaisen laajenemisen politiikan alu-

168. Ogorek 1986, 290-306, 325-327.

eelle johtavan vain tuomiovallan korruptoitumiseen tuomareiden nimitysvallan kautta. Jos hallitus havaitsee tuomioistuimia käytettävän poliittisiin tavoitteisiin, se voi oman nimityspolitiikkansa avulla asettaa tuomarinvirkoihin mieleisiään tuomareita. Nämä voivat ulottaa poliittiset ratkaisuperusteet myös yksityisoikeudellisiin, 'aidon oikeudellisiin' asioihin.

Rotteck ei halunnut ollenkaan kuvata tuomiovaltaa valtiovallaksi. Jos valtiolliseksi tuomiovallaksi luetaan vain tuomioistuinhallinto ja tuomioiden täytäntöönpano, niin varsinainen tuomitseminen ei ole valtiovaltaa. Todellinen tyydyttävä oikeusturva voi syntyä vain, jos oikeudelliset asiat erotetaan poliittisista, tuomarinvirka hallintovallasta. Tuomarin toiminnan on oltava puhdas järjen funktio, ei tahdon akti. Tuomarin toiminnan on oltava politiikasta tai 'valtiosta vapaata'. Toisin kuin Justizstaat-teorian kannattajat Rotteck vaati pidättyväisyyttä julkisen oikeuden suuntaan, mutta kuten nämä hän myös näki tuomiovallan vapauden ja omaisuuden porvarillisen oikeuksien suojana, ei niinkään valtion organisaation osana kuin yksilön oikeuspiirin jatkeena.[170]

Myös monet muut tuomioistuimien kompetenssin laajentamiseen aikaisemmin uskoneet tutkijat kuten C. J. A. Mittermaier katsoivat pian paremmaksi rajata tuomiovallan yksityisoikeuteen kohdistuvaksi. Erityisesti poliittiset oikeudet tai kansalaisoikeudet nähtiin nimenomaisesti luonteeltaan poliittisiksi eikä oikeudellisiksi. Tuomioistuimien nostaminen 'poliittiseksi vallaksi' saattaa tuomioistuimet taipuvaisiksi käyttämään poliittista valtaa myös yksityisoikeudellisissa suhteissa. Seurauksena on tuomareiden virkanimitysten politisoituminen. Liberaalien näkökulmasta ongelma oli silloin se, ettei tuomioistuinlaitoksen politisoituminen olisi merkinnyt sen läheistä suhdetta kansalaisyhteiskuntaan, vaan päin vastoin omavaltaiseen hallintoon ja esivaltaan.

Tuomioistuimien toimivallan laajentaminen lähti liberaaliporvarillisesta näkökulmasta 1820-luvulla liikkeelle senkin vuoksi, ettei ollut

169. Karl von Rotteck kirjoitti perustuslaillisen monarkian valtio-oikeudellista doktriinia; hän muodosti tavallaan sillan rationalistisesta 1700-luvun luonnonoikeudesta 1800-luvun varhaiskonstitutionalismiin. von Rotteck kuului Saksan liberaalien johtohenkilöihin ja porvarillisen mielipiteen muodostajiin. Hänet erotettiin poliittisista syistä 1830-luvulla sekä Freiburgin yliopiston professuurista että kaupungin pormestarin virasta, Kleinheyer ja Schröder 1983, 226-228.

170. Ogorek 1986, 306-314.

muutakaan institutionaalista auktoriteettia, jonka avulla vapautta ja omaisuutta uhkaavaa valtiovaltaa voitaisiin vastustaa. Kodifikaatioliike ei edennyt. Vanhan keisarikunnan aikoina oli totuttu turvautumaan tuomioistuimiin. Justizstaat-periaate jatkoi tätä perinnettä. Eri saksalaisissa valtiossa se sai tietyn painon jo vuosisadan alkuvuosikymmeninä, ja vuonna 1848 siitä tuli oikeudenhoidon johtava periaate.[171] Tuomioistuimien painottaminen johtui myös historiallisen koulun sisällä vallinneen kiistan vaimenemisesta. Romanistit olivat suosineet oikeuden 'tieteellistä' syntyperustetta sen mallin mukaisesti, jonka von Savigny asetti Vom Beruf-kirjoituksessaan. Germanistit olivat liberaaleille ominaiseen tapaan suosineet tuomioistuimia oikeuden lähteenä. 1830-luvulle tultaessa romanistit olivat joutuneet luopumaan kannastaan.

Laajan tuomiovallan vastustajat katsoivat tuomioistuimien organisoimista koskevien normien olevan julkisoikeudellisia ja hallinnollisesti muutettavissa. *Julkis- ja yksityisoikeuden tiukka erottaminen* restauraatioajan saksalaisessa oikeustieteessä liittyykin kiistoihin siitä, miten pitkälle yleisten tuomioistuimen toimivalta sai ulottua ja millä tavoin niiden riippumattomuus oli suojattava.

Aikamme historiantutkijat kiistelevät siitä, miten julkis- ja yksityisoikeuden jaon kehittyminen liittyy poliittisiin intresseihin. Julkis- ja yksityisoikeuden eron oletetaan määräytyneen sen poliittisesta funktiosta käsin tai tätä jakoa ajaneiden henkilöiden välittömien poliittisten intressien vuoksi. Silloin kysytään, minkälaista yksityisen aluetta yksityis- ja julkisoikeuden jaolla ja siihen liittyvällä tuomioistuimien harjoittamalla laillisuusvalvonnalla oli tarkoitus suojella. Tutkijat ovat kuitenkin osoittaneet, että yksityis- ja julkisoikeuden erottamista pyrkivät hahmottamaan poliittisesti moniin eri leireihin kuuluvat lainoppineet.

Esimerkiksi Gerhard *Dilcher* katsoo julkis- ja yksityisoikeuden eron luoneen mahdollisuuksia taloudelliselle liberalismille ilman poliittista liberalismia, mihin restauraation ajan saksalainen hallinto yleensäkin pyrki.[172] Modernin saksalaisen yksityisoikeuden systeemin kehittäjät - historiallisen koulun ja käsitelainopin edustajat - eriyttivät yksityis- ja julkisoikeuden toisistaan modernilla tavalla. He eivät kuitenkaan Lars *Björnen* mukaan tavoitelleet julkis- ja yksityisoikeuden

171. Ogorek 1986, 291-292.
172. Dilcher 1975, 497-528 .

erolla välttämättä edes taloudellista liberalismia, poliittisesta liberalismista puhumattakaan. Björnen mukaan saksalaisen historiallisen koulun oikeustieteilijät eivät tarkoittaneet julkis- ja yksityisoikeutta eriyttäessään tarjota elintilaa liberalistiselle taloudelle, vaan säätyjen vapaudelle ja olevien olojen säilyttämiselle.[173]

On kiistanalaista, miten tämä yksityis- ja julkisoikeuden eriytyminen viime kädessä on ajoitettava, ja kenelle kunnia sen esittämisestä kuuluu. Lars Björnen mukaan esimoderneissa Corpus Iuris Civiliksen Institutiones-teoksen systematiikkaan rakentuneissa oppikirjoissa yksityisoikeutta ei yritetty erottaa julkisesta. Yksityisoikeus, rikosoikeus ja prosessioikeus sisältyivät Institutiones-systeemiin, joten systeemi oli myöhemmän dikotomian valossa sekä julkis- että yksityisoikeudellinen. Vaikka roomalaisen oikeuden katsottiin sisältäneen eron julkisen ja yksityisen oikeuden välillä - tähän eroon viitattiin usein kuuluisa Digesta-sitaatin kautta[174] - ei saksalaisen lainopin systematiikka perustunut siihen.[175]

Tärkein muutos modernin saksalaisen oikeussysteemin synnyn yhteydessä on Björnen mukaan julkisen ja yksityisen oikeuden rajan siirtyminen. *Julkiseksi* luonnehditun oikeuden *ala laajeni* 1700-luvun lopulta alkaen. 1700-luvun ensyklopedioita kirjoittaneille lainoppineille julkisoikeutta oli vain valtio-oikeus. Rikosoikeutta pidettiin yksityisoikeutena. Gustav *Hugon* 1700-luvun lopun kirjoituksissa sekä rikos- että prosessioikeus sijoitettiin jo julkisoikeuteen. Björnen mukaan siirtymä laajaan julkisoikeuden käsitteeseen voidaan ajoittaa 1790-luvulle tai viimeistään vuosisadan vaihteeseen. Tämä ei vielä tarkoittanut yksityis- ja julkisoikeuden termien vakiintumista. Yksityisoikeutta, siviilioikeutta ja porvarillista (bürgerliches) oikeutta käytettiin vielä 1800-luvullakin synonyymisesti. Myös myöhemmin julkisoikeudeksi vakiintuneesta alueesta käytettiin vaihtelevia nimityksiä.[176]

Immanuel *Kantin* Oikeusoppia on pidetty tärkeänä myös julkis- ja yksityisoikeuden rajankäynnille.[177] Kantin esityksessä julkisoikeus kattaa kuitenkin täydellisesti yksityisoikeuden, koska positiivinen oi-

173. Björne 1984, 123-124.
174. Ulpianuksen määritelmän mukaan julkisoikeutta on se, mikä koskee yleistä, ad statum rei Romanunum spectat, kun taas yksityisoikeutta on se, mikä hyödyttää yksityistä.
175. Björne 1984, 101.
176. Björne 1984, 107.
177. Bullinger 1968.

keus on Kantille luonteeltaan julkista. Björnen mukaan tämä esitys itse asiassa palautuu 1700-luvun ensyklopedistien esityksiin, eikä Kantin esityksessä ollut mitään radikaalisti uutta.

On korostettu Kantin ohella tai sijasta eräiden muiden kirjoittajien ansioita julkis- ja yksityisoikeuden erottamisessa. Etenkin J. G. *Schlosser* on esitetty keskeiseksi auktoriksi tässä suhteessa.[178] Björnen mukaan Schlosser erotti toisistaan konstituution ja hallinnolliset lait, ja Gustav *Hugo* puhui joko 'valtiopoliisioikeudesta' tai hallinto-oikeudesta.[179] Jako valtiosääntö- ja hallinto-oikeuteen syntyi siten saksalaisessa oikeustieteessä varhaisella 1800-luvulla, vaikka termit eivät vielä vakiintuneet. Modernin hallinto-oikeuden synnyn edellytyksien katsotaan kuitenkin syntyneen porvarillisessa oikeusvaltiossa.[180] 1830-luvulta alkaen saksalaisessa lainopissa politiaoikeus muotoutuu uudella tavalla: siitä tulee hallinto-oikeutta.[181] Kameraali- ja politiaoikeuden alue kaventuu, ja jäljelle jäänyt hallinto alistetaan oikeudelle oikeusvaltiollisella tavalla. Tämän jälkeen julkisen ja yksityisen ero saksalaisessa yhteiskunnassa on toteutunut modernilla tavalla.

Tässä yhteydessä ei kuitenkaan juuri ole merkitystä sillä, kenen 1800-luvun saksalaisen auktoriteetin opilliset ansiot ovat suurimmat. Olennaista on se, että valistusajan lopulta alkaen julkisen ja yksityisen erottelu kiinnittää niin paljon lainoppineiden huomiota. Kysymys ei omasta näkökulmastani ole yksinomaan aatehistoriallisesta tai myöskään poliittisesta muutoksesta, vaan tuomioistuimien toiminnan ja samalla oikeudellisen diskurssin rajojen määrittymisestä. Tätä kysymystä ei voi palauttaa joko oikeuden tieteellistä systematisointia koskevaan tai poliittiseen aspektiin.

Vuonna 1864 Otto *Bähr* julkaisi kuuluisan teoksensa Rechtsstaat, jossa hän kehittelee oikeussuojamallia liberalistisesta perinteestä poikkeavalla tavalla. Bährin käytännön perustuslakikiistoihin perustuvan kokemuksen mukaan julkisen vallan väärinkäyttö oli voitava torjua vahvalla tuomiovallalla. Jos julkisoikeutta ei voida alistaa tuomioistuimien kontrolliin, kielletään sen oikeudellinen laatu ja koko julkisoikeuden alue jää toimeenpanevan vallan harkintaan. Bährin esitys ei etene yksityishenkilön tai yksilön oikeusasemasta, vaan yhteisöllisestä oi-

178. Grimm 1972, 224-242 .
179. Björne 1984, 31-40, 113-125.
180. Forsthoff 1966.
181. Forsthoff 1966.

keusvaltiollisuudesta. Bähr ei vaatinut laillisuusvalvonnan uskomista yleisille tuomioistuimille, vaan ehdotti erityisten tuomioistuimien perustamista tähän tarkoitukseen. Nämä julkisoikeudelliset tuomioistuimet oli asetettava kansanedustuslaitoksen myötävaikutuksella.[182]

Staatgerichthöfe-tuomioistuimien perustaminen oli voitto ajattelutavalle, jonka mukaan myös valtiollinen toiminta on alistettava tuomiovallalle. Saksan valtioihin perustettiin tällaisia tuomioistuimia, mutta ne tyytyivät yleensä legitimoimaan hallituksen toimet. Valtion kriitikoiden pyrkimys käyttää oikeutta hallitusvallan kontrolloimiseen ei tuottanut toivottua tulosta.[183]

1800-luvun lopun saksalaisessa keskustelussa nousivat esiin *oikeuden ja tahdonvallan* sekä *oikeuden ja valtion* entistä tiukempi yhteys. Oikeus nähdään monissa ajan oikeudellisissa esityksissä valtiollisen oikeudenluomistahdon toteuttamiseksi kokonaan vailla sitä yhteyttä, joka liberalismin diskurssissa yhdistää yksilöä ja kansalaisyhteiskuntaa valtioon. 1800-luvun lopulla vakiintuva saksalaisen hallinto-oikeuden traditio asettaa hallinnon ja kansalaisen vastakkain, se korostaa hallintoa julkisen vallan käyttönä ja pyrkii määrittelemään kansalaisten oikeudet ja velvollisuudet. Myös *tuomiovalta* nähdään usein *valtion tahdon ilmaukseksi.*

Yhdistyneen Saksan lainsäädännössä tehtiin yksityiskohtainen ero oikeudenkäytön ja hallinnon välillä. Sekä valtakunnallisessa (Reichsrecht) että osavaltioiden (Landesrecht) oikeudessa oli kuitenkin määräyksiä, joiden mukaan yksityisoikeudellisia asioita saatettiin käsitellä hallinnollisesti, julkisoikeudellisia taas tuomioistuimissa.[184] Yksityis- ja julkisoikeuden rajasta ei siten tullut tuomioistuin- ja hallintomenettelyn kanssa täysin päällekkäinen.

Saksan tilannetta voi tarkastella etatismin diskurssin ilmentymänä: ulkoinen kuori yksityiselle omistusoikeudelle yksilön vapauden ilmentäjänä rakennettiin Saksassa tavalla, joka edellytti valtiollisen byrokratian esivaltavaltiona ohjaavan yksilön vapauden käyttöä myös modernissa valtiossa - mitä myös perusoikeusjärjestelmä ilmensi. Saksalainen etatismi rakentui ruhtinasabsolutismin ja säätyvallan perinnölle, ei kansansuvereniteetille. Siksi lainsäätäjän ja tuomioistuimien suhde muodostui Saksassa toisenlaiseksi kuin Ranskassa. Liberalismi pyrki

182. Ogorek 1986, 328-336.
183. Ogorek 1986, 329-343.
184. Wach 1885, 111-112.

institutionaalistumaan erityisesti tuomioistuinlaitoksen kautta ja saattamaan hallinnon tuomioistuimien oikeudellisen kontrollin alaisuuteen. Yritys ei tuottanut liberaaleja tyydyttäviä tuloksia. 1800-luvun loppupuolella etatismi vahvistui vahvan valtion ja vallan realiteetin tunnustamisen muodossa. Kun saksalaista kansallisvaltiota pyrittiin vahvistamaan sosiaalisilla reformeilla, päädyttiin Max *Weberin* havaitsemiin ilmiöihin: oikeuden materiaalistumiseen sekä julkis- ja yksityisoikeuden rajan hämärtymiseen. Weberin esitys roomalaisesta oikeudesta formaalisen rationaliteetin tuottajana palautuu 1800-luvun lopun saksalaiseen käsitykseen, ja hänen modernin oikeuden materiaalistumista koskevat huomautuksensa antiliberaalin rintaman vaatimusten vahvistumiseen tuona aikana.

4. Lakimieskunta ja tuomari modernissa oikeudessa

Max *Weberin* mukaan moderni formaalis-rationaalinen oikeus tosin liittyy modernin kapitalismin kehitykseen, mutta kapitalismista ei voi johtaa tai selittää sitä erityistä muotoa, jonka formaalis-rationaalinen oikeus saa toisaalta Euroopan mannermaalla ja toisaalta anglosaksisessa common law-oikeuskulttuurissa. Jos tuomari toimii ennustettavalla tavalla, on talouden kannalta yhdentekevää, mihin hänen argumentointinsa rakentuu. Weberin mukaan moderni kapitalismi voi menestyä ja osoittaa identtisiä piirteitä sellaisten oikeusjärjestelmien alaisena, joissa on aivan erilaiset normit ja oikeusinstituutiot ja joiden perimmäiset muodolliset rakenneperiaatteet poikkeavat täysin toisistaan.[1]

Weberin mukaan oikeuden formaalista rationaalisuutta synnyttää perimmältään kaksi voimaa: byrokratisoituminen ja markkinoiden laajentuminen. Anglosaksista common law-järjestelmää kehitti oikeudenkäyttöön erikoistunut juristiammattikunta, jonka ammattikäytäntö oli kasuistinen. Englantilainen common law keskittyi alun perin tuomioistuimiin ja niiden ympärille ryhmittyneeseen oikeudelliseen ammattikuntaan. Myös anglosaksinen oikeusvaltiollisuus, rule of law, on luonteeltaan proseduraalista. Mannermainen oikeusvaltiollisuus sen sijaan rakentuu oikeuksien ja velvollisuuksien systeemin määrittelemiseen, ja siinä kodifioidulla, välittömästi valtiolliseen valtaan palautuvalla oikeudella on keskeinen merkitys.

Weber selittää kansallisten eliittien luonteen kautta sitä erityistä muotoa, jonka formaalis-rationaalinen oikeus eri oikeuskulttuureissa saa. Byrokratisoitumisen kautta oikeuden muutokset palautuvat eliitteihin ja niiden muuttumiseen sekä näiden muutosten taustalla vaikuttavaan yhteiskunnallisen herruuden muotoon. Anglosaksinen ja mannermainen oikeuskulttuuri muodostuvat huomattavan erilaisiksi. Tässä yhteydessä on tarkasteltava näiden erilaisten ammattikuntien suhdetta kansalaisyhteiskuntaan ja valtioon.

1. Weber 1956 II, 508.

4.1. Anglosaksinen lakimieskunta

Englannin 'feodaalinen monarkia' tuotti keskiajalla common law-oikeutta. Sitä loivat ennakkopäätöksillään kuninkaan tuomioistuimet, joiden tuomarit nimettiin asianajoon harjaantuneen serjeants at law-ryhmän keskuudesta. Tuomareiden oli common law-tuomioistuimissa esitettävä syyllisyys- tai faktakysymys sekä rikos- että riita-asioissa juryn ratkaistavaksi. Jury valittiin paikallisten maanomistajien keskuudesta.[2] Common law-tuomioistuimien toiminta oli samanaikaisesti osoitus kuningasvallan vahvuudesta ja sen heikkoudesta. Henrik II:n ajasta alkaen kuninkaan tuomioistuimilla oli tuomiovalta koko maassa yhä uudelleen annettavien writ-asiakirjojen perusteella - aluksi tuomiovalta koski vain feodaalisia maariitoja. Tästä ajasta alkaen syntyy ero englantilaisen ja mannermaisen oikeuden välille. Roomalainen ja roomalais-kanoninen oikeus muuttivat oikeutta mannermaalla, kun taas englantilainen oikeus säilytti germaaniset ja feodaaliset piirteensä.[3]

Jury-järjestelmää on pidetty englantilaisen oikeuden sekä germaanisen että feodaalisen alkuperän ilmauksena. Jurylla on katsottu olevan germaaninen alkuperä, mutta se tuli käyttöön erityisesti feodaalisia omistuskysymyksiä koskevien riitojen yhteydessä. Sen perusajatus liittyy myös feodaalisiin yhteiskuntasuhteisiin: jury-oikeudenkäynti on 'trial by peers'.[4] Jokaisella on oikeus tulla vertaistensa tuomitsemaksi. Koska jury-järjestelmä säilyi englantilaisessa oikeudessa keskiajalta nykypäivään, se asetti myös rajoja ammattimaisen oikeudenkäytön muodoille. Toisaalta sen olemassaolo merkitsi sitä, että maallikkojen oikeudenkäyttö ja jurylaitos yhdistettiin vahvasti toisiinsa. Maallikkojen osallistumisen vahvistaminen käsitettiin juryn merkityksen vahvistamiseksi.

Koska valtakunnallisen, kuninkaan valtaan kiinnittyvän oikeuden kehittyminen oli Englannissa sidoksissa tuomioistuimiin ja niiden ratkaisemiin oikeustapauksiin, ei syntynyt yhdenmukaista, loogista oikeudellisten instituutioiden ja sääntöjen joukkoa. Tähän johti myös se, että kuninkaan nimissä tuomitsevien eri common law-tuomioistuimien tuomiovalta oli päällekkäistä. Alun perin nämä tuomioistuimet er-

2. van Caenagem 1987, 77.
3. van Caenagem 1987, 114-116.
4. Bloch 1961, 368-370.

kanivat kuninkaan neuvostosta käsittelemään eri tyyppisiä asioita, mutta ne päätyivät kaikki käsittelemään samantyyppisiä, lähinnä varallisuusoikeudellisia kysymyksiä. Common law kilpaili lisäksi usein muiden tuomioistuimien kanssa. Kuninkaan tuomiovaltaan perustui common law-oikeuden lisäksi myös equity-oikeus, joka alun perin käytti kuninkaallista harkintavaltaa joustavammin kuin common law-oikeus. Lisäksi kirkolliset tuomioistuimet sovelsivat roomalaiseen oikeuteen perustuvaa kanonista oikeutta, ja merioikeudellisia sekä kansainvälistä kauppaa koskevia riitoja käsittelevä tuomioistuin sovelsi roomalaista siviilioikeutta.

Vasta 1600-luvulla kansalaissodan aikana common law-tuomioistuimien kilpailijoiden merkitys väheni. 1750-luvulla 12 common law-tuomioistuimien ylituomaria kilpaili tuomiovallan käytössä vain lordikanslerin Chancery- eli Chancellor's Court-tuomioistuimen ja yhä merkityksettömämmiksi käyvien muiden tuomioistuimien kanssa. Tärkeät asiat voitiin ratkaista kunkin ylioikeuden neljän tuomarin yhteispäätöksellä, ja muista tuomioistuimista voitiin valittaa Exchequer-tuomioistuimeen. Ylimpien tuomioistuimien täysistunnoissa ja Exchequer Chamberissä kehittyi englantilaisen common law-järjestelmän moderni sopimusoikeus. Parlamentin katsottiin jättäneen tuomareille velvollisuuden kehittää common law-oikeutta, mutta tämä toimivalta oli luonteeltaan hyvin epäselvä. Ylimmästä tuomioistuimesta voitiin vielä hakea muutosta parlamentin ylähuoneesta. Kansalaissodan aikaan etenkin ns. pitkä parlamentti piti kiinni tästä keskiaikaisesta oikeudesta, ja se jäi käyttöön myös restauraation aikana.[5]

Englantiin kehittyi jo keskiajalla kaksijakoinen asianajajalaitos. Oikeusasioiden hoitaja, solicitor, eroaa oikeudessa suullisesti esiintyvästä asianajajasta, barrister. Oikeudessa esiintyvät barrister-asianajajat muodostivat itseään täydentävän ammattikunnan. Tästä joukosta[6] myös tuomarit nimitettiin.[7] Common law-tuomiostuimien käyttö lisääntyi 1500-luvun jälkipuoliskolla ja 1600-luvulla kansalaissotaa edeltävänä aikana huomattavasti, ja samalla barristereiden määrä kasvoi. Puoliammattimainen maaseudun asianajo jäi sivuun.[8] 1600-luvun alus-

5. Abel-Smith ja Stevens 1967, 10-12.
6. Varhaisimmassa vaiheessa tuomarit valittiin kuninkaan nimittämien virkamiesten keskuudesta, joita kutsuttiin nimellä serjeants-at-law. Tämä ryhmä menetti kuitenkin jo varhain merkityksensä ja barrister-asianajajat valtasivat sen paikan tuomareiden rekrytointipohjana.
7. Abel-Smith ja Stevens 1967.

sa ja kansalaissodan aikana barrister-ammattikunnan keskuudessa kehiteltiin liberalistista luonnonoikeutta ja lainoppia. Inns of Court, baristereiden ammattikunnan yhteisöt olivat tämän tieteellisen kehittelyn keskipiste.

Sittemmin nämä baristereiden ammattikunnan yhteisöt taantuivat itseään täydentäviksi yläluokkaisten lakimiesten kerhoiksi. Ne pitivät yllä ammattikunnan yhtenäisyyttä, mutta eivät kyenneet luoman intellektuaalista ilmapiiriä tai kehittämään muodollista koulutusta. Yliopistoissa ei Englannissa annettu käytännössä ollenkaan juridista opetusta - oikeastaan ainoa yliopistoissa opetettava juridiikka liittyi roomalaisen oikeuden siviililakitraditioon. Tunnettu Sir Francis *Baconin* ja Sir Edward *Coken* kiista roomalaisen oikeuden tai common law´n ensisijaisuudesta oli samalla kiista absolutismin suosiman keskitetyn oikeudellisen järjestelmän ja legitimiteettinsä 'alhaalta päin' etsivän järjestelmän välillä. Kiistan päättyminen common law´n ja absolutismin vastustajien voittoon merkitsi myös yliopistokoulutuksen jäämistä sivuun lakimiesammattikunnan koulutuksessa ja oikeudellisen tiedon kehittelyssä.

Valtiollisen tuomioistuinbyrokratian kehitys oli hidasta, sillä keskiaikainen kuninkaan oikeudenkäyttö keskustuomioistuimissa ei uudella ajalla tiivistynyt modernin byrokratian muotoon. Varsinaisia keskusvallan common law-tuomioistuimia oli vain Lontoossa. Keskustuomioistuimien tuomiovalta oli päällekkäistä, eikä tuomioistuinlaitos siten muodostunut hierarkkista kokonaisuutta. Maaseudulla valtion oikeudenkäyttöä edustivat ylioikeuden tuomareiden säännöllisesti kahdesti vuodessa pitämät istunnot, 'Assize Court'.[9]

Common law-tuomioistuimet kehittivät sopimusoikeuden opit ja muita keskeisiä modernin oikeuden doktriineita, mutta niillä oli suhteellisen kapea kosketuspinta koko yhteiskunnan sosiaaliseen elämään. Köyhä englantilainen saattoi tulla tekemisiin kuninkaan common law-tuomioistuimien kanssa käytännössä vain tekemällä törkeän rikoksen. Pitkälle uudelle ajalle toimi monia esivaltiollisia tuomioistuimia, kuten paikalliset hundred court-oikeudet ja feodaaliset kartanooikeudet. Pysyvää valtion tuomiovaltaa edustivat maaseudulla vain rauhantuomarit, paikallisten säätyläisten keskuudesta nimitetyt maallikkotuomarit. Keskusvalta alkoi asettaa näitä paikallisedustajiksi

8. Brooks 1981.
9. Duman 1982, 14-25.

maaseudulle 1300-luvulta alkaen. Rauhantuomareiden neljännesvuosittaiset istunnot olivat paikallisen hallinnon ja oikeudenkäytön keskus. Rauhantuomareilla oli laajat rikosoikeudelliset valtuudet, jopa valta määrätä kuolemanrangaistuksia. Tätä valtaa ei tosin enää 1700-luvulla käytetty. Alimmalla asteella vallan kolmijaolla ei ollut mitään merkitystä, vaan rauhantuomarit suorittivat sekä hallinnollisia että oikeudellisia tehtäviä. Asianajoakaan ei rauhantuomareiden edessä juuri nähty. Suurimmalla osalla väestöstä ei sen vuoksi ollut mitään tarvetta saada asianajajien palveluita.

Varhaisella uudella ajalla asianajajien ammattikunta eriytyi ja toimi keskeisellä tavalla valtion ja yhteiskunnan ylempien kerrostumien välittäjänä. 1500-luvun lopun ja 1600-luvun alun asianajajat olivat strategisesti keskeisissä asemissa välittäjinä tuomioistuimien ja niiden asiakkaiden, kaupungin ja maaseudun, kansalaisen ja valtion välillä. Asianajajat osallistuivat protestantismin levittämiseen, he toimivat yksityisesti yrittäjinä ja uuden maatalouspolitiikan, enclosure-liikkeen harjoittajina, lainasivat rahaa, ostivat tiloja ja rakensivat taloja. Weberin tulkinta, jonka mukaan Englanti saavutti kapitalistisen ylivallan oikeusjärjestelmästään huolimatta eikä sen vuoksi ei kuvaa tätä common law-juristien välittävää roolia.[10]

Common law-oikeus irtaantui näin arkisten, vähäisten asioiden ja ihmisten elämänpiiristä. Common law-oikeuden muodot, sen käyttämä kieli ja menettely muodostuivat jo varhain maallikoiden näkökulmasta täysin läpinäkymättömiksi. Tätä edisti common law-oikeuden normannikuninkuuteen ja feodaalisiin maanomistusoloihin kiinnittyvä luonne. Oikeuden kieli muodostettiin alun perin yhdyssiteeksi feodaalista terminologiaa käyttävän normanniranskan ja anglosaksisen, arkaaisen oikeuskulttuurin välille. Roomalaisen oikeuden terminologiasta lainatut käsitteet lisäsivät oikeudellisen kielen maallikoilta suljettua luonnetta.[11]

Puritaanivallankumouksen aikana vaadittiin tosin oikeuslaitoksen uudistamista. 'The Hale Commission'-nimellä tunnetun kommission tehtävänä oli valmistella uudistuksia, joita ainakin osa kommission jäsenistä aidosti toivoi. Kreivikuntiin vaadittiin perustettavaksi tuomi-

10. Prest 1986, 324-325.
11. David Mellinkoff esittää lakienglannin historiassaan sen kelttiläisen, anglosaksisen, viikinkien, normanniranskan ja latinankieliset kerrostumat, Mellinkoff 1963, 36-81. Ammattikunnan haluttomuudesta uudistuksiin ks. sama, 194-200.

oistuimia, joissa piti olla valittujen maallikoiden muodostama tuomarikunta. Lakimiesammattikunnan vaikutusvaltaa oli vähennettävä. Oikeutta oli kodifioitava ja tuomarien tulkintavaltaa kavennettava. Puritaanit saivat kuitenkin aikaan vain vähän uudistuksia, joten restauraation tehtäväksi jäi saattaa ennalleen vain harvoja muutoksia.

Puritaanivallankumouksellisten kesken vallitsi tässä kuten monessa muussakin kysymyksessä intressien ristiriita. Hyvinvoivat porvarit vastustivat absolutismia ja vaativat omaisuuden suojaamista mielivaltaisilta hallintotoimilta. Mitään kansan- tai maallikkovaltaa he eivät tavoitelleet. Johtavat lakimiehet eivät halunneet oikeudenkäytön siirtyvän provinsseihin.[12] Sekä vallankumous että restauraatio jäivät vaille vaikutuksia lakimiesammattikunnan ja tuomioistuimien toiminnassa.

Common law-juristeja toimi sekä parlamentissa että sen ulkopuolella *Kaarle I*:n vastaisessa oppositiossa, niin että on suorastaan väitetty common law´n teroittaneen sen kirveen, joka katkaisi Kaarlelta pään. Toisaalta Kaarle I:n hallinnon puolesta toimi ajan huomattavimpia juristeja. Vuoden 1628 parlamentissa oli joka tapauksessa huomattava määrä common law´n harjoittajia, niin että poliittisesti jakaantuneen juristiammattikunnan jäsenten toiminnassa painopiste ilmeisesti oli absolutismin kriitikoiden ja opponenttien eikä sen kannattajien puolella.[13] Keskiajalla common law-juristit olivat yleisesti toimineet kuninkaan neuvonantajina tavalla, jossa oikeudellinen ja valtiollis-poliittinen toiminta sekoittuivat. *Jaakko I*:n aikana tällaisia juristineuvonantajia ei enää juuri ollut. Huomattavin poikkeus säännöstä oli Sir Francis Bacon, joka hänkin piti itseään pikemminkin valtiomiehenä kuin juristina. Ainoa keskushallinnon elin, jossa common law-juristit esittivät keskeistä osaa oli parlamentti, jonka molemmat huoneet antoivat asiansa muodollisen toimittamisen usein lakimiehille. Kansalaissotaa edeltävän Englannin poliittista jakoa on kuvattu taisteluksi kuninkaan käskyvallan ja common law´n välillä. Poliittiset rintamat eivät olleet aivan näin yksinkertaiset, eikä lakimiesammattikunta esiintynyt täysin yhtenäisenä. Kruunun luotetuimpiin palvelijoihin kuului tärkeitä juristeja, etenkin Sir Edward *Coke*.

P. G. A *Pocock* kuvaa asianajajien yhtenäistä poliittis-uskonnollista maailmankuvaa 'common-law mind'-termillä[14], mutta huomauttaa

12. Dunman 1982, 78-79.
13. Prest 1986, 234-235.
14. Pocock: 1957, 31, 55.

samalla, että common law-argumentteja voitiin esittää sekä absolutismin puolesta että sitä vastaan. Kuninkaan ja Sir Edward Coken välinen kiista on jäänyt uudemmassa tutkimuksessa sivuun, koska sen on katsottu heijastavan vain common law-juristien omaa kapeata intressiä. Wilfrid R. *Prest* katsoo kuitenkin, että kuningas neuvostoineen pyrki laajentamaan ja ylläpitämään sellaista tuomiovaltaa, jonka autonomia olisi pienempi kuin common law-tuomioistuimien. Jaakko I:n olisi mielellään nähnyt ranskalaisen mallin mukaisen tuomioistuinjärjestelmän leviävän Englantiin. Ennen vuotta 1640 asianajajien ammattikunnan eetos ja intressit olivat vahvasti parlamentaarisesti painottuneita. Asianajajat eivät silti olleet samalla tavalla tietoisesti poliittisesti aktiivisia kuin esimerkiksi Fronde-kapinan aikaiset Pariisin parlementin asianajajat ja tuomarit. Monet ottivat kruunulta vastaan virkoja, mutta eivät silti identifioituneet kuninkaan politiikkaan.[15]

Absoluuttisen monarkian häviön jälkeenkin oikeus jäi käytännössä lakimiesammattikunnan haltuun. Barrister-ammattikunnan ja sen keskuudesta valittavien tuomareiden yhteiskunnallinen status ei kaivannut kohottamista määrätietoisen tieteellisen ammattikoulutuksen kautta. 1700-luvulla barrister-asianajajat itsenäistyivät myös suhteessa perinteiseen päämiesryhmäänsä, maa-aateliin. Ammattikunnan autonomisuus kasvoi entisestään: ammattikuntaisen itsehallinnon ohella se nautti entistä suuremmasta autonomiasta suhteessa työllistäjiinsä. Lakimiehen suhde asiakkaaseen oli asiantuntijan eikä palvelijan[16]

Toisaalta asianajajan ja asiakkaan välinen suhde oli jo Elisabeth I:n ajoista alkaen ollut suojattu niin, ettei asiakkaan asianajajalle tekemiä paljastuksia saanut esittää todisteena. Jeremy *Bentham* esitti todistelua koskevassa esityksessään vuodelta 1827, että tämä syytetyn oikeus voitiin poistaa, koska jos syytetty on syyllinen, on oikein että tästä voidaan esittää todistelua. Jos syytetty taas on syytön, ei hänellä ole mitään paljastettavaakaan. Tästä kannasta eivät pitäneet kaikki Benthamin utilitaristiset aikalaisetkaan, koska usein on myös syytöntä vastaan puhuvia seikkoja.[17] Käytännössä Englannissa ja Yhdysvalloissa asianajon etiikka toisinaan avoimesti ja usein implisiittisesti viittaa siihen, että asianajajan tulee olla partisaani, asiakkaansa puolella eikä oikeussysteemin, yhteiskunnan tai valtion kokonaisedun puolella. Silloin asi-

15. Prest 1986, 256-282.
16. Abel-Smith ja Stevens 1967.
17. Luban 1988, 187-190.

anajajan katsotaan olevan vain asiakkaansa agentti, joka ei ole vastuussa tämän moraalista eikä myöskään edusta oikeudenhoidon kokonaisintressiä.

Esimerkiksi lordi Henry *Brougham* puolustaessaan vuonna 1820 ajan kohuoikeudenkäynnissä kuningatar *Carolinea Yrjö IV*:n nostamaa huoruussyytöstä vastaan esitti, että asianajajalla on velvollisuus vain asiakastaan kohtaan, joka hänen on pelastettava kaikin keinoin, riippumatta siitä, mitä uhkia ja kustannuksia tämä tuottaa muille henkilöille. Asianajaja ei saa pitää silmällä sitä, mitä tuhoa hänen toiminnastaan muille aiheutuu. Hänen on erotettava asianajajan ja patriootin velvollisuudet ja toimittava seuraamuksista piittaamatta, vaikkapa hänen maansa joutuisi kaaokseen. Muistelmissaan Brougham viittaa esityksensä kontekstiin: se sisälsi epäsuoran uhkauksen paljastaa kuninkaan salainen avioliitto katolisen naisen kanssa. Paljastus olisi vienyt ankaran katolilaisvastaisessa Englannissa kuninkaalta kruunun. Yleisesti Broughamin asianajon etiikasta esittämä uskonkappale asettaa asiakkaan hyödyn tärkeämmäksi kuin koko yhteiskunnan. Tämä on oikeudenkäynnin kaksiasianosaissuhteen johdonmukainen kärjistys.[18]

Näin sekä varsinaiset asianajajat että heidän keskuudestaan valitut tuomarit olivat suhteessa valtioon varsin riippumattomia. He olivat myös akateemisen tieteen ulottumattomissa. Tosin Sir William *Blackstone* luennoi Oxfordissa Englannin oikeudesta, mutta hänenkin luentojensa tavoitteena oli kouluttaa maallikoita rauhantuomareiksi, ei varsinaisia ammattilakimiehiä. Hänen jälkeensä yliopistoissa ei annettu juridista koulutusta pitkään aikaan.[19] Yliopistokoulutuksella ei siten Englannissa koulutettu valtiolle lojaaleja juristivirkamiehiä.

Pääsy lakimiesuralle oli Englannissa 1700-luvulla puhtaasti statuskysymys. Ammattikuntaan rekrytoituminen edellytti kallista oleskelua Inns of Court-yhteisöissä. 1800-luvulla alettiin lakimieskunnalta edellyttää lisäksi kalliiden yksityiskoulujen ja yliopistotutkinnon suorittamista, mutta tutkinto ei ollut juridinen, vaan mikä tahansa yliopistotutkinto. Jäsenyys lakimiesyhteisöissä oli varattu aristokratian tai säätyläistön jäsenille.[20] Vasta vuonna 1872 barristereille luotiin ammattitutkinto, ja sekin yleisen mielipiteen painostuksesta eikä ammattikunnan omasta aloitteesta. Barrister-asianajajien ammattikuva jäi kapeaksi,

18. Luban 1988, 53-55.
19. Abel-Smith ja Stevens 1967, 25.
20. Duman 1981, 28-49.

sillä tämä lakimiesryhmä esiintyi asianajajina vain keskustuomioistuimissa.[21] Markkinatalouden laajentuminen suosi solicitor-lakimiesten ammattiryhmää, joka ei esiinny ylemmissä oikeusasteissa, vaan toimittaa erilaisia taloudelliseen vaihtoon liittyviä juridisia tehtäviä.

Tuomioistuinlaitos alkoi saada moderniin tapaan tiiviimmän muodon 1700-luvun alussa, jolloin common law-tuomioistuimet ja equity-tuomioistuimet olivat saavuttaneet johtoaseman esimerkiksi kirkollisiin tuomioistuimiin nähden. Tuomiovallan jakoa selkiytettiin ja oikeudenkäyttöä keskitettiin kuitenkin 1700-luvulle saakka. Vuosien 1873 ja 1875 lainuudistuksiin saakka tuomioistuimille ei ollut vahvistettua instanssijärjestystä. Vuoteen 1876 asti Englanti muodostui kuudesta alueesta, joista jokaisen johdossa oli kaksi keskusvallan tuomioistuimen tuomaria. Istuntoja pitävät tuomarit eivät muodollisesti käyttäneet tuomiovaltaa keskustuomioistuimen tuomareina, vaan säännönmukaisesti kutakin istuntokautta varten annettujen writ-asiakirjojen perusteella.[22] Ylioikeuksien vähien tuomareiden käsiin keskittyi suuri juttujen määrä, ja oikeudenkäyttöä moitittiin hitaaksi. Alemmanasteisten tuomioistuimien perustaminen tuomioistuinuudistuksen yhteydessä lisäsi tuomareiden määrää. Jeremy *Benthamin* ja muiden rikoslain uudistajien näkökulmasta tuomioistuimien uudistaminen oli keskeinen vaatimus, ja kaupunkeihin perustettiin rikosoikeutta soveltavia oikeuksia, etenkin pysyvä Lontoon rikostuomioistuin 'Old Bailey'.[23] Uudistusten jälkeenkin englantilainen tuomarikunta oli lukumäärältään vähäinen, ja 'vähäiset asiat' käsiteltiin maallikkoelimissä.

Varsinaiset asianajajat ja heidän keskuudestaan valitut tuomarit olivat siis Englannissa pitkään varsin riippumattomia suhteessa valtioon. Tällainen tuomiovallan käyttämisen perinne juuri oli taustana *Montesquieun* käsitykselle englantilaisen valtiovallan kolmijaosta. Englannissa ei kuitenkaan tosiasiassa ollut kysymys tuomiovallan ja lakiasäätävän vallan eriytymisestä, eikä vallan kolmijako-opin toteuttaminen mannermaalla johtanut englantilaistyyppisen riippumattoman ammattikunnan syntyyn. Vallan kolmijako-opissa oli kysymys nimenomaisesti *valtio*vallan kolmijaosta, joka muodollisesti toteutui Englannissa myöhään. Englantilainen lakimiesammattikunta perusti oman valtansa suureksi osaksi sosiaaliseen asemaansa sääty-yhteiskunnassa.-

21. Abel-Smith ja Stevens 1967.
22. Duman 1981, 14-25.
23. Abel-Smith ja Stevens 1967, 28-29.

Tämä riippumattomuus ilmenee myös oikeudellisen tulkinnan säännöissä. Vaikka tuomarit toimivat kuninkaan tai keskusvallan tuomareina, heidän tehtäväkseen ei missään vaiheessa tullut lainsäätäjän tahdon selvittäminen - silloinkaan, kun kyse on säädetyn oikeuden tulkitsemisesta. Englannin tuomarit noudattavat kirjaimellisen tulkinnan tekniikkaa, jonka on tarkoitus palvella oikeusvarmuutta. Minkäänlaisen autenttisen tulkinnan pyytäminen ei tule kysymykseen, vaan lakiteksti takaa objektiivisen tulkinnan. Keskiajalla kuninkaat käyttivät tuomareita usein lainlaatijoina, ja myöhemmin tuomarit pitivät itseään parhaina statuuttien tulkitsijoina. Tuomioistuimet kehittelivät tulkintasääntöjä, jotka on sittemmin omaksuttu oikeudellisesta tulkinnasta annettuun lakiin.[24]

Toisaalta Englannissa tuomari ei voi kieltäytyä soveltamasta lakia common law-oikeuteen vedoten. Vielä 1600-luvulla parlamentin puolustajan Sir Francis Coken ja absolutismin asianajajan Francis Baconin kiista koski myös sitä, mikä on common law-oikeuden suhde säädettyyn oikeuteen. 1700-luvulla Sir William *Blackstone* esitti kuitenkin jo, että statuutteja on aina toteltava ja sovellettava - samaan aikaan, kun amerikkalaisissa siirtokunnissa Coken teoriaan common law´n ensisijaisuudesta perustettiin sekä perustuslaki että judicial review-doktriini.[25] Tosin Englannissakin tuomarit pyrkivät mahdollisimman laajaan tulkintavaltaan. Tulkintaoppi olettaa, että parlamentti ei koskaan intentionaalisesti säädä common law´n vastaista lakia, jos parlamentti ei lakia säätäessä nimenomaisesti sano näin tekevänsä.[26]

Vaikka parlamentilla oli ajoittain paljonkin poliittista merkitystä, se sääti lakeja varsin satunnaisesti ainakin 1832 parlamenttivaalien sääntöjä muuttaneeseen Reform Bill-uudistukseen saakka. Tämän jälkeen seuraavina vuosikymmeninä säädettiin tärkeitä parlamenttilakeja, joista viimeisiä olivat juuri keskustuomioistuimien asemaa jäsentäneet lait. Sittemmin vasta toisen maailmansodan jälkeen Englannissa harjoitettiin reformipolitiikkaa parlamenttilakien avulla. Yleensä juristit halusivat jättää oikeuden kehityksen common law-oikeuden varaan, ja lainopillinen kirjallisuus muodostui lähinnä common law-kommentaariteoksista. Tässä suhteessa tunnetut positivismin teoreetikot Jeremy Bentham ja John *Austin* olivat poikkeuksia yleiseen sääntöön.

24. The Interpretation Act, 1978.
25. van Caenagem 1987, 17-22.
26. mt., 29.

Kumpikin heistä olisi halunnut uudistaa oikeutta lakireformien eikä common law-oikeuden kautta. Juuri Benthamin oppilaat käytännössä saivat aikaan oikeuslaitoksen modernisoinnin lainsäädännön kautta[27]

Englannin amerikkalaisissa siirtokunnissa feodaalisen muotojen vastustaminen oli olennaisesti erilaista kuin Euroopan mannermaalla ennen kaikkea siinä, että feodalismin vastustaminen yhdistettiin eräänlaiseen antilegalismiin. Puritaanien oikeudellista reformia ajavat pamfletit herättivät Amerikassa jossakin määrin toisenlaisia vaatimuksia kuin Englannissa. Radikaalit puritaanit pyrkivät luomaan myös paikallista autonomiaa. Juridista kieltä arvosteltiin 1600-luvun puritaanipamfleteissa myös Englannissa, mutta lakimieskunta esti kieltä koskevat reformit. Sen sijaan siirtokunnissa vaatimus tavanomaisen englannin käyttämisestä oikeudessa sai enemmän kantavuutta. Muutenkin Englannissa pamflettien esittämät reformit usein jäivät akateemisiksi kysymyksiksi, kun taas Amerikassa common law-systeemiä kunnioitettiin vähemmän, ja sen monia arkaismeja poistettiin. Esimerkiksi Virginiassa annettiin vuonna 1658 statuutti, jonka mukaan kaikki tuomioistuimet antavat tuomionsa sen mukaan miltä asia niistä lain ja asianhaarojen mukaan näyttää, 'according as the right of the cause and the matter in lawe shall appeare unto them', piittaamatta siitä, oliko esitetyissä kirjelmissä tai menettelytavoissa joitakin puutteita.[28]

Siirtokunnille oli ominaista maallikkotuomareiden käyttö eri muodoissa. Eri siirtokunnissa tuomareita valittiin vaaleilla. Lisäksi juryjärjestelmä edellytti maallikoiden esiintymistä tuomareina. Käytettiin myös paljon sovittelua. Esimerkiksi hollantilaiset siirtolaiset käyttivät sitä runsaasti, ja Pennsylvaniassa vuonna 1682 annettu statuutti määräsi vuosittain kullakin alueella valittavaksi kolme miestä toimimaan 'yleisinä rauhantekijöinä'.[29] Siirtokunnissa tunnustettiin juryn oikeus ratkaista rikoksesta syytetyn syyllisyyden yhteydessä myös asian oi-

27. van Caenagem 1987, 98-100. Benthamin oppilaat, etenkin lordi Henry Brougham, vaikuttivat mm. vuoden 1832 parlamenttiuudistukseen (the Reform Act, 1832) ja vuoden 1836 kunnallishallintouudistukseen (The Municipal Reform Act, 1836), rikosoikeusuudistuksiin, sopimus- ja elinkeinovapauden laajentumiseen, todistelua koskevan lainsäädännön uudistamiseen (the Evidence Acts, 1833 ja 1898), common law-prosessin sääntöjen uudistamiseen (the Common Law Procedure Acts, 1852, 1854 ja 1860), keskusvallan alioikeuksien perustamiseen (the County Courts Acts 1846 ja 1888) ja ylimmän oikeusasteen yhtenäistämiseen (the Judicature Act). Dicey 1962, 184-210.

28. Morris 1930, 46-47.

29. Morris 1930, 61.

keudellinen aspekti. Tuomareita yritettiin toisaalta estää kommentoimasta todistelua ja siten puuttumasta juryn tosiasioiden harkintaan. Siirtokunnissa kuten Englannissakin 1700-luvulla jurya pidettiin kuninkaan vallan rajoituksena, ja kuninkaan tuomareiden kontrolloimisen keinona. Jury oli turva hallinnon ja juridisten asiantuntijoiden vääryyksiä vastaan.[30]

Amerikan siirtokunnissa puritaanivallankumouksellisten pyrkimykset jatkuivat myös rikosoikeudessa. Englannissa Commonwealthin aikana ilmaistu tarve uudistaa rikosoikeutta jäi restauraation aikana syrjään. Pennsylvanian kveekarit sovelsivat rikoslakia, joka oli englantilaista lakia huomattavasti lievempi. John *Foxin* oppilas John *Bellers* kehitteli Foxin ajatuksia omaisuusrikosten rankaisemisesta varallisuuteen kohdistuvilla sanktioilla ja vaati parannuksenteon tuottavia rangaistuksia. Juuri Pennsylvanian kveekarit suhtautuivat ehkä Amerikan siirtolaisista varauksellisimmin emämaan tuomioistuinjärjestelmään. Emämaassa kveekarien lempeät lait herättivät pahennusta, ja ankaramman rikosoikeuden soveltaminen asetettiin suoranaiseksi ehdoksi William *Pennin* hallinnon jatkumiselle.[31]

Siirtokuntien kehittyessä niiden yhteisöllinen luonne muuttui. 1700-luvulla markkinatalous laajeni huomattavasti, ja myös omaisuuden kasaantuminen nopeutui. Etelässä plantaasit ehdollistivat sosiaalista ja taloudellista elämää. Suurmaanomistajat alkoivat myös keskisissä siirtokunnissa vuokraamaan maata vuokralaisille. Suurmaanomistajien ympärille kerääntyi juristeja, jotka pyrkivät aktiivisesti vaikuttamaan common law-oikeuden kehitykseen omistusoikeuskysymyksissä. Tässä suhteessa heidän tavoitteensa olivat konservatiiviset. Sen sijaan perustuslaillisissa asioissa, suhteessa emämaahan he pyrkivät toimimaan imperiumin vaatimusten vastaisesti.[32]

Pääasiassa siirtokuntien lakimiesammattikunta kehittyi, samoin kuin emämaankin, ammattikunnan oman koulutuksen kautta. Amerikan brittiläisiin siirtokuntiin tai sittemmin Yhdysvaltain osavaltioihin ei kuitenkaan syntynyt mitään Inns of Court-tyyppisiä suljettuja yhteisöjä, jotka olisivat rajoittaneet pääsyä ammattikuntaan. Lakimiehiksi kouluttauduttiin hajanaisen oppipoikajärjestelmän kautta. Vakiintuneissa siirtokunnissa tosin perustettiin asianajajien yhdistyksiä, jotka

30. Alschuler 1991, 46-68, 46-48.
31. Fitzroy 1991, 69-96.
32. mt., 64-67.

myös asettivat jäsenilleen tiettyjä pääsyvaatimuksia. Kaupan laajentuminen sai aikaan muutoksen juristeja kohtaan tunnetussa penseydessä. Varhaisissa siirtokunnissa ilmennyt vastenmielisyys oikeudenkäyttöä rasittaviin muotomääräyksiin alkoi sekin jäädä syrjään. Siirtomaakauden lopulla asianajajat muodostivat jo tärkeän osan poliittista ja sosiaalista eliittiä. Lakimieseliitin huippu sai koulutuksensa Englannissa.[33]

Useimmat lakimiehet asettuivat tukemaan ja - kuten John *Adams* - suorastaan johtamaan itsenäistymistaistelua ja siihen liittyvää poliittista mullistusta. He asettuivat tässä vanhaa hallintoa vastaan, ehkä koska heidät muussa tapauksessa olisi pyyhkäisty pois siirtomaahallinnon myötä.[34] Itsenäistymistä kannattava juristit - John Adamsin lisäksi esimerkiksi Thomas *Jefferson* ja Richard Henry *Lee* - puolsivat edelleen kansanomaista kontrollia kaikissa tuomioistuimissa. Myöhemmin Alexis de *Tocqueville* kuvaa juryn sosiaalisia ja poliittisia funktioita ja pitää sitä tärkeänä instituutiona yhdysvaltalaisessa yhteiskunnassa.[35] Juryn asemaa tuomioistuimissa perusteltiin samanlaisilla luonnonoikeudellisilla argumenteilla kuin tuomiovallan asemaa perustuslain tulkitsijana. Vuosien 1790 ja 1820 välillä pohjoisamerikkalainen lakimieskunta puolestaan nousi intellektuaalisesti ja poliittisesti hallitsevaan asemaan, koska se yhdisti toiminnassaan kaupalliset ja oikeudelliset intressit. Liikejuridiikka nousi lakimiesten työssä keskeiseksi.[36]

Ne historioitsijat, jotka ovat pyrkineet korostamaan yhdysvaltalaisen oikeuden demokraattisen individualismin perinnettä ovat olleet taipuvaisia näkemään jo Englannin amerikkalaisissa siirtokunnissa kehittyneen oikeuden olennaisesti irtaantuneen englantilaisesta common law-traditiosta, joka tulkitaan eriarvoisen yhteiskunnan tuotteeksi.[37]

---

33. Rueschemayer 1973.
34. Botein 1981.
35. de Tocqueville kuvaa yhdysvaltalaisen enemmistövallan rajoitteina kolmea asiaa: keskushallinnon puutetta, lakimieskunnan luonnetta maan poliittisena aristokratiana ja jurya siveellisiä tapoja ylläpitävänä laitoksena, de Tocqueville 1951 I, 273-288. Jury on tehokas kansanvallan toteuttaja, ja myös paras kansanvallan oppimestari, 'le moyen le plus efficace de lui (le people, KN) appendre à régner', mt., 288.
36. Horwitz 1977, 142-143.
37. Jo vuosisadan vaihteessa oikeushistorioitsija Paul Samuel Rensch esitti teesin amerikkalaisen oikeusperinteen varhaisesta omaleimaisuudesta suhteessa emämaan oikeuteen. Hänen esityksensä vuorostaan palautuu historioitsija Frederick Jackson Turnerin 'Frontier Thesis'-nimellä tunnettuun teoriaan, jonka mukaan Yhdysvaltain historia muodostaa jyrkän katkoksen emämaan historiaan nähden. Tästä ks. Horwitz 1987, 1825.

Yhdysvaltain valtiollisen olemassaolon alkuaikana amerikkalainen common law joka tapauksessa kehittyi tuomioistuinkäytännön kautta, samaan tapaan kuin englantilainen yksityisoikeus oli kehittynyt. Siinä yhdistyivät kaupalliset ja oikeudelliset intressit; oikeuden ulkopuolella tapahtuva välimiesmenettely pyrittiin eliminoimaan.[38] Tuomioistuimien perustuslaissa ja judicial review-doktriinin kautta saaman keskeisen merkityksen vuoksi common law-tulkinnat saivat myös lainsäätäjää sitovaa merkitystä. Tuomareiden nimitysvalta on liittovaltion tuomioistuimissa presidentillä. Sen sijaan osavaltioiden tuomarit usein valitaan.

John *Adams* oli 1771 lausunut selvästi, että valamiehen tuli sivuuttaa tuomarin oikeutta koskeva ohje, jos se valamiehen mielestä loukkasi oikeudellisia perusperiaatteita. Välittömästi perustuslain hyväksymistä seuraavana aikana tämä näyttää olleen tuomioistuimissa sääntönä. Tuomarit ilmeisesti usein neuvoivat valamiehiä ottamaan huomioon, ettei heidän antamansa ohje käsiteltävän tapauksen oikeudellisesta arvioimisesta sido valamiehiä. Vastaavasti asianajajat voivat esittää lain tulkintaa ja pätevyyttä koskevia argumentteja valamiehille. 1800-luvun ensimmäisellä puoliskolla luonnonoikeus oli yleisesti käytetty oikeuslähde, ja juryn katsottiin ratkaisevan oikeuskysymyksiä luonnonoikeuden mukaisesti. Kansa (the people) nähtiin luonnonoikeuden ainoaksi varmaksi suojaksi.[39]

Vuonna 1809 korkein oikeus vaati, että tuomarin tuli aina antaa jurylle ohje jokaisen jutussa ilmenevän aineellisoikeudellisen seikan arvioimiseksi[40], mutta näitä ohjeita ei välttämättä pidetty jurya sitovina. 1800-luvun puolivälissä jurylla katsottiin olevan erityinen kompetenssi arvioida faktoja kokemuksensa, ihmistuntemuksensa ja olosuhteiden tuntemuksensa perusteella. 1800-luvun lopulla jury tulkittiin vain arkijärjen edustajaksi, ei enää poliittisen vapauden puolustajaksi. Ne, jotka pyrkivät rakentamaan oikeudesta koherentin systeemin, katsoivat juryn estävän systematisointia. Vuosisadan lopulla arvosteltiin myös ankarasti vuosisadan puolivälin ennakkotapausta, jossa tuomioistuimen päätöksenteko oli pyritty jakamaan tiukasti normiin ja faktaan. Tätä pidettiin käytännössä mahdottomana.[41]

---

38. Horwitz 1977, 148-159.
39. Käytännössä eri osavaltioissa tilanne vaihteli, koska vuosina 1804 ja 1805 siirtomaahallinnon aikaiset ohjeet juryn toimivallasta kumottiin, Horwitz 1977, 143. Esimerkiksi Massachusettsissa vuonna 1808 annetun lain mukaan jurylla oli oikeus ratkaista sekä faktaa että normia koskevat kysymykset, Alschuler 1991, 50-52.
40. Horwitz 1977, 143.

Suhtautumistavan muutos voidaan yhdistää yhdysvaltalaisen yhteiskunnan taloudellisen ja sosiaalisen perustan muutoksiin. Kansalaissodan jälkeen Yhdysvalloissa eteni nopea ja laaja teollistuminen. Kansalaissodan jälkeisessä USA:ssa rehottivat laittomuus, korruptio ja lain kiertäminen. Vuosisadan loppupuolella ongelmaa ratkomaan asetettiin poliisi- ja syyttäjälaitos, joka tosin sekin päätyi huomattavassa määrin kontrolloimansa ilmiön vangiksi. 1870-luvun lopulla Yhdysvaltain Korkein oikeus havaitsi yllättäen ns. plea bargaining-järjestelmä laajentuneen ja merkitsevän käytännössä sitä, että julkinen syyttäjä korvasi tuomarin rangaistuksen määrääjänä. Tuomioistuimet paheksuivat tätä kehitystä ja pitivät syyttäjän ja syytetyn sopimusta tietyn rikoksen tunnustamisesta oikeuden myymisenä. Vielä vuosisadan vaihteen juridisissa teksteissä katsotaan, että syyllisyyden myöntämisen tulee olla vapaaehtoinen, eikä se saa perustua rangaistuksen lieventämisen toivoon. Kuilu käytännön ja virallisen doktriinin välillä oli kuitenkin jo syvä. Käytännön syntyyn olivat aktiivisesti vaikuttaneet syyttäjät, mahdollisesti myös poliisit. Alioikeuksissa esiintyi poliittista korruptiota, joka edisti järjestelmän leviämistä. 1900-luvulla etenkin kieltolain aikana plea bargaining-menettely yleistyi niin, että valtaosa rikosasioista ratkaistiin ilman varsinaista oikeudenkäyntiä.[42]

Yliopistodoktriinilla ei modernin yhdysvaltalaisen yhteiskunnan synnyn yhteydessä ollut vaikutusta oikeudellisen argumentoinnin kehitykseen. Oppipoikajärjestelmää alettiin vasta 1800-luvun lopulla täydentää akateemisella koulutuksella. Tosin tärkeiden yksityisten yliopistojen yhteyteen syntyi 1800-luvulla lakimieskorkeakouluja, 'Law Schools'. Julkisin varoin ylläpidettyjä yliopistoja ja samalla valtiollisia lakimieskorkeakouluja syntyi Yhdysvaltoihin vasta 1800-luvun lopulla. 1800-luvun loppupuolella lakimiesammattikunnan keskuuteen syntyi huomattavia koulutuseroja ja kerrostuneisuutta. Etenkin 1870-luvulta alkaen ammattikunta kasvoi nopeasti. Yksityinen lakimiesten kurssimuotoinen opetus kasvoi vielä nopeammin kuin valtion korkeakouluissa ja yksityisissä eliittiyliopistoissa annettu. Vuosisadan vaihteen jälkeen lakimiesammattikunta eriytyi edelleen, kun syntyi suuria lakitoimistoja, 'big law firms', huolehtimaan maksukykyisten suurasiakkaiden tarpeista. Nämä suuret toimistot vaativat juristeiltaan parhaan koulu-

41. Alschuler 1991, 50-66.
42. Alschuler, 1991 3-45, 20-28.

tuksen ja monopolisoivat tärkeimpiä tai ainakin tuottoisimpia oikeudenaloja.

Opetus oli 1800-luvun lopulle saakka kuitenkin kaikkialla samantapaista: luettiin juridisia tekstejä ja kuunneltiin käytännön ammatinharjoittajien pitämiä luentoja. Vaikka opetusta annettiin korkeakoulussa, se sisällöltään muistutti käsityöläisammattiin valmentamista. Harvard Law School-korkeakoulun Christopher Columbus *Langdelliin* yhdistetään yhdysvaltalaista lakimieskoulutusta sittemmin hallinneen 'tapaus'- tai 'juttumenetelmän' ('case method') omaksuminen opetukseen. Langdellin nimissä toteutettiin oikeustieteen opetuksen vallankumous, jonka sivutuotteena syntyi kokopäivätoiminen akateeminen oikeustieteen opettaja. Langdellin koulukunta ryhtyi johtamaan akateemisesti oikeudellisia periaatteita yksityisoikeudellisista tapauksista. Opetus muuttui luennoimisesta sokraattisen dialogin ihannetta jäljittéleväksi opettajan ja oppilaan vuoropuheluksi. Uuden menetelmän omaksuminen edellytti suurta kokopäivätoimisten opettajien joukkoa. Osapäivätoimiset juristinammatin harjoittajat syrjäytyivät arvovaltaisimpien yliopistojen lakimieskorkeakoulujen opettajakunnasta.

Oikeustieteen metodiksi tuli yleisten oikeusperiaatteiden tuottaminen historiallisia oikeustapauksia tutkimalla ja näiden periaatteiden järjestäminen rationaalisella tavalla. Oikeustiede oli Langdellin metodin mukaisesti nähtynä oikeuden evoluution aikaansaaman common law-oikeuden loogista järjestämistä. Tämän jälkeen eliittiyliopiston arvovallalla levitettiin juristin ammattikuvaa, jonka mukaan juristin on koottava ja rationalisoitava oikeudellisia periaatteita. Oikeustieteilijän ja tuomarin työ käsitettiin luonteeltaan samankaltaiseksi.[43]

Akateemisen lakimieskoulutuksen näkökulmasta iltaopiskeluun perustuva kurssittaminen oli uhka asianajajan ammattikuvalle, ja sekä yliopistot että koulutettujen asianajajien yhdistys, American Bar Association, kävivät 1900-luvulla vastustamaan niiden toimintaa. Vuodesta 1922 alkaen iltalakikoulut katsottiin päteviksi juristikoulutuksen antajiksi vain, jos niiden opetusohjelma oli yhtä pitkä kuin kokopäiväisten lakimieskoulujen. Tämän jälkeen lainopin opetus käytännössä keskittyi yliopistoihin.[44] Lopullisesti kaikilta asianajajilta vaadittiin korkeakoulutasoinen koulutus kaikissa Yhdysvaltain osavaltioissa vasta vuonna 1940.[45]

43. Schlegel 1989.
44. mt., 50-61.

Näin anglosaksista modernia lakimieskuntaa määrittää historiallisesti ammattikuntaisuus, asianajo ammattikuvan ytimenä ja tärkeänä rekrytointikanavana tuomioistuimiin sekä suhteellinen riippumattomuus valtiosta. Myös Max Weber piti yhteyttä common law-oikeuden peruspiirteiden ja ammattikunnaksi järjestäytyneen lakimieskunnan välillä ilmeisenä. Nämä piirteet selittävät osaltaan anglosaksisten juristien perinteisen ajattelutavan proseduraalisuutta, sen yksityisoikeuteen pohjautuvaa luonnetta ja argumentoinnin kiinnittymistä kansalaisoikeuksiin tai kansalaisyhteiskuntaan. Anglosaksinen oikeuskulttuuri on ymmärrettävissä sen tuomioistuinlaitokseen keskittyvän, mutta valtiosta suhteellisen riippumattoman luonteen kautta. Yhdysvalloissa korostuu vielä valtiobyrokratian vähäisyys ja sen poliittinen avoimuus. Toisin kuin Euroopassa byrokratia ei missään vaiheessa muodostunut aatelin ja porvariston välisen valtataistelun näyttämöksi, koska porvaristo käytännössä hallitsi amerikkalaisia siirtokuntia jo siirtomaakaudella.

4.2. Saksalainen lakimieskunta

Saksassa lakimieskunnan suhde valtioon on historiallisesti hyvin erilainen kuin anglosaksisissa maissa.[46] Valtio tai valtiobyrokratia hallitsi lakimieskuntaa.[47] Saksalaisen absolutismin erityinen luonne vaikutti siihen, että byrokratia sai yhteiskuntaelämää hallitsevan luonteen. Tuomarikunta itsenäistyi hallitsijaan tukeutuen aatelista, ja tuomarin sitoutuneisuus yleiseen lakiin korostui.

Preussissa hallintobyrokratia sai erityisen vahvan aseman 1700-luvulla. Suhteessa hallitsijaan voimansa menettänyt aateli muodostui olennaisesti sotilas- ja virka-aateliksi. Virkamiehiä ei byrokratian varhaisvaiheessa koulutettu tieteellisesti, vaan he olivat upseereita. Hallitsija pakotti aatelin lähettämään poikansa upseereiksi tai virkamie-

45. Rueschemayer 1973, 123-141.

46. Oppineiden ammattikuntien synnystä eri maissa on kirjoitettu viime vuosikymmeninä paljon, myös vertailevassa suhteessa. M. S. Larsonin markkinaorientoitunutta tulkintaa modernien ammattikuntien luonteesta arvosteltiin siitä, että se ei sopinut kuvaamaan 'mannermaisia' oppineita ammattikuntia. Sittemmin monissa tutkimuksissa on ilmennyt jo Max Weberin korostama ero 'markkinapohjaisen' ja 'byrokratian hallitseman' asiantuntemuksen välillä. Ks. Larson 1977, Sigriest 1988, 11-48 ja Larson 1984, 28-80, Nousiainen 1987 ja Konttinen 1992.

47. Hinze ja Kocka 1985, 15, 21.

hiksi. Oikeuslaitos oli maa-aatelin vanha linnoitus, josta käytiin valtataistelua hallitsijan ja maa-aatelin välillä.[48] Akateeminen koulutus, asiantuntemusvaatimukset ja hallinnon keskittäminen merkitsivät kuten yleensäkin Euroopassa sitä, että byrokratian kautta avautui etenemismahdollisuuksia myös ei-aatelisille. 1700-luvun kuluessa akateeminen koulutus muodostui edellytykseksi ylempiin virkoihin pääsylle.[49] Asianajajakunnan enemmistö ei ollut alkuperältään aristokraattista, joskin se usein ajoi aristokratian etuja. Vanha asianajolaitosta koskeva sääntely perustui prokuraattoreiden ja advokaattejen erottamiseen. Prokuraattoreita oli vähemmän, ja he kuuluivat tiettyihin tuomioistuimiin. Advokaatit olivat usein paremmin koulutettuja, mutta heillä ei ollut oikeutta esiintyä tuomioistuimessa. Jos he kykenivät osoittamaan olevansa riittävän koulutettuja ja voivat maksaa tietyn maksun, he saivat luvan esiintyä tuomioistuimessa. Vähitellen ero prokuraattoreiden ja advokaattien välillä hävisi.

Vuoden 1700 tienoilla Preussissa on laskettu olleen yksi asianajaja 2000 henkeä kohti, mitä on pidettävä hyvin suurena määränä. Asianajajat toimivat usein myös kirjureina. Monet lait kontrolloivat asianajoa ja kielsivät erityisesti 'väärien juttujen' ajamisen ja juttujen viivyttämisen.[50] Vuonna 1713 itsevaltias suoritti suuren uudistuksen asianajajakunnan keskuudessa. Sen kautta 60 prosenttia asianajajista menetti asemansa, ja jäljelle jääneet joutuivat maksamaan suuren summan saadakseen asianajoluvan. Etusija annettiin kokopäivätoimisille asianajajille. Lisäksi vaadittiin todistus yliopisto-opinnoista ja oppiaika asianajajan palveluksessa. Lailla myös leikattiin asianajajien palkkioita. Tällainen järjestelmä oli Preussissa käytössä koko 1700-luvun ajan.[51]

Vanha jako aatelisten viranhaltijoitten ja oppineitten viranhaltijoitten välillä hävisi hitaasti. Tuomarin ja asianajajan pätevyysvaatimukset yhtenäistyivät - molemmilta vaadittiin yliopistokoulutus ja hal-

48. Preussin absolutismin ja aatelin keskinäissuhteen yhteydessä on kiistelty etenkin siitä, toimiko absolutismi aatelin tai sen jonkin osan hyväksi. Absolutismin sisäiset ristiriidat on tulkittu joko eri säätyjen tai aatelin eri fraktioiden välisiksi. Olipa kysymys kummasta tahansa, oli absoluuttisella valtiolla joka tapauksessa suuri autonomia. Hallitsija määräsi aatelisnuorukaisia upseereiksi näiden sukujen vastustuksesta huolimatta, ja suosi toisaalta hallinnossa porvarillisia tai ulkomaiseen aateliin kuuluvia virkamiehiä. Deppermann 1982, 547-553. Koulutuskysymyksestä ks. Rueschemeyer 1973, 146.

49. Menger 1979, 64-66.

50. Rueschemeyer 1973, 147.

51. Rueschemeyer 1973, 148-149.

lintoharjoittelu. Jo 1700-luvun alussa Preussissa toimi tehokkaasti virkamiehiä kouluttava yliopistolaitos. Esimerkiksi Hallen yliopisto kehittyi nopeasti kouluttamaan virkamiehiä byrokraattisen valtion tarpeisiin. 1700-luvun puolivälissä Preussissa uudistettiin virkamieskoulutusta liittämällä opintoihin auskultointijärjestelmä. Oikeusvirassa harjoitellut auskultantti suoritti vielä toisen tutkinnon, jonka jälkeen hän siirtyi ns. referendaariksi hallintoon. Tämän jakson jälkeen suoritettiin vielä kolmas tutkinto. Vaikka koulutus siten keskittyi oikeuslaitokseen pyrkivien valmiuksien kehittämiseen, sillä oli merkitystä myös hallintovirkoihin pyrkiville. Yliopistot olivat valtion silmälläpidon alaisina, ja tärkeä osa koulutuksesta oli hallitsijalle vastuunalaisen oikeuslaitoksen kontrolloimaa.[52]

Sekä alituomareiden että asianajajien valvonta kuului lisäksi valitusasteena toimivalle tuomioistuimelle. Asianajajat olivat lähes virkamiehiä. Virkakoneisto, byrokratia edusti 'objektiivisesti' yleistä etua. Tällaista vallankäyttötapaa legitimoitiin esittämällä se ylivoimaiseksi kansanvaltaan verrattuna. Hallitsijan vanhastaan edustama 'yleinen etu' yhdistettiin ristiriitaisten etujen yläpuolella olevien asiantuntijoiden kompetenssiin, jotka 'objektiivisesti' edustivat kokonaisuuden intressiä. Aristokratian ote virkoihin oli luja, mutta koulutusvaatimukset ja hallitsijan vahva asema suosivat sivistysporvariston nousua. Sekä tuomarit että asianajajat toimivat tavallaan esivaltavaltion virkamiehinä 1800-luvun loppupuolelle saakka. Liberaalien vaatimuksiin kuului vapaan asianajon salliminen. Viranomaiset suhtautuivat asianajajiin epäillen, sillä juuri asianajajat ajoivat yhtenäistä lainsäädäntöä. Asianajajilla oli eri saksalaisissa valtiossa yhdistyksiä, mutta näitä yhdistävä yleissaksalainen yhdistys perustettiin vasta vähän ennen vuoden 1848 vallankumousta ja hävisi sen mukana.[53]

Vuonna 1871, Saksan yhdistymisen jälkeen, perustettiin valtakunnallinen asianajajien yhdistys uudelleen. Vuonna 1879 asianajajakunta irrotettiin virkakoneistosta ja toteutettiin tietyin rajoituksin vapaa asianajo. Samalla perustettiin julkiset asianajajayhdistykset, Anwaltskammern, joiden tehtävänä oli harjoittaa autonomista kurinpitoa ammattikunnan sisällä. Samalla lakimieskunnan sisäinen yhtenäisyys väheni ja asianajajat menettivät osaksi yläluokkaisen leimansa. Asianajajien intellektuaaliset harrastukset lisääntyivät, ja asianajajat ryhtyivät

52. Hattenhauer 1980.
53. Rueschemeyer 1973, 173.

esimerkiksi kirjoittamaan lakikommentaareja. Ennen vuotta 1870 asianajajien ammattikuntaan ei päästetty juutalaisia jäseniä, mutta vuoden 1879 jälkeen juutalaisten määrä lisääntyi nopeasti, koska virkaura ja monet muut tehtävät olivat heiltä suljettuja. Etenkin Berliinin asianajajien enemmistö oli pian juutalaisia, ja antisemitistit syyttivät juutalaisia ammattikunnan luonteen kaupallistumisesta.[54]

Ammattiliitot ja sosialidemokraattinen puolue ryhtyivät harjoittamaan laajaa oikeusaputoimintaa keisarikunnan aikana, ja Weimarin tasavallassa asianajajia ei esimerkiksi päästetty alimman asteisiin työtuomioistuimiin. Asianajajat edustivat muuta lakimieskuntaa huomattavasti liberaalimpia, markkinatalouteen liittyviä intressejä. Tämä ammattikunnan rakenne osoittautui myöhemmin kohtalokkaaksi, sillä asianajajakunnan rodullinen kokoonpano ja liberaali asennoituminen tekivät siitä natsien erityisen vainon kohteen.[55]

Silti asianajajakuntakaan ei irrottautunut vahvasta valtiollisesta auktoriteetista. Saksan lakimieskunta muodostui pääosin virkamiehistä, ja suuri osa virkamiehistä oli lakimiehiä. Sekä lakimiesten yliopistokoulutus että lakimiesharjoittelu tähtäsivät tuomarinuraan. Saksalaisen lakimieskunnan keskuudessa vallitsee siten tietty jatkuvuus absolutismin esivaltavaltiosta yhdistyneeseen Saksaan siinä suhteessa, että lakimieskunnan koulutuksen ja ammatillisen orientaation määrittää valtionbyrokratian näkökulma. Kouluttautuminen tuomarinuralle on tässä ammattiorientaatiossa keskeistä.

Kuitenkin juuri tuomarin toiminnan luonne oli saksalaisen 1800-luvun oikeustieteen näkökulmasta keskeinen kysymys. Max *Weberin* aikana vakiintuneen ja omana aikanamme vallitsevan käsityksen mukaan tuomarin sitoutuneisuus lakiin, tuomarin toiminnan loogis-mekaaninen luonne oli 1800-luvun saksalaisen doktriinin keskeinen topos. Erityisesti ns. lakipositivismin nähdään korostaneen tuomarin toiminnan lakisidonnaisuutta. Valistuksen myöhäisvaiheen luonnonoikeudellinen kodifikaatioliike ja systemaattinen oikeustiede nähdään tämän sitoutuneisuuden alkupisteeksi ja perustaksi. 1800-luvun jälkipuoliskon oikeuspositivismin nähdään jatkavan tuomarin sitoutuneisuutta ja hänen toimintansa loogis-mekaanista luonnetta korostavaa linjaa. Oskar *Bülowin* taas katsotaan ansioituneen kumoamalla vuonna 1885 julkaisemassaan kirjoituksessa 'Gesetz und Richteramt' varhai-

54. Rueschemeyer 1973, 175-177.
55. Reifner 1984.

semman teorian tuomion olemuksesta ja tuomarin toiminnasta. Bülow katsoi, että oikeustapauksen tuomitseminen aina vaatii enemmän kuin 'loogista deduktiota'.

Regina *Ogorekin* mukaan on kuitenkin itse asiassa hyvin vaikeata löytää 1800-luvun saksalaisesta oikeustieteestä auktoriteettia, joka korostaisi johdonmukaisesti tuomarin päättelyn sidottuisuutta ja mekaanisuutta. Itse asiassa Ogorekin mukaan Bülow vuonna 1885 vain artikuloi 1800-luvulla vallitsevan käsityksen, jonka mukaan puhdas looginen subsumtio tuomitsemisessa on vain juridinen fiktio. Bülowin intentiot eivät edes olleet epistemologiset tai teoreettiset vaan oikeuspoliittiset. Positivismin ja tuomarin sidottuisuuden keskinäinen kytkös esitettiin Ogorekin mukaan kriittisessä mielessä vasta ns. vapaaoikeudellisen koulukunnan teksteissä 1800-luvun lopulla. Vapaaoikeudellinen koulukunta leimasi oikeudellisen positivismin mukaisen tuomarihanteen 'subsumtioautomaatiksi' vailla itsenäistä päätösvaltaa.

Max Weberin tulkinta modernista tuomarista subsumtioautomaattina ja tuomarin toiminnan luonteen muuttuminen oikeuden materiaalistumisen myötä perustuu tähän 1800-luvun lopun tulkintaan. Se on muodostunut vallitsevaksi käsitykseksi tuomarin toiminnan luonteen muuttumisesta 1800-luvun Saksassa sekä oikeusteoriassa että oikeussosiologiassa. Esimerkiksi Niklas *Luhmann* kuvaa muutosta tuomarin päätöksenteossa niin, että tuomarin päätöksentekoa esittävä oikeustieteellinen malli muuttui, kun oikeuden luonnonoikeudellinen, teleologinen perustelu menetti 1800-luvun alussa merkityksensä. Oikeustieteeseen omaksuttiin systeemiteorian kielellä ilmaisten 'konditionaalinen ohjelmointi', päätöksenteon 'jos-niin'-rakenne. Tällainen ratkaisumenettely olettaa tiettyjen premissien aina johtavan ehdottomasti määritettyyn ratkaisuun. Ratkaisija vapautetaan ratkaisun seurauksiin kohdistuvasta vastuusta.[56]

Saksalainen tuomarin harkintavaltaa käsittelevä 1800-luvun teoria käsitteli tuomarin harkintavaltaa etenkin kolmen kysymyksen yhteydessä: *valtiosääntöoikeudellisena* kysymyksenä, *tulkintaopin* ja *oikeuslähdeopin* yhteydessä. Oikeudellista tulkintaa koskevat 1800-luvun alun eurooppalaiset opit korostivatkin tuomarin harkinnan sidottuisuutta. Myös Saksassa 1800-luvun alun oikeuden soveltamista koskevassa esityksissä tuomarin harkintavallan rajoituksia korostettiin.[57]

56. Luhmann 1969, 30-31.

Oikeuslähdeoppi kehittyi lakipositivismin suuntaan. Säädetty laki katsottiin keskeiseksi oikeuslähteeksi. Lainsäädäntötekniikan abstraktisuuden oletettiin vähentävän oikeuden aukollisuutta kasuistiseen tekniikkaan verrattuna. Uuden lainsäädäntötekniikankin omaksumisen jälkeen mahdollisesti ilmenevien tulkintaongelmien ratkaisuksi esitettiin myös autenttisen tulkinnan teoria, jonka mukaan epäselvissä tapauksissa on mahdollista pyytää lainsäätäjältä tulkinta.[58] Tosin tuomioistuin itse harkitsi sen, milloin tällainen autenttinen tulkinta on tarpeen, joten tässä suhteessa tuomioistuimen uskollisuutta säädetylle laille oli vaikeata kontrolloida. Tällainen tulkintateoria sitoo myös tulkinnan kulloinkin muuttuvaan lainsäätäjän mielipiteeseen. Oikeus menettää ennustettavuutensa. Autenttisen tulkinnan teoria muodostikin käytännössä lyhyen välivaiheen sekä Ranskassa että etenkin Saksassa.

1800-luvun alun saksalainen tulkintaoppi esitti tulkinnan tärkeimmiksi keinoiksi *kieliopin* ja *logiikan*. Tuomitseminen sidottiin *loogisen syllogismin* muotoon. Doktriinin mukaan tuomarin toiminta oli sidoksissa syllogismin yleisiin premisseihin (säädetyn oikeuden normi) ja erityisiin premisseihin (kulloinenkin tapaus), joista tuomio johdetaan mekaanisen loogisena seuraamuksena. Tällainen lähtökohta marginalisoi tuomarin itsenäisen toiminnan ja harkintavallan. Tässä mielessä Weberin oikeussysteemin 'formaali rationaliteetti' merkitsi tuomarin itsenäisyyden tiukkaa rajoittamista. 1800-luvun varhaisina vuosina saksalainen oikeuden soveltamista koskeva teoria nimenomaisesti edellyttikin tällaista tulkintavallan rajoittamista.[59]

1800-luvun alun Saksassa reaktionäärinen valtiokäsitys ja tuomarin harkintavallan puolustaminen liittyivät usein yhteen. 'Säätyreaktion' näkökulmasta positiivisen lain yhdenmukaistavaa tendenssiä, vapauden ja yhdenvertaisuuden tunnuksia, oli vastustettava, ja lainopissa tämä ilmeni lähinnä yrityksinä antaa tuomarille vapautta, jonka kautta yleisen lain vaikutuksia voitaisiin vastustaa.[60] Porvarillisella puolella

57. 1700-luvun lopulla ja 1800-luvun alussa vaadittiin 'demonstratiivista', ts. matemaattista varmuutta lain perusteiden tulkinnassa, Schröder 1985, 51-52. Osaksi tämä perustui jo G. H. Leibnizin ja Christian von Wolffin käsitykseen loogisen syllogismin ja matemaattisen todisteen suhteesta. 1700-luvun positivismia korostavat valistusoppineet kuten Christian Thomasius suhtautuivat vihamielisesti 'tuomarinoikeuden' luonnonoikeudellisiin perusteluihin. Thomasiukselle kaikki sitova oikeus oli positiivista; luonnonoikeus velvoitti vain ihmisen omaatuntoa. Kleinheyer ja Schröder 1983. 305-307, Coing 1985, 75.

58. Hübner 1980, 45-49.

59. Schröder 1985, 17-25.

torjuttiin taas sellainen oikeudellinen päätöksenteko, joka olisi laista riippumaton. Tässä suhtautuminen tuomarin harkintavallan laajuuteen liittyy suoraan tuomiovallalle yhteiskunnassa annettuun tilaan, jota rajattiin oikeusvaltiollisuuden, valtiovallan kolmijako-opin sekä julkisja yksityisoikeuden kehittelyillä. Tilanne ei kuitenkaan ollut niin yksinkertainen, että 1800-luvun alun porvarillisesti tai liberalistisesti suuntautunut saksalainen lainoppi olisi lähtenyt ajamaan 'puhtaan loogista' ja hyvin lain kirjaimeen sidottua tuomarin tulkintaa, kuten jälkikäteisrekonstruktioissa on esitetty.

Oikeudellinen diskurssi edellytti oikeudellisen tulkinnan olevan luonteeltaan erilaista kuin hallinnollinen päätöksenteko. Tuomarin toiminnan tuli olla epäpoliittista ja kognitioon perustuvaa. Vallitsevaksi tulkintateoriaksi muodostui Ogorekin mukaan ns. *interpretatio logica*, tulkintateoria, joka tavoitteli keskitietä tuomarin sidottuisuuden ja harkinnan vapauden välillä. *Lainsäätäjän tahto* ja *looginen tulkinta* olivat ne avainkategoriat, jotka olivat alkaneet kristallisoitua saksalaisessa laintulkintaopissa jo 1700-luvun puolivälissä ja jotka olivat hallitsevia seuraavien 150 vuoden ajan.[61] Tällaisen tulkintaopin teorian pioneerityö oli J. H. *Boehmerin*, 1700-luvun alun kuuluisan usus modernus-pandektiopin harjoittajan tulkintaoppi. Hänen looginen tulkintansa ei kuitenkaan tarkoittanut logiikkaa 1800-luvun lopun muodollisessa merkityksessä, vaan laajojen mielikuvien käytön sallivaa tulkintatapaa.

Merkkipaalu interpretatio logican valtakauteen johtavalla tiellä oli A. F. J. *Thibautin* loogisen tulkinnan teoria, joka julkaistiin vuosisadan vaihteessa. Tämä tulkintateoria pyrki antamaan roomalaisen oikeuden lähteiden tulkitsijoille sääntöjen kaanonin, jonka avulla tekstien edellyttämä tulkinta voitiin yhdistää oikeusvarmuuteen. Spekulaation sijasta juristin oli käytettävä tulkinnassaan analogiaa. Lain oikeata tulkintaa oli etsittävä sekä lainsäätäjän intentiosta että lain ratiosta. 'Looginen' tulkinta merkitsi sen selvittämistä, mitä lainsäätäjä todella pyrki ilmaisemaan sanoillaan, ja niiden perusteiden selvittämistä, joihin hänen määräyksensä perustuvat (ratio legis). Kun lain ratio loppuu, loppuu lakikin (cessante ratione legis, cessat lex ipsa).[62] F. C. von *Savignyn* tunnettu ohjelmakirjoitus vuodelta 1814 ajan vaatimuksista lain-

60. Ogorek 1986, 74-75.
61. mt., 102-107.
62. Schröder 1985, 19-20.

säädännön ja oikeustieteen suhteen[63] piti myös välttämättömänä tieteellisesti varman tuomarin tulkintaopin kehittämistä. Loogisen tulkinnan oppi esitettiin metodina, jonka avulla on mahdollista selvittää lainsäätäjän todellinen intentio.

Loogisella tulkinnalla tarkoitettiin säädetyn normin intention rekonstruoimista systemaattisten, historiallisten, poliittisten ja muidenkin asiaan kuuluvien argumenttien avulla. Siten interpretatio logica ei ollut loogista tulkintaa formaalisen logiikan mielessä, eikä lainsäätäjän tahto tarkoittanut lainsäätäjän todellisia intentioita, vaan lainsäätäjän tahdon rationaalista tulkintaa.

Ogorekin mukaan 1800-luvun saksalaisen oikeustieteen kiinnostus tulkintateoriaan oli jaksoittaista. 1800-luvun ensimmäisinä vuosina teemasta kirjoitettiin useita monografioita, mutta jo 1810-luvulla tulkintateoria jäi syrjään. Kiinnostus suuntautui saksalaisen oikeuden kodifioimisen tarpeellisuudesta käytävään kiistaan. Kodifiointitarvetta koskeva kiista, jota käytiin ennen kaikkea Thibautin ja von Savignyn välillä, vähensi kiinnostusta säännösten tulkitsemisen problematiikkaan.[64]

Kysymys tuomarin tulkinnan rajoista voidaan kuitenkin asettaa myös *oikeuslähdeopin* kautta. Oikeuslähteistä puhutaan vasta modernissa oikeudessa. Saksalaisen historiallisen koulun oppi kansanhengestä irrotti oikeusteorian samanaikaisesti sekä tavanomaisesta oikeudesta perinteisessä mielessä että oikeuden demokraattisesta syntyperusteesta. von Savigny huomautti, että tavanomaisen oikeuden teoria on perusteltava huolellisesti, koska se koskee valtion oikeudellista monopolia.[65] G. F. Puchtan mukaan oli ollut virhe käsittää tavanomaisen oikeuden saavan alkunsa alemmista kansanluokista; tämä virhe oli oikeuslähdeopin avulla oikaistava.[66] 'Tuomarin tavanomaisessa oikeudessa', richterliches Gewohnheitsrecht, voitiin tavanomaisen oikeuden sitovuus ulottaa tuomarin toimintaan. Tuomarin työssä on kysymys vain oikeuden tunnistamisesta, ei säätämisestä. Myös Max Weberin käyttämä Rechtsfindung-termi sisältää oletuksen ennalta olemassa olevan oikeuden tunnistamisesta. Luonnollinen kansanhenki voitiin von

63. von Savigny 1973, 95 ss.
64. Ogorek 1986.
65. von Savigny 1840.
66. Tiede muodostaa 'juristioikeutta', joka on kolmas oikeuslähde lain ja tavanomaisen oikeuden rinnalla. Puchta 1871, 33.

Savignyn ja Puchtan mielestä irrottaa ihmisistä poliittisessa mielessä, ja Puchtan tieteellinen juristioikeus kykeni välttämään oikeuden ja politiikan yhteyden. Kansallisten oikeudellisten vakaumusten tunnistaminen ja formuloiminen tavanomaisena oikeutena vain uusintaa oikeutta, ei luo sitä. Näin oikeuskäytäntö nousee oikeuslähteeksi, joka korvaa tavanomaisen oikeuden perinteisessä merkityksessä. Olemassaolevista oikeusperiaatteista juristi voi lisäksi luoda uusia. Tieteellisesti aikaansaatu ratkaisu oli Puchtan mukaan oikeuslähde.[67]

Vaikka kaikki juristit eivät hyväksyneet Puchtan tapaa perustaa oikeustieteen asema oikeuslähteenä yksinomaan sen tieteellisyyteen, hänen lopputuloksensa hyväksyttiin oikeusteoriassa yleisesti. Puchtan juristioikeus oli yleisesti hyväksyttyä siinä mielessä, että oikeustieteilijät laajasti olettivat tuomarien tehtävänä olevan soveltaa oikeutta muuttuviin sosiaalisiin tarpeisiin.[68]

Saksalaiset tuomarit alkoivat tulkita oman toimintansa tieteelliseksi oikeuden luomiseksi. Tämä avasi mahdollisuuden vedota tuomarinoikeuteen joko tuomioistuinkäytännön tuottamana tavanomaisena oikeutena tai tieteellisesti tuotettuna oikeutena. Ogorekin mukaan saksalaisten valtioiden arkipäivässä muu kuin tuomarin tietynasteinen harkintavalta ei käytännössä olisi ollut mahdollistakaan. Vaikka liberaalit korostivat legalismia, olivat yleisesti hyväksyttävissä olevat lait niin harvinaisia, ettei niiden varaan juuri voinut laskea. Historiallisen koulun tulkintaoppi, jonka mukaan 'positiivinen' oikeus ei välttämättä ole säädetty laki, oli myös liberaalista näkökulmasta houkutteleva. Porvariston toiveet liberalistisesta lainsäädäntöpolitiikasta eivät toteutuneet, joten oli etsittävä muita väyliä oikeuden luomiselle. von Savignyn tuomarien luoma tavanomainen oikeus kelpasi tähän tarkoitukseen. Se kykeni tukeutumaan vuosisatojen aikana kehittyneeseen yleisen oikeuden perinteeseen, jonka kautta saavutettava tulkinta oli usein säädetyn lain mukaista helpommin hyväksyttävissä.[69] On muistettava, että esimerkiksi rikosoikeuden uudistamiseen tähtäävästä reformi-innosta huolimatta säädetty laki oli usein vuodelta 1532 peräisin oleva Kaarle V:n rikoslaki.

Tavan kategoria oli alun perin oikeustieteilijöille keino saada tuomioistuinkäytäntö näyttämään tavanomaisen oikeuden alalajilta. Tuo-

67. Ogorek 1986.
68. Ogorek 1989, 28-29.
69. Ogorek 1989, 29-30.

mioistuinkäytännön, Gerichtsgebrauch, nimellä tunnettu tavanomainen oikeus tunnettiin myöhemmin avoimesti tuomarinoikeutena, Richterrecht. Eri kirjoittajat perustelivat juristien tuottaman oikeuden legitimiteettiä joko sen teknisen tai asiantuntemukseen perustuvan luonteen vuoksi. Lisäksi lakimieskunnan voitiin katsoa edustavan myös valtion oikeudellista valtaa.

1800-luvun loppupuolen saksalainen oikeustiede ei kaivannut tavanomaista oikeutta tällaisessa tuomarioikeudeksi muuntuneessakaan mielessä. Rudolf von Jheringin intressilainoppi perusteli juristien oikeutta osallistua oikeuden syntyyn oikeussosiologisella tavalla. Hän tulkitsi oikeuden intressien, tarpeiden ja tavoitteiden funktioksi.[70] Juristit havainnoivat yhteiskunnallisia suhteita ja tuottavat oikeutta näiden havaintojen avulla. Juristin toiminta ei tämän tulkinnan mukaan rajoitu vain oikeuden suljettuun systeemiin, mutta oikeutta tuottavat toimijat ovat samat kuin aikaisemmissakin teoriakehitelmissä: juristit.

Tieteellisen oikeustieteen kanssa yhtäaikainen selitysmalli oli esittää tuomarin ratkaisu *valtion oikeustahdon* ilmaukseksi. Oskar Bülowin mukaan valtiollinen oikeus ei voinut sietää tavanomaista oikeutta rinnallaan. Hänelle säädetty oikeus oli suvereenin 'oikeuden intention deklaraatiota'. Oskar Bülowin vaikutusvaltaisen tulkinnan mukaan tuomarin ratkaisu oli valtiovallan oikeustahdon julistamista. Minkään järjestäytymättömän ihmismassan kulttuurinen oikeuden luominen ei voinut tuottaa oikeutta.[71] Historialliselle koululle tapa oli tärkeä oikeutta luova tekijä, joskin se merkitsi selvästi oikeustieteen ja tuomarin tulkitsemaa tavanomaista oikeutta. Vuosisadan lopun vahvassa valtiossa tapa menetti merkitystään.

Tällaisessa tulkinnassa oikeus valtiotahtona on yleinen ja objektiivinen, eikä se tarvitse muuta justifikaatiota kuin oman olemassaolonsa. Kun vahvan valtion vaatimus alkoi nousta esiin poliittisessa teoriassa, oikeusteoria liittyi tähän.

---

70. Tällaisena se on myös jatkuvan valtakamppailun kohde. Koska oikeuden synnyssä yksilöiden ja kokonaisten yhteiskuntaluokkien intressit ovat kysymyksessä, muutokset syntyvät kamppailun tuloksena. Historiallisen koulun kansanhenki, jota kieli ilmentää on ei voi olla selitys oikeuden syntyperusteelle, ja Puchtan tavanomainen oikeuskin on vain todiste vallitsevasta oikeusvakaumuksesta. Tapakin syntyy von Jheringin mukaan toiminnasta; se pyrkii hallitsemaan elämää ja valta kuuluu sen käsitteeseen. von Ihering 1879, 1-12.

71. Bülowin teosta Gesetz und Richteramt pidetään yleisesti käänteentekevänä siinä suhteessa, että tuomitseminen ei Bülowin mukaan ole mekaaninen suoritus. Bülow 1885.

Oskar Bülow ei siis Ogorekin mukaan keksinyt tuomarinoikeutta eikä sitä, että oikeuden soveltaminen on muutakin kuin mekaanista logiikkaa. Bülowin teoriassa tuomarin ratkaisusta sen sijaan tuli valtion oikeustahdon julistus, ja tuomarista itsenäinen valtiovallan kantaja. Teoria ylittää vallan kolmijako-opin olettamukset tuomiovallan rajoista. Tuomari nähdään itsenäiseksi täytäntöönpanoelimeksi, joka on kuitenkin tiukasti integroitunut valtion yhtenäiseen valtaan. Tämä kanta erosi liberalistisista oikeusteorioista. Bülowin teoria ei pidä valtion valtamonopolia uhkana yksityiselle oikeudelliselle sfäärille, vaan edellyttää yksityisen kansalaisvapauden toteuttamista valtion sisällä ja sen avulla. Bülow esitti käsityksensä tulkintaopin eikä valtiosääntöoikeudellisen pohdiskelun muodossa. Vapaaoikeudellinen koulukunta kehitteli Bülowin luovan tuomiovallan käsitettä oikeudeksi, joka kokonaan irtaantui säädetystä laista. Tätä Bülow ei hyväksynyt, vaan tuomitsi säädetyn oikeuden vastaiset teoriat ja vaati tuomareilta uskollisuutta säädettyä lakia kohtaan. BGB:n säätämisen jälkeen vapaaoikeudellisen koulukunnan suosio väheni.[72]

Saksalaisessa 1800-luvun doktriinissa tuomarin toiminnasta annetaan itse asiassa hyvin erilaisia kuvauksia. Tuomarin toiminnan mekaanis-loogista, epäpoliittista luonnetta korostettiin ennen kaikkea valtioteoriassa, jossa tuomarista tehtiin epäpoliittinen 'subsumtioautomaatti'. Tämä liittyi oikeudellisen diskurssin perusteiden määrittymiseen tuomiovallan aseman sekä julkis- ja yksityisoikeuden rajan linjauksessa. Mitä enemmän tuomarille haluttiin antaa valtuuksia ja mitä enemmän tuomarin valta kontrolloida hallintoa korostui, sitä tiukemmin sidotuksi hänen toimintatapansa esitettiin. 1800-luvun puolivälistä alkaen vaadittiin hallinnon kokonaiskontrollin luovuttamista tuomioistuimille, ja juuri tässä yhteydessä tuomari esitettiin teknikoksi, jonka toimintaan ei sisälly valta-aspekteja. Sen sijaan oikeuslähdeopin mukaan tuomarin tekemä oikeus näyttäytyi hyvin itsenäisenä. Oskar Bülow väitti oikeuden olevan autonomista. Tuomarin tuottama oikeus vuorostaan oli hänen mukaansa luonteeltaan valtiollista: valtiovallan oikeudellista tahdonilmaisua. 1800-luvun lopulla tuomari oli saavuttanut tunnustetun, valtiollisesti määrittyneen itsenäisyyden: tuomarin kautta puhui valtio.

72. BGB:n laatijoiden käsityksestä oikeustieteen ja lain suhteesta ks. Jakobs 1983, 134-161.

5. Oikeustiede systeeminä

Moderni oikeus on Max *Weberin* mukaan *systeemi*. Oikeuden käsittäminen systeemiksi ja juridiikan käsittäminen tieteeksi liittyvät historiallisesti yhteen. Kummankin kehitys liittyy oikeuden modernisoitumiseen. Modernin tiedekäsityksen mukaan tiede ei vain välitä auktoritatiivista perinnettä: se organisoi maailmaa. 1700-luvun lopulla etenkin Saksassa tiede myös institutionalisoitui uudella tavalla. 'Tiedeyliopisto' korvasi ammattikuntaiset yliopistot. Modernissa tieteessä tiedon koosteen sijaan asetetaan systeemi, 'järjellisesti yhtenäinen kokonaisuus', kuten Friedrich *Schiller* esitti virkaanastujaisesitelmässään vuonna 1789.

Myös modernin 'tieteellisen oikeustieteen' tehtävä on jäsentää maailmaa. Tieteellinen oikeustiede tarjoaa juristeille itseymmärryksen, jonka mukaisesti oikeuden erityinen autonominen alue yhteiskunnassa määrittyy. Oikeustieteen ajatellaan tarjoavan mittapuun oikeusjärjestyksen säätämiselle ja tulkinnalle. Moderni oikeustiede rakentaa oikeudesta tieteellisen systeemin, jonka kokonaisuus johdetaan yleisistä periaatteista. Saksassa tämä lainopin tieteellistämisen projekti sai erityisen vahvan aseman. Anglosaksisissa maissa oikeutta systematisoitiin oikeudenkäytössä. Kuitenkin esimerkiksi Jeremy *Benthamin* utiliteetilla perusteltu 'lainsäädännön tiede' rakentuu sekin eräänlaisiin apriorisiin periaatteisiin. Tieteellisen oikeustieteen läpimurron jälkeen juristien toimintaa etenkin lainvalmistelijoina ja tuomareina kannattelee juuri heidän hallitsemansa tiedon 'tieteellisyys'. Modernin oikeustieteellisen systeemin synnyn yhteydessä myös prosessioikeus itsenäistyy.

Moderni tieteenteoria perustuu käsitykseen kaikille ihmisille ominaisesta mielen rakenteesta ja sen erityisistä kyvyistä. Modernia tietämistä leimaa epistemologinen kaksinaisuus, joka ilmenee subjektin ja objektin, vapauden ja luonnon kaksinaisuuksina. Tällainen tietämisen kaksinaisuus toistuu myös siinä, miten modernissa prosessissa 'oikean' ja 'toden' toteuttava ratkaisu ajatellaan mahdolliseksi. Käsittelen seuraavassa esimodernia ja modernia oikeudellista systematisointia, systeemin tärkeätä merkitystä modernissa epistemologiassa, Immanuel *Kantin* kriittistä filosofiaa modernin epistemologian kynnyksenä, Kantin Oikeusoppia modernin oikeuden formalismin edustajana sekä sak-

salaisen historiallisen koulun myötä syntynyttä modernia oikeustiedettä. Koulukunnan siviilioikeuden systeemistä etsittiin rakennusosia tieteellistyneen prosessioikeuden lähtökohdiksi Saksassa ja sittemmin myös Suomessa ja Ruotsissa.

5.1. Esimoderni oikeuden systematisointi ja tulkinta

Ammattimaisesti harjoitettu lainoppi elpyi varhaiskeskiaikaisen katkoksen jälkeen 1100-luvulla. Italiassa, erityisesti Bolognassa, uudelleen herännyt roomalaisen oikeuden tekstien tutkiminen laajeni muualle Eurooppaan. Roomalaisen oikeuden harrastus levisi yhtäaikaisesti tavanomaisen oikeuden kirjaamisen ja kuninkaallisen lainsäädännön lisääntymisen kanssa.[1] Tavanomaisen oikeuden, tavan ja perinteen kirjaaminen kiinnittää myös oikeuden teksteihin. Ne toimivat materiaalisena peilinä, joka heijastaa oikeuteen kiinnittyvää mielikuvaa. Erilaiset 'oikeuden peilit' leviävät oikeuskokoelmien ja niitä käsittelevien selitysteosten muodossa. Myös oikeudenkäyttöä tai prosessin järjestämistä kuvattiin tällaisiin peileihin.[2]

Tällaisina tekstuaalisina koonnoksina oikeus saa näkyvän muodon, johon oikeudellinen tulkinta voi kiinnittyä. Erityistä juridista hermeneutiikkaa ei juuri voi syntyä ilman, että sillä on kiinnekohta teksteissä. Oikeuden dogmatiikka tai eksegetiikka saa kuitenkin glossaattoreiden töissä vaikuttavan voimansa osittain tekstin symbolisesta muodosta, eikä ainakaan yksinomaan sen rationaalisesta sisällöstä. Teksti sitoo lukijansa mielikuviin, ikoneihin ja tällaisten visuaalisten keinojen kautta kirjallinen muoto tavoittaa lukijansa. On jopa väitetty glossaat-

1. Englannissa tätä kehitystä ilmensivät *Henrik II*:n lainsäädäntö ja *Glanvillen* Treatise, Saksassa Sachsenspiegel ja Ranskassa Coutumes de Beauvaisis. Tavanomainen oikeus sai niissä kiinteämmän muodon. Bloch 1961, 119.

2. Guilielmus *Durantis* laati neljään kirjaan ja 12 osaan jakaantuneen Speculum iudiciale-teoksen, jonka kaksi laitosta vuosilta 1271 ja 1286 kuvastivat tarkasti oikeudenkäyttöä. Saksalaiset uuden ajan alun 'oikeuden peilit' vetoavat suoraan italialaisiin lähteisiin, Wach 1885, 173-174. Myöhäiskeskiajalla ja uuden ajan alussa saksalais-roomalaisen keisarikunnan lainoppineet välittivät lukutaitoisille maallikoille lainoppia saavuttaakseen oikeudenkäytön alemmat tasot, Hattenhauer 1992, 379. 1400-luvun lopulla julkaistiin siviili- ja rikoskannekaavojen saksannoksia Sebastian Brandtin nimissä Klagspiegel-kokoelmana. Samantapainen oli Ulrich Tenglerin Laienspiegel. Kleinheyer ja Schröder 1983, 47-48.

torien 'oikeuden peilien' vaikuttaneen esteettisesti pikemmin kuin rationaalisesti.[3]

Keskiaikainen tekstien tulkinta oli monimuotoista. Varhaiskeskiajan raamatuntulkinta tunnusti tekstin monimerkityksisyyden. Raamatun tulkintaoppi perustui allegorisuuteen, jossa teksti yhdellä tasolla säilytti kirjaimellisen sisältönsä, samalla kun sille esitettiin muitakin tulkinnan kerrostumia.[4] *Augustinuksen* kirjoitusten tulkintaoppi laajeni maailmanhistorian tulkinnaksi ja tuotti samalla erityisen merkki- ja tulkintateorian. 1100-luvulla syntyvä luontoa käsittelevä tiede taas oletti aistien olevan kaiken tutkimuksen lähtökohta. Tieteellisiä tuloksia ei pyritty tuottamaan mittaamisen tai kokeiden avulla, vaan ihmismielen sanojen, ajatusten ja olioiden keskinäisyhteyden kautta. Skolastiikassa todellisuudentulkinta saa rinnalleen aristoteelisen ajattelun, jossa 'dialektisella' metodilla ratkaistaan auktoriteettien ristiriitoja. Uusi kirjallinen esitystapa pakotti oppineet argumentoimaan tekstuaalisesti.[5]

1100-luvun kirjallisuudenteorialle triviumin ja grammatiikan maailma merkitsi käsitteellisen ajattelun lähtökohtaa, dialektiikka taas käsitteli logiikan ja fiktiivisen totuuden suhteita. 1100-luvulta alkaen mystinen hermeneutiikka jumalalliseen divinaatioon palautuvine lähtökohtineen jäi syrjään. Kontemplatiivinen ja mystisen kokemuksen Augustinus hylättiin, rationaalisen ja allegorisoivan tulkinnan Augustinus säilyi tulkinnan lähtökohtana. Kielestä tuli inhimillisen järjen väline, ja propositionaalinen logiikka sai johtavan aseman tiedon järjestämisessä ja testaamisessa. Kansankielisessä kirjallisuudessa retoriikka ja logiikka eriytyivät vastakkaisiksi tendensseiksi. Logiikka pyrki voittamaan kielellisen monimielisyyden kyetäkseen ilmaisemaan välttämättömiä ja pysyviä totuuksia.[6]

Sama muutos tapahtuu suhtautumisessa oikeudelliseen tulkintaan. Tavanomainen oikeus oli keskiajan juristeille inhimillistä, muuttuvaa

3. Goodrich 1990, 234-238.

4. Vanhan testamentin teksti oletettiin historialliseksi faktaksi, mutta samalla allegorisiksi ennusmerkeiksi uuden testamentin tapahtumista. Israelin kansan kohtalot redusoitiin Kristuksen elämänhistoriaksi. Kirjaimellisesta, referentiaalisesta lukutavasta aukeaa vielä kaksi uutta lukutapaa: moraalisen ja anagogisen tulkinnan alueet. Moraalisella tasolla raamattu voidaan tulkita kristityn henkilökohtaisen pelastuskertomuksen tapaan ja anagogisesti ihmiskunnan pelastuskertomukseksi. Jameson 1981, 30-31.

5. Lehtonen 1990, 193-195. Perustuu teokseen Stock 1983.

6. Lehtonen 1990, 201-202. Perustuu teokseen Vance 1987.

oikeutta, mutta luonnonoikeus oli luettavissa ennen kaikkea roomalaisen oikeuden teksteistä. Jumalallinen, luonnollinen ja roomalaiseen Corpus iurikseen sisältyvä oikeus olivat oppineille juristeille yhtä. Keskiajalla sekä teologia että oikeustiede olettivat, että on tiettyjä täydellisen doktriinin sisältäviä tekstejä.[7] Kun ammattimainen juridiikan tutkimus keskiajalla elpyi, oikeusoppineet ammensivat käsityksensä oikeudesta varsinkin kolmesta lähteestä: *Aristoteleen* ja *Ciceron* kirjoituksista sekä roomalaisen oikeuden Corpus iuris-kokoelmasta. *Justinianuksen* oikeuskokoelmasta Bolognan glossaattorit löysivät täydellisen jo tietyssä määrin tieteellisesti työstetyn oikeusjärjestelmän, joka voi toimia pohjana juridisille rationalisoinneille.[8]Bolognan yliopisto ja myös muut italialaiset ja ranskalaiset oikeudellisen tulkinnan koulut omaksuivat tutkimuskohteekseen roomalaisen oikeuden. Näiden koulujen opiskelijoista puhutaan 'juristeina', joita katolinen kirkko, kehittyvä territoriaalivaltio ja riippumattomuutta tavoittelevat kaupungit kiinnittävät neuvonantajikseen.[9]

Oman aikansa monikerroksiseen oikeuteen - joka muodostui ruhtinaiden antamista laeista, muistiinmerkityistä yleisistä laeista sekä kirkollisista, feodaalisista ja kansanomaisista normeista - lainoppineet kiinnittivät vähemmän huomiota auktoritatiivisten argumenttien lähteenä. Tämä liittyy keskiaikaiseen luonnonoikeudelliseen ajatteluun. Tuomas *Akvinolaisen* mukaan oikeus käsittää eritasoisten lakien hierarkian. Maailmankaikkeutta hallitseva ikuinen jumalallinen laki, lex aeterna, muodostaa tämän hierarkian huipun. Luonnonoikeus, lex naturae, on tämän jumalallisen maailmanjärjestyksen se osa, josta ihminen voi tulla tietoiseksi. Ihmisjärki kykenee ymmärtämään luonnon oikeutta, ja siten järki liittää ihmisen maailmankaikkeuden lain toteutumiseen. Ihmisten laki, lex humana, on luonnonoikeuden ilmentymä ihmisten muuttuvissa historiallisissa olosuhteissa. Ihmisten muuttavan lain arvioiminen on luonteeltaan praktista toimintaa, jossa yhteisön normatiivisten käsitysten ylläpitäminen on sopusoinnussa luonnolle asetetun metafyysisen tavoitteen kanssa.[10] Eri yhteisöissä vallitsevana ihmisten lakina oikeus on muuttuvaa; argumentit sen muuttamiseksi on kuitenkin etsittävä ylemmiltä hierarkian tasoilta.

---

7. Goodrich 1987, 33.
8. Coing 1985, 9.
9. Coing 1985, 11-12.
10. Peterson 1988, 99-104.

Aristoteleen ja *Ciceron* teokset välittivät keskiajan lainoppineille itseymmärrystä, jossa lainoppi liitettiin retoriikan harjoittamiseen. Antiikin retoriikka piti suostuttelua julkisen toiminnan luonnollisena osana. Suostuttelu (joka Aristoteleelle on imartelun, viettelyn ja uhkailun vastakohta) pyrkii eliminoimaan arvoristiriitoja. Retoriikka on samanaikaisesti sekä suostuttelua että kehoitus toimintaan. Augustinus esittää keskiaikaisen esimerkin siitä, mitä tällä tarkoitettiin: ' Olet suostutellut kuulijan, kun hän pitää siitä mitä lupaat, pelkää sitä, minkä sanot olevan uhkaamassa, vihaa sitä, mitä arvostelet, omaksuu mitä käsket, hylkää sen, minkä esität paheksuttavaksi...puhetaitosi kykenee vaikuttamaan kuulijoiden mieleen, ei vain tuoden heidän näkyviinsä mitä he tietävät että pitäisi tehdä, vaan saaden heidät myös tekemään sen'.[11] Antiikin kreikkalaisten topos, roomalaisten locus omaksuttiin keskiaikaiseen loogiseen (dialektiseen) ja retoriseen topiikkaan. Siinä topiikan teoria suuntautui etsimään todennäköisessä argumentaatiossa vaikuttavia universaaleja periaatteita. Sen avulla voitiin arvottaa sisäisesti epäkoherenttia diskurssia.

Praktisen filosofian kohteen konteksti on Aristoteleelle muuttuva yhteiskunnallinen käytäntö, praksis. Sen vuoksi siltä puuttuu ontologinen pysyvyys ja looginen välttämättömyys. Käytännöllisen filosofian kohde on phronesis, viisas tilanteiden ymmärtäminen - Ciceron prudentia.[12] Aristoteleen etiikka on tiede, joka käsittelee hyveitä ja niiden mukaista hyvää elämää. Nikomakhoksen etiikan mukaisesti oikeus on luettava praktisiin tieteisiin, jonka kautta saavutettava totuus on toisenlaista kuin tieteen kognitiivinen totuus. 'Politiikassaan' Aristoteles käsittelee hyvää ja huonoa hallitsemista, valtiomuotoja ja valtiossa tarvittavia lakeja. Tällaisia asioita käsittelevä tieto, prudentia - myös jurisprudentia - on praktista tietoa ihmisen hyvästä ja pahasta. Sille ei ole ominaista looginen todistelu välttämättömien totuuksien avulla. Toisaalta Ciceron mukaan oikeus on luonnollinen, jumalallinen, rationaalinen, ikuinen ja ihmisille yhteinen lex - ja sellaisena oikeutta koskevan tutkimuksen todellinen kohde. Keskiajan oikeusoppineille lex tässä merkityksessä oli lähinnä saatavilla roomalaisen oikeuden tekstien muodossa.

Aristoteleen ja Ciceron ohella eurooppalaista juridista teoriaa leimasivat keskiajalla 'Corpus-iuris-immanentit' oikeusteoriat. Rooma-

11. sit. Goodrich 1987, 93.
12. Habermas 1971, 49.

laisten juristien epäyhtenäinen oikeuslähdeoppi käsitettiin luonnolliseksi. Teoriat olivat ristiriitaisia ja ilmensivät oikeuslähteiden moninaisuutta. Keskiajan juristit toisaalta uskoivat vahvasti juridiikan kykyyn ratkaista ongelmia, mutta toisaalta he eivät pitäneet juridisten lausumien kokonaisuutta loogisen systematisoinnin kohteena.[13] Jurisprudentia oli käytännöllistä ja retorista argumentointia.

Roomalaisen oikeuden reseptio merkitsi myöhäiskeskiajalla roomalaisen oikeuden soveltamista uusiin olosuhteisiin. Max *Weberin* mukaan tämä johti roomalaisen oikeuden universaalistumiseen; roomalaisen oikeuden oletettiin olevan johdonmukainen ja aukoton normien kokonaisuus, jonka 'soveltaminen' on juridisen ajattelun tehtävä.[14] Roomalainen oikeus koostui siviilioikeudesta, ius civile, jonka kohteena oli kansalaisten välisen taloudellisen vaihdon sääntely, ja julkisoikeudesta. Julkisoikeus, lex, käsitti valtion ja sen alamaisten suhteet. Absoluuttisen valtion käytäntöihin ankkuroitunut roomalainen oikeus torjuttiin sekä Englannin 1600-luvun absolutismin vastaisessa liikkeessä että Ranskan suuren vallankumouksen yhteydessä.

Keskiajalla Corpus iuris-kokoelman auktoriteetti tunnustettiin yleisesti. Sen pohjalta syntyi keskiajalla esimerkiksi kompilaattorien käsissä suhteellisen vapaita systematisointeja. Corpus iuris on moniaineksinen kokoelma.[15] Corpus iuriksen käyttäjien kannalta oli ongelmallista, että sen Institutiones-osa eroaa rakenteeltaan Digestasta ja Codexista, vaikka se on tarkoitettu lyhyeksi johdannoksi näihin. Roomalaisen ja kreikkalaisen ajattelun ero toistuu rakenne-erossa näiden osien välillä. Institutiones-kirjasta tuli roomalaisen oikeuden reseptiossa juridisen ajattelun itsestään selvä keskipiste.

Institutiones-tekstin pääosat ovat personae, res ja actiones. Nämä muodostuivat roomalaisen oikeuden reseptiossa kehkeytyvän uuden systematiikan perustaksi.[16] Keskiaikainen systematiikka muodostui lä-

13. Troje 1969, 64-66.

14. Weber korostaa roomalaisen oikeuden formaalisen luonteen merkitystä; roomalaisen oikeuden 'sisällön' omaksuminen ei edistänyt modernisoitumista. Weber 1956 II, 491-495.

15. Corpus iuris koostuu osista Institutiones, Digesta, Codex ja Novellae. Näistä Digesta tai pandektit sisältää roomalaisten juristien kirjoitusten valikoiman, Codex taas keisarillisten asetusten kokoelman. Digestassa esitetään kannetyyppien perusteella tiettyjä oikeudenaloja - avioliittoa ja perhettä koskevia, velkaa koskevia jne. alueita. Digesta ja Codex ovat luonteeltaan hyvin kasuistisia. Novellae sisältää Codex- ja Digesta-osiin nähden uutta oikeudellista ainesta, ja Insitutiones opastaa Digestan ja Codexin käyttöön.

hinnä osasysteemeistä tai systemaattisista lähtökohdista, joille ei kuitenkaan esitetty yhtenäisen merkityksen antavaa kokonaislähtökohtaa. Keskiajan roomalaisen oikeuden reseptio ja usus modernus-lainoppi perustuivat logiikkaan sellaisena kuin logiikka käsitettiin antiikin teksteissä ja skolastiikan kehittelyissä. Tässä muodossa logiikka muodosti keskiajalta 1700-luvulle keskeisen osan oppineisuutta. 'Yleiseksi oikeudeksi' käsitetystä oikeudellisesta aineksesta voitiin käydä yhtenäistä keskustelua tieteenteorian kysymyksistä antiikin logiikan varassa. Logiikka käsitti opin periaatteista ja niiden etsimisestä ongelmallisissa kysymyksissä; propositio-opin, luokittelu- tai määrittelyopin, loogisen syllogistisen päättelyn sekä opin apodiktisesta ja dialektisesta päättelystä.[17]

Filosofian suuri kiinnostus systematisoimiseen - josta enemmän jäljempänä - johti moniin yrityksiin luoda uusia oikeudellisia systeemeitä filosofian pohjalta ja enemmän tai vähemmän Institutiones-teoksen traditiosta irtaantuen. Nämä 1600- ja 1700-luvun uussystematisoinnit eivät kuitenkaan juuri kiinnostaneet käytännön juristeja. Esimerkiksi Christian von *Wolffin* oikeudellinen systematisointi ei herättänyt käytännön lainoppineiden kiinnostusta.[18] Luonnonoikeudelliset systematisoinnit eivät käytännössä vaikuttaneet sen paremmin saksalaisen kuin roomalaisenkaan oikeuden esityksiin. Luonnonoikeudellisessa ajattelussa ei toisaalta erotettu *oikeuden* ja sitä koskevan *tieteen* systeemeitä toisistaan, sillä tieteellisessä esityksessä oli kysymys aksiomaattisen metodin omaksumisesta. Jokainen luonnonoikeudellinen systeemi on samalla tieteellinen systeemi, joka syntyy deduktion tai aksiomaattisen metodin käytön kautta.[19]

Englannissa roomalaisen oikeuden torjuminen vaikutti myös siihen, että mannermaiselle luonnonoikeudelle ominainen systematisointi jäi syrjään. Kodifiointi ja roomalaisen oikeuden vaikutus ei kuitenkaan selitä mannermaisen ja anglosaksisen oikeuden eroa. Aksiooma, jonka mukaan oikeus on itseriittoinen, kattava ja aukoton syntyi mannermaalla byrokraattisen valtion tarpeista. Tällaista systematisoitua oikeutta tuotti mannermaalla lakimieskunnan sosiaalinen rakenne yhtyneenä absoluuttisten monarkioitten rakenteeseen. Englantilainen

16. Troje 1969, 71-75.
17. Coing 1985, 16-19.
18. Kambartel 1969, 106-107.
19. Björne 1984, 15.

tuomioistuimien kehittämä oikeus eroaa mannermaisesta enemmänkin 'rakenteen viimekätisten muodollisten periaatteiden' kuin 'positiivisten normien ja instituutioiden' tasolla.[20]

Englantilainen oikeus on proseduraalista. Se rakentuu asianajajan käytettävissä olevien keinojen varaan eikä tiedon systematisointiin. Englantilainen oikeus ei kehittänyt instituutioiden määritelmiä roomalaisen oikeuden tapaan. Siinä suhteessa englantilainen common law on lähellä klassista roomalaista oikeutta, että oikeus ja sen toteuttamisen välineet osuvat yksiin - ubi remedium ibi jus. Ajattelutapana tämä jäi elämään senkin jälkeen, kun common law-järjestelmästä poistettiin oikeuksien sitominen kanteisiin.[21] Roomalaisen oikeuden kanteen ja oikeuden yhdistämisestä kiinni pitävä englantilainen common law hylkäsi roomalaisen oikeuden systematisointiin taipuvan perinteen.

Myös saksalainen 'yleistä oikeutta' käsittelevä lainoppi oletti oikeuden ja oikeussuojakeinon kuuluvan yhteen. Oikeutta koskeva teoria jaettiin kuitenkin kahteen osaan: oikeuksia ja velvollisuuksia koskevat opit esitettiin erillään siitä, miten niitä oli sovellettava yksittäistapauksissa. 1700-luvun saksalainen 'teoreettinen lainoppi' käsitti edellisen, 'käytännöllinen lainoppi' jälkimmäisen - nykyisen kielenkäytön mukaan prosessioikeudellisia oppeja tai oikeuden käyttämistä koskevan teorian. Siihen liittyi ns. kautelaarilainoppi, joka käsitteli porvarillisten oikeustoimien tekemistä. Myös notaarin ja asianajajan toimintaa ohjaava opetus liitettiin 'käytännölliseen lainoppiin'. Tämä oli eri asia kuin käytännön harjoittelu, joskin usein epäiltiin, ettei yliopistoissa voinut riittävän hyvin perehtyä 'käytännölliseen lainoppiin'. Lainopin jakoa teoreettiseen ja käytännölliseen arvosteltiin 1790-luvulta alkaen, ja se hävisi modernin oikeustieteen synnyn yhteydessä. Esimerkiksi Gustav *Hugo* ja A. F. J. *Thibaut* vastustivat jakoa, koska oikeutta koskeva tiede on aina käytännöllistä, mutta samalla objektiivista ja systemaattista. Kun oikeustiede kokonaisuudessaan käsitetään praktiseksi tieteeksi, on aikaisempi 'käytännöllinen lainoppi' vedettävä teoreettisen osaksi. Prosessioikeus ja siihen liittyvät 'käytännölliset aputieteet' kuten pöytäkirjaamista koskevat säännöt on muodostettava osaksi tieteellisen oikeustieteen systeemiä.[22]

---

20. Kahn-Freund 1976.
21. Englannissa näin tehtiin 1852 annetulla lailla common law-prosessista, Common Law Procedure Act 1852.
22. Schröder 1979, 46-72.

Saksalaiset luonnonoikeusoppineet alkoivat 1700-luvulta alkaen luopua personae-res-actiones-jaosta. Systeemejä ei rakennettu säädetyn tai tavanomaisen oikeuden pohjalta, eivätkä ne vaikuttaneet oikeuskäytäntöön. Sen sijaan niillä oli vaikutusta rationalistisen luonnonoikeuden kodifikaatioihin. Syntyi myös erikoisia myöhäisluonnonoikeudellisia sovellutuksia eri oikeudenaloille; 1700-luvun saksalainen oikeustiede synnytti jopa luonnonoikeudellista läänitysoikeutta. 1700-luvun lopulla ja 1800-luvun alussa esitettiin Saksassa siviilioikeuden järjestelmiä, joissa siviilioikeus jaetaan yleiseen osaan, esineoikeuteen, velvoiteoikeuteen, perheoikeuteen ja perintöoikeuteen.

Rationalistisen luonnonoikeuden valta-asema murtui kaikkialla Euroopassa 1700-1800-lukujen taitteessa. Ranskan vallankumouksen itseymmärryksen mukaan vallankumous oli saanut alkunsa filosofiasta. Aikalaisten näkökulmasta vallankumous oli muuttanut filosofian todellisuudeksi; rationaalisen luonnonoikeuden periaatteista oli tullut uusien perustuslakien periaatteita. Vallankumouksen tuomitseminen merkitsi tästä näkökulmasta rationaalisen luonnonoikeuden kieltämistä. Saksassa Ranskan vallankumouksen ja Napoleonin valloitussotien jälkeinen tilanne merkitsi murrosta tieteen monilla tasoilla. 'Tieteellisen tiedon' tuottajiksi syntyvissä yliopistoissa lainoppi muuttui oikeustieteeksi. Romantiikka ja saksalainen idealismi auttoivat syrjäyttämään rationaalisen luonnonoikeuden ja tekemään tietä historiallisen koulukunnan ohjelmalle.[23] Luonnonoikeuteen sisältyviä modernin oikeuden elementtejä siirrettiin oikeuden osiksi Saksassa lainopin välityksellä. Oikeuden modernit piirteet ilmenevät korostuneesti siviilioikeuden kehittelyissä.

Esimoderni tiede perustuu traditioon; valistus oli taipuvainen arvioimaan tieteen arvon sen hyödyllisyyden perusteella. Yliopistot toimivat monessa suhteessa kuten ammattikunnat: tieto siirrettiin sukupolvelta toiselle, ja usein myös yliopistolliset virat periytyivät ammattikuntaiseen tapaan tietyn suvun sisällä. Moderni tiedekäsitys syntyy modernissa yliopistossa. Tieteenalan arvoasemaa ei modernissa perusteta sen hyödyllisyyteen, vaan tieteellisyyteen. Saksassa tieteellisyyden kriteereiksi nousivat kantilaisittain tieteen systemaattisuus ja välttämättömyys.[24] Uusi tieteellisyyskäsitys ilmenee itsenäisen 'tieteen teorian' synnyssä. Myös tiedekuntien tai tieteenalojen keskinäinen arvo-

23. Björne 1986, 61-62.
24. Schröder 1979, 146-147.

järjestys horjui.[25] Perinteiset 'ylemmät tiedekunnat' (teologinen, lainopillinen ja lääketieteellinen) joutuivat määrittelemään uudella tavalla suhteensa sekä yliopistojen ulkopuoliseen maailmaan että tieteeseen erityisenä kognitiivisen järjen ilmentymänä.

Tieteellisen tiedon tyyssijaksi oli perustettava uudenlainen yliopisto. Wilhelm von *Humboldtin* mielestä Berliinin tiedelaitokset oli järjestettävä niin, että tiede voi löytää jotakin, mitä ei vielä ole. Yliopiston tuli toimia tieteelliseen järjenkäyttöön ohjaavana laitoksena.[26] Berliiniin 1809-1810 perustettu yliopisto johti saksalaisten yliopistojen historian . 'klassiseen vaiheeseen'. Käytännöllisesti suuntautuneet, ruhtinaiden suosiosta riippuvaiset paikallisyliopistot jäivät vähitellen taka-alalle. Ihanne tosin toteutui hitaasti. Uusi yliopisto merkitsi aikaisempaa suurempaa oppineiden liikkuvuutta koko saksankielisellä alueella.[27] Yhtenäinen, oppi- ja pätevyysvaatimuksiin, tutkintojärjestelmään ja yleensä standardeihin perustuva toimintatapa sekä tieteiden eriytyminen etenivät maaseudun yliopistoihin, ja samalla voitti alaa oppinut tiedeihanne. Vaatimukset yliopistojen tiedepoliittisesta riippumattomuudesta vahvistuivat etenkin vuonna 1848.[28]

'Humboldt'-yliopisto korvasi aikaisemman pragmaattisen tieteen opetuksen tradition ja tarjosi mahdollisuuden perustella ammattikäytäntöjä tieteellisesti, arkitiedosta eriytyneellä tavalla. Moderni tiede on erikoistunutta. Valituksen yhtenäinen tieteellinen maailmankuva eriytyi erillistieteiksi. Ero valitusfilosofian ja modernin filosofian välillä on myös siinä, että valistusfilosofiaa kirjoitettiin sivistyneelle, mutta erikoistumattomalle lukijakunnalle. Eriytyneiden tieteiden tekstien lukijakunnan muodostaa kyseisen tieteenalan akateeminen yhteisö. Tällaisia moderneja tieteitä toisaalta sovelletaan yhteiskunnallisesti käytäntöön erityisissä yhteiskunnallisissa instituutioissa - oikeustiedettä varsinkin lainvalmistelussa, oikeudenkäytössä ja hallinnossa.

---

25. F. W. J. Schelling esitti filosofian olevan 'ylin tiede', J.G. Fichte katsoi, että ns. ylemmät fakulteetit tekisivät viisaasti, jos tunnustaisivat riippuvaisuutensa filosofiasta. Yliopisto on 'koulu tieteellisen järjenkäytön taitoon'. F. Schleiermacher kirjoitti myös yliopistoista ja filosofisen tiedekunnan asemasta tieteen luonnollisen organisoitumisen paikkana. Immanuel Kant esitti der Streit der Fakultäten-kirjoituksessaan vuonna 1798 tieteen 'viimeisten voivan tulla ensimmäisiksi'; alkeisopintoihin yhdistetty filosofinen perinne oli asetettava tieteen arvojärjestyksessä ensimmäiseksi. Schröder 1979, 146.

26. Schröder 1979, 146.

27. Monet tieteet, esimerkiksi oikeustiede, kielitiede ja kirjallisuustiede vahvistivat tätä kautta valtakunnan yhtenäistymistä.

28. von Bruch 1984, 72-91.

Saksalainen lainoppi, iurisprudentia, muuttuu vuosien 1790 ja 1810 välillä oikeustieteeksi, iurisscientiaksi.[29] 1790-luvulta alkaen puhutaan oikeustieteessä yhä enemmän systeemeistä. Systeemillä tarkoitetaan useita asioita: aineiston suunnitelmallista esittämistä, esitettyjen asioiden omaa objektiivista järjestystä tai niiden perustelemista loogisesti yhtenäisellä tavalla.[30] Perinteiset, opetustarkoituksiin laaditut lainopilliset systeemit jäävät syrjään. Oikeustieteellisen systematisoinnin taustalla vaikuttaa muuttunut yleinen tieteenkäsitys. Se muokkasi juristien itseymmärrystä tehokkaasti sen jälkeen, kun von Savigny kokosi vastaperustettuun Berliinin yliopistoon tutkijajoukon, joka muodosti 'historiallisen koulukunnan' ytimen. Oman tieteellisen aikakauskirjansa kautta koulukunta teki eroa muihin suuntauksiin.[31]

Uusi tieteenkäsitys on moderni siinä mielessä kuin Immanuel Kantin tiedekäsitys on moderni.[32] Fr. C. von *Savigny* sai kuuluisan järjestelmänsä rakentamiseen vaikutteita 1700-luvun siviilioikeudellisista systematisoinneista[33]; sen lisäksi hän katsoo systematiikkansa ilmentävän historiallisesti kehittynyttä oikeusjärjestystä. von Savignyn systeemiä kokoavan periaatteen muodostaa kuitenkin Immanuel Kantin 'metaetiikan' ja moraalifilosofian mukaisesti ihminen vapaata tahtoa käyttävänä moraalisena olentona. Ennen siirtymistä historiallisen koulukunnan kehittelemään modernin oikeuden systematiikkaan tarkastelen 'systeemin' modernissa epistemologiassa saamaa asemaa sekä Immanuel Kantin filosofian eräitä teemoja, jotka ovat välittömästi vai-

29. Saksaksi käytettiin Christian Thomasiuksen ajoista alkaen ilmausta Rechtsgelahr(t)heit iurisprudentian sijasta. 1700-luvulla alkoi yleistyä ilmaisu Rechtswissenschaft, mutta alun perin se tarkoitti subjektiivista tietämistä. Tämä merkitys hävisi 1700-luvun lopulla, jolloin termi esiintyy iurisscientian saksannoksena. Schröder 1979, 38-43.

30. Coing 1969, 149-183.

31. Jääskinen 1983, 8-9. von Savigny nimitettiin 1810 vastaperustetun Berliinin yliopiston professoriksi ja parin vuoden päässä Fichten seuraajana rehtoriksi. von Savigny nimitettiin eri vaiheissa tärkeisiin virkoihin: 1817 hänet nimitettiin Preussin valtioneuvoston jäseneksi, 1840-luvulla lainsäädännöstä vastaavaksi ministeriksi. Hänen toimiaikanaan laadittiin vekselijärjestys 1848 sekä Preussin rikoslaki 1851, Kleinheyer ja Schröder 1983, 229-230.

32. Kantin merkitystä 'objektiivisen oikeustieteen' synnyssä korostaa etenkin Jan Schröder, Schröder 1979. Lars Björnen mukaan saksalaisen lainopin muuttuminen systematisoiduksi oikeustieteeksi ei palaudu kantilaiseen tiedekäsitykseen. Oikeuden 'sisäistä rakennetta' vastaavan systeemin vaatimus ei hänen mukaansa merkitse suurta muutosta lainopillisessa systeemissä, sillä modernit oikeussysteemit ovat oikeuden karttoja, jotka ovat täydellisiä vain, jos ne ovat hyvin formaalisia. Björne 1984, 125-128.

33. Schröder 1979.

kuttaneet oikeustieteen tiedekäsitykseen ja systematiikkaan. Kantin filosofia on tärkeä myös siinä, että modernille oikeudenkäytölle ominainen subjektin kahdentuminen ilmenee siinä eksplisiittisessä muodossa. Sen kautta on myös mahdollista osoittaa modernin oikeudenkäytön epistemologisten perusteiden eräitä ongelmakohtia.

5.2. 'Systeemi' ja moderni epistemologia

'Systeemistä' puhuminen on itsessään ominaista modernille Euroopalle. Systeemeistä puhuttiin uuden ajan alussa varsinkin esitettäessä kosmologisia hypoteeseja. Systeemistä voitiin puhua myös hypoteesin merkityksessä.[34] 1600-luvulta alkaen systeemistä puhutaan teologisten ja filosofisten teosten otsikoissa. Christian von Wolffin teos 'Philosophia rationalis sive Logica' esittää *systeemin* ja *kompilaation* toistensa vastakohdiksi. Systeemi yhdistää havaintoja ja määritelmiä periaatteiden avulla, kompilaatio taas toistaa muiden esittämiä väitteitä ilman perusteluja. Kompilaatiota yhdistää asioiden historiallis-dogmaattinen yhteys, eivät rationaalisesti johdetut *periaatteet* tai *looginen yhteys*.[35] Myös G. W. *Leibniz* esitti samantapaisen määritelmän systemaattisesta esitystavasta. Systemaattisessa esityksessä ainekset esitetään niin, että väitteiden lisäksi esitetään myös perustelut ja todistelut. 1600- ja 1700-lukujen teksteissä 'systeemi' esiintyi siten kahdessa merkityksessä - viittauksina fysikaalisten ja erityisesti astronomisten esitysten hypoteesiperustaan, ja esitystapana, jossa väitteet perustellaan metodisesti varmana rakenteena. Euklidinen geometria on jälkimmäisen systeemin malli.

---

34. Sekä ptolemaiolainen, kopernikaaninen että Tyko *Brahen* esitys maailmankaikkeudesta pyrki olemaan systema mundi. Mahdollisesti juuri kopernikaaninen kumous toi systeemi-sanan sivistyneen maailman käyttöön. Vielä Francois Voltairen filosofian tietosanakirjassa puhutaan vain astronomisista maailmansysteemeistä. Voltaire tekee selväksi, että systeemi-sanaa voi käyttää hypoteesin synonyyminä. Sen sijaan tosien väitteiden joukko ei ole systeemi, sillä 'tosi systeemi' sisältää käsitteellisen ristiriidan, Kambartel 1969, 100-104.

35. von Wolff oletti matemaattisen metodin soveltuvan kaikkiin tieteisiin; reaalisesti mahdollinen oli hänelle yhtä kuin loogisesti ristiriidaton. Leibnizin vaikutuksesta Wolff yhdisti matemaattisen todistelun ja syllogismin toisiinsa. Hänen luonnonoikeudellisissa töissään syllogismista tulee todistelun metodinen perusmuoto. Luonnonoikeuden systematisointi pyrkii olemaan loogisesti ristiriidaton oppi hyvistä ja pahoista teoista. Kleinheyer ja Schröder 1983, 305-308.

Kartesiolainen ajattelu ei pyrkinyt perustelemaan mitään tieteellisiä väitteitä jumalallisella tai maallisella auktoriteetilla; vain ihmisjärki on varmasti olemassa olevaa. René *Descartes* näki tieteet järjen eri muodoiksi, joita yhdistää eräänlainen yleinen matematiikka tai matemaattinen kielioppi. Descartesin systematiikassa edettiin geometrian mallin mukaisen todistelun avulla johtamalla perusaksioomista loogisesti muita lauseita. 'Tarkoitus ei ollut pyrkiä tutustumaan matematiikan nimellä tunnettuihin partikulaarisiin tieteisiin, koska vaikka niiden kohteet ovat erilaisia, ne kaikki tarkastelevat vain objektien suhteita ja proportioita, ja siksi arvelin parhaaksi tutkia vain näitä suhteita yleisesti...', kirjoittaa Descartes.[36]

Myös Christian von Wolffin filosofiassa oli keskeistä hänen matemaattis-demonstratiivinen menetelmänsä, kaikkien tieteenalojen tutkimiseen kelpaava yleismatematiikka. Ulkonaisestikin von Wolffin teokset muistuttivat geometrian oppikirjoja.[37] 1700-luvun puolivälissä oli jo esitetty monenlaisia systeemeitä, joita Etienne de *Condillac* pyrki järjestämään metasysteemiksi Traité des Systèmes-teoksessaan. Condillacin kuvauksen mukaan systeemi on vain taiteen tai tieteen eri osien järjestämistä niin, että ne tukevat vastavuoroisesti toisiaan ja selittävät jäljempänä seuraavia osia varhaisempien avulla. Tällaisen systeemin perustava osa on *periaate*.[38]

Michel *Foucault'n episteme*-käsite tarkoittaa kullekin historialliselle ajalle ominaista tietämisen tapaa tai tiedon (tiedostamattomia) lähtökohtia. Episteme-käsitteensä kautta Foucault tarjoaa tiedon historialle tulkintaa, joka on vahvasti lineaarisen historiankirjoituksen ja aatehistoriallisen 'aatteiden kumuloituvan kehittymisen' tulkinnalle vastakkainen. Kunkin epistemen sisällä määrittyy sille ominaisella tavalla, miten ja missä rajoissa tieto ylipäänsä on mahdollinen. Varhaisessa tuotannossaan, erityisesti 'Les Mots et les Choses'-teoksessaan, Foucault väittää vahvasti, ettei ihminen voi palata epistemologiseen alkuperäänsä.

Foucault'n mukaan 1600- ja 1700-luvun epistemen ydin on suhteessa mathesis-käsitteeseen - universaaliin mittojen ja järjestyksen tieteeseen. Olioiden suhde on mittaamisen ja järjestyksen suhde. Kaikkien, myös ei-mitattavissa olevien asioiden välille ajateltiin mahdolliseksi

36. Descartes 1968.
37. Kleinheyer ja Schröder 1983, 308.
38. Kambartel 1969.

luoda järjestys. Tavoitteena oli luoda myös laadullisten järjestysten matematiikka tai tieteen universaalikielioppi.[39]

Modernia filosofiaa leimaa 'itsestä tietoisuus' tai 'itsestä tietoisuuden kriisi'. Tämä ilmenee modernissa epistemologiassa ehkä etenkin siinä, miten nähdään aistien kuvaavan maailmaa. Esimerkiksi Descartesin filosofian on nähty ilmentävän murrosta aistien ja järjen keskinäissuhteessa. Descartes epäilee kaikkea - de omnibus dubitandum est. Hannah *Arendtin* mukaan kartesiolainen epäilys liittyi aistien epäluotettavuuteen. Ihmisen järki ja aistit eivät olleet johtaneet uuden ajan keksintöihin - teleskooppi sen sijaan muutti maailmankuvaa. Traditionaalisessa filosofiassa ajattelu alkaa kaikille ilmeisestä, ja epäilys syntyy, kun menetetään usko aistien tuottamien havaintojen ja niitä yhdistävän järjen itsestäänselvään kykyyn paljastaa totuus. Modernien keksintöjen maailmassa ilmiötaso saattaa kätkeä asioiden tosi olemuksen, joka jää ihmiseltä havaitsematta.

Vaikka mielemme ei olisikaan totuuden tai asioiden mitta, sen täytyy Descartes'n mukaan varmasti olla affirmoimiemme tai kieltämiemme asioiden mitta. Jos kaiken epäiltävyyttä vastaan voidaan asettaa jotakin, sen on noustava epäilyksestä itsestään. Descartes'n cogito-teesi ei nouse itsestäänselvästä ajattelusta, vaan se on dubito ergo sum-teesin yleistetty muoto. Epäillessään ihminen on tietoinen epäilyksen prosessista tietoisuudessaan, ja siten ihmisen oman mielen prosesseilla on oma varmuutensa. Niitä voidaan tutkia introspektiivisesti.

Arkijärjen menetys korvataan modernissa filosofiassa kääntymisellä introspektioon: cogito ajattelee itseään ajattelemassa. Ulkoinen todellisuus tulee tietoisuuden objektiksi, joka rinnastuu muistettuun tai kokonaan kuvitteelliseen olentoon. Ihminen voi tietää vain sen, mitä hän itse on tuottanut - siksi tiedon korkein muoto on matemaattinen tieto. Ihmisjärjestä tulee sisäinen fakulteetti vailla suhdetta ulkoiseen maailmaan. Ihmisjärki on yhteinen mielen rakenne, mutta yhteistä maailmaa ihmisillä ei ole. Matemaattiset kaavat ovat ihmisen mielen omaa tuotetta. Jos tiede redusoidaan matematiikkaan, voidaan aistien antama havaintotieto korvata matemaattisten yhtälöiden systeemillä. Siinä kaikki todelliset suhteet muuttuvat loogisiksi, ihmisen tekemien symboleiden suhteiksi. Siten moderni tiede tuottaa ne ilmiöt tai objektit, joita se haluaa havainnoida.[40]

39. Foucault 1974, 56-57.
40. Arendt 1958, 248-287.

Keskiajan skolastikoille reaalinen ei ollut konkreeteissa aistihavaintojen kohteissa, vaan niistä abstrahoiduissa universaaleissa piirteissä. Taiteiden ja tieteiden oikea kohde oli quod semper quod ubique ab omnibus creditum est. Modernille empiiriselle ajattelulle kaikki olemassa oleva on partikulaarista, ja ykseyden tuottava metodi joudutaan etsimään universaalin subjektin kyvyistä. Myöhäismodernissa tiede avoimesti haastaa aistien adekvaatin kyvyn paljastaa todellisuus: todellisuuden objektiivisten piirteiden sijasta löydämme vain välineitä sen arvioimiseen. Werner *Heisenbergin* sanoin ihminen kohtaa luonnon tai universumin sijasta vain itsensä. Havainnoitu kohde ei ole olemassa havainnoijasta riippumatta. Paradoksaalisesti empiirisen, kokeellisen luonnontieteen seuraus filosofiassa on Arendtin mukaan pikemminkin skepsismin ja subjektivismin esiinnouseminen eikä empiirisen tiedon tuottama objektiivinen varmuus todellisuudesta.[41]

Kartesiolaiseen ajatteluun perustuu 1600-luvun tunnetuin lingvistiikan esitys, Claude *Lancelot'n* ja Antoine *Arnauld'n* 'Yleinen ja rationaalinen kielioppi', ns. Port-Royalin kielioppi. Kartesiolainen filosofia näyttäisi esittävän kielen vain ideoiden ja esineiden maailman välitystä tarpeettomasti monimutkaistavana tekijänä. Port-Royalin kielioppi yhdistää kuitenkin kieliopin ja logiikan toisiinsa niin, että sanat ovat mielen operaatioita ilmaisevia merkkejä. Sanat ovat artikuloituja äänteitä, joilla ihmiset voivat ilmaista ajatuksiaan. Havainto, sen ominaisuuksien arvostelu ja arvostelmien varassa päätteleminen ovat mielen operaatioita, joita kieli toistaa. Loogiset propositiot ja kielen säännöt liittyvät luonnollisella tavalla yhteen.[42]

Myös 1700-luvun rationalismi näki kielen lausumat loogisten, ihmisluontoon palautuvien sääntöjen mukaisiksi. Kieliopillinen taso oli yhtä filosofisen kanssa; jokainen 1700-luvun filosofi pohti kieltä. Ranskalaisen valistusensyklopedian mukaan kielen tavoite on lausua ajatuksia. Kartesiolaisittain kaikilla ihmissieluilla on sama luonto ja samanlaiset kyvyt; ihmisten erilaisuus on suhteellista ja ympäristön tuottamaa. Ihmismieli abstrahoi ja erottaa ideat, jotka konstituoivat (ulkoiset) objektit ja niiden suhteet. Ihmismielen kaikkialla yhtäläinen luon-

41. Arendt 1958.

42. Kristeva 1989, 158-171. Foucault on käsitellyt Port-Royalin kieliopin merkkiteoriaa myös siihen kirjoittamassaan esipuheessa. Hän esittää kieliopin, taloustieteen ja luonnontieteen yhteisiä periaatteita, mutta kieltää pitämästä näitä 'yleisen mentaliteetin' ilmauksina. Diskurssit ovat partikulaarisia positiviteetteja. Foucault 1989, 169.

to tuottaa välttämättä ideoita, jotka käsitetään samoin ja synnyttävät sanoina samat luokitukset. Kaikissa kielissä ideat liittyvät toisiinsa samaan tapaan ja konstituoivat saman ajatuksen; niissä kaikissa saman tyyppiset sanat representoivat ideoita.[43] Tällaisen kieltä koskeva käsitys korostaa kielen loogisia ominaisuuksia; retoriikka menettää merkitystään. Erityistä kielellistä tulkintaa tai signifikaatiota koskevaa teoriaa ei oikeastaan voi olla olemassa.

Foucault'n mukaan modernisuuden kynnys on *empiiris-transsendentin ihmisen* konstituutio, jota Immanuel Kantin kriittinen filosofia ilmentää. Ihmisen tiedolla on tietyt anatomis-fysiologiset ehtonsa, jotka syntyvät ruumiin rakenteiden yhteydessä. Tässä mielessä ihmistieto on oman luontonsa määräämä, sillä on määrätty muotonsa ja se voi manifestoitua vain omassa empiirisessä sisällössään. Lisäksi tiedolla on historia. Tiedon analyysit erkanevat toisistaan. Joko oletetaan että tosi diskurssi perustuu empiiriseen totuuteen, ja jäljitetään sen syntyä luonnossa ja historiassa positivistisen analyysin avulla - tai sitten tosi diskurssi antisipoi totuutta, jonka luonnon ja historian diskurssi itse kykenee määrittämään; silloin objektiivinen totuus on peräisin ihmisen omasta eskatologisesta diskurssista.

Toisaalta moderni ajattelu ei ole kyennyt pitämään empiiristä ja transsendenttia erossa toisistaan, kuten Kant pyrki kriittisessä filosofiassaan tekemään korostaessaan välttämättömyyttä selvittää kunkin esitetyn väitteen epistemologinen status. Modernissa ihminen on empiiris-transsendentti kaksinaisuus, ja tiedon empiirinen sisältö kykenee vapauttamaan tiedon mahdollistavat ehdot. Kant kysyy, miten luonnon empiirinen havainnointi voi tuottaa välttämättömiä arvostelmia. Kantin jälkeisessä muodossaan kysymys Foucaultin mukaan kuuluu, miten ihminen voi ajatella sitä, mitä hän ei ajattele. Ihmisen oleminen sisältää ulottuvuuden, jossa ajattelu artikuloi ei-ajateltua. 1800-luvun filosofiassa ei-ajateltu seuraa ajateltua Toisena. *Hegelin* Hengen fenomenologian tiedostamaton an sich, *Schopenhauerin* Unbewusste, *Marxin* vieraantunut ihminen ilmentävät sitä, miten moderni ajattelu välttämättä ajattelee ei-ajateltua.[44] Foucault'lle modernin raja on juuri tässä mielessä Kantin kriittisessä filosofiassa - juuri Kant erottaa toisistaan radikaalisti ihmisen aistimellisena olentona ja transsendenttina 'eskatologisena' subjektina.

43. Kristeva 1989, 172-192.
44. Foucault 1989, 322-340.

Moderni tiede voi ja sen täytyy siten perustella systematisointinsa tieteellinen totuus systeemiä rakentavan aktiivisen tietoisuuden tai aktiivisen subjektin kautta. Yksinomaan ulkomaailma ei voi taata systeemin tieteellistä totuutta, vaan viime kädessä sitä jää takaamaan systeemiä luovan subjektin oma järjestys tai rakenne. 1700-luvun lopulla systeemi käsitettiin sen sisäisestä rakenteesta käsin, ja Kantin jälkeen systeemi kuvaa sille an sich tuntematonta kohdetta systeemin sisäisen rakenteen määrittämällä tavalla.[45]

5.3. Kantin kriittinen filosofia

Modernin kynnyksellä siis systeemi saa tärkeän aseman epistemologiassa. Kantin filosofiaa voi pitää eräänlaisena moderniteetin kynnyksenä, esi- tai varhaismodernin ja modernin epistemologian rajana - on myös väitetty Kantin eräissä tärkeissä kysymyksissä antisipoineen postmodernia. Lisäksi Kantin filosofialla on ollut huomattava vaikutus oikeusteoriaan ja oikeuden systematisointiin ainakin 1800-luvun Saksassa ja uuskantilaisen ajattelun kautta edelleen 1900-luvulla. Kant on tärkeä sekä modernin tieteen epistemologiassa että spesifisti oikeuden systeemin perustelemisessa.

Kantin kriittinen filosofia, hänen 'kolme kritiikkiään' - Puhtaan järjen[46], Praktisen järjen[47] ja Arvostelukyvyn (tai Arvostelmakyvyn)[48] kritiikit - tavallaan käsittelevät ihmisen kolmea rationaliteettia: kognitiivista, moraalista ja esteettistä. Kognitiivisen, moraalisen ja esteettisen eriytyminen saa Kantin filosofiassa muotoilun, jossa ihmisen mielen kyvyt, fakulteetit, ovat toisistaan erillään ja kuitenkin liittyvät toisiinsa. Kant rajaa ihmisen rationaliteetin muotoja toisistaan, mutta pyrkii myös hahmottamaan niiden keskinäissuhteita. Ihmisen rationaliteetin kolmijakoisuus ja näiden osioiden keskinäissuhde kiinnosti Kantia kuitenkin jo paljon ennen hänen kriittisen filosofian vaihettaan. Kysymys ihmisen kykyjen universaalisuudesta (suhteessa esimerkiksi yksilöllisiin ja säädyittäisiin eroihin) ja toisaalta niiden rajaamisesta toden,

45. Schröder 1979, 130-131.
46. Kritik der reinen Vernunft (1781 ja 1787). Käyttämäni laitos Kant 1990
47. Kritik der praktischen Vernunft (1787). Kant 1990.
48. Kritik der Urteilskraft (1790). Kant 1991.

hyvän ja kauniin alueista olivat 1700-luvulla vilkkaan filosofisen pohdinnan kohteina.

1760-luvun lopulta alkaen Kantin tiedetään luonnostelleen teosta, jonka oli määrä käsitellä estetiikan, moraalin ja metafysiikan suhdetta. 1700-luvun englantilaiset filosofit olivat tarkastelleet maun, aistihavainnon ja taiteellisen luovuuden kysymyksiä. Nämä tarkastelut palautuivat John *Locken* käsityksiin mielen passiivisista ja aktiivisista ominaisuuksista: Locken mukaan aistihavainnot muodostuvat mielen kuviksi ensisijaisesti pakottavalla tavalla, fysikaalisten luonnon esineiden heijastuksina Isaac *Newtonin* fysiikan lakien mukaisesti. Toisaalta Locke avaa kysymyksen luovan mielikuvituksen paikasta mielen aktiivisen toiminnan yhteydessä.[49] Anthony Ashley *Cooper* arvosteli Lockea väittäen, ettei kauniin ja hyvän, nykyisen terminologian mukaan estetiikan ja etiikan välillä ole epistemologista eroa, vaan niitä arvioi yksi ja sama ihmisen kyky, moral sense. Kaikki kauneus on myös totuutta. 1700-luvun keskusteluissa estetiikkaan alettiin yhdistää sekä kauneuden että aisti(me)llisuuden konnotaatioita.

Useat kirjoittajat kiinnostuivat 1700-luvulla subliimin (ylevän) käsitteestä. Englantilaiset filosofit katsoivat sen ilmenevän ennen kaikkea luonnon suurenmoisuudessa, joka johtaa ajattelemaan kaikkea ihmisen ymmärryksen ylittävää. Antiikista alkaen subliimin käsitettä oli sovellettu taiteeseen kuvaamaan ideoiden suuruutta ja kykyä vahvoihin tunteisiin. Subliimi käsitettiin antiikissa jalon mielen ja intohimoisen sydämen ilmentymäksi. 1700-luvun filosofiassa luonnon ja taiteen subliimi tunnistettiin siinä vaikutuksessa, jonka valtaan katsoja joutui. Joseph *Addisonin* tulkinnassa *imaginaatiosta* tulee mielen kyky, joka yhdistää järjen ja aistien maailmaa. Samalla se saa aseman, joka vastaa ihmisen omaa asemaa olemassaolon kokonaisuudessa tai ketjussa. Francis *Hutcheson* ja David *Hume* liittyivät myös tähän keskusteluun, mutta tunnetuin tähän teemaan liittyvistä englantilaisista teksteistä lienee Edmund *Burken*[50], jolta Kantin on väitetty saaneen vaikutteita.[51] Myös

49. Locken empiristiseen filosofiaan palataan jäljempänä modernin oikeudenkäynnin todistelua koskevien oppien yhteydessä, ks. "Realistismin konventiot ja englantilainen empirismi" sivulla 222.

50. Teoksessaan A Philosophical Enquiry into the Origin of our Ideas of the Sublime and the Beautiful vuodelta 1757 Burke erottaa toisistaan subliimin ja kauniin perustamalla subliimin itsesäilytykseen, kauniin taas mielihyvään. Sambrook 1986, 101-130.

51. Mothersill 1984.

Francis Hutchesonin teoriaa on pidetty Kantin 1760-luvun kannalle rinnakkaisena. Kant työsti kuitenkin käsitystään seuraavina vuosikymmeninä ja luopui aikaisemmasta kannastaan.

Kantin kriittisen filosofian teoksista ensimmäinen, Puhtaan järjen kritiikki, tarkastelee teoreettista järkeä tai ihmisen eriytettyjen fakulteettien kognitiivisen rationaliteetin osiota. Kantin moraalifilosofia muodostuu ennen kaikkea kolmesta teoksesta: Praktisen järjen kritiikistä, ns. 'Grundlegung'-teoksesta ja 'Metaphysik der Sitten'-teoksesta, johon Oikeusoppi sisältyy. Nämä teokset ovat hierarkkisessa suhteessa toisiinsa, niin että ensiksi mainittu on niistä yleisin, viimeksi mainittu on teoksista konkreettisin moraalin systemaattinen esitys.[52]

Toisaalta Kantin kriittisen filosofian kaikki teokset vastaavat osaltaan kysymykseen moraalin merkityksestä ihmisen olemassaololle. Arvostelukyvyn kritiikissä Kant palaa kysymykseen ihmisen empiiris-transsendentaalista kaksinaisuutta välittävästä inhimillisestä kyvystä.

Puhtaan järjen kritiikissä Kant väittää, etteivät tila ja aika ole ulkomaailman olentojen ominaisuuksia, vaan aistivien olentojen sisäisen, yleisen konstituution piirteitä tai ominaisuuksia. Kaikki havainnot ilmenevät ihmiselle ajassa ja paikassa annettuina, 'aikapaikkaisina'. Kognitio ei ole vain havaintojen vastaanottamista, vaan kaikki moninaiset havainnot ovat ymmärryksen (Verstand) fakulteetin aktiivisesti strukturoimia.[53] Ymmärrys on ihmisen kyky muodostaa tällaisia kokonaisuuksia aistimastaan. Kaikki havaitut objektit muodostuvat moninaisista havainnoista ykseyksiksi aistivan subjektin sisäisten sääntöjen, ymmärryksen käsitteiden tai kategorioiden, kautta. Ihmisen tietoisuus syntetisoi havaintojen moninaisuuksia määrän, laadun, suhteen ja modaliteetin kategoriolla. Ihmisen kategorisoiva tietoisuus on ykseys, joka voi olla tietoinen itsestään tietoisuuden kohteista erillisenä enti-

52. Teos 'Tapojen metafysiikan perusta' l. ns. Grundlegung ilmestyi 1785. Moraalista järkeä käsittelevän ns. Toisen kritiikin, Praktisen järjen kritiikin, pitäisi kuitenkin loogisesti edeltää 'Grundlegung'-teosta, sillä Praktisen järjen kritiikissä Kant pyrkii osoittamaan, miten moraali ylipäänsä on mahdollinen; 'Grundlegung' käsittelee moraalin periaatteita. Praktisen järjen kritiikin jälkeen Kant julkaisi Arvostelukyvyn kritiikin ja työskenteli edelleen systemaattisen moraalioppinsa parissa. Hänen 'Oikeusoppinsa' ilmestyi vuonna 1797. Se muodostaa suhteellisen konkreettisen moraalisen systeemin esityksen, Tapojen metafysiikka-teoksen ensimmäisen osan. Teoksen jälkimmäinen osa esittää moraalin systeemin. Ludwig 1986, xiii-xxvi.

53. Tässä yhteydessä ei ole tarpeen yrittää selvittää Kantin monimutkaista käsitteistöä, joka liittyy havainnon strukturoitumiseen.

teettinä. Koska das Ding an sich, todellisuus, tiedetään aina aktiivisen subjektin rakenteen määrittämällä tavalla, ei sen täydellinen tunteminen sellaisenaan ole mahdollista. Tässä mielessä epistemologinen luottamus ulkoisen maailman ja havaintoja tekevän subjektin yhteismitallisuuteen problematisoituu kantilaisessa epistemologiassa tavalla, jota edellä on luonnehdittu moderniksi.[54]

Ajan ja paikan kategoriat saavat Kantilla uuden muotoilun. Nykyfilosofiassa tätä on kuvattu esittämällä, ettei aika ole Kantille kuten hänen edeltäjilleen liikettä ja mitattavissa olevaa peräkkäisyyttä eikä tila samanaikaisuutta. Ajasta tulee kaiken muuttuvan muoto. Ihmisen vastaanottava, reseptiivinen minuus kokee passiivisesti muutoksia, mutta samalla ihmisen aktiivinen minä jakaa aikaa nykyiseen, menneeseen ja tulevaan. Aika jakaa ihmisen minän ja minuuden, niin että cogiton tietoinen minä ei voi määritellä omaa olemistaan pysyvänä, aktiivisena subjektina, vaan vain muuttuvana, vastaanottavana, passiivisena minuutena. Kuitenkin aktiivinen minä vaikuttaa ajan muotoon syntetisoidessaan kokemusta ajassa. Aika erottaa minän ja minuuden tai toimivan ja vastaanottavan subjektin.[55] Juuri tästä syystä Kantin jälkeisellä filosofialla on taipumus muodostua fenomenologioiksi.[56]

Ihmisen tietoisuus kykenee kognitiivisesti johtamaan luonnolle lakeja; luonnon objektiivisessa asioiden järjestyksessä keskeistä on kausaliteetin kategoria. Teoreettinen järki on havainnon muotojen ja ymmärryksen puhtaiden kategorioiden yhdistämistä. Niiden avulla ymmärryksen organisoimat havainnot erottuvat objekteiksi ja tapahtumiksi ja suhtautuvat toisiinsa universaalisti pätevinä kausaalilakeina.[57]

Ymmärryksen fakulteetti liittyy luonnon lainmukaisuuden käsittämiseen. Järki on suhteessa empiirisiin kohteisiin vain ymmärryksen välityksellä. Järki ei luo käsitteitä. Sen sijaan järki (Vernunft) on yleisempi kyky, jolla ihminen liittyy metafyysiseen ja eettiseen maailman ulottuvuuteen. Järjen tehtävä on muotoilla *periaatteita*, käsitteitä, jotka systematisoivat muita käsitteitä. Luonnossa kategoristen periaatteiden mukaisena systeeminä on rajattomasti eri substansseja, kausaalisuhteita ja substanssien suhteita. Järjen tehtävä on selittää edelleen tätä yksi-

54. Tunnetuin Kantin 'kopernikaanisen käänteen' muotoilu on Ensimmäisen kritiikin toisen laitoksen esipuheessa: 'Die Gegenstände müssen sich nach unserem Erkenntnis richten'.
55. Deleuze 1992, 69-71.
56. Foucault 1989, 326.
57. Puhtaan järjen toinen analogia, Kant 1990, 218-233.

köitten ja suhteiden moneutta systemaattisesti ja täydellisesti - niin, ettei voi olla mitään vielä yleisempää selittävää periaatetta. Tällainen vaatimus konstituoi ns. teoreettisen järjen intressin.[58] Järki ja ymmärrys ovat eri asioita, mutta järki vaikuttaa ymmärrykseen; se määrittää ymmärryksen suuntaa. Puhtaan järjen kritiikin 'transsendentaalinen metodioppi' hahmottaa puhtaan järjen arkkitehtuurin, systeemien tieteen, jonka avulla tieteiden voi ajatella jäsentyvän yhdeksi ainoaksi ideaksi, inhimillisen tiedon systeemiksi.[59]

Teoreettisen järjen erityinen tehtävä on siten pyrkimys systematisoïda ymmärryksen tuottamaa empiiristä tietoa - se on pyrkimys esittää tiedon osat yhteydessä toisiinsa yhden ainoan periaatteen mukaisesti. Ymmärrys konstituoi kokemuksen maailman ja samalla tieteellisen tiedon, jota leimaa välttämättömyys. Teoreettisen järjen idea on aikaansaada täydellinen ykseys ymmärryksen kautta tuotettuun tietoon. Silloin tieto ei ole vain kontingentti kooste, vaan välttämättömien lakien yhdistämä systeemi. Ihmisen rajallinen järki ei kykene havaitsemaan perimmäisiä empiiriseen tietoon liittyviä yhteyksiä, mutta teoreettinen järki kuitenkin edellyttää systemaattisen, välttämättömän ykseyden tuottamista. Tällainen systematisointi tuotetaan apriorisilla *regulatiivisilla periaatteilla*, järjen ideoilla. Systeemi on tietojen ykseys yhden regulatiivisen idean alaisuudessa.[60]

Ihmisellä voi olla objektiivista tietoa aistimellisesta (fenomenojen) ilmiömaailmasta, mutta sen sijaan hänellä ei voi olla objektiivista tietoa aistit ylittävästä (noumenojen) maailmasta. Tämä yliaistimellinen maailma kuitenkin tuottaa ymmärryksen kategoriat, joiden kautta kokemus fenomenoista konstituoituu. Yliaistimellista maailmaa ei voi kokea, eikä se voi muodostaa teoreettisen järjen tiedon kohdetta. Jako ilmiöiden aistimelliseen maailmaan ja yliaistimelliseen maailmaan läpäisee ihmisen itsensä. Teoreettisen järjen yhteydessä voidaan siten antaa vain negatiivisia määritteitä yliaistimellisen maailman olemassaololle. Koska teoreettinen järki määrittää lakeja luonnolle, se on ihmiselle itselleen vierasta.

Puhdas praktinen järki - ihmisen eettinen ulottuvuus - sen sijaan säätää lakeja vain ihmiselle itselleen; sellaisena praktinen järki tai ihmisen rationaliteetin moraalis-praktinen osio on hänen yliaistimellisen

58. Macfarland 1970, 15 ss.
59. Kant 1990, 653-665.
60. Kant 1990, 532-549.

olemassaolonsa ilmentymä. Kantin mukaan ihmisen rationaalisuus ohjaa häntä praktisen järjen käyttöön jonkinlaisella ontologisella välttämättömyydellä, jota teoreettisen järjen yhteydessä ei ilmene. Praktista järkeä käyttävä ihminen joutuu hyväksymään väitteitä, joita ei voi osoittaa tosiksi teoreettisen järjen alueella. Teoreettinen järki tai ihmisen kognitiivinen osio voi osoittaa, että järjen ideat ovat sisäisesti ristiriidattomia, mutta ei kykene antamaan niille positiivista sisältöä.[61]

Kantin Järjen ideoita ovat *vapaus*, *sielun kuolemattomuus* ja *Jumala*, jotka muodostavat ihmisen yliaistimellisen olennon eri aspekteja.[62] Toisen kritiikin mukaan ne ovat toisaalta käytännöllisen järjen postulaatteja, välttämättömiä apuväittämiä, joita tarvitaan todistamaan ihmisen käytännöllisen järjen olemassaoloa. Ihmiselle välttämätön toiminnan päämäärä, korkein hyvä (summum bonum) on onnellisuus sopusointuisesti yhdistyneenä moraalilain toteutumiseen. Tällainen korkein hyvä voi toteutua vain välttämättömien ehtojen tai olettamusten vallitessa - vapauden, sielun kuolemattomuuden ja Jumalan olemassaolon postulaattien ehdoin. Ilman vapautta ei ole moraalista toimintaa. Moraalilain velvoittavuus on praktisen järjen tosiseikka, jota ei voida perustella pitemmälle. Moraalilain velvoittavuus on kuitenkin mahdollinen vain, jos ihminen on vapaa luonnonvälttämättömyydestä tai luonnon kausaliteetista. Vain rajaton ihmisen edistyminen voi tehdä sielusta onnellisen, kun se täyttää moraalilain, ja Jumalan olemassaolo on välttämätön tae moraalilain ulkoisesta toteutumisesta, jota ihmisellä on oikeus odottaa.[63] Kolme tärkeintä järjen ideaa muodostavat regulatiiviset periaatteet, jotka selittävät maailman olemassaolon ja ihmisen suhteen siihen. Järjen ideoiden epistemologinen status on teoreettisen järjen ehdottomuuspyrkimyksen vastainen; puhdas praktinen järki kuitenkin pyrkii tuottamaan perustan näiden ideoiden affirmoimiselle ja muodostaa siinä mielessä myös teoreettista järkeä määrittävän intressin.

Kolmannessa kritiikissään Kant viittaa vapauteen, sielun kuolemattomuuteen ja Jumalaan Järjen ideoina, joita voidaan soveltaa regulatiivisesti teoreettiseen järkeen.[64] Jumala on tarpeen selittämään maailman ja sen järjestyksen olemassaoloa. Vapauden ja kuolematto-

61. Kant 1990, 629-630.
62. Warnock 1982, 187 ss.
63. Kant 1990, 630-644.
64. Crowther 1989, 36.

muuden olettamuksia taas tarvitaan selittämään ihmisen asemaa Kantin kosmologisessa skeemassa. Kant liittää Kolmannessa kritiikissään toisiinsa Jumalan, vapauden ja maailman väittäen, että Jumala loi maailman, jotta vapailla olennoilla olisi näyttämö moraalisten ratkaisujen tekemiseen.

Kant päätyy siten siihen etenkin myöhemmän saksalaisen idealismin korostamaan kantaan, jonka mukaan ihminen on luonnon kausaliteettiin nähden transsendentti. Moraali on luontoon nähden hierarkkisesti ylempi. Ensimmäisessä ja toisessa kritiikissään Kant esittää luonnon moraalin vastakohdaksi, suorastaan moraalille antagonistiseksi. Kolmannessa kritiikissä luonto sen sijaan ei ole moraalille vastakohtainen, vaan Kant pyrkii osoittamaan luonnon olevan harmoniassa ihmisen moraalisen kutsumuksen kanssa. Kolmannen kritiikin pyrkimys on osoittaa, että ihmisen, subjektin oma luonto muodostaa sillan raa'an luonnon ja yliaistimellisen tahdon vapauden välille. Luonto voi vaikuttaa siihen, miten ihminen teoreettisten periaatteiden mukaan järjestää luontoa, ja luonto voi myös vaikuttaa ihmisen affektiivisiin piirteisiin, hänen tunteisiinsa. Kant etenee näiden molempien ulottuvuuksien suuntaan.

Kolmannen kritiikin mukaan arvostelukyky asettuu tavallaan ymmärryksen ja järjen väliin.[65] Ymmärryksen käsitteet vaikuttavat aistihavaintoihin eräänlaisen yleisen arvostelukyvyn kautta. Tällainen apriorinen arvostelukyvyn periaate - joka vastaa ymmärryksen ja järjen periaatteita - muodostaa siirtymän puhtaan tiedon fakulteetista, joka muodostaa luonnon käsitteet, vapauden alueelle.[66] Tiedon rinnalla ihmisellä on mielihyvän ja -pahan sekä halun fakulteetit. Halun fakulteetti toimii vapauden lain alaisuudessa, jonka järki asettaa; tiedon ja halun väliin asettuu mielihyvän tunne, joka saa aikaan siirtymän luonnon käsitteestä vapauden käsitteeseen. Kun luonto käsitetään finaaliseksi, on mahdollista ylittää luonnon ja vapauden välinen ristiriita, luonnonkausaliteetin ja tahdon vapauden välinen vastakohtaisuus. Kant päätyy pitämään luontoa hierarkkisten päämäärien systeeminä, jonka olemassaolon syy on vapaan rationaalisen olennon käsite.[67]

Luonnon ja vapauden valtakunnat ovat täysin erilaiset: subjektin autonomia ei kykene rikkomaan luonnon lakeja, eikä aistitieto voi de-

65. Kant 1991, 15.
66. mt., 44-45.
67. mt., 45-47.

terminoida subjektin tahtoa. Kuitenkin subjektin autonomian pitää 'vaikuttaa' objektiiviseen todellisuuteen, ja subjektin voida asettaa itselleen 'reaalisia' tavoitteita. Luonnon pitää olla jollakin tavalla vastaanottavainen vapauden laille. On oltava ihmisen mielen kyky, välittävä fakulteetti, joka johtaa luonnon valtakunnasta vapauden valtakuntaan. Kantilla tämä on juuri arvostelukyky. Se rakentaa sillan subjektin ja objektin välille. Vapauden ja luonnon dikotomian takaa paljastuu kolminaisuus. Ymmärrys tuottaa kognition aprioriset periaatteet, praktinen järki tahdon, mutta arvostelukyky välittää näitä mielihyvän ja -pahan avulla.[68]

Kantin kolmannessa kritiikissä avautuu esteettinen ulottuvuus, viime kädessä mielen fakulteettien keskiö, joka yhdistää aisti(me)llisuuden moraalisuuteen. Aistimellisuus, Sinnlichkeit, on vastaanottavuutta, jossa esteettiseen havaintoon liittyy mielihyvä ja -paha. Objektin puhdas muoto synnyttää havainnoista representaatioita *imaginaation* työn tai leikin tuloksena. Imaginaatio on sekä aisti(me)llisuutta että ihmisen mielen kolmas peruskyky. Se on mielihyvää tuottava ja subjektiivinen, mutta koska se syntyy objektin puhtaasta muodosta, se tuottaa universaalin ja välttämättömän havainnon. Se on tavoitteellinen ilman tavoitetta, lainmukainen ilman lakia.[69]

Kriittisen filosofian arkkitehtuurissa jää kuitenkin viime kädessä epäselväksi tai aukolliseksi, mikä ihmisessä välittää ymmärrystä ja järkeä. Niiden välinen yhteys voidaan nähdä paradoksaaliseksi, olennaisesti katkokselliseksi.[70] Estetiikan alueen eriytyminen on tehnyt mahdolliseksi sen, ettei erityistieteissä (kuten oikeustieteessä) ole otettu tätä ulottuvuutta niin keskeiseksi kuin se Kantin arkkitehtuurissa on.

Tämä on ongelmallista siinä mielessä, että ymmärrys on ihmisen kyky muodostaa yleisiä käsitteitä ja sääntöjä. Sen sijaan kyky soveltaa sääntöjä yksittäistapaukseen on pikemminkin arvostelukyvyn kuin teoreettisen kyvyn asia. Kantin tiedekäsityksen mukaan yritys rakentaa tieteellinen oppi säännön soveltamisesta yksittäistapaukseen on sen vuoksi ongelmallinen. Ymmärrys vain tuottaa sääntöjä ja käsitteitä, mutta ei sovella niitä. Tieteen ja taiteen ykseys hajoaa kantilaisessa filosofiassa; taide itsenäistyy. Arvostelukyky on tieteiden sääntöjen ja säännöttömien taiteiden välittäjä. Kant on tässä suhteessa eri kannalla

68. Marcuse 1955, 157-159.
69. Marcuse 1955, 161.
70. Vainikkala 1990, 23.

kuin varhaisempi saksalainen filosofia. Vielä von Wolff ja hänen aikalaisensa katsoivat, että järki on sekä sääntöjä kehittävä että niitä soveltava sielunkyky. Siksi oli mahdollista kehittää tieteellinen oppi säännön soveltamisesta. Kantin epistemologia ei näyttäisi tarjoavan tätä mahdollisuutta. Kantin seuraajat oikeustieteessä eivät kuitenkaan esittäneet säännön soveltamisen ongelmaa arvostelukyvyn ongelmana.[71]

Toisesta näkökulmasta Kantin transsendentin minän kaksi 'fakulteettia', järki ja ymmärrys, ovat molemmat spontaaneja ja autonomisia. Ymmärrys tuottaa spontaanisti käsitteitä, jotka yhdistävät aistimuksia kokemuksen kohteiksi ja tekevät tieteellisen tiedon mahdolliseksi. Järki taas tuottaa idean spontaanista, maailman ulkopuolisesta syystä aikapaikkaisen maailman ehtojen sarjalle. Se tuottaa 'Vapauden Idean', joka on eräänlainen absoluuttinen spontaanisuuden kyky. Ymmärrys edellyttää tällaista ehdotonta kykyä spontaanisuuteen kykenemättä esittämään siitä yhtään esimerkkiä, koska tiedettävissä oleva on aina ennalta ehdollistettu olemaan maailmassa. Järki luo idean vapaudesta moraalisena spontaanisuutena; spontaanisuus ilmaisee itseään autonomisuutena, omalakisuutena. Autonomisuus, omalakisuus, ei ole kaaosta eikä myöskään lakiuskollisuutta. Näin nähtynä Kantin transsendentin minän 'julkilausumaton perustelu' on spontaanisuus.[72] Vapaus ei voi liittyä ymmärrykseen, joka on sääntöjen noudattamista, vaan järkeen. Järki perustelee tai konstituoi itsensä suhteessa vapauden tahtoon - vapaus perustaa järjen ja perustuu järkeen. Vapaus ei ole pitemmälle justifioitavissa.

On väitetty valistuksen itsessään sisältäneen kontradiktion, jonka Kant formuloi yrittäessään perustaa järjen spontaanisuuteen. Tähän suuntaan jatkoi G. F. W. *Hegel* Logiikan tieteessään, yrittäessään esittää täysin rationaalisen ja diskursiivisen, itsensä perustelevan spontaanisuuden. Hegel tarkastelee ajattelua sellaisenaan - mikä on yhtä kuin Kantin filosofian vapaan tahdon spontaanisuus, joka samalla väittää olevansa loogista ja systemaattista. Kun myöhäismodernissa filosofiassa Kantin trassendentti minä ja Hegelin Absoluuttinen henki ovat menettäneet tieteellistä uskottavuuttaan, jää jäljelle vain spontaanisuuden voittokulku, jossa teoria korvataan tulkinnalla. Tulkinnat generoivat uusia tulkintoja, filosofia muuttuu hermeneutiikaksi.[73]

---

71. Schröder 1979, 186-211.
72. Rosen 1987, 25-26.
73. Rosen 1987, 7-9.

5.4. Kantin Oikeusoppi ja oikeuden tiede

Äärimmäisen monimielinen vapaa tahdo on Kantin moraalifilosofian keskeinen käsite, ja sen varaan hän myös rakentaa Oikeusoppinsa. Kantille vapauden käsite on puhdas järjen käsite, joka on teoreettisen filosofian suhteen transsendentti - esimerkkiä vapaudesta ei voi esittää mahdollisen kokemuksen alueelta, eikä mikään objekti anna siitä teoreettista tietoa. Praktisen järjen alueella vapaudella on kuitenkin reaalisuutta praktisten (tai moraalisten) periaatteiden kautta, jotka ovat kaikista empiirisistä ehdoista ja aistimellisuudestakin riippumattomia. Vapaus on 'puhtaan järjen kausaliteetti', ja vapauden käsitteet määräävät ihmisen tahdonvaltaa lakeina. Praktisessa mielessä vapauden käsitteet ovat positiivisia. Ne perustuvat välttämättömiin praktisiin lakeihin, *kategorisiin imperatiiveihin*. Imperatiivi on Kantille praktinen sääntö, jonka kautta itsessään satunnainen toiminta muuttuu välttämättömäksi.[74]

Kategorinen imperatiivi käsitteellistää rationaalisen tahdonmuodostuksen toimintamaksiimiksi, joka on yleistettävä: toimi vain sellaisen maksiimin mukaan, jonka voit toivoa yleiseksi laiksi. Kategorinen imperatiivi myös kieltää käsittelemästä henkilöä välineenä; henkilö on aina tavoite itsessään.[75] Tällaista kategorisen imperatiivin yleistettävyyttä voidaan luonnehtia rationaalisten toimintaperiaatteiden muodoksi. Subjektilla voi olla empiirisesti havaittavia tavoitteita, jotka pohjautuvat subjektin valintaan ja tahtoon. Kant tarkastelee subjektia valitsevana ja tahtovana olentona. Kysymys on valintaprosessin rakenteesta, ei sen kulloisistakin sisällöllisistä tavoitteista. Praktinen rationaalisuus on toiminnan arvioimisprosessin rakenteen elementti, rationaalisen toiminnan periaatteen *muoto*; periaatteen *sisältö* taas merkitsee yksilön autonomian ja itsemääräytymisen kunnioittamista - kieltoa käyttää henkilöä välineellisesti.[76]

Tahdon käsite liittyy Kantilla *tahdonvallan* (Willkür) käsitteeseen. Tahto on perusta, joka määrittää tahdonvaltaa; tahdolla itsellään ei ole mitään määrittymisperustaa. Siinä mielessä että se voi määrätä tahdonvaltaa, se on itse praktinen järki. Tahdonvalta voi määrittyä puhtaasta järjestä, jolloin se on vapaata tahdonvaltaa. Aistimellisesti taipumus-

74. Kant 1986, 19-20.
75. Grundlegung, 429.
76. Nuutila 1990, 131-135.

ten tai virikkeiden kautta määrittyvä tahdonvalta on sen sijaan eläimellistä. Ihmisen tahdonvaltaan aistimelliset taipumukset tai virikkeet tosin vaikuttavat, mutta eivät voi määrätä sitä. Tahdonvallan vapaus negatiivisessa mielessä on sen määrittymisen riippumattomuutta aistimellisista vieteistä. Positiivisesti määriteltynä se on puhtaan järjen kyky toimia praktisena järkenä, 'das Vermögen der reinen Vernunft für sich selbst praktisch zu sein'.[77] Eläimillä on representaatioita, mielteitä ja tietoisuus tässä merkityksessä; eläinten mielteet johdattavat niitä kuitenkin pakottavalla ja epävapaalla tavalla. Tämä on alisteisuutta luonnon kausaliteetille. Ihmisen ymmärryksen kausaliteetti tuottaa motiiveita, joita ihminen voi tässä mielessä empiirisen luontonsa määrittämänä toteuttaa. Vapauden kausaliteetti sen sijaan merkitsee tahdon käyttämisen riippumattomuutta aistimellisuudesta.

Vapauden lait ovat Kantin mukaan moraalisia ja eroavat luonnonlaeista. Kun ne koskevat vain ihmisen ulkoista toimintaa ja sen lainmukaisuutta, ne ovat oikeudellisia. Jos lait edellyttävät, että ne itse määrittävät ihmisen toimintaa, ne ovat moraalilakeja. Juridiset normit viittaavat vain ihmisen ulkoiseen vapauteen, moraaliset taas vapauteen sekä ulkoisena että sisäisenä tahdonvallan käyttönä.[78] Vapaus ilmenee moraalilakina, ja se on tavallaan vain ihmisen negatiivinen ominaisuus. Ihmisen vapautta järkiolentona ei voida Kantin mukaan määritellä kykynä valita kategorisen imperatiivin vastainen toiminta. Vapaus suhteessa sisäiseen järjen lainsäädäntöön on kyky, ja mahdollisuus poiketa siitä on vain 'epäkyky'.[79] *Velvoittavuus* (Verbindlichkeit) on vapaan toiminnan välttämättömyyttä järjen kategorisen imperatiivin alaisuudessa.[80]

Ihmisen on mahdollista arvioida toisen ihmisen toimintaa *syyksilukemisen* (Zurechnung, imputatio) kautta. Imputaatio liittää syyn ja seurauksen toisiinsa, mutta aivan toisella tavalla kuin kausaalinen luonnonlaki. Moraalisessa merkityksessä syyksilukeminen on arvostelma, jonka mukaan joku on teon tekijä, 'causa libera'. Kun syyksilukemiseen liitetään oikeudellisia seuraamuksia, se on oikeudellisesti pätevä - tällaiseen syyksilukemiseen tuomioistuin tai tuomari on oikeutettu. Syyksilukeminen liittyy tahdonvallan vapauteen, sillä teon subjektia

77. Kant 1988, 18.
78. mt., 17-18.
79. mt., 25-26.
80. mt., 20.

tarkastellaan hänen tahdonvaltansa vapauden valossa. Subjekti, jonka teot ovat syyksiluettavia on *henkilö*. Moraalinen henkilöllisyys on vain järkiolennon vapautta moraalilakien alaisuudessa. Esine ei kykene syyksiluettavuuteen, vaan voi olla vain vapaan tahdonvallan kohde, jolta itseltään vapaus puuttuu.[81]

Oikeusoppi käsittää Kantin mukaan sellaisia (moraalisia) lakeja, joista voidaan antaa ulkoista lainsäädäntöä. Tällainen lainsäädäntö voi olla todellista positiivista oikeutta. Kun on kysymys tällaisten lakien soveltamisesta käytännössä esiintyviin oikeustapauksiin, on kyseessä lainoppi (Rechtsklugheit, iurisprudentia). *Oikeustiede* (iusscientia) sen sijaan on luonnonoikeuden (ius naturae) systemaattista tuntemusta, jonka kautta myös positiivisten lainsäädännön periaatteet on muotoiltava.[82] Oikeustiede voi siten antaa positiivisen lainsäädännön säätämiselle ohjeelliset periaatteet.

Kantin mukaan oikeus käsittää vain henkilön ulkoisen ja praktisen suhteen toiseen henkilöön, siinä määrin kuin hänen toimintansa voi tosiseikkana vaikuttaa tähän toiseen. On kysymys ihmisen tahdonvallasta suhteessa toisen ihmisen tahdonvaltaan. Molemminpuolisessa *tahdonvaltojen suhteessa* ei ollenkaan ole kysymys tahdonvallan 'materiasta' tai aineellisesta sisällöstä - ei esimerkiksi tavoitteista, joita oikeussuhteen osapuolella on haluamansa objektin suhteen. Kysymys on vain molemminpuolisesta tahdonvaltojen suhteesta, siinä määrin kuin sitä pidetään vapaana. Yleisin oikeuslause edellyttää toimimaan ulkoisesti niin, että tahdonvallan vapaa käyttö voi toteutua jokaisen toisen vapauden kanssa yleisen lain mukaisesti.[83] Modernin oikeuden formaalisuus hahmottuu tällaisesta oikeuden määrittelystä, joka karttaa oikeuksien materiaalisen sisällön huomioon ottamista. - Omistusoikeuden perustelemisessa Kant irtaantui 'Oikeusopissaan' omista aikaisemmista käsityksistään.[84]

Kantille moraali ja politiikka ovat toisistaan erillisiä asioita. Kant rajoittaa tieteellisen tiedon alaa säilyttääkseen vapauden ja moraalin, mutta samalla hän erottaa moraalin ja politiikan toisistaan. Politiikka ei ole tieteellistä, eikä se ole moraalista. Moraalinen vapaus on järjen itselleen säätämän moraalilain tottelemista. Poliittinen vapaus sen sijaan on vain oikeuden ja rauhan säilyttämistä. Tällainen poliittinen va-

81. mt., 25-26.
82. mt., 37.
83. mt., 39.

paus sallii ihmisen (henkilön) tavoitella maallista onnea. Tieto on luonnonvälttämättömyys, moraali taas vapaan tahdon ehto; siten ei voi olla tieteellistä tietoa moraalisuudesta. Politiikkaa motivoi ihmisen luonnollinen taipumus, jonka tavoitteena on oma etu ja intohimojen tyydyttyminen. Politiikkaa determinoi luonto, eikä sen suhteen voi puhua vapaudesta tai vastuusta. Kun Kant erottaa tiedon ja moraalin ja toisaalta moraalin ja poliittisen, jää kyllä tilaa ihmisen moraaliselle vapaudelle. Tämä vapaus käsittää ihmisen olemassaolon sielun kuolemattomuutena, mutta ei sitä, miten moraali voisi säännellä aikapaikkaista tiedettä. Politiikka ja historia on sekä tiedosta että moraalista erillään; ei ole mitään synteettisiä apriorisia arvostelmia, jotka koskisivat politiikkaa tai historiaa. Historiaa Kant tarkastelee siten ei-rationaalisesta näkökulmasta; hänelle poliittisen prudentian tai phronesiksen status on alhainen.[85]

Tiivistäen Kantin näkemyksen mukaan tieteellinen systeemi on siis koottava regulatiivisen idean pohjalta, palvelemaan yleistä intressiä, joka antaa osille ykseyden. Oikeustieteessä tämä on palautettava ihmiseen moraalisena olentona ja häntä luonnosta erottavaan tahdonvapauteen. Tämän regulatiivisen idean perustelu on kuitenkin radikaalisti tieteellisen tiedon tuomioistuimen ulottumattomissa. Moraalisuus asetetaan Kantin filosofiassa ontologisella tavalla. Moraali ja luonto erotetaan toisistaan, ja autonominen vapaa tahto nähdään oikeuden aluksi tai metafyysiseksi perustaksi.

Oikeustiede voi ohjata lainsäädännön periaatteiden muotoilemista oikeustieteenä. Oikeustiede on selvästi erossa poliittisesti syntyvästä oikeusjärjestyksestä. 1800-luvun alun saksalaisen oikeustieteen systematisoinnit pyrkivät toteuttamaan juuri tällaista tieteellistä ohjelmaa. Positiivisen oikeuden muodostaman oikeusjärjestyksen ja oikeustie-

---

84. Kant asettuu sitä 'vanhaa ja yhä laajalti vallitsevaa' käsitystä vastaan, jonka mukaan omistusoikeuden perusteluna on alun perin luonnon muokkaamiseen käytetty työ. Kant viittaa tällä John *Locken* omistusoikeudelle antamiin perusteluihin, jotka Kant itse Jean-Jacques *Rousseaun* välittämässä muodossa oli hyväksynyt. Kantin mukaan alkuperäisen omistusoikeuden momentit ovat omistajattoman esineen fyysinen haltuunotto, julistus, jolla muut suljetaan pois sen hallinnasta, ja ideaalinen haltuunotto, jossa ulkoisesti lakia luova tahto sitoo jokaisen muun tahdonvallan 'minun' tahdonvaltani kanssa yhtäpitäväksi. Viimeksi mainitussa suhteessa kysymys on puhtaasti oikeudellisesta (bloss-rechtlicher) haltuunotosta, jonka pätevyys perustuu toimen oikeudelliseen, praktisesta järjestä johtuvaan luonteeseen. Kant 1986, 74-75.

85. Rosen 1987, 19-21.Tästä näyttää seuraavan myös mahdottomuus perustella tieteellisesti normin soveltaminen yksittäiseen tapaukseen.

teen luoman oikeussysteemin erottaminen toisistaan tekee oikeustieteen tietyssä määrin riippumattomaksi asetetusta oikeudesta, vaikka oikeussysteemillä onkin sidos positiiviseen oikeuteen. Myös tämä 1800-luvun modernille saksalaiselle oikeustieteelle ominainen ratkaisu tulee näkyviin Kantin filosofiassa.

Kantin filosofiassa ihminen on toisaalta moraalilain velvoittamana vapaan tahdon käyttäjä, jonka toimintaa voidaan arvioida universaalilla moraalisella perusteella. Toisaalta ihminen on empiirinen olento, joka käyttäytyy ymmärryksen säännönmukaisuuksien ja mielteidensä mukaisesti; tällaisen olennon käyttäytymisestä voidaan esittää empiirisiä havaintoja. Tämäntapainen ajatusrakennelma on välttämätön modernin oikeuden näkemykselle, jonka mukaan ihmisen syyksi voidaan lukea tekoja hänen universaalin moraalisen luonteensa asettamien velvoitusten vuoksi, samalla kun hänen käyttäytymisensä voi olla empiirisen todistelun kohteena. Ihminen voi olla samanaikaisesti *oikeussubjekti*, johon moraalilain velvoittavuus kohdistuu, ja *empiirinen subjekti* tai subjektiviteetti, joka käyttäytymisellään voi rikkoa moraalilakia ja jonka käyttäytymisestä on mahdollista esittää empiiristä, yleisesti pätevää todistelua. Tähän palataan modernin oikeudenkäytön tarkastelun yhteydessä.

Oikeuden systeemi merkitsi siis uudella ajalla ensin vain oikeudellisen aineksen kokoelmaa, kompilaatiota. von Wolffista alkaen edellytettiin tieteellisen oikeuden systeemin perustuvan sisäiseen yhteyteen; Kantin jälkeen tieteelle oletetaan oma sisäinen järjestyksen perusteensa. Tieteen edellytykseksi nousee sen oma sisäinen ykseys, jota oikeustieteenkin on ilmennettävä. Oikeustieteen ykseys rakennetaan käsitteille, jotka antavat ihmiselle kaksoismäärityksen: moraalisesti universaalilla tavalla oikeutettu ja velvoitettu henkilö voidaan erottaa elävästä ihmisestä, joka on empiirisesti havainnoitavissa. Oikeussysteemi edellyttää transsendentteja henkilöitä, oikeudenkäytössä kohdataan empiirisiä ihmisiä.

5.5. Saksalainen oikeustieteen formaali rationaalisuus

Lainopin muuttuminen oikeustieteeksi ja oikeustieteen kehittämä oikeudellinen systeemi tarjosi tärkeän lähtökohdan Max Weberin tarkoittamalle formaalis-rationaaliselle oikeudelle. Vaikka käsitelainoppi parhaiten vastaakin Weberin ideaalityyppiä voi väittää, että varhaisempikin Kantin jälkeinen saksalainen oikeustiede monissa tärkeissä suhteissa kehitteli formaalis-rationaalisen ideaalityypin mukaista oikeuden systeemiä. Saksalaisen historiallisen koulun oikeustiede on luonnehdittavissa moderniksi oikeustieteeksi.

F. C. von Savignyn *historiallinen oikeustiede* rakentuu kantilaisille peruskäsitteille tavalla, jota voi pitää formaalin rationaalisena. von Savigny esitti positiivisen oikeustieteen teorian jo ns. Marburgin metodiopissaan 1800-luvun alussa.[86] Sen mukaan positiivinen tiede ottaa tutkimuskohteekseen *lait empiirisenä aineistona* ja on positiivisen tiede, koska se muotoilee tämän aineksen tiedon kokonaisuudeksi systeeminä. Oikeustieteen systemaattinen työstäminen ei ole oikeudellisen aineksen koosteen aikaansaamista vaan sen sisäisen ykseyden tuottamista. Tämä on oikeustieteen ja myös lainsäädännön yleinen tehtävä. Oikeustieteellisen systematisoinnin kautta historiallisesti syntynyt lainsäädäntö esitetään sisäisesti määrittyneenä tieteellisenä systeeminä.[87]

Historiallisen merkitys von Savignylle ja historialliselle koulukunnalle liittyy yleisempään *historismin* nousuun. Historismille ei riitä, että systematisoitaessa formuloidaan tutkittavan kokonaisuuden operationaaliset säännöt, vaan nämä on myös järjestettävä ajassa nousevaksi linjaksi. J. G. *Herderin* Ihmisen historia reagoi 1700-luvun sosiaalisiin mullistuksiin rakentamalla sillan historiallisten katkosten yli. Herderin keskeinen väite on, että historiallisesti olemassaolevat vallat ja muodot eivät merkitse taantumista tai paikallaanpysymistä, vaan edistystä. Historismi pyrki esittämään murroksien sisäisen järjen avulla

86. von Savignyn Juristische Methodenlehre ei ole metodioppi modernissa mielessä, vaan johdanto lainopin opettamiseen. von Savigny esittää, että systeemillä tulee olla looginen muoto ja käsitteet, jotka ovat loogisessa suhteessa toisiinsa - sen on perustuttava oikeuslauseiden sisäiseen suhteeseen. Sillä tulee olla yleinen sisältö, jonka aikaansaaminen on tieteen tehtävä. von Savignyn 1802-1803 Marburgissa pitämä luento on säilynyt Jacob Grimmin muistiinpanina. Schröder 1979, 118.

87. Schröder 1979, 131.

historiallisen jatkuvuuden, jossa jokainen vaihe johtaa korkeampaan elämän sfääriin.[88]

Evolutionismi liittyy samanaikaisiin kieli- ja luonnontieteellisiin esityksiin. Yhteiskunnan evoluutio rinnastuu kielen (foneettiseen) evoluutioon. Saksalaisen romantiikan ja idealismin mukaan kielen genealogia vertautuu ihmisen mielen genealogiaan, ja molemmille on ominaista evoluutio. Esimerkiksi Wilhelm von *Humboldt* eteni kantilaisesta filosofisesta lähtökohdasta evolutionistisesti painottuneiden kielten typologioiden laatimiseen.

Ajan kielitiede korosti kielten historiallista kehitystä yhteisestä alkukielestä. Romantiikan kielitiede katsoi, etteivät aikaisempien kielitieteilijöiden suosimat loogiset kategoriat riitä selittämään kieltä. Kielitiede pyrki jäljittelemään organismien tutkimista, ja organismit rinnastuivat vuorostaan yhteiskuntiin. Yhteiskunnat ja niiden instituutiot näyttivät historiallisen kehityksen tuotteilta, joiden yksityiskohtia ei voi arvata tai selittää apriorisesti. Yksittäiset ilmiöt realisoituvat erityisten tapahtumien kautta.[89] Aikaisempi kieltä koskeva teoria tavoitteli 'yleiskielioppia', jossa luonnollisen kielen ja logiikan välillä oletettiin vastaavuus. Historiallisen kielitieteen sisällä tämä käsitys kielen perusluonteesta säilyi, vaikka kieli tulkittiin historiallisen muutoksen ja erikoistumisen tulokseksi. Historiallinen kielitiede oletti kaikille kielille yhteisen alkukielen (yleensä sanskriitti käsitettiin sellaiseksi), josta eri kielet kehittyvät. Evoluutio selittää kielellisen erikoistumisen ja eriytymisen, ilman että kielen universaali looginen perusta häviää.

Esimerkiksi von Humboldtille tietoisuus on kantilaisittain omalakinen kokonaisuus, jota kieli ajattelun välineenä vastaa. Jokaisen kielen rakenne vastaa kuitenkin erityistä maailman ymmärtämisen tapaa; kielen ero on maailmankuvien ero.[90] von Humboldt yhdistää valistuksen perinteen ja moraalilain absoluuttiset vaatimukset Kantin esittämässä muodossa, mutta samalla hän etsii Hegelin tapaan ykseyttä moneudessa, universaalien imperatiivien ja historiallisesti syntyneiden kansantapojen jännitteen voittamista, sääntöjen ja spontaanisuuden, järjen ja tunteen dikotomioiden muotoilemista tavalla, jossa ero säilyy

88. Tällaisena Herder antaa perustaa 1800-luvun idealismille. Hänen käsitystään murrosten evolutionaarisesta merkityksestä historiassa voi pitää Hegelin dialektisen historiankäsityksen edeltäjänä. Kristeva 1989, 193-194.
89. Kristeva 1989, 193-204.
90. Kristeva 1989, 203-204.

kokonaisuudessa. Tällainen indifferenssin tavoite oli 1800-luvun alun saksalaisessa filosofiassa yleensäkin keskeinen. Valistuksen käsitteisiin pyrittiin yhdistämään konkreetin maailman rikkaus ja ihmisen potentiaalisten mahdollisuuksien koko ala. Tähän liittyi myös vapauden ja järjestyksen käsitteiden välinen jännite sekä kysymys yksilön, yhteiskunnan ja valtion suhteesta.

1700-luvun lopulta alkaen saksalaista tieteellistä ja kulttuurista keskustelua hallitseva elävän organismin metafora tuotti ongelmia suhteessa valistuksen ajatteluun erityisesti silloin, kun vapaa, itseään määräävä, tietoinen moraalinen agentti oli sovitettava tähän metaforaan. Kantin formuloima saksalaisen valistuksen perintö oli saatava sen kanssa sopusointuun. Ratkaisua etsittiin paljolti sivistystä, kasvatusta ja kulttuuria konnotoivan Bildung-käsitteen kautta. Bildung-käsite edusti orgaanista prosessia, jossa yksilö ja kokonaisuus saivat dialektisen paikkansa. von Humboldt tulkitsi historian ihmiskunnan itsekasvatuksen dialektiseksi prosessiksi. Kantilainen moraalinen imperatiivi sisältyy von Humboldtin filosofiaan rajoittavana ehtona, joka kieltää ihmisen hankkimasta sen kanssa ristiriidassa olevia kokemuksia. Muuten Bildung-prosessi sallii mahdollisimman täyden ihmissuvun kehityksen yksilöllisten kokemusten moninaisuuden kautta.[91]

von Savigny tunsi hyvin ajan saksalaisen kielitieteen historistiset pyrkimykset. Saksalaisen historiallisen kielitieteen keskeisiin hahmoihin kuuluva Jacob *Grimm* oli alun perin von Savignyn oppilas, joka siirtyi juridiikasta kielitieteen harjoittajaksi. Grimm tutki saksan kielen evoluution ohella vanhaa saksalaista oikeutta.[92] Systemaattisen ja historiallisen aineksen yhdistäminen hallitsi von Savignyn metodista ajattelua jo hänen Marburgissa pitämissään luennoissa.[93] Grimmin keskiaikaisen germanistisen oikeuden ja von Savignyn keskiaikaisen roomalaisen oikeuden[94] esitykset suhtautuvat systematisointiin sa-

91. Burrow 1969, xii-xxxv.

92. Grimmin Deutsche Grammatik esittää kielen historiallisen muuntumisen sääntöjä. Jacob Grimmiltä on peräisin von Savignyn oikeuden ja kielen yhteyttä korostava kanta. Grimmin Deutsche Rechtsaltentümer-teos esittää germaanisen ja keskiaikaisen saksalaisen oikeuden rehelliseksi ja hurskaaksi. Grimm suhtautuu roomalaisen oikeuden reseptioon kielteisesti; hänestä tuli esikuva nuoremmalle germanistipolvelle. Kleinheyer ja Schröder 1983, 104-105. von Savignyn ja Grimmin välit viilenivät erityisesti sen jälkeen, kun von Savigny kieltäytyi tukemasta Grimmin veljeksiä ns. 'Göttingenin seitsikon' jutussa, jossa Grimm karkotettiin Hannoverista.

93. Wilhelm 1969, 123-136, 123.

94. von Savigny: Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter 1815-1831.

maan tapaan.[95] Kieli, tapa ja oikeuden perusta syntyvät von Savignyn mukaan historiallisesti ja hänen mielisanontansa mukaisesti 'orgaanisesti'.

von Savignyn ja G. Fr. *Puchtan* mukaan oikeuden synty siis rinnastuu kielen ja tavan kategorioihin. Kaikkien näiden yhteinen perusta on kansakunta. Kansakunta tai kansa on sekin historiallinen kategoria. Se kehittyy subjektina tavalla, joka jossakin mielessä näyttäisi käsittävän subjektin ja objektin, vapauden ja välttämättömyyden dialektisen suhteen.[96] Kansan oikeusvakaumus on oikeuden ensisijainen lähde. Se ei kuitenkaan ole yhtä kuin yleinen tai enemmistön käsitys oikeudesta. Vakaumuksen tulee ilmetä kansan toiminnassa, mutta tapa ei luo oikeutta vaan vakaumus. Vakaumus syntyy sisäisestä välttämättömyydestä, mutta tavan perustana on ihmisten toiminnan ulkoinen jatkuvuus.[97]

Siten von Savigny työstää oikeuden systeemiä tavalla, joka tekee sen sekä historialliseksi että kantilaisen tieteenkäsityksen mukaiseksi, yhtenäisten periaatteiden varaan rakentuvaksi systeemiksi. von Savignyn vuonna 1840 alkaen ilmestynyt moniosainen pääteos System des heutigen Römischen Rechts toistaa Marburgin metodioppia - kysymyksessä on positiivisen oikeuden systematisointi. von Savigny avaa teoksensa tutkimalla oikeuslähteiden yleistä luonnetta ja kehittää kaksi omalle systematiikalleen tärkeätä käsitettä *oikeussuhde* ja *oikeusinstituutti*. Nämä liittyvät yhteen. Oikeussuhde on tietyllä tavalla säänneltty useiden henkilöiden yhteiselämä. Lain muodossa olevasta yleisestä säännöstä voidaan johtaa kunkin henkilön oikeus, ja jokaisen henkilön jokaista oikeutta määrittää sääntö. Jokainen oikeussuhde liittyy oikeusinstituuttiin. Oikeusinstituuttien keskinäissuhteen kautta syntyy orgaaninen oikeussysteemi. Oikeussuhteella ja oikeusinstituutilla von

95. Kodifikaatiokiistan osapuolet A.F.J. Thibaut ja von Savigny käyttivät molemmat kielen ja organismin metaforia argumentaationsa keskeisinä lähtökohtina. John 1989.

96. Juha Pöyhönen samaistaa von Savignyn kansanhengen ja luonnonvälttämättömyyden. Kansan (objektiivinen) oikeus kumpuaa kansanhengestä samanlaisella välttämättömyydellä kuin kansan kielikin, Pöyhönen 1988, 122-123. Olisin kuitenkin taipuvainen tulkitsemaan kansanhengen 1800-luvun saksalaista ajattelua hallitsevan indifferenssin tavoitteen yhdeksi ilmentymäksi. Niilo Jääskinen käsittää myös kansanhengen luonnollisen ja tahdosta johdetun ylittäväksi kategoriaksi, Jääskinen 1983, 64.

97. Jääskinen 1983, 42-43. Tässä suhteessa romanistien ja germanistien käsitykset erosivat toisistaan; germanistit pyrkivät perustelemaan oikeuden sitovuuden suoraan tapaan, toimintaan ja rituaaleihin.Whitman 1990, 120.

Savigny tarkoittaa lähinnä *subjektiivisen* ja *objektiivisen* oikeuden ilmenemismuotoja.[98]

Oikeus elää kansan yhteisessä tietoisuudessa käsityksenä oikeusinstituutioista ja niiden orgaanisesta keskinäissuhteesta. Tarve tuntea sääntö loogisessa muodossaan toteutuu keinotekoisesti, sääntöjä muodostamalla. Itse asiassa von Savigny määrittää oikeusinstituutin kahdessa eri suhteessa: ensiksikin historiallisesti, oikeuden syntyteorian näkökulmasta, jolloin kansan tietoisuudessa oleva instituutio on oikeussäännön alkuperä. Toiseksi von Savigny määrittelee oikeusinstituutin juridis-dogmaattisen käsitteellistämisen välineeksi ja systeemin-rakentamisen apuneuvoksi.[99] Oikeussysteemi esiintyy von Savignyllä kahdentuneena: sisäinen oikeussysteemi on olemassa kansanhengen tuotteena. Oikeustieteen tehtävä on löytää tämä ja luoda ulkoinen systeemi, systemaattinen esitysjärjestys.[100] Oikeusinstituutiot ovat siten yhteiskunnallisten instituutioiden kanssa päällekkäisiä tai luonnollisia, mutta toisaalta ne voivat olla vain positiivisia tai keinotekoisia.[101]

Oikeussysteeminsä peruspiirteet von Savigny kehittelee teoksensa toisessa osassa siviilioikeuden systeeminä. von Savignyn siviilioikeuden systeemi perustuu sekin Kantiin; se rakentuu *henkilön*, *vapauden* ja *tahdon* käsitteille. Ihmistä määrittää hänen vapautensa siveelliseen toimintaan. Oikeus ja siveellisyys liittyvät yhteen siten, että oikeus perustuu kaikkialla yhtäläiseen ihmisten siveelliseen arvoon ja vapauteen. Oikeus määrittää sen rajan, jonka sisäpuolelle jäävässä vapaassa tilassa ihminen voi toimia ja joka kaikkien vapaiden ihmisolentojen on tunnustettava. Oikeus varmistaa jokaisen yksittäisen tahdon vapaan kehityksen. Oikeusnormeilla yksilölliselle tahdolle annetaan alue, jossa se voi hallita vieraista tahdoista riippumattomana.[102]

Oikeus voi koskea vain ulkoista yhteiselämän aluetta, eikä lainsäätäjällä ole valtaa pakottaa ihmisiä siveellisyyteen tai edes estää epäsiveellisyyttä. Kantin mukaan oikeuden tavoitteena on vain tuottaa ehdot, joiden vallitessa tahdonvalta voi yhdistyä toisen tahdonvaltaan vapauden lain mukaisesti. On toimittava niin, että yksittäisen tahdonvallan vapaa käyttö on yhdistettävissä jokaisen toisen vapauden kanssa

98. Wilhelm 1969, 126-128.
99. Wilhelm 1969, 125-126.
100. Björne 1986, 65.
101. Björne 1986, 67.
102. Kiefner 1969, 7-9.

vapauden yleisen lain mukaisesti. Savigny lähtee Kantin 'moraalispraktisen järjen subjektista', joka on päämäärä itsessään. Oikeuden tehtävä on vain asettaa henkilön itsetoteutuksen ulkoiset ehdot ja rajat, eikä oikeudella voi olla muita tavoitteita. Yksityisoikeuden systeemi on autonominen ja perustelee itse oman olemassaolonsa. von Savigny erottaa Kantin tapaan moraalin ja laillisuuden, ja muut pandektitieteilijät tekevät samoin.

von Savignyn siviilioikeuden systeemi perustuu Kantiin siten, että von Savignylle *yksilötahdon herruuden alue on 'oikeussuhde'*. Siinä henkilö käyttää valtaa, jota kutsutaan hänen oikeudekseen subjektiivisessa mielessä. Oikeussuhde ja sen olennainen osa, subjektiivinen oikeus, mahdollistavat siveellisen elämän; se palvelee persoonallisuuden itsenäistä kehitystä. - Subjektiivinen oikeus ei ollut 1800-luvun keksintöä, sillä jo 1600-luvulla kehiteltiin facultas ja potestas-termien avulla ilmausta subjektiivisille oikeuksille. 1800-luvun oikeustieteessä subjektiiviset oikeudet kuitenkin saivat hyvin keskeisen aseman. Kant ei käytä termiä 'subjektiivinen oikeus'.[103]

von Savignyn mukaan henkilöllä on alkuperäinen oikeus omaan itseensä - tässä hän seuraa liberalismin klassikoiden esityksiä.[104] von Savignyn kiinnostus suuntautuu kuitenkin henkilöiden muihin objekteihin kohdistuviin, hankittuihin oikeuksiin. Hän yhdistää subjektiivisiksi oikeuksiksi sekä epävapaaseen luontoon kohdistuvat esineoikeudet että toisiin henkilöihin kohdistuvat velvoiteoikeudet. Toiseen henkilöön kohdistuva oikeus merkitsee tämän alistamista minun mielivaltaani. Jos tämä oikeus on absoluuttinen, se vie toiselta henkilöltä vapauden ja persoonallisuuden, ja häntä käsitellään esineenä. Tämä on siveetöntä. Velvoitesuhde on ajateltavissa vain sellaisena, ettei se tuhoa toisen vapautta.

Omaisuus on von Savignylle henkilön hankittujen oikeuksien kokonaisuus. Raha taas on abstrakti väline, jolla kaikki omaisuusesineet voidaan muuttaa puhtaiksi kvantiteeteiksi. Sellaisena se voi toimia itsenäisenä varallisuusvallan kantajana. Rahakin kantaa siten ajatusta mahdollisuudesta tehdä vapaita, siveellisiä tekoja. Henkilöt käyttävät tahdonvaltaansa synnyttämään ja lopettamaan oikeussuhteita. Tahdon-

103. Kiefner 1969, 10-12.

104. MacPherson 1962 kuvaa liberalismin peruslähtökohtaa omistusindividualismiksi. Liberalismin klassikot oikeuttavat yhteiskunnan rakenteet perimmältään sillä, että jokaisella henkilöllä on omaan henkilöönsä kohdistuva omistusoikeus.

ilmaisulla henkilö luo oikeussuhteita ja niiden mukana subjektiivisia oikeuksia. Sopimus on von Savignylle useampien liittyminen yksimieliseen tahdonilmaisuun, jonka kautta oikeussuhde määritellään - kuten Kantille sopimus on kahden henkilön yhdistyneen tahdonvallan akti.

Oikeuden formalismiin sisältyy von Savignyllä oikeuden itsenäinen olemassaolo, sen omien tavoitteiden häviäminen. Jo Kant puhuu tavoitteista oikeudessa niin, että oikeus merkitsee suhdetta toisen tahdonvaltaan. Oikeudessa ei ole kysymys tavoitteesta, joka henkilöllä on haluamansa objektin suhteen. Ei kysytä, mitä tavoitteita ostajalla on ostamansa esineen suhteen; onko hänelle siitä etua vai ei. Kysytään vain, onko sopijapuolen tahto vapaa. Ostajan tahdonvalta suuntautuu myyjän tahdonvaltaan ja päinvastoin; motiivit ja tavoitteet eivät tule kysymykseen. Tahdonvallan määrittymisen perusta on muodollinen, formaalinen. Objektiivisten oikeusnormien pitää siten olla niin muotoiltuja, että ne eivät palvele muita tavoitteita kuin tahdonvaltaa ja vapauden lakia. Muuten tahdonvallan formaali määrittymisperusta häviäisi ja oikeus pakottaisi ihmisiä omaksumaan tavoitteita. Tätä kukaan ei voi tehdä toisen puolesta, ei edes lainsäätäjä. Sellaiset oikeussuhteet, joilla on siveellinen perusta (ja jotka siten pakottava ihmisen omaksumaan tavoitteita), ovat von Savignyn mukaan anomalisia - tämä koskee ennen kaikkea avioliittoa.

von Savigny suhtautui suurella epäluottamuksella lakeihin, joilla on poliittinen tai valtiontaloudellinen tavoite. Hänelle oikeusnormit rajoittuvat ihmisten yleisesti yhtäläiseen siveelliseen arvoon ja vapauteen. Normit, jotka palvelevat muita tavoitteita ovat puhtaan, abstraktisti olemassa olevan oikeuden alueen ulkopuolella. Ne häiritsevät oikeutta sille vieraina elementteinä ja ovat oikeuden ration vastaisia - siksi anomalisia. Yksityisoikeuden järjestys hallitsee itsenäisesti omalla alueellaan. Sen avulla ihminen voi laajentaa luontoon kohdistuvaa herruuttaan ja parantaa välineitä, joilla ihmisluonnon siveelliset tavoitteet saavutetaan. Yksityisoikeuden järjestys ei kuitenkaan sisällä mitään uutta tavoitetta, eikä siihen pidä niitä julkisen hyvän nimissä asettaakaan.[105]

Historiallisen koulun ajatteluun sisältyi vahva dogmaattis-systemaattinen elementti, jossa korostui oikeuden systeemin autonomisuus. Romanistien ja germanistien kiista ei tässä suhteessa vaikuttanut oike-

105. Kiefner 1969, 7-23.

ustieteen yhtenäisyyteen. Oikeuden itsenäinen olemassaolo oli myös käsitelainopin peruslähtökohta. G. Fr. Puchtan mukaan oikeus palautuu kyllä välittömään kansan vakaumuksen auktoriteettiin, mutta se palautetaan tieteellisessä esityksessä periaatteisiinsa ja käsitetään systeemiksi. Täydelliseksikin kuviteltu oikeus osoittautuu aina epätäydellisiksi, jolloin oikeustieteen on oltava täydentävä oikeuslähde. Puchta esittää oikeusvaltiollisen lakipositivismin paradoksaaliseksi. Lakipositivismi väittää kaiken oikeuden olevan valtiollista ja vain valtion voivan asettaa oikeutta valtiosäännössä määrättyjen elintensä kautta. Kuitenkin valtio itse perustuu oikeaan käsitykseen oikeasta, joten tämän käsityksen on oltava peräisin jostakin muusta oikeuslähteestä kuin valtiosta. Puchta pitää kansakunnan välitöntä oikeudellista vakaumusta ja tiedettä oikeuslähteenä.[106]

Puchtalla vanha ajatus oikeuden kehittelemisestä arvostetuimpien lainoppineiden oikeaksi tunnustaman käsityksen, communis opinio doctorumin kautta yhdistyy ajatukseen systeemistä: oppineiden käsitysten auktoriteetti perustuu juuri siihen, että ne on kehitelty systemaattisesti, siis tieteellisesti, systeemin kokonaisuudesta käsin. Oikeuden systemaattinen esitys ei vain järjestä oikeuslauseita, vaan se sallii uusien oikeuslauseiden kehittämisen ja oikeuden aukkojen täyttämisen. Tosin Puchta korostaa myös tuomarin autonomiaa ja oikeutta tuomita oman vakaumuksensa mukaan, myös vastoin vakiintunutta lainopin kantaa.[107]

von Savignylla oikeuden yhteiskunnallinen olemassaolo ja oikeustieteen järjestelmä kattoivat toisensa. Puchtan systeemi on monimutkaisempi. Se ei heijasta todellisuutta, kuten von Savigny väitti oman järjestelmänsä tekevän. Puchtalla oikeuslauseet muodostavat oman systeeminsä, kuuluisan käsitepyramidin, jossa jokainen oikeuslause voidaan johtaa ylemmällä tasolla olevasta lauseesta. Juuri tämä tekee mahdolliseksi juristioikeuden luomisen ja sulkee oikeuden systeemin juridisen autonomian. 'On tieteen tehtävä tunnistaa oikeuslauseet systemaattisessa yhteydessään, toisiaan ehdollistavina ja toisistaan johtuvina, jotta yksittäisen lauseen genealogiaa voidaan seurata periaatteeseen asti...Tässä toiminnassa tehdään tietoisiksi ja näkyviksi oikeuslauseita, jotka kätkeytyvät kansallisen oikeuden henkeen, ilmenivätpä ne kansan jäsenten vakaumuksissa ja teoissa tai lainsäätäjän lausumissa,

106. Ogorek 1986, 199.
107. Coing 1969, 149-150.

ja jotka vasta tieteellisen deduktion tuotteena tulevat näkyviksi. Näin tiede tulee kolmanneksi oikeuslähteeksi; oikeus, joka näin syntyy, on tieteellistä oikeutta (Recht der Wissenschaft), tai koska se tulee näkyväksi juristien toiminnan kautta, juristioikeutta (Juristenrecht)'.[108]

Kuitenkin Puchtalla myös oikeussuhteet ja subjektiiviset oikeudet muodostavat omat oikeusjärjestelmänsä, jotka ovat eräänlaisia apujärjestelmiä oikeuslauseiden järjestelmän hahmottamiselle.[109] Eri tutkijat katsovatkin joko että Puchtan systeemin pohjana ovat positiivisesta oikeudesta löydettävät oikeusperiaatteet, tai sen sijaan pitävät sitä puhtaasti loogis-deduktiivisena käsitepyramidina. Joka tapauksessa myös Puchtan systeemi rakentuu vapauden ja yhtäläisyyden periaatteille. Kaikki ihmiset ovat vapaita ja oikeudellisesti yhtäläisiä. Oikeuden filosofinen perusta on kantilaisittain ihmisen kaksinaisessa luonnossa: ihminen on luonnonlakien hallitsema eläin, mutta ihmisellä on myös kyky 'itse määrätä itseään, tahto, valinta. Tämä mahdollisuus on ihmisen vapaus'.[110]

Rikosoikeudessa P.J.A. *Feuerbach* pyrki perustamaan itsenäisen rikosoikeustieteen kantilaisittain ymmärretyn järjen varaan. Hän erotti toisistaan oikeuden ja moraalin positivistiseksi luonnehdittavalla tavalla. Kantin kategorisen imperatiivin asemaan Feuerbach asetti järkeen ja ihmisluontoon palautuvan, universaalisti pätevän oikeuslain, Rechtsgesetz. Myös Feuerbach käsittää vapauden ja oikeudellisen vastuun toistensa kääntöpuoliksi.[111] Feuerbach esittää oikeusmuodon olevan objektivoitunut, kaikkia sitova käyttäytymisen mittapuu. Poliittinen valtio on ihmisen sosiaalisen käytännön ja yleispätevän käyttäytymissäännön kehitystä. Tällainen yleispätevä herruus välttämättä edellyttää oikeutta; Feuerbachin käsityksen mukaan sekä kodifikaatiota että oikeudellista systeemiä.[112]

Vuoden 1848 jälkeen saksalainen idealismi menetti merkitystään. Sen tilalle nousi empiristinen positivismi tieteenihanteena. Tämä johti jälleen pohdintoihin oikeustieteen asemasta tieteenä. 1800-luvun jälkipuolen oikeustieteellisessä positivismissa katsotaan, että kaikki oikeus on säädettyä oikeutta, jolla on valtiollinen alkuperä. Oikeustieteellisen

108. Puchta 1871, 33.
109. Björne 1986, 79-80.
110. Puchta 1871.
111. Backman 1992, 39-41.
112. Haney 1988, 173-176.

positivismin eli formalismin on Wieacker määritellyn niin, että siinä oikeuslauseet ja näiden käyttö johdetaan yksinomaan oikeustieteen järjestelmästä, käsitteistä ja opinkappaleista. Ulko-oikeudellisten argumenttien merkitys kiistetään.[113]

Bernhard *Windscheidin* 1860-luvulla ilmestynyt 'Lehrbuch des Pandektenrechts' oli oikeuspositivismin tai oikeustieteellisen positivismin perusteos. Oikeustieteellinen positivismi ilmenee siinä, että oikeusjärjestelmä ei enää kaipaa eettistä ylärakennetta. Myöskään oikeussysteemin rakenneperiaatteita ei perustella. Oikeustieteen on pyrittävä kehittämään käsitteitä. Oikeuslauseiden ajatussisältö ilmaistaan käsitteillä, joissa ajatuselementit yhdistyvät toisiinsa. Oikeustieteellinen ratkaisutoiminta on käsitteillä laskemista, joka on sitä varmempaa, mitä tarkempia käsitteet ovat. Käsitteiden kautta kyetään ymmärtämään subjektiivisten oikeuksien systeemi ja sen lauseiden yhteenkuuluvuus. Savignylle oikeus on oikeusinstituutioiden järjestelmä, Puchtalle oikeuslauseiden järjestelmä, mutta Windscheidille käsitteiden järjestelmä. Windscheid korostaa oikeussysteemin merkitystä oikeusvarmuuden lisääntymiselle.

Rudolf von *Jheringin* 'alempi' lainoppi on juridista tulkintaa, 'ylempi' systeemin kehittämistä ja oikeustapausten ratkaisemista systemaattisista lähtökohdista. Jheringin klassinen käsitelainopin esitys pyrki eliminoimaan oikeudesta kaikki teleologiset elementit ja käyttämään oikeuden hermeneutiikassa vain loogista metodia. Kun historiallinen koulu oli esittänyt systeemin sosiaalisen elämän järjestyksen heijastukseksi, käsitelainoppi puolestaan pyrki kehittämään systeemiä juridisten käsitteiden loogisen järjestyksen kautta. Positiiviset oikeuslauseet nähtiin siinä eräänlaisiksi tosiasioiksi.[114] Jhering vertaa oikeussysteemiä aakkosiin ja kasuistista oppikirjaa kiinan kirjoitusmerkkeihin; lainopin käsitteitä kehittämällä saadaan peruselementtejä, joiden erilaisten yhdistelmien avulla oikeudellisia ongelmia voidaan hallita.[115] Länsimaisessa ajattelussahan aakkosjärjestelmää pidetään hieroglyfi- tai kirjoitusmerkkijärjestelmää kehittyneempänä. Toisaalta Jhering sanoutuu irti historiallisen koulun tavasta rinnastaa oikeuden harmoninen evoluutio kielen kehitykseen. Sekä objektiivisen että subjektiivisen oikeuden synnyn taustalla taistellaan intresseistä, ja tällaisen tais-

113. Wiacker 1967.
114. Coing 1969, 157-171.
115. Björne 1986, 85.

telun tuloksena syntynyt oikeus on oikeustieteen legitiimi tutkimuskohde.[116]

Positivistinen käsitelainoppi universalismissaan päätyy käsittelemään oikeutta logiikkana. Oikeusdogmatiikan tieteellinen tehtävä on luoda käsitteitä ja tehdä niistä päätelmiä. Oikeuden systeemi saa pyramidimaisen rakenteen. Oikeusvarmuus symbolisoi oikeusjärjestelmän yleistä kontekstia; sen on tultava näkyviin jokaisessa yksittäisessä ratkaisussa. Tällä on vastineensa subjektin identiteetin redusoitumisessa. Yksilöiden on omaksuttava 'looginen identifikaatio'. Se eroaa paikallisten tapojen kautta omaksutusta identifikaatiosta, joka on 'eletyn ja koetun' läpäisemää. Valtio ja markkinat tunnistavat julkisen yksilön - tälle annetaan vapaus vaihtoon vaihdon välineiden kantajana. Rationaalisuus määrittyy sen välineiden muodollisen suhteen kautta, ei tavoitteiden kautta.[117]

1800-luvun loppupuolen oikeustiede ei enää kaivannut itsenäistyneen dogmatiikan perustelemiseen Kantiin palautuvaa perustelua tahdonvapauden ja moraalin suhteesta. Kantin praktisen järjen postulaatit - vapaan tahdon, Jumalan olemassaolon ja sielun kuolemattomuuden tunnustaminen - olisivat Weberin ajan sekularisoituneessa ja metafysiikan lumouksesta irtaantuneessa maailmassa olleet kritiikille alttiita. Tavallaan oikeudellisen systeemin metafyysinen perustelu kuitenkin jatkoi omaa elämäänsä oikeustieteen käsitteissä. Koska BGB oli olennaisesti oikeustieteen aikaansaannos, sen käsitteistöllä on tämä lähtökohta.

Karl Rennerin sanoin 'positiivinen oikeusanalyysi erottaa yksityisoikeuden ja julkisoikeuden normit ja jakaa edelliset niiden käsittämän erityisen yksilötahtojen suhteen perusteella esineoikeuteen, velvoiteoikeuteen, perheoikeuteen ja perintöoikeuteen. Tällainen analyysi tarkastelee esimerkiksi velkaa kahden tahdon, velkojan ja velallisen, suhteena...se ei kiinnitä huomiota siihen, riistääkö velkoja velallista - kuten yleensä on laita - vaiko velallinen velkojaa - kuten voi myös sattua - tai siihen, onko kyseessä kunniavelka vai kauppaluotto. Positiivisen oikeusanalyysin tehtävänä on vain selvittää kaikki faktojen kannalta relevantit oikeusnormit ja soveltaa niitä käsillä olevan tapaukseen. Tähän tyhjentyy positivistisen oikeudellisen analyysin funktio'.[118]

116. Ihering 1879.
117. Ladeur 1989, 569.
118. Renner 1976, 48.

Historiallisen koulun ja käsitelainopin orgaanisen, historiallisen tai metafyysisen järjestelmän suhde loogiseen järjestelmään jäi epäselväksi. Argumentointi ei ollut puhtaasti oikeustieteellistä, kun oikeussysteemiä kuvattiin organismiksi. Oikeussysteemiä käytettiin perustelemaan uusia oikeuslauseita, joita saatiin tekemällä havaintoja oikeusinstituutioista tai johtamalla uutta oikeutta yleisistä periaatteista tai käsitteistä. Ajatus oikeuden löytämisestä tai luomisesta (Rechtsfindung) liittyi siihen, että *oikeustiedettä* haluttiin pitää oikeuslähteenä. Tavanomaiselle oikeudelle annettiin oikeustieteessä määritelmiä, jotka tekivät siitä ammattikäytännön eikä elämismaailman moraalin ilmentymän. Lisäksi oikeustiede nosti itsensä erityiseen oikeudelliseen rationaliteettiin perustuvana systeeminä oikeuslähteeksi.

Saksan oikeustieteen historialliselle koulukunnalle säädetty oikeus oli ensisijainen oikeuslähde. Tämä ei merkinnyt säädetyn tai kirjoitetun lain nostamista ainoaksi oikeuslähteeksi. Pikemminkin tavanomainen oikeus oli primaari oikeuslähde, jonka kanssa kirjoitetun lain piti olla sopusoinnussa. Oikeus elää kansan yhteisessä tietoisuudessa, kansanhengessä, joka muuttuu aikojen kuluessa kielen tapaan. Kansojen kulttuuritason kohotessa syntyy tämän ajattelun mukaan funktionaalinen jako, jossa kansan oikeutta luova kyky siirtyy erikoistuneelle juristien ammattikunnalle. Juristit edustavat siinä kansaa oikeustiedettä harjoittaessaan.[119] Myöhemmin 1800-luvulla oikeudenkäytäntöä ei ollut enää tarpeen legitimoida vetoamalla oikeuden kansanomaiseen syntyperusteeseen.

Weberin formaalis-rationaalisen oikeuden syvärakenteen voi siten palauttaa Kantin pyrkimykseen löytää moraalin perusta formaalista universaalisuudesta. Tällainen universaalisuus merkitsi paikallisten oikeudellisten käytäntöjen poistamista. Oikeudelle oletetaan puhdas, universaali muoto, joka lopettaa partikulaariset tavat. Moderni oikeus jakaa yhtenäisen elämismaailman normiin ja sen soveltamiseen; toiminta voi saada normatiivisen merkityksen vain, kun elämän konteksti hajoitetaan 'yleistetyn toisen peilissä'. Universaalia subjektia vastassa on yleistetty toinen; subjekti kykenee hallitsemaan ulkoisen maailman objekteja vain universaalin subjektin kautta välittyneellä tavalla.[120]

Oman käsitykseni mukaan tällaisen formaalin oikeuden erityinen ongelmakohta paikallistuu oikeudenkäyttöön. Siinä 'elämän konteks-

119. Björne 1986, 63.
120. Ladeur 1989, 567.

tia' kantavat partikulaariset, empiiriset ihmiset kohtaavat oikeussysteemin formaalisuuden ja universaalisuuden. Ihmisiin kohdistetaan oikeudenkäytössä vaatimuksia, jotka määrittyvät universaaleja subjekteja koskevista normeista, ja joiden velvoittavuus perustellaan metafyysisellä tavalla. Todistelua koskeva oikeudenkäynnin osa sen sijaan rakentuu empiirisen ihmisen tarkastelulle. Kysymys siitä 'prudentiasta', taidosta tai taiteesta jonka mukaisesti sääntöjä sovelletaan yksittäistapaukseen jää avoimeksi. Modernin oikeuden synnyn yhteydessä ihmisen havaintojen luonnolle alisteisuuden ja siitä vapaan moraalisen arvion keskinäissuhde jää aukolliseksi. Molempien ongelmien voi väittää aktualisoituvan modernissa oikeudenkäynnissä.

III MODERNI OIKEUDENKÄYTTÖ

6. Kaksijakoinen prosessi - normit ja faktat

Edellä moderni oikeudenkäynti esitetään yksityisen ja julkisen, valtion ja kansalaisyhteiskunnan rajapinnaksi. Oikeutta koskevasta tiedosta muodostuu modernissa yhtenäisten periaatteiden hallitsema systeemi, jonka osaksi oikeudenkäyttöä koskevat säännötkin on sisällytettävä. Samalla oikean ja toden epistemologinen raja muodostuu osaksi tätä doktriinia. Seuraavassa siirryn tarkastelemaan oikeudenkäytön sääntöjä lähinnä siitä näkökulmasta, miten ne ilmentävät oikean ja toden, valtion ja kansalaisyhteiskunnan dikotomioita. Tässä jaksossa oikeudenkäynti käsitetään erityiseksi vuorovaikutuksen muodoksi, jonka säännöt esimodernissa ja modernissa yhteiskunnassa ovat erilaiset.

Esimoderni tiede kiinnitti suhteellisen vähän huomiota oikeudenkäyntimenettelyn sääntöihin. Osaksi tämä ehkä johtui siitä, että roomalaisesta oikeudesta oli vaikeata löytää kiinnekohtia uuden ajan Euroopan oikeudenkäyntimenettelyn tieteelliseen tarkasteluun. Rationaalisen luonnonoikeuden käsityksen mukaan luonnontilassa ei ole tuomiovaltaisia tuomareita, mutta yhteiskuntasopimuksen jälkeen suvereeni asettaa tuomarit edustajikseen. Rationaalinen luonnonoikeus pohti hyvin vähän sitä, minkälaisia sääntöjä luonnonoikeudesta voi johtaa oikeudenkäyntimenettelyä varten. Vaikka oikeudenkäynti nähtiin absoluuttisen hallitsijan vallankäytöksi, se oli juristien ammattikunnan erityisten ammatillisten käytäntöjen näyttämö. Oikeudenkäytössä vallitsevat käytännöt olivat teoreettisen lainopin näköpiirin rajalla.[1]

1. Nörr 1976, 3.

Valistuksen ajattelussa tuomittiin monia absolutismin oikeudenkäytölle ominaisia piirteitä. Paheksunnan kohteena oli joukko sellaisia menettelytapoja, joita kutsuttiin *inkvisitorisiksi*. Inkvisitioprosessin tilalle valistus vaati julkista ja laillisuuteen perustuvaa menettelyä, jonka tavoitteena on oikeellisuus ja totuus. Oikeudenkäynnissä on selvitettävä, mikä on *oikein* voimassa olevan oikeuden mukaan. Tämän vaatimuksen täyttäminen edellytti tuomarin laintulkintaa, jonka valistuksen legalismi yleensä halusi rajoitettavaksi mahdollisimman tehokkaasti. Nämä vaatimukset olivat olennaisesti poliittisia.

Valistuksen esittämät vaatimukset perustuivat kuitenkin myös uudenlaisiin epistemologisiin lähtökohtiin. Oikeudenkäytössä oli selvitettävä, mikä on käsiteltävänä olevassa asiassa *totta*. Totuuden voimaansaattaminen kuuluu valistuksen keskeisiin ajatuskuvioihin - se on valistusajattelun suoranaisia pakkomielteitä. Totuudella on valistuksen ajattelussa erikoisasema, joka ilmenee monessa yhteydessä. Tieteen on pyrittävä totuuteen, mutta myös monet muut yhteiskunnalliset käytännöt yhdistetään totuuden tavoittelemiseen. Myös oikeudenkäynnin tavoitteeksi asetettiin totuus.

Absolutismin ajan oikeudenkäytössäkin tosin tavoiteltiin totuutta. Valistusajattelu kuitenkin torjui eräitä tässä totuudentavoittelussa käytettyjä menettelytapoja ja käytäntöjä. Valistusajatteluun myös omaksuttiin osa absolutismin totuuden selvittämisen tekniikoista. Näiden tekniikoiden käyttöä pyrittiin kuitenkin rajoittamaan ja kontrolloimaan poliittisesti. Moderniin oikeudenkäyttöön siirryttäessä korostetaan 'materiaalisen' eli aineellisen totuuden ja 'muodollisen' totuuden eroa. Aineellisesta totuudesta puhuttaessa viitataan kahteen seikkaan: modernille ominaiseen empiristiseen totuuden selvittämisen tapaan ja sen perusteella syntyvään tuomarin vakaumukseen. Oikeudenkäynnin säännöt pyrittiin rakentamaan sellaisiksi, että totuutta voidaan selvittää epistemologisesti vakuuttavalla ja poliittisesti kontrolloidulla tavalla. Totuus oli selvitettävä niin, että *tuomari tulee vakuuttuneeksi* tuomion perusteeksi otettavista tosiseikoista. Tässä kuten oikeuden tulkinnassakin oli torjuttava tuomarin mielivalta.

Perimmältään modernille oikeudenkäynnille asetettiin *kaksoistavoite*, joka viime kädessä johtaa oikeudenkäynnin *subjektirakenteen* jakaantumiseen *oikeussubjekteihin* ja *empiirisiin subjekteihin*. Tietyssä mielessä Kantin filosofia kuvaa tarkasti oikeudenkäynnille modernissa asettuvan kaksoistavoitteen: ihminen on kahden valtakunnan asukas, samanaikaisesti sekä luonnonvälttämättömyyden perusteella toimiva olento että vapaata tahtoa käyttävä moraalinen henkilö. Kaikkia ihmisiä koskevat moraaliset

vaatimukset voidaan muotoilla kategoriseksi imperatiiviksi, joka voi muodostaa universaalin oikeuden perustan. Tällaisen moraaliseen oikeussubjektiuteen palautuvan oikeudellisen systeemin näkökulmasta oikeudenkäyttö voi eriytyä ammatillisesti erikoistuneen juristien ammattikunnan kontrolloimaksi yhteiskunnalliseksi käytännöksi.

Toisaalta kaikille ihmisille ominaiset kognitiiviset kyvyt antavat kaikille mahdollisuuden tehdä yleisesti päteviä empiirisiä arvioita empiirisestä luonnosta ja myös ihmisestä itsestään tällaisen luonnonvälttämättömyyden osana. Totuuden selvittämiseksi on noudatettava tiettyjä oikeudenkäynnin periaatteita, ennen kaikkea *suullisuuden* ja *välittömyyden* periaatteita. Ihmisten kognitiivisten kykyjen universaali luonne tekee mahdolliseksi sen, että empiirinen totuus näyttäytyy samanlaisena kaikille järkeville ihmisille. Tämä mahdollistaa poliittisen tai maallikkokontrollin totuuden selvittämisessä. Totuuden selvittämisen keinot perustuvat erityisiin tekniikoihin, jotka asettavat todistajan ja asianosaiset, etenkin syytetyn, partikulaarisina empiirisinä subjekteina ja esittävät historiallisten tapahtumien kulkua empiristisen epistemologisten konventioiden edellyttämällä tavalla.

Modernin oikeudenkäytön rakenne syntyy historiallisesti absolutismin oikeudenkäynnissä noudatetun menettelyn ja modernin poliittisen käytännön vaatimusten yhdistyessä. Historiallisen muutoksen ymmärtämisen ongelma liittyy siihen, että varhainen moderni oikeustiede ja -historia antoi aikaisemmille instituutioille vahvasti omalle ajalleen ominaisista ongelmista määräytyvän tulkinnan. Ennen modernin oikeudenkäytön sääntöjen syntyä koskevaa esitystä on syytä kiinnittää huomiota 1800-luvun historiallisen tulkinnan kontekstiin, jonka kautta saksalainen ja pohjoismainen oikeushistoriallinen käsitys varhaisemman oikeudenkäytön luonteesta vakiintui.

6.1. Historiallisen koulun 'germaaninen prosessi'

Oikeudenkäytön historian tarkasteluun liittyy väistämättä aikaisempien aikakausien historianprojektioiden ongelma. Renessanssin humanisteista alkaen eurooppalaiseen ajatteluun on sisältynyt historian perspektiivi. Humanisteille se merkitsi antiikin historiallistumista ja käsitystä antiikin uudistamisesta omalle ajalle ominaisissa olosuhteissa. Keskiajasta tuli samalla antiikkia ja omaa aikaa erottava 'pimeä vä-

liaika'. Humanistien tietoisuus historiasta esti lopulta antiikin esikuvien, kuten roomalaisen oikeuden instituutioiden, suoran soveltamisen omassa yhteiskunnassa. Saksalainen historiallinen koulu ja eurooppalainen romantiikka yleensäkin esittivät vuorostaan historiantulkinnan, jossa keskiaika saa myös paljon myönteisiä määritteitä.

Historiallisen koulun historiantulkinnan vaikutus ilmenee myös Max *Weberin* oikeussosiologiassa. Weberin mukaan varhaisella oikeudenkäytöllä oli vahvan formaalinen luonne. Hänelle prosessi on varhaisin 'oikeustoimi', koska oikeudenkäynti oli sopimus sovinnosta. Tällainen oikeustoimi tehtiin ankarien muotomääräysten mukaisesti. Oikeudenkäynnin formalismi taas liittyi Weberin mukaan ennen kaikkea todisteluun. Varhaisessa prosessissa ei esitetä todisteita, joiden avulla jokin seikka voitaisiin osoittaa 'todeksi' tai 'epätodeksi'. Prosessissa on kyse siitä, kumpi asianosainen ja missä muodossa saa esittää kysymyksen oikeudesta ja vedota maagisiin voimiin. Tällaisessa prosessissa realisoituva 'objektiivinen oikeus' on kaikella tapaa muuttuvaa tai joustavaa, sillä oikeudellisilta ratkaisuilta puuttuvat kaikki loogis-rationaaliset perustelut. Siten prosessin formalismi liittyy täysin irrationaaliseen päätöksenteon tapaan.[2]

Weber perustelee käsitystään 'primitiivisen' oikeudenkäytön luonteesta monenlaisella aineistolla, kuten varhaista roomalaista ja keskiaikaista länsimaista oikeutta koskevilla historiallisilla esityksillä sekä antropologisilla tutkimustuloksilla. Ennen kaikkea hän näyttää kuitenkin ajattelevan saksalaisen historiallisen koulun kuvaamaa 'varhaista germaanista prosessia'. Sitä vastaavan oikeudenkäyttömenettelyn oletettiin olevan yleisemminkin käytössä vahvan keskusvallan puuttuessa - kun yhteiskunnallinen järjestys rakentui sukujen tai heimon muodostaman paikallisen yhteisön varaan. Weber esittää varhaisen roomalaisen legisactio-menettelyn hyvin samantapaiseksi kuin keskiaikainen germaaninen prosessi. Hän katsoo, että pakkokeinojen puuttuminen on olennainen 'primitiivisen' prosessin piirre. Weberin mukaan esimerkiksi varhaisen 'pohjoisgermaanisen' oikeuden tuomarit eivät kyenneet käyttämään mitään pakkovaltaa.

Weberin mukaan oikeudenkäyttö voi kaikkialla rationaalistua ja politisoitua vasta, kun tuomiovallalle kehittyy poliittinen perusta pelkästään yhteisöllisen sijasta. Esimerkiksi varhaisten svealaisten ja göötalaisten laamannit eivät olleet sidoksissa edeltäjiensä oikeuteen. Samaan tapaan roo-

2. Weber 1956 II, 403.

malaiset preetorit julkaisivat ediktinsä vuosittain. Tällainen oikeus voitiin vain julistaa. Sen sijaan politisoitunut - toisin sanoen keskusvallan tukema - tuomiovalta kykenee tuottamaan tai ylläpitämään pysyvämpää oikeutta.[3] Weberin kantaa voi käsittääkseni pitää yhteenvetona 1800-luvun saksalaisista tulkinnoista ja kiistoista, jotka pyrkivät suhteuttamaan 'materiaalisen totuuden' selvittämisen kansalaisyhteiskunnan ja valtion toimintaperiaatteisiin.

Historiallinen koulu oletti kielelle ja oikeudelle yhteisen alkumuodon.[4] Justus *Möserin* tulkinnassa germaaninen alkuyhteiskunta on vapaiden talonpoikien yhteisö, jossa päätökset tekevät vapaat miehet yhdessä. Germanistien ajattelussa teutoniseen vapaiden miesten yhteiskuntaan ja kansalaisyhteiskuntaan saattoi liittyä yhteisiä konnotaatioita. Historiallisen koulun perustajien mukaan ikiaikainen germaaninen vapaus merkitsi vapaiden miesten oikeusyhteisöllisyyttä. Nämä vapaat miehet, die schöffenbare Freien, käyttivät itse tuomiovaltaa. Germanistien keskiaikaa koskevissa esityksissä heikko feodaalinen valtio sekaantuu germaaniseen talonpoikaissotureiden yhteiskuntaan.[5] Myöhemmässä germanistiikassa germaaninen yhteiskunta nähdään perusluonteeltaan yhteisölliseksi; roomalaisen oikeuden perinteen yksilöitä ja valtiota korostavan dualismin sijasta korostetaan germaanista suku- tai Genossenschaft-yhteisöllisyyttä.[6]

Möserin ja K.A. *Roggen* mukaan germaanisen vapauden perusta on 'syyttämisperiaate' - ei tuomaria ilman kantajaa. Germaanisessa prosessis-

3. Weber 1956 II, 408.

4. J. G. Herder ja Jacob Grimm Deutsche Rechtsaltenthümer-teoksessaan vuodelta 1828 korostivat kielen, kulttuurin ja oikeuden ykseyttä. Saksalaisen koulun germanistit tulkitsivat varhaisen germaanisen oikeuden syntyvän rituaalien eikä tahdonilmaisujen kautta.

5. Justus Möserin Osanabrückin historiaa vuodelta 1768 pidetään 'historiallisen koulun' varhaisena esikuvana tässä suhteessa. Möser konstruoi esityksensä Tacituksen Germanian ja Caesarin Gallian sota-teoksen pohjalta, Sjöholm 1977, 20-23. Absolutismin vastainen saksalainen ajattelu ei historiallisista syistä voinut vedota feodaalisiin instituutioihin kuten englantilainen teki. Esimerkiksi Karl Marx väitti historiallisen koulun etsineen saksalaisen vapauden historiaa 'teutonisista aarniometsistä', historian tuolta puolen, koska sitä ei voi löytää historiasta. Marx 1972, 442.

6. Silloin germaaninen vapauskin tulkitaan yhteisölliseksi eikä yksilön vapaudeksi. Eduard Gans esittää germaanisen ja etenkin skandinaavisen alkuyhteiskunnan olevan sukuyhteiskunta, Sjöholm 1977, 23-28. Otto von Gierken Genossenschaften-opissa historiallisen koulun oppi saavutti tässä suhteessa huippunsa. von Gierken mukaan roomalainen oikeus vapautti valtion ja yksilön, julkis- ja yksityisoikeuden. Näiden dikotoimioiden ylittämiseksi oli luotava elävän yhteisöllistä yksityisoikeutta ja vapauteen perustuvaa julkisoikeutta. von Gierke 1950, 483-486.

sa ei käytetty ollenkaan varsinaista todistelua. Vastaaja hankki valanvahvistajat tai maksoi sovitussakon. Germaanien vapaudentunto, jalo luonne ja totuudenrakkaus tekivät todistelun tarpeettomiksi. Jumalantuomiot ja todistajien lausumat olivat tuomioita, eivät todistelua. Ehkä tunnetuin 1800-luvun lopun saksalaisen koulun oikeushistorioitsija Heinrich *Brunner* tulkitsi varhaisen germaanisen prosessin samaan tapaan. Tuomarin piti 'piinallisen tarkasti pitäytyä menettelyn ulkoisuuksissa'. Tuomiossa ei julistettu, mikä on totta, vaan luotiin riitaisen asiantilan sijaan uusi. Esimerkiksi saksalaisten Schöffen-tuomareiden tehtäväksi katsottiin luoda (schaffen), mitä pitää olla.[7] Jos todistelua käytettiin, määrättiin vain todistelun teema; se, mitä asianosaisen oli esitettävä.

1800-luvun historioitsijoiden omassa maailmassa germaanisella vapaudella oli myönteinen kaiku, mutta kokonaisuutena germaanisen prosessin edellä kuvatut piirteet edustivat formalismia ja irrationaalisuutta kielteisessä mielessä. Oikeushistorian teorianmuodostus liittyi ajankohtaisiin oikeuspoliittisiin ongelmiin, tässä yhteydessä ennen kaikkea prosessijärjestyksen muuttamiseen ja jurylaitoksen käyttöönottoon. Fiktiivinen germaanisen yhteiskunnan alkutila liittyi oikeuden evoluution kehitysdialektiikkaan käsitykseni mukaan eräänlaisena kansalaisyhteiskunnan vapauden konnotaatiota kantavana käsitteenä. Valtioon puolestaan liitettiin kyky rauhan ylläpitämiseen ja totuuden selvittämiseen. Roomalainen oikeus muodosti yhden lähtökohdan tällaiselle valtion merkityksen korostukselle. Lisäksi monet historiallisen koulun historioitsijat yhdistivät vahvan kuningasvallan nousun oikeuden auktoriteetin kasvuun. Molemmat ilmiöt yhdistettiin usein frankkien valtakuntaan, jota pidettiin varhaiskeskiajan vahvimpana valtiona ja sen vuoksi oikeuden evoluution luonnollisena lähtökohtana. 'Aineellisen totuuden selvittämisellä' oli 1800-luvun oikeustutkijoille myönteinen merkitys.

Sen kehitys voitiin liittää lähinnä kahteen oikeusinstituutioon: inkvisitioon ja jurylaitokseen. Jurylaitos yhdistettiin Ranskan vallankumouksen jälkeisessä Euroopassa maallikoiden ja kansalaisyhteiskunnan valtaan sekä totuuden selvittämiseen. Juryn toimivalta oli kiistanalainen kysymys. Jurylaitoksen ja materiaalisen totuuden historiallinen yhdistäminen vahvistaa kansalaisyhteiskunnan merkitystä totuuden selvittämisessä. Inkvisition historiallisen merkityksen osoittaminen materiaalisen totuuden selvit-

7. Brunner 1872,46.

tämiselle puolestaan korostaa valtion ja aineellisen totuuden periaatteen yhteenkuuluvuutta. Kun Saksassa kiisteltiin jurylaitoksen omaksumisesta, syntyi myös intressi tutkia tämän laitoksen alkuperää. Osa tutkijoista pyrki osoittamaan juryn olleen alun perin todistuskeino; vahvan valtion kehitys toteuttaa 'aineellisen totuuden' selvittämisen keinot.[8] Juryn merkitys voitiin torjua viittaamalla inkvisition merkitykseen.

Heinrich *Brunnerin* mukaan *Kaarle Suuri* määräsi, että tuomarin on kuulusteltava todistajaa, ennen kuin hänet päätetään valalle. Tätä todistelua kutsuttiin inkvisitioksi. Tuomari kutsui luokseen yhteisön jäseniä, joiden voi olettaa tietävän jotakin käsitellystä asiasta ja esitti heille kysymyksiä. Tämän jälkeen seurasi kysely, joka ei johtanut kaksiosaiseen tuomioon, kuten vanha germaaninen todistelu olisi johtanut. Varhaiskeskiajalla todisteen rooli olisi ollut ennalta vahvistettu, todistelun määrännyt tuomari ja sitä arvioineet schöffen-maallikkotuomarit. Sen sijaan inkvisitiossa oli kyse tosiasiaa koskevasta väitteestä ja sen kieltämisestä. Todistajaa kuulusteli tuomari, eikä menettelyssä ollut sijaa maallikkotuomareille. Perinteisessä prosessissa asianosainen valitsi todistajat ja toimitti heidät paikalle. Inkvisitiossa todistajat valitsi tuomari, ja hän myös vaati heidän saapuvan oikeuteen pakon uhalla. Germaanisen prosessin todistamismenettelyssä vala sai aikaan todistuksen, inkvisitiokuulustelussa se legitimoi todistajan lausuman. Valalla ei silloin ole suhdetta tuomarin asettamaan todistusteemaan.[9]

Tällainen kysely- tai kuulustelumenettely kehittyi tavanomaisen oikeuden kautta ja omaksuttiin lakeihin karolinkiaikana. Kirkko sai privilegion käyttää sitä, samalla kun kuninkaan maaomaisuutta siirtyi kirkolle. Oikeus kuulustelun käyttöön ei kuulunut frankkien valtakunnassa tavallisille tuomareille, vaan yksinomaan kuninkaan tuomiovaltaan. Kun Brunnerin mukaan muinaisgermaanista prosessia kuvasi 'ahdas sanojen tulkinta, rautainen muotorigorismi ja piinallinen ulkoisiin merkkeihin pitäytyminen', hä-

8. F. Biener esitti germaanisen juryn rajoittuneen faktojen arvioimiseen omien tietojensa perusteella ja myös englantilaisen valamieslaitoksen saaneen tuomarilta sitovat ohjeet, jotka rajasivat sen toimivallan. Biener esitti syyttämismenettelyn syrjäytyneen valtion vakiintuessa; samalla tuomarin vakaumus 'materiaalisen totuuden' selvittämisessä sai merkitystä. Sjöholm 1972, 79-80. Heinrich Brunner katsoi osoittaneensa jo vuonna 1852 ilmestyneessä väitöskirjassaan frankkilaisen inkvisition ja valamiesmenettelyn liittyvän yhteen. Kirja osui juryn alkuperää käsittelevän kirjallisuuden todelliseen Sturm und Drang-vaiheeseen, vuoden 1848 ympärille. Silloin valamieslaitoksen käyttöönotto oli politiikan kuumia kysymyksiä. Brunnerin 1872 ilmestynyttä Die Entstehung der Schwurgerichte-teosta on pidetty saksalaisen keskustelun päätepisteenä; sen germaanisen oikeuden kuvauksen 'formaalinen irrationalismi' on lähellä Weberin formulointia.

9. Brunner 1872, 85.

nen esityksensä ei painota yhteiskunnan vapautta, vaan sen irrationaalisuutta ja voimattomuutta. 'Muodon ylivalta ja käsittelyperiaatteen valta' kuvataan arkaaisen germaanisen prosessin peruspiirteiksi.[10]

Näin inkvisitorinen prosessi nähtiin historiallisen koulun kirjoituksissa oikeuden evoluution tärkeäksi saavutukseksi, joka *edistää oikeudenkäytön muuttumista muodollisesta, irrationaalisesta ja asianosaisiin kiinnittyvästä prosessista aineelliseen totuuteen tähtääväksi menettelyksi.* Inkvisition alkuperään liittyvä erimielisyys liittyy kysymykseen oikeudenkäynnin rakenteen muuttamisesta liberaalien suosimaan suuntaan. Inkvisition osoitettiin olevan osa germaanisen oikeuden evoluutiota rationaalisen totuuden tavoittelun suuntaan, ei roomalaisen tai kanonisen oikeuden aikaansaannos. Tällä torjuttiin valistuksen inkvisitiosta esittämää kielteistä arviota. Samalla voitiin kieltää aineellisen totuuden ja valamieslaitoksen kuuluvan yhteen. Valamieslaitoksen saksalaiset vastustajat leimasivat päin vastoin juryn irrationalismin ilmentymäksi - näin myös Max Weber teki. Kun Weber vetoaa svealaisten ja göötalaisten oikeudenkäyttöön, hän nojautuu 1800-luvulla vallitsevaan käsitykseen Skandinaviassa 'puhtaana' säilyneestä germaanisesta oikeudesta. 1800-luvun lopun saksalaiset oikeushistorioitsijat, etenkin Karl von *Amira*, tutustuivat skandinaaviseen oikeushistoriaan nimenomaan siksi, että se edusti heille germaanisen oikeuden ideaalityyppiä.[11]

Saksalainen oikeushistoria suosi preskriptiivistä aineistoa deskriptiivisen kustannuksella; oikeudellisia koodeja tai lainkoonnoksia pikemmin kuin oikeudenkäytöstä kertovaa aineistoa oikeudesta kertovina lähteinä. Saksalainen historiallinen koulukunta näki selvän eron varhaisen germaanisen ja roomalaisen oikeuden välillä, ja tältä pohjalta korostui mm. käsitys muinaisgermaanisen prosessin irrationaalisesta formalismista. Esitettiin, että muinainen germaaninen oikeudenkäyttö rakentui tiukkaan muodollisuuteen, kaavan noudattamiseen, mutta sitoutui samalla keinoihin, jotka eivät olleet järjellä kontrolloitavissa, kuten valaan ja jumalantuomioihin. Varhaiskeskiaikaisessa oikeudessa havaitut 'modernin' todistusoikeuden mukaiset piirteet, kuten asiakirjojen käyttö, tulkittiin toissijaisiksi.[12]

Oikeushistorian teorianmuodostus liittyi ajankohtaisiin oikeuspoliittisiin ongelmiin, jotka koskivat ennen kaikkea prosessijärjestyksen muuttamista ja juryn käyttöönottoa. Oikeushistoriaan projisoitiin tässä yhteydes-

10. Brunner 1872, 61-98.
11. ks. jäljempänä "Käräjistä hovioikeuteen" sivulla 318.
12. Davies ja Fouracre 1986, 1-3.

sä fiktiivinen germaanisen yhteiskunnan alkutila, josta tehtiin osa oikeuden evoluution kehitysdialektiikkaa. Yhteiskunnallisia muutoksia tulkittiin tämän myyttisen alkumuodon perustalla. Historiallinen koulu projisoi historiaan kaksi olemuksellisesti erilaista elementtiä: alkugermaanisen vapaan oikeusyhteisöllisyyden ja sitä syrjäyttävän kuninkaan ja kirkon lainsäädännön. Tämä kaksinaisuus muodostaa historiallisen kehityksen lähtökohdan.[13] Valtion konnotaatiot liittyvät usein myös järjestyksen säilyttämiseen ja tehokkaaseen rikollisuuden vastustamiseen. 'Maanrauha' on mahdollinen vasta valtion väkivaltamonopolin tehostumisen kautta. 'Rauhanlait' ovat sen ensimmäinen merkki.

Roomalaisen ja kanonisen oikeuden vaikutusta saksalaiseen oikeuteen eivät ankarimmatkaan germanistit halunneet kiistää. Sekä inkvisitioprosessin germaanista että sen roomalais-kanonista alkuperää korostavat tutkijat olivat yhtä mieltä siitä, että inkvisitio vapautti oikeudenkäytön primitiiviselle oikeudelle ominaisesta 'irrationaalisesta formalismista'. Kiista järjestelmän alkuperästä liittyi pikemminkin juuri valamiessysteemin omaksumiseen, ja se koski viime kädessä valtion ja kansalaisyhteiskunnan sekä ammattituomareiden ja maallikoiden tai asianosaisten valtaa määrätä prosessin tavoitteesta ja siinä käytetystä menettelystä. Kaikki kiistan osapuolet hahmottivat oikeudenkäytön tilanteeksi, jossa oli saatava aikaan synteesi tai kompromissi kansalaisvapauksien ja valtion oikeussuoja- tai pakkokoneiston välillä.

Max Weberin formaalis-irrationaalista primitiivistä oikeutta koskeva luonnehdinta perustui siis historiallisen koulukunnan jakamaan käsitykseen oikeuden evoluution alkupisteestä tai varhaisimmasta askelmasta.[14] Oikeushistoriallinen tutkimus erkani 1800-luvun kuluessa historiallisesta tutkimuksesta. Se kiinnittyi tieteellistyneen oikeuden tutkimiseen 'apuaineena', jonka tuli palvella sekä oikeudellista tulkintaa että oikeudellisen reformin tarpeita. Oikeushistoria kehittyi teorialtaan ja metodeiltaan toiseen suuntaan kuin varsinainen historiantutkimus. Tämä on vaikuttanut siihen, että oikeushistoriallista tutkimusta on tehty ja tulkittu pitkään 'his-

13. Sjöholm 1977, 14-15.

14. Kun historiallisen kielitieteen esikuvan mukaisesti konstruoitiin indoeurooppalaisten kansojen kehityshistoria, sen yhtenä vaiheena pidettiin juuri germaanista alkuyhteisöä. Myös roomalaisten oletettiin läpikäyneen samantapaisen kehitysvaiheen. Max Weber osallistui tähän 'kehitysvaihekeskusteluun' etenkin agraarihistoriaa koskevien kirjoitustensa kautta. Weber vastusti historialliselle koululle ominaista lainomaisten 'kulttuuristen askelmien' postuloimista. Nille 1990, 359-362.

toriallisen koulun' viitekehyksen mukaisesti. 1800-luvun oikeushistorian tutkimustulokset elävät kuitenkin omaa elämäänsä lukemattomissa esityksissä sekä oikeustieteessä että sen ulkopuolella, eikä Weberin 'formaalis-irrationaalisen' oikeuden ideaalityyppi muodosta tässä suhteessa poikkeusta.

Saksalaisen historiallisen koulun historiantulkintoja voi pitää ainakin osaksi edelleen vallitsevan oikeushistoriallisen tulkinnan mukaisina. Sekä saksalaiset, ruotsalaiset että suomalaiset oman aikamme oikeushistorialliset esitykset esittävät germaanisen yhteiskunnan joko vapaiden miesten tai sukujen yhteiskunnaksi, jossa sitovan oikeuden ja keskitetyn pakkovallan puuttuessa käytetään sovintomenettelyä. Sille ominaista oikeudenkäyntiä kuvataan usein 'muodollisen irrationalismin' tuntomerkeillä.[15] Modernin oikeudenkäyntimenettelyn syntyä selvittävällä tutkijalla ei ole mahdollisuutta omistautua kysymykselle varhaisen germaanisen prosessin 'todellisesta luonteesta'. Sitä koskevilla teorioilla on kuitenkin tärkeä paikka modernia prosessia käsittelevän teorian synnyssä.

6.2. Inkvisitioprosessi skolastikkojen doktriinissa

1700-luvun oikeudellisessa ajattelussa korostui ero *inkvisitorisen* ja *akkusatorisen* menettelyn välillä. Oikeushistoria on etsinyt tämän eron historiallisia juuria. Vallitsevan oikeushistoriallisen tulkinnan mukaisesti asianosaisvaltainen syyttämismenettely vallitsi keskiaikaista oikeudenkäyttöä. Inkvisitorinen menettely oli aina remedium extraordinarium. Oppineet juristit eivät olleet keskiajalla erityisen kiinnostuneita kehittämään accusatiomenettelyä: juristit keskittyivät inquisition sääntöihin.[16] 1100-luvulta 1700-luvun lopulle oppinut juristiammattikunta osallistui oikeudenkäytön muodostamiseen ennen kaikkea kehittämällä inkvisitorista prosessia.[17] Kysymys oli varsinkin todistelua koskevan teorian kehittelystä; oikeudenkäynnin interaktiota käsittelevä doktriini ei muilta osin juuri ollut teoreettisen mielenkiinnon kohteena.

---

15. Saksalaisista perinteisistä esityksistä ks. Mitteis ja Lieberich 1966, 30-31 ja Mitteis 1981, 35-37. Saksassa Mitteisin esitystä on arvostellut mm. Nehlsen 1983, 3-16. Ruotsin ja Suomen oikeushistoriasta ks. jäljempänä jaksoa "Varhainen prosessi 1800-luvun oikeushistoriassa" sivulla 309.
16. Ullman 1980, 4.
17. Peters 1985, 41.

Inkvisitioprosessin kehitys on liitetty toisaalta rikosoikeuden eriytymiseen ja suvereenin valtapyrkimyksiin. Eri puolilla Eurooppaa tuomioistuimien on väitetty myöhäiskeskiajalla ja uuden ajan alussa saaneen aktiivisemman luonteen. Tuomioistuimet saavat oikeuden tutkia rikoksia, joissa kukaan ei esiinny kantajana. Kuninkaalliseen ja ruhtinaan valtaan liittyy oikeus rangaista yhä useamman tyyppisistä teoista. Poliittisen vallan vahvistuessa kiellettiin sovinnon tekeminen asianomistajan ja vastaajan välillä: rikos ei ole asianomistajan ja vastaajan välinen asia, vaan loukkaa myös kuningasta. Rangaistuksen ohella maksettava vahingonkorvaus voi olla loukkauksen kärsijän oma asia, mutta ei enää rangaistus. Kaikki törkeämmiksi käsitetyt rikokset ja yleisesti haitallisiksi tulkitut teot loukkaavat suvereenia valtaa, jolle niiden rankaiseminenkin kuuluu.

Walter *Ullmanin* mukaan roomalaisesta oikeudesta oli suhteellisen vähän tukea rikosprosessin sääntöjen kehittämisessä. Roomalaisessa oikeudessa tunnettiin syyttämisprosessi, joka perustui jokaisen kansalaisen oikeuteen syyttää toista pätevän tuomarin edessä. Roomalaisen oikeuden mukaan syyttäjä ei saanut kuitenkaan alistaa toista väärälle syytteelle, calumnia, ja siksi syyttäjä lupautui kärsimään syytteen mukaisesta rikoksesta määrätyn rangaistuksen, jos hän ei kyennyt todistamaan syytettään. Myös keskiajan lainoppineet auktoriteetit katsoivat, että syytteen käsittävän libellus-kirjelmän oli sisällettävä subscriptio in crimen. Se oli syyttäjä-asianomistajan lupaus alistua siihen rangaistukseen, jota hän vaatii toiselle, jos vastapuolta ei voitu tuomita asianomistajan esittämän näytön varassa. Tällainen ajatus sopi hyvin feodaaliseen käsitykseen oikeudenkäynnistä kaksintaisteluna. Subscriptiota ei tosin käytännössä sovellettu näin ankarassa muodossa, mutta se oli huomattava este prosessin aloittamiselle. Jo keskiaikaiset auktoriteetit katsoivat, että tuomari voi toimia ex officio, ilman muodollista syytettä, jos asianomistaja jätti syytteen ajamatta. 1400- ja 1500-luvuilla akkusatorisesta periaatteesta oli lainoppineiden tekstien perusteella arvioiden jäljellä varsin vähän, lähinnä nimi.[18]

Koska roomalaisesta oikeudesta ei ollut mahdollista löytää esikuvaa yksityiselle syyttämisjärjestykselle, kiinnitti roomalaisen oikeuden inkvisitorinen järjestelmä sitäkin enemmän lainoppineiden huomiota. Lainoppineiden kiinnostus keisarillisen Rooman rikosten tutkintaan osuu yksiin suvereenin ruhtinasvallan nousun kanssa. Corpus iuriksen kommentaattorit

18. Ullman 1980.

kirjoittivat kaupunki- ja kansallisvaltioiden ja saksalais-roomalaisen keisarikunnan keskinäisen poliittisen välienselvittelyn kiivaimmassa vaiheessa. Tämä kiista tuotti sekä suvereenin poliittisen vallan että oikeudellisen tuomiovallan varhaisia käsitteellistyksiä. *Bartolus* de Sassoferrato kirjoitti 1300-luvun ensimmäisellä puoliskolla pohjoisitalialaisen doktriinin ehkä arvostetuimmat teokset. Hänen teoreettinen panoksensa liittyi erityisesti alueellisen suvereniteetin aseman vahvistumiseen. Bartoluksen mukaan alueellinen tuomiovalta, jurisdiktio, kuului alueen suvereenille hallitsijalle, vaikka korkein poliittinen valta kuuluikin pyhän saksalais-roomalaisen keisarikunnan keisarille.[19]

Bartholemaeus Salicetus esitti 'kanonisen' inkvisition opin Speculum Judiciale-teoksessaan. Ennen hänen esitystään lainoppineet olivat katsoneet, että tuomarin aloitteesta voidaan tutkia notorisia rikoksia. Notorisen rikoksen keskeinen elementti oli huhu, fama. Inquisitio ei kohdistunut tiettyyn henkilöön, kun se oli generalis, mutta sen sijaan inquisitio specialis merkitsi oikeudenkäyntiä syytettyä vastaan. Bartolus ja *Nicolaus* de Matarellis esittivät varsinaisen inkvisitorisen rikosprosessin säännöt. Nicolauksen mukaan inkvisitio voi alkaa muutenkin kuin notorisen rikoksen yhteydessä. Bartolus esitti, että julkinen etu vaati rikollisten rankaisemista. Oli luotava järjestelmä, joka esti asianomistajan tavoittamattomissa olevat rikolliset pääsemästä ilman rangaistusta. Esitutkinnan tai *inquisitio generalis*-tutkimuksen tarkoitus oli identifioida syytetty, jota sitten oli tutkittava *inquisitio specialis*-menettelyssä.[20] Inquisitio specialis voitiin aloittaa vain edellytyksillä, jotka lainoppineet, ennen kaikkea Bartolus täsmensivät. Myös inkvisition alussa oli esitettävä syytekirjelmä, libellus. Sen oli sisällettävä syytteen substantialia, erityisesti väitetyn rikoksen aika, paikka ja muut relevantit olosuhteet. Sen tuli sisältää myös lyhyt kuvaus jutun faktoista, narratio.

Bartolus määritteli inkvisition tavaksi tuoda rikosasia oikeuden tutkittavaksi eikä syyttämisen tavaksi tai oikeudeksi, koska inkvisitiossa toisin kuin klassisessa roomalaisessa prosessissa ei ollut syyttäjää. Muodollisen syyttäjän puuttuminen inkvisitioprosessista oli kuitenkin siirtymävaihe. Julkisessa oikeudenkäytössä hallitsijasta tuli rikosprosessin herra, joka täytti asianomistaja-syyttäjän paikan omilla viranomaisillaan. Valtio, fiscus, toimi syyttäjänä. Siellä, missä hallitseva valta vahvistui nopeasti, syyttäminen muuttui varhaisimmin valtion asiaksi. Siellä inkvisitorinen järjes-

19. Strömholm 1989, 142.
20. Peters 1985, 56-58.

telmä myös korvasi akkusatorisen yleisenä oikeudenkäyttönä, remedium ordinarium.[21] Näin oli päädytty oikeudenkäyttöä koskevaan doktriiniin, jonka mukaan rikosoikeudenkäytön herruus tuomiovaltana kuuluu alueen suvereenille ruhtinaalle, ja yksittäisen oikeudenkäynnin herruus inkvisition sääntöjen mukaisesti suvereenin asettamalle tuomarille. Absolutismin luonnonoikeustieteilijät vuorostaan katsoivat yhteiskunta- ja alistumissopimuksen merkitsevän tuomiovallan siirtymistä valtiolle. Samalla luonnontilassa vallitsevat oikeus kostoon ja omankädenoikeuteen menetetään.[22]

Inkvisitorisen menettelyn yksi seuraamus on se, että etenkin kirkon käyttämän inkvisitorisen prosessin yhteydessä koottiin paljon asianosaisia koskevia tietoja. Kirkon inkvisitio onkin herättänyt viime vuosikymmeninä historiantutkijoiden kiinnostusta sen vuoksi, että inkvisitiotuomioistuimien arkistot tarjoavat heresiasta syytettyjen elämää laveasti kuvaavan aineiston. Etenkin 'mentaliteettien historian' tutkijat ovat käyttäneet tätä paljonkin hyväkseen.[23]

6.3. Legaalisen todistelun säännöt lainopissa

Roomalais-kanonisen oikeuden merkitys ns. *legaalisen todistusteorian* syntyyn on kiistaton. Katolinen kirkko vastusti jumalantuomioiden käyttöä. Kielteisen suhtautumisen syitä on etsitty eri tahoilta. Sitä on selitetty puhtaasti teologisilla syillä. Katolisen kirkon organisaation käsiin kerääntyivät toisaalta välttämättömät edellytykset, joiden varassa todistelun säännöt voitiin muotoilla uudella tavalla ja myös ottaa käyttöön. Kanonisen oikeuden taustalla ei ole varsinaisia poliittisia instituutioita. Se kehittyi voimakkaasti 1100-luvun puolivälistä 1300-luvun alkuun paavin auktoriteetin varassa. Paavi ja hänen kuuriansa käyttivät ylintä tuomiovaltaa hengellisissä asioissa. Kanonista oikeutta kehittivät paavit, jotka usein olivat opiskelleet roomalaista oikeutta. Katolinen kirkko oli yhteisö, jossa oikeusoppineet olivat tässä mielessä lainsäätäjiä.

21. Ullman 1980, XI, 1-28.
22. Näin esittää esimerkiksi Thomas Hobbes, jonka Elementa philosophica de cive esittää jokaisen olevan luonnontilassa oma tuomarinsa ja oikeuden toimivan sovittelun tai välimiesmenettelyn kautta. Samuel Pufendorf esittää myös, että luonnontilassa vallitseva omankädenoikeus poistuu yhteiskuntasopimuksella. Nörr 1976, 4-5.
23. Tunnetuin inkvisitiomateriaalin varassa kirjoitettu teos lienee Emmanuel de Roy Ladurien kuvaus Montailloun kyläyhteisöstä, Ladurie 1984.

Roomalaisen oikeuden mukainen käsitys prosessimenettelystä sai siten luontevasti jalansijaa paavin oikeudenkäytössä, vaikka katoliselta kirkolta puuttuikin vahvalle valtiovallalle ominaisiksi luonnehdittuja edellytyksiä asettaa vahvoja tuomioistuimia ja käyttää niissä tuomarin auktoriteettiin perustuvia menettelytapoja. Jumalantuomio on mitä tyypillisimmin oikeudenkäyntimenettely, joka ei laske juuri mitään tuomioistuimen tai tuomarin auktoriteetin varaan. Kun kirkon oikeudenkäytöllä oli oma vankka asemansa, oli sen piirissä myös mahdollista luopua jumalantuomioista ja vaatia niiden poistamista myös maallisesta oikeudenkäytöstä. Kanoninen oikeus kykeni ulottamaan vaikutuksensa laajalle alueella toisin kuin paikalliseen auktoriteettiin perustuva tuomiovalta. Todisteluopit saivat ylipäänsä merkitystä siellä, missä oikeudenkäyttö oli siihen erikoistuneiden asiantuntijoiden käsissä: paavin, kuninkaiden ja ruhtinaiden vaikutuspiirissä.[24]

Katolisen kirkon neljäs lateraanikokous kielsi vuonna 1215 jumalantuomioiden eli ordaalioiden käytön. Tämän jälkeen oli välttämätöntä kehittää menettelytapoja, jotka eivät siirrä vastuuta asian lopputuloksesta ylimaallisille voimille. Ruotsalaiset maakunta- ja maanlait korvasivat ordaaliat valaan ja valanvahvistajiin, todistajaintodisteluun ja lautakuntaan perustuvalla menettelyllä. Brittein saarilla ja joillakin mannermaan syrjäisillä alueilla valamiesjärjestelmä saattoi täyttää ordaalioiden poistamisen aiheuttaman tyhjiön. Ylipäänsä Euroopassa voitiin vasta paljon myöhemmin täyttää jumalantuomioiden kieltämisellä syntynyttä auktoriteettityhjiötä esittämällä, että tuomari tuomitsee valtiolta saamansa valtuutuksen perusteella. 1200-luvulla oli etsittävä muita ratkaisuja.[25]

Legaalinen todistusteoria sai tukea *Mooseksen* lain todistelua koskevista säännöistä. Tätä metafyysistä perustelua olennaisempaa legaalisen todistelun omaksumiselle oli ehkä kuitenkin se, että todistelulla pyrittiin etenkin törkeitä rikoksia käsiteltäessä äärimmäisen suureen varmuuteen - aukottomiin todisteisiin. Legaalisen todistusteorian mukaan lähdetään siitä, että täysi ja riittävä näyttö rikoksen tapahtumisesta on kaksi silminnäkijätodistajaa. Vaaditaan kahden läsnäolijan todistus rikoksen tapahtumisesta ja syytetyn syyllisyydestä. Jos silminnäkijätodistajat puuttuivat, kelpasi vain syytetyn oma tunnustus täydeksi näytöksi.[26] Roomalais-kanonista todisteluoikeutta sovellettiin törkeisiin rikoksiin, jotka voivat johtaa ankaraan ruumiinrangaistukseen tai kuolemantuomioon. Tällaisen tuomioiden

24. Peters 1985, 43.
25. Langbein 1976, 8.

legitiimisyyden takeena oli vaatimus hyvin vahvan näytön esittämisestä syytetyn syyllisyydestä.

Italian skolastikot muodostivat 1200 luvulta alkaen roomalais-kanonisen oikeuden todistelusääntöjen pohjalta teorioita siitä, minkälaista todistelun on oltava. Skolastikot systematisoivat ja luokittelivat todisteet loogisiin kategorioihin. Todistelu, probatio, käsitettiin eräänlaiseksi suvuksi (genus), joka voidaan jakaa eri lajeihin (species) tai todistetyyppeihin. Nämä muodostavat tarkkaan säännellyn hierarkian. Vaaditun todistelun määrä riippui rikoksen törkeysasteesta. Törkeimmät rikokset vaativat eniten näyttöä, tavanomaisemmat rikokset ja riita-asiat vähemmän. Vähäisten juttujen ratkaisemiseen riitti vähäinen näyttö. Hierarkian alimman kategorian muodosti vala. Tavanomaisessa prosessissa tarvittava täysi näyttö saattoi siviiliasioissa muodostua kahdesta alemmantasoisesta todisteesta tai yhdestä tällaisesta ja sitä täydentävästä valasta. Glossaattorien mukaan todisteiden arvo voitiin siten laskea matemaattisesti, mutta silti niiden arvo riippui myös siitä, mitä eri todisteita liitettiin yhteen; kokonaisuus oli jossakin määrin muuta kuin osiensa matemaattinen summa.[27]

Vielä myöhäiskeskiajalla ja uudella ajalla Italian yliopistot olivat lainopin ja myös prosessioikeuden oppien kehittämisessä keskeisessä asemassa. Josephus *Mascarduksen* esitys De probationibus[28] käsittää legaalisen todistelun opin pitkälle kehitellyssä muodossa. Mascardus selittää, että todisteet voidaan jakaa kahteen ryhmään: täyteen näyttöön ja puoleen näyttöön (probationes plenae et semiplenae). Täysi näyttö johtaa niin suureen varmuuteen, että se riittää ratkaisemaan riidan. Näitä todisteita on seitsemää lajia: todistajat (testes), kirjalliset todisteet (instrumenta l. scriptura), tunnustus (confessio), ilmeiset tai notooriset seikat (euidentia facti), vala

26. Tunnustus muodosti eräänlaisen sillan aikaisemmasta menettelystä inkvisitioprosessiin ja legaaliseen todisteluun. Tunnustus nautti sekä maallikoiden että juristien keskuudessa luottamusta, ja siitä tuli legaalisen teorian todisteiden hierarkian huippu, regina probationum. Peters 1985, 44.

27. Törkeimmät rikokset vaativat mitä vahvimman näytön (probatio plenissima), tavalliset rikokset ja siviiliasiat täyden näytön (probatio plena). Vähäisissä asioissa riitti puoli näyttöä (probatio semiplena). Probatio plena voitiin muodostaa siviiliasioissa kahdesta puolen näytön arvoisesta todisteesta tai yhdestä puolen näytön arvoisesta todisteesta ja sitä täydentävästä valasta. Monet glossaattorikoulun oppineet luokittelivat eri todisteiden tyyppeinä notooriset tai ilmeiset seikat (rei evidentia), huhun (fama), (laillisen) olettamuksen (praesumptio), valan (iuramentum), todistajat (testes) ja asiakirjat (instrumenta). Inger 1976, 39.

28. Mascarduksen teos ilmestyi useina painoksina 1600-luvun taitteessa. Sitä siteerattiin vielä 1700-luvulla. Esimerkiksi David Nehrman viittaa Mascardukseen 1700-luvun puolivälin prosessioikeudellisissa kommentaareissaan.

(iuramentum), lailliset presumtiot (praesumtio iusta) ja huhu (fama). Puoli näyttöä merkitsi Mascardukselle todisteita, jotka tuottavat tietyn varmuuden, mutta eivät riitä päätöksen perustaksi. Näitäkin on Mascarduksen mukaan useita lajeja, jotka muodostavat arvoltaan alenevan arvojärjestyksen. Lainoppi oli näin tuottanut todistelua varten säännöt, joiden mukaisessa todisteiden hierarkiassa todistajat ja kirjalliset todisteet olivat nousseet tärkeään asemaan, vala ja huhu tai syytetyn maine taas menettäneet merkitystään. Todistajien ja asiakirjojen jälkeen tärkeimmäksi todisteeksi tai todistelun lajiksi oli noussut tunnustus.

1500-luvun jälkipuoliskon ranskalaiset ja hollantilaiset humanistilainoppineet kirjoittivat legaalisen todistelun opit jossakin määrin toisin. Ranskalaiset Jacques *Cuiacius* ja Hugo *Donellus* pyrkivät rakentamaan todisteluoppeja suoraan Corpus iuriksen ja antiikin filosofian pohjalta. He systematisoivat todistuskeinot kategorioiksi. Donelluksen todistuskeinoja koskeva oppi vetoaa Ciceroon ja Aristoteleeseen. Siinä todisteet jaetaan keinotekoisiin ja ei-keinotekoisiin. Näistä keinotekoiset perustuvat deduktioon, ei-keinotekoiset sen sijaan ovat todisteita, jotka eivät ole keinotekoisten sääntöjen tai deduktion kohteita. Niitä voidaan saada asiakirjoista tai todistajilta. Viimeksimainitut ovat todisteita, testimonium.[29] Välittömään havaintoon ja ajattelun tai kokemuksen sääntöihin vetoava todistelu erotetaan tässä toisistaan.

Keskiajan loppupuolelta alkaen skolastinen lainopillinen kirjallisuus levisi Italiasta muualle Manner-Eurooppaan. Etenkin Saksassa tämä reseptio johti populaarin prosessimenettelyä käsittelevän kirjallisuuden syntyyn. 1500-luvulla saksannettiin monia italialaisia tekstejä.[30] Tarkoituksena oli laajentaa oppineen oikeuden vaikutusta paikallisiin tuomioistuimiin, joiden tuomarit usein eivät osanneet latinaa.[31] Oikeudenkäytössä menettely oli horjuvaa ja vaihtelevaa. 1400- ja 1500-luvuilla omaksuttu roomalais-kanoninen todisteluoikeus sekoittui paikallisiin menettelytapoihin. Saksassa yhtenäisen oikeudenkäyntimenettelyn kehittymiseen vaikutti valtakunnalliseen lainsäädäntöön keskittyvän tuomioistuimen, Kammergerichtin, perustaminen.

---

29. Inger 1976, 118-128.
30. Sabastian Brandtin Der richterich Clagspiegel oli tällainen saksaksi käännetty italialaisten kirjailijoiden tekstikokoelma. Vuonna 1516 ilmestyi painosta Ulrich Tenglerin Layenspiegel. Näistä ks. Coing 1964, 206 ss.
31. Hattenhauer 1992.

Tämän tuomioistuimen käytännössä saksalainen paikallinen oikeus yhdistyi romanistisiin periaatteisiin. Kammergerichtin tuomarit olivat kouliintuneita sekä roomalaiseen oikeuteen että 'yleiseen oikeuteen', gemeines Rechtiin. Keisarin ylläpitämä gemeines Recht nautti legitimiteettiä 'rauhanoikeutena' uuden ajan taitteessa; talonpoikaissotien, ruhtinaiden kiistojen ja uskonsotien maailmassa keisarin oikeus pyrki puolueettomuuteen. Saksalainen prosessioikeudellinen kirjallisuus on keskiajan lopulta 1600-luvun puoliväliin saakka vahvasti roomalais-kanonisen oikeuden leimaamaa. Kanonisen oikeuden ja legistikoulukunnan opit omaksuttiin Saksassa hyvin vähin muutoksin.[32] 1700-luvulla nämä opit oli omaksuttu oikeuskäytäntöön, ja ne otettiin lakikodifikaatioihin. Baijerin vuoden 1751 lain on katsottu sisältäneen täydellisimmät legaalisen todistelun säännöt.[33]

6.4. Kidutus inkvisitioprosessissa

Paavi *Innocentius III* omaksui inkvisitorisen menettelyn[34] kanoniseen oikeuteen, ja *Innocentius IV* salli *kidutuksen* käytön inkvisitiotuomioistuimissa. Sittemmin siitä tuli osa myös maallista inkvisitorista prosessia. Uuden ajan alun Euroopassa rangaistukset ankaroituivat ja brutalisoituivat.[35] Rangaistusten täytäntöönpanosta muodostui pelottava näytelmä, jossa tuskan tuottamisen tekniikaksi kehittyvä rankaisemisen taito tuotiin kansanjoukon katseltavaksi. Tämä muutos liittyy absoluuttisen valtion nousuun. Ankaran rangaistuksen määrääminen oli kuitenkin mahdollista vain inkvisitiomenettelyssä. Vähäiset rikokset tuomittiin tavanomaista oikeutta käyttävissä tuomioistuimissa, jotka eivät perustaneet legitimiteettiään suvereenin auktoriteettiin. Tämä kehitys johti *siviili- ja rikosprosessin eriytymiseen*. Vähäiset rikokset ja riita-asiat käsiteltiin tavalla, jossa inkvisition tekniikka ei saanut yhtä vahvaa merkitystä kuin rikosoikeudessa.

Kidutus otettiin käyttöön oikeudenkäynnissä samaan aikaan kuin rangaistukset brutalisoituvat, ja monissa suhteissa nämä kaksi ilmiötä liittyvät yhteen. Oikeudenkäyntiin liittyvä kidutus oli kuitenkin tietyssä mielessä

32. Inger 1976, 150.
33. Lindblad 1842, 26.
34. Piispoille annettiin inkvisitiota koskevia määräyksiä Veronan kirkolliskokouksessa vuonna 1184. Innocentius III valtuutti legaattinsa käyttämään sitä. Gomet 1986, 200.
35. Kekkonen ja Ylikangas; Lappi-Seppälä 1982.

tiukan roomalais-kanonisen oikeuden kahden silminnäkijätodistajan säännön omaksumisen seurausta. Oikeudenkäynnissä voidaan käyttää kidutusta myös tämän systeemin ulkopuolella, mutta tiukan legaalisen todistusteorian mukaisessa järjestelmässä se oli suorastaan 'välttämätön'.[36]

Roomalais-kanonisessa oikeudessa kidutus otettiinkin käyttöön jo pian ordaalioiden kieltämisen jälkeen. Kidutus saattoi näyttää hyvin samantapaiselta kuin kielletyt ordaaliat, jotka myös usein pakottivat syytetyn kivuliaisiin testeihin. Paavi Innocentius IV antoi vuonna 1252 dekreetin, joka vahvisti kidutuksen käytön kanonisessa prosessissa. 1200-luvun kirjoittajat kehittelivät kidutukselle juridisia sääntöjä. Glossaattorit perustivat oman doktriininsa siihen, että Digesta salli kidutuksen keisarillisessa oikeudenkäytössä.[37]

Kidutuksen käytölle kehiteltiin siis lainopillisessa doktriinissa oikeudelliset säännöt. Sitä oli mahdollista käyttää vain törkeitä rikoksia tutkittaessa, viimeisenä keinona eikä immuuneiksi[38] luokiteltuja henkilöitä vastaan. Kidutukseen voitiin ryhtyä vain, jos oli jonkin verran näyttöä, mutta ei riittävästi syytetyn tuomitsemiseksi. Syytettyä vastaan oli oltava ns. puoli todistusta eli semiplena probatio; oli oltava joko yksi silminnäkijätodistaja tai aihetodisteita. Kidutuksen edellytykseksi vaadittavasta näytöstä esitettiin doktriinissa varsin tarkkoja luokituksia. Esimerkiksi syytetyn hallusta löydetyt surma-ase ja saalis olivat kumpikin neljännes näyttöä. Yhdessä ne muodostivat puoli näyttöä ja oikeuttivat kidutuksen tunnustuksen saamiseksi. Tuomarin velvollisuus oli seurata kidutusta ja suorittaa sen aikana kuulustelu yleensä tarkkailijoiden läsnäollessa. Kidutuksen yhteydessä oli kielletty esittämästä suggestiivisia kysymyksiä, ja kidutuksella saatua tunnustusta oli pyrittävä tukemaan todisteilla. Jos syytetty kesti kidutuksen tunnustamatta, hän oli 'puhdistautunut aihetodisteista' ja hänet oli vapautettava.[39]

Jos ei saatu täyttä näyttöä, ei syyllisyytensä kieltävää syytettyä voitu tuomita. Sen sijaan asia voitiin jättää vastaisen varalle. Jos uusia todisteita ilmenisi, asia otettiin uudelleen käsiteltäväksi ja ratkaistavaksi. Tämä me-

36. Langbein 1976, 8. Rikosoikeuden brutalisoituminen ja kidutuksen käyttö liittyvät kuitenkin yhteen tavalla, jota roomalaisen oikeuden opiskelu tai legaalisen todistelun suosio tämän seurauksena ei selitä, van Caenagem 1983, 85-86.

37. Langbein, 1976, 8.

38. Immuuneiksi luettiin raskaana olevat naiset, lapset ja vanhukset, jos kidutus sisälsi kuolemanvaaran. Statukseen perustuvia immuniteettiperusteita oli monia. Korkea aateli ja virkamiehet, kirkonmiehet, lääkärit ja oikeustieteen tohtorit olivat monin paikoin immuuneja. Inger 1976, 38.

39. Langbein 1976, 5.

nettely esiintyi jo *Gregorius IX*:n aikana 1200-luvulla. Siitä käytettiin sittemmin nimitystä absolutio stantibus rebus; uudella ajalla se tunnettiin nimellä absolutio ab instantia. Roomalais-kanonisesta oikeudesta tämä menettely levisi roomalaistuneeseen saksalaiseen oikeuteen. Jos syytettyä vastaan oli tietty määrä todisteita, mutta ei täyttä näyttöä, voitiin asia jättää vastaisen varalle ja käsitellä uudelleen.[40]

6.5. Inkvisition vakiintuminen Saksassa

Inkvisitorinen menettely ja siihen liittyvä kidutus tulivat Saksassa käyttöön myöhäiskeskiajalla.[41] Tärkeä rikosoikeuden inkvisitoristen piirteiden vakiinnuttamista edistävä tekijä oli kuitenkin vasta koko Saksan valtakuntaa koskeva, vuonna 1532 annettu *Kaarle V*:n rikosoikeudenkäyttöä koskeva laki. Peinliche Gerichtsordnung eli Constitutio Criminalis Carolina (CCC tai Carolina) sisälsi saksalaisella alueella yhtenäiseksi 'yleiseksi oikeudeksi' muodostuneen roomalais-kanonisen oikeudenkäyntimenettelyn periaatteita. Heikon keisarivallan aikana annettu rikoslaki pyrki olemaan valtakunnallista sitovaa oikeutta. Se sisälsi kuitenkin myös klausuulin, jonka mukaan paikalliset oikeuskäytännöt - 'alten, worherbrachten, rechtmessigen und billichen gebreuchen' - voivat edelleen jäädä voimaan. Ruhtinaskuntien paikallinen oikeudenkäyttö voi jatkua entisellään. Sekundaarisenakin oikeuslähteenä CCC vaikutti silti paikallisiin ensisijaisiin lakeihin.[42]

CCC lähti siitä, että valtiolla loukatun oikeusjärjestyksen kantajana on ei vain oikeus, vaan myös velvollisuus rangaista rikokset. Rikoksen rankaiseminen 'ex officio' ei kuitenkaan merkinnyt, ettei loukattu yksityinen olisi voinut olla kantajana. Jos asianomistaja ei ajanut kannetta, esivalta voi toimia viran puolesta. CCC jakoi rikosasiat kahteen luokkaan: niihin, joista voi tulla 'piinallinen' rangaistus ja niihin, joista sitä ei voinut määrätä. Piinalliset (peinliche) rangaistukset kohdistuivat joko henkeen, ruumiiseen tai kunniaan, ja juuri näitä CCC koski. Muut 'porvarilliset rangaistukset', vankeus ja sakko, tuomittiin siviilituomioistuimissa. Tämä jako vastasi roomalais-kanonisen oikeuden ja-

40. Inger 1976, 25, 13-14.
41. Peters 1985, 60.
42. Schoetensack 1904.

koa lieviin rikoksiin, joihin ei käytetty ankaria todistelusäännöksiä ja törkeisiin rikoksiin, joihin niitä käytettiin.

Tutkijat ovat kiistelleet siitä, oliko CCC:n mukainen oikeudenkäynti suullinen vai kirjallinen. Ne, jotka haluavat nähdä CCC:ssä modernin oikeudenkäyttötavan murroksen korostavat menettelyn suullisuutta siinä nimenomaisessa merkityksessä, että oikeuden oli CCC:n mukaan perustettava tuomionsa välittömästi havainnoitavissa olevaan todistusaineistoon. Menettely ei ollut julkista. Oikeutta käytiin suljetussa tilassa, johon ei päästetty ulkopuolisia. Tässä suhteessa keskiaikaisen oikeuden yhteisöllinen luonne oli Carolinan mukaisesta prosessista kokonaan hävinnyt. Yleensäkin myöhäiskeskiajalla oikeudenkäynnin yhteisöllinen julkisuus väheni tai hävisi kokonaan eri puolilla Eurooppaa, kun istunnot alettiin pitää sisätiloissa perinteisten ulkoilmassa sijaitsevien käräjäpaikkojen sijasta. [43]

CCC:n mukaan asianosaisillakaan ei välttämättä ollut oikeutta kuulla koko menettelyä. Tuomarit voivat kuulla todistajia, vaikka syytetty ei ollut paikalla. Tuomarin oli CCC:n mukaan oltava syytettyyn nähden puolueeton ja osoitettava syytetylle myös se, minkä todistelun avulla tällä oli mahdollisuus vapautua syytteestä. Yleensä todistelu oli asianosaisten huolena, ja oikeus oli asiaa ratkaistessaan sidoksissa kantajan esittämiin seikkoihin.

CCC:n on katsottu ilmentävän todistusoikeuden murroskautta. 'Muodollis-irrationaaliset' todistuskeinot olivat jäämässä sivuun. Todistelu oli sidoksissa vastaajan säätyyn niin, että vain samansäätyinen kelpasi todistajaksi. Todistelussa käytettiin valoja ja eräänlaisia jumalantuomion muotoja, mutta uudet todistelukeinot olivat tärkeässä asemassa. CCC:n mukaan tunnustus tai todistajien todistukset olivat edellytyksenä rangaistuksen tuomitsemiselle; lain mukaan 'soll jemant entlich zu peinlicher straff verurtheylt werden, das muss auss eygen bekenne, oder beweisung...geschehen, und nit auff vermutung oder anseuygung'.[44]

---

43. Jo Kaarle Suuren kapitulaarien mukaan oikeuden istuntoja varten oli rakennettava katos. Kesti kuitenkin lähes tuhat vuotta, ennen kuin kaikki eurooppalaiset tuomioistuimet toimivat neljän seinän sisällä.Keskiajalla oikeutta käytiin taivasalla tai katoksessa: niityillä, puiden (lehmusten tai tammien) alla, markkinoilla, raatihuoneen kylkeen rakennetuissa ja torille avoimissa tiloissa. Saksan kaupunkeihin rakennettiin 1100-luvun puolivälin jälkeen oikeustupia, Gerichtslaube. Maaseudulla oikeus alkoi kokoontua majataloissa tai muissa taloissa. Köbler 1988, 151-156.

44. sit, Schoetensack 1904, 43.

Keskiaikaisessa saksalaisessa prosessissa rikoksen tutkiminen ja todistelu olivat laadultaan erilliset prosessin osat. Tuomarin tuli odottaa, kunnes julkinen huono maine (fama publica), huhu, väitti jonkun tehneen rikoksen. Sen sijaan CCC antoi tuomarille mahdollisuuden itse tutkia, oliko tiettyä ihmistä vastaan olemassa todisteita, jotka riittävät syytteen nostamiseen. Rikoksen tutkinta saattoi käynnistyä myös sellaisen yksityishenkilön ilmiannosta, joka ei ollut kärsinyt oikeudenloukkausta eikä esiintynyt asianomistajana. Ensimmäisessä oikeudenkäynnin vaiheessa tuomari hankki tietoja oletetusta rikoksesta. Jos tuomari katsoi, että epäiltyä vastaan oli esitetty riittävän vahva huhu tai uskottavia seikkoja, hän voi panna vireille oikeudenkäynnin. Myöhemmässä saksalaisessa doktriinissa oikeudenkäynnin yleistä rikostutkintaa vastaava osa tunnettiin nimellä 'inquisitio generalis', varsinainen oikeudenkäynti taas oli 'inquisitio specialis'. Menettelyn ensimmäisessä vaiheessa oli selvitettävä rikoksen tapahtuminen; tästä kehittyi corpus delicti-oppi. Jälkimmäisessä vaiheessa selvitettiin tekijän syyllisyys, maleficio.

Todistelun suhteen CCC määritti tarkasti eri todisteiden arvon. Kanonisen oikeuden raamattuun vetoava oppi antoi kahden todistajan todistukselle täyden näytön arvon. Vakiintuneessa roomalais-kanonisessa doktriinissa tämä oli 'plena probatio', jota vastaan ei voinut esittää vastatodistelua. Sen sijaan puoli näyttöä, 'semiplena probatio', voi olla yhden todistajan todistus: 'so eyner inn der haptsach di missethat grundlich mit einem eyntzigen guten tugentlichen zeuge...beweiset'[45]; kanonisen oikeuden mukaan 'si duo testes faciunt plenam probationem, ergo unus semiplenam'.

Koska oikeuden omat havainnot ja todistajain todistelu olivat Carolinan sallimat langettavat todistuskeinot, ei yksi todistaja riittänyt tuomion perustaksi, vaikka joitakin epäsuoria todisteita eli indisioita olisikin esitetty. Tässä tapauksessa tuomioistuin siirtyi käyttämään kidutusta. Jos syytetty ei halunnut tunnustaa, vaikka häntä vastaan oli jo esitetty näyttöä, häntä oli kuulusteltava kidutuksella, 'mit peinlicher frage', tunnustuksen saamiseksi. CCC kuten ranskalainen 1500-luvun jälkeinen prosessijärjestyskään ei suonut immuniteettia statuksen perusteella. Inkvisitio oli tässä suhteessa irtaantunut statuksen rajoituksista ja kehittynyt yleiseksi törkeitä rikoksia koskevaksi tutkinnaksi.

45. Schoetensack 1904, 43.

6.6. Kuulustelu, suullisuus ja läsnäolo inkvisitiossa

Euroopassa myöhäiskeskiajalla ja varhaisella uudella ajalla oikeudenkäynti törkeiden rikosten tutkimiseksi muodostui siten kaksiosaiseksi. Huhu rikoksesta sai aikaan ensimmäisen virallisen puuttumisen asiaan. Kun rikoksen tapahtuminen oli selvitetty, voitiin aloittaa prosessi, jossa vaadittiin periaatteessa hyvin suuren varmuuden tuottavat todisteet syytetyn syyllisyydestä. Jos kyettiin esittämään vähemmän näyttöä kuin legaaliset todistelusäännöt edellyttivät - vähemmän kuin kaksi silminnäkijätodistajan lausuntoa tai syytetyn vapaaehtoinen tunnustus - mutta kuitenkin suhteellisen suuri syyllisyyden todennäköisyys, voitiin käynnistää armoton totuuden tavoittelu kuulustelun ja sitä täydentävän kidutuksen avulla.

Oikeudenkäynnin keskeinen osa absolutismin ajan rikosoikeudenkäynnissä oli juuri *kuulustelu*. Kanne ja muu rikosta koskeva tieto esitettiin syytetylle kuulustelun, inkvisition, kuluessa. Virallisesti syytetylle ei välttämättä kerrottu sitäkään, mistä häntä syytettiin, eikä syytetyllä ollut puolustajaa. Michel *Foucaultin* kuvauksen mukaan 'kirjallinen ja salainen toimitus...jossa on noudatettava tiukan muodollista todisteiden harkintaa on kone, joka voi tuoda esille totuuden ilman syytetyn läsnäoloa ja siksi tämä menetelmä väkisin tähtää tunnustukseen, vaikka puhtaan oikeustieteellisessä mielessä se ei tällaista tarvitsekaan. Näin on laita kahdestakin syystä. Ensinnäkin tunnustus on niin vahva näyttö, ettei muita näyttöjä sen lisäksi enää tarvita...Lisäksi tuomioistuimen yksipuolinen vaikutusvalta peittyy ja oikeudenkäynti muodostuu voitoksi syytetystä vain silloin, kun rikoksentekijä ottaa rikoksen syykseen ja allekirjoittaa itse sen, minkä tutkinta on rakentanut niin taitavasti ja epämääräisesti'.[46] Syytetyn läsnäolo kuulustelussa ja hänen tunnustuksensa antoivat legitimiteettiä muutoin läpinäkymättömäksi käyneelle ja paikallisyhteisön ulottumattomiin viedylle prosessille.

Modernille Euroopalle on yleensäkin ominaista *kyselyn* tai *kuulustelun suosiminen* interaktion muotona tai pikemminkin valtateknologiana. Inkvisitoriseksi kutsutun oikeudenkäyntitavan keskeinen piirre on juuri se, että tuomari selvittää asiaa kyselemällä. Kysely on ripin[47], kuulustelun ja

46. Foucault 1980, 47.
47. Ripin asemaa katolisessa kirkossa vahvistettiin samassa vuoden 1215 lateraanikokouksessa, joka kielsi jumalantuomioiden käytön. Jokainen kristitty velvoitettiin vuotuiseen synnintunnustukseen. Peters 1985, 46.

kouluopetuksen interaktiolle ominainen muoto. Modernille ominaiset haastattelu ja terapia perustuvat nekin säännönmukaisiin kysymyksen ja vastauksen sekvensseihin. Kysymyksen esittäjän ja vastaajan vuorot ovat vakiintuneet, ne ovat sidoksissa vakiintuneisiin, eriytyneisiin rooleihin ja yleensä myös toisen osapuolen auktoriteettiasemaan.[48] Tässä mielessä 'primitiivistä' prosessia luonnehtiva muotosidonnaisuus korvataan toisenlaisella menettelyä hallitsevalla säännönmukaisuudella. Inkvisitioprosessin ydin on kysely: tuomarin ja syytetyn tai tuomarin ja todistajan vuoropuhelu, jossa puheenvuorot on ennalta tarkoin allokoitu. Absolutismin ajan rikosoikeudenkäynnin kuulustelussa jonkinasteinen 'laillinen' näyttö oikeutti tiukentamaan otetta syytetyn sielusta jatkamalla kyselyä 'piinalliseen kysymykseen' (peinliche Frage, question), kidutukseen saakka.

Tällaisessa prosessissa tuomari oli yhtäaikaisesti poliisi ja tuomari. Poliisin ominaisuudessa tuomari voi koota ja tutkia todisteita syytettyä vastaan ilman tämän läsnäoloakin. Lopullinen näyttö syyllisyydestä oli kuitenkin usein välttämättä saatava syytetyltä itseltään. Menettelyn tavoite oli totuuden selvittäminen; erityisesti totuuden erityisen subjektiivisen muodon, syytetyn tunnustuksen aikaansaaminen. Tunnustuksen tavoitteleminen merkitsi korostuneesti syytetyn fyysisen läsnäolon välttämättömyyttä. Syytetyn oli oltava läsnä ja kyettävä tunnustamaan oma syyllisyytensä. 1800- ja 1900-luvun alun saksalaisessa oikeustieteessä esitettiinkin, että inkvisitorisessa prosessissa itse asiassa on vain yksi subjekti, tuomari, jolle syytetty on vain objektin asemassa oleva tutkimuskohde.

Syytetty olikin epäilemättä inkvisitioprosessin tuomarille *tutkimuskohde*, mutta aivan erityinen sellainen: syytetty oli empiirinen subjekti - hänellä oli omakohtainen minuus, partikulaarinen ja empiirinen minän rakenne. Juuri tällaisena minuutena syytetty oli saatava tunnustamaan se teko, josta häntä syytettiin. Sekä katolisen kirkon rippi-instituutio että reformaattoreiden sisäistetty omantunnon tuomioistuin korostivat syyllisyyden tunnistamisen ja tunnustamisen merkitystä. Varhaisessa keskiaikaisessa prosessissa esiintyvät kantaja ja vastaaja molemmat menettelyn subjekteina, aktiivisina toimijoina, mutta subjekteina vailla partikulaarista minuutta: pikemmin sosiaalisen asemansa kantajina kuin yksilöinä. Inkvisitioprosessi muutti tilanteen toiseksi. Siinä *tuomarin tietävää subjektia*

48. Danet 1980.

vastassa on syytetyn erityinen, yksilöllinen minuus, jonka tekojen selvittämisestä kuulustelussa oli kysymys.

Inkvisitorinen prosessi yhdisti kaksi vaihetta: usein kirjallisen menettelyn, jossa koottiin näyttöä syytetyn syyllisyydestä, ja vaiheen, jossa syytetty asetettiin vastakkain näin kootun näytön kanssa. Prosessi pyrittiin nimenomaisesti muodostamaan konfrontaatioksi, joka voi murtaa syytetyn psyyken vastarinnan ja tuottaa tunnustuksen. Tässä vaiheessa syytetyn läsnäololla oli olennainen merkitys, ja menettelyn suullisuus oli välttämättömyys.

Modernin oikeudenkäytön pitkä esihistoria totuuden selvittämisen metodien kehityksenä liittyy monimutkaisella tavalla siihen, että *syytetyn (ja todistajien) empiiristä subjektia aletaan pitää keskeisenä asiana. Totuuden selvittäminen yhdistetään suullisuuteen.* Totuuden selvittämisen kannalta aletaan pitää välttämättömänä, että ne, joilta totuus halutaan saada selville, ovat oikeudenkäynnissä läsnä puhuvina minuuksina. Valistuksen ajattelussa totuus, totuuden julkilausuminen, totuudenlausujan läsnäolo, suullisuus ja välittömyys muodostuvat totuuden välttämättömiksi edellytyksiksi. Tällaisesta välittömän läsnäolon kautta paljastuvasta totuudesta tuli eräänlainen itsestäänselvyys, joka ei kaivannut lisäperusteluja.

Länsimaisessa ajattelussa puheella on erityisasema. Jacques *Derrida* väittää länsimaisen filosofian metafysiikan lähtevän totuuden ja puhutun kielen yhteydestä; Aristoteleesta alkaen 'totuuden signifikaatiolla' on ollut liittymä puhuttuun. Foneettinen kirjoitus on ollut etuoikeutetussa asemassa muihin kirjoitusmerkkeihin nähden. Platonista Hegeliin, esisokraattisista kirjoittajista Heideggeriin länsimainen filosofia esittää totuudelle historian, jossa totuuden totuudellisuus edellyttää kirjoittamisen alistamista 'puhumiselle'. Aristoteleelle puhutut sanat ovat henkisen kokemuksen symboleja; kirjoitetut sanat ovat vain puhuttujen sanojen symboleita ja siten kirjoittaminen on puhuttuun nähden toissijaista. Ääni tuottaa symboleja, ja ne liitetään mieleen tai sieluun. Ääni signifioi henkistä kokemusta. Mielen tuntemusten ajatellaan ilmaisevan asioita luonnollisina ja luovan universaalin kielen: ääni on lähellä signifioitua, olipa tämä tunne tai esine. Länsimaisen 'logosentrismin' aikakaudella merkkien kirjoittaminen ja lukeminen, niiden tuottaminen ja tulkinta ovat jääneet toissijaiseen asemaan: niitä on edeltänyt totuus tai aikaisempi 'logoksessa' konstituoitu merkitys.[49]

Antiikin kreikkalaisen kaupunkivaltion oikeudenkäyttö ei voinut perustua kirjallisiin dokumentteihin tai viralliseen prosessin pöytäkirjaami-

seen määrittäessään kansalaisen oikeuksia. Prosessi edellytti aina asianosaisten ja yhteisön läsnäoloa.[50] Antiikin kaupunkivaltion kasvokkainen puheen yhteisöllisyys merkitsi sitä, että kansalaista yksilönä ei voinut erottaa poliksen poliittisesta toimintatavasta.

Modernin oikeudenkäytön laita on kuitenkin toisin. Prosessissa voidaan absolutismista alkaen erottaa *kansalainen partikulaarisena yksilönä, empiirisenä subjektina.* Tällaisessa ominaisuudessa *puhe on ihmisen totuudellisuuden ilmentymä ja keino hänen totuudellisuutensa arvioimiseksi.* Henkistä kokemusta signifioiva ääni liitetään tällaiseen erityiseen minuuteen. Absoluuttisen valtion tuomari voidaan nähdä oikeudenkäynnin ainoaksi oikeudelliseksi subjektiksi - tuomarin henkilöön kiinnittyvät oikeudet ja velvollisuudet, hän on oikeusjärjestyksen näkökulmasta aktiivinen toimija ja perustaa asemansa oikeudellisten tekstien ylivaltaan puhuttuun tai oikeudenkäynnissä läsnäolevaan nähden. Syytetty sen sijaan on läsnä vain minuutena, jonka on puhuttava, koska puhe takaa hänen esitykseensä sisältyvän totuuden.

6.7. Common law-prosessi ja jury

Englannin common law-oikeuteen ei omaksuttu inkvisitioprosessia. Sen sijaan hallitsevaksi oikeudenkäytön muodoksi tuli jury-prosessi. Mannermaisen oikeuden ja common law-oikeuden ero kasvoi 1200-luvulta alkaen monissa suhteissa. Oikeudenkäynnin erot kiinnittyivät jury-instituutioon, jonka ympärille common law tavallaan kehittyi.[51]

Kuninkaan tuomiovalta vahvistui Englannissa 1100-luvulla. Siihen asti käytettiin ordaalioita ja puhdistusvalaa. *Henrik II* neuvostoineen antoi ns. grand juryn esittää todisteet syytettyä vastaan kuninkaan lähettämälle tuomarille. *Henrik III* määräsi, että syytetyn tuli saada valita, antaako tämä syyllisyyttään koskevan kysymyksen ns. petty juryn tutkittavaksi.[52] Englannin juryprosessin alkuperä on herättänyt eri ai-

49. Derrida 1976, 1-14. Julia Kristevan mukaan homeerisesta perinteestä alkaen ajattelemista kuvataan puhumiseksi; puhe paikallistetaan sydämeen ja keuhkoihin. Kreikan logos kattoi sekä latinan ration (järki) että oration (puheen). Puhe oli subjektiivinen, vokaalinen kyky, jolle puhuvan yksilön erisnimi antoi autenttisuuden. Foneettisella nimellä on 'luonnollinen asianmukaisuus'. Kristeva 1989, 106-109.

50. Goodrich, 1987, 96.

51. van Caenagem 1988, 29.

52. Peters 1985, 58-59.

koina erityisen paljon kiinnostusta; myöhäiskeskiajalla se joka tapauksessa eriytyi selvästi mannermaisesta prosessista.[53] Jury tulkittiin uudella ajalla ylimuistoiseksi vapauden suojaksi.[54]

Ennen vuotta 1215 jumalantuomion, ordale, on väitetty olleen myös Englannissa yleinen todistelukeino. Vastaajalla oli oikeus välttää ordaalia vaatimalla oikeutta jury-oikeudenkäyntiin. Koska rikosjutun vastaajalla oli oikeus valita tällainen oikeudenkäynti, hänellä katsottiin olevan myös oikeus kieltäytyä siitä. 1275 annetun lain mukaan tällainen kieltäytyminen johti kuitenkin siihen, että oikeudenkäynnistä kieltäytynyt määrättiin pidettäväksi ankarassa vankeudessa, prison forte et dure. Tämä muuttui vähitellen menettelyksi, jossa jury-oikeudenkäynnistä kieltäytynyt voitiin pakottaa oikeudenkäyntiin ankaralla kidutuksella. Tuomioistuimella ei ollut oikeutta tuomita, mutta kylläkin tappaa oikeudenkäyntiin pakottamiseksi. Järjestelmä erosi mannermaisesta oikeudenkäynnin yhteydessä tapahtuvasta kidutuksesta siinä, että sen tarkoituksena ei ollut tunnustus tai yleensäkään todistelu.[55]

Varsinaisen oikeudenkäynnin yhteydessä kidutusta käytettiin Englannissa yleisesti vain valtiorikosten yhteydessä. Tavanomaisten rikosten yhteydessä todistelu tapahtui toisin. Ns. petty jury oli kutakin tapausta varten koottu tuomioistuin, joka antoi alun perin kollektiivisen tuomion. Juryllä oli oikeus tuomita vastaaja vähemmän näytön perusteella kuin mitä mannermaalla olisi vaadittu. Itse asiassa langettavaan tuomioon saattoi riittää vähäisempi näyttö kuin mitä mannermaalla olisi vaadittu oikeuttamaan kidutus inkvisition yhteydessä. Jurylle esitettiin valmiiksi koottua todistelua, mutta rikosten selvittämistä varten

53. R.C. van Caenagem johtaa Heinrich Brunnerin tavoin jurylaitoksen alkuperän frankkien valtakuntaan ja sen inquest-menettelyyn. Normannit toivat sen mukanaan Englantiin. Henrik II:n Assize of Clarendon vuodelta 1166 merkitsi kuninkaan tuomiovallan rajaamista siinä suhteessa, että virkamiesten syytevalta kaventui grand juryn saaman syytevallan vuoksi. Englantilaisen jurylaitoksen syntyyn vaikutti Caenagemin mukaan kuitenkin myös se, että jury esiintyi myös irrallaan kuninkaan tuomiovallasta; Caenagem viittaa pohjoismaisiin lautakuntiin ja niitä muistuttaviin paikallisiin elimiin Englannissa. Caenagem 1988, 62-84.

54. Jurylaitoksen feodaalisiin piirteisiin liittyy se, että jury oli alun perin käytössä ennen kaikkea normannien feodaalisiin maanomistusoloihin liittyvissä kiistoissa. Jury-oikeudenkäyntiin yhdistettiin oikeus tulla vertaistensa tuomitsemaksi. Se johdettiin usein Magna Chartasta, jonka mukaan ketään ei saa vangita tai muuten loukata kuin vertaisten (parum suorum) antamalla laillisella tuomiolla (legale judicium) maan lakien mukaan (per legem terrae). Tätäkin voi pitää feodaalisena piirteenä, Bloch 1964,

55. Langbein mt., 75-76

ei Englannissa ollut mitään erityistä byrokratiaa. Englantilaiset grand juryn jäsenet olivat maaseudun herrasmiehiä ja kaupunkien porvareita, joilla oli itsenäinen asema. Keskusvallan oli vaikeata kontrolloida heidän toimintaansa. Toisaalta juryn tuomio ei edellyttänyt laajaa ja hienostunutta todisteiden keräämistä.[56]

Absolutismi ei tuonut suurta muutosta englantilaisen rikosprosessin asianosaisvaltaisuuteen. Käytännössä rauhantuomarit pyrkivät sovittelemaan vähäiset jutut. Törkeiden rikosten yhteydessä otettiin tosin 1500-luvulla käyttöön esitutkinta, jossa oli inkvisitorisia piirteitä. Tuomarin oli tutkittava törkeistä rikoksista kiinni saadut henkilöt, ja tämän tutkinnan perusteella syytetty joko päästettiin vapaaksi takuita vastaan tai määrättiin vangittavaksi. Tuomari tutki asiaa, ja tutkinnan tulos annettiin tiedoksi jurylle. Myös kuulustelussa esitetty tunnustus voitiin esittää jury-tuomioistuimelle. Rauhantuomari toimi tässä tutkinnassa pikemminkin poliisina kuin tuomarina. Oikeudenkäynnissä totuuden ajateltiin tulevan parhaiten selville, jos syytetty joutui siinä vastakkain sellaisen esitutkinta-aineiston kanssa, johon hän ei etukäteen voinut perehtyä. Syytetty vastasi kysymyksiin omasta puolestaan ilman asianajajan apua. Monessa suhteessa rauhantuomarin suorittama rikosasian esitutkinta muistutti 1700-luvulle saakka mannermaisen inkvisitorisen oikeudenkäynnin inquisitio generalis-vaihetta.[57]

Muissa rikosasioissa rikosprosessuaalisen järjestelmän asianosaispainotteisuus merkitsi sitä, että omaisuus- ja väkivaltarikosten uhrien oli toimitettava syytetty oikeuteen ja koottava todisteet tätä vastaan. Samalla oikeudenkäynnin herruus jäi olennaisissa kysymyksissä asianomistajalle. Hän voi arvioida miten törkeästä rikoksesta halusi syyttää, mikä merkitsi usein valintaa kuolemanrangaistuksen tai jonkin muun rangaistuksen välillä. Jos kantaja ei tullut tuomioistuimeen esittämään todisteita, asian käsittely tyrehtyi siihen. Käytännössä usein suosittiin informaalisia keinoja rikoksentekijöitä vastaan.[58] Oikeudenkäynnistä aiheutuvat kulut muodostuivat suuriksi, ja kantaja joutui vastaamaan niistä.

Asianomistajan aktiivisuuteen perustuvaa järjestelmää moitittiin tehottomaksi. Puritaanivallankumouksellisten tuomioistuinreformia suunnitelleesta Halen kommissiosta alkaen tuomarina toimivaan kir-

56. mt., 138.
57. Beattie 1986, 35-36.
58. Beattie 1986, 38-39.

jailija Henry *Fieldingiin* asti tuomioistuimien uudistajat esittivät syytteen ajamisesta aiheutuvien kulujen väistämättä johtavan siihen, että varkauden uhrit eivät saattaneet varasta syytteeseen, vaikka tunnistivat hänet ja saivat hänet kiinnikin.[59]

1700-luvun puolivälistä alkaen maksettiin joillekin syyttäjille korvauksia alahuoneen säätämän lain perusteella. 1700-luvun lopulla syntyi toinenkin tapa hoitaa syytteistä aiheutuvat kulut. Perustettiin vapaaehtoisuuteen perustuvia syyttämisyhdistyksiä. 1760- ja 1770-luvuilta alkaen näitä oli syntynyt maan kaikkiin osiin. Yhdistyksiä oli monentyyppisiä, mutta ne kaikki antoivat vuotuista maksua vastaan apua rikoksentekijöiden kiinniottamiseen ja syyttämiseen. Joidenkin yhdistysten toiminta ei rajoittunut jäsenmaksuja maksavien auttamiseen vaan ne avustivat yleisestävyyden nimissä kokonaisen seurakunnan tai kaupungin asukkaita.[60] Näin yksityisten asianomistajien tueksi syntyi verkosto, joka tarjosi taloudellista tukea ja samalla mahdollisuuden palkata ammattimaisia asianajajia ajamaan syytettä.

1700-luvulle saakka lähes kaikki jury-oikeudenkäynnit aloitti asianomistaja-syyttäjä, joka yleensä oli myös rikoksen uhri. Hän esitti jurylle oman kertomuksensa kärsimästään oikeudenloukkauksesta. Asianomistajaan suhtauduttiin samaan tapaan kuin todistajiin.[61] Häntä seurasivat kruunun todistajat, joihin usein kuului myös syytetyn kiinni ottanut viranomainen. Tämä kuvasi, missä olosuhteissa syytetty oli saatu kiinni ja miten tämä oli käyttäytynyt. Todistajat antoivat todistuksensa valan velvoituksella, ja jos heidän havaittiin valehdelleen, heihin voitiin kohdistaa syyte väärästä valasta. Tuomari johti todistelua yksityiskohtaisesti ja aktiivisesti; hän myös kuulusteli todistajat.

Valamiehet ja syytetty saattoivat tosin myös puuttua todistajien kertomuksiin. Koska syytetyillä ei ollut avustajaa, ajateltiin tuomarin olevan velvollinen huolehtimaan heidän viattomuutensa todistamisesta. Tuomaria pidettiin syytetyn puolustajana yhtä hyvin kuin kunin-

59. Beattie 1986, 41-42. Kirjailija Henry Fielding toimi tarmokkaasti rikostuomioistuimen tuomarina Lontoossa ja propagoi tehokkaamman rikosoikeudellisen järjestelmän aikaansaamista. Newgaten vankila levitti tauteja. Vuonna 1750 kaksi sairasta vankia levitti punatautia oikeudenkäynnin läsnäolijoihin, niin että yli 50 ihmistä kuoli. Mm. Fielding ja hänen veljensä John Fielding saivat tästä myöhemmin paljon käytetyn metaforan rikollisuudesta yhteiskunnallisena sairautena, jota oli torjuttava tehokkaammilla rangaistuksilla ja oikeudenkäynnillä. Ignatieff 1989, 44-47.

60. Beattie 1986, 48-49.

61. Beattie 1986, 340-343

kaan asianajajana. Perinteisessä muodossaan common law-prosessin syytetyllä ei käytännössä ollut mahdollisuutta pysyä vaiti ja sillä tavalla välttää omien lausuntojensa haitallinen vaikutus, koska hänen edellytettiin esittävän oman selityksensä esitetystä todistelusta. Syytettyä ei tosin ei pantu valalle, eikä hänen tarvinnut vastata kysymyksiin.

Common law-oikeuden mukainen jury-oikeudenkäynti erosi siis 1700-luvulle saakka mannermaisesta inkvisitorisesta menettelystä kahdessa suhteessa. Jury voi langettaa tuomion vähemmillä todisteilla kuin legaalisen todistelun doktriinia noudattava mannermainen tuomioistuin, eikä jury-prosessissa sen vuoksi tarvittu kidutusta. Toiseksi rikosten syytteeseenpano oli yleensä rikoksen uhrin asiana. Mannermaalla valistuskirjoittajat vaativat juuri vapaan todistusharkinnan ja akkusatorisen menettelyn omaksumista sekä kidutuksen lopettamista. Inkvisitorinen prosessi ja common law-prosessi muistuttivat 1700-luvulle saakka kuitenkin toisiaan siinä, että kumpikin käytti totuuden selvittämiseen kuulustelun tekniikkaa. Molemmissa lisäksi kuulustelu oli ensisijaisesti tai yksinomaan tuomarin tehtävä.

7. Modernin prosessin narratiivinen tekniikka

Menettelyn suullisuus on modernin prosessin keskeinen piirre. Kuulustelun suullinen tekniikka omaksuttiin oikeudenkäyntiin sekä inkvisitorisen menettelyn että esimodernin jury-oikeudenkäynnin yhteydessä. *Modernin oikeudenkäynnin suullisuus* on kuitenkin luonteeltaan erilaista kuin näissä. Modernissa prosessissa *kuulustelun tekniikka* on edelleen käytössä, mutta se *sovitetaan uudenlaiseen interaktion malliin.* Absolutismin inkvisitorisesta rikosprosessista siirrytään akkusatoriseen prosessiin. Siinä *toimivina subjekteina* esiintyvät *asianosaiset* tai oikeastaan heidän ammattimaiset *juristiedustajansa*: syyttäjä ja puolustusasianajaja. Kuulustelun tekniikka sovitetaan tähän subjektirakenteen muutokseen niin, että asianosaisten edustajat *osallistuvat* ainakin jossakin määrin todistajien ja asianosaisten *kuulustelemiseen.* Todistajat ja kuultavana olevat asianosaiset esiintyvät kuitenkin edelleen oikeudessa empiirisinä subjekteina, joiden suullista esitystä oikeudenkäynnissä arvioidaan. Mannermaisen oikeuden modernisoijat etsivät esikuvansa common law-maiden tuomioistuinmenettelystä. Tässä suhteessa common law-prosessi alkoi vasta 1700-luvulla saada modernin muotonsa.

Moderni oikeudenkäynnin suullisuus toteutuu siis kuulustelun tekniikan avulla. Tämä ei kuitenkaan ole modernin prosessin suullisuuden koko ulottuvuus. Modernin syntyyn liittyvä epistemologinen murros nostaa esiin erilaisia sosiaalisia käytäntöjä, joissa käytetään *'todellisuuden imitoimisen'* tekniikkaa. Etenkin todistajainkertomukset ja niiden arvioiminen rakentuvat siihen. Todellisuuden imitoimisen tekniikka saa modernissa muutenkin suuren merkityksen. Modernissa myös kirjallisen kielen *referentiaalinen funktio* vahvistuu etenkin modernille kaikkein omimmassa kirjallisessa kirjallisuudenlajissa, romaanissa. Moderni romaani kirjallisuudenlajina syntyy samanaikaisesti oikeudenkäynnin luonteen muuttumisen kanssa. Oikeudenkäynnissä todistelu ja syytetyn kertomus muodostuvat tosiasioita koskeviksi kertomuksiksi samaan aikaan, kun 'realistinen romaani' syntyy. Molemmat puolestaan liittyvät modernisoitumisen kulttuuriseen murrokseen.

Mitä modernilla realistisella romaanilla tässä tarkoitetaan? Modernin realistisen romaanin piirteitä ja sen eroa muihin kirjallisiin lajeihin on kuvattu monin tavoin. Tässä yhteydessä on tärkeätä se, että realistisen kirjallisuuden katsotaan kuvaavan arkipäivää vakavasti. Realisti-

nen kirjallisuus tarkastelee aikaisempaa laajempien ihmisryhmien olemassaolon ongelmia ja upottaa sattumanvaraisia henkilöitä ja tapahtumia oman ajan historian taustaan. Erich *Auerbachin* mukaan realismi on todellisuuden representaatiota imitaation kautta. Klassisten kirjallisten oppien mukaisesti arkinen kuuluu komediaan, joko groteskiin tai elegantin koomiseen esitykseen, mutta kaikkiaan alhaiseen tyylilajiin. Tyylin tasojen erottamisen vaatimus merkitsi sitä, ettei vakavaa realismia voinut olla olemassa. Antiikissa ja keskiajalla kukin maanpäällinen tapahtuma signifioi jotakin toista tapahtumaa: jumalallista suunnitelmaa, jonka ennustuksena ja vahvistuksena se oli nähtävä. Moderni realismi merkitsee vapautumista tällaisesta representaation monitasoisuuden doktriinista. Realismissa perinteiset kirjalliset tyylilajit sulautuvat yhteen; myös romantiikka yhdisti subliimin ja groteskin samaan taideteokseen. Ranskalaiset realistit ottivat tarkasteltavakseen sattumanvaraisia henkilöitä ja osoittivat heidän riippuvuutensa historiallisista olosuhteista. Klassisia tyylilajeja rikottiin: arkipäiväiset ihmiset joutuvat realistisissa romaaneissa vakaviin, ongelmallisiin, jopa traagisiin tilanteisiin. Realismi tarkastelee arkisia tapahtumia vakavasti mimesiksen, jäljittelyn keinoin.[1]

Ian *Watt* katsoo 'realistisen' romaanikirjailijan kertomuksen ennen kaikkea välittävän vaikutelman uskollisuudesta ihmisen kokemukselle. Romaani käyttää *narratiivista metodia*, joka *imitoi elämää ja raportoi totuutta.* Romaanin muoto perustuu primaarille konventiolle, jonka mukaan romaani on autenttinen raportti ihmisen kokemuksesta ja esittää lukijalle henkilöhahmojen *aikapaikkaiset, partikulaariset, yksilöidyt teot.*[2] 'Realistinen' romaani hylkää mytologiset ja historialliset juonet, joihin aikaisempi kirjallisuus perustui. Aikaisempien kirjallisuudenlajien yhä uudelleen kertautuvan juoniaineksen suosio perustui olettamukseen luonnon muuttumattomuudesta. Perinteisen juoniaineksen ajateltiin kykenevän välittämään ihmisen kaikkinaisen kokemuksen. Modernin romaanin varhaiset edustajat Daniel *Defoe*, Samuel *Richardson* ja Henry *Fielding* sen sijaan käyttivät keksimiään tai osittain oman aikansa tapahtumiin perustuvia juonia, ja samoin tekivät 1800-luvun ranskalaiset realistit.[3]

Romaani käyttää denotatiivista kieltä, ja se imitoi todellisuutta. Tässä romaani tukeutuu konventioihin, narratiivisiin metodeihin jotka

1. Auerbach 1971, 554-555.
2. Watt 1957, 32.

synnyttävät 'totaalisen autenttisuuden' vaikutelman, aktuaalisuuden transkription. Se jäljittelee yksilön aikapaikkaista kokemusta. Kertomuksen realistisuuteen liittyy olennaisesti henkilöhahmojen yksilöiminen: realistisen romaanin henkilöt eivät ole Jokamiehiä, vaan nimeltä mainittuja henkilöitä, kuten oikeudenkäynnin asianosaisetkin. Jo varhainen moderni kirjallisuuskritiikki havaitsi yhtäläisyyden modernin romaanitekniikan ja modernin oikeudenkäynnin todistelun tekniikan välillä. Modernin realistisen romaanin varhaisten edustajien Defoen ja Richardsonin käyttämää kirjallista tekniikkaa verrattiin jo aikalaisarvosteluissa todistajantodistelun *narratiiviseen tekniikkaan.*[4] Kirjailija esittää kertomuksen lukijalle samaan tapaan kuin todistaja esittää kertomuksen jurylle.

Romaanin narratiivinen tekniikka tukeutuu implisiittisesti lukijan ja kirjoittajan yhtäläiseen epistemologiseen kykyyn hahmottaa todellisuutta. Samaan tapaan modernin oikeudenkäynnin todistelu nojautuu narratiiviseen tekniikkaan. Todistaja (ja täysin kehittyneessä modernissa todistelusysteemissä myös asianosainen) raportoi suullisesti partikulaarisen kokemuksensa. Jos 'realistiseksi' kutsutaan sellaista romaania, joka tukeutuu tällaisiin kirjallisiin konventioihin, voi väittää realistisen romaanin suosion kasvavan eurooppalaisessa kirjallisuudessa jokseenkin samanaikaisesti oikeudenkäynnin narratiivisen tekniikan kehittymisen kanssa. Englannissa näin tapahtui 1700-luvun kuluessa, Ranskassa porvarillisen vallankumouksen jälkeen.[5]

'Realistinen' viittaa tässä nimenomaisesti romaanin epistemologisiin konventioihin. Watt käyttää termiä 'formaalinen realismi' erottaakseen tämän lähestymistavan siitä yleisestä käsityksestä, että realis-

3. Watt 1957, 13-15. Esimerkiksi Defoen Robinson Crusoe-romaanin juoniaines perustuu löyhästi aikalaiskertomukseen. Tämä ei estä kertomusta samalla toimimasta yhteiskuntametaforana. Defoen Lontoon 'ruttovuosilta' kirjoittama kronikka on näennäisesti aikalaisen kertomus, mutta se perustuu itse asiassa historiallisiin lähteisiin. Kirjoitustekniikka johtaa siihen, että teos tuottaa todellisuuden raportoimisen illuusion.

4. William Hazzlitt kirjoitti Samuel Richardsonin tekstin kuvaavan jokaista esinettä ja transaktiota ikään kuin kokonaisuus olisi silminnäkijän oikeudessa antama todistus'. Hazzlitt 1845. Charles Lamb kirjoitti Daniel Defoen fiktiosta, että se on 'kuin lukisi tuomioistuimen todistelua'. Lamb 1957, 33-34.

5. Narratiivista tekniikkaa sovellettiin erityisesti jury-tuomioistuimissa. Englannissa kirjallinen realismi syntyi 1700-luvulla, juuri jury-oikeudenkäyntien modernisoitumisen aikaan. Ranskassa realismi sai jalansijaa 1800-luvun alusta alkaen; Saksassa sen sijaan romantiikka tosin pyrki tietoisesti sekoittamaan ylevää ja alhaista tyylilajia ja kuvaamaan vakavasti myös arkista elämää, mutta varsinasta realismia tyylilajina Saksan alueella ei syntynyt. Auerbach 1971, 491-492.

mi kirjallisuudessa merkitsee lähinnä kurjuuden kuvauksia. Myös rikosoikeudenkäynnissä esitetyt kuvaukset ovat usein 'realistisia' tässäkin merkityksessä. Epistemologisesti ne ovat realistisia sen vuoksi, että oikeudenkäyntimenettelyssä turvaudutaan 'formaalisen realismin' tapaan tiettyyn todellisuuden imitoimisen tekniikkaan.

Modernissa oikeudenkäynnissä todistelu perustuu samoille konventioille kuin realistinen romaani. Oikeudenkäynnissä käsitellään vakavassa tyylilajissa arkisia tapahtumia. Niiden aika- ja paikkasuhteet kuvataan todellisuuden imitoinnin tekniikalla. Mielenkiinnon kohteena on arkipäiväisten, empiiristen ihmisten historiallinen kokemus. Mimesis synnyttää sekä romaanissa että oikeudenkäynnissä referentiaalisen illuusion. Sekä romaanille ominaisen kerrontatekniikan että oikeudenkäynnin suullisen todistajaintodistelun taustalla vaikuttavat samat epistemologiset sitoumukset.

Ylipäänsä kirjallinen, lukeva yleisö syntyy kirjapainotaidon kehityksen myötä. 1500-luvulta alkaen kirjojen painaminen vakiinnutti kansallisia kieliä ja laajensi lukevaa yleisöä. Latinankielinen oppineiden yhteisö ei muodostanut riittäviä markkinoita painetulle kirjalle; kansankielinen yleisö kasvoi tarjonnan mukana. Kansankielelle käännettiin klassikoita, juridisia ja yhteiskuntafilosofisia teoksia sekä uskonnollista kirjallisuutta.[6] 1700-luvulla kansankielinen romaani alkoi löytää näitäkin laajemman lukijakunnan. Lukevan keskiluokan muodostamat kirjalliset markkinat suosivat kirjallista genreä, jossa yksilön identiteetti luodaan aikapaikkaisena tietoisuuden ykseytenä. Ajattomiin kertomuksiin ja muuttumattomiin moraalisiin totuuksiin perustuvien kirjallisten traditioiden sijaan astuu romaani, jossa nykyinen yhdistetään kausaalisesti menneeseen. Yksilön aktuaalinen kokemus yhdistää menneen ja nykyisen aikapaikkaisena ja partikulaarisena, mutta samalla kokemuksen muodon kautta intersubjektiivisena tai universaalina.[7]

---

6. Fevbre ja Martin 1984, 319-320.

7. Modernin aikakäsityksen omaksuminen muodostaa osaltaan kontekstin, jossa sekä realistinen romaani että todistajankertomus olivat ymmärrettävissä. Modernisoituvissa kaupungeissa ajasta tuli kulttuurisen ja taloudellisen järjestyksen edellyttämällä tavalla yhteismitallista, tasajakoista, Landes 1983, 78. Realismi olettaa ajan olevan Walter *Benjaminin* sanoin homogeenista 'kellon ja kalenterin aikaa' Benjamin 1970. 264-265. Kullakin yksilöllä on historiansa, joka sijoittuu kaikille yhtäläiseen aikaan.

Englannissa sekä modernissa oikeudenkäynnissä että kirjallisuudessa realistinen narratiivi - todistajan kertomus ja realistinen romaani - kohdistettiin käytännössä samantapaiselle yleisölle. Englantilaiset valamiehet ja romaaneja lukeva yleisö kuuluivat keskiluokkaan. Ian Watt useiden muiden kirjallisuudentutkijoiden tavoin pitää romaania nimenomaisesti keskiluokkaisena, porvarillisena kirjallisuudenlajina. 1700-luvulla englantilainen lukeva yleisö laajeni tämän tulkinnan mukaan juuri sen vuoksi, että köyhien ja rikkaitten väliin syntyi uusi keskiluokka.[8] Käsitykseni mukaan ei ole sattuma, että samantapaista narratiivista tekniikkaa soveltava todistelu ja realistinen romaani ilmestyvät yhteiskunnalliseen käytäntöön samanaikaisesti.

Romaaneja lukeva luokka muodostui Englannissa juuri siitä sosiaalisesta kerrostumasta, joka oli vaalikelpoinen valamieheksi: freeholders-maanvuokraajista, maanviljelijöistä, kauppiaista, elinkeinonharjoittajista ja käsityöläisistä. Valtiollisen julkisuuden ja 'porvarillisen julkisuuden' raja on hiuksenhieno juuri siinä suhteessa, että valtiota ja kansalaisyhteiskuntaa välittävä *julkinen* alue toimii sekä oikeudenkäynnissä, porvarillisessa julkisuudessa että taiteessa *kriittisenä maallikkoyleisönä*. 'Edustavalle julkisuudelle' ominainen käyttötaide väistyy 1600-luvun lopulta alkaen, ja sen tilalle nousee taide taiteen vuoksi. *Porvarillinen yleisö* on se kriittinen instanssi, joka *langettaa* taiteesta *maallikoiden tuomion*.[9] Jury langettaa maallikoiden tuomion tuomioistuimessa.

7.1. Realismin konventiot ja englantilainen empirismi

Sekä todisteluun liittyvien menettelytapojen että modernin 'realistisen' romaanin epistemologiset lähtökohdat voidaan yhdistää John *Locken* filosofiaan.[10] Locken tietoteoria on vaikuttanut sekä todistelun oppien muotoutumiseen että romaanin genrelle ominaisten konventioiden muodostumiseen.[11] Tässä yhteydessä on kysymys suorasta vaiku-

8. Watt 1957, 40.
9. Habermas 1981, 56.
10. Locke esittää empiristisen tietoteoriansa An Essay concerning Human Understanding-teoksessa vuodelta 1690, Locke 1894 I-II. Teoksen 1. kirja kieltää, että periaatteet tai 'ideat' olisivat synnynnäisiä tai sisäisiä, innate. 2. ja 3. kirja käsittelevät ideoita ja niiden kielellisiä merkkejä. Vasta 4. kirja määrittelee tiedon ideoiden suhteina.

tussuhteesta eikä vain siitä, että Locke yleisestikin popularisoi ajalleen ominaista ajattelua. On väitetty filosofian olleen 1700-luvulla lukevan yleisön saatavilla paremmin kuin koskaan aikaisemmin tai myöhemmin. Yhteiskuntafilosofia ei saanut sijaansa oppineiden norsunluutorneissa, vaan kerhoissa ja kahviloissa. Filosofia tutki inhimillisen tiedon eri alueita, ja sen tuloksia omaksuttiin sekä tieteissä, taiteissa että moraalisten käytäntöjen alueella. Suositun filosofisen kirjallisuuden luetuimpiin kirjailijoihin kuului juuri Locke.[12]

Ymmärrystä koskevan esseensä Locke aloittaa kieltämällä, että käsitteet sisältyisivät ihmisen mieleen. Lockelle ihmisen mieli on syntymässä tyhjä paperi, tabula rasa, joka saa kaikki ideansa kokemuksesta. Kokemukset voivat olla ulkoisia, koskea aistein havaittavia objekteja, tai ne voivat koskea mielen omia sisäisiä operaatioita. Sekä aistien että muistin välittämä ja myös käsitteellistetty aines muodostavat mieleen 'kuvia'. Mielikuvan metafora on Lockella keskeisessä asemassa.[13] Locke käyttää mielestä myös camera obscuran ja peilin metaforia. Mieli ei voi kieltäytyä ottamasta vastaan aistien välittämää ainesta.

Ihmisen kyvyistä perceptio ilmentää reaalisen ulkoisen todellisuuden läsnäoloa. Vain kun mielen ideat suhteutetaan johonkin ulkopuoliseen, ne voidaan verifioida tai falsifioida. Tällainen viite, referenssi johonkin ulkoiseen mahdollistaa tiedon verifioimisen. Perceptiossa idean suhde olemassaoloon nähdään intuitiivisesti ja välittömästi.[14] Aistimusten ja reflektion[15] synnyttämät ideat säilyvät mielessä retention kautta, mielen kyky eriyttää ja abstrahoida muokkaa niitä.[16]

Locke olettaa, että fyysiset objektit ovat olemassa, ja että aistihavainto, perceptio tapahtuu kausaalisesti aistien ja aivojen välityksellä. Ulkoiset objektit tuottavat mielessä ideoita, joilla on ensi- ja toissijaisia ominaisuuksia.[17] Edelliset ovat Isaac *Newtonin* esittämiä fysikaalisia ominaisuuksia, jotka olisivat olemassa havainnoijasta riippumatta, mutta toissijaisia ei ole ilman perceptiota ja havaitsevaa subjektia.

---

11. Todistelusta tarkemmin ks. jäljempänä Jeremy Benthamin esitys todistelusta, ss. 234.
12. Sambrook 1986, 46-47.
13. Locke 1894 I, 37-92. Metaforista esim. s. 47.
14. Locke 1894 I, 183-192.
15. Reflektio on Lockelle ´sisäisen perception´ kyky, aistiminen taas ulkoisen.
16. Locke 1894 I, 193-201.
17. Locke 1894 I, 121-127. Aisteihin vaikuttavat ominaisuudet ovat asioissa itsessään sekoittuneita, mutta aistit välittävät ne sekoittumattomina, mt. , 144.

Lockelle nämäkään ideoiden ominaisuudet eivät ole subjektiivisia, vaikka ne eivät tarkasti vastaisikaan 'esinettä itseään'. Aistit ja hermot johtavat ideat aivoihin, mielen vastaanottohuoneeseen. Vastaanottohuoneen metaforalla Locke tuntuu antavan ymmärrykselle aktiivisen tuomarin roolin. Lockelle mieli on sekä passiivinen että aktiivinen. Se vastaanottaa yksinkertaisia ideoita aistihavainnoista, ja tämä takaa vastaavuuden ulkoisen maailman kanssa. Yhdistäessään yksinkertaisia ideoita monimutkaisiksi, suhteuttaessaan niitä toisiinsa ja abstrahoidessaan niistä mieli toimii aktiivisesti, mutta ei aina tietoisesti.[18] Lockella aistihavaintoa ja tietoa välittää näin kausaalinen suhde. Tämä kausaalisesti syntyvä tieto on kuitenkin alimmalla tiedon varmuuden tasolla. Sitä korkeamman aseman hän antaa demonstraatiolle jumaluuden olemassaolosta, ja korkeimmalle hän asettaa intuition, jonka perusteella tiedämme oman olemassaolomme.[19] Tässä Locke seuraa Descartes'ia.

Locken empirismi herätti kirjallisuudessa kysymyksen aistihavainnon, kielen ja merkityksen luonteesta. Perception passiivinen luonne merkitsi kokemuksen pakonomaisuutta, 'silmän despotismia'. Locke väittää aistien välittävän kokemusta yksinkertaisessa, sekoittumattomassa muodossa, niin että aistihavainto voidaan hajottaa osiinsa. Locke olettaa, että vakio-olosuhteissa samanlaisen hermoston varassa toimivat ihmiset 'näkevät saman asian' ja 'kokevat samanlaiset ideat'.

Jos perceptio kuitenkin on myös subjektin aktiivista kokemusta eikä ihmisen yleisinhimillinen luonto tai kohtalo, on jokainen ihminen ainakin jossakin määrin itse vastuussa kokemastaan maailmasta.[20] Locken luottamus siihen, että ideamme representoivat todellista maailma perustuu käsitykseen, jossa esineet voivat tuottaa yksinkertaisia ideoita, jotka samalla ovat esineiden itsensä ominaisuuksia fysikaalisessa mielessä. Sen sijaan ideoiden toissijaiset ominaisuudet eivät kuulu esineisiin itseensä. Itse asiassa ihmisen kokemuksen olennaiset piir-

18. Sambrook 1986, 49.

19. Locke 1894 II, 303-304. Kaikkien muiden olentojen olemassaolo tiedetään aistihavaintojen kautta, eri aistihavainnoista syntyvien ideoiden kautta asioiden ensi- tai toissijaisten ominaisuuksien vaikutuksesta, mt., 325.

20. Locke huomauttaa, etten voi tietää näkeekö toinen ihminen näkemäni esineen toisena - orvokin kehäkukkana. Jos mielen erilainen rakenne tuottaisi eri ihmisille eri ideat, emme voi tietää sitä, koska mielemme ei voi siirtyä toiseen ruumiiseen katsomaan mitä aistit tuottavat. Locke kuitenkin on common sense-filosofi; hän arvelee objektin tuottavan eri ihmisten mielissä yleensä hyvin läheisiä ja toisistaan tuskin erottuvia ideoita. Locke 1894 I, 520.

teet perustuvat näihin toissijaisiin ominaisuuksiin. Mielen oman aktiivisuuden tunnustaminen johtaa kysymykseen *mielen luovuuden* tai *imaginaation merkityksestä* ihmisen *kokemukselle*. Locke tuntuu erottavan *perception tiedon lähteenä* ja *imaginaation* mielikuvituksellisten, *fiktiivisten objektien kehittelijänä*.

Kieli siis liittyy Lockella mielikuviin. 1700-luvun filosofisessa kielitieteessä kielen yleensä oletettiin toimivan vakioksi tulkitulle *ihmisluonnolle* ominaisten sääntöjen mukaisesti. Kieltä pyrittiin tutkimaan universaalina, jonka perusta ei ole looginen vaan luonnollinen. 1700-luvun kaikki filosofit pohtivat kielten alkuperää, ja jokainen kieliopin laatija oli filosofi. Kaikille kielille oletettiin yhteinen luonto. Empiristinen sensationalistinen filosofia tuotti myös 1700-luvun kieliopin perustan, joka rakentui juuri ajatukseen vakioidusta ihmisluonnosta.

Locken ohella G. H. *Leibniz* ja *Condillacin* johtama Idealogues-ryhmä esitti *merkkiteorian* yleisperiaatteeksi, joka selittää kielen yhteistä ja yleistä toimintatapaa. 1700-luvun filosofeille ajattelu oli lingvistisinä elementteinä toimivien merkkien artikulaatiota, ja ongelmana oli *selvittää tie*, joka johtaa *aistihavainnosta lingvistiseen merkkiin*.

Locke siis olettaa arkijärjen mukaisesti, että ulkomaailman fyysiset objektit ovat olemassa, ja että perceptio tapahtuu kausaalisesti aistien ja aivojen välityksellä. Kuitenkin hän huomauttaa olevan mahdollista, että ulkoiset esineet ovat vain mielemme ideoita. Sanat ovat keskenään kommunikoivien ihmisten mielessä olevia ideoita. Niillä on toisaalta suhde 'esineiden reaalisuuteen', mutta tämä suhde perustuu vain osaksi esineiden luonnollisiin, 'newtonilaisiin' ominaisuuksiin. Näistä lähtökohdista Locke muotoili myöhempää Ferdinand de *Saussuren* merkin määritelmää muistuttavan merkin teorian, jonka mukaan referentin ja merkin välillä vallitsee mielivaltainen suhde. Sanat ovat Lockelle merkkejä. Hän pitää kieltä konstruktiona, jossa ideat liittyvät toisiinsa. Tällaisen 'konstruktivistisen' kielen toiminnan käsitteen perusteella kielioppi voi luoda syntaktisen näkökulman kieleen. Leibniz kehitteli Locken ideaa.[21] Leibnizille sanat representoivat ja jopa selittävät ideoita. Kaikki kie-

21. Leibnitzin New Essays on the Understanding on kommentti Locken Essay -teokseen. Teos tosin julkaistiin vasta vuonna 1765. Sen rakenne noudattaa Locken teosta ja se on muotoiltu Locken kantoja ja Leibnitzin omia käsityksiä edustavien keskustelijoiden dialogiksi. Leibnitzin teoksen 3. kirja käsittelee sanoja. Leibnitz 1949, 285-395.

let kehittyvät samalla formaalisella perusteella, sillä kaikilla kielillä on sama signifikaation muodollinen perusta.[22]

Tällainen *käsitys kielen luonnollisesta universaalisuudesta ja signifikaation yhtenäisestä muodollisesta perustasta* antoi epistemologista pohjaa kerronnallisen aineksen käytölle eri yhteyksissä. Locken perusteella voi olettaa sanojen ja ulkomaailman yhteyden perustuvan osaksi kausaaliseen aistihavaintoon. Vaikka kaikki ideat eivät perustukaan tällaiseen välittömään kausaalisuhteeseen, on signifikaatiolla kuitenkin universaali perustansa ihmisen luonnossa.

Ulkoinen maailma, mielen ideat ja niitä representoivat sanat ovat epistemologisesti yhteydessä toisiinsa tavalla, joka takaa universaalin kielen ja havaintojen yleistettävyyden. Oikeudenkäynnissä *todistavien maallikoiden ja heidän kertomustaan arvioivien tuomareiden* voitiin katsoa *kykenevän välittämään todellisuutta koskevat havaintonsa intersubjektiivisesti universaalilla tavalla muodostuvien kielellisten ilmaisujen kautta.* Kieliopit kehittivät kielen syntaktista ulottuvuutta koskevia sääntöjä, ja samalla voitiin epistemologisesti perustella kerronnan kautta välittyvä referentiaalinen funktio tai referentiaalinen illuusio.

Varhaisen modernin uusi keskiluokka uskoi vilpittömästi siihen, että ulkomaailman asiaintiloja, ihmisten tekoja ja tapahtumia voidaan kuvata luotettavasti universaaliin ihmisluontoon perustuvalla kielellä. Modernissa jury-prosessissa oletetaan juryn kykenevän yleisönä arvioimaan todistelua todistajien kertomusten varassa eikä sen perusteella, mitä todistajista ja asianosaisista ennalta tiedetään. Tämä merkitsee sitä, että ei ole tarvetta sulkea todistamasta ketään sosiaalisten tai säätyominaisuuksien perusteella; ainakin todistajien kelpoisuutta määrittävä kynnys voidaan asettaa hyvin alas.[23] Jurylla ei ole velvollisuutta uskoa todistajia. Tämä epistemologinen lähtökohta on omaksuttu oikeudenkäynnin sääntöihin, jotka korostavat *todistelun välittömyyttä, suullisuutta ja kerronnallisuutta.* Oikeudenkäytössä nämä säännöt elä-

22. Kristeva 1989, 172-178.

23. Charles Dickens kuvaa (paheksuen), mihin asettui kynnys joka jakoi ihmisiä eri kasteihin 1800-luvun puolivälin Englannissa . Lukutaidoton, kristinoppia tuntematon kadunlakaisija ei kelpaa todistamaan. Hän on yhteiskunnan tai ihmisyydenkin ulkopuolella:'He is not of the same order of things, not of the same creation. He is of no order and no place, neither of the beasts, nor of humanity'. Dickens 1971, 698.

vät omaa elämäänsä ja vapautuvat syntymisajankohtansa filosofisista kiinnikkeistä.

Oikeudellisen kielen sitoutuminen lockelaisiin konventioihin merkitsee myös sellaisen kieltä koskevan käsityksen omaksumista, joka pyrkii pitämään kielelliset ilmaukset mahdollisimman yksiselitteisinä *minimoimalla kielen retoriikan* ja sille ominaiset kielikuvat. Kun asioista halutaan puhua 'sellaisina kuin ne ovat', on vältettävä kaikenlaisia retorisia taitoja, kaunopuheisuuden keinotekoisia ja figuratiivisia sovellutuksia. Ne herättävät vääriä ideoita, liikuttavat intohimoja ja johtavat arvostelukykyä harhaan.[24]

Tällainen käsitys on vihamielinen kaikille sellaisille kielellisille käytännöille, joille kielen monitulkintaisuus on olennaista. Jos kielessä annetaan sija 'runolliselle mielikuvitukselle', on imaginaatio käsitettävä toisin kuin Locke tekee. *Imaginaatio on erotettava perceptiosta* tai perceptio on määriteltävä eri tavalla, jossa on sijaa kielelliselle luovuudelle. Kirjallisuudessa romantiikassa oli kysymys juuri tästä.[25]

Oikeuden erityisalueella romanttinen vastavaikutus ei yltänyt juuri vakiintuvien oikeudenkäynnin sääntöjen epistemologisiin lähtökohtiin. Päin vastoin, oikeudenkäytön kielestä pyrittiin nimenomaisesti eliminoimaan sellainen kielellinen aines, johon kirjallisen romantiikan kiinnostus suuntautui. Kaikenlaiset suggestiivisiksi tulkitut kielelliset keinot kielletään modernissa oikeudenkäynnissä todisteita harkittaessa. Oikeuden pöytäkirjat muodostuvat teksteistä epärunollisimmiksi. Kielen retoriset ainekset ja sen suhde imaginaatioon kielletään tai minimoidaan oikeudellisessa diskurssissa. Jos kieleen väistämättä sisältyy jotakin tästä mielen ja kielen alueesta, sen teoreettinen tarkasteleminen jää modernissa oikeudessa vaille ansaitsemaansa huomiota.

7.2. Jury-prosessin sääntöjen modernisoiminen

Englantilaisen jury-prosessin syytetyn mahdollisuudet hankkia todistajia olivat 1600- ja 1700-luvuilla huomattavasti huonommat kuin syyttäjän. Vuoteen 1702 saakka syytetyn kutsumia todistajia ei saanut kuulla valan velvoituksella. Käytännössä vastatodistelun hankkiminen

24. Locke 1894 II, 122-164 käsittelee sanojen väärinkäyttöä ja sen korjaamista. Retoriikan turmiollisuudesta ks. erityisesti 126-131.
25. Diffey 1981, 164-201, 165-173.

vankilasta käsin oli huomattavan vaikeata.[26] 1700-luvulle saakka vastaajaa oli myös kielletty käyttämässä avustajaa. Asianomistajaa sen sijaan ei estänyt asianajajan käytöstä muu kuin varojen puute. 1720- ja 1730-luvuilta alkaen käytettiin asianomistajan puolella usein asianajajaa oikeusavustajana. Samaan aikaan alettiin sallia vastaajan käyttää avustajaa.

Restauraatioajan poliittisten oikeudenkäyntien yhteydessä monet pitivät erityisen epäoikeudenmukaisena sitä, että syytetyllä ei ollut oikeutta saada oikeusapua. Keskeiseksi tavoitteeksi nousi oikeus puolustusasianajajaan. Vuonna 1696 annettu Treason Act salli puolustusasianajajan käytön, mutta vain valtiopetoksen yhteydessä. Puolustusasianajajan käyttö muissa rikosasioissa alkoi yleistyä vasta vuosikymmeniä myöhemmin. 1730-luvulla Old Baileyn oikeudenkäynneissä esiintyi monia tapauksia, joissa asianajajat suorittivat vastaajan puolesta todistajien kuulustelun ja ristikuulustelun.[27] Tuomarit vastustivat puolustusasianajajia, koska käytössä oleva oikeudenkäynnin tapa pani inkvisition hengessä paljon painoa vastaajan omille vastauksille. Välittömiä puolustusasianajon sallimiseen johtaneita syitä ei ole kyetty esittämään.[28]

1700-luvun Englannin kaikkien poliittisten ryhmien käsityksenä oli, että englantilaisilla oli tiettyjä perustuslaillisia vapausoikeuksia. Näistä kaikkein tärkeimpiin luettiin jury-laitos. Englantilaisella oli oikeus tulla vertaistensa tuomitsemaksi, ja tämä tapahtui jury-tuomioistuimessa. Juryn muodosti Sir William *Blackstonen* mukaan kaksitoista syytetyn 'vertaista ja naapuria, jotka ovat sattumanvaraisesti valittuja ja kaiken epäluulon yläpuolella'. Kaikki poliittiset puolueet vuoden 1689 jälkeen olivat sitä mieltä, että jury oli nostettava Englannin perustuslaissa kaiken muun yläpuolelle ja säilytettävä oikeutena, joka tekee englantilaisista onnellisimpia ihmisten joukossa. Blackstonen lakikommentaareissa jury kuvataan Englannin vapauksien suojavarustukseksi. 1700-luvulla suuri osa rikosjutuista todella myös käsiteltiin jury-tuomioistuimessa.[29]

Seremoniallisin rituaalimenoin keskustuomioistuimien tuomarit saapuivat määräajoin maan eri osiin pitämään oikeudenistuntoja. Ri-

26. Beattie 1986, 350-351.
27. Langbein 1978, 311-312.
28. Beattie 1986, 356-362.
29. Baker 1990,97-100.

kosjuttuja käsittelevän keskustuomioistuimen tuomari asetti grand juryn. Sen tehtävänä oli päättää, oliko aloitettava oikeudenkäynti tiettyä henkilöä vastaan. Sheriffin tehtävä oli kutsua tutkintojuryn ja grand juryn jäsenet. Grand juryn jäsenien oli statuuttien mukaan kuuluttava vähintään pienomistajiin, mutta käytännössä rauhantuomarit alkoivat toimia grand juryn jäseninä näissä määräaikaisissa oikeudenistunnoissa. Oikeuden istuntokaudesta muodostui paikallinen seurapiiritapahtuma. Varsinaisen rikosasiaa käsittelevän petty juryn jäsenten valinnasta vuonna 1665 annettu parlamentin statuutti määräsi valamiesten kelpoisuusrajan tasolle, joka erotti työtätekevät köyhät pienviljelijöistä, käsityöläisistä ja kauppiaista. Sheriffi laati vaalikelpoisista valamiehistä luettelon, jonka perusteella valamiehet kutsuttiin. Vuodesta 1730 alkaen jurya ei enää kutsuttu erikseen jokaista tapausta varten, vaan kerralla nimettiin joukko potentiaalisia valamiehiä, josta jury valittiin arvalla. Sama jury kuuli monia juttuja.[30] 1700-luvun puoliväliin saakka jokaiseen istuntoon oli kutsuttava kreivikunnan eri osia, kaupunkeja ja kartanoita edustava jury. Käytännössä restauraation jälkeen suuremmasta valamiesten joukosta yleensä kutsuttiin kullekin istuntokaudelle sen alueen valamiehet, jossa tuomioistuin piti istuntojaan. Vuosisadan loppupuolella vaalimenettelyä uudistettiin jälleen niin, että valamiehien voitiin varmistaa kuuluvan omistavaan luokkaan.[31]

Kun syytettyä vastaan esitutkinnan perusteella esitettiin syyte, hänen tuli joko myöntää tai kieltää syyllisyytensä. Yleensä tuomari ei rohkaissut syyllisyyden tunnustamiseen ainakaan kuolemanrangaistuksella uhattujen rikosten yhteydessä, vaan pikemminkin pyrki estämään sen. Tämä johtui siitä, että jos syytetty tunnusti syyllisyytensä ilman oikeudenkäyntiä, ei tuomarilla ollut oikeutta suositella tuomion lieventämistä tai armoa. Jos syytetty kielsi syyllisyytensä, häneltä kysyttiin miten hän halusi tulla tuomituksi, johon tuli vastata 'by God and my Country'. Tämä tarkoitti vaatimusta päästä juryn tuomittavaksi.[32]

Restauraatioajan käytäntö oikeudenistunnoissa oli sellainen, että jury kuuli kaikkia syytettyjä vastaan esitetyt jutut peräkkäin ja arvioi ne kaikki yhdellä kertaa. Tusinan verran juttuja voitiin käsitellä peräkkäin ilman taukoa, ja sitten jury vetäytyi pohtimaan tuomioitaan. 1700-luvun kuluessa jokainen juttu alettiin kuulla ja tuomita erikseen.

30. Beattie 1986, 378-389.
31. Beattie 1986, 389-395.
32. Beattie 1986, 337.

Yleisintä oli, että jury keskusteli puoliääneen esimiehensä ympärille kokoontuneena ja kykeni parin minuutin kuluttua antamaan tuomionsa. Tämä merkitsi myös sitä, että jury kokoontui istumaan yhteen paikkaan sen sijaan, että valamiehet olivat aikaisemmin istuneet hajallaan istuntohuoneessa.[33] Oikeudenkäynti alkoi jäsentyä tilassa modernille jury-prosessille ominaisella tavalla.

Restauraatioajan Englannin rikosoikeus tunsi lähinnä ankaria ruumiinrangaistuksia. 1600-luvun englantilaisessa yhteiskunnassa useimpien ihmisten luonne ja maine tunnettiin hänen lähiyhteisössään, ja syytetyn luonteen arvioiminen oli rikosprosessissa tärkeässä asemassa. Tuomarit ja valamiehet arvioivat pikemminkin *syytetyn ominaisuuksia kuin* tämän tekemäksi väitettyä *tekoa koskevia todisteita.* Juryn on arvioitu olleen ryhmä maallikoita, jotka eivät tutkineet tosiasioita, vaan joiden tieto perustui paikallisyhteisön juoruihin ja naapureiden tuntemukseen, ja tämän tietonsa perusteella jury arvioi syytetyn syyllisyyttä.[34] Rangaistuksen ankaruutta arvioitaessa taas otettiin huomioon yleisestävien, pelottavien rangaistusten paikallinen tarve.

Lontoossa olosuhteet olivat toiset, ja irtaantuminen maaseudun yhteisöistä pakotti uudistamaan rikosprosessuaalista järjestelmää pian muuallakin. Vuoden 1689 vallankumouksen jälkeen työtä tekevän väestön moraaliseen tilaan kiinnitettiin lisääntyvää huomiota. Kaupunkien rikollisuuden vähentämiseksi rikollisia alettiin karkottaa siirtokuntiin. Vuoden 1718 Transportation Act oli monesta näkökulmasta ratkaisu kaupunkirikollisuuteen: rikolliset voitiin karkottaa metropoleista, pakkosiirtokunnat edistivät imperiumin taloudellista laajenemista ja jury sai mahdollisuuden käyttää kuolemanrangaistuksen sijasta lievemmäksi käsitettyä karkotusta pakkotyöhön. Rikosoikeuden uudistuksia vastusti parlamentin ylähuone, ja myös ylioikeuksien tuomarit olivat ankarien rangaistusten puolella.[35]

Common law-oikeuden rikosprosessin todistelua koskevat säännöt muuttuivat huomattavasti 1700-luvun lopulta alkaen. Vuoden 1780 vaiheilla tuomioistuimissa esiintyi toisinaan sellainen perinteiselle common law-prosessille vieras käsitys, että *syytettyä tuli pitää syyttömänä*, kunnes hänet oli tuomittu syylliseksi. Vuoteen 1820 mennessä tätä oli alettu pitää yleisenä sääntönä. Tämä merkitsi aikaisempaa selvemmän

33. Beattie 1986, 395-399.
34. Llewellyn 1951, 29.
35. Beattie 1986, 619-637.

todistustaakan siirtymistä syyttäjälle, koska kenelläkään ei ollut velvollisuutta todistaa syyttömyyttään. Muutoksen syynä on pidetty asianajon yleistymistä. Tämän selityksen mukaan vasta sellaisessa oikeudenkäyntijärjestelmässä, jossa syytteen esittää juristisyyttäjä ja siihen vastaa syytetyn puolustusasianajaja voidaan koko prosessi järjestää syytetyn syyttömyysolettamuksen perustalle. Tällainen muutos edellytti asianajajien aktiivista osallistumista prosessiin.[36] Jos syytetty oli tuomioon asti oletettava syyttömäksi, ei jury voinut edustaa paikallisyhteisön ihmistuntemusta. Juryn piti kohdata syytetty puolueettoman tabula rasan tavoin.

Vasta tässä vaiheessa syntyivät modernin jury-oikeudenkäynnin piirteet. 1800-luvulla oli sääntö, että jury koottiin erikseen jokaista tapausta varten, syytettä ajoi ja syytettyä puolusti asianajaja. Tuomari esitteli tapauksen luonteen jurylle, jonka tuli vetäytyä pohtimaan todistelua. Todistelun edellytettiin osoittavan syytetyn syyllisyyden 'beyond a reasonable doubt'. Tosin jo edeltävinä vuosisatoina, restauraation aikana ja 1700-luvulla syyttäjäpuolen oli todistettava, että syytetty oli syyllinen. Vastaajan oli kuitenkin kyettävä aktiivisesti omilla selityksillään ja vastauksillaan todistamaan syyttömyyteensä kyetäkseen kumoamaan asianomistajan kertomuksen luoman syyllisyysolettaman.

Asianajajien käytännön perusteella syntyi rikosprosessin todistelua koskeva normisto. 1600-luvulla oli tuskin mitään rajoituksia sille, minkälaista todistelua rikosjury voi kuulla. Asiasta ei syntynyt mitään erityistä doktriinia ennen 1700-luvun puoliväliä. Sen jälkeen todistelua koskeva lainopillinen kirjallisuus kasvoi nopeasti. Ahkerimmin siteerattuihin teoksiin 1700-luvun lopulla kuului Sir Geoffrey *Gilbertin* The Law of Evidence-teos vuodelta 1754. 1800-luvun alussa ilmestyi runsaasti todistelua käsittelevää juridista kirjallisuutta, erityisesti rikosprosessia käsittelevä ja käytännön lakimiehille suunnattu Leonard *MacNallyn* The Rules of Evidence on Pleas of the Crown vuodelta 1802.[37] Etenkin yleiseurooppalaisesta näkökulmasta tärkeitä olivat Jeremy *Benthamin* todistelua koskevat esitykset, joihin palataan jäljempänä.[38]

36. Langbein 1978, 263-316.
37. Langbein 1978, 301-306.
38. ks. ss. 234-.

1700-luvun puoliväliin mennessä kuulopuheen käyttämiseen todisteena oli alettu suhtautua epäilevästi, vaikka sen esittäminen todisteena vielä sallittiin. Samalla alettiin suhtautua kielteisesti yleensäkin todisteluun, jossa todistajaa ei voitu kuulustella. Oikeuskäytännössä tuomarit usein antoivat juryn arvioida, minkä painon ne antoivat syytetyn esitutkinnassa esittämille tunnustuksille. Esitutkinnassa valaehtoisesti annettujen kirjallisten tunnustusten lukeminen oikeudenkäynnissä haluttiin kieltää kokonaan, koska se pakotti syytetyn itse osallistumaan syyllisyytensä toteamiseen. Kirjallisia todisteita ei enää haluttu ottaa vastaan siinä tapauksessa, että todistaja voitiin saada paikalle esittämään todistuksensa suullisesti. Samalla todistaja oli myös syytetyn tai hänen asianajajansa kuulusteltavissa. Vuosisadan puolivälissä alettiin vastustaa rauhantuomareiden edessä esitettyjen todisteiden käyttöä, jos todistaja oli kuollut ennen oikeudenkäyntiä. Perusteluna oli, ettei syytetty ollut voinut ristikuulustella tällaisia todistajia. 1700-luvulle saakka langettavan todistelun esittämisestä luvattiin usein todistajalle palkkio. Ammattimaiset puolustusasianajajat pyrkivät johdonmukaisesti horjuttamaan tällaisten todistajien uskottavuutta, ja palkkiosysteemi menetti tätä kautta merkitystään. Asianajajien käyttö johti siihen, että puolustuksen keskiössä alkoi olla syyttäjän esittämien faktojen esittäminen epäuskottaviksi ja epäluotettaviksi. 1700-luvun lopulla alettiin yleisesti käyttää todistajina syytetyn rikoskumppaneita syyttäjän (valtion) todistajina. Yleensä nämä suostuteltiin todistamaan lupaamalla armahdus. Usein 'kruunun todistajia' vastaan ei edes nostettu syytettä. Useimmat uudistukset merkitsivät syytetylle etua aikaisempaan järjestelmään verrattuna.[39]

1700-luvun kuluessa rauhantuomarin suorittama rikosten esitutkinta lakkasi olemasta todisteiden keräämistä syytettyä vastaan ja alkoi muistuttaa oikeudenistuntoa. Vangitulle syytetylle vahvistettiin oikeus saada asianajajan neuvoja tutkinnan aikana, ja syytetylle myönnettiin oikeus ristikuulustella syyttäjän todistajia ja tutustua itseään vastaan puhuviin todisteisiin ennen oikeudenkäyntiä. 1700-luvun puolivälissä katsottiin, ettei vastaajaa pidä vaatia esitutkinnassa vannomaan valaa, koska tämä pakottaisi hänet avustamaan oman syyllisyytensä toteamisessa. Rikosten esitutkinta muuttui julkiseksi. Henry *Fielding* muodosti Bow Streetille 'poliisitoimiston', josta kehittyi julkisen poliisituomioistuimen esikuva.[40]

39. Beattie 1986, 362-376.

Yleensä tuomarit vaivautuivat esittämään erillisen arvion käsiteltävän jutun oikeudellisesta arvioimisesta valamiehille vasta sen jälkeen, kun asianajajille oli tullut merkittävä rooli oikeudenkäynnissä. Aikaisemmin jury oli voinut vain implisiittisesti päätellä tuomarin käsityksen hänen käsittelyn kuluessa esittämistään kommenteista. Jutut käsiteltiin 1700-luvulla erittäin nopeasti. Moderni jury-oikeudenkäynti sen sijaan on erittäin hidas. Jury-prosessin modernien piirteiden kehittyminen vaikutti epäilemättä siihen, että suuri osa rikosasioista alettiin käsitellä yksinkertaisemmassa järjestyksessä 1800-luvun kuluessa. Modernin prosessioikeuden mukainen valamieslaitos ei edusta paikallista ihmistuntemusta. Se on puolueettomien ja asiaa ennalta tuntemattomien maallikkotuomareiden muodostama elin, jonka tehtävä on ratkaista syytetyn syyllisyys asianosaisten esittämien tosiasiaväitteiden perusteella. Tuomioistuin jakaantuu kahtia. Tuomari johtaa menettelyä ja edustaa oikeutta pyrkien rajoittamaan valamiesten toimintaa omilla ohjeillaan. Oikeudenkäynti muodostuu kahden asianosaisen, puolen tai puolueen esittämän todistelun varaan, ja samalla siitä tulee kriittisten tarkastelijoiden mielestä oikeusavustajien välinen strateginen ja älykkyyden kaksintaistelu.[41]

Se jury-prosessi, jota mannermaiset valistusajattelijat esittivät keskeiseksi kansalaisvapauden suojaksi ei itse asiassa tarjonnut syytetylle erityisen vahvaa suojaa. Modernissa muodossaan jury-prosessi käsittää paljon enemmän syytetyn turvaksi rakennettuja prosessuaalisia instituutioita. Samalla jury-prosessi on kuitenkin muuttunut yleisesti käytetystä, tavanomaisesta prosessista vain poikkeuksellisen vakavien tai muuten erikoisten tapausten käsittelemisen tavaksi.

40. Beattie 1986, 268-281.
41. Llewellyn 1951, 29, 30. Vallitsevaan yhdysvaltalaiseen alioikeuksien jurylaitokseen kriittisesti suhtautuva Llewellyn lisää tähän 'and may Heaven help the client'.

7.3. Jeremy Bentham ja todistelun epistemologian eksplikointi

Jeremy *Bentham* tunnetaan nykypäivänä lähinnä utilitaristisena filosofina ja rangaistuskäytännön teoreetikkona. 1800-luvun eurooppalaiset juristit tunsivat hänet kuitenkin paremmin juridisten reformien ajajana ja etenkin todistelua koskevien oppien uudistajana. Bentham saarnasi oikeuslaitoksen reformeista vuosikymmeniä.[42] Hänen käsityksiään todistelusta välitti Manner-Eurooppaan varsinkin ranskankielellä vuonna 1823 julkaistu kokoelma.[43]

Vuonna 1827 julkaistiin Englannissa Benthamin kootut todistelua koskevat kirjoitukset.[44] Viisiosaisessa The rationale of Judicial Evidence-teoksessaan Bentham katsoo jokaisen oikeusjutun jakaantuvan kahteen kysymykseen: oikeuskysymykseen (a question of *law*) ja faktakysymykseen (a question of *fact*).[45] Bentham ymmärtää nämä kaksi oikeudenkäynnin kysymystä toisistaan erillisiksi modernin oikeuden epistemologialle ominaisella tavalla: faktoja arvioidaan todisteina empiiriseen filosofiaan palautuvalla tavalla. Hänen pääväitteensä on, ettei minkäänlaista asiaa valaisevaa todistelua pidä jättää käyttämättä, olipa se syntynyt intentionaalisesti tai ei. Bentham suosittelee jokseenkin kaikkien sallittujen todisteiden laatua ja niiden arvioimista koskevien sääntöjen poistamista lainsäädännöstä. Bentham tarkastelee sitä, miten todistelun uskottavuus voidaan varmistaa ja todisteiden arvo arvioida. Benthamin mielestä Englannissa saatu kokemus voidaan ulottaa muidenkin valistuneiden kansojen oikeusjärjestyksiin. Todistelua koskevat säännöt on välttämättä uudistettava, mieluimmin lakikodifikaation kautta.[46]

Bentham perustelee todisteluoppinsa epistemologiset lähtökohdat empiristisen filosofian mukaisella tavalla. Todistelun tarkoitus on tuot-

---

42. Bentham pyrki tietoisesti systematisoimaan ja uudistamaan englantilaista oikeutta, ja monet hänen esittämänsä reformisuunnitelmat toteutuivat hänen kuolemansa jälkeen. Tunnetuin hänen oppejaan toteuttavista oppilaistaan oli lordi Henry Brougham. Dicey 1948, 126-127.

43. M. Dumont kokosi Benthamin todistelua koskevia kirjoituksia Traité des Preuves Judificiaires-nimiseksi julkaisuksi, jota luettiin mm. Saksassa ja Ruotsissa.

44. Bentham 1827. Benthamin todistelua koskevan kokonaisesityksen toimitti J. S. Mill, joka on mitä ilmeisimmin nuori John Stuart Mill. Helsingin yliopiston kirjastossa on tämä teossarja, jonka Jeremy Bentham on omakätisen vuonna 1829 kirjoitetun omistuskirjoituksensa mukaan lahjoittanut Turun akatemialle.

45. Bentham 1827:I, 25.

46. Bentham 1827:I, 1-8.

taa tarkastelevaan mieleen vakaumus (persuation) jonkin seikan olemassaolosta. Viimeksi mainittu seikka on varsinainen tosiseikka, jonka todiste (evidentiary fact) todistaa. Kaikki inhimillinen käytäntö perustuu todisteluun - kysymys siitä, onko lampaanpaisti kypsää voidaan todistaa observoinnin avulla. Kysymys on vakaumuksesta, että todistetta vastaa varsinainen tosiseikka; haju- ja näköhavainnot ovat todisteita, joiden kautta todistettava seikka voidaan todistaa. Oikeusjutun faktapuolta koskevan ratkaisun oikeudenmukaisuus riippuu todistelusta. Todistelu (evidence) juridisessa mielessä on yleisnimi kaikelle sille, mitä esitetään tuomarin tietoisuudelle, jotta se tuottaisi hänelle vakaumuksen sellaisen toisen seikan olemassaolosta, jonka perusteella tuomari voi tehdä ratkaisun.[47]

Todistelun kohteena olevat faktat voivat olla todistustosiasioita tai indisioita, jotka 'synnyttävät tuomarin rinnassa vakaumuksen' todistustosiasian olemassaolosta. Todistustosiasioita ovat rikosjutuissa syytetyn syyllisyyttä ja sen astetta kuvaavat faktat. Riita-asioissa kantajan on osoitettava, että hänellä on väittämänsä oikeus, vastaajan taas tätä vähentävät seikat. Ei ole yritettykään johtaa sääntöä, joka johtaisi indisioista todistusperusteisiin. On kuitenkin erotettu fyysiset ja psykologiset faktat; jälkimmäiset liittyvät tahtoon. Psykologisia faktoja ovat ihmisen viiteen aistiin perustuvat aistimukset, aikaisempia aistimuksia koskevat muistikuvat, arvostelmat, joiden perusteella olemme jonkin proposition kanssa samaa tai eri mieltä, halut ja intohimot sekä tahdon aktit.[48] Fyysiset faktat taas ovat tapahtumia ja esineiden tiloja. Tapahtumalla tarkoitetaan jotakin, mikä tapahtuu luonnon kulussa. Teko taas on tapahtuma, jonka takana on ihmisen tahto.[49]

Vakaumuksen tuottava todistelu voi olla peräisin kahdesta lähteestä: ihmisen intellektuaalisista ja aistioperaatioita tai toisen yksilön vastaavien fakulteettien oletetuista operaatioista. Edellinen 'sisäinen' todistelu perustuu perceptioon, huomioimiseen, arvostelukykyyn ja muistiin. Sen sijaan imaginaatio on suljettava pois todistelusta. Ulkoinen todistelu taas saadaan joko keskustelun tai muiden käyttäytymisen (deportment) arvioinnin kautta. Yleensä vakaumuksen tuottava keskustelu on välitöntä. Jonkun henkilön käyttäytyminen voi toimia indisiona, kun se tuottaa tuomarille vakaumuksen.[50] Henkilö voi kielen tai

47. Bentham 1827 I, 17-24.
48. Tässä Bentham seuraa John Locken tietoteoriaa, ks. sivulla 222.
49. Bentham 1827 I, 39-47.

keskustelun kautta esittää tahdonvaraista todistelua todistajana (testimonial). Tahdosta riippumaton henkilön esittämä todistelu taas on usein emootion ilmaisemista: käyttäytymisen tai ilmeiden muutoksia. Tahdonvarainen todistajaintodistelu voi olla suoraa, alkuperäistä. Silloin todistaja kertoo siitä, mitä hän on itse kokenut. Voidaan myös kertoa epäsuorasti, kuulopuheen perusteella.[51]

Bentham esittää, että todistusvoiman määrä määräytyy kummankin osapuolen esittämän todistelun perusteella. Yleensä kunkin todistajan lausumaan liittyy jokin vakiomäärä todistusvoimaa. Jos kuitenkin ihminen on yleisen elämänkokemuksen mukaan erityisen sopiva lausumaan tietystä asiasta, hänen todistelunsa todistusvoima voi kasvaa. Esimerkiksi viranomaisten esittämälle todistelulle voidaan antaa keskimääräistä suurempi todistusvoima. Todistusvoimaa vähentää arvio, jonka mukaan todistaja ei esitä faktoja korrektisti ja täydellisesti. Todistajan intellektuaaliset tai moraaliset puutteet heikentävät hänen lausumansa todistusvoimaa. Jos todistajalla on intressi asiassa, se vaikuttaa hänen luotettavuuteensa kyseisessä asiassa, vaikka hän olisi yleisesti uskottava henkilö.[52]

Vilpittömäksi arvioitujen todistajien oman vakuuttuneisuuden aste vaikuttaa tuomariin. Bentham pohtii mahdollisuuksia laatia jonkinlainen positiivisen ja negatiivisen vakaumuksen skaala, jolle jostakin tosiseikasta vakuuttuneet ja ei-vakuuttuneet lausumat asettuisivat. Kunkin todistajan ilmaisema vakaumus arvioitaisiin maksimi- tai minimiarvoon. Useat tuomarit voisivat vertailla arvioitaan tällaisen skaalan avulla.[53]

Arkikieli ei kykene ilmaisemaan käyttäjänsä vakaumuksen astetta. Uskomus (belief) ilmaisee alhaista vakaumuksen astetta, tieto taas korkeinta. On mahdotonta esittää mannermaisen tradition mukaisia todistusvoiman asteita, koska ne eivät kuvaa tuomarin vakaumusta. Myös Englannissa oli esitetty samantapaisia erotteluja.[54] Doktriinin esittäjät eivät epäilleet, että todistajan vakaumuksen, hänen todistuksensa todistusvoiman ja tuomarin vakaumuksen välinen suhde voisi varioida, kuten Bentham väitti olevan laita.[55]

50. Bentham 1827 I, 48-52.
51. Bentham 1827 I, 55-57.
52. Bentham 1827, 58-6.5.
53. Bentham 1827:73-87.

Bentham esittää empiristisen perustelun sille, miksi todistajan vakuuttuneisuus voi vakuuttaa tuomarin. Benthamin mukaan todisteluun perustuvan vakaumuksen perusta on kokemus. Ihmisen *taipumus uskoa todistajien todisteluun* on *universaalin kokemuksen tulosta.* Ihmisten hyvinvointi perustuu tietoon ihmisten ja esineiden tiloista, jonka voi saada vain osittain omista kokemuksista ja aistihavainnoista. Loppu tieto syntyy todistelun kautta. Ihmisillä on yleinen taipumus uskoa todisteluun, mikä on kokonaisuuden kannalta etu.[56] Myös todistajantodistelun perusta ja sen tuottaman vakuuttumisen perusta on kokemus. Arkisessa vuorovaikutuksessa esitetään jatkuvasti propositioita faktojen olemassaolosta. Yleensä faktoista voidaan tehdä aistihavaintoja, ja ne voidaan havaita väitteiden mukaisiksi. Kokemus tuottaa taipumuksen uskoa toisten ihmisten vakuutteluja, sillä hyödyn näkökulmasta ihmisten esittämien vakuuttelujen uskominen säästää tarpeetonta työtä.[57]

Sanat ovat *väärinkäsitysten siemen ja tulos.* Sanat ovat asioiden nimiä. Olemme taipuvaisia liittämään tiettyyn sanaan erityisen esineen olemassaolon, riippumatta siitä onko sellaista entiteettiä olemassa vai ei. David *Hume* osoitti, että tästä seuraa illuusioita, mutta ei Benthamin mukaan kyennyt esittämään illuusioiden lähdettä. Benthamin mukaan ihminen uskoo toisen lausuman totuuteen siksi, että se on aikaisemmissa yhteyksissä osoittautunut todeksi. Jos kysytään, miksi tällainen kokemus tuottaa vakaumuksen, kysytään mahdotonta. Kun puhutaan kokemuksesta ja vakaumuksesta ikään kuin syynä ja seurauksena oletetaan, että on olemassa jokin miksi-kysymyksiin liittyvä korkeampi syy.[58] Tietyt faktat ovat kokemuksen representoimia. Toisenlaiset, psykologiset faktat ovat sisäisen tunteen tuottamia. Molemmat ovat olemassaolevia objekteja. Fyysisten objektien kokonaisuuden ja psykologisen uskomuksen välinen suhde voidaan muuntaa joukoksi välillisiä

54. Englantilaisessa doktriinissa mm. Sir Edward Coke ja Sir William Blackstone olivat pyrkineet luokittelemaan todistusvoiman asteita varman todisteen (positive proof), vahvan olettamuksen (violent presumption), todennäköisen olettamuksen (probable presumtion) ja lievän olettamuksen (light presumption) asteisiin. He pitivät varmana todisteena suoraa todistelua riippumatta sen lähteen luotettavuudesta. Tällaisen suoran todistelun todistusvoimaa heikommaksi oletettiin aihetodistelu riippumatta sen vakuuttavuudesta.
55. Bentham 1827 I, 80-107.
56. Bentham 1827 I, 110-112.
57. Bentham 1827 I, 114.
58. Bentham 1827 I, 115-117.

syitä, joita on ad infinitum. Koskaan ei löydetä sitä syvempää syytä, jota etsitään. Materiaalisista fyysisistä objekteista syntyvät vaikutelmat välittyvät aistien kautta useiden aistivien todistajien mieliin tuottaen uskomuksen tai vakaumuksen tunteen. Sille ei ole mitään latenttia erityistä syytä. Voidaan väittää, että sen syynä on imaginaation esittämä kuva, mutta sille ei ole vastinetta luonnossa.[59]

Bentham vetoaa tässä englantilaisen empiristisen filosofian kantoihin. John Lockelle todistelun välineitä olivat 'sisäiset ideat'. Locken teoriassa sisäisillä ideoilla todistettiin sellaista, mitä ei oletettu voitavan todistaa muilla keinoin. Bentham korvaa sisäisten *ideoiden* doktriinin sisäisen *taipumuksen* (propensity) opilla. Se ei Benthamin mielestä niinkään korvaa Locken teoriaa, vaan eksplikoi sitä.[60]

Todistelussa esiintyvät virheet voivat syntyä todistajan omasta tahdosta, mutta myös tahdosta riippumattomista seikoista. Lainsäätäjän ja tuomarin on oltava varuillaan estääkseen tosiasioiden kanssa ristiriidassa olevan todistelun vaikutukset. Todistajan mentaaliset kyvyt vaikuttavat siihen, miten pitkälti hänen lausumansa pitää yhtä totuuden kanssa. Nämä kyvyt ovat osaksi intellektuaalisia, osaksi moraalisia. Todistelu voi olla korrekti ja täydellinen vain, jos todistajan neljä älyllistä kykyä (perceptio, arvostelukyky, muisti ja ilmaisukyky) ovat terveet. Todistajan moraaliset kyvyt liittyvät hänen totuudenrakkauteensa, tarkoituksellisten epätotuuksien välttämiseen. Todistaja voi olla puolueellinen ilman itseä syyllistävää tietoisuuttakin, koska motivaatio tarkentaa ihmisen huomiokykyä.[61]

Kirjallinen todistelu on harvoin epätarkkaa - se onkin usein asianajajien ammattitaidon tuote. Suullinen todistelu on alttiimpaa epäkorrektiudelle, mutta avoimempaa tuomarin tai asianosaisten pyytämille tarkennuksille. Tutkittavana olevan henkilön, etenkin naimattoman nuoren naisen, kokema alempiarvoisuus usein johtaa arkuuteen ja epäkorrekteihin ilmaisuihin. Heikot ja erottelukyvyttömät mielet voivat antaa mielikuvitukselle muistikuvan paikan.[62]

Miten todistelun täydellisyys ja tarkkuus sitten voidaan varmistaa? Bentham viittaa juuri sellaisten tekniikoiden käyttöön, joiden kirjallinen ilmaisumuoto on 'realistinen romaani'. Jos todistelun halutaan ole-

59. Bentham 1827 I, 118-119.
60. Bentham 1827 I, 128.
61. Bentham 1827 I, 150-164.
62. Bentham 1827 I, 174-176.

van täydellistä ja tarkkaa, tulee pyrkiä saamaan todistelua joka on mahdollisimman *partikulaarista*, *yksilöityä* ja *yksityiskohtaista*.[63] Mitä yksityiskohtaisempi, partikulaarisempi lausuma on, sitä luotettavampi. Yksityiskohtainen lausuma sisältää enemmän fakta-ainesta, jota voidaan myös todistaa vääriksi. Tällaisten yksityiskohtien perusteella on mahdollista osoittaa todistajan vääristelevän tai esittävän virheellistä todistelua. Oikeuskäytäntö oli Benthamin mukaan tyytynyt niin yleisiin todistajankertomuksiin, ettei niitä mitenkään voi pitää uskottavina. Jos todistajalle ei esitetä mitään kysymyksiä, todistaja voi itse päättää, miten yksityiskohtaisesti hän asian esittää. Partikulaarisuuteen liittyy sekä *henkilöiden* että *olosuhteiden yksilöiminen*. Kertomus, että Titius on tappanut ihmisen ei ole todiste. Sekään ei riitä, että hän on tappanut nuoren, pitkän tai englantilaisen ihmisen. Jos kerrotaan hänen tappaneen Semproniuksen, ollaan lähempänä todistelua. Lisäksi on osoitettava *teon aika ja paikka*. Näin fakta yksilöidään. On tärkeätä yksilöidä olosuhteet - tapahtuiko jotakin puun alla, ja jos tapahtui, niin minkälaisen puun? Tällaiset seikat ovat irrelevantteja väitetyn teon suhteen, mutta niiden johdonmukaisuus tai niihin liittyvät ristiriidat synnyttävät uskottavuuden tai epäuskottavuuden vaikutelman.[64]

Todistajan tulee palauttaa seikka mieleensä (recollect), mutta hän ei saa ryhtyä muokkaamaan sitä mielessään (premeditate). Nämä tavoitteet ovat ristiriitaisia, mutta ne on sovitettava mahdollisimman hyvin yhteen.[65] Muistia on virkistettävä hyvässä tarkoituksessa, mutta on estettävä todistajan vilpillinen harkinta. Jos ihminen pysyy totuudessa, hänen esittämänsä faktat ovat yhteensopivia, konsistentteja. Vilpillisen todistajan esittämät faktat voidaan hajottaa osiin. Totuudelliselle todistajalle voidaan esittää vain sellaisia suggestioita, jotka soveltuvat hänen oman mielensä muodostamaan kuvaan. Todistajan kommunikointi muiden ihmisten kanssa on estettävä, mutta ei hänen sisäistä kommunikointiaan.[66] On käytettävä muistia auttavia ulkoisia suggestioita, mutta ne eivät saa tukea mielikuvituksellista fabulointia. Ulkoiset suggestiot eivät saa johtaa vääristelyyn.[67]

63. Bentham 1827 I, 273.
64. Bentham 1827 I, 286. Jo skolastiset luonnonoikeudelliset prosessuaaliset opit edellyttävät jonkinasteista asian yksilöimistä. Modernin prosessin tekniikassa yksilöiminen viedään kuitenkin paljon pitemmälle yksityiskohtiin, joiden merkitys on siinä, että ne herättävät todellisuuden illuusion tai horjuttavat sitä.
65. Bentham 1827 I, 274.
66. Bentham, 1827 I, 291-294.
67. Bentham 1827 I, 274.

Todistelun on oltava *kyselyllä tuotettua* (interrogated). Se on tuotettava kuulustelulla ja tutkimuksella (examinations, questions, interrogatories). Korrekti ja täydellinen todistelu voidaan saada aikaan vain, jos *eri tahot esittävät kysymyksiä*. Kuulustelussa esiin saatu todistelun massa on aina erilaista kuin spontaanisti esitetty. Vain kuulustelussa voidaan yksilöidä liian yleinen todistelu ja saada todistelu korrektiksi ja täydelliseksi.[68] Todistelulle voidaan asettaa *ulkoisia*, poliittisia tai uskonnollisia takeita, mutta uskonnollisten takeiden merkityksen Bentham torjuu.[69] Sen sijaan Bentham pitää keskeisenä ulkoisena takeena todistelulle *kuulustelun tekniikkaa* ja *suullista kuulustelua*. Todistelun korrektiuden ja täydellisyyden saavuttamiseksi kyselyn käytäntö on tärkeä, erityisesti jos todistaja on vilpillinen. Rangaistuksen uhka ei riitä estämään epätäydellisyyttä, mutta kyselyllä sitä voidaan estää. Kaikkia todistajia on kuulusteltava, ja jos asianosaisen kuuleminen hyväksytään, myös häntä on kuulusteltava. *Viva voce* tapahtuva oikeudenkäynti on todistelun tärkeä ulkoinen tae.

Benthamin mielestä kuulustelijalla tulee olla tahto ja kyky kuulustella. Tahto perustuu intressiin, kyky taas valistuneisuuteen ja intellektuaalisiin ominaisuuksiin. Tällaisia kykyjä on tuomarilla, Englannissa jury-tuomioistuimessa myös juryn jäsenillä. Kantaja, vastaaja, näiden asianajajat ja joissakin tapauksissa myös ylimääräiset todistajat voivat olla tehokkaita kuulustelijoita.[70] Jos asianosainen on hyvin nuori tai vanha, ruumiillisesti tai henkisesti heikko, kokematon, arka, naisellisen pelokas tai asemaltaan alhainen hän saattaa tarvita tuomarin apua. Tuomarin apu asianosaiselle on kuitenkin ongelmallinen, koska tuomarin pitäisi tuntea informaatio kokonaisuudessaan ja osoittaa intoa, jota tiedon tehokas käyttäminen vaatii. Sen vuoksi tuomarin sijasta pitäisi käyttää ammatillista asianajajaa heikkoa asianosaista avustamaan.[71] 'Ristikuulusteluksi' kutsuttu käytäntö täyttää juuri ne vaati-

68. Bentham 1827 I, 296.

69. Tällaisia ovat mm. väärästä todistuksesta määrätty rangaistus, vala ja maineen menetys. Valalla ylempi voima manataan rankaisemaan todistajaa, joka tietoisesti poikkeaa totuudesta. Benthamin mukaan on kuitenkin absurdia luottaa valan tehokkuuteen. Valan ajatellaan asettavan Kaikkivaltiaan jokaisen rauhantuomarin komennettavaksi. Joko valaseremonia tuottaa jumalallisen rangaistuksen, jolloin ihminen määrää jumaluutta, tai sitten se ei tuota sitä, jolloin seremonialla ei ole vaikutusta. Bentham 1827 I, 365-369.

70. Bentham viittaa Ranskassa vanhastaan käytettyyn suulliseen kuulusteluun, confrontation, jossa tuomarilla, syytetyllä ja todistajalla oli kullakin mahdollisuus esittää toisilleen kysymyksiä; todistajan esittämät kysymykset ovat Benthamin mielestä toisinaan tehokkaimpia, Bentham 1827 I, 458.

mukset, joita Bentham esitti kuulustelulle. Bentham suosittelee kuulustelumenettelyä, jossa todistajan kutsunut asianosaispuoli ensin kuulustelee todistajan, ja sitten vastapuoli kuulustelee tätä. Edellistä on tullut tavaksi kutsua pääkuulusteluksi, examination in chief, ja jälkimmäistä ristikuulusteluksi, cross-examination.[72] On väitetty ristikuulustelun nimityksen, idean ja käytännön levinneen tehokkaasti moderniin oikeudenkäyttöön juuri Benthamin kirjoitusten kautta.

Bentham erottaa siis toisistaan 'ystävällisen' kuulustelun ja vastapuolen suorittaman kuulustelun. Hänen mukaansa pitäisi antaa mahdollisimman paljon sijaa vastapuolen suorittamalle ex adverso-kuulustelulle. Siinä pitäisi antaa kuulusteluvalta jokaiselle, jolla on intressi saada aikaan mahdollisimman korrekti ja täydellinen todistelu. Kuulustelussa voidaan kiinnittää huomiota, paitsi todistajan kertomukseen, myös hänen vastauksiensa nopeuteen, viivyttelyyn ja hiljaisuuteen. Tietyissä tapauksissa viivytteleminen voidaan presumoida taipumukseksi vilpilliseen pidättyvyyteen tai vilpillisen vastauksen keksimiseen käytetyksi ajaksi. Muisti on nopeampi kuin keksimiskyky; siksi nopea vastaus osoittaa todistajan nojautuvan muistiinsa eikä mielikuvitukseensa. Näin myös hiljaisuudet ja tauot vaikuttavat lausunnon uskottavuuteen. Kuulustelu etenee kysymyksen ja vastauksen vuorotteluna, koska muu olisi 'absurdia ja epäkäytännöllistä'. Koska vastauksien perusteella syntyy uusia kysymyksiä, muodostuu suullisessa kyselyssä kysymysten ja vastausten ketju, jolla totuus kyetään selvittämään.[73]

Suggestiivinen kysely tarkoittaa sellaista kyselyä, jossa kysyjä toivoo saavansa vastauksessa kysymykselleen vahvistuksen. Benthamin mielestä ei ole syytä noudattaa sitä englantilaisen oikeuden käytäntöä, jonka mukaan vastapuolen todistajaa kyllä saa johdatella, mutta omaansa ei. Vastapuolen todistajan suoranainen ahdistaminen, browbeating, on kuitenkin sopimatonta.[74] Bentham yleensäkin suhtautuu myönteisesti sellaisiin menettelytapoihin, joilla todistaja tai asianosainen tahtomattaan paljastaa tietoa itsestään ja tapahtumista. Vilpillisen

71. Suurella osalla asianajajaa tarvitsevista ei kuitenkaan ole varaa asianajajaan, Bentham 1827 I, 462.

72. Bentham 1827 I, 496-497. Tuomarin yleinen kokemus tekee tosin Benthamin mukaan hänestä toisinaan parhaimman esittämään tiettyjä kysymyksiä. Tuomarin on tartuttava kuulusteluun, jos asianajajan toiminta on puutteellista, asianajajaa ei ole ja asianosainen on erityisen huonosti varustettu toimimaan omassa asiassaan.

73. Bentham 1827 II, 2-4.

74. Bentham II, 34, 59-60.

todistajan kertomus on pyrittävä diskreditoimaan. Todistajan ja asianosaisen käyttäytymistä voidaan pitää indisiotodisteena. Indisiotodistelun ja suoran todistelun ero on hänelle veteen piirretty viiva - esimerkiksi tunnustus ja spontaani, asianosaista itseään syyllistävä todistelu voivat olla hyvin lähellä toisiaan.[75]

Suullinen todistelu on kirjattava. Oikeudenkäynnin *julkisuuden* tehtävänä on lisätä niiden henkilöiden lukua, joiden kognitiolle todistelu välittyy. Tämä merkitsee asian käsittelemistä avoimin ovin, oikeutta julkaista sekä suullista todistelua että kirjallisia todisteita. Bentham liittää todistelun epistemologian eksplisiittisesti Locken kieltä ja empiirisiä aistihavaintoja yhdistävään teoriaan. Hän täsmentää ne erityiset säännöt, joita todistelussa käytetään. Kysymys on yksityiskohtaisten todistajankertomusten esittämisestä. Yksityiskohtainen, asianosaisten oikeusavustajien suorittama kuulustelu toimii kertomuksen kontrollina. Locken ja Benthamin teorian mukaan oikeudenkäynnin on välttämättä oltava suullista ja välitöntä.

Bentham esittää todistelua koskevissa opeissaan erityisesti common law-oikeudenkäynnille ominaisen subjektirakenteen merkityksen todistelulle. Hänen mukaansa asianosaisten on kyettävä hankkimaan omien väitteidensä tueksi yksityiskohtaisia, johdonmukaisia todistajainkertomuksia. Vastapuolen asiana on osoittaa kertomuksessa epäjohdonmukaisuuksia, jotka hajottavat todistajan kertomuksen synnyttämän referentiaalisuuden vaikutelman. Asianosaisilla tai näiden oikeusavustajilla on tärkeä tehtävä kuulustelussa, koska heillä on intressi omia väitteitään tukevien kertomusten tuottamiseen ja niitä heikentävien kertomusten uskottavuuden hajottamiseen. Oikeudenkäynnin kaksiasianosaissuhteeseen perustuva adversaalisuus perustellaan näin myös epistemologisesti. Referentiaalisesta kielestä on Benthaminkin mukaan suljettava pois imaginaation vaikutus.

Benthamin todistelua koskevat kirjoitukset vaikuttivat moderniin todistelua koskevaan lainsäädäntöön sekä Englannissa että muissa länsimaissa. Englannissa vuosien 1833 ja 1898 todistelua koskevat lait perustuvat periaatteille, joita Bentham kirjoituksissaan täsmensi.[76] Jälkimmäinen laki salli myös syytetyn esiintyä todistajana.

---

75. Bentham 1827 III, 102.
76. Dicey 1962, 206.

7.4. Kidutuksen kieltäminen mannermaalla

Modernin rikosoikeuden synty on yhdistetty valtion ja paikallisten julkisten yhteisöjen käytettävissä olevan kontrollikoneiston laajenemiseen. Rikosoikeuden painopiste siirtyy modernissa rikosoikeudessa tuomioistuinkäsittelystä ja rangaistusten kauhistuttavaksi tarkoitetusta täytäntöönpanosta rikosten selvittämiseen ja ehkäisemiseen. Pelottavien ruumiinrangaistusten sijaan vallitsevaksi rangaistuksen muodoksi tulee vankila. Modernin poliisin ja vankilan kehitykselle on Michel *Foucault*'lta vaikutteita saaneessa historiantulkinnassa annettu keskeinen asema. Modernin rikosoikeudenkäynnin muotojen synty liittyy tämän yleisen muutoksen kontekstiin.

Kidutuksen käyttö prosessissa loppuu kuitenkin jo ennen rikosoikeuden fyysistä tuskaa tuottavien rangaistusten lievenemistä. 1700-luvun puolivälissä kaikki Euroopan johtavat valtiot kielsivät oikeudenkäynnissä käytettävän kidutuksen. Muutos tapahtui yhden sukupolven aikana. Preussissa kidutus lopetettiin jokseenkin tyystin *Fredrik Suuren* antamalla lailla vuonna 1740; viimeisen kerran sitä käytettiin 1752 ja se kiellettiin kokonaan 1754. Itävallassa ja Puolassa kidutus kiellettiin 1776, 1780 se kiellettiin Ranskassa.

1800-luvun oikeushistoriassa tätä tapahtumien kulkua on selitetty usein valistusajattelun voitoksi. Valistusajattelijat, etenkin Cesare *Beccaria* ja Francois-Marie *Voltaire*[77] esittivät oikeudenkäynnissä käytettävää kidutusta kohtaan niin viiltävää kritiikkiä, että julkinen mielipide tuomitsi sen ja valistuneet itsevaltiaat kielsivät kidutuksen käytön. Tämän jälkeen ryhdyttiin käyttämään tunnustuksen aikaansaamiseksi muita keinoja, kuten psykologista painostusta. Syytetylle saatettiin myös määrätä rangaistuksia siitä, että hän ei ollut yhteistyöhaluinen ('valehtelurangaistuksia', 'tottelemattomuusrangaistuksia' tai 'rangaistuksia epäilyksenalaisuudesta'). Vasta kun lainsäädännössä on ymmärretty valistusajattelun voimasta luopua legaalisesta todistelusta - Ranskassa vuonna 1790, Saksan valtioissa vasta 1800-luvun puolivälissä - päästään eroon myös näistä epäoikeudenmukaisista rangaistuksista.

77. Beccarian teos 'Dei delitti e delle pene' ilmestyi vuonna 1764 ja käännettiin pian monille kielille. Voltairen teoksista erityisesti 1766 julkaistu 'Commentaire sur le livre des délits et des peines sekä 1777 ilmestynyt Prix de la justice et l'humanité' mainitaan tärkeinä valistuneen mielipiteen muokkaajina. Varhaisempi kidutuksen kriitikkona laajalti tunnettu kirjoittaja oli Christian Thomasius, jonka väitöskirja 'Über die Folter' ilmestyi jo vuonna 1705.

Beccaria vaati, että oikeudenkäynnissä on selvitettävä totuus asiassa. Juridista varmuutta totuudesta ei kuitenkaan voi syntyä yleisten todistusoikeudellisten sääntöjen kautta - legaalisella todistelulla. Juridinen varmuus asian totuudesta on perustettava tuomarin tunteeseen siitä, että hän tekee kussakin tapauksessa totuuden mukaisesti.[78] Beccaria toisin sanoen vaatii vapaata todisteiden harkintaa. Vapaan todisteiden harkinnan käyttöönotto tekee mahdolliseksi luotettavan ja humaanin totuuden selvittämisen.

Kuitenkin kritiikkiä kidutuksen käyttöä kohtaan oli esitetty jo paljon ennen valistusajattelijoita.[79] Valistuksen kiistakirjoituksissa käytetyt argumentit oli esitetty yksityiskohtaisemmin monissa lainopillisissa esityksissä. Oikeudenkäytön yhteydessä käytetty kidutus kiellettiin jo paljon ennen vapaan todisteiden harkinnan käyttöönottoa - joissakin maissa jopa sata vuotta aikaisemmin. Oikeudenkäynnin kidutus kiellettiin 1700-luvulla, legaalinen todistusteoria hylättiin useimmissa maissa vasta 1800-luvulla.

John H. *Langbein*[80] väittää todistusoikeuden muuttuneen oikeuskäytännön tietä jo paljon ennen vapaan todistusteorian nimenomaista omaksumista. Eurooppalaista yleistä oikeutta kehittelevät juristit lähtivät jo varhain siitä, että kaikki rangaistukset ovat harkinnanvaraisia - ne on sovitettava rikoksen olosuhteisiin. Tämän harkintavallan tuloksena omaksuttiin kuninkaallisten tuomioistuimien oikeuskäytännön kautta harkinnanvaraisia rangaistuksia, joita voitiin käyttää statuuteissa tai tavanomaisessa oikeudessa määrättyjen rangaistusten ohella. Todistelun säännöt olivat tiukat, mutta rangaistuksen määräämisessä tuomioistuimella oli harkintavaltaa. Aluksi törkeiden rangaistusten yhteydessä voitiin vain harkita, missä muodossa kuolemantuomio pannaan täytäntöön. Uusien rangaistusmuotojen - maastakarkoituksen, kaleerille tai erilaisiin rangaistuslaitoksiin määräämisen - lisääntyessä harkintavallan merkitys yhä lisääntyi.

1600-luvulla eurooppalaiset tuomioistuimet olivat alkaneet käyttää harkinnanvaraisia rangaistuksia silloin, kun todistelu oli puutteellista. Harkinnanvaraista rangaistusta voitiin käyttää, kun oli kidutuksen

78. Beccaria 1988, 84-89.
79. Kidutusta on Piero Fiorellin mukaan arvosteltu loogisesta, moraalisesta, sosiaalisesta ja poliittisesta lähtökohdasta käsin; ainakin kidutukseen liittyviä loogisia ongelmia arvosteltiin jo antiikin Roomassa. Sit. Peters 1985, 80.
80. Langbein 1976.

käyttöön oikeuttava määrä näyttöä, mutta syytetty kesti kidutuksen tunnustamatta. Samoin harkinnanvarainen rangaistus voitiin määrätä silloin, kun oli runsaasti epäsuoria todisteita, mutta ei kuitenkaan kidutukseen oikeuttavaa määrää. Ylimääräinen harkinnanvarainen rangaistus määrättiin silloin niin, että se oli lievempi kuin täyden näytön tapauksissa tuomittu. Kuolemanrangaistuksella uhatusta rikoksesta rangaistiin muihin rangaistuksiin. Teknisessä mielessä syytettyä ei tuomittu, sillä tuomio edellytti täyttä näyttöä. Sen sijaan syytettyä rangaistiin 'epäilyksen perusteella'.[81]

Langbeinin mukaan tällainen järjestelmä kuitenkin tarjosi mahdollisuuden lopettaa kidutus. Tuomioistuimet katsoivat olevansa oikeutettuja määräämään vähemmän ankaria rangaistuksia matalamman näyttökynnyksen perusteella. Tapahtunutta muutosta voi kuvata Carolinan eli CCC:n ja Itävallan *Maria Teresian* aikana säädetyn Constitutio Criminalis Theresianan vertailun avulla. Vuoden 1532 Carolina kieltää tuomitsemasta aihetodisteiden eli indisioiden perusteella; indisiot ovat relevantteja vain kysyttäessä, voidaanko käyttää kidutusta. Jos syytetty ei tunnusta, on tuomion edellytyksenä kaksi todistajaa - kiduttamalla kuulusteltu syytetty, jota ei saada tunnustukseen on siis vapautettava. Tässä mielessä inkvisitioprosessin kidutus oli kauhea kamppailu tuomarin ja syytetyn välillä - syytteestä saattoi vapautua kestämällä kidutuksen piinan.

Vuonna 1769 annettu Theresiana - joka säädettiin muutamaa vuotta ennen kidutuksen kieltämistä - edellyttää sekin kuolemanrangaistusta määrättäessä täyttä näyttöä. Indisiotodisteet oikeuttavat kidutuksen, mutta eivät kuolemanrangaistusta. Kun täyttä näyttöä ei ollut, voi tuomari kuitenkin ratkaista, oliko syytetty tuomittava harkinnanvaraiseen rangaistukseen, poena arbitrariaan tai extraordinariaan vai vapautettava. Ancien régimen viimeisellä vuosisadalla omaksutaan kaikkialla sama malli: Preussissa, Sveitsissä, Belgiassa, Alankomaissa ja Italiassa määrätään harkinnanvaraisesti muu kuin kuolemanrangaistus silloin, kun täysi näyttö puuttui.[82]

---

81. Vaikeasti todistettavat rikokset kuten aviorikos ja homoseksualismi johtivat usein tällaisiin rangaistuksiin - syytettyä rangaistiin salaisten 'tyrannimaisten oletusten perusteella, ikään kuin syytetty olisi puoliksi syyllinen tai teko puoliksi rangaistava', Beccaria 1988, 141.

82. Langbein 1976, 46-50.

1700-luvun saksalaiset lainoppineet erottivat kaksi ryhmää: valtion turvallisuuteen liittyvät rikokset ja muut törkeät rikokset. Jos syytettyä vastaan oli valtiolle vaarallisessa rikoksessa puoli näyttöä, oli otettava huomioon syytetyn aikaisempi elämäntapa. Jos syytetty oli aikaisemmin syyllistynyt vastaaviin rikoksiin, hänet voitiin tuomita elinikäiseen vankeuteen. Jos hänellä ei ollut rikollista menneisyyttä, hänet voitiin panna vankeuteen lyhyemmäksi ajaksi, jolloin voitiin yrittää saada lisätietoja rikoksesta. Jos uutta näyttöä ei saatu, hänet voitiin päästää vankeudesta ja karkottaa maasta. Jos syytetyn elämäntavat olivat olleet aikaisemmin hyvät ja hän kykeni osoittamaan puolta näyttöä heikentäviä todisteita, hänen tuli saada absolutio ab instantia - päästä vapaaksi panttia, takuita tai valaa vastaan. Hänen oli tultava uudestaan tuomittavaksi, jos oikeudenkäynti aloitettiin uuden todistusaineiston varassa uudelleen.[83]

Absolutio ab instantia voitiin yhdistää kovempaan tai lievempään, pitempään tai lyhyempään epäillyn vankeuteen. Saksassa ja Italiassa absolutio ab instantia-instituutti kodifioitiin 1800-luvun alussa. Saksalainen C.J.A. *Mittermaier* arvosteli instituuttia rikosprosessin todistelua koskevassa teoksessaan, jonka ensimmäinen laitos ilmestyi 1809 ja saksalaista rikosprosessia koskevassa teoksessaan, joka ilmestyi 1827. Mittermaierin mukaan menettelyllä ei ole tukea yleisen oikeuden perinteessä. Mittemaier vaati syytetyn vapauttamista, jos häntä vastaan ei ollut riittävää näyttöä, kuten englantilaisen ja ranskalaisen prosessin tapaan oli tehtävä. Tosin Mittermaier myönsi, että monet tutkintavankeuteen tuomitut olisi todennäköisesti tuomittu englantilaisen juryjärjestelmän vallitessa rangaistukseen, koska jury usein tuomitsi indisioiden varassa.[84]

Kidutuksesta oikeudenkäynnin yhteydessä oli tällaisen tuomarin harkintavaltaa lisäävän järjestelmän vallitessa suhteellisen helppo luopua. Valistuskirjoittajien vaatimukset kidutuksen poistamisesta näyttivät sen vuoksi tuottavan nopeita tuloksia. Toisin oli laita brutaalien rangaistusten lieventämisen suhteen. Jotta valistuksen vaatimukset rangaistusten lieventämisestä oli mahdollista täyttää oli saatava aikaan

83. Saksassa kehiteltiin doktriini, jonka mukaan puoli näyttöä syytettyä vastaan johti eri tapauksissa erilaisiin toimiin, ja se omaksuttiin 1800-luvun alussa yleiseen saksalaiseen inkvisitioprosessiin ja kodifioituna saksalaisten valtioiden lakeihin, mm. Preussin rikoslakiin vuodelta 1805 ja Baijerin rikoslakikirjaan vuodelta 1813. Inger 1976, 16-17.

84. Mittermaier 1827, pykälä 186 ja Mittermaier 1809, pykälät 64-65.

tehokas poliisivoima, joka kykeni valvomaan ja ottamaan kiinni rikollisia sekä ehkäisemään rikollisuutta kiinnijoutumisen todennäköisyyden eikä vain rangaistuksen kauhistuttavuuden kautta. Tämä edellytti rikollisuuden kurissapitoon erikoistuneen kontrollikoneiston vahvistumista, mihin ancien régimen hallitukset eivät käytännössä kyenneet; vasta moderni Eurooppa sai aikaan tehokkaan poliisin ja vankilalaitoksen.

7.5. 'Poliisi' ja tuomarin vakaumus

Kaupunkipoliisin tehtävät laajenivat 1700-luvulla monissa Euroopan maissa. Englannissa tehokkaan ammattimaisen järjestyksenpitokoneiston perustamisesta kiisteltiin pitkään. 1700-luvun kuluessa julkisuudessa vaadittiin yhteiskunnan 'vaarallisten elementtien' tiukempaa valvontaa. Vuonna 1744 annettiin kiertolaisuutta koskeva asetus, jonka tavoite oli pikemminkin järjestyksen säilyttäminen kuin köyhien hädän lievittäminen. Lakia vaadittiin tiukennettavaksi jo joitakin vuosia myöhemmin.

Ammattimaisen poliisin puuttuminen luettiin niihin englantilaisen vapauden ilmentymiin, joista ei haluttu luopua, mutta kysymys oli myös toimivaltakiistoista ja rahoituksesta. 1700-luvun lopulla Lontoo oli metropoli, jossa aktiiviset tuomarit pyrkivät harjoittamaan tehokasta tuomiovaltaa pitääkseen kurissa ammattimaisten varasten, maantierosvojen ja prostituoitujen muodostamaa alamaailmaa. Järjestyksenpidosta suurkaupungin alueella vastasivat yövartijat, eri seurakuntien palkkaamat puoliammattimaiset järjestysmiehet ja yleensä ei-ammattimainen järjestyksenpitäjien joukko. Epäbyrokraattisen vapausihanteen yhdistyessä ankaraan rikosoikeuteen saattoivat ankarat rangaistukset kohdata rikoksentekijät hyvin sattumanvaraisella tavalla - esimerkiksi Henry Fieldingin käsityksen mukaan ammattirikollisia ei saatu kiinni tai ainakaan ei kyetty tuomitsemaan, koska näiden oli helppo tehdä toisilleen vastavuoroisia palveluksia todistamalla toistensa puolesta oikeudenkäynneissä. Vuoden 1815 poliisiuudistuksen jälkeen Lontoon poliisi ammatillistui. Vuoden 1829 Metropolitan Police Actin perusteella syntyi ammattimainen, palkattu ja univormuun puettu poliisikunta.[85]

Ammattimaisen poliisikunnan vastustaminen Englannissa perustui absolutistiselle valtiolle ominaisen poliisivallan ja -mielivallan pelkoon. Mannermaalla 'poliisi' ei juuri tuntenut rajoja. Esimerkiksi ancien régimen Ranskassa poliisin tehtäväksi tuli valvoa kaikkea, mitä tapahtuu. 1700-luvulla poliisilla ei yleensä tarkoitettu täsmällisesti virkakuntaa, jonka tehtävänä on ylläpitää julkista järjestystä, paljastaa ja pidättää rikollisia. Pikemminkin 'poliisilla' tarkoitettiin laajaa julkisen hallinnon aluetta, politiaa. Absoluuttisen valtion tärkeimmäksi tavoitteeksi ei esitetty kansalaisten vapautta, vaan alamaisten onni. 'Poliisilla' tarkoitettiin kaikenlaista politiikkaa, jota ruhtinas harjoitti alamaistensa hyvinvointia edistääkseen.[86]

1700-luvun alussa 'poliisin' toimintaan laskettiin Ranskassa uskonnon, moraalin, terveydenhoidon, ruokavarastojen, julkisen järjestyksen, maanteiden, jätehuollon, tieteen ja taiteen, kaupan, manufaktuureiden ja mekaanisten taitojen, palvelijoiden ja työntekijöiden sekä köyhien valvonta. Poliisi oli käsite, ei instituutio, ja kaikki valtion korporaatiot harjoittivat poliisitoimintaa.[87] 'Poliisi' tässä merkityksessä näyttäytyi 1700-luvun Pariisissa poliisimiesten läsnäolon lisäksi myös katuvalaistuksen ja -kiveyksen, markkinapaikkojen ja muiden kaupunkirakennelmien, tulipalojen ja tulvien estämiseen tarkoitettujen varokeinojen muodossa. Ranskan kaupungeissa oli useita instituutioita, joiden tehtävänä oli pitää järjestystä: kauppiaiden korporaatiot, parlement-tuomioistuimet, kaupunkineuvostot ja kaupunginvartijat.

Sen sijaan maaseudulla toimi vain vähäinen sotilaallisesti järjestetty poliisikunta. 1700-luvun Ranskassa pyrittiin eliminoimaan kerjäläisyys ja maankiertäjyys, kun toisaalta väestönkasvu, työttömyys ja liikenneyhteyksien paraneminen houkuttelivat ihmisiä liikkuvuuteen.[88] Ranskan maaseudun poliisivoiman, ns. maréchaussée-joukkojen, [89] tehtäväksi tuli valvoa järjestystä. Poliisin yhteydessä toimivat poliisi-

85. Osaksi järjestyksenpidon ongelma liittyi urbaanien 'massojen' kasvun ongelmaan. Mellakat vuoden 1780 Gordon-mellakoista vuoden 1831 äänioikeusmellakoihin tulkittiin porvarillisessa julkisuudessa 'roskajoukon' (mob) aikaansaannoksiksi. Sivustakatsojat tulkittiin väkijoukoksi (crowd). Massapsykologisen tulkinnan mukaan joukkotoiminta 'tarttuu', osoittaa massan 'regressoitumista', rikollisuutta ja vaikutealttiutta. Englannin vuoden 1829 poliisiasetuksen, vuoden 1832 vaaliuudistuksen ja vuoden 1834 köyhäinhoitolain konteksti oli juuri tällainen massamuotoinen toiminta. Harrison 1988, 302-319.

86. Hattenhauer 1992, 419.

87. Kaplan 1976, 12.

88. Cameron 1981, 191-207.

tuomioistuimet, prévôté, harjoittivat summaarista oikeudenkäyttöä.[90] Juuri poliisituomioistuimen oikeudenkäyttö oli valistusajattelun, Englannin poliisia vastustavan mielipiteen ja Ranskan vallankumouksen näkökulmasta hallinnollista tyranniaa. Poliisituomioistuimet saivat siviileihin kohdistuvan tuomiovaltansa vuoden 1670 ordonnanssilla, joka myös ankaroitti rikoksista määrättäviä rangaistuksia. Tämän ordonnanssin mukaan voitiin todistelun puuttuessa määrätä raha- tai ruumiinrangaistuksia, mutta ei kuolemanrangaistusta.[91]

Poliisituomioistuimessa oli käytössä tyypillinen inkvisitioprosessi, jonka tärkein osa oli kuulustelu. Syytetylle esitettiin kanne ja muuta informaatiota kuulustelun kuluessa, mutta hänelle ei välttämättä kerrottu, mistä rikoksesta häntä syytettiin. Käytännössä 1700-luvulla ei kuitenkaan ryhdytty question-menettelyyn - kidutukseen - edes näissä tuomioistuimissa joitakin harvoja rikostyyppejä lukuunottamatta, ja silloinkin vain, jos syytettyä vastaan oli suhteellisen paljon muita todisteita.[92] Siten oikeudenkäynnissä ei enää 1700-luvulla juuri käytetty kidutusta edes niitä väestöryhmiä vastaan, joita kohtaan hallinnolla oli vähiten tarvetta osoittaa hienotunteisuutta.

Oikeudenkäynnissä käytetty todistelumenettely oli muuttanut luonnettaan jo 1700-luvulle tultaessa siinä suhteessa, että tuomarin vakaumus syytetyn syyllisyydestä saattoi johtaa tämän rankaisemiseen, joskaan ei laissa määrättyyn ankaraan rangaistukseen. Eräs 1700-luvun juristi esitti, että tuomarit Ranskassa määräsivät raha- tai ruumiinrangaistuksen, kun todistelu läheni täyttä näyttöä, kun tuomarit olivat 'sisäisesti vakuuttuneita' syytetyn syyllisyydestä.[93] Jo 1500- ja 1600-luvuilla tuomarin harkintavallan rajoitukset todistelussa alkoivat syrjäytyä. Absoluuttisten valtioiden ammattituomarit käyttivät harkintavaltaa myös todisteita arvioidessaan, vaikka lait asettivat legaaliset säännöt todisteiden arvon mittaamiselle. Tällaista harkintavaltaa ei kuiten-

89. Marechaussée-joukoista muodostettiin joulukuussa 1790 kansallinen santarmikaarti, Gendarmerie Nationale. Santarmien määrää lisättiin huomattavasti seuraavana vuonna. Santarmijoukkojen tehtävä oli ylläpitää lakia ja järjestystä. Tehokas poliisivoima syntyi vasta silloin. Cameron 1981, 258-259.

90. Poliisituomioistuimissa syytettiin murroista, ryöstöistä, maantierosvouksesta, väärän rahan tekemisestä ja monista vähäisemmistä julkiseen järjestykseen kohdistuvista rikkomuksista. Näiden oikeuksien tuomiovalta kohdistui käytännössä köyhimpään väestönosaan. Cameron 1981, 133-154.

91. Langbein 1976, 51-52.

92. Cameron 1981, 133-154.

93. Langbein 1976, 52.

kaan jätetty maallikoille tai paikallista tavanomaista oikeutta käyttäville elimille. Se oli keskitetyn tuomiovallan asia.[94]

Kun rikosten selvittäminen osoitettiin poliisin tehtäväksi, voitiin *tuomioistuin vapauttaa rikostutkintaan liittyvistä tehtävistä*. Tämä teki mahdolliseksi rakentaa oikeudenkäynti myös rikosasiassa kahden asianosaisen - *syyttäjän ja syytetyn* tai vastaajan - väliseksi kamppailuksi, johon nähden tuomioistuin voi ottaa puolueettomuuden vaikutelmaa vahvistavaa etäisyyttä. Vasta 1800-luvun eurooppalaisissa kansallisvaltioissa tällainen tehtävänjako oli käytännössä mahdollinen. Se edellyttää laajaa virkakoneistoa ja ammatillista eriytymistä, joihin absoluuttiset valtiot eivät kyenneet keskittämään resursseja.

Modernilla tavalla eriytyneessä tuomioistuimessa tuomari edustaa oikeussysteemiä. Oikeussysteemiin nähden asianosaiset ovat oikeussubjekteja, oikeuksien ja velvollisuuksien kantajia. Ammattituomari kykenee lainopillisen doktriinin mukaan arvioimaan tällaisten oikeussubjektien välisiä suhteita objektiivisella ja lakiin sidotulla tavalla - subsumtioautomaattina. Toisaalta tuomarin on myös arvioitava, mikä asiassa on totta. Heikon keskusvallan alaisuudessa toimivat tuomioistuimet tyytyivät tässä suhteessa arvioimaan todistelua lakiin sidotulla ja läpinäkyvän objektiivisella tavalla. Rangaistus edellytti täyttä näyttöä, joka oli kaksi todistajaa tai syytetyn tunnustus - kummassakin tapauksessa kyseessä oli käytettävissä helposti kontrolloitava kriteeri. Valtion vahvistuessa sen tuomioistuimille - tai ammattituomareille - annettiin valta tuomita myös vähemmän objektiivisen ja näkyvän näytön perusteella. Tällainen subjektiiviseen harkintavaltaan perustuva todisteiden arvioiminen ei kuitenkaan antanut valtaa tuomita rangaistuksista peruuttamattomimpaan, kuolemanrangaistukseen.

7.6. Valistus ja tuomarin vakaumus

1800-luvun historiankirjoitus selitti siis todistusoikeuden muuttumisen syitä 1700-luvun rikosoikeudellista abolitionismia kannattavien valistuskirjailijoiden teosten perusteella. Kidutuksen poistamista vaativat kirjailijat eivät kuitenkaan kiinnittäneet huomiota siihen, että todistusoikeus oli jo muuttunut. Muuttunut käytäntö oli jo tehokkaasti

94. Langbein 1976, 55-57.

vähentänyt kidutuksen käyttöä, kun valistuksen kiistakirjoitukset vaativat sen poistamista. Toisaalta kidutusta oli voitu vähentää oikeudenkäynneissä ottamalla käyttöön sellaista absolutismille ominaista harkintavaltaa, jonka valistusajattelu tuomitsi mielivaltana.

Valistuskirjoittajat halusivat nimenomaisesti kieltää tuomarin harkintavallan *rangaistuksen määräämisessä*. Cesare Beccarialle laki on 'elävien alamaisten tahdon välittymistä suvereenin kautta; tuomarit eivät peri lakeja esi-isiltä vaan saavat ne yhteiskunnalta tai suvereenilta, joka edustaa yhteiskuntaa kaikkien tahtona'.[95] Beccaria käsittää lain modernilla tavalla positiiviseksi laiksi, jonka suvereeni antaa, ja hänelle on ilmeistä, että tällaisen lain legitiimi tulkki on suvereeni eikä tuomari. Rangaistuksen laajentaminen lain asettamien rajojen yli on lisärangaistus; 'tuomari ei voi millään virkainnon tai yhteisen hyvän tekosyyllä lisätä lainsäätäjän säätämää rangaistusta'.[96] Tässä suhteessa tuomioistuimen siten piti olla lakia soveltava automaatti.

Beccaria erottaa lain tulkinnan ja soveltamisen. Valta tulkita rikoslakia ei voi kuulua tuomarille, koska tuomarit eivät ole lain luojia. Suvereenin tehtävä on tulkita oikeutta. Beccarian mukaan ei ole mitään vaarallisempaa kuin väite, että tuomarin on otettava huomioon lain henki; näin päädytään riippuvaisiksi tuomarin hyvästä tai huonosta logiikasta tai hänen hyvästä tai huonosta ruuansulatuksestaan.[97] Epäselvä laki tuo mukanaan tulkinnan ongelman. Lakikirjan pitäisi kulua niin monissa käsissä kuin mahdollista; kirjapainotaidon avulla sitä voidaan levittää.

Lain tulkintaa ei siis Beccarian mukaan pitänyt jättää tuomarille; 'siellä missä laki on selvä ja määrätty on tuomarin tehtävänä vain vahvistaa tosiasiat. Todisteiden etsiminen voi vaatia taitoa ja tottumusta, näin saatujen tietojen esittäminen selvyyttä ja tarkkuutta'. Kuitenkin 'tuomion langettaminen sen perusteella ei vaadi muuta kuin yksinkertaista ja tavallista tervettä järkeä'.[98] Tuomarin harkintaan voitiin Beccarian mukaan turvallisesti jättää *todistusharkinta*. Tässä yhteydessä on kysymys *moraalisesta* varmuudesta. Moraalinen varmuus on vain todennäköisyyttä; varmuus jota ihmisen tuomitsemiseksi on vaadittava

95. Beccaria 1988, 63-64.
96. Mt., 62-63.
97. Mt., 64.
98. Mt., 88.

on samanlaista kuin se, minkä perusteella jokainen ihminen tekee päätöksiä omassa elämässään tärkeissä asioissa.[99]

Kun tuomarin keskeinen tehtävä on harkita todisteita, on mahdollista käyttää maallikkotuomareita. Terve järki riittää todisteiden harkinnassa. Beccarian mielestä sellainen laki olisi hyödyllinen, 'että jokaisen on tultava vertaistensa tuomitsemaksi; sillä kun on kyse kansalaisen vapaudesta ja kohtalosta, on eriarvoisuudesta syntyvien tunteiden vaiettava'. Tuomareina olisi oltava 'puoliksi syytetyn, puoliksi loukatun säätyveljiä'. Syytetyn pitäisi myös voida joissakin rajoissa jäävätä tuomareita.[100] Tämä kaikki viittaa jury-tuomioistuimeen.

Todistajien uskottavuutta ja sallittujen todisteiden luonnetta oli tosin Beccarian mielestä laissa tiukasti säänneltävä. Sinänsä todistajaksi kelpaavat kaikki; jokainen 'järkevä ihminen, ts. jokainen, jonka oletuksilla on tietty keskinäinen yhteys ja jonka oletukset ovat yhtäläiset muiden ihmisten oletusten kanssa, voi olla todistaja'. On esimerkiksi perusteetonta kieltää naisia todistamasta. Sen sijaan todistajien uskottavuuden 'todellinen mittapuu on intressi, joka hänellä on puhua totta tai ei'. Uskottavuuteen vaikuttaa viha, ystävyys tai läheinen suhde todistajan ja syytetyn välillä. Yhteisön jäsenen uskottavuus todistajana liittyy myös siihen, että hän sellaisena edustaa paitsi omia myös yhteisönsä intohimoja.[101]

John E. *Langbein* pitää Beccarian ja Voltairen todistelua koskevia käsityksiä sekavina ja ihmettelee, miten Beccaria voi vaatia toisaalta laintulkinnan kieltämistä tuomarilta ja toisaalta jurylle sallittavaa vapaata todisteiden harkintaa sekä yhtäältä pitäytymistä tiettyihin legaalisen todistelun muotoihin. Oman käsitykseni mukaan juuri tässä näkyy modernille prosessille ominainen oikeudenkäynnin subjektirakenteen hajoaminen oikeussubjektiuteen, joka perustuu yleiseen lakiin ja josta johtuvat oikeudelliset seuraamukset tuomari kykenee loogisesti päättelemään, sekä empiirisiin subjekteihin, joita ei arvioida oikeudellisen tai loogisen päättelyn avulla. Kyky arvioida todisteita perustuu 'jokaisen järkevän ihmisen' subjektin rakenteellisiin ominaisuuksiin, kykyyn tehdä esitettyjen todisteiden perusteella samat päätelmät. Moraalinen varmuus todisteiden riittävyydestä perustuu terveeseen eikä tieteelliseen järkeen: 'Onnellisia ne kansat, joiden lait eivät ole tiedettä'.[102]

99. Mt., 86-87.
100. Mt., 87-89.
101. Mt., 84-85.

Oikeudenkäynnin ja todistelun on oltava julkista, jotta julkinen mielipide voi hallita väkivaltaa ja intohimoja; julkinen mielipide on Beccarialle 'ehkä yhteiskunnan ainoa koossa pitävä voima'.[103]

Vaikka Beccaria luottaa terveeseen järkeen todisteiden arvioimisessa, hän ei kuitenkaan halua luopua tietyistä legaalisen todistelun perusperiaatteista. Hän katsoo, että yksi todistaja ei riitä langettavaan tuomioon. Tämä johtuu in dubio pro reo-periaatteesta. Jos 'yksi (todistaja, K.N.) väittää ja toinen (syytetty, K.N.) kieltää ei ole mitään varmuutta ja jokaisella on oikeus tulla oletetuksi viattomaksi'.[104] Beccaria haluaa rajata todistajan kelpoisuutta vain tietyssä suhteessa. Legaalisen todistelun säännöt pyrkivät rajoittamaan todistajaksi kelpaamattomat erilaisin todistajan säätyyn, statukseen, sukupuoleen ja pysyviin ominaisuuksiin liittyvillä perusteilla. Beccaria korostaa todistajanjäävejä, jotka liittyvät todistajan ja syytetyn suhteeseen ja siihen, onko todistajalla intressi asiassa. Tavoitteena on kansalaisten yleinen kelpoisuus todistaa; todistajanjäävien tehtävänä on estää partikulaaristen, käsiteltävään asiaan liittyvien intressien ja intohimojen vaikutus.

Langbeinin mukaan Beccaria 'ei ymmärtänyt yhteensovittamatonta ristiriitaa objektiivisten ja subjektiivisten todistelun arvioimisperusteiden välillä' vaan kritikoi molempia ja samalla hyväksyi ne molemmat.[105] Oikeudenkäyntikidutuksen vastustajat Thomasius, Montesquieu ja Beccaria viittasivat kaikki Englannin esimerkkiin, Beccaria lisäksi Ruotsin ja Preussin käytäntöön, joissa kidutusta ei tarvittu. Abolitionistit eivät kuitenkaan Langbeinin mukaan tienneet, miksi näin oli. Prosessioikeuden erot eivät olleet heille selviä. Prosessioikeus oli Langbeinin mukaan jo ratkaissut kidutuksen ongelman ottamalla käyttöön harkinnanvaraiset ylimääräiset rangaistukset. Toisaalta kidutuksen vastustajat vastustivat juuri harkinnanvaraisia rangaistuksia ja yleensä tuomarin harkintavaltaa absolutismiin liittyvinä tuomittavina käytäntöinä. Absolutismin tuomiovallan käyttöön rakentuva ratkaisu ei sen vuoksi ollut Beccarian näkökulmasta mahdollinen.

Muutos oikeudenkäyntiä koskevassa ajattelutavassa ilmenee selvästi Ranskan suuren vallankumouksen yhteydessä. Vallankumous asetti säädetyn oikeuden aikaisempien tuomareiden tulkitsemien pai-

102. Mt., 88.
103. Mt., 89.
104. Mt., 85.
105. Langbein 1978, 68.

kallisten oikeustapojen sijaan.[106] Absolutismi oli pyrkinyt pitämään tuomiovallan omana omaisuutenaan ja nimittämään tuomareita mielensä mukaan. Ancien régimen aikainen tuomareiden riippumattomuus hallitsijasta oli perustunut lähinnä siihen, että he olivat ostaneet virkansa yksityisomaisuuden tapaan. Vallankumouksellinen lakia säätävä kansalliskokous pyrki pääsemään eroon tällaisesta tuomarikunnasta - se lakkautti 1789 virkojen myymisen ja otti 1790 käyttöön tuomarien valitsemisen vaaleilla.[107] Samalla tuomarilta kiellettiin oikeus tulkita lakia, otettiin käyttöön englantilaisen oikeuden mukainen jurylaitos ja sille annettiin oikeus arvioida vapaasti todisteiden arvo.

7.7. Asianosaisen vala rikosprosessissa

Legaalinen todistusteoria korostaa todistajien todistelua ja asianosaisen tunnustusta. Kuitenkin myös asianosaisia voitiin tietyissä rajoissa kuulla valallisesti. Vanhan germaanisen oikeuden mukainen asianosaisen vala annettiin valanvahvistajien kanssa. Kanoninen oikeus kielsi jumalantuomiot, purgatoria vulgaris, hyväksyi puhdistusvalan, purgatoria canonica.[108] Tämän kanonisen oikeuden mukaisen valan esikuva oli peräisin Mooseksen laista. Saksalaisen oikeushistoriallisen doktriinin mukaan tämä kanoninen valamenettely sulautui germaaniseen valaprosessiin. Kumpikin vala annettiin valanvahvistajien kera.[109] Kun kanoninen rikosprosessi muuttui 1100-luvulla inkvisitoriseksi, vala sai merkitystä tapana pakottaa esiin syytetyn tunnustus. Tällaisessa käytössä valaan liittynyt valanvahvistajainstituutio jäi sivuun. Jäljelle jäi asianosaisen vala. Tässä muodossa valamenettely muodostui osaksi legaalista todistelua.

Legaalisen todistelun sääntöjen mukaan asianosaisia ei voinut kuulla todistajina. Tuomarilla ei pitänyt olla valtaa harkita todistajan uskottavuutta, eikä asianosaisen käyttäminen todistajana sovellu tällaiseen järjestelmään. Tuomarin avoimesti harjoittaman harkinnan on-

106. Ranskassa parlement-tuomioistuimet tosin olivat keskuvallan tuomioistuimia, mutta ranskalainen absolutismi ei toteuttanut keskitettyä oikeusjärjestystä. Parlement-tuomioistuimet sovelsivat kunkin alueen tavanomaisen oikeuden kodifioitua oikeutta.

107. van Caenagem 1987, 140.

108. Lindblad 1842, 20 alav. 1.

109. Afzelius 1879, 33.

gelma voidaan välttää, kun vain toisen asianosaisen sallitaan vahvistaa valalla esittämänsä tiedot. Tähän periaatteeseen legaalisen todistelun valaa koskevat määräykset perustuivatkin. Legaalisen todistusteorian mukaan asianosaisen valaa voitiin käyttää ennen kaikkea ns. puhdistusvalana. Vanhan germaanisen prosessin mukaan valan vannominen oli oikeus; vastaaja päästettiin valalle. Vastaajalla oli kuitenkin hyötyä tästä oikeudestaan vain, jos hän kykeni hankkimaan taakseen riittävän määrän valanvahvistajia. Legaalisen todistelun ja inkvisitioprosessin vallitessa puhdistusvala ei enää ollut samassa mielessä vastaajan etu kuin germaanisessa prosessissa. Puhdistusvalalle (latinaksi purgatio infamiae, saksaksi Reiningungseid tai Schiedseid) vaadittiin syytetty, jota vastaan ei kyetty esittämään kidutuksen edellyttämää määrää näyttöä. Puhdistuakseen syytteestä vastaaja voi vannoa puhdistusvalan, joka käsitettiin lievemmäksi kidutuksen muodoksi. Sitä voitiin käyttää silloin, kun ruumiillinen kidutus ei tullut kysymykseen.[110] Puhdistusvala tunnettiinkin 'henkisenä kidutuksena', tortura spiritualis.[111]

Vapaa todisteiden harkinta johtaa siihen, että tarve käyttää asianosaisen valaa vähenee tai loppuu kokonaan. Moderneissa prosessijärjestelmissä asianosaista voidaan yleensä kuulla, mutta todistajan kuulemisen tapaan. Esimerkiksi angloamerikkalaisessa järjestelmässä asianosainen voi muodollisestikin esiintyä todistajana. Tämä on suhteellisen myöhäinen prosessioikeuden piirre. Esimerkiksi Englannissa asianosaisen kuuleminen todistajana sallittiin vasta vuoden 1898 todistelua koskevalla lailla.[112] Useimmiten asianosaisen kuuleminen erotetaan muodollisesti todistajien kuulemisesta, mutta asiallisesti sen muoto ja merkitys on modernissa prosessioikeudellisessa järjestelmässä sama kuin todistajan kuulemisen. Kummassakin tapauksessa tuomioistuin voi harkita todistuksen merkityksen. Asianosaisen kuuleminen merkitsee viime kädessä sitä, että tuomioistuin käyttää hyvin laajaa harkintavaltaa. Tuomioistuin voi esiintyä puolueettomana asian ratkaisijana ja ratkaista asian toisin kuin mihin asianosaisten ja todistajien väitteet ja kertomukset antaisivat aihetta legaalisen todistusteorian vallitessa. Asianosaisen vala on menettänyt merkityksensä siinä mielessä, että se olisi ratkaiseva asian lopputuloksen kannalta.

110. Afzelius 1879, 34.
111. Afzelius 1879, 37.
112. Vuoden 1898 Evidence Act salli syytetyn todistaa oikeudenkäynnissä, Dicey 1962, 206.

7.8. Jury ja moderni prosessi Keski-Euroopassa

Beccaria esittää todistelun suhteen ihanteelliseksi oikeudenkäyntimenettelyn, joka muistuttaa Englannissa käytössä ollutta jury-järjestelmää. Valistusajattelijat viittasivat oikeudenkäyntireformin esikuvana aluksi etenkin Englannin järjestelmään, mutta sittemmin myös Ruotsin ja Preussin esimerkkeihin osoittaakseen, että oikeudenkäynti voidaan järjestää ilman kidutusta, eikä pelotusvaikutuksen häviäminen silti johda yhteiskunnalliseen kaaokseen. Myös valistuksen tarjoama ja sittemmin modernin oikeudenkäyntimenettelyn keskeiseksi tunnukseksi noussut vapaa todisteiden harkitseminen pyrittiin oikeuttamaan vetoamalla Englannissa käytössä olleeseen todisteiden arvioimisen tapaan.

Englannin esimerkki oli mannermaiselle valistukselle yleensäkin tärkeä. Englanti oli esimerkki siitä, miten absolutismin kukistaminen johtaa vapauteen, edistykseen ja vaurauteen; Englanti oli mannermaan valistuneille 'kansakunta, jonka tieteiden maine, kaupan ja rikkauden ylivoimaisuus ja niitä vastaava valta sekä esimerkit hyveestä ja rohkeudesta eivät salli epäillä sen lakien erinomaisuutta'.[113] Myös 1700-luvun englantilaisessa ja yhdysvaltalaisessa poliittisessa retoriikassa jury on kansalaisvapauksien turva, 'bullwark of freedom' tai 'palladium of liberty'. Koska jury oli valistusajattelun oikeudenkäyttöä koskevissa reformiehdotuksissa niin tärkeällä sijalla, Euroopassa syntyi valamieslaitosta koskeva laaja kirjallisuus. *Montesquieu* oletti englantilaisen juryn olevan alun perin frankkilaiselle Gallialle ominainen laitos, jonka normannit veivät mukanaan Englantiin.[114] Keskeinen ero mannermaisen ja englantilaisen oikeuden välillä nähtiin siinä, että englantilainen tuomioistuin käsitti kansalaisyhteiskuntaa edustavan maallikkoelementin. Kansan osallistumista oikeudenkäyttöön pidettiin juryn olemuksellisena ytimenä.

Ranskassa jurylaitos otettiin käyttöön välittömän poliittisista syistä. Kansalliskokoukselle tehtiin 31 maaliskuuta 1790 esitys valamiesoi-

113. Beccaria 1988, 97.
114. Montesquieu 1990, 113.

keuden käyttöönotosta. Jury esiteltiin kansalliskokoukselle yleisgermaanisena laitoksena, joka varmistaa kansan osallistumisen oikeudenkäyttöön. Vuosina 1791 ja 1796 annetut lait antoivat juryn tehtäväksi arvioida syytetyn syyllisyyttä. Juryn tuli lausua sekä siitä, mitä rikosoikeudessa on sittemmin kuvattu 'teon objektiiviseksi puoleksi' että tekijän intentionaalisuudesta. Porvarillisen vallankumouksen yhteydessä kelpoisuus päästä juryn jäseneksi ulotettiin huomattavasti laajemmalle kuin Englannissa, ja juryn jäsenet valittiin arpomalla - Englannissa sheriffi laati jurylistan. Restauraation aikana valamiesten kelpoisuusehtoja tiukennettiin.[115] Ranskalainen jury noudatti itsenäisempää harkintaa kuin englantilainen esikuvansa; Englannissa juryn jäsenet saivat 1800-luvulla tuomarilta tarkan ohjeen siitä, miten sen tuli oikeudellisesti arvioida todistelua common law-oikeuden sisältämien todistelusääntöjen mukaan. Sen sijaan Ranskassa hylättiin legaalisen todistelun säännöt joitakin harvoja lukuun ottamatta.[116]

Juryjärjestelmän omaksuminen Ranskan suuren vallankumouksen yhteydessä palveli kaksinaista tavoitetta: totuuden selvittäminen oli uskottavaa vain, jos se kyettiin kytkemään intersubjektiiviseen toden tunnistamiseen. Tuomarin subjektiivinen vakaumus oli perustettava läsnäolevan, välittömästi havainnoitavan todistajien ja asianosaisten, etenkin syytetyn, subjektiviteetin ilmentymiin - eräänlaiseen subjektiiviseen totuuden emanaatioon, jonka läsnäolijat kykenivät tulkitsemaan oikein. Tällaista totuuden tunnistamisen tehtävää ei voinut uskoa ammattituomarille, jolle se tarjoaisi mahdollisuuden mielivaltaan. Tuomarin vakaumus käsiteltävän asian tosiasioista ei voi syntyä lain sisältämien mekaanisten todistelusääntöjen perusteella, vaan vakaumus voi syntyä vain läsnäolevan todistajan ja muun todistusaineiston empiirisen tarkastelun välittömän vaikutuksen perusteella. Ainoa tapa tehdä tällaisesta vakaumuksesta poliittisesti vastuullista oli pyrkiä takaamaan tuomarin havaintoja tekevän subjektin sekä asianosaisten ja todistajien empiiristen subjektien vastaavuus. Tämä voitiin tehdä antamalla tosiasioiden arvioiminen kansalaisyhteiskunnan keskivertojäsenille.

---

115. Varsinkin vuonna 1832 annetulla lailla muutettiin juryn asettamisen sääntöjä. Sen mukaan prefektin tuli laatia jurylistat. Mittermaier 1845, 48.

116. Mittermaier 1845, 27, 49-52; Lindblad 1842. Vaikka ranskalainen todistelua koskeva lainsäädäntö luopui legaalisista säännöistä todisteiden todistusvoiman arvioimisessa, jäi kuitenkin jäljelle mm. joidenkin viranomaisten lausumien ja asiakirjojen muodollinen todistusvoima ja säännöt laillisista presumtioista.

Valitun tuomarin tehtäväksi voitiin sen sijaan jättää oikeusnormin soveltaminen. Legalismille perinteisesti ominaisen kaavan mukaisesti tuomitseminen voitiin esittää syllogismiksi, jossa ylälause, normi on suoraan sovitettavissa faktoihin, jolloin tuomio seuraa itsestään selvästi. Kuitenkin normin ja faktan väliin valistuksen ajattelussa - tavalla, jonka Immanuel *Kantin* filosofia tuo hyvin näkyviin - asettuu katkos tai kuilu. Kant muotoilee tämän katkoksen ihmisen kahtalaisuudeksi, ihmiseksi kahden valtakunnan asukkaana. Ranskan suuren vallankumouksen oikeudenkäytön käytännössä tämä kuilu ilmenee välttämättömyytenä antaa normin soveltaminen ja faktojen tutkiminen eri tahoille: normi edustaa poliittista, valtiollista valtaa ja sen soveltaminen on siten uskottava valitulle tuomarille. Totuuden selvittäminen perustuu empiiristen ihmisten kykyyn arvioida toistensa motiiveita, toimintatapaa, puhetta - empiiristä subjektia. Tämä tehtävä kuuluu kansalaisyhteiskunnalle tai sen piiristä sattumanvaraisesti poimituille keskivertokansalaisille. Koska empiirinen todistelu on välttämättä suullista ja välitöntä, heitä ei voi arvioida toiseen kertaan ylemmässä tuomioistuimessa. Sen vuoksi juryn ratkaisu on lopullinen.

Porvarillinen vallankumous katsoi voivansa sallia tuomarin soveltaa normia tuomarin vakaumuksen mukaisiin faktoihin vain sillä edellytyksellä, että tuomari kahdennettiin normin ja faktan, oikeussubjektin ja empiirisen subjektin lausumien arvioimisen edellyttämien kykyjen eroa kuvastavalla tavalla. Legaalisen todistelun katsottiin johtavan usein siihen, että tuomari joutuu vapauttamaan syytettyjä, joiden syyllisyydestä hän henkilökohtaisesti on vakuuttunut. Kansalaisten vapautta ei toisaalta voi taata järjestelmässä, joka antaa tuomarille vapauden harkita todistelua. Niinpä tämä vapaus oli annettava valamiehille.

Ranskassa rikosprosessilaki[117] käsittikin nimenomaisen määräyksen siitä, että valamiesten tuli arvioida todisteita vakaumuksensa mukaisesti. Laki ei määrää valamiehiä noudattamaan tiettyjä todistelun sääntöjä sen suhteen, mikä on riittävä todistelu. Laki määrää valamiehen tutkimaan hiljaisuudessa omaatuntoaan sen suhteen, minkä vaikutuksen syytettyä vastaan ja hänen puolestaan esitetyt todisteet ovat tehneet vilpittömän omantunnon ohjaamaan valamiehen järkeen. Oi-

117. Code d'instruction criminelle 1808, art. 342.

keus kysyy vain yhden kysymyksen: onko valamiehellä sisäinen vakaumus.[118]

Valamiesoikeudet muodostivat Euroopassa eräänlaisen Napoleonin sotajoukkojen jälkijoukon. Rikosprosessin suullisuuden, syyttämismenettelyn ja valamieslaitoksen katsottiin yleisesti kuuluvan yhteen. Valamiesoikeus omaksuttiin monin paikoin ja hylättiin taas restauraation yhteydessä. Itävallan rikosprosessia koskevassa laissa vuodelta 1803 omaksuttiin jonkinlainen välittävä kanta legaalisen ja vapaan todistelun suhteen. Yleensä täydeksi näytöksi katsottiin edelleen legaalisen todistusteorian mukaiset kaksi todistajaa, mutta tuomari ei kuitenkaan saanut tuomita kahden todistajan lausumien mukaan, jos hän tuomitsisi vastoin omaa vakaumustaan. Preussin lainsäädäntöön omaksutut todistelusäännöt olivat ehdottomammin legaalisen todistusteorian kannalla. Tuomarin oli Preussin lain mukaan ehdottomasti tuomittava kahden todistajan todistusten mukaan. Baijerin laissa vuodelta 1813 määrättiin myös tuomari ehdottomasti antamaan laissa säädettyjen todisteiden perusteella langettava tai vapauttava tuomio oman vakaumuksensa vastaisestikin.

Hollannissa vuoden 1830 rikoslaki antoi ammattituomareiden tehtäväksi tuomita todistelun uskottavuus subjektiivisen vakaumuksensa mukaan ilman mitään todistelusääntöjä. Preussissa vastaava ehdotus sai osakseen kritiikkiä. Baijerin vuonna 1831 valtiopäiville jätetty rikosprosessiehdotus esitti rikostuomioistuimen kokoonpanon eriyttämistä tosiasioita tutkiviin ja oikeudellisen ratkaisun tekeviin tuomareihin. Edelliset, ns. Richter der That olisivat tuominneet omantuntonsa ja sisäisen vakaumuksensa mukaan. Ehdotuksen 168 artiklan mukaan tuomarit ovat todisteita harkitessaan sidoksissa omaantuntoonsa ja vakaumukseensa, 'an ihr Gewissen und ihre Überzeugung gebunden'. Kuitenkin vaadittiin eräänlainen legaalisen todistusteorian mukaista 'täyttä näyttöä' vähäisempi näytön minimimäärä. Lähes koko Euroopassa oli kuitenkin jo 1800-luvun puoliväliin mennessä omaksuttu suullinen prosessi, joka rakentui rikostutkinnan ja oikeuskäsittelyn eroon,

118. 'La loi...ne leur préscrit point de régles desquelles ils doivent faire particulierement dépendre la plenitude et la suffisance d'une preuve'... 'elle (la loi, KN) leur préscrit de s'interroger eux-mémes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincerité de leur conscience, quelle impression out faites sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense'...'elle (la loi, KN) ne leur fait que cette seule question...Avez-vous nue intime conviction'. Sit. Lindblad 1842, 43-44.

syyttäjän ja tuomarin tehtävien eriytymiseen ja usein käsitti myös jurylaitoksen.[119]

Saksassa suhtautumista valamiesoikeuteen monimutkaisti se, että valamiesoikeus oli otettu käyttöön Ranskan valloitusten yhteydessä. Yleensä valamieslaitoksen käyttöönottoa suosivat liberalismin kannattajat. Juristien keskuudessa juryyn suhtauduttiin ehkä kielteisemmin kuin porvariston keskuudessa muuten. Esimerkiksi Anselm von *Feuerbach* vastusti juryn käyttämistä sillä perusteella, että jury on poliittisesti arvokas laitos, mutta juridisesti vähämerkityksinen.[120] Vuonna 1819 hän esitti, että perustuslaillisissa valtioissa, joissa lakiasäätävää valtaa käyttää kansa yhdessä hallitsijan kanssa on jurytuomioistuin valtiosäännön peruskivi, jonka kautta vapaus säilyy. von Feuerbach on kuitenkin tässäkin kirjoituksessa sitä mieltä, että despoottisesti hallitussa valtiossa jurytuomioistuimet ovat vain mielivaltaisen valtiovallan työkaluja.[121]

Saksassa todistelua ja oikeudenkäytössä selvitettävän totuuden luonnetta ja sen selvittämisen keinoja koskevista kysymyksistä tuli korostuneen poliittisia. Prosessin julkisuuden ja suullisuuden puolustajia pidettiin 1800-luvun alussa ranskalaismielisinä, mutta etenkin vuoden 1832 jälkeisten poliittisten oikeudenkäyntien yhteydessä myös tuomarit alkoivat vaatia oikeudenkäytön suullisuutta ja julkisuutta.[122] Niillä saksalaisilla alueilla, joilla voimassa oleva rikoslaki oli CCC tuomittiin lain selvän sanamuodon[123] vastaisesti indisioiden perusteella. Aikalaiset arvostelivat salaista ja kirjallista prosessia erikoisesti silloin, kun tuomioistuin harjoitti lain nimenomaisesti kieltämää harkintavaltaa.[124]

Saksalaisen 1700-luvun lopun ja 1800-luvun alun kirjallisuus ei päässyt lähellekään yksimielisyyttä sen suhteen, miten totuus oikeudenkäytössä on selvitettävä. Todistelua koskeva saksankielinen kirjal-

---

119. Ranskalaisen rikosprosessin esikuvan mukaisen prosessin kehityksestä 1800-luvun alkupuolen Euroopassa ks. Mittermaier 1845 Belgian osalta 61-66, Alankomaiden 67-70, Kreikan 71-73, Portugalin 75-78. Esimerkiksi Portugalissa omaksuttiin valamieslaitos, samoin Genevessä vuonna 1844. Italiassa rikosprosessi muuttui julkiseksi ja suulliseksi, mt. 103-104.

120. von Feuerbach 1813.

121. von Feuerbach 1833, 237. Alun perin tämä jurylaitosta koskeva kirjoitus ilmestyi der Rheinische Mercur-lehdessä vuonna 1819.

122. Mittermaier 1845, 2-5.

123. CCC:n pykälä 22 kieltää tuomion 'keinotekoisen todisteen', ts. indision perusteella. CCC tunnustaa langettaviksi todisteiksi vain tunnustuksen ja todistajaintodistelun.

124. Mittermaier 1845, 9.

lisuus oli runsas; saksaksi käännettiin vieraskielistä kirjallisuutta ja tunnetuimmat oikeusoppineet ottivat kantaa todisteluun, todistelun historiaan ja kysymykseen valamiesoikeuden omaksumisesta saksalaisen oikeudenkäytön osaksi.[125] Erimielisyyttä vallitsi siitä, mitä todisteita ylipäänsä on sallittava ja mitä erikoisesti rikos- ja siviiliprosessissa, oliko todisteiden harkinta uskottava ammattituomareille vai valamiehille ja missä määrin todistelun arvioimista oli säänneltävä. Reinin-maakunnissa käyttöön otettu ranskalainen rikosprosessi toi saksalaisten tuomarien tietoon ranskalaisen rikosprosessin elementtiä, jotka erosivat saksalaisesta: julkisuuden, suullisuuden ja juryn. Sekä juristit että maallikot kirjoittivat näistä teemoista. Monet juristit kannattivat suullista prosessia, mutta eivät välttämättä oikeudenkäynnin julkisuutta ja varsinkaan valamieslaitosta. Käsitykseni mukaan näin on siksi, että saksalaiset juristit olivat taipuvaisia omaksumaan todistelua koskevat epistemologiset lähtökohdat. Sen sijaan he eivät halunneet omaksua sellaista tuomioistuimien rakennetta, joka antaisi päätösvaltaa kansalaisyhteiskuntaa ja maallikkovaltaa edustavalle jurylle.

Esimerkiksi G. Fr. W. *Hegel* kuvaa oikeusfilosofiassaan oikeudenkäyttöä tavalla, joka asettaa normin soveltamisen ja totuuden selvittämisen aivan eri asemaan. Hegelin mukaan tapauksen 'välittömän yksilöllisyyden' tunnistaminen ja näin tunnistetun tapauksen subsumoiminen lain alaisuuteen ovat kokonaan eri asioita. Tapauksen tunnistaminen ei itse asiassa sisällä oikeudenkäyttöä. Tapauksen tunnistaminen käsittää tietoa, joka on *jokaisen sivistyneen ihmisen* saatavilla. Kun kysymys on vain aistimellisen havainnon (sinnlicher Anschauung) ja subjektiivisen varmuuden (subjektiver Gewissheit) kohteena olevista yksityiskohdista, olosuhteista ja esineistä, ei näille ole absoluuttista objektiivista määritystä, vaan niiden tunnistaminen on viime kädessä *subjektiivisen vakaumuksen* ja omantunnon asia.

Hegel huomauttaa, että oikeudenkäynnin todistelu eroaa tässä suhteessa muunlaisesta todistamisesta ja edellyttää toisenlaisia metodeita kuin geometriset metodit. *Tosiasian* empiirisen sisällön suhteen tunnistettava aines on annettuna aistimellisen havainnon ja subjektiivisen varmuuden kautta. Kun tällaista ainesta pyritään objektiivisesti määrittämään *puoleksi näytöksi* joka johtaa *ylimääräisiin rangaistuksiin* on kysymys aivan erilaisesta totuuden määrittymisestä kuin silloin,

125. Mittermaier 1845, 13 luettelee suuren määrän rikosprosessin reformiin liittyvää saksalaista kirjallisuutta 1800-luvun alusta.

kun aines on jo ennalta abstraktisti määrittynyt kuten geometrian lauseet. Hegel näyttää siten torjuvan sen puoliksi tuomarin vakaumukseen, puoliksi kiinteisiin sääntöihin perustuvan totuuden selvittämisen ja vahvistamisen tavan, joka oli ominainen absolutismin ajan tuomioistuimille. Hegel katsoo, että empiirisen totuuden tunnistamisen metodi on keskeinen kysymys siinä, onko juridisen tuomioistuimen annettava tuomio sekä tosiseikkojen että oikeuskysymyksen suhteen.[126]

Kun tuomari soveltaa normia subsumoimalla kvalifioidun tapauksen lain alaisuuteen, niin asianosaista (asianosaisen oikeutta tämän tietoisuutena itsestään, kuten Hegel asian ilmaisee) turvaa lain julkisuus; se, että asianosainen tuntee lain ja että oikeudenkäynti on julkinen. Sen sijaan asian ratkaisemisen erityisen, subjektiivisen sisällön suhteen asianosaisen mahdollisuus pitää sovellettavaa oikeutta häntä oikeutetusti koskevana oikeutena perustuu asian ratkaisijan subjektiviteettiin kohdistuvaan luottamukseen. Luottamus ratkaisijan subjektiviteettiin perustuu asianosaisen yhtäläisyyteen tämän kanssa: asianosaisen ja asian ratkaisijan sääty-yhtäläisyyteen ja sen tapaiseen.

Hegelille oikeudenkäytön subjektiivisen vapauden momentti, asianosaisen tietoisuus siitä, että on kyse hänen oikeudestaan, voi tiettynä historiallisena ajankohtana nousta keskustelussa esiin kysymyksenä virallisen oikeudenkäytön ja valamiesoikeuden käyttämisestä. Hegelin mielestä näiden instituutioiden hyödyllisyys voidaan määritellä vain tämän subjektiivisen vapauden momentin kautta; kysymyksenä siitä, onko mahdollista säilyttää oikeus asianosaisen tietoisuutena itsestään juuri sen kautta, että asianosainen luottaa tuomarin subjektiviteettiin tai oikeammin vastaavuuteen tuomarin ja oman subjektiviteettinsa kesken. Hegelin mukaan voidaan kiistellä tässä suhteessa järjestelmien eduista ja haitoista, mutta nämä ongelmat ovat sekundaarisia. Hegel katsoo, että juristien muodostamat viranomaiselimet voivat itsessään käyttää oikeutta vieläpä paremmin kuin valamiesoikeus, mutta tästä ei voida keskustella yleisesti. Aina on kysymys siitä, että oikeuden on oltava itsestään tietoista.[127] Asianosaisen on luotettava siihen tapaan, jolla tuomari hahmottaa tosiasiat.

Valamiesoikeuden käyttöönottamisen puolesta puhuvat poliitikot ja tutkijat asettivat etusijalle käsityksen, jonka mukaan tämän instituution alkuperä oli kansanomainen. Jurylaitoksen puoltajat ankkuroivat

126. Hegel 1972, pykälä 227, 198-199.
127. mt., pykälä 228, 200.

tämän instituution alkuperän yhteisöllisyyteen tai 1700- ja 1800-luvun perspektiivistä kansalaisyhteiskuntaan. Ne, jotka vastustivat juryjärjestelmän käyttöönottoa olivat taipuvaisia yhdistämään sen historiallisen alkuperän vahvistuvaan valtioon, eivätkä pohjoismaiseen tai yleisgermaaniseen 'vapaiden kansalaisten' oikeusyhteisöllisyyteen. Kun valamiesjärjestelmän historiallinen tausta palautettiin valtion vahvistumiseen, sen hyödyllisyys tai funktio voitiin yhdistää 'materiaalisen totuuden' selvittämiseen. Ammattituomarin totuuden selvittämiseen liittyvien valtuuksien lisäämisellä voitiin tästä näkökulmasta saavuttaa sama tulos kuin jury-laitoksenkin avulla. 1800-luvun alun saksalaiset kirjoittajat korostivat ranskalaisen prosessijärjestyksen inkvisitorisia tai julkisesta ohjautuvia piirteitä. Esimerkiksi Puchta selitti, että oikeudenkäytön aina täytyy olla enemmän tai vähemmän inkvisitorista.[128] Julkisuus ja suullisuus nähtiin lähinnä tämän inkvisitorisuuden välttämättömäksi seuraukseksi.[129] Myös monet liberaalit ja uudistusmieliset juristit kannattivat ammattituomarin vallan lisäämistä todisteiden arvioimisessa, mutta eivät valamieslaitosta.

Esimerkiksi C. J.A. *Mittermaier* katsoi, että valamieslaitos on arvokas vain, jos sen jäsenet ovat riittävän valistuneita. Juryn kokoonpanoa koskevilla säännöillä juryn jäsenyyttä on rajoitettava niin, että vain porvarillisen yhteiskunnan hyvästä kiinnostuneet henkilöt pääsevät valamiehiksi. Tämä edellyttää myös kansakunnan itsenäisyyttä ja poliittista valistuneisuutta, niin että riippumattomia ja sivistyneitä juryn jäseniä on saatavilla.[130] Laajoissa oikeusvertailevissa esityksissään Mittermaier korosti englantilaisen, yhdysvaltalaisen ja ranskalaisen jurylaitoksen eroja. Hän esitti englantilaisen valamiesprosessin hyvin myönteisessä valossa, mutta suhtautui varautuneemmin Yhdysvalloissa ja Ranskassa käytettyyn prosessiin.[131]

Mittermaierin mukaan oli mahdollista luopua sitovan näytön matemaattisesta määrittelystä ilman valamieslaitoksen käyttöön ottamistakin. *Menochiuksen* ja *Mascarduksen* suosima todisteiden matemaattinen määrittely ei voi tuottaa tuomarille vakaumusta. Suullinen menettely sekä syytetyn ja todistajien henkilökohtainen esiintyminen, 'die Individualität des Angeklagten', antavat perustan tuomarin vakau-

128. Mittermaier 1845, 17.
129. Tätä mieltä oli mm. inkvisitioprosessin ja valamieslaitoksen alkuperästä kirjoittanut Friedrich Biener, Mittermaier 1844, 15. Biener suosi rikosprosessin suullisuutta, mutta ei jurya ja julkisuutta.
130. sit. Lindblad 1842, 42.

mukselle, mutta niiden arvioimisesta ei voi antaa sääntöjä. On kuitenkin väärin kuvitella, että suullisuus, julkisuus ja syyttämisperiaate olisivat taikakeinoja, jotka korjaisivat kaikki prosessin ongelmat. Ammattituomarille voidaan antaa oikeus tuomita vakaumuksensa mukaan [132], mutta silloin menettelyyn on omaksuttava erityisiä oikeusturvan takeita.[133]

Vuoden 1848 poliittiseen liikehdintään liittyi Saksassa käytännön kysymys valamiesoikeuden käyttöönottamisesta. Jury-instituutiota kehuttiin ja moitittiin, ja poliittisen kiistan olennainen osa oli valamiesoikeutta koskevan kirjallisuuden 'Sturm und Drang'-vaihe.[134] Monien saksalaisten valtioiden valtiosäädyissä porvarissääty oli esiintynyt valamieslaitoksen omaksumisen puolesta. Oikeustieteessä keskustelu kiihtyi varsinkin vuosien 1846 ja 1847 germanistikokouksien yhteydessä; edellisen kokouksen asettama kommissio suositteli jälkimmäisessä kokouksessa jurylaitoksen omaksumista saksalaiseen rikosprosessiin, joskaan ei yksimielisesti.[135] Yhdistyneen Saksan 1877 annettujen prosessilakien mukaan alimmissa oikeusasteissa tuomitsivat maallikkotuomarit ammattituomarin johdolla. Tärkeämpiä riitajuttuja ja vakavampia rikoksia käsittelevä oikeus oli juristikollegio, jossa rikosjutuissa syyllisyyskysymyksen ratkaisi jury.

1800-luvun loppuun mennessä englantilaisen (tai ranskalaisen) prosessin mukainen oikeudenkäyntimenettely oli otettu käyttöön lähes kaikissa Euroopan maissa. Todistajanjäävejä käytetään modernissa prosessioikeudessa hyvin vähän, mutta tuomarit arvioivat vapaasti,

---

131. Mittermaierin mukaan angloamerikkalaisessa järjestelmässä koko kansa osallistuu jo rikoksen esitutkintaan, kun taas ranskalaisessa ja uudessa saksalaisessa rikosprosessissa edetään virkamiesvaltaisesti. Virallinen syyttäjä järjestää esitutkinnan, Mittermaier 1851, III-IV. Mittermaier käsittelee juryn kelpoisuusvaatimuksia, erityisesti varallisuuskynnystä. Hän väittää juryn jäsenyyden Englannissa tosin perustuneen varallisuuskynnykseen, mutta silti jury oli hänen mukaansa kokoonpanoltaan porvarillinen eikä aristokraattinen; lontoolaisen juryn jäseninä toimi hänen mukaansa vuonna 1850 lähinnä pienyrittäjiä, shopkeepers. Mittermaier 1851, 378-380. Lain kunnioitus herättää Englannissa innon huolehtia oikeuden toteutumisesta. Mt., 557.

132. Mittermaier viittaa erikoisesti Italian eräiden valtioiden - Parman, Toskanan, Napolin ja Sardinian - lakeihin, joiden mukaan oppineet tuomarit tuomitsevat vakaumuksensa mukaan. Mittermaier 1845, 405.

133. Tuomarinjäävien, tuomioistuimen monijäsenyyden, äänestyssääntöjen, tuomion perustelemisvaatimuksen ja muutoksenhakukeinojen avulla voidaan luoda tällaisia takeita. Mittermaier 1845, 408-418.

134. Tästä katso edellä s. 194-195.

135. Sjöholm 1972, 76. Kommission puheenjohtajana C.J.A. Mittermaier.

minkä painon antavat todistajien kertomuksille. Työnjako poliisi- ja syyttäjäviranomaisten ja tuomioistuimen välillä tekee modernin epistemologian edellyttämän työnjaon mahdolliseksi tuomioistuimessa: oikeudenkäynti etenee asianosaisten varassa, ja tuomarit arvioivat esitettyä aineistoa puolueettoman tabula rasan tavoin. Mannermaisiin prosessijärjestyksiin ei koskaan levinnyt englantilaistyyppinen kansalaisaloitteellinen syyttämisjärjestelmä. Ranskassa toimi jo ennen vallankumousta virallisia syyttäjiä, ja tämä järjestelmä muodostui osaksi modernia prosessia muuallakin Euroopassa.

8. Siviiliprosessi absolutismista moderniin

Kun mannermaisessa absolutismissa tuomioistuimien valta kasvoi, tuli tuomarista oikeudenkäynnin todellinen subjekti tai oikeudenkäynnin herra; tuomari puolestaan oli hallitsijan palvelija. Tämä herruus kohdistui kuitenkin lähinnä rikosasioihin. Absolutismissa syntyi selvä ero rikosprosessin ja siviiliprosessin välillä. Vähäiset rikokset luettiin yleensä siviili- tai 'porvarilliseen' prosessiin. Siviiliprosessia pidettiin asianosaisten prosessina.

Keskiajalta alkaen prosessimenettely oli *ammatillistunut* ja *kirjallistunut*. Oikeudenkäynti muodostui keskiajalta alkaen useimmissa Euroopan osissa asianosaisten kirjelmien vaihdoksi, jonka perusteella tuomioistuin määräsi esitettäväksi tarpeellisen todistelun. Usein kirjelmät olivat ammattimaisten asianajajien laatimia. Absoluuttisessa valtiossa asianajo pyrittiin alistamaan valtiolliseen valvontaan ja asianajajien ammattikunta kytkemään valtion byrokraattisen koneiston täydennykseksi. Yksinvaltaisten hallitsijoiden pyrkimystä kontrolloida asianajajia perusteltiin tarpeella nopeuttaa oikeudenkäyttöä. Hallitsijaa edustavan tuomarin aseman vahvistamisen piti edistää oikeusvarmuutta.

Siviiliprosessissa kuten rikosprosessissakin kirjalliset selvitykset edelsivät yleensä suullista todistelua. Kirjelmien vaihtona etenevä prosessi ei käytännössä voinut olla julkinen. Absolutismin aikana kirjallinen menettely riita-asioissa oli yleinen, mutta ei aivan ehdoton sääntö. Tärkeä poikkeus oli ranskalainen yleinen siviiliprosessi. Ludvig XIV:n aikana annettu siviiliprosessijärjestys[1] määräsi siviiliriidat käsiteltäväksi julkisesti ja suullisesti. Suullista käsittelyä edelsi ranskalaisessakin prosessissa kirjelmien vaihto. Varsinainen oikeuskäsittely oli kuitenkin suullinen: asianosaisten vaatimukset ja kaikki oikeudenkäyntiin vaikuttava aineisto oli esitettävä suullisessa käsittelyssä. Samalla asianosaisten vaatimukset ja heidän esittämänsä todisteet muodostuivat

1. Ordonnance civile du mois d'Avril, 1667.

julkisiksi. Ranskalainen oikeus irtaantui roomalaisen oikeuden actiones-järjestelmästä.

Saksalais-roomalaisen yksityisoikeuden kehittyminen taas merkitsi roomalaisen oikeuden actiones-järjestelmän säilymistä. Vaikka actio ei esiintynyt roomalaisen klassisen formula-prosessin muodossa, jäi kanteen ja oikeuden yhteys vahvaksi.[2] Subjektiivisen oikeuden käsite tarkoitti saksalaisen yleisen oikeuden mukaan mahdollisuutta käyttää ja omistaa tiettyjä asioita, saada velkasuoritukset ja yleensä ryhtyä tiettyihin toimiin, käyttäytyä tietyllä tavalla sekä tämän mahdollisuuden nauttiman oikeussuojan. Subjektiivisen oikeuden loukkaus oli oikeudenloukkaus. Siten subjektiivinen oikeus kuvasi oikeudellisin keinoin puolustettavia oikeusasemia. Subjektiivinen oikeus, ius, oli samalla kanteen (actio) peruste (causa). Siten kanneperusteet olivat henkilö- ja esineoikeuden tunnustamia subjektiivisia oikeuksia, causae actionem sunt ius personarum et rerum. Usein subjektiivisesta oikeudesta puhuttiin kanteen äitinä, ius mater actionem.[3] Saksalaiset rationaalisen luonnonoikeuden edustajat kiinnittivät siviiliprosessin sääntöihin vain vähän huomiota; ne eivät kuuluneet teoreettisen vaan käytännöllisen lainopin alaan. Prosessin herruuden he lukivat niihin oikeuksiin, joista alamaiset olivat yhteiskunta- ja alistumissopimuksilla luopuneet. Todistelua koskevien sääntöjen laita oli toisin; ne nähtiin osaksi yksityisoikeutta.[4] Siksi todistelua koskevia kysymyksiä tarkasteltiin luonnonoikeudellisissa systeemeissä usein siviilioikeuden yhteydessä.

Ruhtinasabsolutismin vahvistuessa monarkit pyrkivät antamaan lakeja ja ohjaamaan niitä koskevat riidat omiin tuomioistuimiinsa. Prosessin piti olla tuomioistuimien eikä asianosaisten hallinnassa, mutta toisaalta oikeudenkäyttö vapautui ainakin jossakin määrin säätysidonnaisuudesta.[5] Sellaisena se vastasi sääty-yhteiskunnan sisällä kasvavan ja sen rajoituksista vapautumaan pyrkivän modernin talouden tarpeita.

2. Saksalais-roomalaisessa oikeudessa tosin ei edellytetty, että kanteessa olisi nimenomaisesti mainittu tietty actio-tyyppi, mutta käytännössä tuomarin ja vastaajan oli tiedettävä, mikä actio oli kysymyksessä. Kanteet voivat olla joko tiukkaa lain tulkintaa edellyttäviä, stricti iuris, tai kohtuusharkintaa sallivia , bonae fidei. Ero perustui siihen, seurasiko kanne suoraan velvoitteesta vai oliko kysymys sellaisesta sopimuksesta, jota voitiin tulkita hyväntahtoisesti. Jälkimmäisessä tapauksessa tuomarilla oli oikeus harjoittaa kohtuusharkintaa. Jos action katsottiin seuraavan suoraan velvoittavasta sopimuksesta tai yleensä velvoitteesta, se tarkoitti usein myös aineellista oikeutta. Materiaalisesta oikeudesta käytettiin myös actio-termiä. Coing 1982, 176-177.

3. Coing 1982, 241-262.

4. Nörr 1976, 47.

Asianajon yleistyminen ei välttämättä edistänyt markkinatalouden vahvistumiselle edullista oikeudenkäynnin tapaa. Asianosaisten myötävaikutukseen perustuva, monien kirjelmien vaihtoon perustuva ja asianajajien käyttöä suosiva prosessi muodostui pikemminkin markkinataloudelle rasitukseksi siinä suhteessa, että oikeudenkäytöstä tuli hyvin hidasta. Kirjelmien vaihtoon perustuva asian käsittely oli itsessäänkin hidasta. Ammattimaiseen asianajoon perustuvassa prosessissa itse menettelyyn liittyvät muodot ja väitteet saivat paljon sijaa. Monet siviiliprosessin modernisoitumiseen liittyvät muutokset tähtäsivät välittömästi tai epäsuorasti oikeudenkäynnin nopeuttamiseen.

Yksi tarpeellisimmista tehokkaan markkinatalouden instituutioista lienee sopimusten tehokas pakkotäytäntöönpano. Markkinat voivat tosin kehittyä osaksi esimerkiksi kauppiaiden oman sääntelyn varassa, ilman valtiollisten elinten ja instituutioiden tukea. Kauppiaat voivat käyttää välimiesoikeuksia, pörssijärjestelmän yhteydessä voi toimia kauppiaiden riitoja ratkaisevia elimiä tai ammattikunnat voivat käsitellä riita-asioita. Yleinen, valtiollinen tuomioistuin- ja täytäntöönpanokoneisto on kuitenkin tällaisia järjestelyjä tehokkaampi. Valtiollisten siviilituomioistuimien tehokkuus on yleisin tae sille, että sopimukset pidetään, ja siten markkinatalouden kehittymisen kannalta keskeisessä asemassa. Näin Max *Weberkin* asian esittää: modernissa kapitalismissa vain valtio kykenee takaamaan sopimusten pakkotäytäntöönpanon.

Modernin yksityisoikeudellisen autonomian korostuminen johti asianosaisten prosessiherruuden korostamiseen prosessia koskevassa oikeudellisessa doktriinissa. Siviiliprosessista puhuttaessa tätä kuvataan yleensä siirtymiseksi tutkintaperiaatteesta käsittelyperiaatteeseen;[6] sitä pidetään rinnakkaisena sille, että rikosprosessissa korostui syyttämisperiaate. Siviiliprosessissa muutos ei ollut yhtä selvä kuin rikosprosessissa, jossa tehtävien eriyttäminen poliisin, syyttäjän ja tuomioistuimen kesken sai aikaan suuremman muutoksen. Siviiliprosessissa tuomioistuimien valta ja velvollisuus tutkia asiaa ei missään ulottu-

5. Esimerkiksi Preussissa Fredrik Suuri puuttui kuuluisassa 'mylläri Arnoldin tapauksessa' oikeudenkäytön säätypiirteisiin. Kleinheyer ja Schröder 1983, 280.

6. Vaikka tutkinta- ja käsittelyperiaatteen ero on sittemmin esitetty historialliseksi, sen käsitteellisti ensimmäisen kerran N.T. Gönner vuonna 1800. Siihen asti asianosaisen valtaa siviiliprosessissa oli luonnehdittu hajanaisempien periaatteiden tai lausumien avulla. Tällainen oli esimerkiksi 'ei tuomaria ilman kantajaa'. Nörr 1976, 19.

nut yhtä pitkälle kuin rikosprosessissa, vaikka se etenkin Preussin yksinvaltaisessa valtiossa oli edennyt pitkälle samaan suuntaan.

Eurooppalainen ruhtinasabsolutismi korosti yleisen oikeuden ja yleisten tuomioistuimien merkitystä. Toisaalta absoluuttisen valtion dynamiikassa edelleen vahva säätyvalta oli taipuvainen edistämään erilaisten *erikoistuomioistuimien* ja partikulaaristen prosessisääntöjen syntymistä. Monia riita-asioita varten perustettiin erikoistuomioistuimia. Esimerkiksi maata omistava aateli ja kauppiassääty nauttivat prosessuaalisia etuja, eräänlaisia säätyyn liittyviä privilegioita. Sääntelytalous perustui privilegioihin ja rajoituksiin. Näitä etuoikeuksia ja rajoituksia hallinnoitiin tietyn säädyn omien elinten kautta tai erityistuomioistuimissa. Ajatus siitä, että kunkin piti tulla vertaistensa tuomitsemaksi perusteli sääty-yhteiskunnassa *säädyittäin eriytynyttä* eikä kaikille kansalaisille yhtäläistä oikeudenkäyttöä. Sikäli kuin ihmisen oikeudellista asemaa kuvattiin status-käsitteen kautta, oikeudenkäyttö rakentui sekin säädyittäin eriytyneeksi. Antiikin roomalaiseen oikeuteen palautuvalla status-käsitteellä voitiin ilmaista ihmisen asemaa oikeusyhteisössä, mutta myös ihmisten erityisiä oikeusasemia. Mitään yleistä oikeushenkilöllisyyttä ja siihen liittyvää oikeustoimikelpoisuutta oikeudellinen käsitteistö ei tuntenut.[7] Mitään yleistä prosessioikeudellistakaan toimikelpoisuutta ei silloin voinut olla. Säädyittäin jakaantuneita oikeusasemia vastasivat luontevasti säädyittäin jakaantuneet tuomioistuimet ja prosessuaaliset säännöt.

Siirtyminen moderniin yhteiskuntaan aiheutti siviiliprosessin järjestykseen kohdistuvia, osittain ristiriitaisia paineita. Yleistä ja yhtäläistä oikeutta oli sovellettava yleisissä tuomioistuimissa. Siviilioikeuden toteutuminen oli nähtävä kansalaisyhteiskunnan asiaksi, yksityisen oikeuden toteuttamiseksi, mutta vain valtiolliset tuomioistuimet kykenivät toimimaan yleisen ja yhtäläisen oikeudenkäynnin näyttämöinä. Erityisesti saksalaisen oikeustieteen systematiikan synty merkitsi julkisoikeuden alan laajenemista. Prosessioikeus itsenäistyi, ja se liitettiin osaksi julkista oikeutta. Samalla jouduttiin kuitenkin ottamaan kantaa siihen, miten *siviiliprosessi suhteutetaan asianosaisten yksityisautonomiaan ja tahdonvaltaan*. Modernin siviiliprosessin perusteita kehittelevässä doktriinissa keskeistä oli kysymys siitä, kenelle kuuluu prosessin herruus: onko tuomari dominus litis vai ovatko asianosaiset domini li-

7. Coing 1982, 168-169.

tis. Tätä kysymystä lähestyttiin pohtimalla siviiliprosessin tavoitetta ja sen toimijoita, prosessin subjekteja. Prosessioikeuden opeissa oli suhteutettava prosessin subjektit toisiinsa ja siihen, mitä eri subjektien katsottiin edustavan: valtiota vai kansalaisyhteiskuntaa.

Tarkastelen tämän kysymyksen kehittelyä siviiliprosessin todistelua koskevan modernin doktriinin yhteydessä. Kiinnitän paljon huomiota saksalaisen siviiliprosessioikeuden 'tieteellistämisen' vaiheisiin, koska suomalainen ja ruotsalainen oikeustiede käyttivät niitä oman doktriininsa kehittämiseen. Esitän saksalaisen siviiliprosessin modernisoitumisen kaksi vaihetta. Siviiliprosessioikeuden itsenäistyessä yksityisoikeudesta sen opit muotoiltiin tavalla, joka korosti asianosaisten määräämisvaltaa. 1800-luvun lopun doktriinin mukaan valtiota edustavasta tuomioistuimesta tuli selvemmin siviiliprosessin herra.

8.1. Oikeudenkäytön nopeuttaminen ja tuomioistuimen valta

Oikeudenkäytön nopeuttamista vaadittiin kaikkialla esimoderneissa ja vaaditaan edelleen moderneissa länsimaissa. Nopeuttamisen tarve vaivaa kroonisesti modernia prosessia, ja keskeinen oikeuslaitosuudistusten tavoite 1600-luvulta kuluvalle vuosisadalle on ollut juuri oikeudenkäytön nopeuttaminen. Oikeudenkäytön hitaus voi liittyä tuomioistuinlaitoksen rakenteeseen - liian harvat tuomioistuimet ratkaisevat suuren määrän asioita. Esimerkiksi Englannissa keskittynyttä tuomiovaltaa käytti muutama tuomari Lontoon keskustuomioistuimissa ja määräaikaisissa istunnoissa maaseudulla, ja valitus oikeudenkäyntien hitaudesta jatkui vuosisatoja. Kruunun jatkuvasti koolla olevien paikallistuomioistuimien perustaminen oli sen vuoksi tärkeä oikeudenkäytön nopeuttamisen keino. Hitaudesta saatetaan syyttää myös käytettyä menettelyä. Esimerkiksi Saksassa oikeudenkäytön hitaudesta syytettiin varsinkin riita-asioissa kirjelmien vaihdon laajuutta ja asianosaisten esittämiä oikeudenkäyntiväitteitä.

Kun hitautta valitettiin, oli usein kysymys juuri riita-asioiden käsittelyn jouduttamisesta. Lähes kaikkialla läntisessä Euroopassa oikeudenkäyttö muodostui uudella ajalla lakimiesammattikunnan tehtäväksi, ja samalla sen muodot kävivät monimutkaisemmiksi. Kun siviiliasioiden suhteellinen merkitys kasvaa taloudellisen vaihdon lisääntyessä, tulee riita-asioiden käsittelyn nopeuttamisesta oikeuslaitosreformien

tärkeä tavoite. Max Weberin tulkintaa oikeuden ammatillistumisen, rationaalistumisen ja taloudellisen intressin keskinäissuhteista on täydennettävä niin, että otetaan huomioon uuden ajan tuomioistuinlaitoksen krooninen hitaus. Sen syynä on suureksi osaksi juuri oikeuden ammatillistuminen. Ammattimainen, byrokraattinen oikeudenkäyttö kehittää muotoja, jotka hidastavat asioiden käsittelyä. Hitautta yritetään torjua oikeuslaitosreformeilla, kun oikeudenkäytön painopiste markkinoiden voimistuessa siirtyy entistä enemmän riita-asioihin.

Euroopassa yhteiskunnan 'ylin kerros' siirtyi 1700-lukuun mennessä yleensä rahatalouteen. Kolikoiden kilinä arkipäiväistyi uudella ajalla etenkin sen vuoksi, että valtio vaati veroja ja maksoi palkkoja rahassa. Silti vaihtokauppa oli 1400-luvulta 1700-luvulla suurimmassa osassa Eurooppaa pääasiallinen vaihdannan muoto. Rahatalouden kehittyessäkin primitiiviset kaupan muodot jatkuivat, ja joillakin alueilla kuten Venäjällä tai Englannin amerikkalaisissa siirtokunnissa yleisemmin kuin Keski- ja Länsi-Euroopassa. Myös Saksassa sekä teollisuustyöläisille että virkamiehille maksettiin pitkään palkka ainakin osaksi luontaistuotteissa.[8] Esimodernissa yhteiskunnissa rahataloudessa elävä yhteiskunnan kerros oli ohut. Talonpojat jäivät jokseenkin kaikkialla kokonaan rahatalouden ulkopuolelle; suhteissaan kauppiaisiin he tosin usein päätyivät sellaisiin luottosuhteisiin, joissa kauppias osti pellolla kasvavaa viljaa tai lampaan selkään kasvavaa villaa.[9] Tällaisissa luottosuhteissa ei aina käytetty rahaa, vaikka luotto kauppiaan tilinpidossa olisi ilmaistu rahamääräisenä. Kestovelkasuhde toimi tavaroiden vaihdon kautta.

1760-luvulle asti ekonomistit pohtivat metallirahan, setelirahan ja luottoasiakirjojen luonnetta ja keskinäissuhdetta; ratkaisematta jäi kysymys siitä, onko näiden välillä viime kädessä olennaista eroa. 1800-luvulta alkaen taloustieteessä omaksuttiin käsitys rahasta neutraalina itsestäänselvyytenä, jonka takana vaikuttaa 'reaalitalous'. Englannin pankki otti käyttöön tärkeän innovaation - se tarjosi seteleitä yli pankkiin talletettujen metallivarojen, mikä lisäsi kierrossa olevien maksuvälineiden määrää.[10] Metallien käytön ongelmana oli niiden häviäminen eurooppalaisten ja muidenkin maanosien asukkaiden aarrearkkuihin, pois kierrosta. Setelivaluuttaan ja tilivaluuttaan ei liity tällaisia on-

8. Braudel 1988, 439-447.
9. Braudel 1988, 439-471.
10. Braudel 1988, 472-476.

gelmia. 'Imaginaarinen raha' tai 'kirjaraha' tehostivat kiertoa - raha siirtyi entistä nopeammin kädestä toiseen. Sopimusten pakkotäytäntöönpanon rymin piti seurata kierron rytmiä.

Hallitukset pyrkivät nopeuttamaan oikeudenkäyttöä, joka juristiammattikunnan käsissä muuttuu yhä monimutkaisemmaksi. Tähän liittyvät osaltaan Englannin puritaanivallankumouksellisten pyrkimykset oikeuslaitoksen yhtenäistämiseen, prosessuaalisten määrämuotojen karsimiseen ja juridisen kielen yksinkertaistamiseen.[11] Saksassa luonnonoikeusoppineet nostivat roomalaisen oikeuden reseptiota edeltäneen oikeuden ihanteeksi erityisesti siinä suhteessa, että sen väitettiin olleen nopeaa.[12] Fredrik Suuren prosessilainsäädäntö on absolutismin näiden pyrintöjen kulminaatio.[13] Prosessilain esipuheen mukaan jokaisessa prosessissa on tutkittava, mitä tosiseikkoja oikeudenkäynnin perusteena on. Tuomarin on ratkaistava riita soveltamalla lakia oikein tosiseikkoihin ja varmistauduttava siitä, että hän tuntee tosiseikat oikein. Tosiseikkoja selvittäessään tuomari ei ole rajoittunut vain asianosaisten esityksiin. Kansalaisilla on yleinen velvollisuus puhua totta ja antaa tuomarin käytettäväksi todisteita.[14] Tämä merkitsi asianosaisten velvollisuutta osallistua totuuden selvittämiseen per modum inquisitionis myös siviiliprosessissa. Tätä varten asianosaisilla oli velvollisuus tulla henkilökohtaisesti oikeuteen.[15]

Absolutismin tavoite nopeuttaa oikeudenkäyttöä saattaa tosin kätkeä taakseen muitakin tavoitteita, kuten pyrkimyksen jonkin nimenomaisen oikeudenhakijaryhmän suosimiseen tai jonkin ryhmän poissulkemiseen. Epäilyttävien asianajajien väitettiin yllyttävän ymmärtämättömiä päämiehiään tarpeettomaan ja kalliiseen riitelyyn. Esimer-

11. Ks. edellä sivulle 120.

12. Christian Thomasius vaati 'paavillisen oikeuden' sietämättömän hitauden poistamista ja paluuta alkuperäisen germaanisen oikeuden puhtauteen, Döhring 1953, 313. J.H. Boehmer katsoi luonnonoikeuden mukaisen prosessin olevan suullinen ja asianosaisten välinen; asianajajat ovat tarpeettomia, kuten vanha saksalainen prosessi osoittaa. Nörr 1976, 13. C. G. Svarez korosti myös tuomarin ja asianosaisten merkitystä prosessissa ja pyrki kaventamaan asianajajien merkitystä siinä. Koko saksalaisen rationaalisen luonnonoikeuden ajalle oli ominaista oikeudenkäytön nopeuttamisen tavoite. Sekä luonnonoikeusoppineet että yksinvaltias suosivat menettelyä, jossa tuomarilla on laajat valtuudet ja asianosaiset esiintyvät itse puolestaan, eikä asianajajia oikeastaan ollenkaan tarvita. Nörr 1976, 25-27.

13. Corpus Juris Fridericianum 1781 ja Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten 1793 antavat tuomarille laajat valtuudet siviiliprosessissa.

14. Die Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten 1793 I. AGO, esipuheen pykälät 5-7, 10 ja 17-18.

15. Wach 1914, 50-51.

kiksi Preussissa vuonna 1700 toimivat noin 1200 asianajajaa kykenivät puhtaasti itsekkäitten etujensa vuoksi hidastamaan oikeudenkäyntejä, ja yksinvaltiuden ajalla annettiin suuri määrä lakeja, joilla tätä yritettiin estää. Juuri tällaiset 'nurkka-advokaatit' olivat myös alempien säätyjen käytettävissä. Asianajon valvonta lisäsi sen vuoksi mahdollisuutta valvoa alempien säätyjen pääsyä tuomioistuimiin. Kun kuninkaan hallinto vuonna 1713 rajoitti voimakkaasti asianajoa määräämällä käyttöön uuden tiukan toimilupajärjestelmän, eivät köyhimmät asianajajat kyenneet hankkimaan itselleen vaadittua patenttia.[16] Tämä vuorostaan vähensi varattomien käytettävissä olevien avustajien määrää.

Asianajon valvonnan lisäksi saksalaisessa yleisessä oikeudessa oli riita-asioissa käytössä roomalaisesta oikeudesta johdettu ns. juramentum calumniae-vala, jossa asianosaiset ja heidän edustajansa vannoivat, etteivät olleet tarpeettomasti ja pahantahtoisesti ajamassa asiaansa. Prosessin nopeuttamiseksi luotiin joitakin riita-asioita varten erityisiä nopeutettuja oikeudenkäynnin muotoja ja sallittiin normaalin oikeusastejärjestyksen sivuuttaminen. Koko oikeudenkäynnin sivuuttaminenkin tehtiin mahdolliseksi, kun tietyt saamiset voitiin panna suoraan pakkotäytäntöön tai velkoja voi itse periä velkansa. Tällaiset järjestelyt nopeuttivat oikeudenkäyttöä, mutta suosivat samalla sitä sosiaalista ryhmää tai säätyä, jonka edun mukaista nopeuttaminen oli. Näin oli esimerkiksi silloin, kun maanomistajalle oli annettu oikeus ulosmitata talonpojilta saataviaan.

Yksinkertaisen tavaranvaihdon ja säännellyn kaupan aikana oli yleisesti eri puolilla Eurooppaa ja myös Englannin amerikkalaisissa siirtokunnissa käytössä todistelujärjestelmä, joka antoi kauppiaan tilinpidolle erityisen todistusvoiman. Sellaisessa taloudessa, jossa kauppiaalla oli puolijulkinen asema ja kaupankäynti perustui suureksi osaksi maatalouden tuotteiden ja kauppatarvikkeiden vaihtoon oli kauppiailla tapana pitää tällaisesta kaupasta juoksevaa tilinpitoa. Asiakas oli usein käytännössä tiukasti sidoksissa kauppiaaseen pysyvän velkasuhteen kautta. Tällaisesta velasta ei kirjoitustaidottoman asiakaskunnan kanssa tehty kirjallisia sopimuksia, vaan velka kirjattiin kauppiaan tilikirjaan. Tilikirja toimi oikeudenkäynnissä todisteena niin, että kauppiaalla oli oikeus vannoa tilikirjan merkintä oikeaksi, ja tämä muodosti täyden näytön. Säätysidonnaisessa, paikallisiin osittain luontaistalou-

16. Rueschemeyer 1973,147-148.

dellisiin vaihtosuhteisiin tai yksinkertaiseen tavaranvaihtoon perustuvassa kaupankäynnissä tällainen velka ja sen pakkotäytäntöönpano olivat laajassa käytössä.

Varsinaisilla markkinoilla luottosuhteiden luonne on toisenlainen. Luottosuhteesta irtaantunut velkakirja tulee laajaan käyttöön. Todistelu muuttaa olennaisesti luonnettaan, kun luottosuhteissa yleisesti laaditaan saamisen vakuudeksi velkakirja, jolle tunnustetaan vahva todistusvoima oikeudessa. Juoksevan velkakirjan velallisen mahdollisuus esittää väitteitä ovat hyvin vähäiset, oikeudenkäynti on nopeaa ja tehokasta. Velkakirjalle voitiin helposti tehdä sijaa legaalisen todistusoikeuden todisteena.

Kauppiaan tilinpidon todistusvoima säilyi tärkeänä todistelun muotona etenkin omavaraisten maanviljelijöiden yhteiskunnissa, jotka tuottivat vain rajoitetusti tuotteita markkinoille. Englannin amerikkalaisissa siirtokunnissa tilanne oli tällainen. 1700-luvun Connecticutin luottosuhteita koskeva tutkimus kuvaa, miten siirtymä yksinkertaisesta tavaranvaihdosta markkinatalouteen vaikuttaa oikeudenkäynteihin ja todisteluun.[17] Ylijäämää syntyi markkinoitavaksi 1700-luvun alkupuolella vain vähän; maanviljelijät tosin toimivat markkinoilla, mutta eivät olleet osa markkinoita. Tilivelka oli yleisessä käytössä. Se saattoi muuttua kestovelkasuhteeksi, joka sitoi maanviljelijän kauppiaaseen. Oikeudenkäynnissä näyttökysymyksiä arvioi jury, joka saattoi hyväksyä mannermaista tuomioistuinta joustavammin erilaista näyttöä. Kauppiaan tilit olivat kuitenkin tärkeä todiste.

Paperirahan käyttöönotto, taloudellisen muutoksen syy ja oire, lisäsi velkomisjuttujen määrää tuomioistuimissa. Kun paperiraha syrjäytti tavaran maksuvälineenä, velkakirjasta tuli vallitseva velan muoto. Velkakirjan velvoittavuus perustuu luottoasiakirjan muotoon, eikä velallinen tai kauppias voi osoittaa tarkoittaneensa muuta kuin mitä asiakirjasta ilmenee. Esimerkiksi Connecticutin tuomioistuimissa tilivelkajutut vähenivät selvästi, kun siirryttiin varsinaiseen markkinatalouteen. Vaikka lainsäädäntö ei muuttunut, tilivelkojen velkominen väheni huomattavasti. Sen sijaan velkakirjaan perustuvien saamisten määrä kasvoi. Tämä vastasi siirtymistä luontais- ja vaihdantataloudesta markkinatalouteen. Markkinatalouteen siirtyminen merkitsee oikeusjuttujen luonteen muuttumista formaalin rationaalisuuden suuntaan.

17. Mann 1980, 200-205.

Tilivelkojen väistyminen velkakirjavelkojen tieltä on yksi selvä osoitus tästä. Lisäksi Connecticutin maankäyttöä koskevat tilusriidat saivat uuden muodon markkinatalouteen siirryttäessä. Juryn harkintavalta kaventui, ja tuomari ratkaisi oikeudellisella perusteella yhä suuremman osan asioista. Faktat integroitiin oikeudelliseen universumiin.[18]

Tehokas pakkotäytäntöönpano edellyttää, että vastahakoista sopijapuolta vastaan voidaan antaa velvoittava tuomio. Vastahakoinen osapuoli voidaan yrittää eri keinoin pakottaa osallistumaan prosessiin, mutta vielä vahvempi keino on tuomion antaminen häntä kuulematta. *Yksipuolinen tuomio* merkitsee sitä, ettei vaadita kummankin asianosaisen myötävaikutusta prosessiin. Käytännössä siinä luovutaan pitämästä prosessia kaksiasianosaissuhteena ja noudattamasta keskeistä prosessuaalista periaatetta, jonka mukaan kumpaakin asianosaista on kuultava ennen asian ratkaisemista. Oikeudenkäynti etenee, vaikka toinen asianosainen ei osallistu siihen millään tavalla.

Kanonisen oikeuden mukaan tuomioistuimesta pois jäänyt vastaaja voitiin tuomita yksipuolisesti ns. niskoittelu- l. kontumasiaalituomiolla. Kantajan oli kuitenkin kanonisen oikeuden mukaan esitettävä kanteensa tueksi todisteet. Yksipuolinen tuomio yleistyi eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä juuri tällaisessa muodossa. Sopimusvapauden edellyttämä pakkotäytäntöönpano ei juuri ole ajateltavissa ilman mahdollisuutta antaa tuomio myös toisen asianosaisen tahdon vastaisesti. Yksipuolinen tuomio käsittää tai edellyttää kuitenkin huomattavaa tuomioistuimen valtaa. Yksipuolisessa tuomiossa luovutaan vaatimasta molempien asianosaisten passiivistakin myötävaikutusta, ja tuomioistuimelle annetaan valta tuomita toista asianosaista kuulematta. Tämä tehostaa ja nopeuttaa pakkotäytäntöönpanoa.

Asianosaisen kuuleminen ja todistajien suullinen kuulusteleminen liittyivät moderniin totuuden selvittämisen tapaan. Tuomari voi vain suullisessa interaktiossa tarkastella asianosaisia ja todistajia empiirisinä subjekteina ja saada selville totuuden näistä. Valistus korosti suullisen menettelyn tärkeyttä osin samasta syystä, mutta vaati suullisuutta myös julkisuuden ja absolutismin vallankäytön kontrolloimisen vuoksi.

---

18. Markkinatalouden laajeneminen johtaa myös tilusriitojen (trespass to land) vähenemiseen. Tällaiset riidat liittyivät aitaamiseen, metsän kaatamiseen ja muuhun vastaavaan maan käyttöön. 1700-luvun puolivälissä ammattiasianajon lisääntyminen johti tällaisten kanteiden täsmentymiseen, mikä salli selkeämmän luokittelun. Mann 1980, 218.

Siviiliprosessissakin suullisuus yhdistettiin 'oikeaan' totuuden selvittämisen menetelmään. Kuitenkin siviiliprosessin menettelyn suullisuus yhdistettiin myös tarpeeseen käsitellä koko riita keskitetysti, millä oli tarkoitus nopeuttaa oikeudenkäyttöä. Monien kirjelmien vaihdon sijaan haluttiin saada yksi, keskitetty oikeuskäsittely. Kysymys suullisesta menettelystä siviiliprosessissa liitettiin toisaalta monin tavoin kysymykseen prosessin herruudesta. Näin tehtiin esimerkiksi silloin, kun kiisteltiin asianosaisen velvollisuudesta tulla riita-asiassa henkilökohtaisesti tuomioistuimeen.

8.2. Saksalainen siviiliprosessioppi

1700-luvun lopun ja 1800-luvun alun saksalaisessa lainopissa prosessuaalisten oikeuksien ja velvollisuuksien nähtiin tavallaan immanentisti sisältyvän aineellisiin oikeuksiin. Tästä syystä myös prosessioikeuden ja erityisesti siviiliprosessioikeuden sijoittaminen keskeiseksi nousevaan yksityis- ja julkisoikeuden jakoon tuotti lainoppineille vaikeuksia. 1700-luvun puoliväliin asti prosessioikeus oli käytännöllistä lainoppia, joka ei sisältynyt teoreettisiin systematisointeihin.[19] Monet - vaikkakaan eivät kaikki - 1700-luvun lainoppineet sisällyttivät ainakin osia prosessioikeudesta siviilioikeuteen. Kun prosessuaaliset keinot tavallaan sisältyivät itse oikeuksiin, oli luonnollista että asianosaiset määräsivät prosessin kohteen, sen mistä riidellään ja myös ne keinot, joita prosessissa käytettiin.

Modernin oikeuden systeemin ja käsitteistön muodostuessa prosessioikeus oikeudenalana itsenäistyi. Roomalaiseen oikeuteen perustuvissa systematisoinnissa alettiin suosia Institutiones-teoksen systematiikkaa. Näihin systematisointeihin sisältyi yksityisoikeus, rikosoikeus ja prosessioikeus.[20] 1700-luvun puolivälistä alkaen prosessioikeus alettiin käsittää erilliseksi oikeudenalaksi ja samalla oikeuden tieteellisen systeemin itsenäiseksi osaksi. Se oli kuitenkin monessa suhteessa sekä systemaattisesti että käsitteellisesti hankala oikeudenala. 1700-luvun lopun systematisoinneissa nopeasti kehittynyt rikosoikeus ja myös itsenäistyvä prosessioikeus alettiin lukea julkis- eikä yksityisoikeuteen. Monet vuosisadan lopun ja 1800-luvun alun kirjoittajat eivät kuiten-

19. Schröder 1979, 29 ss. ja 65 ss.
20. Björne 1984, 17.

kaan tunteneet erillistä prosessioikeutta. Siviiliprosessi voitiin lukea siviilioikeuteen, rikosprosessi rikosoikeuteen.[21]

1820-luvulla prosessioikeus kuitenkin oli jo vakiintuneesti sijoittumassa yksityis- ja julkisoikeuden jaossa julkisoikeuden puolelle. Vastaavasti rikosoikeus vakiintui julkisoikeudeksi. Tätä perusteltiin sillä, että rikosoikeudessa on kyse alamaisen suhteesta valtiovaltaan.[22] Rikosoikeus nähtiin tässä systematisoinnissa valtiollisen oikeuden eikä asianomistajan loukkaamisen näkökulmasta. Prosessioikeuden ja etenkin siviiliprosessioikeuden tarkasteleminen tähän tapaan oli ongelmallisempaa, koska siviiliprosessin luonne viittasi niin vahvasti yksilön ja yksityisoikeuden autonomiaan. Gustav *Hugo* esitti vuonna 1809, että yksityisoikeudellisen oikeussuhteen käsitteleminen tuomioistuimessa on 'yksityis- ja julkisoikeuden rajalla enemmän kuin mikään muu asia'.[23]

Tietyssä mielessä prosessioikeuden sijoittaminen julkisoikeuteen korosti valtion, positiivisen oikeuden ja tuomioistuimen merkitystä myös siviiliprosessissa. Siviiliprosessi liitettiin 1800-luvun alussa kuitenkin vahvasti asianosaisten määräämisvaltaan etenkin aineellista prosessinjohtoa ja yleensä prosessuaalista määräämisvaltaa koskevien säännösten kautta. Asianosaisten suhde toisiinsa käsitettiin siviiliprosessin keskeiseksi kysymykseksi, ja asianosaisen suhde tuomioistuimeen pyrittiin etenkin liberalistisissa prosessioikeudellisissa esityksissä rakentamaan eräänlaiseksi subjektiiviseksi oikeudeksi tai ihmisoikeuksiin rinnastuvaksi oikeudeksi saada yksityisoikeudellista vaadetta vastaava tuomio. Kantajalla oli oikeus vaatia yksityisoikeudellisen vaateensa toteuttamista, vastaajalla velvollisuus vastata tähän. Tuomioistuimen velvollisuus taas oli toteuttaa asianosaisen subjektiivinen oikeus saada tuomio. Prosessioikeuden oppien muodostuessa niitä perusteltiin yleensä luonnonoikeudellisesti. Myös monet liberalismia kan-

21. Esimerkiksi julkis- ja yksityisoikeuden erottelustaan tunnettu J. G. Schlosser ja C. F. von Savigny Marburgin metodiopissaan eivät erottaneet erityistä prosessioikeutta. Siviiliprosessioikeus voitiin lukea siviilioikeuteen, rikosprosessioikeus rikosoikeuteen. J. F. Reitemeier katsoi samaan aikaan, että tuomioistuinlaitos tai prosessi on osa oikeuden systeemiä, mutta hän ei pyrkinyt sijoittamaan sitä julkis- ja yksityisoikeuden eroon. Erityiseen prosessioikeuteen saatettiin sijoittaa myös vain siviiliprosessioikeus. Itsenäistynyt prosessioikeuden kokonaisuus alettiin sijoittaa julkisoikeuteen. A. Thibaut luki prosessin julkis- ja yksityisoikeuden sekoitukseksi, ja suosittu ensyklopedisti Nikolaus Falck esitti vielä 1820-luvulla, että prosessioikeus on luettava yksityisoikeuteen. Björne 1984, 108.

22. Björne 1984, 108.

23. Nörr 1976, 49.

nattavat lainoppineet argumentoivat luonnonoikeudellisesti perusteltujen ihmisoikeuksien avulla. Tällaiseksi voitiin käsittää myös yksityisoikeudellisen oikeussuhteen osapuolen oikeus saada tarvittaessa oma oikeutensa toteutetuksi tuomion täytäntöönpanon kautta.

Siviilioikeudellinen tuomiovalta tulkitaan näissä esityksissä toisella tavalla kuin vanhemmassa rationaalisessa luonnonoikeudessa. Esimerkiksi Wilhelm von *Humboldtin* mukaan kansalaisten välisten riitojen ratkaisemisessa valtion tehtävien rajat määräytyvät kansalaisten turvallisuuden takaamisesta. Kaikki yksityiskosto siirtyy valtiolle. Tähän saakka esitys vastaa esimerkiksi Samuel Pufendorfin kantaa.[24] Tästä eteenpäin yhteiskuntasopimusta tulkitaan toisin: von Humboldtin mukaan kansalaisen oikeusturvaa ei loukata, jos loukattu luopuu oikeudestaan vaatia loukkaajalta hyvitystä. Vain kun vääryyttä kärsinyt ei tyydy kärsimäänsä vääryyteen, on valtiolla oikeus toimia. Tuomioistuimen ei pidä tutkia siviilioikeudellista asiaa askeltakaan pitemmälle, kuin mihin asianosainen on oikeutettu ja haluaa edetä. Valtion tehtävä on täyttää vain riitaan liittyvät asianosaisen toivomukset ja se saa käyttää tässä vain keinoja, joita ihmisellä olisi oikeus käyttää kanssaihmistään vastaan myös valtion ulkopuolella.[25] Yhteiskuntasopimus muotoillaan tässä niin, ettei tuomiovalta ulotu yksityisoikeudelliseen autonomiaan.

T. N. *Gönner* rakensi tieteellistä prosessioikeuden systeeminsä kantilaiselle pohjalle; hän esitti tässä yhteydessä siviiliprosessin käsittely- ja tutkintaperiaatteiden eron.[26] Gönnerin käsittelyperiaate perustuu vapauden ja tahdonvallan (Willkür) käsitteille.[27] Gönner luki kuitenkin siviiliprosessin julkisoikeuteen[28] - samoin kuin esimerkiksi Fr. C. von *Savigny*, jonka käsityksiä Gönner muuten usein vastusti luonnonoikeudellisin perustein. Tuomiovalta voitiin käsittää kantilaisittain tavalla, joka vahvisti yksityisautonomiaa. Tällaisen tulkinnan antoi Theodor *Schmalz*, joka von Humboldtin tavoin katsoi siviilituomiovallan kuuluvan suvereenin valtaan, koska se on alistumissopimuksessa

24. Nörr 1976, 6.
25. von Humboldt 1969, XI luku.
26. Prosessiperiaatteiden eksplikoijana Gönnerillä on väitetty olleen suuri vaikutus, Bomsdorf 1971, 109. Käsittelyperiaatteen perusta muodostuu yleisen oikeuden vakiintuneista periaatteista, tällainen etenkin Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter. Nörr 1976, 43.
27. Kiefner 1969.
28. Wach 1885, 114 alav. 1.

luovutettu suvereenille; tuomiovaltaa voi kuitenkin käyttää vain loukatun kanteesta. Jos kantaja ei esitä vaatimuksia, häntä ei ole loukattu, ja siviilituomiovallan käyttäminen olisi häneen kohdistuvaa väkivaltaa. Myös K.L. von *Grolmanin* mukaan jokainen kansalainen saa oman vapaan mieli- tai tahdonvaltansa mukaisesti käyttää oikeuttaan tai luopua siitä joko kokonaan tai osaksi, ja valtion tulee suojella vain sitä, minkä hän itse tunnustaa olevan omaansa. Grolman esittää siviiliprosessin tavoitteeksi kansalaisen toista kansalaista vastaan kohdistuvan yksityisoikeuden voimaansaattamisen; yksityisoikeus on 'se mikä on minun ja sinun'; jos kukaan ei vaadi oikeuden voimaansaattamista, puuttuu tuomarilta toiminnan oikeutus.[29]

Yksityisoikeuden systeemin luominen oli ajan lainopillisen doktriinin keskeinen tavoite, ja yksityisoikeudellinen käsitteistö vaikutti myös prosessioikeudelliseen ajatteluun. 1800-luvun alkupuolen prosessioikeudellinen doktriini suhteutui epäitsenäisesti ja epävarmasti siviilioikeuden systematisointiin ja käsitteistöön. Siviilioikeudenkäyntiä koskeva kirjallisuus oli edelleen suureksi osaksi kuvailevaa ja käytännöllistä. Siviiliprosessin kanne nähtiin yksityisoikeuteen perustuvaksi oikeutukseksi, osaksi kantajan vastaajalle esittämää yksityisoikeudellista vaatimusta.

Saksalaisen yleisen prosessin määräämis- ja käsittelyperiaatetta korostava kanta yhdisti siten asianosaisten yksityisoikeudellisen disponointivallan ja heidän oikeudenkäynnissä käyttämänsä määräämisvallan välittömästi toisiinsa. Kanne tulkittiin sellaisen yksityisoikeudellisen kelpoisuuden käyttämiseksi, joka perustuu välittömästi asianosaisten yksityisoikeudelliseen oikeussuhteeseen. Liberaaleilla kirjoittajilla tällainen asianosaisten disponointivallan korostaminen ei ollut ristiriidassa sen kanssa, että he samalla pyrkivät vahvistamaan tuomioistuimien yksityisoikeudellista tuomiovaltaa suhteessa muihin valtiovaltoihin. Heidän tavoitteenaan oli estää hallinnon sekaantuminen kansalaisten yksityisautonomiaan. Tuomioistuimien asemaa suhteessa hallintoon oli sen vuoksi vahvistettava. Toisaalta he pyrkivät kuitenkin vahvistamaan myös siviiliriidan asianosaisten autonomiaa tuomioistuinmenettelyssä. Tuomioistuimille oli annettava mahdollisimman paljon valtaa, mutta siviiliprosessissa oli kuitenkin toteutettava asianosaisten määräämis-

29. Nörr 1976, 43-44.

valta prosessin yksityisoikeudelliseen kohteeseen nähden, koska siviiliprosessin tavoitekin oli luonteeltaan yksityinen.

Kun saksalainen lainoppi jakaantui 1600-luvun lopulla ja 1700-luvun alussa teoreettiseen ja käytännölliseen lainoppiin, oli jälkimmäisen opin kohteena ennen kaikkea tuomioistuinprosessi: siinä käsiteltiin tuomarin ja asianajajan käytäntöä.[30] Johdattelu käytäntöön merkitsi prosessioikeuden opettamista. Esimerkiksi David *Nettelbladt* käsitti tämän sisältävän sen, miten oikeuksia ja velvollisuuksia sovelletaan käytännön tapauksiin.[31] Nettelbladt pyrki esittämään praktisen lainopin systemaattisesti. Nettelbladtin esitys erosi perinteisestä siinä, että siinä pyrittiin esittämään prosessuaalisten instituutioiden keskinäisyhteys ja johtamaan sen kautta periaatteita. Nettelbladt esitti myös *prosessitoimen* käsitteen.[32]

N. T. Gönner ja K. L. von Grolman muodostavat siirtymän esimodernista moderniin prosessioikeuteen. von Grolmanin yleisen saksalaisen prosessioikeuden esitys pyrki siviiliprosessin 'tieteellistämiseen'. Teos[33]käsittää kolmiosaisen yleisen osan. Niistä ensimmäinen osa käsittää luonnonoikeudellisesti perustellut prosessuaaliset perussäännöt, joita jokaisessa prosessissa on noudatettava. Näitä hän kehittelee edelleen saksalaisen prosessin käsikirjassaan.[34] von Grolman omaksuu Nettelbladtin prosessitoimen käsitteen, ja lisäksi hän erottaa myös prosessitoimet asianosaisten ja tuomioistuimen toimiin. Grolman esittää näin siviiliprosessista systemaattisen kokonaisesityksen.[35] von Grolmanin siviiliprosessuaalisen teoksen 'yleinen osa' esitti siviiliprosessin tavoitteeksi yksilön oikeuksien toteuttamisen. Tämä kanta antoi poh-

30. Schröder 1979, 36.
31. Schröder 1979, 46-47.
32. Prosessitoimen käsite liittyy oikeustoimen käsitteeseen. Saksalaisen yleisen oikeuden doktriinissa roomalaisen oikeuden käsitteiden negotium ja actus saksankielisinä vastineina käytettiin Geschäft ja Handlung-käsitteitä. Nettelbladt esitteli siviiliprosessitoimien koskevan oikeusriidan valmistelua, väitteitä, vastineita, todisteiden esittämistä sekä tuomioistuimen käytettävissä olevia keinoja. 1800-luvun loppupuolen prosessioikeussuhdeopin kehittelijät kuten Degenkolb ja Bülow ymmärsivät väärin Nettelbladtin käsitteen Akt, jolla tämä tarkoitti prosessitointa - Degenkolb ajatteli sen viittaavan asiakirjoihin. Nörr 1976, 21.
33. Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach dengemeinen deutschen Gesetzen entworfen ilmestyi vuonna 1800. Siitä otettiin monia laitoksia. von Grolman kirjoitti muuten laajasti eri oikeudenaloilta, mm. rikosoikeudellisia kirjoituksia ja kommentaariteoksen Code Napoléoniin.
34. Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Neliosainen teos ilmestyi vuosina 1801-1803.
35. Nörr 1976, 41-43.

jan N. T. Gönnerin 'käsittelyperiaatteelle'. von Grolmanin mukaan asianosainen oli oikeutettu myös luopumaan oikeuksiensa toteuttamisesta.[36] Siviiliprosessin herruus kuuluu tällaisen näkemyksen mukaan olennaisesti asianosaisille. August *Bethmann-Hollweg* esittää omassa siviiliprosessin esityksessään[37] prosessitoimen käsitteen. Kuten Gönner ja von Grolman myös Bethmann-Hollweg tulkitsee asianosaisten prosessitoimien kuuluvan heidän yksityisautonomiaansa.

1800-luvun alusta alkaen siviiliprosessin periaatteet esitetään prosessioikeudellisen doktriinin 'yleisessä osassa'. Käsittelyperiaatteen ohella prosessiperiaatteiksi omaksuttiin prosessimenettelyn kirjallinen tai suullinen luonne sekä sen julkisuuus.[38] Siviiliprosessuaalisen systeemin kehittely suuntautui näin yksityisoikeuteen. Riita-asian käsittelyn tavoitteeksi asetettiin suojata sitä, mikä on minun ja sinun, ja siviiliprosessi käsitettiin yksityisoikeuden jatkamiseksi toisin keinoin. Siviilioikeuden ja siviiliprosessin periaatteiden ja 'hengen' tuli olla samanlainen.

8.3. Siviiliprosessin herruus, todistelu ja prosessinjohto

Kysymys tuomioistuinmenettelyssä tavoiteltavan totuuden luonteesta johti ristiriitaan asianosaisten autonomiaa korostavan periaatteen ja 'materiaaliseen totuuteen' pyrkimisen periaatteen välillä. Valistuksen ajattelussa totuus on ehdoton, ilmeinen ja universaalilla tavalla saavutettavissa. Juridinen totuus saattaa olla pikemmin todennäköisyyttä kuin absoluuttista totuutta, mutta ihmisillä on yleinen ja universaali kyky arvioida ulkoisia tosiseikkoja ja myös toistensa totuudellisuutta, mikä tekee mahdolliseksi päästä juridiseen probabilistiseen totuuteen. Rikosprosessissa 'aineellinen totuus' voitiin jäännöksettömästi nähdä tällaisen universaalisti tunnistettavan totuuden näkökulmasta.

---

36. Kleinheyer ja Schröder 1983, 110. von Grolmanin teos Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ilmestyi vuonna 1800.
37. Grundriss zu Vorlesungen über den gemeinen Civilprozess, mit einer Vorrede über die wissenschaftliche Behandlungsart desselben. Teos ilmestyi vuonna 1821.
38. Nörr 1976, 50-51.

Sen sijaan siviiliprosessissa kysymystä ei voitu asettaa näin yksinkertaisesti. Eikö osa asianosaisten määräämisvaltaa ollut siinä, että nämä voivat keskenäisen sopimuksensa perusteella päätyä pitämään totena myös sellaista, mitä eivät voi tai halua demonstroida universaalilla tavalla? Legaalisen todistelun sääntöjenkin yhteydessä oli jo 1500-luvun lopun humanistisessa lainopissa syntynyt käsitys, jonka mukaan esimerkiksi tunnustus on siviiliprosessissa velvoittava dispositiivinen toimi.[39] Oliko siviiliprosessissa asianosaisten määräämisvalta asetettava korkeammalle kuin tuomioistuimen valta selvittää totuus universaalilla tavalla; oliko siviiliprosessissa ollenkaan pyrittävä siihen, että tuomari henkilökohtaisesti vakuuttuu hänelle esitettyjen väitteiden todenperäisyydestä? Ongelma kärjistyi, kun rikosprosessissa asetettiin tavoitteeksi 'materiaaliseen totuuteen' perustuva ratkaisu.

Porvarillisen prosessin katsottiin koskevan asioita, jotka *ovat asianosaisten määrättävissä*. Sen vuoksi asianosaisten piti voida määrätä myös se, mitä kysymyksiä tuomioistuimessa käsitellään. Tuomioistuimen oli sen vuoksi tyydyttävä *käsittelemään vain asianosaisten esittämää aineistoa*: asianosaisten vaatimuksia ja heidän esittämiään todisteita. Tuomioistuimen velvollisuus pidättyä omatoimisuudesta ja käsitellä vain asianosaisten esittämiä seikkoja esitettiin monien prosessioikeudellisten periaatteiden muodossa. Tällaisia periaatteellisia lausumia olivat mm. että tuomioistuin ei toimi viran puolesta (non procedat judex ex officio), ilman kannetta tai että se, mitä asianosaiset eivät ole esittäneet ei ole relevantilla tavalla olemassa (qued non est in actis, non est in mundo). Tuomari tuomitsee vain asianosaisten väitteiden ja todisteiden perusteella (iudex iudicet secundum allegata et probata partium).

N. T. *Gönner* esitti siviiliprosessuaalisen käsittelyperiaatteen myös kapeassa merkityksessä, suhteessa tosiasioiden selvittämiseen. Gönner pitää sekä tutkinta- että käsittelyperiaatteita legitiimeinä totuuden selvittämisen tapoina. Käsittelyperiaatteeseen kuitenkin päädytään, kun menettelyn kaikissa osissa lähdetään siitä periaatteesta, että jokainen kansalainen saa käyttää oikeuksiaan vapaan tahdonvaltansa mukaan. Siviiliprosessista tulee näin todistelun suhteen yksityisautonomian aluetta.[40]

---

39. Hugo Donellus luki siviiliprosessin todisteisiin asiakirjat (instrumenta) ja todistajat (testes), joihin tunnustus kuului. Inger 1979, 127.
40. Nörr 1976, 45-46.

Vanhan saksalaisen yleisen oikeuden mukainen siviiliprosessi antoi vanhastaan monessa suhteessa oikeudenkäynnin herruuden asianosaisille. Myös siviiliprosessissa käytettiin legaalisen todistusteorian mukaisia todistelusääntöjä. Asiakirjoilla ja todistajilla oli merkitystä todisteina, mutta *asianosaisen vala* oli käytännössä usein oikeudenkäynnin lopputuloksen ratkaiseva tekijä. Legaalisen todistelun periaatteiden mukaan asianosainen voi esittää itselleen edullisia seikkoja todisteina vain vannomalla asianosaisen valan. Muuten asianosaisen tällaisille väitteille ei tunnustettu todistusvoimaa. Asianosaisen valaa oli kuitenkin sekä legaalisen todistusteorian että sittemmin vapaan todistusteorian näkökulmasta vaikea sijoittaa varsinaisten todisteiden joukkoon. Perinteisesti asianosaisen vala vahvisti hänen omat väitteensä oikeiksi tai vastapuolen väitteet vääriksi. Vala oli asianosaisen valalla vahvistettu väite. Se oli jotakin todistelun ja asianosaisen esittämien vaatimusten väliltä. Jos siviiliprosessi nähtiin asianosaisten määräämisvallan näkökulmasta, valalla oli luonteva paikka prosessioikeuden järjestelmässä. Silloin vala oli yksi asianosaisille kuuluvista keinoista, joilla tämä voi vaikuttaa oikeudenkäynnin lopputulokseen. Prosessin herruuden näkökulmasta tällainen järjestelmä vahvistaa asianosaisten herruutta, vaikkakin tuomioistuin voi usein käyttää jossakin määrin harkintaa sen suhteen, kummalle asianosaiselle valan tekeminen oli annettava.

Saksalaisen yleisen prosessin mukaan vala esiintyi siviiliprosessissa etenkin kahdessa muodossa, *täytevalana* ja *tarjottuna valana*. Täytevalan vannova asianosainen sai täydentää esittämäänsä muuta näyttöä omalla valallaan. Tarjottu vala taas merkitsi sitä, että asianosainen tarjoutui vannomaan oikeaksi väitteensä, vaikka hänellä ei ollut sitä koskevia todisteita.[41] Valan tarjoaminen ja tämän tarjouksen hyväksyminen nähtiin saksalaisessa yleisen oikeuden mukaisessa prosessissa asianosaisten väliseksi sopimukseksi, johon tuomioistuin ei voinut puuttua.[42] Tuomarin tai tuomioistuimen käsityksellä valalla vahvistettujen seikkojen todenmukaisuudesta ei silloin ollut merkitystä. Tämä valan tyyppi osoitti erityisen selvästi asianosaisten olevan oikeudenkäynnin herroja.

41. Näistä legaalisen todistelun mukaan yleisistä valan muodoista Lindblad 1842, 190-192, 200-207. Täytevala katsottiin olevan perusta roomalaisessa oikeudessa; se oli vallitseva valan muoto saksalaisessa siviiliprosessissa. Afzelius 1879, 35-37.
42. Afzelius 1879, 163-164.

Käsitys asianosaisten oikeudesta määrätä prosessissa esitettävä totuus ilmenee myös siinä, että asianosaisella katsottiin halutessaan olevan oikeus *tunnustaa* itselleen epäedullinen seikka todeksi.[43] Legaalisen todistusteorian mukaan tällainen tunnustus sai erityisen aseman siinä mielessä, että se riitti täydeksi näytöksi. Siviilijutussa tunnustus ei tarvinnut tuekseen mitään muuta näyttöä - inkvisitorisessa rikosprosessissahan tuomarin oli ainakin periaatteessa pyrittävä löytämään muita, tunnustusta tukevia todisteita. Sekä *asianosaisen vala*, asianosaisen *tunnustus* että jonkin seikan *myöntäminen* nähtiin asianosaisen siviilioikeudellisen määräämisvallan jatkeeksi tai täydennykseksi.[44] Koska asianosaisilla oli valta muodostaa tietty oikeussuhde, heillä piti myös olla valta päättää, minkälaista todistelua siitä esitettiin ja missä laajuudessa sitä oli oikeudessa käsiteltävä. Siten asianosaisilla oli eräänlainen valta *ratkaista, mitä tuomioistuimessa oli pidettävä totena.*

Yksityisoikeudelliset oikeussuhteet edellyttivät yksityisoikeudellisen doktriinin mukaan oikeussubjektien tahdonilmaisuja, ja vastaavasti niiden jatkeena oleva oikeudenkäynti kummankin osapuolen myötävaikutusta. Yksityisoikeus nähtiin yhdenvertaisten oikeussubjektien vastavuoroiseksi suhteeksi, jossa toisen oikeutta vastaa toisen velvollisuus. Siviiliprosessissa tämä myötävaikutus tarkoitti yleensä asianajajan laatimien kirjelmien vaihtamista ja mahdollisesti valan tekemistä. Henkilökohtainen läsnäolo ei (Preussin siviiliprosessijärjestystä lukuun ottamatta) yleensä ollut välttämätön. Käytännössä vastaaja usein ei ollut halukas osallistumaan prosessiin.

Jo keskiaikaisessa prosessissa, aluksi kanonisen ja sittemmin myös saksalaisen yleisen oikeuden mukaan, tunnettiin *yksipuolinen tuomio*. Yksipuolisen tuomion sovittaminen varhaiseen moderniin siviiliprosessioppiin tuotti vaikeuksia.[45] Oikeuskäytännössä yleinen ja tarpeellinen yksipuolinen tuomio voitiin yhdistää käsitykseen siviiliprosessista

---

43. 13Käytän tässä Jouko Halilan suomenkielistä terminologiaa, jonka mukaan tunnustaminen (erkännande, Geständnis) merkitsee (itselle epäedullisen) tosiseikan tunnustamista. Jos asianosainen selittää vastapuolen vaateen olevan oikea, puhutaan myöntämisestä (medgivande, Anerkntnis). Kun kantaja myöntää vastapuolen vaateen kokonaisuudessaan, puhutaan yleensä kanteesta luopumisesta (uppgivande, eftergivande, Verzicht). Ks. Halila 1950, 23. Saksalainen esi- ja varhaismoderni terminologia ei välttämättä ollut vakiintunut tällaiseksi.

44. 1800-luvun alun saksalainen doktriini katsoi, että tunnustus (Geständnis), oikeudesta luopuminen (Verzicht) tai myötäminen (Anerkennung) perustuvat asianosaisen tahtoon ja olivat sopimuksenvaraisia asioita. Näin esittivät esimerkiksi Gönner ja Bethman-Hollweg. Bülow 1899, 3-7.

kahden asianosaisen välisenä oikeussuhteena siten, että kantajalla katsottiin olevan oikeus nostaa kanne, vastaajalla taas velvollisuus puolustautua. Yksipuolinen tuomio nähtiin eräänlaiseksi rangaistukseksi vastaajan niskoittelusta, siitä, että hän laiminlöi velvollisuutensa osallistua oikeudenkäyntiin.[46] Siviiliprosessia pidettiin perusolemukseltaan *yksityisoikeudellisen oikeussuhteen liitännäisenä* ja siinä mielessä asianosaisten keskinäisenä asiana. Yksipuolinen tuomio voitiin perustella niin, että poissaoleva vastaaja laiminlöi 'puolustautumisvelvollisuutensa' ja myönsi samalla kanteen oikeaksi.

Tuomioistuin voi pitää vastaajan poissaoloa ja passiivisuutta myöntämisenä, eräänlaisena osallistumisena oikeudenkäyntiin. Kun vastaajan poissaolo tulkittiin fiktiiviseksi kanteen myöntämiseksi, voitiin siviiliprosessi nähdä kahden oikeussubjektin tahdonilmaisujen varassa eteneväksi menettelyksi, vaikka yksipuolinen tuomio todellisuudessa annettiin vain kantajan aktiivisuuden ja tuomioistuimen tuomiovallan varassa.

8.4. Ranskalainen siviiliprosessi saksalaisessa oikeudessa

Saksalaisen rikosprosessin 1800-luvun muutokset liittyivät usein poliittisiin murroksiin - esimerkiksi valamiesjärjestelmän omaksuminen oli tällainen poliittisesti määrittynyt uudistus. Myös siviiliprosessin uudistumisessa poliittiset murrokset olivat tärkeitä, vaikka siviiliprosessi ei ollut samalla tavalla poliittinen asia kuin mielivaltaiseksi pakkovallaksi mielletty rikosprosessi. Yhdistyneen Saksan oikeudenkäyntijärjestyksessä myös siviiliprosessia uudistettiin. 1800-luvun lopulla saatettiin väittää ranskalaisten periaatteiden syrjäyttäneen vanhat saksalaisen yleisen prosessin periaatteet. Onkin totta, että nimenomaan ranskalainen siviiliprosessi oli monien uudistusten ja myös 1870-luvun valtakunnallisen siviiliprosessin esikuva.

Ranskan suuri vallankumous ja Napoleonin valloitussodat johtivat ranskalaisen rikosprosessin uudistumiseen ja sen omaksumien periaat-

45. Roomalaisessa riitaprosessissa katsottiin, että tuomiovalta oli perustettava riitapuolten sopimukseen, niin että vastaajan osallistuminen prosessiin oli välttämätön, Granfelt 1911, 16. Myös germaanisen prosessin perinteen pohjalta voitiin esittää samaa.

46. Yksipuolinen tuomio annettiin in contumaciam.

teiden ja instituutioiden leviämiseen eri puolille Eurooppaa. Ranskalainen siviiliprosessi ei vallankumouksen yhteydessä muuttunut yhtä paljon kuin rikosprosessi, sillä Ranskassa oikeudenkäynti oli siviiliasioissa vanhastaan suullista ja julkista. Vallankumouksen vaatimukset oikeudenkäytön julkisuudesta ja luottamus suullisen käsittelyn kykyyn paljastaa totuus asiassa eivät siviiliprosessissa merkinneet varsinaista muutosta. Se epäluottamus, jota vallankumous tunsi ammattituomareita kohtaan ilmeni pyrkimyksenä kieltää tuomarin oikeudentulkinta ja maallikkotuomareiden suosimisena. Siviiliprosessiin omaksuttiin siviiliriitojen sovittelu.

Napoleonin valloitussotien yhteydessä ranskalaiset prosessuaaliset periaatteet tulivat Euroopassa laajalti tunnetuiksi. Ranskan vuoden 1806 siviiliprosessilaki[47]ei olennaisesti uudistanut Ranskan siviiliprosessia, mutta se muodosti esikuvan Euroopan mannermaan siviiliprosessireformeille. Tämän lain mukaan siviiliprosessin piti olla julkista ja suullista. Todistelu oli esitettävä suullisessa käsittelyssä. Tuomarin tehtävä oli puhdistettava prosessin eteenpäinviemisestä ja täytäntöönpanotoimista, jotta tuomari voi puolueettomasti käsitellä asianosaisten esittämiä vaatimuksia ja todisteita. Suullisen menettelyn valmistelua palvelivat asianosaisten kirjelmät.

Ranskalainen siviiliprosessijärjestys rakentui käsittelyn kaksijakoisuuteen. Valmisteleva esikäsittely merkitsi asianosaisten asianajajien kirjelmien vaihtoa kokonaan oikeudenkäynnin ulkopuolella. Kumpikin asianajaja laati tuomioistuinta varten yhteenvedon, conclusions motivées. Tämä sisälsi asianosaisen vaatimukset ja niiden perusteet. Tuomio perustui asian välittömään suulliseen käsittelyyn oikeudessa. Varsinaisessa siviiliprosessissa todistajien kuulustelu tapahtui erikseen tätä varten asetetun tuomarin edessä, joka laati kuulustelupöytäkirjan. Tässä suhteessa ranskalainen prosessi ei muodostunut esikuvaksi muulle Euroopalle, vaan todistelu esitetään yleensä modernissa prosessissa suoraan tuomitsevalle oikeudelle.

Saksan valtioista Badenissa ja Baijerissa otettiin jo 1800-luvun alussa käyttöön suullinen menettely siviiliprosessissa. Tuomioistuimen prosessijohtovaltaa kavennettiin. Ranskalaisen siviiliprosessin periaatteiden omaksumista suosivat saksalaiset eivät yleensä korostaneet uudistusten esikuvan olevan ranskalainen siviiliprosessi. Ranskalaisen oi-

47. Code de procédure civile 1806.

keuden väitettiin palautuvan tässä suhteessa vanhaan frankkilaiseen, germaaniseen juureen. Ranskalaisen oikeuden lainaaminen esitettiin mieluusti paluuna perigermaaniseen ajatteluun.[48]

Vuoden 1848 poliittinen liikehdintä johti ranskalaisen siviiliprosessin mukaisiin uudistuksiin Saksan valtioissa. Frankfurtin esiparlamentin valtiosääntö sisälsi myös siviilioikeutta koskevia periaatteita, mutta se ei kyennyt yhtenäistämään oikeudenkäynnin sääntöjä. Vuoden 1848 jälkeen eri Saksan valtioissa kuitenkin toteutettiin riita-asioissa suullinen oikeudenkäynti. Ranskalaisen prosessin ja saksalaisen yleisen oikeuden perinteen mukaisesti siviiliprosessissa noudatettiin käsittelyperiaatetta - tuomioistuimen valta puuttua asian vireilletuloon, eteenpäinviemiseen ja todisteluun oli suhteellisen vähäinen. Reformihankkeiden ihanteen mukaisesti oikeudenkäynti oli keskitettävä suulliseen käsittelyyn. Siinä kaikki asianosaisten väitteet oli esitettävä välittömästi tuomarille. Kirjelmiä sai käyttää vain valmistelun välineinä. Vapaa todisteiden harkinta tuli monissa Saksan valtioissa käyttöön paitsi rikos- myös siviiliprosessissa. Legaalisesta todistelusta luopuminen nosti esiin vaatimuksen juryn käyttöönottamisessa lähinnä rikosasioissa; siviiliasioissa tuomarin harkintavalta oli helpommin hyväksyttävissä.[49] Uudistetusta rikosprosessista asianosaisen vala hävisi kokonaan, mutta siviiliprosessiin vala edelleen sisältyi. Yleensä tuomari antoi asianosaisten lausua käsityksensä ensin ilman valaa ja harkitsi sitten vapaan todisteiden harkinnan perusteella, oliko asianosaisen vahvistettava esittämänsä valalla.[50]

Saksan yhdistyminen teki yhteisen prosessijärjestyksen välttämättömäksi. Preussin oikeusministeriö pyrki jo vuonna 1870 koko Saksan valtakuntaa koskevan siviiliprosessijärjestyksen aikaansaamiseen. Vuonna 1871 valmistui ehdotus valtakunnalliseksi siviiliprosessilaiksi. Sen mukaan siviiliprosessin tuli olla suullista, mutta suullista menettelyä edelsi asian kirjallinen esikäsittely. Prosessin eteenpäin vieminen annettiin asianosaisten tehtäväksi. Ehdotuksen mukaan siviiliprosessissa omaksuttiin vapaa todistusharkinta. Ehdotus esitettiin Saksan vuoden 1874 valtiopäiville, se hyväksyttiin vuonna 1877 ja uusi laki vahvistettiin vuonna 1879.[51]

48. Wach 1885, 135

49. Uudistuksia toteutettiin mm. Braunschweigissa ja Hannoverissa vuonna 1850, Oldenburgissa 1857, Badenissa 1864, Württenbergissa 1868 ja Baijerissa 1869. Preussissakin laadittiin reformiehdotuksia Wach 1885, 137-144.

50. Afzelius 1979, 39.

Sittemmin käsittelymenettelyä ja yleensäkin näissä uudistuksissa omaksuttuja periaatteita arvostelevat saksalaiset juristit pitivät siviiliprosessijärjestystä ranskalaisen oikeuden jäljittelynä ja kummeksuivat sitä, että tällaiseen jäljittelyyn ryhdyttiin ikään kuin voitetun Ranskan-Saksan sodan lopputuloksena. Uudistuksen keskeiset periaatteet oli kuitenkin käytännössä omaksuttu lähes kaikissa Saksan valtioissa jo ennen valtakunnan yhdistymistä ja Ranskan kanssa käytävää sotaa.[52]

Vuotta ennen siviiliprosessilakia oli annettu uuteen prosessijärjestykseen läheisesti liittyvä asianajoa koskeva laki, Rechtsanwaltordnung. Tämä laki korosti omalta osaltaan siviiliprosessin asianosaispainotteisuutta siinä mielessä, että asianajajat olivat uusien säännösten mukaan vapaita ja itseään hallitsevia ammatinharjoittajia. Aikaisempi asianajoa koskeva lainsäädäntö oli asettanut asianajajat pikemminkin virkamiehen tai tuomioistuimen palvelijan asemaan. Uuden lain mukaan itsenäinen asianajaja voitiin nähdä selvemmin päämiehensä edustajaksi. Tosin saksalaisen asianajon ammattietiikkaan ja asemaan liittyi tämän uudistuksen jälkeenkin enemmän etatistisia piirteitä kuin anglosaksiseen asianajoon.[53]

Aina Saksan valtakunnan yhdistymiseen saakka sekä lainsäädäntö että lainopillinen doktriini korostivat siviiliprosessin asianosaisten valtaa oikeudenkäyntimenettelyn kohteen ja siinä käytettävien keinojen suhteen. Suullisen menettelyn omaksuminen merkitsi kuitenkin tuomioistuimen tosiasiallisen vallan kasvua siinä mielessä, että siviiliprosessissakin voitiin suullisen käsittelyn yhteydessä käyttää entistä laajemmin kuulustelun tekniikkaa. Suullinen menettely merkitsikin Saksassa olennaisesti muuta kuin Englannissa. Saksassa tuomioistuin johti suullista menettelyä. *Interaktion perusmalliksi muodostui myös siviiliprosessissa kuulustelu*, jossa tuomari johtaa menettelyä ja esittää kysymykset sekä asianosaisille (jos nämä ovat läsnä) että todistajille. Menettelyn esikuva oli lähinnä Ranskasta. Lainvalmistelijat eivät halunneet antaa asianosaisten esiintyä varsinaisina todistajina.[54]

Yksipuolinen tuomio ja siviiliprosessin nopeuttamistarpeen tyydyttämiseksi syntyneet ns. summaarisen prosessin muodot antoivat nekin tuomioistuimelle käytännössä vallan ratkaista riitoja toista asianosais-

51. Afzelius 1897, 46; Wach 1914, 4-6.
52. Wach 1914, 5.
53. Rueschemeyer 1973, 150-151.
54. Afzelius 1979, 47.

ta kuulematta ja sellaisen aineiston varassa, joka ei ole kokonaan asianosaisten määrättävissä. Yhdistyneen Saksan uuden siviiliprosessijärjestyksen mukaan oikeudenkäynnistä pois jääneen vastaajan katsottiin tunnustaneen kantajan väittämät seikat tosiksi. Tuomioistuimen oli vain tutkittava, perustivatko nämä seikat kantajan väittämän oikeuden; kantajalta ei vaadittu mitään näyttöä. Esimerkiksi samanaikainen ranskalainen ja englantilainen siviiliprosessioikeus edellyttivät vanhan kanonisen oikeuden perinteen mukaisesti, että kantajan oli todistettava kanteensa perustana olevat tosiseikat silloin, kun vastaaja jäi pois oikeudesta. Myös Saksan vuonna 1877 annetun rikosprosessijärjestyksen mukaan yksipuolisen tuomion edellytyksenä oli, että kantaja esitti riittävän näytön. Kun tuomioistuimilla yhdistyneessä Saksassa oli laaja valta arvioida vapaasti todistelua, oli prosessimenettelyn herruus siirtynyt huomattavassa määrin tuomioistuimille tai tuomareille. Siirtyminen kirjallisesta suulliseen menettelyyn merkitsi tuomioistuimen prosessinjohtovallan huomattavaa kasvua.

8.5. Vahvan valtion siviiliprosessioikeus

1800-luvun lopulla saksalaisen siviiliprosessia koskevan doktriinin perusteet muuttuivat. 1870-luvulta alkaen prosessioikeustiede itsenäistyi etenkin siviiliprosessia aikaisemmin hallinneesta siviilioikeudellisesta käsitteistöstä. Käsitelainopin valtakaudella oikeudellisten käsitteiden luominen nähtiin lainopin legitiimiksi tehtäväksi, ja prosessioikeuden itsenäistymisen katsottiin edellyttävän erityisen prosessioikeudellisen käsitteistön syntyä.[55] Prosessioikeudellisten instituutioiden luonteesta käytiin oppineita kiistoja. Teoreettisen ja käsitteellisen väittelyn keskeisenä kiistakysymyksenä voi mielestäni pitää sitä, miten oli ymmärrettävä *asianosaisten suhde toisiinsa* ja *heidän suhteensa tuomio-*

55. Jo 1800-luvun alun prosessioikeus oli tietoisen tieteellistämisen projektiin tulos. 1800-luvun lopun oikeustieteilijät näkivät kuitenkin vasta itsensä varsinaisen tieteellisen prosessioikeuden kehittäjiksi; Oskar Bülowin ja Adolf Wachin sukupolven tutkijoiden onkin käsitetty luoneen saksalaisen tieteellisen prosessioikeuden. Wachin mielestä von Gönnerin ja von Grolmanin tapaiset luonnonoikeuteen nojaavat tutkijat eivät täyttäneet, mitä 'Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung' edellytti, koska heidän työnsä ansioistaan huolimatta sisälsi 'überhastete subjektivistische Vernünftelei'. Wach 1885, 176.

istuimeen. Tässä vaiheessa olennaisempaa kuin prosessioikeuden itsenäistyminen ja tieteellistyminen oli se, että siviiliprosessia koskeva doktriini irtaantui prosessin yksityisoikeudellisia piirteitä ja asianosaisten määräämisvaltaa korostavasta käsitteistöstä.

Monet yksittäisiä prosessuaalisia kysymyksiä koskevat kiistat liittyivät tavalla tai toisella tähän keskeiseen kysymykseen. Aivan erityisesti asianosaisten suhdetta toisiinsa ja heidän suhdettaan valtiovaltaa edustavaan tuomioistuimeen käsiteltiin ns. *prosessioikeussuhdetta* tai *prosessisuhdetta* koskevan keskustelun yhteydessä. Monet 1900-luvun prosessualistit ovat pitäneet tätä keskustelua tarpeettomana akateemisena teoretisointina, joka ei mitenkään auta ymmärtämään prosessin käytäntöä. Prosessioikeussuhdetta koskeva kiista onkin oman käsitykseni mukaan ymmärrettävissä perimmältään keskusteluna, jossa työstettiin etatistisesti painottunutta käsitystä asianosaisten ja tuomioistuimen suhteesta. 1800-luvun alkupuolen siviiliprosessia koskeva keskustelu ja uudistukset antoivat tälle selvästi liberalistisen tai kansalaisyhteiskunnan yksityisoikeudellisia suhteita painottavan tulkinnan. Yksityisoikeuden systeemi nähtiin perimmiltään kansalaisyhteiskunnan suhteiden järjestelmäksi, ja yksityisoikeudellisten oikeussuhteiden oikeuskäsittely asianosaisten tahdonilmaisujen varassa eteneväksi menettelyksi. Asianosaisten suhde tuomioistuimeen tulkittiin ihmis- tai luonnonoikeudellisesti kansalaisen oikeudeksi saada tuomio ja tuomioistuimen velvollisuudeksi antaa tuomio.

Kiista prosessioikeussuhteesta sai vauhtia vuonna 1877 ilmestyneestä teoksesta, joka käsitteli asianosaisen velvollisuutta osallistua aktiivisesti oikeudenkäyntiin.[56] Vallitsevan doktriinin mukaan prosessin syntyminen edellytti, että kantaja nosti kanteen ja vastaaja haastettiin siihen. Kantajalla katsottiin olevan oikeus nostaa kanne, ja vastaajalla velvollisuus tulla oikeudenkäyntiin tai puolustautua (Einlassungszwang, Defensionspflicht). Oikeudenkäynti muodostui siten kantajan oikeuden ja vastaajan velvollisuuden muodostamasta oikeussuhteesta. Etatistisesti painottuneen doktriinin luoja ja prosessioikeussuhde-käsitteen kehittelijä oli Oskar *Bülow*. Bülow käytti jo vuonna 1868 ilmestyneessä teoksessaan käsitettä prosessioikeussuhde tai prosessisuhde. Hän esitti, että prosessioikeussuhde tosin liittyy aineellisoikeudelliseen oikeussubjektien väliseen oikeussuhteeseen - yksityisoikeu-

56. Degenkolb 1877.

delliseen oikeussuhteeseen - mutta ei kuitenkaan ole yhtä sen kanssa. Prosessioikeussuhde *ei* ole tulosta oikeushenkilöiden (asianosaisten, tuomioistuimen) *vapaasta toiminnasta* tai *tahdonilmaisuista.* [57]

Prosessioikeussuhde-termi ei ole Bülowin teoksen varsinainen teema. Varsinaisena aiheena siinä on oikeuskäytännön kannalta tärkeä kysymys prosessiväitteiden merkityksestä oikeudenkäynnissä. Vallitsevassa doktriinissa roomalaiseen oikeuteen palautuvaa väite- l. exceptiones-instituutiota tulkittiin niin, että prosessiväitteitä esittämällä oikeudenkäyntiä voitiin huomattavasti viivyttää. Bülow väittää teoksessaan saksalaisen doktriinin perustuvan väärään roomalaisen oikeuden tulkintaan.[58] Hän esittää, että prosessiväitteitä koskeva oppi olisi korvattava opilla prosessinedellytyksistä. Hänen käsitteistössään *prosessinedellytykset* ovat juuri *prosessioikeussuhteen syntymisen edellytyksiä.*[59]

Prosessiin oikeutettu saa aineellisen oikeuden toteuttamista koskevan vaateensa kautta aikaan uuden oikeussuhteen, prosessioikeussuhteen. Molemmilla prosessioikeussuhteen asianosaisilla on samat oikeudet ja velvollisuudet. Siten kysymys ei ole ihmisoikeuksiin rinnastuvasta oikeudesta nostaa kanne ja vastaajan velvollisuudesta vastata siihen. Kysymys ei myöskään ole aineellisen yksityisoikeuden mukaisesta oikeussuhteesta asianosaisten välillä. Bülow torjuu sekä käsityksen kanneoikeudesta eräänlaisena luonnonoikeuteen palautuvana ihmisoikeutena että käsityksen prosessioikeussuhteesta asianosaisten välisen yksityisoikeudellisen suhteen toisintona. Sekin, että Bülow korvaa prosessiväitteet prosessinedellytyksillä on osa liikettä, jolla siviiliprosessioikeuteen luodaan tuomioistuimesta ja valtiosta käsin määräytyvä näkökulma. Väitteiden esittäminen liittyy asianosaisten toimivaltaan, prosessinedellytysten toteaminen tuomioistuimen. Prosessioikeussuhde ei pääty siihen, että syntyy asianosaisten intressien mukainen sopimus, vaan tuomioon, jonka aktiivinen tuomioistuin antaa. Tuomio on valtion auktoriteettiin perustuva julkisoikeudellinen toimi.[60]

---

57. Bülow 1868, 1-17.
58. Bülow esittää varhaisen germaanisen prosessin tuomarin passiivisuuden vaikuttaneen siihen, että roomalaisen oikeuden exceptiones-instituuttia tulkittiin saksalaisessa prosessiteoriassa väärin. Bülow 1868, 297-302.
59. Väitteitä koskevat opit olikin sen vuoksi korvattava uudessa siviiliprosessijärjestyksessä opilla prosessinedellytyksistä. Bülow 1868, 312-313.
60. Bülow 1868, 303.

Bülow arvosteli asianosaisten yksityisoikeudellisiin oikeuksiin ja velvollisuuksiin rakentuvaa käsitystä siviiliprosessista myös vastustaessaan vastaajan velvollisuutta osallistua oikeudenkäyntiin (Einlassungszwang) - tämä liittyy edellä kuvattuun laajempaan keskusteluun siitä, miten prosessi syntyy. Bülowin mukaan prosessi syntyy, kun kantaja panee tuomioistuimessa vireille kanteen. Oikeudenkäynnin syntymiseen ei vaadita mitään vastaajan prosessiin osallistumista. Jos vastaaja ei halua tulla paikalle tai antaa selityksiä asiassa, oikeudenkäynti jatkuu *kantajan* ja *tuomioistuimen* välisenä asian käsittelynä. Jos vastaaja jättää vastineen, ei kysymys ole velvollisuuden täyttämisestä, vaan hänen oman itsenäisen oikeutensa käyttämisestä. Bülow esittää oikeudenkäynnin olennaisesti *kummankin asianosaisen* toisistaan erilliseksi ja *julkisoikeudelliseksi suhteeksi tuomioistuimeen*, ei asianosaisten keskinäiseksi yksityisoikeudelliseksi oikeussuhteeksi.[61]

Prosessioikeussuhteen käsitteen omaksuvat tutkijat korostivat myös siviilioikeudenkäynnin (eikä vain rikosprosessin) järjestystä *pakkojärjestyksenä*, jossa kanne sisältää tuomioistuimelle suunnatun tuomiovaatimuksen. Laajaa huomiota saaneessa artikkelissaan laista ja tuomarinvirasta vuodelta 1885 (jota on edellä käsitelty toisesta näkökulmasta)[62]Bülow torjui käsityksen tuomarin toiminnan mekaanisesta luonteesta ja väitti lain olevan vain eräänlainen oikeusjärjestyksen luonnos, jonka pohjalta voimassaoleva oikeus syntyy tuomarin toiminnan kautta. Historiallisesti tuomarit ovat Bülowin mukaan aina luoneet oikeutta, ja myös moderni säädetty oikeus edellyttää tuomarin luovaa panosta.[63] Bülowin tuomioistuinmenettelylle antama tulkinta korosti siten tuomioistuimen toiminnan merkitystä - siinä sekä siviili- että rikos*prosessin keskeinen subjekti on tuomari.*

Vuonna 1899 julkaistussa teoksessaan tunnustamisesta Bülow pohtii oikeustoimiopin suhdetta oikeudenkäynnissä annettuihin tahdonilmaisuihin. Tunnustusta koskeva siviiliprosessiteoria on tosin läheisessä suhteessa yksityisoikeudelliseen oikeustoimioppiin. Yleisesti myöntämisen vaikutus on johdettu asianosaisen tahdosta.[64] Asianosaisten prosessitoimet eivät kuitenkaan saa yksityisoikeudellisia vaikutuksia. Niiden vaikutus suuntautuu tuomioon, ei riitaiseen oikeuteen. Vasta tuo-

61. Bülow 1879, 1 ss.
62. Ks. sivulle 144, alaviite.
63. Bülow 1972 (1885), 2 ss., 40-48.
64. Bülow 1899, VII, 3-6.

miolla on yksityisoikeudellisia vaikutuksia. Asianosaisten prosessitoimet ovat epäitsenäisiä ja sidoksissa tuomioistuimen ratkaisuun. Eri prosessitoimet ovat lisäksi vuorovaikutuksessa toisiinsa, eikä asianosaisten prosessitoimilla ole yleensä itsenäisiä oikeusvaikutuksia.[65] Bülowin mukaan oikeustoimen pätevyys edellyttää asianosaisella olevan sekä tahto tietyn selityksen antamiseen että tahto saada aikaan tietyt oikeusvaikutukset. Prosessissa esitetyt asianosaisen tahdonilmaisut eivät ole tässä mielessä oikeustoimia. Erityisesti jonkin seikan tunnustaminen saa aikaan oikeusvaikutuksen riippumatta siitä, tahtooko asianosainen tällaisen vaikutuksen syntyvän. Oikeusvaikutus syntyy lain nojalla asianosaisen annettua selityksensä, riippumatta siitä, mitä asianosainen on tarkoittanut.

Bülowin mukaan siviiliprosessi tosin on luonteeltaan erilainen kuin rikosprosessi siinä mielessä, ettei valtion pidä tarpeettomasti puuttua yksityishenkilöiden intresseihin ja huolehtia heidän oikeuksistaan. Jos asianosaiset ovat yhtä mieltä siitä, mitkä heidän väliseensä riitaan liittyvät faktiset olosuhteet ovat, ei tuomioistuimella - valtiolla - ole oikeutta tutkia näitä tosiseikkoja, vaan sen on tyydyttävä asianosaisten selitykseen. Tosiseikan tunnustamiselle annetaan tietty oikeusvaikutus sen vuoksi, että julkinen oikeudenhoidon intressi, yleinen hyvä tai publica utilitas sekä oikeusjärjestyksen olemus *rauhanjärjestyksenä* saavat tuomioistuimen ottamaan etäisyyttä totuuden tutkimiseen.[66] Oikeusvaikutus ei synny siksi, että asianosaista tällä hetkellä 'huvittaa tunnustaa' tämä seikka tai siksi, että tuomioistuimille 'pitäisi asettaa epärealistinen vaatimus pitää *totena* jotakin minkä totuudesta ne eivät ole vakuuttuneita'.

Toisen tärkeän 1800-luvun loppupuolen saksalaisen prosessioikeustieteilijän, Adolf *Wachin* käsitys oikeudenkäynnin tavoitteesta ja subjekteista oli sekin etatistisesti painottunut. Wachin mukaan siviiliprosessin immanentti tavoite on objektiivinen oikeussuoja, oikeussuoja subjektiivisten oikeuksien loukkauksia ja vaarantamista vastaan. Tämän tavoitteen täyttävä toiminta on valtion akti: se on tuomiovallan, valtiovallan käyttöä. Oikeuden ehdoton tai dispositiivinen, salliva tai velvoittava sisältö ei vaikuta sen julkis- tai yksityisoikeudelliseen luonteeseen. Prosessioikeussuhdetta koskevan väittelyn yhteydessä Wach väitti, ettei siviiliprosessissa ole kysymys kansalaisten julkisoikeudelli-

65. Bülow 1899, 74-85.
66. Bülow 1899, 245.

sesta 'abstraktista kanneoikeudesta', joka kohdistuu valtioon. Wach katsoi prosessioikeussuhteen siviiliprosessissa määräytyvän yksityisoikeudellisten intressien näkökulmasta siinä suhteessa, että kantajan oikeussuojavaatimusta vastaa vastaajan velvollisuus myötävaikuttaa asian selvittämiseen. Siviiliprosessissa tuomion ei kuitenkaan ei ole välttämättä perustuttava aineelliseen totuuteen - tuomion perustaksi riittää se *muodollinen totuus*, jonka asianosaiset haluavat esittää.[67] Vastaajalla ei ole ehdotonta velvollisuutta olla läsnä siviiliprosessissa, ja koska sitä ei ole, on mahdotonta päästä 'aineelliseen totuuteen'.

Myöhemmin Wach osittain muutti kantaansa prosessioikeussuhteen käsitteeseen. Hänen 1880-luvulla omaksumansa kannan mukaan vallitseva saksalainen doktriini oli väärässä esittäessään siviiliprosessin tavoitteeksi yksityisoikeuksien toteuttamisen. Prosessin tavoite ei määräydy yksittäisesti prosessisubjektista (asianosaisesta) eikä varsinkaan kantajasta. Oikeudenkäynnissä ovat vastakkain kantajan väittämä oikeussuojaintressi ja vastaajan intressi, ja sen vuoksi prosessi on luonteeltaan kontradiktorista. Vain toinen väitetyistä oikeussuojaintresseistä on oikeutettu. Asianosaisen motiivina hänen ryhtyessään oikeudenkäyntiin on tosin saada itselleen edullinen tuomio, mutta prosessi ei ole tällaisten yksityisoikeudellisten vaateiden toteuttamista. Prosessin tavoitteena on *oikeussuoja*, oikeuden suojeleminen, ja prosessi on *oikeussuojajärjestys*. Oikeussuojavaatimus ei ole vastaajaan suuntautunut yksityisoikeudellinen vaatimus, vaan valtioon suuntautuva julkisoikeudellinen vaatimus, *tuomiovaatimus*.[68]

Oskar Bülowin mukaan tuomioistuin ei saa tuomita ennen prosessin aloittamista, koska ilman asianosaisia ei ole oikeudenkäyntiä, nemo judex sine actore. Silti voidaan selittää, että kansalaisella on oikeus saada tuomio. Prosessioikeusjärjestys myöntää tulevaa ja vielä aivan epävarmaa tapausta koskevan mahdollisuuden, että prosessijärjestyksen mukaisella tavalla nostetaan kanne. On vain abstrakti ja ehdollinen mahdollisuus, että oikeus syntyy. Valtio velvoittaa tuomioistuimet ottamaan käsiteltäväksi ja tuomittavaksi jokaisen prosessijärjestyksen mukaisen kanteen. Siksi jokainen kansalainen voi rakentaa sen varaan, että kanne tuottaa oikeuden saada asia tuomioistuimen käsittelyyn.[69] Valtion viranomaisella on tietyillä edellytyksillä velvollisuus aloittaa

67. Wach 1879, 112-115.
68. Wach 1885, 19-24.
69. Bülow 1903, 9-10.

rikosprosessi, ja kansalaisella on sitä vastaava kanneoikeus. Tämä oikeus on objektiivisesti ja subjektiivisesti määrittynyt, koska velvoite ja oikeus perustuvat yksilöityyn rangaistavaan tekoon, yksilöllisesti määritettyyn tapaukseen. Siviiliprosessissa taas ei ennen prosessin aloittamista ole mitään määrättyjä asianosaisia tai prosessin kohdetta. Siviiliprosessin alueella on kysymys vain jokamiehelle kuuluvasta yleisesti kelpoisuudesta nostaa rajaton määrä prosesseja kaikissa mahdollisissa prosessioikeuden in abstracto sallimissa yksityisoikeudellisissa asioissa. Tällainen laaja kelpoisuus tai toimivalta ei ole 'kypsä oikeudeksi'. Se voi vaikuttaa oikeuksien syntymiseen, mutta on *samantapainen kelpoisuus kuin oikeustoimikelpoisuus*; henkilökohtainen ominaisuus, henkilön 'statuksen' kvaliteetti. Se on henkilöille kuuluvan *oikeustoimikelpoisuuden erityinen muoto.*[70]

Prosessioikeusteoriassa oli puhuttu epätarkasti 'oikeudesta' perusoikeuksien mielessä. Oikeus saada oikeutta tuomioistuimessa tulkittiin samanlaiseksi oikeudeksi kuin 'äänioikeus' tai 'mielipiteen ilmaisemisen oikeus'. Kun prosessin kantajan vaatimus nähtiin yksityisoikeudelliseksi, oli luonnollista tulkita asia näin. Tällainen teoria antaa kantajalle esiprosessuaalisen oikeuden saada tuomio, vieläpä oikeuden vaatia itselleen edullinen tuomio. Bülowin mukaan julkisoikeudessa ei käytetä näin laajaa subjektiivisen oikeuden käsitettä, eikä sille ole perusteita prosessioikeudessakaan.[71]Kanneoikeus ei voi olla tuomiovaatimuksena olemassa ennen kanteen nostamista, koska siltä puuttuu määrittynyt tuomioistuin, asianosaiset, prosessin esine ja kohde. Abstrakti kanneoikeus on siten luonteeltaan samantapainen kuin aikoinaan juristien puheenparteen juurtuneet 'perusoikeudet', 'alkuperäiset oikeudet' tai 'yleiset ihmisoikeudet'. Sellaisia oikeuksia ei Bülowin mukaan voi ottaa tieteessä vakavasti. Tällaiset 'oikeudet' ovat vain ihmisen kelpoisuuksia, joita oikeusjärjestys antaa jokamiehelle. Yleisten ihmisoikeuksien teoria oli Bülowin mukaan jättänyt paljon jälkiä oi-

70. Bülow 1903, 10-12.

71. Otto Mayer tulkitsi hallinto-oikeuden esityksessään subjektiivisia oikeuksia suhteellisen laajasti. Jellinek katsoi, että yksilöillä on kyky esittää valtiovallalle vaatimuksia; kansalaisilla on subjektiivisia julkisia oikeuksia, Jellinek 1905. Jellinek kiisteli Paul Labandin kanssa siitä, mihin asti subjektiivisia oikeuksia koskeva oppi oli julkisoikeudessa ulotettava. Kiistassa oli kyse etenkin siitä, mitkä oikeudet olivat riittävän yksilöityjä ollakseen subjektiivisia oikeuksia. Oskar Bülow yhtyi yleensä Labandin kannanottoihin, mutta katsoi ettei Jellinekin tai Mayerinkaan käsityksistä saa tukea sille, että yleiset ihmis- ja kansalaisoikeudet olisivat subjektiivisia oikeuksia. Bülow 1903, 13-14.

keudelliseen terminologiaan ja lainsäädännön kieleen. Monia kelpoisuuksia kutsutaan 'oikeuksiksi'. Lainoppia oli systematisoitava niin, että oikeusjärjestyksen antamaa valtaa saada aikaan, muotoilla ja lopettaa oikeuksia kutsutaan oikeutukseksi, valtuudeksi tai kelpoisuudeksi.[72]

1800-luvun lopulla siviiliprosessia koskeva doktriini painottui entistä julkisoikeudellisemmin. Mahdollisesti siviilioikeudellisen doktriinin sisällä ilmenevä ristiriita liittyy samaan historialliseen yhteyteen. Klassisessa oikeustieteen systeemissä keskeinen sopimusoikeuden 'tahtomalli' käsittää tahdon oikeustoimen olennaiseksi elementiksi; oikeustoimi sitoo tekijäänsä, koska se ilmaisee tämän todellista tahtoa. Sopimuksen pätevyyden sitomista sopijapuolen tahtoon arvosteltiin siitä, ettei se ei ota riittävästi huomioon 'vaihdannan intressiä'. Sopimusoikeudellinen 'luottamusmalli' pyrkii korjaamaan tämän ongelman. Luottamusmallin korostuminen osoittaa siviilioikeudellisen doktriinin kiinnostuksen suuntautuvan yksilönautonomian suojelemisesta laajemman 'sopimuskohtuullisuuden' toteutumiseen, minkä voi vuorostaan väittää ilmentävän etatistista valtion vastuuta markkinoiden esteettömästä toiminnasta. Siviiliprosessuaalisten oppien muutokseen vaikuttavat oletettavasti samat syyt, jotka nostavat esiin tahtomalliin kohdistuvaa kritiikkiä.[73]

Saksalaisille 1800-luvun lopun prosessualisteille siviiliprosessin kohteena ei ole se, mitä asianosaiset ristiriitaisella tavalla esittävät. Prosessin kohde on henkilöiden yksityisoikeudellinen suhde, mutta siinä sekä kantaja että vastaaja esittävät vaatimuksen saada oikeussuojaa. Tällainen oikeussuojavaade on valtiolle esitetty vaatimus, jolla asianosainen vaatii oikeussuojaintressinsä toteuttamista ja vastapuoltaan sietämään tähän liittyvän menettelynsä. Myös siviiliprosessi on julkisoikeutta, jonka immanentti tavoite on suoja subjektiivisten oikeuksien

72. Bülow 1903, 17-21.

73. Juha Tolonen huomauttaa, että tahtoteoriassa lähdetään tahdonilmaisun antajasta, luottamusteorian näkökulma taas on tahdonilmaisun vastaanottajan. Luottamusmalli viittaa siihen, ettei 'tahtoa' voi oikeustoimen yhteydessä käsittää täysin autonomiseksi, vaan se perustuu aina sopijapuolen saamaan tietoon. Toloselle sopimusoikeudellinen luottamusteoria on eräänlainen tahtoteorian 'vaarallinen suplementti', yksityisoikeuden klassiseen systeemiin sisältyvän ristiriidan ilmaus, Tolonen 1973, 353-364. Juha Pöyhösen mukaan luottamusmallissa 'vaihdannan intressistä' tulee prima facie-periaate, johon perustuvia oikeussääntöjä pidetään ankarina; sopimusoikeuteen ei omaksuta uusia periaatteita, mutta periaatteiden keskinäinen painoarvo muuttuu, Pöyhönen 1988,139-143. Tolonen ja Pöyhönen eivät paikanna luottamusmallin vahvistumista historiallisesti.

vaarantamista ja rikkomista vastaan. Siten siviiliprosessin *tavoite on ylläpitää julkisoikeudellista oikeusjärjestystä, ei toteuttaa yksittäisten oikeussubjektien oikeuksia*, mikä olisi heidän keskinäinen asiansa.

Siviiliprosessille esitettiin siten 1800-luvun lopun uudelleen syntyneessä Saksan keisarikunnassa *oikeussuojan* ja *oikeusrauhan kaksoistavoite*. Kummankin tavoitteen toteutumiseen nähden ratkaisevassa asemassa oli oikeudenkäynnin subjekteista kolmas, valtiota edustava tuomioistuin. Vuosisadan alkupuolella siviiliprosessi oli käsitteellistetty toisin: sekä vanhan yleisen oikeuden tradition että liberalistisesti painottuneen näkemyksen mukaan siviiliprosessin tavoitteeksi nähtiin alamaisen tai kansalaisen oikeuden toteuttaminen. Tämän tavoitteen toteutumisen piti olla perimmältään asianosaisten vallassa.

Prosessioikeussuhde-käsitteen avulla työstettiin kysymystä siitä, kuka määrää siviiliprosessin tavoitteen ja kulun. Käsite jäi riidanalaiseksi. Osa lainoppineista katsoi, ettei ollut ollenkaan tarpeen olettaa asianosaisten välille tai tuomioistuimen ja asianosaisten välille mitään erityistä prosessioikeussuhdetta. Sekä siviili- että rikosprosessi ovat olemukseltaan samanlaisia siinä suhteessa, että prosessisäännöt ovat julkisoikeudellisia ja prosessioikeus siten osa julkisoikeutta. Siviili- ja rikosprosessin ero liittyy vain prosessin edellytyksiin. Aineellisen oikeuden haltijalla on tähän liittyvä oikeus prosessiin, ja siihen kuuluu oikeusjärjestyksen mukainen valta toiseen henkilöön nähden. Tämä oikeus käsittää vain oikeuden esittää valtioon kohdistuva oikeussuojavaade. Jos prosessisuhteen tai prosessioikeussuhteen käsitettä haluttiin käyttää, se oli käsitettävä pakotetuksi suhteeksi, jossa tuomioistuin on keskeinen osapuoli. Riippumatta siitä, minkä kannan eri lainoppineet omaksuivat prosessisuhde-käsitteeseen, oli kiistan lopputulos etatistisen doktriinin vahvistuminen.

Monia yleisen oikeuden kautta vakiintuneita prosessioikeudellisia instituutioita tarkasteltiin vuosisadan alun ja lopun siviiliprosessia koskevien käsitysten valossa aivan eri tavoin. Esimerkiksi positiivisen oikeuden mukainen asianosaisen valta tunnustaa tietyt tosiseikat tosiksi tulkittiin liberalistisessa mallissa osaksi asianosaisten määräämisvaltaa. Tämän nähtiin ulottuvan myös siihen, mitä tuomioistuimen on pidettävä totena. Etatistisessa mallissa sen sijaan on kysymys oikeusrauhan vuoksi tehdystä myönnytyksestä. Mahdollisuus antaa yksipuolinen tuomio tulkittiin yksityisoikeudellisesti painottuneen tulkinnan mukaan siten, että vastaaja fiktiivisesti myönsi kanteen. Etatistisen tulkin-

nan mukaan kantajan tuomioistuimelle esittämä oikeussuojavaade oikeuttaa tuomioistuimen antamaan yksipuolisen tuomion. Mitään vastaajan fiktiivistä myöntämistä ei tarvita. Vaikka asianosaisilla onkin määräämisvalta tavoittelemiinsa oikeuksiin, ei tästä seuraa valta määrätä prosessuaalisista keinoista.

Vuonna 1881 ilmestyneen oikeustieteellisen ensyklopedian mukaan 'vaikka prosessissa tavoiteltavat oikeudet ovatkin asianosaisten yksityisiä oikeuksia, on kuitenkin kysymys valtion avusta, jota niiden toteuttamiseksi pyydetään, ja vastaavasti määrätään valtion oikeuden mukaan, minkä edellytysten mukaan ja millä tavalla ne toteutetaan. Asianosaisten määräämisvalta prosessissa tavoiteltujen oikeuksien suhteen ei sen vuoksi sisällä määräämistä valtion ja sen orgaanien, tuomioistuimien, oikeuksista, vaan viimeksimainitut periaatteessa itsenäisesti käsittelevät prosessin järjestystä ja ottavat huomioon asianosaisten määräämisvallan vain siinä määrin, kuin valtio ja sen prosessijärjestys niin nimenomaisesti määrää tai määräykset suojaavat asianosaisintressiä'.[74] Vuosisadan alun prosessioikeudellisten käsitysten katsottiin olevan suorastaan vaarallisia siinä, että ne johtavat asianosaisten liialliseen valtaan määrätä oikeudenkäynnin kulkua.

74. von Holzendorff 1881, III.1, 217-218.

IV KÄSITTEELLISESTÄ HISTORIALLISEEN

Edellisissä jaksoissa jäljitin modernille prosessille ominaista tietämisen tapaa oikeudenkäyttöä koskevasta doktriinista, sosiaalisista instituutioista ja käytännöistä. Väitin modernin oikeuden kategorioiden osallistuvan aktiivisesti modernin yhteiskunnan 'alueiden' syntyyn, mutta samalla integroivan niitä universaalin käsitteistönsä kautta. Modernin oikeuden käsitteet tai kategoriat muodostuvat osaksi monien alueiden käytäntöjä ja itsestään selvää tietämisen tapaa. Katsoin varhaisen modernin prosessin asettuvan valtiota ja kansalaisyhteiskuntaa erottavalle rajapinnalle, ja erotin toisistaan liberalismille, republikanismille ja etatistismille ominaisen tavan hahmottaa prosessi valtion ja kansalaisyhteiskunnan suhteena.

Seuraavassa pyrin osoittamaan, milloin ja minkälaisena modernille prosessille ominainen tietämisen ja käytäntöjen ykseys ilmenee suomalaisessa oikeudessa. Max *Weberin* terminologialla tutkimuksen edelliset jaksot voisi ymmärtää modernin oikeudenkäynnin ideaalityypin täsmentämiseksi sekä sen variaatioiden esittämiseksi. Seuraavissa tutkimukseni jaksoissa modernin oikeudenkäytön hypoteesia sovelletaan historialliseen aineistoon. Ideaalityypin avulla minun pitäisi kyetä ajoittamaan suomalaisen modernin prosessin synty; ideaalityypin pitäisi samalla toimia vertailun välineenä, jonka avulla olisi mahdollista arvioida suomalaista modernia oikeudenkäyttöä liberalismin, republikanismin ja etatismin ulottuvuuksilla. Näin tutkimukseni eteneekin.

Jäännöksettömästi en kuitenkaan voi pitäytyä Weberin metodologisessa näkemyksessä. Myöhäismoderni perspektiivi kyseenalaistaa sen tavalla, joka estää tutkijan yksiulotteisen varmuuden. Osaksi ongelmat liittyvät siihen, että tutkimusteemani yhteydessä sekä ajalliset että 'kohteen' rajaukset ovat vaikeita. Oikeudenkäytön esimodernit instituutiot ja käytännöt eivät lakkaa, vaan muuttavat muotoaan. Ne muuttuvat hitaasti, ja tutkija joutuu kohtaamaan pitkän ajallisen jännevälin tarkasteluun liittyviä ongelmia. Missä rajoissa 'esimoderni' tai

suorastaan 'ylihistoriallinen' aines on mahdollista suhteuttaa moderniin myöhäismodernista näkökulmasta?

Historiallinen ja 'looginen' tarkastelu asetetaan tieteessä usein toisiaan vastaan. Tästä syntyvät ongelmat vaivaavat sekä yhteiskunta- että historiatieteitä. Viime kädessä on kysymys ajallisuuden ongelman hallitsemisesta; tietoisuus liittyy ajan käsittämiseen. Ongelmaa voi lähestyä sekä yhteiskunta- että historiatieteen suosiman kielikuvan kautta. Yhteiskunta hahmotetaan usein tasoiksi tai pinnan ja 'syvyyden', toisin sanoen perustavampien tasojen samanaikaisuudeksi.

Näiden tasojen katsotaan usein noudattavan omaa aikaansa. Ranskalaiset annalistit kiinnittävät huomiota pitkiin historiallisiin ajanjaksoihin ja yhteiskunnan 'perustason' suhteelliseen muuttumattomuuteen. Perustasollaan historia käsitetään lähes ajattomaksi; 'pitkän keston' tasolla rakenteet ja instituutiot muuttuvat hyvin hitaasti. Tämän tason aika on pikemminkin syklistä. Tämän tason 'yläpuolella' historia esiintyy 'lempeiden rytmien' sosiaalisena aikana, konjunktuureina. 'Pinnan' tasolla taas tapahtumat ovat kuin teräviä aaltoja, jotka kuuluvat yksilöiden aikaan. Historia tai historiallinen aika jaetaan näin heuristisesti tasoihin, joiden välillä historiankirjoittaja joutuu siirtymään.[1] Aika ei virtaa vain yhdellä nopeudella, vaan nopeasti tai hitaasti, ja sivilisaatioiden syvyyksien historialliset rakenteet muuttuvat hitaimmin. Niissä täysi katkos on suhteellisen harvinainen.[2]

Samalla historiankirjoitukseen sisältyy 'päivänpoliittisen' yksilötoiminnan ja koko yhteiskuntaa kannattelevien sosiaalisten toimintatapojen vastakkainasettelu; sosiaalinen merkitsee silloin usein yksilötoiminnan tiedostamattomia ehtoja. Pitkän keston instituutioiden historiasta tulee organisoitumisen, sosiaalisten massojen ja 'realiteettien' vakaiden suhteiden historiaa. Tällaiset rakenteet ovat ihmisen kokemuksen rajoja. Sosiaalisen kehityksen tiedostamattomien elementtien historia voidaan esittää ajan syvä- ja pintarakenteen avulla. Pinnan ajan tapahtumia tarkasteleva ihminen päättelee, että on olemassa jokin 'syvempi' sosiaalinen tiedostamaton. Siirtyminen tapahtumien pinnalta 'synkkiin syvyyksiin' ja samalla tiedostamattomaan historiaan kuuluu sosiaalisten muutoksien ja pitkän keston instituutioiden historiaan.[3]

1. Braudel 1980, 3-5.
2. Braudel 1980, 12.

Jos hyväksymme ajatuksen 'tiedostamattomasta' muutoksen tasosta, on pohdittava, miten se ilmenee ihmisen sosiaalisen toiminnan mielen, kokemusten tai mentaliteetin tasolla. Mentaliteettien historia on pyrkinyt esittämään 'aatteiden' sosiaalihistoriallisen tason - tutkittavien tiedostamattomat, itsestään selvät toiminnan lähtökohdat tai käyttäytymisen kriteerit. Mentaliteetti on silloin itsestään selvä totuus, jota ei ole tarpeen perustella. Käsitteiden historiaa voi pitää tajunnan tai sosiaalisen tiedostamattoman historiana.[4] 1970-luvulla mentaliteettien historia pääsi suuren yleisön suosioon. Samalla mentaliteettihistoria on siirtymässä tietylle aikakaudelle ominaisen mentaliteetin historian jäljittämisestä eri luokkien, sukupuolien, uskontokuntien, etnisten ryhmien mentaliteettien tutkimiseen.[5] Kun oletan modernin oikeuden kategorioiden muodostavan modernin yhteiskunnan 'alueita', ne ainakin jollakin tavalla ilmenevät myös yhteiskunnan jäsenten itsestään selvinä toiminnan lähtökohtina.[6]

Kokonaan tai osittain tiedostamattomien 'syvien tasojen' erottaminen toisistaan herättää kysymyksen tasojen ajan yhteismitallisuudesta. Tutkijan näitä tasoja koskevilla malleilla ja hypoteeseilla on eri kesto. Esimerkiksi modernia rahataloutta koskeva malli voidaan useissa maissa johtaa 1700-luvun ennennäkemättömään luottosuhteiden kasvuun; sitä edeltänyt kausi vuorostaan edelliseen katkokseen saakka. Mikä on tällaisten 'konjunktuurien' suhde esimerkiksi pitkäkestoisiin sukulaisuusjärjestelmiin? Voidaanko kaikki historiallinen tapahtuminen palauttaa yhdelle aika-akselille, vaikka se noudattaisikin eri tasoilla eri rytmejä? Fernand *Braudel* väittää historianteoreettisissa kirjoituksissaan, että historioitsijalle aika on viime kädessä aina mitattavaa aikaa. Sosiologi voi hajoittaa rakenteita ja rakentaa niitä uudelleen;

---

3. Braudel 1980, 31-39. Braudel tuntuu ajattelevan 'syvimmän tason' muodostuvan lähes antropologisista vakioista; niiden yhteydessä aika on lähinnä syklistä. Silloin on kysyttävä, onko niitä mahdollista tutkia historiallisesti. Esimerkiksi antropologi Claude Lévi-Strauss väittää historiallisen tarkastelun perustuvan ajallisesti linearisoiviin luokitteluihin (ennen-jälkeen, edellinen-jälkimmäinen). Kun tapahtumat järjestetään lineaarisesti, ei ole mahdollista päästä käsiksi inhimillisen kokemuksen tai sosiaalisen järjestyksen perustaviin rakenteisiin. Lévi-Strauss 1966, 561 ss.

4. Hyrkkänen 1989, 330-332.

5. Peltonen 1992, 54-57.

6. Tätä kautta voidaan päätyä sellaisiin heuristisiin 'subjektin tasoihin', jotka kuvastavat erilaisia tietoisuusmuotoja tiedostamattomista tai itsestään selvistä tietoisiin ja henkilökohtaisiin. Hänninen 1981. Oikeudellisessa ajattelussa tätä mahdollisuutta ovat pohtineet Tuori ja Pöyhönen.

historioitsija haluaa suhteuttaa asiat omaan aika-akseliinsa. Historioitsija ei voi olettaa, että jokaisella sosiaalisella realiteetilla olisi oma erityinen aikansa tai aikaskaalansa. Historioitsijalle maailman historiallinen aika on kaiken mitta siitä huolimatta, että eri historian tasojen muutosten rytmi on erilainen.[7]

Toisen maailmansodan jälkeisessä historiankirjoituksessa historian 'sedimenttikerrostumien' metafora esiintyy muillakin kuin annalisteilla. Esimerkiksi Louis *Althusser* esittää marxilaisen historiantulkinnan, jonka mukaan muutokset tietyssä yhteiskuntamuodostumassa tapahtuvat maankuoren liikkeiden tapaan kerroksittain. Yhteiskunnan kuten maankuorenkin 'pinnalla' kerrokset voivat laskostua ja synnyttää siirroksia syvemmissäkin kerroksissa. Althusserin mukaan historianteoria on irrotettava 'empiirisestä' kronologisesta aikakäsitteestä. Teoria yhteiskunnallisen kokonaisuuden rakenteesta käsittää totaliteetin tasoja, joilla on kullakin oma aikansa tai rytminsä. On mahdotonta palauttaa erilaisten aikojen kirjo samaan ideologiseen perusaikaan ja vertailla jonkin tason aikaa tähän referenssiaikaan.[8]

Tässä problematisoidaan historiallinen aika yhteismitallisena, kellolla mitattavana aikana: filosofialla on oma aikansa, psyyken kokemuksella omansa. Myös Michel *Foucault* erottaa tiedonarkeologiassaan kerrostumia. Hän nostaa esiin historialliset katkokset ja kysyy, mikälaisia suhteiden systeemeitä on mahdollista luoda eri kerrostumien välille. Epistemologiset erot ja kynnykset katkaisevat Foucault'n mukaan tiedon kasaantumisen. Kun tieto astuu historiallisen katkoksen jälkeen uuteen aikaan, käsitteet siirtyvät ja muuntuvat. Historialliset kuvaukset järjestyvät välttämättä tiedon nykyisen tilan perusteella. Historiallisen analyysin ongelmaksi tulee jatkuvuuden osoittaminen ja sen selittäminen. Minkälaisilla kriteereillä yksilöidään tarkastelun kohteet: erityiset tieteet, teokset, teoriat, käsitteet ja tekstit. Miten eriytetään tasot, joista jokaisella on oma analyysin muotonsa?

Historiantutkijat käyttävät historiasta kertovia lähteitä. Lähdekritiikki pyrkii varmentamaan sanoman, jonka perusteella menneisyyttä rekonstruoidaan. Foucault'n mukaan oman aikamme historia ei kuitenkaan voi suhtautua dokumentteihin muuttumattomana materiaalina, jonka avulla historiankirjoittaja yrittää uudelleen luoda ihmisten tekemää ja sanomaa. Historiotsijan on toimittava arkeologin tapaan,

7. Braudel 1980, 45-50.
8. Althusser ja Balibar 1970 I, 129-146.

tutkittava kohteitaan menneisyyden mykkinä monumentteina, jotka saavat merkityksensä historiallisen diskurssin kautta.[9] Foucault tosin esittää historian tasojen ja katkoksien ongelman samansukuisesti kuin Braudel, mutta hänen suhtautumisensa ajan kategoriaan on erilainen. Braudel haluaa kiinnittää historian tutkimuksen yhtenäiseen 'maailman aikaan'.[10] Onko tämä mahdollista?

Myöhäismoderni epistemologia näyttää kieltävän tämän mahdollisuuden. Sekä strukturalistista että fenomenologista filosofiaa syytetään epähistoriallisuudesta tai ajan häivyttämisestä. Tätä käsitystä perustellaan esimerkiksi juuri Foucault'n tavalla kuvata tietämisen tavan katkoksellisuutta tai Althusserin historisismikritiikillä. Historismia kohtaan myöhäismoderni filosofia onkin ollut vihamielistä. Fenomenologiaan ja strukturalismiin palautuvassa myöhäismodernissa filosofiassa aika on silti olennainen maailmaa jäsentävä tekijä. Strukturalismin ja fenomenologian perinnettä ehkä yhdistääkin juuri ajan käsittäminen; tässä suhteessa etenkin Edmund *Husserlin* filosofisten kirjoitusten kautta.

Husserlin fenomenologisen lähtökohdan mukaan on mahdotonta tietää jotakin siitä, mitä maailmassa 'itsessään' on olemassa, koska ihmisen toiminnan mieli asettuu aina 'itsessään olevan' ja koetun maailman väliin. Ihmisen toiminta suuntautuu aina johonkin. Maailmaa konstituoiva ego konstituoi jatkuvasti myös itsensä.[11] Kognition aktin ja siihen liittyvän subjektiivisen rakenteen välille on oletettava samansuuntaisuus tai korrelaatio. Subjektiiviset rakenteet eivät ole olemassa vain passiivisesti aistikokemuksen yhteydessä, vaan aktiivisesti kokemusobjektin konstituutiossa. Ihminen erottaa maailmassa olevia kohteita (kuten 'todellisen kissan') ja oman mielensä tuotteita (uneksimansa kissan), mutta tämä ero ei Husserlin mukaan erottele itse tajunnan akteja.[12] Tajunnan ja sen kohteen väliin asettuu tulkittu kohde: tajunnan kohde sellaisena, minkälaisena toiminnan mieli sitä määrittää. Tajunta on aina intentionaalisesti suuntautunutta. Martin *Heidegger* pohtii, miten tällainen puhdas tajunta kohtaa itsensä maailman olioi-

9. Foucault 1989, 3-7.
10. Tämä aika muistuttaa sitä kellon ja kalenterin aikaa, joka on ominainen esimerkiksi modernin todistelun empiristiselle epistemologialle, katso jaksoa "Realistismin konventiot ja englantilainen empirismi" sivulla 222.
11. Föllesdal 1970, 40-41.
12. Heritage 1984, 39.

den ja ihmisten joukossa. Maailma on merkitysyhteys, joka korreloi inhimillisen olemassaolon intentionaaliseen suuntautumiseen.[13]

Klassisen filosofian aika on lineaarista. Samalla se on kellolla mitattavaa, säännöllisen liikkeen aikaa - Braudelin 'maailman aikaa'. Husserl käsittelee aikatajuntaa mielen aktien kautta. Hän korostaa perception ja muistissa pitämisen (retentio) lisäksi odotuksen aktia (protentio). Se sisältää niitä mahdollisuuksia, joihin ihminen intentionaalisesti suuntautuu. Heidegger omaksuu tämän ajattelutavan. Fenomenologinen aika on tajunnan intentionaalinen korrelaatti, jossa nykyisyyteen sisältyy tulevan ennakointi, menneen pidättyminen ja havainnon nykyisyys. Ihminen kohtaa 'ajan leikkauksessa' itsensä. Kokemuksessa on kolme momenttia, jotka kytkeytyvät aikana yhteen: aika sisältyy kokemukseen tulevaisuuden, menneisyyden ja nykyisyyden muodossa. Ihmisen oleminen rientää edeltä mahdolliseen. Ajallisuus ei jäsenny lineaarisesti, vaan sen kolme momenttia ovat 'samanaikaisesti'. Ajasta tulee olemisen horisontti.[14]

Husserlin mukaan arkielämässä ei yleensä synny ongelmia siitä, että tietoisuus konstituoi kohteensa. Alfred *Schutzin* sanoin luonnollinen asenne pidättää ihmistä epäilemästä, että asiat voisivat olla toisin kuin miltä ne näyttävät tai että menneisyyden kokemus ei olisi pätevä opas nykyistä ja tulevaa kokemusta varten.[15] 'Luonnollisen asenteen' varassa toimivalle ihmiselle maailma on olemassa juuri hänen kokemuksensa mukaisena. Tämä kokemus maailmasta on elämismaailma, intersubjektiivinen ja jaettu.[16]

Fenomenologiassa kysymystä elämismaailman jaetun kokemuksen yhteismitallisuudesta ei voi asettaa mielen (pysyvän) rakenteen erojen

13. Routila 1970, 85-90.

14. Routila 1970. Heidegger käsittelee aristoteelisen aikakäsityksen muotoilua Hegelin ja Bergsonin filosofiassa, Heidegger 1986, 428-432. Heidegger päättää Sein und Zeit-teoksensa juuri kysymykseen, ilmeneekö aika itse olemisen horisonttina, mt., 437.

15. Heritage 1984, 40.

16. Tämä elämismaailmalle ominainen 'luonnollinen asenne' voidaan kuitenkin tietoisesti kieltää. Elämismaailman jaetun kokemuksen maailma muistuttaa John Locken luottamusta siihen, että ulkoiset perception kohteet tuottavat eri ihmisten mielissä samantapaisia ideoita - kehäkukka on kehäkukka paitsi Lockelle itselleen myös vaikkapa lady Mashamille. Alfred Schutz ja etnometodologia kehittelevät common sense-tulkintaa, jonka mukaan kokemukset 'sedimentoituvat' tietoisuudessa, joka tyypittelee kaiken kokemuksen. Arkipäivän toimijoiden horisontti muodostuu itsestään selvästä tiedosta, jonka varassa uusi ja tuntematon ymmärretään. Heritage 1984, 188.

tai kautta, koska signifioiva ego syntyy ajallisuuden momenttien ja predikoivien operaatioidensa mukana. Strukturalismin merkkiteoria ei tunnusta 'käsitteiden' tai 'ideoiden' muodostuvan irrallaan niiden artikulaatiosta.[17] Fenomenologisen filosofian vaikutus kielen ja signifikaation käsittämiseen johtaa myös tietävän subjektin problematisointiin. Husserlille kielen käsitteet ja subjekti kuuluvat yhteen. Hänelle ego, joka signifioi ei voi olla loogisesti käsitetyn tietoisuuden ego, ego-cogito. Käsitteellistävä tai merkityksiä antava ego muodostuu jokaisessa 'predikatiivisessa operaatiossa'.[18] Kun kognition yhtenäinen, universaali subjekti hajoaa, ei kielen käyttäjäkään ole kielen subjekti. Signifioivan aktin subjekti käsitetään näin radikaalisti uudella tavalla.

Mitä tämä merkitsee historiallisen tiedon suhteen? Jos omaksutaan fenomenologialle ominainen käsitys ajasta, ei historiallisen tiedon arvioiminen lähtekritiikin metodilla riitä, koska se sivuuttaa olennaiset ajallisuuden teoriaan liittyvät kysymykset. Jos ihmisen havainnot syntyvät 'mielen' tarkoituksen ja tulevien mahdollisuuksien ennakoinnin värittäminä, muodostuvat historiallisia lähteitä koskevat havaintommekin samalla tavalla. Historian 'lähteet' eivät kerro mistään sellaisesta menneisyyden 'reaalisesta', joka voitaisiin irrottaa nykytajunnasta. Esimerkiksi kaksi kertovaa lähdettä on 'täysi näyttö' vain, jos lähteiden 'kertojat' näkevät saman asian ja kokevat saman maailman kuin historiantutkija. Tiukimmankin lähdekritiikin läpäisseet historialliset lähteet vakuuttavat tutkijansa vain sellaisista seikoista, jotka ovat sovitettavissa hänen omaan 'ajan leikkaukseensa'.

Historismin ongelma syntyy, kun historiantutkimus predikoi historiallista aineistoa, asettaa sille subjektin. Voi kuitenkin olla, että tutkija väistämättä aina syyllistyy historismiin tässä mielessä. Jos hän käsittää subjektin 'operoivaksi tietoisuudeksi', subjekti ja objekti kietoutuvat yhteen. Erityiset historialliset subjektit rakentuvat lausumissa, ja ne rakentuvat uudestaan myös siinä diskurssinanalyysissä, jonka pyrkii selvittämään, 'kuka puhuu'.

Julia *Kristevan* mukaan historiallinen vertaileva kielitiede käsitti kielen yhdeksi systeemiksi tai rakenteeksi. Samalla se implikoi joko kollektiivisen tai yksilöllisen subjektin, jolle kielen merkitykset kuuluvat - merkityksen ongelmat redusoitiin siten kielen tarkastelusta. Strukturaalinen kielitiede taas tarkastelee kieltä merkkien systeeminä.

17. Giddens 1979, 36.
18. Kristeva 1989, 130.

Se vuorostaan näyttää eliminoivan puhuvan subjektin, mutta Kristevan mukaan itse asiassa vain hävittää historiallisen kielitieteen kokonaisvaltaisen subjektin. Sen sijaan strukturaalikielitiede jättää vaille huomiota sellaisia kysymyksiä, joita fenomenologinen filosofia nostaa esiin. Fenomenologia mahdollistaa puheen tai diskurssin kielitieteen synnyn.[19]

Foucault väittää myöhäismodernin fenomenologian lähtökohdan irtaantuvan kartesiolaisista ja kantilaisista kiinnikkeistään. Klassisen diskurssin sisällä siirtymä cogito - ergo sum oli mahdollinen, koska tuon diskurssin sisällä se, mitä joku representoi itselleen ajateltiin päällekkäiseksi sen kanssa, mikä on. Aikamme cogito eriyttää 'tietoisen' ja 'ei-ajatellun'. Foucaultin mukaan cogiton funktio on Husserlin filosofiassa toinen kuin klassisessa. Se ei lähde apodiktisesta olemassaolosta, vaan monipuolisesta olemisen pohdinnasta. Klassisen diskurssin sisällä ei voi kysyä sen olemisen tapaa, jota cogito artikuloi. Myös fenomenologian transsendenssin käsite on toinen kuin Kantin. Transsendentaalisen ala ei ole luontoa käsittelevän tieteen mahdollisuus, vaan ihmisen itsensä ymmärtäminen. Fenomenologia liittyy 'ihmisen' löytämiseen ja johtaa ontologisiin kysymyksiin - aktuaalisen kokemuksen ja ei-ajatellun ontologiaan. Moderni tieto on olemisen tavan analyysia. Foucault vaatii historismin hylkäämistä, ja haluaa samalla tehdään lopun pyrkimyksestä lopettaa Ihmisen ja Toisen vieraantuminen. Ajattelu on mahdollinen vain 'ihmisen' tyhjäksi jättämässä tilassa.[20]

Foucault'n 'arkeologinen analyysi' vertaa diskursiivisia muodostumia toisiinsa ja erottaa eri aika-asteikolle kuuluvat diskurssit toisistaan. Diskursiivisten muodostumien ympäristössä esiintyy ei-diskursiivisia käytäntöjä, joihin niitä suhteutetaan. 'Tiedonarkeologia' ei paljasta yleisiä muotoja, vaan partikulaarisia. Diskursiivisten muodostumien välisistä suhteista ei pidä muodostaa totaliteetteja, 'yleistä mentaliteettia' tai 'maailmankatsomusta'.[21] Arkeologian horisonttina on 'interpositiviteettien sekamelska'. Voi olla legitiimiä tutkia diskurssien yhteisiä periaatteita ja keskinäistä arvovaltaa, mutta se ei ole tiedonarkeologian tehtävä. Diskursiivisia muodostumia tutkitaan positiviteet-

19. Kristeva 1989, 126-129.
20. Foucault 1989, 311-335.
21. Foucault 1989, 157-159.

teina, lausumina.[22] Niiden välillä on vaikutussuhteita, mutta Foucault'lle on tärkeintä osoittaa, mikä tekee lausumat mahdollisiksi.

Diskurssien suhde ei-diskursiivisiin alueisiin (instituutioihin, poliittisiin tapahtumiin tai taloudellisiin käytäntöihin) ja prosesseihin ei Foucault'lle ole kulttuurista jatkuvuutta tai kausaliteetin mekanismeja. Enonsiatiivisten faktojen joukon edessä arkeologi ei kysy niiden kontekstia tai mikä niitä motivoi; ei myöskään tulkitse hermeneuttisesti, mitä niissä ilmaistaan. Talouden ja politiikan yhteys diskursiivisiin muodostumiin on ongelmallinen, koska kausaalisuhteiden analyysi on *eri tasolla* kuin tiedonarkeologia. Kausaalisuhteet toimivat tilanteen kontekstina ja vaikutuksessaan puhuvaan subjektiin. Diskurssin autonomia ja spesifisyys osoittaa tietyn laisen diskurssin erityisen tason. Diskurssi voi olla suhteessa kokonaiseen historisiteettien joukkoon.[23]

Modernia prosessia käsittelevä oppi voidaan esittää diskursiivisena muodostumana. Edellä olen pyrkinyt esittämään sen erityiset piirteet; modernia prosessia koskevan erityisen doktriinin tai tiedon, jonka mukaisesti modernille oikeudenkäytölle ominaiset lausumat ovat mahdollisia. Modernilla oikeudenkäytöllä on erityinen subjektirakenne, ja siinä esitettäviä lausumia koskevat erityiset säännöt.

Oikeudenkäyttö tai etenkin tuomitseminen on uskoakseni sellainen sosiaalisen toiminnan peruskategoria, jonka yhteydessä jollakin perustavalla tasolla, sosiaalisen 'syvyydessä' on oikeampaa puhua muutoksista kuin katkoksista. Täydellistä katkosta itse tuomitsemisen sosiaalisen instituution yhteydessä on vaikeata edes kuvitella. 'Moderni prosessi' edellä kuvatussa mielessä perustuu myös tähän tasoon, jonka yhteydessä historiallisen muutoksen jäljittämisessä ei tunnu olevan mieltä.

Tutkimukseni seuraavissa jaksoissa esitän ruotsalaisen ja suomalaisen oikeudenkäytön modernisoitumisen historiallisessa kontekstissaan. Tässä mielessä tavoitteeni on toinen kuin Foucault'n tiedonarkeologian. Kiinnostukseni suuntautuu (myös) sellaisiin kysymyksiin, jotka muodostavat oikeudenkäytön diskursiivisen muodostuman konteks-

22. Foucault 1989, 169.
23. Foucault 1989, 162-165. Foucault itse kiinnostui sittemmin diskursiivisista käytännöistä, jotka institutionaalistuvat esimerkiksi lainsäädännössä, Foucault 1980, 194. Tällaisten käytäntöjen kokonaisuuden tutkiminen merkitsee, etteivät tekstit 'positiviteetteina' ole tutkijan tärkein legitiimi kiinnostuksen kohde.

tin. Tästä seuraa vaikeita aikatason ongelmia. Tutkija voi valittaa osaansa kuin Hamlet isänsä haamun kohdattuaan: on aika sijoiltaan.

Myöhäismodernissa ajan, kielen ja historian filosofiassa suhtautuminen historiallisuuteen käy ongelmalliseksi. Oikeudenkäytön tutkiminen johtaa väistämättä pohtimaan ajallisuuden ongelmaa. Mikä on se tulevan horisontti, joka määrittää menneen tulkintaa? Muuttuuko menneisyyttä koskeva arvio, kun tulevaisuuden horisontti muuttuu? Tutkija jakaa johonkin määrään asti aikalaistensa elämismaailman ja siihen sisältyvän tulkinnan menneestä; samoin tulevaisuuden horisontti on joissakin rajoissa yhteinen. Missä määrin tutkija voi jakaa menneen elämismaailman, jos sitä erottaa omastamme episteeminen katkos?

Vaikeudet liittyvät modernin yhteiskunnan omiin muutoksiin, jotka valottavat siirtymää esimodernista maailmasta moderniin uudesta suunnasta. Modernin prosessin historian tutkimukseen syntyy tästä tulkinnallista monimielisyyttä. Oikeushistoria ja itse historiatiede voidaan käsittää osaksi modernin omaa projektia. Jos moderni oikeus ja oikeudenkäyttö muodostavat modernin yhteiskunnan kategorioita, on niiden syntyä kuvaava historiankirjoitus sidoksissa tutkittaviin kategorioihin itseensä. Varhaisen modernin historiankirjoitus tuottaa silloin erotteluja, jotka vahvistavat varhaisen modernin perspektiivistä olennaisia käsitteellisiä kategorioita. Juuri myöhäismoderni perspektiivi saattaa avata tutkijalle joitakin tällaisia modernin 'ideologisia sulkeumia'. Samalla näkökulman muutos synnyttää epävarmuutta ja epäluottamusta sen suhteen, miten tulee suhtautua etenkin viime vuosisadan historiantulkintoihin. Niihin voi suhtautua diskurssinanalyysin 'lausumina'.

Avaan ruotsalaista ja suomalaista modernia prosessia koskevan tarkasteluni lyhyellä jaksolla, joka käsittelee esimodernin prosessin käsitteellistämistä 1800-luvun oikeushistoriassa. Vasta sen jälkeen käyn tarkastelemaan esimodernin oikeudenkäytön ja modernin oikeudenkäytön välistä siirtymää. Esitykseni kannalta on epätyydyttävää, että joudun käyttämään esityksessäni juuri sellaisia tekstejä, joiden voi väittää muodostavan osan 'modernin oikeudenkäytön diskursiivisesta muodostumasta'.

V RUOTSALAINEN ESIMODERNI PROSESSI

9. Ruotsalainen prosessi ennen kodifikaatiota

9.1. Varhainen prosessi 1800-luvun oikeushistoriassa

Kysymys varhaisen pohjoismaisen oikeudenkäytön luonteesta on omana aikanamme kiistanalainen, kuten keskiaikaisesta prosessista esitetyt arviot yleensäkin. Keskiaikaisen oikeuden luonnetta ei tämän työn yhteydessä ole tarkoitus käydä arvioimaan. Sitä koskevat kiistat nousevat kuitenkin esiin 1800-luvulla ruotsalaisen (ja suomalaisen) oikeuslaitoksen modernisoimisen yhteydessä. Oikeusinstituutioiden pitkäikäisyys jo itsessään johtaa tähän. Historiallinen muutos yleensäkin esitetään niin, että mennyt kontrastoituu kehityksen (tavoiteltuun) lopputulemaan. Tässä yhteydessä on kiinnostavaa se, että viime vuosisadan oikeushistoriallinen tutkimus käsitteli niin paljon *tuomarin* ja *asianosaisten*, *kuninkaan* ja *kansan* sekä *muodollisen* ja *aineellisen totuuden* suhdetta.

Keskiaikaisen oikeuden tutkiminen oli vasta alussa, kun Max *Weberin* oikeutta koskevat typologiat syntyivät; 1800-luvun tutkimus perustui niukkaan lähdeaineistoon, lähinnä keskiaikaisiin lakeihin. Germaaninen oikeus merkitsi saksalaiselle historialliselle koululle yhteiskunnan jäsenten vapauteen rakentuvaa yhteisöllisyyttä, ja sen ajateltiin löytyvän puhtaimmillaan Skandinaviasta. Tämä käsitys sai tukea ruotsalaisesta tutkimuksesta. Saksalaiset germanistit korostivat germaanisen oikeuden erityistä luonnetta, ja samoin tekivät ruotsalaiset.

Ruotsissa ei 1800-luvulla yleensä hyväksytty sitä Fr. C. von *Savignyn* käsitystä, jonka mukaan roomalaisen oikeuden reseptio olisi spontaanin kansanhengen ilmaus. Ruotsalainen historiankirjoitus oli van-

hastaan luonut Ruotsille suurvalta-ajan mahtavuuteen sopivan, kunniakkaan varhaishistorian. 1600-luvun lopulta alkaen ruotsalainen lainvalmistelu ja oikeudenkäyttö torjui suoran roomalaiseen oikeuteen vetoamisen; kuten ranskalaisen ja saksalaisen absolutismin ajan lainopissa korostettiin Ruotsissakin kansallisen oikeusjärjestyksen luonnonoikeudellista luonnetta. 1800-luvun ruotsalaiset historioitsijat näkivät roomalaisen oikeuden vaikutuksen minimaaliseksi.[1] 1800-luvun lopun ruotsalaiselle ja suomalaiselle oikeustieteelle roomalainen oikeus oli oikeuden systematisoinnin esikuva, mutta ei olennainen osa ruotsalaista kulttuuriperintöä. Vasta 1900-luvun oikeushistoriallinen tutkimus on viitannut ruotsalaisina pidettyjen instituutioiden yleiseurooppalaiseen ja tässä suhteessa usein roomalaisen oikeuden kanssa yhtäpitävään luonteeseen. 1800-luvun oikeushistoriaa hallitsi roomalaisen ja ruotsalaisen oikeuden vastakkainasettelu.

Euroopan pohjoisimmassa kolkassa ei ollut ensimmäisen vuosituhannen alussa edes sellaista heikkoa, barbaarista monarkiaa, joita esiintyi muualla Euroopassa Rooman vallan romahduksen ja kansainvaelluksen jälkeen. Pohjoisimmasta Euroopasta puuttui sekä antiikin poliittisten yhteisöjen perintö että kuninkuus, mutta pitkään myös feodalismi. Tässä mielessä keskiajan Pohjolan olojen erikoispiirteitä voi pitää toisaalta poliittisen, sosiaalisen ja taloudellisen jälkeenjääneisyyden ilmauksina, mutta niihin saattoi kuitenkin sisällyttää kansanvaltaisen oikeusyhtäläisyyden tunnuksia. 1800-luvun ruotsalainen oikeushistoriallinen tutkimus korosti vapaiden odaalitalonpoikien yhteisön elinvoimaa ja ulkoa omaksutun oikeuden vähäistä merkitystä. 1500- ja 1600-luvun oikeudelliset muutokset nähtiin tilapäisiksi poikkeamiksi aidon ruotsalaisen oikeuden kehityksessä.

Esaias *Tegnérin* runoelma Frithiofs saga ilmestyi vuonna 1825. Tätä viikinkiaikaan sijoitettua kertomusta on pidetty kirjailijan oman ajan vertauskuvana. Saagamukaelmassa talonpojan poika Frithiof (porvaristo) taistelee kuningasta vastaan kuten Ranskan vallankumouksellinen kansa. Frithiof kuitenkin katuu, saa kuninkaan tyttären ja tuloksena on kuninkaan ja kansan liitto. Kuningas takaa välttämättömän rauhan ja oikeuden, mutta kansan myötävaikutuksella. Kuningas ja kansa ovat samaa orgaanista alkuperää.[2] Metafora yhteiskuntarauhaa rakentavan valtiollisen vallan ja vapautta edustavan kansan itsehallinnon ge-

1. Jägerskiöld 1963, 25-26
2. Klinge 1985, 21-22.

nealogisesta ykseydestä on ominainen myös historiallisen koulukunnan oikeudenkäyttöä koskevalle historianprojektiolle. Tämän metaforan voi väittää hallitsevan myös oikeushistoriallisia tulkintoja.

Hyvin samaan tapaan kuvaa ruotsalaisen yhteiskunnan kehitystä esimerkiksi oikeushistorioitsija J. J. *Nordström*. Germaaninen perinne ilmentää kansanomaista vapautta, ja ruotsalainen oikeus edustaa germaanista oikeutta puhtaimmillaan. Ruotsalaisen oikeushistorian kehityksen ydin on Nordströmin mukaan odaalitalonpoika ja hänen odaalioikeutensa. Ruotsissa julkinen on kehittynyt *kuninkaan* ja *kansan* suhteena. Talonpojilta ei missään vaiheessa kielletty poliittisen edustautumisen oikeutta, 'eikä minkään muun germaanista alkuperää olevan kansan keskuudessa, ei edes Englannissa, tämä oikeuden peruselementti ole niin itsenäinen'. Muualla feodaalioikeus on tunkeutunut yhteiskuntaan, mutta Ruotsissa 'feodalismin eksoottinen kasvi ei ole monista istutusyrityksistä huolimatta koskaan kypsyttänyt hedelmää'. Roomalainen oikeuskaan ei ole kyennyt tunkeutumaan Ruotsiin. Vanhat germaaniset oikeusperiaatteet osoittavat 'jaloa, itsenäistä sivistystä', joka 'hyvin soveltuu yhdistämään lujan kuningasvallan arvokkaaseen ja toteen porvarilliseen vapauteen.'[3]

Nordströmin korostaa näin kuningasvallan ja kansan (porvariston) poliittisen vallankäytön luonnollista ja orgaanisesti kasvanutta luonnetta sekä feodaalisen elementin vierautta ruotsalaisessa yhteiskunnassa. Esimoderni *talonpoikainen* ja moderni *porvarillinen* yhteiskunnallisuus samaistuvat, ja Nordsrömin teksti postuloi historiallisen jatkuvuuden keskiaikaisesta 'vapaiden talonpoikien' yhteiskunnasta 1800-luvun yhteiskuntaan. Talonpoikiin liitetään tässä selvästi 'kansan' konnotaatioita, jotka muualla Euroopassa yleensä yhdistetään porvaristoon. Tosin Saksan historiallinen koulukunta pyrki talonpoikien maanomistuksen vapauttamisella luomaan roomalaisiin plebeijeihin rinnastuvan talonpoikaisen kansan. Samantapainen siirtymä 'talonpojat-kansa' ilmenee monissa ruotsalaisissa ja suomalaisissa 1800-luvun teksteissä.

Saksalaisen historiallisen koulun germanistisen haaran suhde ruotsalaiseen ja suomalaiseen oikeushistorialliseen tutkimukseen on läheinen. Germanistit saivat paljon vaikutteita ruotsalaisesta keskiajantutkimuksesta, ja käsitys varhaisesta ruotsalaisesta prosessista vakiintui

3. Nordström 1839, II.

vuorostaan germanistien kirjoitusten kautta. Kiinnostus keskiajan historiaan sai tukea Ruotsin hallitukselta. C. J. *Schlyter* sai 1820-luvulla tehtäväkseen toimittaa Ruotsin keskiaikaiset lait.[4]

Historiallisen koulun käytettävissä olevan lähdepohjan on oletettu vaikuttaneen siihen, että tutkijat korostivat varhaisen oikeudenkäytön irrationaalisuutta ja muodollisuutta[5] sekä germaanisen ja roomalaisen oikeuden eroa.[6]Germaanisen ja roomalaisen oikeudenkäytön ero nähtiin etenkin siinä, että roomalainen prosessioikeus antoi tuomarille suuren vallan ja oikeuden tutkia käsiteltävää asiaa, kun taas muinaisgermaanisessa prosessissa tuomarin valtuudet olivat vähäiset, eikä hänellä ollut oikeutta tutkia asiaa vapaasti. Prosessin luonteen ero johdettiin siitä, että roomalainen valtiovalta oli vahva, germaanisissa yhteiskunnissa taas heikko; yksilön valtuuksien suhde oli päinvastainen. Germaanit eivät olleet velvollisia alistumaan toisen tuomiovaltaan. Roomalaisen oikeudenkäynnin asianosaisten vaikutusvalta prosessiin oli olematon, mutta germaanien keskuudessa oikeudenkäynti eteni asianosaisten toimien kautta lähes ilman tuomioistuimen myötävaikutus-

4. Carl Johan Schlyter sai yhdessä toisen Lundin oikeustieteen tohtorin, Samuel *Collinin* kanssa vuonna 1822 hallitukselta tehtäväksi toimittaa lähdekriittisen laitoksen Ruotsin keskiaikaisista laeista, Collin ja Schlyter 1823, 156. Näin julkaistuja lakeja muut historiallisen koulun tutkijat käyttivät pääasiallisina lähteinään.Ruotsalaiset 1200-luvulta alkaen muistiin merkityt 'maakuntalait' koskivat alueita (lanskap, land), joista jokainen oli erillinen oikeusyhteisö (lagsaga). Alueellisia kokouksia johti laamanni (lagman). Maakunnat muodostuivat pienemmistä alueista omine käräjäkokouksineen, ja nämä edelleen pienempiin alueisiin. Maakuntaa alemman kihlakunnan käräjien johdossa oli kihlakunnantuomari (häradshövding). Ks. esim. Hemmer 1968, 9-18. Maakuntalakien ajoituksen varaan rakentuvista evoluutiolettamuksista ja ajoituksen epävarmuudesta ks. Sjöholm 1977, 86-93.

5. Ruotsissa J.E. Almquist 1968, 41 esittää germaanisen varhaisen prosessin saksalaisen historiallisen koulun hengessä; sitä ovat arvostelleet Sjöholm 1972 ja 1977 sekä Österberg. Suomessa J. Hemmer on korostanut saksalaisen koulun tapaan varhaisen prosessin muotosidonnaisuutta ja konkreettisuutta sen kansanomaisuuden funktiona, Hemmer 1962. Heikki Ylikangas on korostanut varhaisen yhteiskunnan luonnetta sukuyhteisönä ja pakkovallan puuttumisesta johtuvaa oikeuden sovintoluonnetta, Ylikangas 1978 ja 1983. Pertti Myhrbergin ja Jussi Pajuojan esityksissä korostuvat samat piirteet, Myhrberg 1978 ja Pajuoja 1991.

6. Eri Euroopan alueita koskevat tutkimukset viittaavat varhaiskeskiajan prosessikäytäntöjen pragmaattisuuteen ja kollektiivisuuteen, Fouracre ja Davies 1986, 215. Susan Reynoldsin mukaan 1700- ja 1800-lukujen tiukka germanismin ja romanismin erottaminen ulotettiin retrospektiivisesti historiaan tavalla, joka on varhaiselle keskiajalle itselleen vieras. Myös varhainen antropologia piti primitiivistä oikeutta irrationaalisena ja muodollisena. Oman aikamme antropologit korostavat yhteisöllisen oikeudenkäytön joustavuutta ja yliluonnollisten sanktioiden yhteydessä esitetty argumentointia, joka koskee kärsityn vääryyden astetta ja soveltaa yleisperiaatteita. Reynolds 1984, 14.

ta. Tästä syystä roomalainen oikeudenkäyttö pyrki 'aineellisen totuuteen', mutta germaaninen todistelu oli luonteeltaan muodollista.[7]

Sekä saksalaisessa että ruotsalaisessa tutkimuksessa varhaiseen keskiaikaiseen prosessiin kiinnittyi sellaisia vapauden ja yhdenvertaisuuden konnotaatioita, jotka 1800-luvun alkupuolen yhteiskunnassa yhdistettiin omalakiseen kansalaisyhteiskuntaan. Kuninkaan (valtiolliseen) tuomiovaltaan yhdistettiin oikeudenkäytön pyrkimys asialliseen tutkintaan ja 'aineelliseen totuuteen'. 'Kansanomaiseen' oikeudenkäyttöön taas liitettiin subjektiivisten oikeuksien puolustaminen formaalisin keinoin. Formaalisuutta pidettiin väistämättömänä seuraamuksensa kansanomaisen oikeudenkäytön käytettävissä olevien pakkokeinojen puutteesta.[8]

Valtakunnallisen oikeuden synty yhdistetään kuninkaan tuomio- ja lainsäädäntövallan kasvuun.[9] Kuninkaan tehtävistä, oikeuksista ja velvollisuuksista ei historiallisessa tutkimuksessa olla yksimielisiä. Kiistattomasti valtakunnallinen kuninkaan valta keskiajalla kasvoi. *Maunu Eerikinpojan* maanlaki (MEML) ja kaupunkilaki (MEKL) koskivat koko valtakuntaa. Unionikuninkaaksi tulleessaan *Kristoffer* joutui myöntymään maan mahtavien moniin vaatimuksiin; niinpä Kristofferin maanlaki (KrML) ilmentää sekä kuninkaan että aatelin aseman vahvistumista. Unioniaikana mahtimiehet muodostivat kuninkaan neuvoston pohjalta valtakunnanneuvoston, joka käytännössä usein käytti hallitsijan valtaa.[10]

KrML:n mukaan oikeutta käytiin käräjillä - kihlakunnan- ja laamanninkäräjillä - kihlakunnantuomarin ja laamannin johdolla. Käräjä-

---

7. Näin esittää R. A. Wrede siviiliprosessin esityksessään, Wrede 1911, 2-3, 5. Wreden käsitys perustuu Heinrich Brunnerin ja Otto von Gierken esityksiin.

8. Esim. Brunner 1912 esittää tämän tulkinnan, joka oli oman aikansa oikeushistoriassa vallitseva ja omana aikanamme vähintään vaikutusvaltainen.

9. Kuningas oli 'Lain ja rauhan korkein vartija', Nordström 1840, 38. Ennen kuninkaan vallan kasvua oikeusyhteisö takasi, ettei kenenkään rauhaa loukata, jos hän ei ollut menettänyt rauhanliiton suojaa. Loukatun oikeus kostoon tai sovinnontekoon oli luovuttamaton, Nordström 1840, 389-390. Kun kuningas sai asianomistajan ja kihlakunnan ohella osuuden sakoista, muuttui oikeudenkäynti inkvisitoriseen suuntaan, mt., 460-476. Ns. rauhanlakeja pidetään yleensä ensimmäisinä kuninkaan antamina, koko valtakuntaa koskevina lakeina. Rauhanlakien katsotaan silloin vastaavan yleiseurooppalaista jumalanrauhan ja maanrauhan kehitystä. Birger Jaarlin rauhanlakien katsotaan tehneen tietyt rikokset sakolla sovittamattomiksi ja muuttaneen rauhattomuus-instituution luonteen. Westman 1934, 9-24, Åquist 1968, 354-367.

10. Westman 1934, 9-24.

rahvaan joukosta valittiin lautakunta. Maanlakien mukaan kuningas oli ylin tuomari.[11] Paikallisten käräjäkokousten ohella pidettiin kuninkaan tutkinta- ja oikaisukäräjiä; kuninkaalla oli oikeus oikaista väärät tuomiot. Kuninkaankäräjissä on nähty inkvisitorisia piirteitä.[12] Oikaisukäräjilläkin oli lautakunta, ja ne pidettiin laamannikunnittain.[13]Oikeudenkäytön yhtenäisyyttä ei ylläpitänyt mikään muu instituutio kuin kuninkaan henkilökohtainen tuomiovalta. Se 'Ruotsin vanha oikeus', jota kuninkaan tuli pitää voimassa, ei tarkoittanut vain maanlakia ja kaupunkilakia, vaan myös tavanomaista oikeutta.[14] Tavanomainen oikeus olikin elinvoimaista. Keskiaikaisiin lakeihin perustuva oikeushistoriallinen tutkimus on ilmeisesti yliarvoinut valtakunnallisen oikeusyhtenäisyyden merkitystä. Tuomioistuimien pöytäkirjoihin perustuva tutkimus on osoittanut tavanomaisen oikeuden elinvoimaa ja huomattavia alueellisia oikeudenkäytön eroja vielä 1600-luvullakin.[15]

Kuninkaan tuomiovallan katsottiin 1800-luvun historiantutkimuksessa turvanneen yhteiskuntarauhaa ja olevan edellytys sille, että tuomiot voitiin perustaa 'aineelliseen totuuteen'. Kuninkaan (valtiollinen) tuomiovalta nähdään edistykseksi. Historiallisen koulun tapa yhdistää toisiinsa kuninkaan tuomiovalta ja oikeusrauha lienee sekin omana aikanamme edelleen vallitseva käsitys. Kuninkaan oikeudenkäytön vahvistuminen nähdään yleiseurooppalaiseen oikeuskehitykseen kuuluvaksi ilmiöksi; sitä vahvistaa 'se ylivoimaisuus, joka reaalisesti suuntautuneelle kuninkaan tuomiovallalla on formalistiseen kansantuomioon verrattuna'.[16] Kuninkaan tuomiovalta ja inkvisitorinen prosessi liittyvät yhteen.[17]1800-luvun lopulta alkaen on korostunut käsitys varhaisesta germaanisesta (ja ruotsalaisesta) yhteiskunnasta sukuyhteiskuntana. Oman aikamme tutkijat, jotka korostavat sukujen välisten so-

11. Maunu Eerikinpojan maanlain ja Kristofferin maanlain käräjäkaarien määräykset eroavat toisistaan melko paljon; jälkimmäiseen sisältyy paljon uusia ja yksityiskohtaisia määräyksiä. Pia Letto-Vanamon mukaan tämä osoittaa kuninkaanvallan ja kuningasta tukeneen aatelin pyrkimystä syrjäyttää sovinnot riitapuolten välillä ja pakottaa asioiden käsittely tuomioistuimiin. Letto-Vanamo 1991, 30-31.

12. Åquist 1968, 367.

13. KrML, käräjäkaari 9 ja 10 pykälät.

14. Lagerrot 1947, 4-5.

15. Heikki Ylikangas on osoittanut, ettei vuonna 1540 annettu yksityisen sovinnon kielto estänyt sovintoja syntymästä, Ylikangas 1986, 96-176. Anu Pylkkänen osoittaa mm. perintöoikeudessa esiintyneen selviä alueellisia eroja 1600-luvun lopulla sekä tavanomaisen oikeuden normien lisäksi poikenneen maanlain normeista, Pylkkänen 1990, 212-221. Myös ruotsalaisessa oikeudenkäyntipöytäkirjoihin perustuvassa tutkimuksessa alueelliset erot ovat osoittautuneet suuriksi.

16. Lagerroth 1947, 162.

vintojen merkitystä varhaisessa oikeudessa[18] katsovat kuninkaan (ja aatelin) oikeudenkäytön pyrkineen korvaamaan sovinnot tuomioilla; sakoilla ja myöhemmin yhä ankarammilla ruumiinrangaistuksilla. Uudemmassa historiantutkimuksessa esiintyy myös käsitys, jonka mukaan esivaltiollinen, yhteisöllinen oikeudenkäyttö ylläpiti tehokkaasti sosiaalista järjestystä ja rauhaa.[19]

Oikeushistoriallisen tutkimuksen suuri kiinnostus nimenomaan keskiaikaiseen lautakuntainstituutioon liittyy välittömästi Ruotsin oikeuslaitoksen modernisoimiseen, jonka varsinainen alkupiste oli vuoden 1809 poliittisessa muutoksessa.

Ruotsissa keskiaikaisen lautakuntainstituution asema ja tehtävät tulivat akateemisen kiistelyn kohteeksi vuonna 1817.[20] Ruotsalaista varhaista lautakuntaa tarkasteltiin jury-instituution tarpeellisuudesta käytävän kiistan valossa. Kysymys oli viime kädessä siitä asemasta, jonka kirjoittajat katsoivat kansalaisyhteiskunnalle kuuluvan oikeudenkäynnissä. Modernisoituvan ruotsalaisen (ja suomalaisen) oikeuslaitoksen ydin, alioikeudet, ovat keskiaikaista perintöä, joka sai kannettavakseen kansanomaisen yhdenvertaisuuden tunnuksia. Kansanomainen yhdenvertaisuus oli kuitenkin yhdistettävä valtiollisen oikeuden tuottamaan oikeusrauhaan sekä tuomioistuimen valtaan arvioida rationaalisesti tosiasioita ja tuomita valtiollisen oikeusjärjestyksen mukaisesti. Keskiajan perintöön liittyi sen vuoksi hyvin latautuneita merkityksiä.

---

17. Tällä käsityksellä on edelleen kannatusta. Esimerkiksi K.G. Westman tutki 1900-luvun alussa Ruotsin keskiaikaista oikeutta kuninkaan ja paikallisen oikeusyhteisön keskinäissuhteena, Westman 1904, 1908 ja 1912. Westmanin mukaan kuninkaalla oli keskeinen asema sekä oikeudenkäytössä että lainsäädännössä. Kuninkaanrauha alkaa kuninkaan tuomiovallasta. Oman aikamme tutkijoista Gösta Åquist olettaa samoin. Hänen mukaansa kuninkaan oikaisukäräjillä oli anglosaksisia esikuvia, ja niissä noudatettiin inkvisitorista menettelyä. Åquist 1968, 354-367.

18. Ylikangas 1986, 96-176, Pajuoja 1991, 8-9, Letto-Vanamo 1991, 30-31.

19. Esimerkiksi Eva Österberg todistelee islantilaisen saagojen antropologisten tulkintojen avulla valtiottoman yhteiskunnan olleen oikeuden tai lain hallitsema yhteisö. Hän olettaa käräjien toimineen riidanratkaisun sosiaalisena areenana. Österberg 1991, 8-10. Antropologinen 'riidanratkaisua' koskeva tutkimus korostaa 'yksinkertaisten yhteisöjen' käyttämien menettelytapojen konsensuaalisuutta ja niiden soveltamaa monipuolista argumentaatiota, Nousiainen 1988, 19-36.

20. Alun perin yliopiston konsistorin akateemista tuomiovaltaa koskevan kiistan yhteydessä väittely ulottui käsittämään kysymyksen siitä, oliko lautakunnan alkuperäisenä tehtävänä tuomita vai vain arvioida tosiasioita. Esivaltavaltiollista kantaa edustavat E. G. Geijer ja C. J. Schlyter olettivat lautakunnan tehtävän keskiajalla vastanneen juryn tehtävää. Vastapuoli väitti, ettei lautakunta - joka kaikille riitapuolille oli talonpoikainen elin - erottanut tosiasioiden arvioimista ja oikeuden soveltamista. Sjöholm 1972, 50-56.

C. J. Schlyter katsoi lautakunnan olleen valanvahvistajainstituutiosta erillinen järjestelmä. Lautakunnan tehtävänä oli Schlyterin mukaan ratkaista vain asiakysymys, ja lautakuntaa oli pidettävä todistelukeinona eikä tuomioistuimen osana. Lautakunta oli mahdollisesti saanut alkunsa valanvahvistajainstituutiosta.[21] J.J. Nordström rakensi käsityksensä Schlyterin esityksen pohjalle. Schlyterkin piti mahdollisena, että lautakunta olisi saanut alkunsa valanvahvistajainstituution kautta. Nordströmin teos 'Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia'[22] esittää varhaisen ruotsalaisen oikeudenkäytön irrationaalisen ja rationaalisen, toden ja oikean dikotomioiden valossa. Pyrkimys aineelliseen totuuteen ja irtaantuminen irrationaalisista todistelukeinoista ovat myönteisiä ilmiöitä, ja tarkastelu keskittyy siihen, mitkä oikeudenkäytön elementit edustavat näitä piirteitä.

Kuten monet muutkin historiallisen koulun edustajat Nordström erottaa oikeuden ja totuuden tavoittelun oikeudenkäynnin kahdeksi keskeiseksi elementiksi jo varhaisessa oikeudessa. Tosi ja oikea ovat aina ja kaikkialla oikeudenkäytön tavoitteet: 'kaiken oikeudenkäynnin tavoite ... on, kun totuus (det sanna) asiassa on todistettu, että siinä oikeus voittaa (det rätta däri måtte vinnas)...'.[23] Varhaisen ruotsalaisen oikeuden mukaan tuomarin tehtävänä oli julistaa, mitä todistelutapaa oli käytettävä. Tuomari oli pikemmin välittäjä kuin tuomiovallan käyttäjä. Tuomari oli vain lain tulkki, joka määräsi, mitä todisteita sai ja mitä piti esittää. Todistelu oli asianosaisten tehtävä.

Nordströmin mukaan varhaiset maakuntalait määräsivät useimmissa asioissa, kenelle valan tekeminen kuului. Tuomarin tehtävänä oli julistaa, mitä todistelutapaa oli käytettävä. Yleensä kantajalla oli oikeus

21. Sjöholm 1972, 76.

22. Nordströmin vuosina 1839 ja 1840 ilmestyneen kaksiosaisen teoksen lähteisiin kuuluu Tacituksen Germanian, Gaesarin Gallian sodan, Möserin Osnabrücken historian ja Jacob Grimmin Deutsche Rechtsaltentüme-teoksen lisäksi varsinkin Roggen 1820 ilmestynyt 'Das Gerichtswesen der Germanen'-teos. Pohjoismaisista kirjallisuudesta hän omaksuu pitkälle Schlyterin ruotsalaisen varhaisen oikeudenkäytölle antaman tulkinnan. Pohjoismaisista lähteistä, kuten islantilaista saagoista, Snorrin Heimskringla-teoksesta, maakunta- ja maanlaeista Nordström saa ruotsalaisen yhteiskunnan kehitystä kuvaavia lähteitä. Hän esittää J.G. Porthanin kielentutkimusten perusteella suomalaisten eläneen varhaiskeskiajalla samantapaisessa yhteiskunnassa kuin ruotsalaisetkin, Nordström 1838, IX-XVIII. Lautakunnan alkuperäisestä tehtävästä käytävien kiistojen keskeisenä lähteenä tässä kuten ruotsalaisessa keskustelussa muutenkin esiintyy Johan Stiernhöök.

23. mt., 625. Nordström noudattaa tässä Schlyterin käsityksiä; Schlyterin mukaan maakuntalait erottivat valanvahvistajat ja lautakunnan siten, että lautakunnan tehtävänä olisi ollut yksinomaan ratkaista 'asiakysymys'.

todistaa todistajien avulla (vitna) ja vastaajalla valta kieltää syyllisyytensä valalla (dylia), tai molempien asianosaisten valitsema lautakunta tutki asian. Kaikki nämä menettelytavat muistuttivat kuitenkin Nordströmin mukaan toisiaan, koska oikeusyhteisöstä muodostettu kollektiivi ratkaisi asian lopputuloksen. Valanvahvistajat olivat niitä syytetyn sukulaisia ja ystäviä, joille kosto-oikeuden käyttö kuului. Nordströmin tulkinnan mukaan todistajat, lautakunta ja valanvahvistajat ovat kaikki odaalitalonpoikien yhteisön edustajia. Hän yhdistää kaikki nämä ryhmät *todisteluun* eikä *tuomitsemiseen*.[24] Nordström olettaa lautakunnan liittyneen alun perin vain todisteluun ja vasta myöhemmin muuttuneen osaksi tuomioistuinta. - Myös Harald *Hjärne* katsoi lautakunnan kehittyneen valanvahvistajainstituutiosta.[25]

Ruotsalaisessa ja suomalaisessa oikeuslaitoksen modernisoimisessa kysymys kansalaisyhteiskunnan ja maallikoiden vaikutusvallasta oli yhdistettävä olemassaolevan kihlakunnanlautakunnan tehtävien määrittelemiseen. Ruotsissa ja Suomessa maaseudun alioikeuksien lautamiehet osallistuivat vanhastaan sekä todisteiden arvioimiseen että tuomitsemiseen kaikissa esille tulleissa asioissa. Lautakunta oli talonpoikainen ilmiö, se esiintyi vain maaseudulla, ja sen valta oli heikko suhteessa ammattituomariin. Keskiaikaisen lautakunnan tehtäviä koskeva kiista selittyy osaksi siitä, että lautakunnan asema modernissa eurooppalaisessa tuomioistuimessa yhdistetään vallanjakoon valtion ja kansalaisyhteiskunnan sekä toisaalta ammattituomareiden ja maallikkotuomareiden välillä. Jos kansalaisyhteiskunnan tai maallikoiden tehtävä haluttiin Euroopassa yleisen valamiesjärjestelmän mukaisesti rajata todisteluun, oli asialle eduksi esittää lautakunnan alun perin olleen vain todistelukeino tai osa todistelua. Kiista lautakunnan luonteesta jatkuu edelleen.[26]

Oikeudenkäytön historiaa 'varhaisesta prosessista' moderniin rakennetaan käsitteille, jotka ovat keskeisiä modernin prosessin diskurssissa. Oikeudenkäytön modernisoitumisen historiaa tulkitaan rationaalistumiseksi (etenkin aineellisen totuuden voiton merkityksessä) ja legitiimin tasapainon syntymiseksi valtion ja kansalaisyhteiskunnan (ja samalla ammattituomarin ja maallikoiden) välille. Joudun käsittele-

24. Nordström 1840, 652-855. Lautakunnan alkuperäisestä tehtävästä mt., 795-785, tehtävän muuttumisesta 848-855.
25. Hjärne 1872. Hjärne perustaa kantansa saksalaisen W.E. Wildan vuonna 1842 ilmestyneeseen teokseen Das Strafrecht der Germanen.

mään Ruotsin esimodernia oikeutta osaksi juuri tämän historiankirjoituksen varassa; ratkaisu ei ole tyydyttävä, mutta se ei ollut kokonaan vältettävissä.

9.2. Käräjistä hovioikeuteen

Ruotsin keskiaikaiset tuomioistuimet - kihlakunnan- ja laamanninoikeudet sekä kaupunkien raastuvanoikeudet - säilyttävät muodollisesti rakenteensa ja toimintatapansa suorastaan moderniin aikaan asti. Niiden toiminnan luonne kuitenkin muuttuu huomattavasti, kun esi- ja varhaismoderni valtio byrokraattisen vallan keskittymänä syntyy. Ruotsissa metallintuotanto tekee mahdolliseksi sotilasmahdin ja muuttaa myös talouden luonnetta. Nämä muutokset vaikuttavat oikeudellisiin käytäntöihin.

Muutokset etenivät tosin eräänlaisena aaltokehänä keskuksesta taloudellisesti kehittyneimmille alueille ja vasta hyvin hitaasti alueelliseen ja taloudelliseen periferiaan. Valtakunnan vauraimmat alueet ovat kartanolaitoksen ja feodaalisten suhteiden ydinaluetta.[27] Kaupankäynti keskittyi suurimpiin kaupunkeihin, etenkin Tukholmaan. Vielä 1600-luvulla oikeuskäytännössä esiintyi huomattavia alueellisia eroja, mikä on ymmärrettävissä eri alueiden epätasaisen taloudellisen ja sosiaalisen kehityksen kautta. Keskusvallan mahdollisuudet ja intressi toteuttaa sama käytäntö valtakunnan koko alueella olivat esimodernina aikana rajoittuneet.

Perinteinen oikeushistoriallinen tutkimus katsoo ruotsalaisen oikeudenkäytön *rationaalistuvan* uudella ajalla ainakin kahdessa suhteessa. Ensinnäkin Ruotsiin syntyy keskitetyn oikeusasteiden hierarkian alku. Toiseksi todistelun luonne muuttuu: 1500-luvulta alkaen

---

26. Lautakunnassa voidaan nähdä kansanomaisen tuomiovallan tuntomerkit eikä vain todistelukeinoa. Esimerkiksi Gösta Åquist on esittänyt, että valanvahvistajista, 'edsgärdesmän', puhutaan vasta 1600-luvun ruotsalaisessa kirjallisuudessa. Maanlait eivät tätä nimitystä käytä. Åquistin mukaan mannermaisen Eideshelfer-instituution piirteitä on väärin perustein yritetty sovittaa ruotsalaiseen oikeuteen. Valanvahvistajat vakuuttivat syytetyn uskottavuutta ja esittivät notoriset, ilmeisen tunnetut asiat. Lautakunta taas oli käräjien 'oikeusvaliokunta', joka etenkin laamanninoikeuksissa saattoi toimia käräjärahvaan puolesta. Tällaiset lautakunnat ovat Åquistin mukaan 'alkuperäinen kansan momentti tuomiovallassa. Åquist 1989, 190, 297-306.

27. Lindquist 1979, 50-75.

omaksutaan legaalisen todistelun periaatteita. Tärkeimmiksi todistelun tavoiksi nousevat todistajat, asiakirjat, asianosaisen vala ja tunnustus. Tämä tulkitaan modernista perspektiivistä rationaalisuuden kasvuksi sen vuoksi, että tällaisen todistelun avulla selvitetään tosiasioita, 'aineellista totuutta' varhaisen prosessin 'muodollisen totuuden' sijasta. Muutosta pidetään myös *valtiollistumisen* ilmauksena. Keskusvallan vahvistuessa tuomiovalta keskittyy ja tuomioistuimien asianosaisiin tai riitapuoliin kohdistuva valta kasvaa.

KrML:n monet kuninkaan asemaan liittyvät määräykset jäivät pois käytöstä jo keskiajalla. Esimerkiksi perinnöllinen kuninkuus syrjäytti vaalikuninkuuden maanlain nimenomaisesta kiellosta huolimatta. Maanlaki ei ollenkaan tunne herrainpäiviä ja niiden pohjalta kehittyneitä valtiopäiviä. Monissa muissa valtakunnissa parlamentti sai myös tuomiovaltaa, mutta Ruotsissa näin tapahtui vasta paljon myöhemmin. Kuninkaan tuomiovaltaa oikaisukäräjillä voivat tosin hänen poissaollessaan käyttää maallisen ja hengellisen rälssin ylimmät.[28]

KrML:n mukaan kihlakunnantuomari oli valittava niin, että laamanni kutsui koolle kihlakunnankäräjät, ja kihlakunta valitsi lautakunnan valitsemaan ehdolle 'kolme kihlakunnassa asuvaa'. Näistä kuningas otti yhden kihlakunnantuomariksi. Laamannikuntien laamannit valittiin KrML:n mukaan niin, että maakunnankäräjillä käräjäväki valitsi kuusi rälssimiestä ja kuusi talonpoikaa, jotka piispan ja kahden papin kanssa asettivat ehdolle kolme miestä, joista kuningas valitsi yhden.[29] Tämä menettely alkoi syrjäytyä jo unioniajan lopulla, kun valtionhoitaja tai hallitsija nimitti mieleisiään tuomareita ehdollepanosta piittaamatta. Menettely vakiintui *Kustaa Vaasan* aikana. Ehdollepano jäi kokonaan pois käytöstä. Laamannin ja kihlakunnantuomarin nimittämistä kutsuttiin läänittämiseksi, ja virkanimitykset saivatkin läänityksen luonteen.[30] Kihlakunnantuomareiksi nimitettiin aatelisia, ja laamanninvirat tulivat olemaan sidoksissa valtaneuvoksen asemaan.[31] Tuomarinvirkaa hoitivat viransijaiset, lainlukijat, jotka saivat läänityksenhaltijoilta palkkion. Vaikka sovinnonteko käräjien ulkopuolella kiellettiin jo vuonna 1540, tehtiin 1600-luvun alussa sovintoja vielä sekä tuo-

28. KrML käräjäkaari 10 pykälän mukaan jos kuningas ei itse voinut pitää oikaisukäräjiä, ne voi pitää piispa, kaksi kapitulin jäsentä, laamanni ja kaksi valtakunnanneuvosta tai muuta laamannin ja piispan ottamaa miestä.
29. KrML Käräjäkaari 10 pykälä.
30. Ylikangas 1983.
31. Blomstedt 1958.

mioistuimissa että niiden ulkopuolella. Vahingon kärsineelle osapuolelle jäi usein jonkinasteinen päätösvalta sen suhteen, tehtiinkö sovinto vai ei.[32] Vaikka kihlakunnantuomari ja laamanni muuttuivat jo myöhäiskeskiajalla kuninkaan miehiksi, oli rahvaan ja etenkin paikallisten mahtimiesten läsnäolo tärkeä oikeudenkäytön edellytys. Sama koski laamanninkäräjiäkin. Käräjillä läsnä olevat rälssimiehet saivat usein osallistua oikeuden neuvotteluihin, samoin kuin kuninkaan edustaja, vouti.[33] Käräjiä ei voinut ajatella ilman kollektiivista osallistumista, käräjärahvaan paikallaoloa. Käräjät olivat kokous, ja ne kokoontuivat uudelle ajalle saakka taivasalla. Tuomioiden tehokkuuden ja legitiimisyyden tae oli ilmeisesti pikemmin oikeusyhteisön myötävaikutus kuin kuninkaan ja hänen edustajiensa edustama pakko. Tämä ilmenee esimerkiksi keskiaikaisista tuomarin kirjeistä, joita tuomari antoi asianosaiselle todistukseksi tuomiosta. Nämä tuomarin nimissä annetut kirjeet luettelevat aluksi paikalla olleet. Ne kertovat missä ja milloin tuomari piti käräjät 'rahvaan läsnäollessa' ja luettelevat erikseen paikalla olleet korkea-arvoiset henkilöt - ne, joiden läsnäolo oli välttämätön (esimerkiksi käskynhaltijat), mutta usein myös nimeltä 'hyviä miehiä', paikalla olleita mahtimiehiä. Kirjeissä luetellaan usein myös lautakunnan jäsenet, mutta toisinaan nämä ilmoitetaan vasta, jos kihlakunnantuomari tai laamanni ilmoittaa antaneensa asian lautakunnan ratkaistavaksi.[34]

Kun sittemmin oikeudenkäynneistä pidetään säännöllistä pöytäkirjaa,[35] se kirjoitetaan saman kaavan mukaan. Lautakunnan jäsenet luetellaan yleensä pöytäkirjan alussa. Käräjärahvaan läsnäolo on tietyssä mielessä välttämätön edellytys oikeudenkäynnille, ja lautakunta oli sen

32. Taussi Sjöberg 1991, 35-36. - 1600-luvun Ruotsin tilannetta voi rinnastaa myöhempien siirtomaavaltojen oikeusjärjestyksen ja paikallisen oikeuden suhteeseen. Moderni siirtomaavalta ulotti oman oikeudellisen koneistonsa perinteisiin heimoyhteisöihin tavalla, joka ei lopettanut aikaisempia oikeudellisia menettelytapoja, mutta muutti niiden luonnetta. Antropologiset tutkimukset viittaavat siihen, että mahdollisuus käyttää siirtomaavallan oikeutta vaikutti paikallisyhteisön sisäisissä intrigeissä yhtenä taktisena vaihtoehtona. Moore 1978.

33. Westman 1934, 50-53.

34. Myöhäiskeskiajan lopulla tyypillinen tällainen laamannin tuomiosta annettu kirje alkaa näillä sanoilla: Anno 1491 hölt iak henrik Bidz lagmandz ting kyndermesso apton met almoghan aff nyekyrkio sochen, nerwarende erligh ok welbyrdygh man Jachem Fleming, höffuitzman på Abo, ok flere godha manna nerwaro. nempden: (luetellaan 12 nimeä). Hausen 1928 V, 299 (no 4347).

35. Pöytäkirjaamisesta määräsi ns. Gripsholmin plakaatti 9 tammikuuta 1549. Plakaatin mukaan tuomareiden on pidettävä pöytäkirjaa (minnesböckes) siitä, mitä tuomioistuimissa suullisesti tai kirjallisesti esitään. Nehrman 1751, IV 2.

olennainen osa. Vielä 1600-luvun alussa käräjärahvas saattoi osallistua meluisasti oikeudenkäyntiin. Rahvaalta voitiin tiedustella rikosta koskevasta huhusta, se saattoi lausua käsityksensä syytetyn elintavoita tai maanomistusoloista.[36] 1600-luvun käräjillä kuninkaan käskynhaltija oli vaikutusvaltainen henkilö; Marja *Taussi Sjöbergin* mukaan 1600-luvulla käräjille kerääntyneistä tärkein. Hän esitti käräjärahvaalle kuulutuksia ja kruunun vaatimuksia. Lautamiehinä oli talonpoikia, joista osa istui lautakunnassa hyvin pitkään. Samat talonpojat toimivat uskottuina miehinä, suorittivat katselmuksia ja muita luottamustehtäviä. Tuomarin viran hoito kulki suvussa. Taussi Sjöbergin tutkimalla alueella tuomari on lähes näkymätön. Hän ei edes allekirjoita pöytäkirjaa, eikä tuomarin nimeä mainita pöytäkirjan alussa, kuten lautakunnan ja käskynhaltijan. Lautakunta näyttää tutkineen ja tuominneen kaikki asiat.[37]

Hovioikeuksien perustaminen 1600-luvulla merkitsee epäilemättä alkua oikeudenkäytön yhtenäistymiselle ja oikeudenkäytön muotojen byrokratisoitumiselle. Hovioikeuksia on pidetty tärkeänä oikeuden rationaalistumisen väylänä. Kysymys oli kuninkaan tuomiovallan organisoimisesta uudella tavalla.[38] Maakuntien tai laamannikuntien oikeudenkäytön 'omalakisuutta' rajoitti vanhastaan vain kuninkaan tuomiovalta, jonka muoto ei ollut vakiintunut. Kuninkaan tuomiovallan käyttö oli sidoksissa käräjiin. Kuningas tai hänen sijaisensa antoivat eri laamanninkunnissa kuninkaantuomioita. Kuninkaan tuomiovallan käytön muoto oli ongelma erityisesti silloin, kun kuningas oleskeli pitkään valtakunnan ulkopuolella. Kuninkaan tuomiovaltaa rajoittivat vahvat paikalliset tai hajaannuttavat voimat, kuten mahtimiesten keskinäinen valtakilpailu, mutta myös Tukholman aseistetun porvariston kasvava vaikutusvalta ja talonpoikien toisinaan kapinan asteelle kasvava vastarinta verotuksen lisäämistä vastaan. Unioniajan Ruotsissa kuninkaan nimissä annetut tuomiot eivät menneet itsestään selvästi täytäntöön.

Sekä *Kustaa Vaasa* että *Eerik XIV* pyrkivät perustamaan kuninkaantuomiota antavan lautakunnan. Pysyvää 'parlamenttia' ei heidän hallituskausillaan syntynyt. Kuninkaantuomioiden antaminen muodos-

36. Westman 1934, 27-30.
37. Taussi Sjöbergin tutkimus perustuu Medelpadissa sijaitsevan Njurundan 1600-luvun tuomiokirjoihin. Taussi Sjöberg 1990, 170-181. Taussi-Sjöberg viittaa paikallisten erojen todennäköisyyteen ja olettaa, että lautakunnan asema tuomarin asemaan verrattuna oli Pohjois-Ruotsissa vahvempi kuin etelämpänä.
38. Letto-Vanamo 1989, 36-39, Kekkonen 1992, 89-91.

tui ongelmaksi erityisesti *Sigismundin* noustessa valtaistuimelle *Juhana III*:n jälkeen. *Kaarle* yritti sekä valtionhoitajana että kuninkaana vahvistaa kuninkaankäräjille määrämuodon, joka ei edellyttäisi kuninkaan omaa osallistumista. Kuninkaantuomioita olisi antanut samantapainen lautakunta kuin se, joka keskiajalla piti oikaisukäräjiä.[39] Vuonna 1604 Kaarle esitti neuvostolle suunnitelman, jonka mukaan oikeudenkäyttö piti järjestää drotsin tai kanslerin alaisuuteen.[40] Tämä merkitsi luopumista käräjien toimintaperiaatteesta. Kuninkaantuomioita antava tuomioistuin oli tarkoitus sijoittaa hoviin.[41] Tämäkään suunnitelma ei toteutunut.

Kustaa II Aadolfin hallituskaudella kuninkaan poissaolo nosti jälleen kysymyksen korkeimman tuomiovallan käytöstä esiin. Valtakunnanneuvoston kokouksessa Västeråsissa vuonna 1613 kuningas esitti neuvostolle aikeensa perustaa kuninkaantuomioita antavan tuomioistuimen, 'ett översta parlament', oikeuslaitoksen epäjärjestyksen korjaamiseksi. Örebron valtiopäivillä vuonna 1614 hyväksyttiin laki, jonka mukaan monijäseninen *Svean hovioikeus* käyttää kuninkaan tuomiovaltaa tämän poissaollessa.[42]

Tavallaan tämä 'kuninkaan korkein lautakunta' vastasi sitä korkeasta rälssistä koottua lautakuntaa, joka oli aikaisemmin käyttänyt kuninkaan tuomiovaltaa tämän poissaollessa. Hovioikeus oli kuitenkin pysyvä ja tietyssä mielessä byrokraattinen elin. Lailla määrättiin kiinteä muutoksenhakujärjestys: kihlakunnantuomarin ja lautakunnan päätöksistä vedottiin laamanninoikeuteen, laamannin ja laamanninoikeuden lautakunnan päätöksistä sekä pormestarin ja raadin päätöksistä hovioikeuteen. Vuonna 1615 annetun lain[43] mukaan Svean hovioikeudella tuli olla Ruotsissa ylin tuomiovalta, supremum judicium, mutta hovioikeuden päätöksen johdosta voi tehdä kuninkaalle nöyrän anomuksen muutoksenhakuedun nauttimisesta. Svean hovioikeuden mah-

39. KrML:n käräjäkaaren 10 pykälän mukaan kuninkaan oikaisukäräjiä piti kuninkaan poissaollessa lautakunta, johon kuului hengellistä ja maallista rälssiä. Kustaa Vaasan ajan jälkeen kirkon ja hengellisen rälssin asema oli kuitenkin romahtanut, eikä sille enää reformaation jälkeen esitetty osuutta kuninkaan tuomiovaltaankaan.

40. Melander 1936.

41. Westman 1934, 25.

42. Rättegångs Ordinantia I. oikeudenkäymisordinantia 1614. Schmedeman 1706, 133-141.

43. Rättegångs Process den 23 Junii 1615 I. oikeudenkäymisprosessi. Schmedeman 1706, 143-163.

dollisuudet valvoa koko valtakunnan aluetta olivat alun perinkin rajalliset. Jo vuonna 1622 Svean hovioikeus pyysi valtakunnanneuvostoa ryhtymään toimeen hovioikeuden päätöksien saattamiseksi voimaan koko valtakunnan alueella, mm. Suomessa - hovioikeuden päätökset olivat jääneet käytännössä vaille vaikutusta. Neuvosto lähetti Turkuun viskaalin tutkimaan tilannetta. Kustaa II Aadolf valtuutti pian valtaneuvos Nils *Bjelken* Turun hovioikeuden presidentiksi ja nimitti hovioikeuteen kolme aatelista asessoria. Turun hovioikeuden toiminta alkoi Turun linnassa vuonna 1623.

Kollegiaalinen hovioikeus käytti kuninkaalle vanhastaan kuulunutta tuomiovaltaa virastomaisella tavalla, mutta silti kuningas säilytti korkeimman tuomiovallan itsellään, koska maanlain mukaan kuninkaalla on oikeus oikaista väärät tuomiot. Kuninkaan keskiaikainen tuomiovalta tavallaan legitimoi oman kertaantumisensa. Kuninkaan korkeimman tuomiovallan käyttö sai ensimmäisen kerran byrokraattisen luonteen vuonna 1680. Silloin korkeinta tuomiovaltaa käyttäväksi elimeksi määrättiin oikeusrevisio, Justitie Revision.

Hovioikeuden perustaminen merkitsi sellaisen keskitetyn tuomiovallan syntymistä, joka oli kuninkaan henkilöstä erillinen. Hovioikeuksien perustaminen, kuten yleensäkin vallan keskittyminen valtakunnassa oli aatelin etujen mukaista. Tuomiovallan byrokratisoimista vastustettiinkin lähinnä Vaasojen hallitsijasuvun sisällä.[44] Kustaa II Aadolf katsoi myöhemmin, ettei hovioikeuksien perustaminen poistanut hänen henkilökohtaista tuomiovaltaansa. Herttuakuntien suvereenisuuden puolustuksesta käydyn kiistan on väitetty vaikuttaneen myös siihen, että armahdusoikeus jäi kuninkaalle, vaikka tuomiovalta siirrettiin hovioikeudelle.[45]

Valtakunnallisten muutoksenhakuasteiden vakiintuminen merkitsi oikeudenkäytön etääntymistä rahvaasta ja paikallisyhteisöistä. Muutoksenhaku hovioikeudesta edellytti 'vedon' asettamista. Muutoksenhakua varten oli maksettava vetoraha, jonka vetoava hävisi, jos hovioi-

44. Kustaa Vaasan nuorempien poikien saamissa perinnöllisissä ruhtinaskunnissa kuningasvalta ei ollut ehdotonta. Vielä Kaarle IX:n ehdotuksen yhteydessä leskikuningatar puolusti herttuakuntien suvereenisuutta. Kuningas sai maanlain mukaan kyllä itse henkilökohtaisesti antaa kuninkaantuomioita koko valtakunnan alueella, mutta leskikuningattaren mukaan hänellä ei ollut oikeutta ilman valtiopäivien päätöstä luovuttaa tuomiovaltaa perintöruhtinaskuntien alueella muille - ylimyksistä ja muista tuomareista koostuvalle lautakunnalle. Melander 1936.

45. Melander 1936.

keus asettui asiassa alituomarin kannalle. Hovioikeuteen ei saanut vedota asiassa, jonka arvo ei noussut 50 taaleriin. Muutoksen hakeminen hovioikeuden tuomioon oli jo huomattavan kallista. Beneficium revisionis edellytti, että anoja talletti 200 taaleria hovioikeuteen. Hovioikeus sai pitää summan riippumatta siitä, pysyikö hovioikeuden tuomio vai kumosiko kuningas sen. Rahasumma oli niin suuri, että se rajoitti tehokkaasti rahvaan mahdollisuuksia hakea muutosta.

Aatelilla oli vahva ote hovioikeuksien tuomarinvirkoihin. Svean hovioikeudessa istui valtakunnandrotsi, neljä valtaneuvosta, viisi muuta aatelista sekä neljä oppinutta ja laintuntevaa miestä. Turun hovioikeuden tuomarikunta oli vaatimattomampaa, sillä vain sen presidentti oli valtaneuvos. Muut jäsenet olivat tavallista aatelia ja aatelittomia oppineita. Hovioikeuksissa tavallaan ruumiillistui suurvalta-ajan Ruotsin valtarakenne: kuninkaan ja aatelin valta limittyivät. Hovioikeudet olivat aatelin tuomioistuimia myös säätytuomioistuimen mielessä. Esimerkiksi Turun hovioikeudessa toimi kaksi osastoa tai 'luokkaa', yksi aatelisille ja toinen ei-aatelisille. Hovioikeudet käsittelivät ensimmäisenä oikeusasteena monet aatelia koskevat jutut, sillä aatelille hovioikeus oli forum privilegiatum. Hovioikeuksien kautta oikeudenkäyttö byrokratisoitui, mutta samalla aatelissäädyn säätyvalta saattoi vahvistua. 1600-luvulla hovioikeudet eivät erottaneet tuomiovaltaa muusta hallintovallasta tai politiikasta. Hovioikeuksien presidentit pitivät päin vastoin luonnollisena, että hallitukselta kysyttiin ohjeita joidenkin juttujen ratkaisemiseksi poliittisesti tyydyttävällä tavalla.[46]

Hovioikeudet saivat tehokkaita keinoja valvoa alempien oikeuksien toimintaa. Törkeät rikosjutut oli alistettava hovioikeudelle. Hovioikeudet vaativat ankaran rikosoikeuden mukaista rangaistusten määräämistä alioikeuksissa. Toisaalta ne alkoivat itse lieventää alioikeuksien tuomitsemia rangaistuksia ns. leuteraatiomenettelyn kautta. Tämä merkitsi sitä, että hovioikeudet voivat määrätä törkeitä rikoksia koskevan lain todellisen sisällön ja sen, keihin ja miten sitä sovellettiin. Absolutismille ominaiseen tapan törkeät rikokset tuomittiin kruunun kontrolloimassa prosessissa. Törkeiksi luokiteltujen rikosten määrä kasvoi, rikoslaki ankaroitui. Hovioikeus valvoi oikeudenkäyttöä muissakin asioissa, ja valvontaa varten alioikeuksien pöytäkirjat oli toimitettava määräajassa hovioikeuteen. Hovioikeus sai myös omasta aloit-

46. Westman 1934, 49.

teestaan tai vastapuolen vaatimuksesta vaatia asianosaiselta valan, jolla tämä vakuutti hakevansa muutosta, koska on vakuuttunut asiansa oikeutuksesta. [47]

Virkamiesten ammattikoulutuksesta käytiin kiistaa jo 1600-luvun alkupuolella. Uppsalan yliopiston kanslerit, kuten Johan *Skytte*, Axel *Oxenstierna* ja Magnus Gabriel *De la Gardie* pyrkivät muuttamaan teologisesti ja humanistisesti suuntautunutta yliopisto-opetusta vastaamaan kruunun ja aatelin toivomuksia. De la Gardie vaati erityistä virkatutkintolinjaa yliopistoon, säätyrajoituksia tutkinnon suorittajille sekä erityisten oppilaitosten luomista yliopistojen ulkopuolella - pääsyä näihinkin oli rajoitettava isän ammatin tai säädyn perusteella. Tukholmaan oli perustettava erityinen aatelisakatemia. Lainopin opetusta varten perustettiin Uppsalaan 1620-luvulla lainopillinen tiedekunta, ja myös Turussa ja Lundissa aloitettiin lainopin opiskelu. Opinnoissa roomalainen oikeus ja rationaalinen luonnonoikeus nousivat keskeisiksi. Uppsalan yliopistossa mielenkiinto suuntautui kuitenkin valtakunnan hallituksen näkökulmasta vääriin asioihin: oppineisiin kiistoihin. Ramismi herätti Uppsalassa suoranaisia puoluekiistoja. Filosofointiin keskittyvä yliopisto ei tuottanut hallituksen korkea-aatelisten virkatutkintojen kehittäjien näkökulmasta toivottavia valmiuksia. Sen vuoksi lainopin opiskelijoille oli annettava täydennyskoulutusta hovioikeuksissa. Yliopiston kansleri De la Gardie edusti tässä aikansa ylemmille virkamiehille ominaista ajattelutapaa.[48]

Nämä virkamieskoulutuksen kehittämishankkeet johtivat siihen, että hovioikeuksissa aloitettiin 1600-luvulla auskultointi: tarpeellista koulutusta valtion virkoihin alettiin antaa ottamalla tuomioistuimiin auskultantteja kuuntelemaan juttujen käsittelyä. Järjestelmän synty selittyy ainakin osaksi valtaneuvoston, etenkin Axel Oxenstiernan, yliopistojen opetukseen kohdistuvasta epäluottamuksesta. Byrokratian tarpeisiin oli koulutettava virkamiehiä, ja auskultointijärjestelmä kehittyi tätä tarkoitusta varten.[49]

Vuonna 1633 Turun hovioikeus pyysi lupaa ottaa ansioituneita (kvalificerade) henkilöitä tai nuoria lainopista kiinnostuneita ylioppilaita auskultanteiksi hovioikeuteen. Auskultanttien piti vannoa vaitiolovala ja päästä kuulemaan käsiteltäviä asioita ollakseen sittemmin

47. Rättegångs Processen 1615, 16 pykälä.
48. Gaunt 1975, 31-33.
49. Gaunt 1975, 33.

hyödyksi lainlukijoina tai muissa maan viroissa. Tähän saatiin hallituksen lupa. Auskultoinnista alkoi tulla tuomarinvirkojen hoitoon johtava väylä. Pian perustamisensa jälkeen Turun hovioikeus sai myös pyytämänsä luvan tutkia tuomarinsijaisten tietoja ennen näiden määräämistä hoitamaan tuomarinvirkoja aatelisten viranhaltijoiden sijasta. Vuonna 1640 lakikommissio ehdotti, että hovioikeudet tutkisivat koko valtakunnassa lainlukijoiden taidot ja tarkistaisivat heidän palkkauksensa. Aatelisten viranhaltijoiden etujen vastainen ehdotus ei toteutunut. Yleensä tuomarinsijaisten valvonta tässä vaiheessa kuului viran varsinaisille haltijoille, joten Turun hovioikeuden valvontavalta oli ajalleen poikkeuksellinen.

Vuoden 1615 oikeudenkäymisprosessin mukaan oikeudessa sallittiin käyttää asianajajia, 'advocater och procuratorer'. Näiden oli esitettävä päämiehensä valtakirja. Oikeudenkäymisprosessista ilmenee pyrkimys kontrolloida asianajajien toimintaa ajalle ominaiseen tapaan valan avulla. Asianajajan oli vannottava, että hän ajoi asiaa totuuden mukaan, ei yrittänyt viivyttää asian ratkaisua eikä antanut vastapuolelle tietoja siitä.[50]

Hovioikeuksien välittämä byrokratisoituminen ilmeni erityisen selvästi siinä, että hovioikeudet edistivät oikeudenkäynnin muuttumista kirjalliseksi. Hovioikeuden mahdollisuus valvoa alioikeuksia edellytti näiden toiminnan kirjaamista. Alioikeuksien menettelyn kirjallistumiseen vaikuttavia syitä oli tosin muitakin. Kaupunkien tuomioistuimiin tuotiin velkomusasioita ja muita juttuja, joissa todisteena käytettiin asiakirjoja. Asianajon lisääntyminen suurimmissa kaupungeissa saattoi myös lisätä kirjallisen oikeudenkäynnin merkitystä. Joka tapauksessa etenkin riita-asiain oikeudenkäynti 1600-luvun lopulla oli suurempien kaupunkien raastuvanoikeuksissa kirjelmien vaihtamista. Alimmissa tuomioistuimissa - maalla kihlakunnanoikeuksissa, pienten kaupunkien raastuvanoikeuksissa ja suurempien kemnerinoikeuksissa - asioita edelleen esitettiin suullisesti.

Velvollisuus toimittaa alioikeuden pöytäkirjat säännöllisesti tarkastettaviksi sai alioikeudet tarkastelemaan omaa työtään uudesta näkökulmasta: ei niinkään tuomarin ja asianosaisten paikallisyhteisöön ankkuroituneena vuorovaikutuksena, vaan tapahtumana, josta oli esitettävä ylemmälle oikeudelle kirjallinen kuvaus. 1500-luvulta alkaen

50. Asianajon yleisyydestä 1600-luvulla ks. Letto-Vanamo 1989.

käräjät siirtyivät käräjämäeltä talonpoikaistupaan, jossa tuomari voi pitää pöydän ääressä pöytäkirjaa. Lautakunnan suomenkielisestä nimestä päätellen sekin istui pöydän tai 'laudan' äärellä. Asianosaisten, valanvahvistajien ja todistajien lisäksi ei tupaan juuri mahtunut enempää väkeä, joten muut joutuivat jäämään oikeuden istunnon ulkopuolelle.[51] Sama muutos oli tapahtunut Euroopassa yleisesti keskiajan lopulla: käräjätammen tai mäen sijasta oikeus istui sisällä rakennuksessa ja samalla kollektiivinen osallistuminen kävi fyysisesti mahdottomaksi.

Pöytäkirjaan otettiin kaikki, mitä pidettiin päätöksenteon kannalta tärkeänä, ja pöytäkirjaa kirjoittavan tuomarin tekstin luonteen määrittävä 'sisäislukija' oli epäilemättä pöytäkirjaa tarkastava virkamies. Pöytäkirjan merkitys kasvoi hovioikeuksien valvonnan intensiteetin mukana. 1687 annettu kuninkaallinen kirje määrää ottamaan pöytäkirjaan sellaisen selostuksen kustakin asiasta, että pöytäkirjassa mainitaan kaikki asiassa esitetyt todisteet puolesta ja vastaan, välipäätökset ja lopullinen tuomio.[52] Prosessi ratkaistaan pöytäkirjan perusteella, ei sen mukaan, mitä oikeudessa muuten tapahtuu. Tässä mielessä oikeudenkäynti muuttui kirjalliseksi myös alioikeuksissa, vaikka niissä edelleen esitettiin asioita suullisesti. Ylemmästä oikeudesta tulee oikeudenkäynnin todellinen auditorio tai vastaanottaja.

Tietyssä mielessä hovioikeuksien perustaminen ilmentää ruotsalaisen yhteiskunnan säätyluonteen vahvistumista - niistä tulee monessa mielessä aatelin tuomioistuimia. Hovioikeudet olivat kuitenkin myös tärkeä osa absolutismin valtiollista byrokratiaa. Säätyvallan rinnalle syntyvistä moderneista instituutioista byrokratia on vaikutusvaltaisimpia. Byrokratia muodostui poliittiseksi kentäksi, jolla käytävän kamppailun kautta yhteiskuntarakenteita muutettiin. Byrokratian asemista uudet, perinteisen aristokratian ulkopuolelta nousevat ryhmät puolustivat omia etujaan, ja siihen myös kohdistui eri puolilla Eurooppaa 1700-luvulla aristokratian vastahyökkäys.

Ruotsissakin virkojen hallussapidosta tuli aatelin keskeinen intressi ja säädyn sisäisen hajaannuksen selittäjä. Alempiaateliset virkamie-

51. Westman 1934, 26.

52. K. Bref den 30 Juni 1687 angående relationer. Sen mukaan pöytäkirjaan on kirjattava 'alla nödiga omständigheter, Status controversiae och så många quaestioner uti hvarje quaestion äro'. Kaikki riitaiset seikat oli siis mainittava. Lisäksi oli erotettava asianosaisten väitteet puolesta ja vastaan kussakin riitaisessa kysymyksessä, 'väl distingueras, och de af parterna in actis alleguerade rationes pro et contra till hvar och en quaestion separatim anföras'. Schmedeman 1706, 1128-1129.

het tukivat reduktiota, sillä läänitettyjen verotulojen palauttaminen valtiolle oli välttämätön heidän omien virkapalkkojensa turvaamiseksi, virkojen läänittäminen ylhäisaatelille taas heidän etujensa vastaista. Ylhäisaateli vaati oikeutta virkoihin privilegionaan. Taistelu viroista johti siihen, että myös virkamieskoulutuksen luonteesta käytävä kiista sai säätykamppailun luonteen. Aateli pyrki kehittämään koulutusta, joka antaisi sille etusijan tai ainakin edullisen aseman virkarekryytteinä.

Alemman aatelin tyytymättömyys valtaneuvoksille ja muulle ylhäisaatelille tulevien virkaläänitysten johdosta johti läänitysjärjestelmän purkamiseen. Vuoden 1649 valtiopäivillä alempi aateli sai kuningatar *Kristiinan* puolelleen. Kuningatar esitti, että tuomarien olisi itse hoidettava virkojaan.[53] Kiista tuomioistuimien virkanimityksistä jatkui vuosien 1675 ja 1678 valtiopäivillä. Papistossa esitettiin, että lainlukijat tulisi nimittää virkaan, jota he myös hoitavat. Tästä heille piti maksaa aikaisempaa parempi palkka. Läänitysluonteinen ylijäämä olisi voitu käyttää hovioikeuksien palkkoihin. Vuoden 1680 valtiopäivillä tuomarinvirkojen reduktio (niiden läänittämisen lakkauttaminen) tuli vakavasti esille. Aatelin kaksi alempaa luokkaa asettui puolustamaan edellä esitettyä suunnitelmaa. Kuningas päätti, että laamanninvirat oli otettava pois niiltä valtaneuvoksilta, jotka eivät voineet niitä itse hoitaa. Kihlakunnantuomarin- tai laamanninvirkaa ei enää saanut antaa läänityksinä, eivätkä hovioikeuden asessorit saaneet pitää virkoja hallussaan. Hovioikeuksien virkamiesten palkkoja parannettiin käyttämällä niihin osa kihlakunnantuomareille tulevasta verosta. Reduktiolla kruunulle saatiin siirtymään noin kaksi kolmannesta tuomarinveroista, ja tällä voitiin rahoittaa ylemmät oikeusasteet. Virka-aateli syrjäytti läänityksenhaltijat ja lainlukijat.[54]

Oikeuslaitos byrokratisoitui näin joka tasollaan. Tuomarinvirkaan nimitetyt joutuivat hoitamaan virkojaan. Tämä johti valtasuhteiden

53. Alemmat säädyt vaativat yksimielisesti esityksen toteuttamista. Alempi aateli oli esityksen takana, mutta sen keskuudessa vähemmistö vaati aatelisten tuomarinsijaisten nimittämistä. Ylempi aateli vastusti esitystä. Asiasta hankittiin hovioikeuksien lausunnot ja hankittiin tietoja virkojen hoidosta. Vuonna 1653 tuomarinvirat annettiin hovioikeuksien asessoreille, jotka määrättiin myös hoitamaan käräjät. Siten hovioikeuden tuomarit toimivat tuomareina kahdessa oikeusasteessa. Muutos oli myönnytys alemmalle aatelille, jonka piiristä tuomarikunta rekrytoitiin. Suomessa tuomarinvirat jäivät pitkään hovioikeuksien asessoreiden haltuun. Blomstedt 1958.

54. Blomstedt 1958, 209-218, Ylikangas 1986, 63-74.

muutokseen alioikeuksissa. Alioikeuksien ylläpito jäi edelleen tuomarin kokoamien paikallisten verojen ja sakko-osuuksien varaan. Ylemmissä oikeuksissa tuomareille maksettiin rahapalkka.

Vasta vuoden 1681 jälkeen kihlakunnantuomarien sijaiset liitettiin hovioikeuksien virkamieskuntaan. Kun kuninkaan valtaa kavennettiin vuoden 1720 hallitusmuodolla, saivat hovioikeudet vallan asettaa ehdolle kihlakunnantuomariksi kolme ehdokasta, joista kuningas nimitti yhden. Näin hovioikeudet voivat suhteellisen täydellisesti hallita rekrytoitumista maaseudun alioikeuksiin. Vuoden 1720 hallitusmuodon ja vuonna 1720 annetun resoluution mukaan ratkaistiin myös kiista kaupunkien pormestarin asettamisesta. Maistraatilla ja porvaristolla oli oikeus asettaa ehdolle kolme pormestariehdokasta, joista kuningas nimitti yhden.

9.3. Lainoppi ja roomalainen oikeus

1700-luvun luonnonoikeuteen vetoavat ruotsalaiset lainoppineet ja 1800-luvun historiallisen koulun oikeustieteilijät olivat taipuvaisia korostamaan ruotsalaisen oikeuden omaleimaisuutta ja roomalaisen oikeuden vähäistä merkitystä Ruotsin oikeudessa. Tätä perusteltiin etenkin sillä, että 1600-luvun lainoppineet osoittivat suurta kiinnostusta kotimaiseen oikeuteen. Suurvalta-ajan Ruotsin lainoppineet osoittivat epäilemättä kiinnostusta esimerkiksi vanhaan ruotsalaiseen oikeuteen.[55]

Oikeushistorioitsijoista esimerkiksi J. E. *Almquist* esittää suurvalta-ajan lainoppineiden ruotsalaiseen menneisyyteen kohdistuvan kiinnostuksen osoittavan, ettei roomalaisen oikeuden reseptio ulottunut Ruotsiin.[56] Stig *Jägerskiöld* sen sijaan viittaa roomalaisen oikeuden vaikutukseen siinä, miten oikeudellista aineistoa jäsennettiin. Lainoppineiden yhteydet saksalaisiin yliopistoihin näyttäytyvät tavassa jäsentää ruotsalaista oikeutta roomalaisen oikeuden apparaatin avulla.[57] Jä-

55. Esimerkiksi J. Dalekarluksen, aateloituna Stiernhöök, teos De jure sveonum et gothorum vetusto tarkastelee svealaisten ja göötien oikeutta olettaen kaikkien germaanisten kansojen olevan skandinaavista alkuperää. Stierhöök 1981 (1672).
56. Almquist 1958, 102 ss.
57. Jägerskiöld 1974, 117 ss.

geskiöldin mukaan kysymys saattaa tosin olla pikemminkin yleiseurooppalaisen oikeusperinteen eikä nimenomaisesti roomalaisen oikeuden merkityksen vahvistumisesta. Roomalaisen oikeuden reseptiota edisti valloitussotien kautta saatu kaupallinen ja kulttuurinen kosketus Keski-Eurooppaan. Hovioikeuksista tuli Jägerskiöldin tutkimusten mukaan keskeinen roomalaisen oikeuden leviämisen kanava.[58]

Uppsalan yliopiston kahdesta professuurista toinen oli 1620-luvulta alkaen ensisijaisesti roomalaisen oikeuden professuuri. Johan *Skytten* aloitteesta annetut Uppsalan yliopiston statuutit antoivat lainopin lähtökohdaksi ruotsalaisen oikeuden vertailemisen roomalaiseen oikeuteen. Tällaista metodia Michael *Vexionius*[59] pyrki noudattamaan. Ruotsalaisen keskiaikaisen oikeuden säädöksiä tulkittiin roomalaisen oikeuden käsitteiden kautta; roomalainen oikeus esiintyi luonnonoikeuden asettamana vertailun lähtökohtana. Käytännössä tämä johti roomalaisen oikeuden opettamiseen, joskin niin, että vedottaessa roomalaisen oikeuden instituuttiin voitiin vedota myös ruotsalaisen oikeuden termiin.[60] Esimerkiksi Vexionius esitti Otto *Brusiinin* mukaan oikeudelliset opit Institutiones-systematiikan pohjalta.[61]

Jägerskiöldin mukaan 1600-luvun ruotsalaiset juristit siirtyivät yleiseurooppalaisen kehityksen mukaisesti etsimään johtoa ratkaisuilleen suoraan Corpus iuriksen teksteistä keskiaikaisten glosaattorien tekstien sijasta. Esimerkiksi keskiaikaisen maanlain kauppakaari ei juuri tarjonnut 1600-luvun kaupalle käyttökelpoisia normeja. Ruotsalaiseen oikeuteen omaksuttiin sen vuoksi sopimusta, kauppaa, panttia, takausta, yhtiötä ja konkurssia koskevat normit klassisesta roomalaisesta oikeudesta. Vilpittömän mielen oppi, tuottamusoppi, sopimuksen loukkaamattomuuden periaate ja todisteiden arvo perustettiin roomalaiseen oikeuteen.[62] Vieras aines kuitenkin omaksuttiin niin perusteellisesti, että se sai ruotsalaisen ilmiasun. Välittäjänä toimi hovioikeus. 1600-luvulla oikeutta tulkittiin vapaasti. Kohtuus, aequitas, voitiin nähdä sekä yleisnormiksi että tulkintasäännöksi.[63] *Kaarle XI*:n aikana näin vapaa tulkinta kiellettiin siviilioikeudessa, ja rikosoikeudessa harkintavalta, ns. arbitrointi korvattiin erilaisilla nyansoiduilla tulkinta-

58. Jägerskiöld 1963, 29-54.
59. aateloituna Gyldenstolpe.
60. Jägerskiöld 1963, 84 ss.
61. Brusiin 1968.
62. Jägerskiöld 1963, 153.
63. Jägerskiöld 1963, 84-98.

säännöillä. 1600-luvun Ruotsissa tavanomaiseen oikeuteen voitiin aina vedota lainsäädännön puuttuessa.[64]

Samalla alkoi siirtymä siihen suuntaan, että oikeudenkäytössä yhdistettiin tavanomainen oikeus ja ennakkopäätös. Tavanomaisena oikeutena voitiin pitää sellaista tapaan perustuvaa periaatetta, joka oli tuomiolla vahvistettu. Tavanomainen oikeus perinteisessä merkityksessä jäi vähitellen taka-alalle. Prejudikaattien merkitys oli 1600-luvulla suuri. Myöhemmin taas voitiin rationaalisen luonnonoikeuden lähtökohdista konstruoida oikeussääntöjä rationaalisista, yhteiskuntapoliittisista ja muista lähtökohdista niin, että tuomarin tulkinta sai tiettyä vapautta. Karoliinisena yksinvaltiuden aikana kirjoitetun, säädetyn oikeuden merkitys korostui. Kodifikaatio merkitsi tuomioistuimien kautta tapahtuvan oikeuskehityksen ehtymistä. Lait voitiin julistaa kuninkaan käskyiksi, jotka eivät sitoneet kuningasta itseään.

Svean hovioikeudessa kehittyi tietynlainen lakipositivismi samaan tapaan kuin muuallakin Euroopassa. Lainsäätäjän tahtoa rekonstruoitiin tavalla, joka antoi tuomarille suhteellisen suuren toimintavapauden. Tällaista laajaa laintulkintametodia sovellettiin sekä siviili- että rikosoikeudessa. Tuomari saattoi pyytää lain selventämistä sellaisissa tapauksissa, joita aikaisemmin olisi arbitroitu sekä siviili- että rikosoikeudessa. Jo 1664 Johan *Gyllenstierna* ja Clas *Rålamb* kiistelivät valtiopäivillä siitä, onko valtiosääntöä tulkittaessa noudatettava intentio legis-tulkintaa vai kirjaimellista tulkintaa. Tämän jälkeen arbitroimiselle annettu liikkumavara selvästi väheni.

Jägerskiöld esittää, että karoliinihallitsijat vastustivat roomalaisen oikeuden reseptiota sen feodaaliaatelin pyrkimyksiä heijastavan luonteen vuoksi. Reduktion toteuttaminen merkitsi tässä mielessä väistämättä roomalaisen oikeuden periaatteiden torjumista.[65] Siten ruotsalaiseen oikeuteen välittynyt roomalaisen oikeuden vaikutus olisi lakikodifikaatiota valmisteltaessa väistynyt. Kun Kaarle XI toteutti reduktion, hän teki sen aatelittomien virkamiesten ja virka-aatelin tuella. Ylhäisaateli menetti reduktiossa läänityksensä ja virkansa. Tämän jälkeen ylhäisaatelin ja virka-aatelin välille jäi jännite, joka ilmeni esimerkiksi virkojen tavoittelussa ja taistelussa valtiopäivien hallinnasta.

64. Jägerskiöld 1963, 101-110.
65. Jägerskiöld 1963, 197.

Tämä jännite näyttäytyy Heikki *Ylikankaan* mukaan myös aatelin suhtautumisessa roomalaiseen oikeuteen. Hovioikeuksien klassisen koulutuksen saanut tuomarikunta loi edellytykset roomalaisen oikeuden reseptioon, joka toisaalta tyydytti feodaaliaatelin tarpeita.[66] Uusi aateli ja myös porvarillisesta taustasta nousevat virkamiehet vastustivat vanhan aatelin pyrintöjä, ja nämä uudet ryhmät olivat tärkeässä asemassa lakikodifikaation valmistelutyössä 1680-luvulta alkaen. Lakikommission jäsenet ja etenkin sen ensimmäinen puheenjohtaja Erik *Lindschöld* korostivat meritokratiaa virkanimityksissä. Vastustamalla roomalaisen oikeuden käyttöä tämä sosiaalinen kerrostuma saattoi vastustaa sitä tukenutta feodaaliaatelia ja erityisesti tämän näkökulmasta tärkeätä roomalais-saksalaista oppia jaetusta omistusoikeudesta. Roomalaisen oikeuden suosiminen liittyi siten aatelissäädyn sisäisiin ristiriitoihin ja sen sisäiseen muutokseen - maa-aatelin syrjäytymiseen virka- ja liikemiesaatelin tieltä. Lakikommission jäsenten asenne roomalaiseen oikeuteen nähden ei ollut kuitenkaan kokonaan kielteinen. Useissa kohdin, mm. kauppakaaren muotoilemisessa, noudatettiin roomalaisen oikeuden näkökohtia.

9.4. Prosessin herruus keskiajalta 1734 vuoden lakiin

Ruotsin keskiaikaisten maanlakien ja 1734 vuoden lain välisenä aikana oikeudenkäyntimenettelyä koskeva laki ja käytäntö muuttuivat olennaisesti. Maanlakien oikeudenkäyntiä ja todistelua koskevat muodot ovat paikallisyhteisön ja asianosaisten käsissä, mutta 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaaren mukainen oikeudenkäynti on peruspiirteiltään valtiollinen prosessi. Kolmen vuosisadan kuluessa asianosaisten ja heidän taustayhteisönsä hallitsema oikeudenkäynti eriytyy tuomarin johtamaksi *inkvisitoriseksi rikosten tutkinnaksi* ja asianosaisten *kirjelmien vaihtoon rakentuvaksi siviiliprosessiksi.*

Oikeushistoriallisessa tutkimuksessa ollaan yksimielisiä siitä, että ns. tuomarinohjeet sisältävät paljon sellaisia prosessuaalisia periaatteita, joita ei sisälly maanlakeihin. Tuomarinohjeet ajoitetaan Kustaa Vaasan hallituskaudelle. Ruotsalaisessa ja suomalaisessa oikeudessa vankan sijan saaneet tuomarinohjeet tunnetaan useimmiten Olaus Pet-

66. Ylikangas 1979, 6-14.

rin tuomarinohjeina, mikä ei itsessään todista niiden alkuperästä. Niiden esikuvana ovat saksalaiset tuomarinohjeet. Kysymys ruotsalaisen oikeuden omaperäisyydestä näyttäytyy tuomarinohjeiden valossa toiselta kuin maanlakien perusteella.[67] Kun Ruotsin keskiaikaiset lait ilmestyivät painettuina,[68] niihin liitettiin tuomarinohjeet. Sittemmin ne on liitetty myös 1734 vuoden lakiin ja myöhempiin lakikirjoihin, ja ne saivat eräänlaisen virallisen aseman tuomaria velvoittavina sääntöinä.

Mitä tuomarinohjeet ovat? Saksalais-roomalaisessa keisarikunnassa oppineiden tuomareiden oikeus oli omiin oloihin sovellettua roomalaista oikeutta. Roomalaisen oikeuden perinteen mukaisesti prosessuaaliset säännöt ja aineellinen oikeus kytkeytyvät läheisesti yhteen. Antiikin Rooman prosessimenettelyä ei käytännössä voinut noudattaa, eikä corpus iuris sisällä itsenäistä prosessimenettelyä käsittelevää oppia. Sen kehittäminen oli lainoppineiden juristien tehtävä. Tuomarinohjeet antavat tuomarille neuvoja siitä, minkälaisia sääntöjä hänen tulee tuomitessaan noudattaa. Ne eivät ole lakeja eivätkä tavanomaista oikeutta, vaan lainoppineen ammattikunnan keskuudessa kehittyneitä menettelysääntöjä. Tuomarinohjeita oli Ruotsissa liitetty jo varhain maakuntalakien jäljennöksiin, ja lakikirjaan liitetyn arvovaltaisen kokoelman lisäksi tunnetaan myös myöhempiä, sisällöltään erilaisia kokoelmia. Tuomarinohjeet liittyvät suoraan saksalaiseen myöhäiskeskiajan ja uuden ajan alun traditioon, joka välitti uusia prosessuaalisia periaatteita pikemmin tuomarikäytännön kuin lainsäädännön kautta. Ne ovat sitä kirjallista aineistoa, jonka varassa 'käytännöllinen lainoppi' kehittyi Saksassa.

Olaus *Petrin* nimissä esitetty versio tuomarinohjeista on kuitenkin se, joka on saanut vakiintuneen aseman lakikodifikaation liitännäisenä. Heikki *Ylikangas*[69] on valmis pitämään Olaus Petriä yhden, sittemmin lakikirjaan liitetyn tuomarinohjeryppään laatijana. Näiden ohjeiden synnyn hän ajoittaa 1530-luvulle. Ylikangas katsoo, että tuomarinoh-

67. Tuomarinohjeiden suhteesta (saksalais)roomalaiseen oikeuteen ks. Schmidt 1966 ja Holmbäck 1928.

68. Kaarle IX painatti KrML:n vuonna 1608. Lakiin liitettiin myös kuninkaan vahvistus; tätä enne maanlaista oli käytössä toisistaan huomattavastikin poikkeavia käsikirjoituksia. Tuomarit valtuutettiin etsimään johtoa myös maakuntalaeista, joista kaksi oli painettu jo ennen maanlakia. Lisäksi vahvistuskirjeessä määrättiin tuomitsemaan 'Jumalan lain mukaan'. Tällä viitattiin etenkin niihin Mooseksen lain otteisiin, joita sisällytettiin lakikirjaan sen liitteinä. Svean hovioikeus korosti alioikeuksille velvollisuutta soveltaa myös liitettä. Hafström 1978, 96-98.

69. Ylikangas 1982.

jeiden synnyssä ei ole keskeistä Olaus Petrin roomalaisesta oikeudesta saamat vaikutteet tai myöskään luterilaisen uskonpuhdistuksen 'regimenttioppi'.[70] Olaus Petri ei Ylikankaan mukaan pyrkinyt ainakaan yksinomaan saattamaan reformaatiokauden oikeuselämään tai Ruotsin tuomarikunnan ulottuville roomalaista ja mannermaista oikeusajattelua.

Motiivi ohjeiden laatimiseen ilmenee Ylikankaan mukaan suoraan tuomarinohjeista itsestään: kirjoittaja kuvaa ruotsalaista oikeuskäytäntöä ja viittaa sen väärinkäytöksiin. Motiivina tuomarinohjeiden kirjoittamiselle oli pyrkimys tarttua oikeudenkäytön epäkohtiin. Tuomarinohjeet pyrkivät puuttumaan varsinkin sakkorahojen tavoittelun vuoksi annettuihin vääriin tuomioihin. Voudit ja käskynhaltijat tuomitsivat herroilleen mahdollisimman suuria sakkorahoja; saavana osapuolena oli myös kuningas. Sakot menivät kolmijakoon kuninkaan, kihlakunnan ja asianomistajan kesken. Aateli hankki jo keskiajalla itselleen oikeuden siihen kruunun kolmannekseen, jotka sen lampuodit maksoivat. Tämä osuus peruutettiin 1515 takaisin kruunulle. *Kustaa Vaasa* pyrki myös estämään rikosasioiden sopimisen käräjien ulkopuolella. Jo KrML:n mukaan nimismiehen tuli kantaa asiassa, jossa asianomistaja ei kantanut, ja silloin hän nautti asianomistajalle kuuluvaa valtaa. Vaikeneva asianomistaja menetti oikeutensa.

Tuomarinohjeista etenkin viisi ensimmäistä käsittelevät tuomarin viran luonnetta. Näissä korostuvat Ylikankaan mainitsemat kehotukset muistaa, että tuomari on yhteisen kansan tähden eikä yhteinen kansa tuomarin (ja hänen kauttaan myös kuninkaalle kertyvien sakkojen) tähden. Tuomarinohjeiden kirjoittaja syyttää tuomareita siitä, että he käyttävät sakkoja laittomana verottamisen muotona. Tällaisesta ahneudesta tuomarinohjeet varoittavat seuraavan sotia ja meteleitä ja muita jumalallisen koston muotoja.[71]

Tähän tuomarinohjeet eivät kuitenkaan tyhjene. Tuomarinohjeet ovat eurooppalaisessa perinteessä ja myös Ruotsissa nimensä mukai-

70. Martin Lutherin ja Philip Melanchtonin käsitys hengellisen ja maallisen esivallan suhteesta muodosti ns. regimenttiopin. Se esiintyy myös ruotsalaisissa lähteissä. G. *Schmidt* on erityisesti väittänyt tuomarinohjeiden ilmentävän regimenttiopin mukaista ajattelua. Tuomarit ovat vastuussa toiminnastaan Jumalalle, kuninkaalle ja muille ihmisille, ja tuomarin rikkomukset johtavat Jumalan vihaan. Schmidt 1966, 243-245.

71. 1. - 5. tuomarinohje. Juuri näitä tuomarinohjeita on luettu esimerkkeinä regimenttiopin vaikutuksesta.

sesti tuomarille tarkoitettuja ohjeita. Ne sisältävät lausumia siitä, mitä on pidettävä lakina ja miten oikeutta on käytävä. Ne antavat tuomarille sääntöjä siitä, miten oikeusnormit tunnistetaan ja miten tosiasioita tutkitaan. Kumpikin näistä oikeuden ulottuvuuksista hahmottui keskiaikaisessa oikeudessa toisella tavalla kuin Kustaa Vaasan aikaisessa oikeudessa. Kun rahvas esiintyi käräjillä aktiivisena oikeusyhteisönä, se myös viime kädessä kontrolloi sitä, mitä laki oli ja miten sitä tulkittiin. Tuomarinohjeissa tuomaria kutsutaan Jumalan käskynhaltijaksi[72] Saarnaajaksi kelpaa vain se, joka tuntee raamatun, ja tuomariksi vain lain tunteva.

Tuomarinohjeet määrittelevät esimoderniin tapaan monin määrityksin sitä, *mitä laki on*. Tuomarinohjeiden mukaan tuomarin on tunnettava laki ja pidettävä sitä ohjeenaan.[73] Lakien on kuitenkin oltava yleisesti hyödyllisiä; haitallisia lakeja ei saa soveltaa.[74] Lain hyödyllisyys rahvaalle on ylin laki, ja niin lakia on sen sanamuodosta riippumatta tulkittava.[75] Toisaalta ymmärtäväinen tuomari on parempi kuin hyvä laki, koska hän voi sovittaa lain olosuhteiden mukaan.[76] Maantapa - tavanomainen oikeus - on myös laki, jos se ei ole kohtuuton,[77] tämä käsittää myös sananlaskut, joista annetaan tuomarinohjeissa esimerkkejä.[78] Kuninkaan oikeutta antaa lakeja rajoittaa se, että lain on oltava kohtuullinen tai perusteltu, ja sillä on oltava rahvaan suostumus.[79] Modernin oikeuden terminologiaa käyttäen tässä on kyse oi-

72. 1. tuomarinohje, jonka mukaan tuomarin velvollisuus on tuntea laki. Tuomarinohjeet ovat tavallaan tarpeen juuri siksi, että oikeuden tulkinnan yhteisöllinen konteksti oli heikentynyt. Tuomarinohjeet ovat osoitus tuomarien *ammatillisesta eriytymisestä*. Lain tunteminen on erityinen taito, ja ymmärtämättömiä tuomareita asettava herra tekee väärin, koska hän silloin tulee osalliseksi näiden julistamista vääristä tuomioista. 2. tuomarinohje.

73. 'Domaren skal grant weta Laghen ther han effter döma skal, ty Lagen skal wara honom för en Rättelse'. 6. tuomarinohje.

74. All Lagh skola wara sådana, at the tiäna til thet meniga besta, och therföre tå Lagen bliffua skadeliga, så är thet icke mera Lagh vthan Olagh, och bör afleggias. 7. tuomarinohje.

75. 'Then menige Mans besta är then yppersta Laghen, och therföre thet som finnes then menige Man til nytto wara, thet bör hollas för Lagh, ändoch at beskriffuin lagh effter Orden synes annorlunda lyda'. 13. tuomarinohje.

76. 'En godh beskedeligh Domare är bättre än godh Lagh, ty han kan altijdh lagha efter Lägligheetena'. 8. tuomarinohje.

77. 'Landzseedh, när hon icke haffuer oskiäl medh sigh, bör reknas för Lagh, ther man effter döma må'. 14. tuomarinohje.

78. 16. tuomarinohje.

79. 'Thet Konunger medh Skälom wil thet skal räknas för Lagh, och thet som meniga man samtyckia'. 17. tuomarinohje.

keuslähteistä, joita tuomari saa käyttää. Lisäksi tuomarinohjeet sisältävät erilaisia neuvoja *lain tulkinnasta.*

Toinen tärkeä ryhmä tuomarinohjeita koskee *todistelun sääntöjä.* Ne muistuttavat keskieurooppalaisia, kanonisen oikeuden pohjalta kehittyneitä normeja. Ylikangas katsoo tuomarinohjeiden ilmentävän legaalisen todistelun sääntöjä, joskin niissä kiinnitetään eniten huomiota valaan.[80] Tuomarinohjeisiin nämä säännöt kuuluvat sen vuoksi, että todistelun arvioiminen on tuomarinohjeiden oikeuskäsityksen mukaan juuri tuomarin tehtävä.

Näin ei vakiintuneen oikeushistoriallisen käsityksen mukaan ollut keskiaikaisessa ruotsalaisessa oikeudessa, jossa todistelu sananmukaisesti esitettiin valanvahvistajien, lautakunnan ja todistajien muodossa. Maanlakien aikana lautakunnan (johon alun perin otettiin sekä kantajan että vastaajan edustajia) merkityksen katsotaan kasvaneen, valanvahvistajien vähenevän. Etenkin vanhemmissa historiallisissa esityksissä erotetaan todistelu ja tuomarin tehtävä toisistaan niin, että todistelu ei kuulunut tuomarille, joka vain määräsi todistelun tehtäväksi ja määräsi sovellettavan oikeussäännön. Se, mitä nykyperspektiivistä kuvataan todisteluksi - totuuden selvittämiseksi - oli pikemminkin esivaltiollisessa prosessissa asianosaisten nauttiman yhteisöllisen tuen mittaamista ja demonstroimista. Jos käytettiin valaa ja valanvahvistajia, tuli kysymykseen vain toisen osapuolen vala, sillä vala ei saanut käydä valaa vastaan. Toinen osapuoli - yleensä vastaaja - määrättiin antamaan vala, ja jos hän kykeni sen määräpäivänä vastapuolen sanelun mukaisesti tekemään, oli asia sillä ratkaistu.

Osa oikeushistorioitsijoista pitää lautakuntaa sinä oikeudenkäytön elementtinä, johon materiaalinen todisteiden harkinta alun perin kiinnittyi. Silloin lautakuntaprosessi ja valanvahvistajaprosessi asetetaan toisiaan vastaan, niin että lautakuntaprosessin katsotaan tavoittelevan aineellista totuutta, valanvahvistajaprosessin taas muodollista. Esimerkiksi Göran *Inger* katsoo, että ruotsalaiseen prosessiin sisältyi tiettyä inkvisitorisuutta jo keskiajalla siinä, että lautakuntaprosessissa arvioitiin todisteita materiaalisesti. Varsinaisesta inkvisitorisesta prosessista voidaan kuitenkin puhua vasta, kun inkvisitio tapahtuu viran puolesta. Tässä mielessä inkvisitioon viittaavia piirteitä on vasta 1500-luvun Ruotsissa. Ingerin mukaan muutos inkvisition suuntaan eteni erityisen

80. Ylikangas, mt. 70-77.

nopeasti niinä vuosina, jolloin Konrad *von Pyhy* oli Kustaa Vaasan kanslerina ja valtaneuvostossa oli monia saksalaisia jäseniä. Olaus Petrin tuomarinohjeilla oli tässä tärkeä tehtävä.[81]

Tuomarinohjeet mainitsevat valanvahvistajien vahvistaman valan, mutta sen asema on horjuva. Tuomarin ei tuomarinohjeiden mukaan pidä sallia valamenettelyä, jos se ei ole välttämätöntä.[82] Kun kantajalla ei ole mitään syitä tai todisteita, niin kummankin osapuolen sana on toista vastassa, eikä valaa tarvita. Jos kantajalla kuitenkin on joitakin syitä tai todisteita ja yksi todistaja, on vastaajan mentävä valalle. Jos vastaaja haluaa välttää valan, on hänen esitettävä riittävästi todisteita. Jos kantajalla ei ole puolta näyttöä, on väärin vaatia vastaaja valalle. Kun taas kantajalla on täysi näyttö, niin valaa ei myöskään määrätä, koska silloin voidaan tuomita todisteiden perusteella.[83] Tuomarinohjeissa ei myönnetä ns. täytevalan käyttöä: valalla saa vastata, mutta ei kantaa.[84]Tämä oli tosin ollut jo Maunu Eerikinpojan kaupunkilain kanta.

Myös Kustaa Vaasan ja valtaneuvoston Uppsalassa vuonna 1538 tekemä päätös otti todistelun lähtökohdaksi kantajan todistustaakan. Valaan ja valanvahvistajiin (Lag och Eed) voivat turvautua ne, jotka eivät voi puolustautua syillä ja todistajilla (Skiäl och Wittne). Mihinkään sellaiseen, mistä on todistajat ja muita todisteita ei pidä käyttää valaa.[85] Tässä suhteessa tuomarinohjeiden kirjoittajan ja Kustaa Vaasan käsitykset ovat aivan yhtenevät. Vala on tällaisessa järjestelmässä puo-

81. Inger 1976, 165-167. Jo varhemmin ruotsalainen tutkimus on lähtenyt siitä, että tuomarinohjeet välittivät Ruotsiin kanonisen prosessiteorian käsitystä todistelusta, ks. Lindblad 1842, 21-23 ja Carlquist 1918, 184.

82. 'En Domare skal icke lätteliga låta någon til Laghgång, medh mindre af nöden twingar honom ther til, vthan han skal heller sökia annor medel til at ställa them til Fredz som Saken står emellan...'. 28. tuomarinohje.

83. 'Ther Åklagaren hafwer ingen Skäl medh sigh, eller Bewijs, eller och Liknelse til sin Klagemål, ther är Swarandes ney så gott som Åklagarens Ja, och bör ey twingas til Lagen. Men när Åklagaren haffuer nogon Skäl, Bewijs eller Liknelse eller ock ett Witne medh sig, ther är hans Ja bättre än Svarandens Ney, och tå kommer han honom til Lagen. Ther så icke är, skeer Swarandenom orätt, om han twingas til Lagen, förty honom bör icke strax gå Lagh, at honom något wites eller förekastas, medh mindre än Klagaren haffuer halfft skäl medh sigh, tå kommer han honom til Lagen. Men ther Åklagaren haffuer fullt Witne och Skäl...ther kommer han icke til Lagen. Ty at emot vppenbara Skäl och witne skal ingen städias til Edh... 29. tuomarinohje.

84. 'Medh Edh skal man swara och icke klaga'. 30. tuomarinohje.

85. Uppsala Stadga 1538.

lustautumiskeino - se, joka ei voi puolustautua syillä ja todistajilla, puolustautukoon valalla.[86]

Valanvahvistajien tehtävänä legaalisessa todistelussa on todistaa valaa tekevän moraalista integriteettiä. Tuomarinohjeissa valanvahvistajiin suhtaudutaan horjuvasti. Valanvahvistajia vaaditaan myös kertomaan, mitä 'syitä' he tietävät, mutta toisaalta valanvahvistajat eivät ole todistajia. Siksi heidän tulee vannoa vain, että uskovat valan tekijän puhuvan totta (iuramentum credulitatis). He eivät saa vannoa tämän puhuvan totta (iuramentum veritatis). Vain varsinaisen valan vannoja vannoo puhuvansa totta.

Tuomarinohjeet korostavat sellaisen todistelun merkitystä, joka kertoo tapahtuneesta. Oikeudenkäynti ei voi edetä pelkkien valojen ja niiden kollektiivisen vahvistamisen kautta, vaan tarvitaan tietty määrä näyttöä (Skäl och Bewijss). Tuomarinohjeissa viitataan tunnustukseen todisteena[87] ja otetaan samalla kantaa kidutuksella saatuun tunnustukseen.[88] Tuomarinohjeissa katsotaan, että vastaajaa voidaan kiduttaa tunnustuksen saamiseksi valtiorikosten sekä henkeä ja kunniaa koskevien rikosten yhteydessä (ns. högmål), mutta vain, jos tuomarilla jo on todisteita syytettyä vastaan. Tuomarinohjeiden mukaan toisaalta kiduttamalla saadun tunnustuksen perusteella ei ketään pidä tuomita, koska sellaiset tunnustukset usein ovat vääriä. Kidutuksen avulla kuitenkin voidaan paljastaa näyttöä, joka kelpaa todisteeksi. Kidutuksen järjestämisessä tarvitaan suurta taitoa, eikä sitä pidä käyttää kaikkia vastaan. Tässä tuomarinohjeet viittaavat niihin normeihin, jotka Kes-

86. Afzelius 1879, 72.

87. Kirkon tuomioasiakirjoissa mainitaan jo 1200-luvun lopulta alkaen jonkin seikan tulleen piispan suorittamassa tutkimuksessa tulleen oikeudessa tunnustetuksi (in jure confessus est). Puhtaasti kirkollisia rangaistuksia määrättäessä noudatettiin kanonista oikeutta. Keskiaikaisissa kuninkaantuomioista annetuissa tuomioistuinasiakirjoissa tunnustus mainitaan, mutta hyvin harvoin. Carlquist 1918, 155-180.

88. Känd sak är så god som witnad, 16. tuomarinohje. Kukaan ei saa todistaa omassa asiassaan; vain tunnustaminen on asianosaiselle mahdollista: ingen må heller wittna i sin egen sak, med mindre han är wittne emot sig, ty då är det bekänd sak', 37. tuomarinohje. Tuomarinohjeissa kielletään tuomitsemasta kidutuksella saadun tunnustuksen perusteella, koska sellaiset tunnustukset ovat usein vääriä: efter den bekännelse, som en warder pint til, skall ingen dömas, ty sådana bekännelser pläga wara falska och ofta sker, at många bekänna sådant, som aldrig sant war...Nu är saken stundom så blind, att nämnden säger sig hwarkenkunna wärja eller fälla... om de icke kunna fälla honom, så är han warder nog, och bör gifwas lös, ty att den, som inte bindas till saken, han skal warda fri...För det är bättre att gifwa en brottslig lös, än pijna och plåga honom, som obrottslig är. Domaren får ingen plåga med mindre han hafwer uppenbara Skäl och Bewijs för sig, 31. tuomarinohje.

ki-Euroopassa sääntelivät kidutusta. Tämän kidutuksen normiston mukaan oli pyrittävä vahvistamaan kidutuksella saatu tunnustus muilla todisteilla, joiden olemassaolon kidutus saattoi paljastaa, ja oli myös monia kidutukselta suojattuja henkilöryhmiä.

Göran Ingerin mukaan se, etteivät historialliset lähteet mainitse juuri mitään kidutuksen käytöstä Ruotsissa ei osoita, ettei sitä esiintynyt. Ensinnäkin puhtaaksi kirjoitetuista oikeuden pöytäkirjoista jätettiin pois paljon oikeudenkäynnin kuvausta, jota niiden konsepteihin sisältyi - näin tehtiin esimerkiksi Tukholmassa 1500-luvun jälkipuolella. 1540-luvulta alkaen oikeudenkäyntiasiakirjoissa on viitteitä kidutuksesta, ja von Pyhyn ajan kuninkaantuomioiden pöytäkirjojen mukaan oli käytetty kidutusta (peinlicher Verhör), jos ensin oli esitetty indisioita. Ingerin mielestä se, että pöytäkirjoissa usein mainitaan syytetyn esittäneen tunnustuksensa pakottamatta (onödd och otwingett) viittaa juuri pakkokeinojen käyttöön. Näin siksi, että roomalais-saksalaisen oikeuden mukaan kidutuksella saatu tunnustus oli toistettava vapaaehtoisesti tuomioistuimessa.[89] *Juhana III:n* aikana tunnustuksen vapaaehtoisuudesta mainitaan suhteellisesti useimmin asioissa, joissa muualla Euroopassa kidutettiin tai uhattiin kidutuksella. Maaseudun tuomioistuimien toiminnasta kertovissa lähteissä viitataan harvoin pakkokeinojen käyttöön, ja niissä myös hyvin harvoin mainitaan tunnustuksen olleen vapaaehtoinen.[90]

Kaarle IX:n aikana tehdyt prosessin uudistusehdotuksen sisältävät Kaarlen ehdotuksen hovioikeusjärjestykseksi. Sen mukaan kidutus olisi sallittu valtio- ja maanrauharikoksissa. Göran Ingerin mukaan Kaarlen ehdotukset vastasivat vallitsevaa ruotsalaista oikeuskäytäntöä, etenkin Tukholman raastuvanoikeuden käytäntöä. Ehdotuksessa ei puhuta mitään kidutuksen uudistamisesta. Jos epäilty ei kidutettuna tunnusta, hänet on vapautettava. Tämä viittaa Ingerin mukaan tuomarinohjeiden pykälään, jonka mukaan on mieluummin vapautettava kuin piinattava syytöntä. Hovikansleri Nils *Chesnecopheruksen* hovioikeusjärjestyksen ehdotus oli Kaarlen ehdotusta perusteellisempi. Sen mukaan oikeudessa sallitaan yleisesti käyttää totuuden tutkimiseen kidutusta ja piinapenkkiä, jos ei ole täyttä näyttöä. Kuitenkaan ketään ei

89. Tuomarinohjeiden tunnustusta ja kidutusta käsittelevät määräykset muistuttavat ilmaisultaan läheisesti CCC:n määräyksiä ja sitä aikaisempaa Bambergin Halsgerichtordning-säännöstöä. Jälkimmäisessä esitetään, että on parempi vapauttaa syyllinen kuin piinata syytöntä. Carlquist 1918, 184-185.

90. Inger 1976, 191-202.

pidä kiduttaa ilman tuomarin lupaa. Tällainen lupa taas edellyttää että on oltava tietty määrä näyttöä, 'wisse Coniecturas eller gissninger, wisse Circumstantias eller omstendigheeter, och sufficientia indicia, thet ähr nogsamme Argumenta' syytetyn syyllisyyden puolesta. H. *Munktellin* mukaan Saksassa opiskelleen Chesnecopheruksen käyttämät sanakäänteet ovat suoraan johdettavissa CCC:stä.[91]

Valtakunnanneuvosto ja aateli esittivät hovioikeusjärjestyksen luonnokseen kritiikkiä. Valtakunnanneuvoston mukaan kidutus oli sallittava vain, kun oli täysi näyttö, jonka mukaan voitiin tuomita. Aateli vaati myös, että maanpetoksesta oli voitava tuomita vain syytetyn kirjoittamien kirjeiden perusteella, laillisten todistajien todistuksen mukaan; ei kidutuksella saadun todistuksen, vaan Ruotsin lain, todistajien ja täyden näytön perusteella. On myös oletettu lakiehdotuksen koskeneen lähinnä kidutusta poliittisten prosessien ja valtakunnan herraa vastaan tähdättyjen salaliittojen yhteydessä. Ingerin mukaan kuitenkin vielä vuoden 1604 korjatussa luonnoksessa hovioikeusjärjestykseksi mainittiin kidutus, eikä mikään viittaa siihen, että olisi ajateltu vain poliittisten vankien kiduttamista. Esitetty kidutuksen normisto ei kuitenkaan ollut yhtä tarkka kuin saksalainen, sillä siitä puuttui esimerkiksi luettelo kidutukseen nähden immuniteettia nauttivista henkilöistä.[92]

Näin kidutus siis olisi ollut käytössä etenkin Tukholman raastuvanoikeudessa, mutta kihlakunnanoikeuksissa sitä olisi esiintynyt vähemmän tai ei lainkaan. 1600-luvulla käytettiin Ruotsissa lisäksi useita menettelytapoja, joiden tarkoituksena oli fyysistä pakkoa käyttäen pakottaa syytetty tunnustukseen. Asiakirjojen mukaan saatettiin lavastaa teloitus, jonka avulla syytetyt pyrittiin pelottamaan tunnustukseen. Saatettiin käyttää myös varsinaista kidutusta. Papiston tehtäväksi saatettiin antaa houkutella syytetyltä tunnustus näennäisen teloitukseen valmistelemisen yhteydessä.[93]

Hallitus pyrki muutenkin edistämään eurooppalaisen inkvisitioprosessin tapaista oikeudenkäyttöä. Vuonna 1643 valmisteltiin kaksi eri mietintöä oikeudenkäytöstä. Erityisesti näistä mietinnöistä jälkimmäinen, maaliskuussa 1643 annettu mietintö on tärkeä todistelun kan-

91. Munktell 1940, 115.
92. Inger 1976,209-211.
93. Matthias Calonius esittää dissertaatiossa, joka käsittelee tunnustukseen houkuttelemista rikosasioissa, useita esimerkkejä tällaisesta 'simulata paenae capitalis in reum non-confessum nec satis convictum exsecutio' 1600-luvulta ja 1700-luvun taitteesta. Calonius 1830, 295-299.

nalta. Mietintö lähti todistelun pääperiaatteena kantajan velvollisuudesta todistaa kanteensa. Rikosjutuissa säilytettiin vanha vala, mutta kuolemanrangaistuksella uhatuissa rikoksissa ei olisi voinut puolustautua valalla. Esitetty rikosprosessin malli perustuu inkvisitiomenettelyyn. Kun prosessissa oli esitetty riittävästi syitä, syytetty olisi voitu tuomita ilman tunnustusta. Kuitenkin tuomarin piti pyrkiä saamaan aikaan tunnustus, ja siinä tarkoituksessa sai käyttää eri keinoja: 'hoot, kuskan och låckan'. Jos näillä keinoilla ei olisi saatu tunnustusta eikä täyttä näyttöä, olisi syytetty voitu tuomita vähäisempään mielivaltaiseen rangaistukseen. Hänet olisi kuitenkin myös voitu määrätä valalle.[94]

Tässä lainvalmistelussa valanvahvistajainstituutioon suhtauduttiin samaan tapaan kuin tuomarinohjeissakin - mikä kanta vastasi kanonisen oikeuden valanvahvistamisen sallivaa, mutta ei suosivaa linjaa. Valanvahvistajat (joita lainvalmistelussa kutsuttiin nimellä Eedz-wittnen) eivät saa vannoa totuusvalaa (iuramentum veritatis), vaan vannovat uskovansa varsinaisen valan tekijän puhuvan totta (iuramentum credulitatis). Vain varsinaisen valan vannoja vannoo totuusvalan.[95] Maanlain valanvahvistajainstituutioon luettiin 1600-luvun todisteluoppeja vastaava erottelu, jota siinä alkuperäisessä muodossaan mahdollisesti ei sisältynyt. Lainvalmistelutyössä laajennettiin tuomarinohjeisiin sisältyneitä periaatteita rikosprosessissa.

Siviiliprosessiin esitettiin vuonna 1643 myös periaatteita, joita ei tuomarinohjeisiin sisältynyt. Katsottiin, ettei valaa ja valanvahvistajia voi ollenkaan käyttää siviilijutuissa. Näissä oli käytettävä todistajia. Jos kuitenkin asianosaiselta puuttui todistaja tai todiste ja hänellä oli puoli näyttöä, voi tuomari määrätä valalle sen, jolla on puolellaan parhaat syyt. Tässä yhteydessä on kyse ns. täytevalasta (iuramentum necessarium). Se oli asianosaisen vala, joka ei kaivannut vahvistajia. Lisäksi lainvalmistelijat esittivät käyttöön otettavaksi siviilijutuissa vielä toisen valamenettelyn. Jos kantajalla ei ollut todisteita, hän voi lykätä asian vastapuolen omantunnon varaan tarjoamalla tälle mahdollisuuden vannoa vala. Tämä ns. tarjottu vala (lainvalmistelijoiden kielenkäytössä sjelf wilkorat Eedh tai iuramentum voluntarium iudiciale) merkitsi, että vastapuoli saattoi joko vannoa valan tai antaa mahdollisuuden sen tekemiseen valaa tarjonneelle. Jos vastapuoli ei halunnut

94. Afzelius 1879, 77-78.
95. Mt., 78-79.

tehdä kumpaakaan, hän hävisi jutun.[96] Nämä ehdotukset poikkesivat ruotsalaisen lain ja käytännön omaksumasta kannasta. Ehdotuksilla on läheinen suhde kanonis-saksalaisen oikeuden valajärjestelmään.

1600-luvulla prosessimenettelyn uudistamisehdotukset eivät johtaneet yleisen lain säätämiseen. Sotilasrikoksia sekä merivoimia koskeviin asetuksiin[97] liittyi prosessia, tutkintaa ja tuomiota koskeva ohjesäännöt. Näitä erikoislakeja voitiin käyttää erikoistuomioistuimien lisäksi myös siviilituomioistuimissa sotilashenkilöihin. Sen sijaan ei annettu lakeja, jotka olisivat säännelleet oikeudenkäyntimenettelyä siviiliprosessissa.

Valanvahvistajalaitos lakkautettiin vuonna 1695 annetulla asetuksella.[98] Asetuksen mukaan valanvahvistajien poistamisen jälkeen tuomarin tulee määrätä vain asianosainen itse esittämään valansa. Tämän jälkeen asianosaisen valaa kyllä käytettiin sekä rikos- että riita-asioissa. Kun asianosainen oli määrätty valalle, hänen valansa ratkaisi asian lopputuloksen. Asetuksessa varoitetaan kuitenkin tuomareita tarkkaan harkitsemaan, miten painavia valan määräämisen perusteet ovat, ja onko henkilö sovelias tekemään valan, 'huruvida then personen kan vara af then frejd och vilkor, att honom eden efterlåtas må'. Tämän jälkeen valan vannojan integriteetti - hänen uskottavuutensa ja moraalinen luotettavuutensa - tulee tärkeäksi sääntelyn kohteeksi. 'Frejd' tai 'frägd' tulee tärkeäksi sekä todistajan että valan vannojan tällaista integriteettiä kuvaavaksi termiksi. Se, jolta tällainen integriteetti puuttuu ei saa vannoa valaa, eikä häntä voida käyttää todistajana. Todistajia koskevat lisäksi esteellisyyssäännöt, jotka perustuvat käsiteltävän asian ja sen asianosaisten väliseen erityiseen suhteeseen.

Kielto käyttää valanvahvistajia esitetään usein esimerkkinä oikeudenkäytön rationaalistumisesta. Luottamus valanvahvistajiin tulkitaan silloin metafyysiseksi ajatteluksi tai mekaanisen solidaarisuuden ilmaukseksi. Jos oikeudenkäytön muuttuminen tulkitaan valtiollistumisen seuraukseksi, on valanvahvistajalaitoksen kieltäminen nähtävissä keinoksi, jolla asianosaisten ja paikallisyhteisön vaikutusta oikeuden-

96. Afzelius 1879, 80-81.
97. Kgl. Förordningen angående General- och Regementz-Rätterne den 2 Mars 1683, Schmedeman 1706, 828 ja 895, sekä Kgl. Maj:ts förnyade Sjö Articlar den 2 Maj 1685, Schmedeman 1706, 996, oikeudenkäyntijärjestyksineen, Reglor angående Laga Process, Ransakning och Dom.Schmedeman 1706, 833 ss. ja 959 ss.
98. K.F. den 30 Oct. 1695, Schmedeman 1706, 1429.

käynnin kulkuun voitiin vähentää. Valanvahvistajista hyötyivät eniten ne, joiden oli helpointa saada tukea.

Valasta tuli keino sellaisen asian ratkaisemiseksi, jossa muu näyttö ei ollut riittävä. Vanhan säännön mukaisesti vala ei saanut käydä valaa vastaan, joten valalla ratkaistavassa jutussa vain toinen osapuoli teki valan. Rikosasioissa myös vala alettiin nähdä fyysisten tunnustukseen pakottavien keinojen tapaan. Kidutuksella voitiin painostaa syytetty tunnustukseen, kun häntä vastaan oli esitetty jokin määrä näyttöä. Samaan tarkoitukseen kävi 'henkinen kidutus', tortura spiritualis, johon valalle määrätty syytetty alistettiin. Valan merkitystä oli tässä suhteessa kaikin tavoin korostettava. Aikana, jolloin uskonnollinen ajattelu leimasi kaikkea argumentointia, katsottiin valan voivan tehokkaasti piinata syyllisiä tunnustukseen.

1600-luvulla vakiintuivat todistajaintodistelun uudenlaiset säännöt. Paikallisyhteisön täysivaltaiseen jäsenyyteen liittyvät vaatimukset heikkenivät. Nainen kelpuutettiin todistamaan. 1500-luvulta alkaen Ruotsiin omaksutut ns. legaalisen todistelun periaatteet ilmenivät siinä, että 'täysi näyttö' jonkin seikan todellisesta laidasta edellytti kahden todistajanlausunnon yhdenpitävyyttä. Kahden todistajan todistusvoima mainitaan Vanhassa testamentissa, johon vetoaminen yleistyi muissakin suhteissa. Tuomarinohjeet esittävät tämän säännön ja korostavat muutenkin todistajien merkitystä oikeudenkäynnissä. Legaalisen todistusteorian mukainen todistamisvelvollisuus toisaalta siirtyi kantajalle. Valatodistelun logiikan mukaan vastaajan oli vapauduttava kanteesta omalla valallaan, jonka valanvahvistajat vahvistivat. Sen sijaan todistajaintodistelu olettaa kantajan esittävän todisteet. Asianosaisen vala sai täytevalan luonteen. Esitettyä näyttöä voitiin tukea asianosaisen valalla, mutta pelkkä vala todistelukeinona jäi syrjään.

Lautakunta, valanvannojainstituutio ja todistajaintodistelu eriytyivät siten ruotsalaisessa oikeudessa viimeistään 1600-luvulla. Lautakunta vakiintui tuomioistuimen osaksi, jonka tehtävät eivät liittyneet vain todisteluun. Lautakunnan tehtävien muuttuminen ja se, mikä oli tuomarin ja lautakunnan keskinäissuhde 1600-luvun kihlakunnanoikeuksissa on kuitenkin avoin kysymys. Eri kirjoittajat ovat esittäneet asiasta hyvin erilaisia näkemyksiä. On mahdollista, että lautakunnan tehtävät vaihtelivat alueittain.[99]

99. Ks. edellä "Käräjistä hovioikeuteen" sivulla 318

Esimerkiksi J. *Dalekarlus-Stiernhöök* mainitsee vuonna 1672 julkaistussa teoksessaan,[100] että lautamiehet ovat tuomioistuimen jäseniä. Teoksen mukaan kihlakunnantuomarin edustajana oleva lainlukija toimi tuomioistuimen puheenjohtajana, joka itse laski lautamiesten äänet, tai ne laski herrastuomari (yksi lautamiehistä). Toisin sanoen kihlakunnanoikeus olisi toiminut kollegiaalisena tuomioistuimena. Stiernhöök olettaa lautakunnan alun perin olleen kutakin juttua varten erikseen, mutta lausuneen tuomion vain jutun tosiseikoista. Hän katsoo lautakunnan olevan skandinaavinen instituutio, joka oli kulkeutunut normannien mukana Tanskasta Englantiin.[101] Ruotsissa lautakunta oli kuitenkin Stiernhöökin mukaan muuttanut luonnettaan ja muodostunut tuomioistuimen osaksi. Stiernhöökin ruotsalaisesta kihlakunnanoikeuden lautakunnasta antama kuvaus on sittemmin tullut lautakuntaa koskevan kiistelyn yhdeksi keskeiseksi lähteeksi. Petter *Abrahamssonin* vuodelta 1726 oleva lakikommentaarin laitos mainitsee, että kihlakunnanoikeuden ratkaisussa ratkaisi 'enemmistön ääni'. Olivatpa kihlakunnanlautakunnan asema ja tehtävät keskiajalla ja 1500-luvulla mitkä tahansa, lautakunnasta oli tullut osa tuomioistuinta. Sillä oli ilmeisesti myös huomattava päätösvalta.

100. Stiernhöök 1981 I kirjan 4.luku (1672).
101. Stiernhöök oli 1620-luvulla tehnyt opintomatkan mm. Cambridgeen ja Oxfordiin. Mt., 41.

10. 1734 vuoden lain mukainen prosessi

10.1. 1734 vuoden laki ja 1700-luvun yhteiskunta

1734 vuoden lakia valmisteltiin pitkään.[1] Valtiopäivillä oli pitkään toivottu lakirevisiota, ja kodifiointiin johtava aloite tuli säädyiltä.[2] Kuitenkin yksinvaltainen kuningas oli uskotun virkamiehensä, maamarsalkka Erik *Lindschöldin* kautta antanut säädyille tiedoksi, että kuningas halusi ryhtyä lain revisioon. Tätä työtä varten asetettiin lakikommissio joulukuussa 1686.[3] Lain voimaantullessa ruotsalainen yhteiskunta oli erilainen kuin sen valmistelun alkaessa. Tämäkin vaikuttanee arvioon siitä, nähdäänkö laki moderniksi kodifikaatioksi vai ei.

Eräät tutkijat ovat esittäneet, että 1734 vuoden laki ilmentää sekularisoitunutta, poliittis-instrumentaalista - omaksumani käsitteistön mielessä siis modernia - käsitystä lainsäädännöstä.[4] Saksalaisen, Ruotsissa vaikuttaneen luonnonoikeuden klassikon Samuel *Pufendorfin* on katsottu edustaneen käsitystä, jonka mukaan lainsäätäjällä on valta säätää uutta oikeutta. Pufendorf on yhdistetty 1734 vuoden lain valmisteluun erityisesti 1680-luvulle ajoitetun lainvalmistelumuistion kautta. Tämä ns. Lindschöldin memoriaali sisältää pohdintoja lain uudistamisen periaatteista. Erik Lindschöld oli lakia valmistelevan lakikommis-

1. Lain valmistelu alkoi vuonna 1686, ja laki tuli voimaan vuonna 1736. Suurvaltakaudella alkanutta lainvalmistelua hidasti suuri Pohjan sota, niin että lainkoonnos valmistui kymmeniä vuosia myöhemmin kuin Tanskan ja Norjan lakikodifikaatiot.

2. Kodifiointihanke liittyy tavallaan suoraan 1600-luvun edellä käsiteltyihin uudistushankkeisiin: Rosengrenin ja Kaarle IX:n lainuudistusehdotuksiin, vuosien 1640, 1643 ja 1665 uudistusehdotuksiin sekä J. Stiernhöökin laatimaan lainuudistusehdotukseen vuodelta 1672. Välitön syy kodifiointiin oli Heikki Ylikankaan mukaan Kaarle XI:n tarve uudistaa perhe- ja perintöoikeutta ja oikeustoimioppia, jotta reduktioon liittyvät monet oikeudenkäynnit päättyisivät nopeasti ja itsevaltiaan toivomalla tavalla. Lainvalmistelu alkoi yksinvaltiaan ja virka-aatelin yhteistyönä. Ylikangas 1985 ja Ylikangas 1986, 23.

3. Westman 1941, 60.

4. 1734 vuoden laki tulkitaan poliittis-instrumentaalisen oikeuskäsityksen ilmentymäksi teoksessa Jägerskiöld 1984, 681-699. Hannu Tapani Klami pitää lakia tästä syystä ensimmäisenä valistuksen ajan moderneista lainkoonnoksista, Klami 1981, 11.

sion ensimmäinen puheenjohtaja ja reduktion jälkeisessä lainvalmistelussa keskeisen aseman saaneen virka-aatelin mitä tyypillisin edustaja.[5] Memoriaalin on katsottu edustavan instrumentaalista, pufendorfilaista lakikäsitystä. 1734 vuoden lain tausta olisi siten tässä suhteessa modernin oikeusajattelun mukainen.[6]

Lainvalmistelumuistio, johon 1734 vuoden kodifikaatiotyön lakikäsityksen modernia luonnetta puoltava kanta vetoaa, edustaa kuitenkin toisen tulkinnan mukaan keskiaikaiseen traditioon palautuvaa oikeuskäsitystä.[7] Lainvalmistelijat esittävät monin kohdin lain esitöissä oikeuskäsitystä, jonka mukaan muuttumattoman, ikuisen luonnon lain ja muuttuvan ihmisen lain välillä vallitsee polariteetti. Tässä suhteessa 1734 vuoden laki ei ole murros edeltäneeseen oikeustraditioon nähden, vaan edustaa jatkuvuutta keskiajan skolastiikan käsitysten suuntaan. Myös 1734 vuoden lain esipuhe heijastaa lain esimoderneja piirteitä. Sen voi lukea kertomukseksi lakikirjan metafyysisestä perustasta ja korostavan jumalallisen lain ja ihmislain, muuttumattoman ja muuttuvan lain polariteetteja.[8]

1734 vuoden lain valmistelu alkoi suurvaltakauden yksinvaltaisesti hallitussa Ruotsissa, mutta se saatettiin voimaan olennaisesti muuttuneissa oloissa.[9] Ruotsin suurvaltakauden loppu aikaansai poikkeuksellisen poliittisen tilanteen ja hallitusmuodon muutoksen. Valtiosäädyt valitsivat uuden hallitsijan ja asettivat vaalille ehtoja, joita sisällytettiin vaaliasiakirjaan, kuninkaanvakuutukseen ja hallitusmuotoon.[10]

---

5. Ylikangas 1979.
6. Lindschöldin memoriaalin tulkitsee tähän tapaan Jägerskiöld 1984.
7. Memoriaalin mukaan Ruotsin lakia oli lain revision yhteydessä muutettava vain muuttuneiden olosuhteiden vaatimalla tavalla. Vanhan lakikirjan puutteet oli poistettava selventämällä epäselvät kohdat, ottamalla mukaan uudet säännökset ja poistamalla vanhentuneet - keskiaikaisen explicatio, additio ja substractio-kaavan mukaisesti. Peterson 1988, 115-121.
8. Peterson 1988, 94, 115-121.
9. Läänitysaatelin valta päättyi Heikki Ylikankaan mukaan reduktioon; virka-aateli hyötyi reduktiosta. Virka-aatelin valta jatkui myös vapauden ajalla, joten tässä suhteessa lain valmistelun taustalla vaikuttava intressi säilyi hallitusmuodon muuttuessakin. Ylikangas 1985.
10. Kaarle XII:n kuoleman jälkeen valtiosäädyt katsoivat olevansa oikeutettuja valitsemaan uuden hallitsijan, jonka vallankäytölle voitiin asettaa ehtoja. Aikaisemmin kuninkaan valtaa oli rajoitettu kuninkaanvakuutuksilla ja privilegioilla, nyt ne kirjattiin hallitusmuotoon, jonka esikuvina toimivat ulkomaiset säädökset sekä Hugo Grotiuksen ja Samuel Pufendorfin kirjoitukset. Vuonna 1720 julkaistu David Silviuksen kirjanen kruunun perimysoikeudesta esitti, ettei Jumala määrää erityistä valtiomuotoa, vaan ihmiset voivat valita sen. Jyränki 1989, 56-57.

Vuonna 1720 uudistettu hallitusmuoto merkitsi kuninkaan yksinvallan kieltämistä. On vaikeampi kysymys, käyttivätkö tämän jälkeen valtiosäädyt Ruotsissa suvereenia valtaa. Valtiosäädyillä oli tosin lainsäädäntövalta. Lait julkaistiin hallitsijan nimissä, mutta ne eivät tarvinneet hänen vahvistustaan. Myöhemmin vapauden ajalla katsottiin, että valtiosäädyt käyttävät korkeinta valtaa. Säädyt oli kutsuttava koolle joka kolmas vuosi, ja asiat käsiteltävä kussakin säädyssä erikseen. Kuningas käytti hallitusvaltaa neuvoston myötävaikutuksella. Vielä vuonna 1723 säädyt pyysivät, että yleiseen lakiin otettaisiin myös kuninkaankaari, johon omaksuttaisiin vuoden 1720 hallitusmuoto ja vaaliasiakirja. Nämä valtiosääntöä koskevat normit jätettiin kuitenkin lain ulkopuolelle. Käytännössä vapauden ajan alussa aateli käytti valtaa valtaneuvoston kautta. Esimerkiksi nimitysasioita kuningas ei saanut ratkaista vastoin neuvoston kantaa. 1740-luvulta alkaen vallankäyttö siirtyi valtiosäätyjen säätykokouksiin, erityisesti säätyjen salaiseen valiokuntaan. Kaikki säädyt eivät olleet yhtäläisesti osallisina vallankäyttöön. Talonpoikaissäädyllä ei ollut edes pääsyä salaiseen valiokuntaan.[11]

Vuoden 1720 hallitusmuodon mukaan uusia privilegioita sai antaa vain kaikkien säätyjen yhteisellä suostumuksella. Kullakin säädyllä oli omat privilegionsa. Aatelin privilegiot olivat laajimmat, mutta myös papistolla oli vuoden 1723 privilegioiden mukaan laajat erikoisoikeudet. Porvaristo ei vapauden ajalla niinkään nauttinut omiin elinkeinoihinsa, kauppaan ja käsityöhön liittyvistä privilegioista, vaan kaupunkien etuoikeuksista. Kaupungeilla oli privilegion luonteinen oikeus omaan hallintoon ja oikeudenkäyttöön. Maata omistavien talonpoikien privilegiot olivat vaatimattomimmat. Talonpojille kuului vain säätyjen vapaus, oikeus osallistua valtiopäiville.[12] Talonpoikien oikeus lähettää edustajansa valtiopäiville ei tosin aatelin hallitsemilla valtiopäivillä tuottanut merkittävää päätösvaltaa. Kun vapauden ajalla 1734 vuoden lain valtiollisiin rikoksiin lisättiin rikos 'valtakunnan vapautta' (riksens frihet) vastaan[13], sillä tarkoitettiin rikosta tätä valtiosäädyittäin taattua valtiopäivätoimintaan osallistumisen oikeutta vastaan. Tämä oikeus muodosti ydinsisällön 1734 vuoden lain esipuheen mainitsemalle asukkaiden oikeudelle hyväksyä itseään koskevat lait. Hallitusmuotoa

11. Jyränki 1989, 58.
12. Jyränki 1989, 57-59.
13. Vapauden aikaa edeltävissä lain luonnoksissa valtiollisiin rikoksiin ei kuulunut tällainen rikos, Holmbäck 1934, 82.

koskevat säännökset jätettiin 1734 vuoden lain vahvistavan resoluution ensimmäisen kohdan mukaan yleisen lain ulkopuolelle.

Vahvistussanoissaan kuningas velvoittaa alamaisiaan tunnustamaan lain yleiseksi laiksi. 'Kuningas Fredrikin lakikirjan' yleistä lakia ei kuitenkaan voi pitää modernissa mielessä *yleisenä* lakina. Kuninkaan ja kansliakollegion lain esipuheessa[14] annetaan kuvaus ruotsalaisesta lainsäädäntöhistoriasta, jonka luonnolliseksi jatkeeksi Kaarle XI:n aloittama kodifikaatiotyö esitetään. Ruotsalaiset ovat esipuheen mukaan nauttineet 'ammoista, kaikille vapaille maille tulevaa oikeutta, ettei heidän tarvitse sallia mitään uutta lakia itsellensä pakolla pantavan, vaan että se on ensin asukasten tarkastettava ja hyväksyttävä, jonka perästä esivallan korkean viran tulee julistuttaa se yleiseksi laiksi ja velvoittaa itsekukin sitä noudattamaan...'. Tämä käsitys vanhasta ruotsalaisesta asukkaiden oikeudesta hyväksyä itseään koskevat lait rakentuu suoraan säätyjen oikeuksiin.

Oikeus säätää lakeja liittyi 1734 vuoden lain vahvistamisen aikaan tavallaan suoraan eri valtiosäätyjen, sosiaalisten säätyjen, elämänalojen ja alueiden privilegion luonteisiin oikeuksiin. Säätyjen privilegioihin perustuva asema poikkesi huomattavasti siitä, mitä suvereenilla lainsäätäjällä modernissa mielessä tarkoitetaan ja juuri tähän myös lain esipuheen on mielestäni katsottava viittaavan.

1734 vuoden lain oikeus ei siis ollut yleistä ja yhtäläistä.[15] Sen partikulaarisuus on tosin osaksi kätkettyä, koska kaikkea oikeutta ei sisällytetty lakikirjaan. Vahvistusresoluution toisen kohdan mukaan lain ei pitänyt koskea säännöksiä, jotka perustuivat säätyprivilegioihin. Säätyjen privilegioita koskevat lait olivat näin yleisen lain ulottumattomissa. Vahvistusresoluution neljännen kohdan mukaan elinkeinolainsäädäntöä ei pitänyt sisällyttää yleiseen lakiin. 1734 vuoden lain ulkopuolelle jäivät siten 'muuttuvaan oikeuteen' luetut taloudelliset normit. Politia- ja kameraalioikeus (järjestys- ja talousasioita koskevat lait) annettiin erikseen. Nekin sisälsivät privilegioihin perustuvaa sääntelyä ja oikeudellista partikularismia.

---

14. Esipuheen kirjoitti valtaneuvos Gustaf Bonde. Sitä varten valtakunnanhistorioitsija Jakob Wilde oli valmistanut esityksen 'Ruotsin kirjoitettujen lakien perusluonteesta ja alkuperästä', mutta tätä pidettiin liian oppineena ja laajana. Erilliseen lain vahvistukseen sisällytettiin lakirevision historia ja kuvaus uuden lain jäsennyksestä ja alasta. Hafström 1978, 173.
15. Lain esimoderneista piirteistä Björne 1979, 104.

Yleiseen lakiin kootut normitkin olivat monessa suhteessa partikulaarisia. Maan- ja kaupunkilaki yhdistettiin samaan kodifikaatioon. Vahvistusresoluution kolmannen kohdan mukaan laki oli voimassa sekä maalla että kaupungeissa. Ero maalais- ja kaupunkioikeuden välillä jäi silti käytännössä voimaan. Avioliittoa ja perintöä koskevat normit olivat erilaiset maalla ja kaupungissa. Muutenkin 1734 vuoden lain sääntely rakentuu monessa suhteessa säätyjen erilaisiin oikeuksiin. Etenkin rakennuskaareen sijoitetut maanviljelyä koskevat normit annetaan nimenomaan talonpojille. Ne määräävät tarkasti, miten talonpoikaiskylä on rakennettava ja viljelyksiä hoidettava. Lampuotien asema on maakaaressa määritelty hyvin epäitsenäiseksi suhteessa maanomistajaan, niin että maanomistajalla on esimerkiksi tietyin edellytyksin valta hakea tai haettaa lampuoti takaisin viljelemään maata. Kauppakaaressa määritellään tapuli- ja porvarisoikeudet kaupankäynnin rajoituksina ja kielletään maakauppa.

Vanha jako ilmenee myös tuomioistuimien eriytymisessä maaseudun ja kaupunkien tuomioistuimiin. Maan- ja kaupunkilain yhdistyminen oli siten pikemminkin tekninen tai muodollinen järjestely kuin lain sisältöön ulottuva uudistus. Eri elämänalojen ja säätyjen oikeuksiin liittyi myös se, että yleisten tuomioistuimien rinnalle syntyi yhä uusia erikoistuomioistuimia. Aatelin privilegioihin kuului oikeus omaan tuomioistuimeen, mutta myös oikeus ulosottaa vuokraverot alustalaisiltaan. Forumprivilegioihin yhdistyi muita prosessuaalisia, säätysidonnaisia etuja. Oman käsitykseni mukaan myös yleiset tuomioistuimet toimivat jossakin määrin tietyn säädyn tuomioistuimina.

1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaari luettelee aluksi 'yleiset tuomioistuimet': kihlakunnanoikeudet, laamanninoikeudet, kemnerin- ja raastuvanoikeudet sekä hovioikeudet. Sekä maaseudulla että kaupungissa toimi siten kaksi tuomioistuinta: maalla kihlakunnan- ja laamanninoikeudet, kaupungeissa kemnerin- ja raastuvanoikeudet. Kemnerinoikeuksia oli tosin vain suuremmissa kaupungeissa; pikkukaupungeissa raastuvanoikeus toimi alimpana oikeusasteena. Olivatko nämä 'yleiset tuomioistuimet' yleisiä modernissa mielessä? Olen taipuvainen korostamaan kihlakunnan- ja laamanninoikeuksien, raastuvanoikeuksien ja hovioikeuksien säätysidonnaisuutta.

Suurin osa tuomioistuimiin tulevista asioista käsiteltiinkin kihlakunnanoikeuksissa. Kihlakunnanoikeuksia voi perustellusti pitää talonpoikaissäädyn omana säätytuomioistuimena. Kihlakunnan- ja laa-

manninoikeuksia ylläpidettiin maaseudun itsellisiltä asukkailta perityllä verolla.[16] Lautakunta muodostui lain mukaan sananmukaisesti talonpojista. Laillista tuomioistuinta koskevan yleissäännön mukaan laillinen tuomioistuin on vastaajan kotipaikan tuomioistuin.[17] Tämä merkitsi käytännössä talonpojan oikeutta tulla vertaistensa tuomitsemaksi - ainakin niin, että talonpoikaisella lautakunnalla oli 1734 vuoden lain mukaan veto-oikeuden tyyppinen valta kumota ammattituomarin ratkaisu ja asettaa omansa sen sijaan.

Raastuvanoikeuksia (ja niiden alapuolelle jääviä kemnerinoikeuksia) voi hyvällä syyllä pitää kaupunkien porvariston omina tuomioistuimina, vaikka nekin mainitaan oikeudenkäymiskaaressa yleisiksi tuomioistuimiksi. Porvariston perinteinen oikeus kaupunkien itsehallintoon oli heikko, mutta vapauden ajalla se vahvistui. Ruotsalaiset kaupungit eivät alun perin olleet erityisen porvarivaltaisia.[18] 1600-luvulla kävi yhä vaikeammaksi päästä porvariksi. Kauppiaskunta eriytyi kauppapolitiikan ja elinkeinojen lohkoutumisen myötä. Porvarisylimystö muodosti pienen, mutta merkittävän ryhmän, jonka asemaa vahvisti kauppakomppanioiden perustaminen ja ulkomaankaupan muutos.[19] Valta- ja pikkuporvarit alettiin erottaa toisistaan. Kaupunkien hallinto byrokratisoitui 1600-luvulla. Korkeinta hallintoa hoiti maistraatti (pormestari ja raatimiehiä), joka raastuvanoikeutena käytti oikeutta. Lisäksi sillä oli talouteen ja järjestyksenpitoon liittyviä tehtäviä.[20] 1600-luvun lopulla porvaristo vaati maistraatin vapaata vaalioikeutta. Vuoden 1680 valtiopäivillä hallitsija lupasi tämän, ja vuonna 1693 annetun asetuksen mukaan maistraatin ja porvariston tuli yhdessä valita

16. Veronmaksuyksikkönä oli 'savu', jota tulkittiin eri aikoina eri tavoin. Karkeasti sillä kuitenkin viitattiin itselliseen ruokakuntaan. Säätyprivilegioiden perusteella aatelin säterit ja papiston virkatalot nauttivat verovapautta. Tuomarinverosta maksettiin virkareduktion jälkeen tuomareille rahapalkka, mutta lisäksi koottiin verovelvollisilta ns. kestitystä. Vuonna 1720 määrättiin nämä 'käräjäkapat' jaettavaksi puoliksi tuomarin ja lautakunnan välillä. Nousiainen 1985, 71-80.

17. Vil man til annan kära, ehwad thet är för gäld, eller i annat tvistemål, som thes person rörer; låte tå stemma honom til thet Rätt, therunder han sitt bo och hemvist hafver...OK 10:1.

18. Keskiajalla kaupungeissa tekivät porvarikauppiaiden lisäksi kauppaa voudit ja toimitsijat, jotka muuttivat rahaksi kirkon ja kruunun verotavaroita. Keskiaikaisen kaupunkilain mukaan kruunun ote kaupunkien hallintoon oli vahva. Gardberg 1981, 11-34.

19. Ranta 1981, 53-62.

20. Kruunu puuttui sekä pormestarien että raatimiesten nimityksiin, eikä kaupungin hallintoelimiä valittu vaalilla. Pormestarin saattoi nimittää maaherra, kreivi tai muu läänityksenhaltija. Nikula 1981, 192.

sopiva henkilö pormestarin virkaan. Maistraatin jäsenten valitsemistapaa ei määritelty.[21] Vuosien 1720 ja 1723 valtiopäivillä taattiin kaupungeille vaalien vapaus.

1700-luvulla äänivalta kaupungeissa toisaalta sosiaalisesti kaventui. Porvareiden yhtäläisestä äänioikeudesta luovuttiin, ja äänivallan perustaksi otettiin maksettujen verojen määrä. Käsityöläiset ja pikkuporvarit jäivät sivuun kaupunkien hallinnosta; raatimiesten valinta kuului porvaristolle. Kuitenkin vapauden ajalla maistraatti edusti kaupunkien (ei erityisen demokraattista) itsehallintoa. Kaupunkien poliittisen käyttäytymisen malli muuttui vapaudenajalla; vanhan konsensuaalisen toiminnan sijasta kaupungeissa tehtiin päätöksiä äänestämällä.[22] Kaupunkituomioistuimien puheenjohtajana toimivan pormestarin vaalista käyty kiista ratkesi niin, että kaupungit saivat oikeuden ehdollepanoon, ja kuningas nimitysvallan. Laillista tuomioistuinta koskeva yleissäännön mukaisesti porvaristo näin käytännössä tuli vertaistensa tuomitsemaksi.

Kirkon tuomiovalta oli reformaation yhteydessä menettänyt merkitystään, mutta kirkolla oli edelleen tuomiovaltaa papistoon nähden. Samantapaista 'hengellisen säädyn' oikeutta saada tuomio oman säätynsä tuomioistuimelta käyttivät yliopistojen konsistorit.

Hovioikeuksien tehtävistä 1734 vuoden laki mainitsee ensimmäiseksi sen velvollisuuden valvoa, että alemmat tuomioistuimet tuomitsevat 'lain ja sen oikean tarkoituksen' mukaan.[23] Hovioikeudet valvoivat alioikeuksien kaikkea toimintaa pöytäkirjojen välityksellä, ja siten hovioikeudet olivat alioikeuksien viimekätinen auditorio. Alioikeuksien pöytäkirjat oli tarkoitettu vähintään yhtä hyvin vakuuttamaan hovioikeus kuin asianosaiset ja paikallisyhteisö tehdyn ratkaisun ansioista. Ensisijaisesti hovioikeus oli siis alioikeuksia valvova elin. Vasta toiseksi laki mainitsee hovioikeudet muutoksenhakuasteena. Lisäksi hovioikeudet tuomitsivat ensimmäisenä oikeusasteena eräät asiat, kuten tuomarien virkarikokset. Niille alistettiin myös törkeämmät rikosasiat, ns. lifsaker.[24] Hovioikeuksien tuli tuomita aatelin perintöriidat, holhousasiat ja eräät velka-asiat tai rikosasiat, joissa rälssiin kuuluva voi

21. Mäntylä 1977, 11-14.
22. Mäntylä 1977, 118.
23. OK 7:1: Hofrätten, som är Konungens högsta Nämnd, äger upsicht och vård hafva at i the Domstolar, som ther under höra, rätt skipas efter lag, och thes rätta förstånd.
24. OK 25:5.

menettää hengen, kunnian, aatelisvapauden, omaisuuden tai perinnöllisen oikeuden.[25] Tässä suhteessa hovioikeudet toteuttivat aatelin vaatimusta päästä oman säätynsä tuomioistuimen tuomitsemaksi. Hovioikeuksien jäsenistä määräosan tuli olla rälssiä, ja hovioikeudessa toimi aatelin asioita varten erityinen jaosto.

Perustuslaki alkoi 1700-luvun Ruotsissa erottua muista laeista. Säätyprivilegiot tulkittiin vapauden ajan lopulla ns. fundamentaalilaeiksi, jotka ovat sisällöltään yksityisiä lakeja ja muutettavissa neljän säädyn yhtäpitävillä päätöksillä.[26] Ruotsissa valtiovallan kolmijako-opin mukaiselle lainsäädännön, hallinnon ja oikeudenkäytön eriytymiselle ei juuri ollut sijaa 1700-luvulla. Vapauden ajan virallisessa valtio-oikeudessa torjuttiin vallanjako-oppi. Lainsäädännön ohella säädyt puuttuivat myös hallintoon ja oikeudenkäyttöön.

1734 vuoden laki ei ollenkaan määritellyt korkeimman tuomiovallan käyttöä, joka maanlain systematiikassa oli kuninkaan muiden tehtävien tapaan saanut sijansa kuninkaankaaressa eikä käräjäkaaressa. Muihin kuninkaan valtaoikeuksiin rinnastuva ylimmän tuomiovallan käyttö vaihteli 1700-luvulla poliittisten suhdanteiden mukaan, ja sitä koskevat määräykset olivat osa kulloistakin hallitsemissopimusta tai perustuslakia. Vapauden ajalla valtiosäädyistä muodostui kuninkaan yläpuolella oleva oikeudenkäytön instanssi. Vuoden 1772 hallitusmuodossa oikeusasioita käsittelevälle valtakunnanneuvostolle määriteltiin tiettyjä pätevyysvaatimuksia: neuvosten tuli olla tuomarinvirassa harjaantuneita, oikeudenmukaisiksi ja lainoppineiksi tunnettuja miehiä. Tämä neuvoston jaosto vapautettiin muista tehtävistä, jolloin siitä tuli oikeudenkäyttöön erikoistunut elin. Vuoden 1789 vallankaappauksen jälkeen kuninkaan tuomiovallan käyttö muodostettiin jälleen uudella tavalla. Sitä varten perustettiin 12-jäseninen kuninkaan korkein tuomioistuin. Jäsenistä kuuden tuli olla rälssiä, kuuden rälssittömiä. Kuninkaalla oli kaksi ääntä[27], joten hän toimi vaa'ankielenä aatelisten ja aatelittomien jäsenten välillä.

Perustuslaeista keskusteltiin Ruotsissa vapauden ajalla yhteiskuntasopimusteorian lähtökohdista. Vapauden ajan alkuaikoina korostettiin hallitusmuodon sopimusluonnetta, sittemmin säätyjen kaikkivaltaisuutta. Sivistyneistö luki *Locken*, *Montesquieun* ja *Rousseaun* teks-

25. OK 7:2.
26. Jyränki 1989, 68.
27. Malmström 1934.

tejä. Vuonna 1756 tehty kumousyritys kuninkaanvallan palauttamiseksi herätti pohdintoja kuninkaan velvollisuudesta alistua lakien alaisuuteen. Hatut vetosivat jus resistandi-oikeuteen taistellessaan myssyjä ja porvarissäätyä vastaan. Vuoden 1772 vallankaappaus tapahtui hattujen ja kuninkaan yhteistyönä ja johti uuteen sopimukseen kuninkaan ja säätyjen välillä. Vuoden 1772 perustuslain esipuheen mukaan laki sitoo myös kuningasta.

Englannin amerikkalaisten siirtokuntien vastarintaoikeuden käyttöä seurattiin Ruotsissa kiinnostuksella. Aateli yritti käytännössä soveltaa jus resistandi-oppia sekä Anjalan liiton yhteydessä vuonna 1788 että *Kustaa III*:n murhan yhteydessä vuonna 1792.[28] Vuonna 1792 käännetystä Thomas *Painen* The Rights of Man-teoksen ruotsinnoksesta saatiin jälleen perusteluja vastarinnan oikeudelle, myös kuninkaan syrjäyttämiselle. Teot eivät saavuttaneet tarkoitustaan kummassakaan tapauksessa - kummatkin arvioivat väärin yleisen mielialan maassa. Rojalismi ja alamainen lojaalisuus hallitukselle olivat julkisen mielipiteen peruslähtökohdat.[29]

Hattujen keskuudessa säätyjen vallan perusteleminen oli keskeinen tavoite, ja säädyt puolestaan toimivat aatelin etujen edistäjinä. Hatut kannattivat merkantilistista talouspolitiikkaa aateliston ja suurporvariston intressien mukaisesti. Myssyt taas ajoivat sen porvariston etuja, joka ei päässyt nauttimaan merkantilismin ja privilegiopolitiikan eduista. He päätyivät talouspolitiikassa ajamaan fysiokraattisia tavoitteita ja valistuksen ihanteita. Asetelma muuttui 1760-luvun alussa, jolloin myssyt pyrkivät vahvistamaan valtiosäätyjä saatuaan niillä vankemman aseman. Hatut puolestaan kääntyivät vahvistamaan monarkin valtaa.

Vuosien 1765-1766 valtiopäivillä radikaaleimmat myssypuolueen edustajat ajoivat jo säätyerioikeuksien ja merkantilistisen sääntelyn poistamista - juuri näillä valtiopäivillä esiintyi pappissäädyn edustajana Anders (Antti) *Chydenius*, joka vaati kirjoituksissaan selväsanaisesti taloudellisen sääntelyn purkamista ja oikeuksien yhtäläisyyttä edistäviä uudistuksia. Hattujen pitkä valtakausi päättyi tuolloin romahduk-

28. Kustaa III:n murhaaja J. J. Anckarströmin on useimmiten esitetty toimineen henkilökohtaisista motiiveista jokseenkin yksin. Asian esittäminen tässä valossa oli sekä murhan valmisteluun osallistuneiden että hallituksen etu. Jägerskiöld 1964, 70-71.

29. Jägerskiöld 1964, 79-98.

seen osaksi ulkopoliittisista, mutta etenkin valtiontaloudellisista ja sisäpoliittisista syistä. Rahan arvon heikkeneminen ja hattujen byrokratian merkantilistinen sääntely herätti vastustusta ja nosti myssyt valtaan. Myssyjen kannattajia nousi lähinnä valtakunnan reuna-alueilta, jotka kokivat kärsivänsä Tukholman etuoikeutetusta asemasta. Suomesta tulevat aatelittomien säätyjen edustajat olivat lähes kaikki myssyjä, ja useat heistä radikaaleja. Etenkin tapulioikeuksia koskevassa kysymyksessä porvarissääty ajoi tapulioikeuksien myöntämistä Pohjanlahden kaupungeille, ja pappissäädyssä Suomesta lähetetyt edustajat puolsivat sitä. Myssyt pyrkivät liberalisoimaan sekä talouspolitiikkaa että valtiollista elämää.[30]

Chydenius arvosteli valtiopäivämieskaudellaan julkaisemissaan kirjoituksissa sellaista taloudellista lainsäädäntöä, joka pyrkii määrittelemään taloudellisen toiminnan jokaisen askeleen. Jokaiselle kansalaisille oli sallittava vapaus, lakien ja asetusten mukainen oikeus 'edistää omaa autuuttaan' sikäli kuin hän ei haittaa muiden kansalaisten ja koko yhteiskunnan onnea, koska yhteiskunnassa 'kaikilla on samanlainen oikeus, kaikilla yhtäläinen etusija'.[31] Kolmessa esseessä Chydenius käsitteli tapulipakon haitallisuutta ja vaati elinkeinonharjoittamisen vapautta, koska 'jokainen itse etsiytyy siihen asemaan ja elinkeinoon, jossa hän parhaiten lisää kansallista voittoa, jos asetukset eivät häntä siitä estä'.[32] Chydeniuksen kirjoituksista ilmenee suuri luottamus säätelemättömien markkinoiden kykyyn toimia sellaisena 'näkymättömänä kätenä', joka parhaiten kohdentaa käytettävissä olevan resurssit.

Kun Chydenius vuonna 1766 julkaistussa kirjoituksessa[33] arvosteli valtionpankin harjoittamaa rahan arvon huonontamista ja vaati setelikurssien sitomista metalliarvoon, hänen kirjoituksensa katsottiin arvostelevan säätypäätöstä. Pappissääty kielsi Chydeniusta osallistumasta kuluville ja seuraaville valtiopäiville. Samoilla vuosien 1765-1766

30. Renvall 1962, 331-340.

31. Näin Chydenius väittää kirjoituksessaan 'Hvad kan vara orsaken, ett sådan myckenhet svenskt folk årligen flyttar utur landet? och genom hvad författning det kan bäst förekommas', Chydenius 1880 (1765), 1-48, erit. 33.

32. 'Den nationala vinsten' ilmestyi 1965. Chydenius 1880, 113-135, ert.s. 117. Vapaata purjehdusta Chydenius vaati kirjoituksessaan 'Wederläggning af de Skäl, Hwardmed man söker bestrida Öster- och Wästerbotniska samt Wäster-Norrländska städerna Fri seglation', Chydenius 1880, 49-90. Kirjoitus 'Källan till rikets vanmagt' käsittelee yleisemmin elinkeinovapauden rajoittamisen haitallisuutta, Chydenius 1880, 91-111. Nämäkin ilmestyivät 1765.

33. 'Rikets hjelp genom ett naturligt finanssystem'. Chydenius 1880, 269-308.

valtiopäivillä hyväksyttiin painovapausasetus, jonka päätarkoituksena oli lisätä poliittisen päätöksenteon, etenkin valtiopäivien toiminnan, julkisuutta. Chydeniuksen sulkeminen valtiopäiviltä osoittaa kuitenkin valtiopäiväjulkisuuden varsin tiukat rajat näillä suhteellisen vapaamielisilläkin valtiopäivillä. Vuoden 1766 painovapausasetuksessakin[34] kiellettiin kyseenalaistamasta perustuslain muuttumattomia periaatteita.

1734 vuoden laissa ei ole mitään määräyksiä oikeudenkäynnin julkisuudesta. Vain kihlakunnanoikeuksissa ja oletettavasti myös kemnerinoikeuksissa asioiden käsittely oli julkista siinä mielessä, että niiden käsittely oli suullista, jolloin sitä voitiin seurata. Ylemmissä tuomioistuimissa asioita käsiteltiin usein kirjelmien kautta, eikä oikeudenkäynnin julkisuudesta voi sen vuoksi varsinaisesti puhua. Päätöksenteko oli salaista. Hovioikeuksissa näin oli alusta alkaen. Tuomarinvala ja hovioikeuden auskultantin vala sisälsivät lupauksen pitää oikeuden neuvottelut salaisina. Oikeudenkäynnin julkisuutta koskeva 1700-luvun keskustelu koski ennen kaikkea äänestyspöytäkirjojen julkisuutta.

Vaatimukset oikeudenkäytön julkisuudesta nousivat esiin valtiopäivillä. Painovapausasetus kielsi 'kaiken salaisuuden tuomioistuimien ja muiden viranomaisten äänestyksistä'. Tämän kiellon syynä oli lähinnä vapauden ajan poliittinen oikeudenkäyttö, jossa äänestysten salaisuus takasi tuomarin anonymiteetin. Tuomioistuimet tulkitsivat lakia niin, että tuomioistuimilla oli velvollisuus antaa äänestyspöytäkirja painettavaksi, mutta ei muuten tiedoksi, koska äänestys ei niiden mukaan ollut julkinen. Matthias *Calonius* vaati tällaisen tulkinnan hylkäämistä - tosin pseudonyymin taakse suojautuen. Calonius katsoi, että lakiin perustuvan äänestyksen tulos on tuomarin ääni, eikä oikeudenmukaisen tuomarin tarvitse pelätä ihmisiä.[35] *Kustaa III:n* vuoden 1772 vallankaappaus muutti tilanteen ja katkaisi porvarillisen julkisuuden kehittymisen. Painovapauden perustuslainturva kumottiin vuonna 1774.[36]

Paradoksaalisesti Ruotsin vapauden aika, etenkin sen alku, merkitsi aatelin ylivaltaa muihin säätyihin nähden, mutta jo vuoden 1772 vallankaappaus - joka toteutettiin aatelin tuella - johti pitemmällä tähtäi-

34. Förordningen om Skrift-och Tryckfriheten af den 2 December 1766.
35. Calonius 1833, 95-102. Kirjoitus julkaistiin Tidningar utgifne af et Sälskap i Åbo-lehdessä vuonna 1771.
36. Jyränki 1989, 69-73.

mellä aatelin aseman heikkenemiseen. Kuninkaan merkantilistinen politiikka vahvisti suurporvaristoa, mutta hänen fysiokraattinen politiikkansa alempia säätyjä.[37] Yksinvallan vahvistuminen vuonna 1789 hyödytti myös alempia säätyjä, joihin kuningas nimenomaisesti tukeutuikin. Vuoden 1789 kuninkaanvakuutuksessa Kustaa III tavoitteli alempien säätyjen suosiota tunnustamalla myös niille privilegioiksi ajateltuja pysyviä oikeuksia. Yksinvallan vahvistuminen johti siten joissakin suhteissa oikeuden modernisoitumisen suuntaan - tai ainakin loi mahdollisuuksia modernisoitumiselle. Säätyprivilegioiden merkitys kaventui ja etenkin maanomistuksen oikeus yhtenäistyi.

Lakikommission työ ei päättynyt 1734 vuoden lain valmistuessa, vaan kommissio jatkoi toimintaansa lyhyttä katkosta lukuun ottamatta vuoteen 1808 saakka. Sen tehtävänä oli lain valmistelu, mutta siltä voitiin myös pyytää selvennystä epäselviin oikeuskysymyksiin korkeimman oikeuden käsiteltävänä olevissa asioissa.[38]

Vuoden 1772 vallankaappauksen Kustaa III:n itsevaltaisessa hallitusmuodossa erotettiin toisistaan yleinen laki ja hallinnollinen lainsäädäntö, ja säädyillä oli oikeus osallistua vain yleisen lain säätämiseen. Vuoden 1789 yhdistys- ja vakuuskirjan mukainen hallitusmuoto oli tyypiltään ruhtinasabsolutismia. Kuninkaan mahdollisuus selittää lakia laajensi hänen tosiasiallista lainsäädäntövaltaansa. Kuningas käytti pragmaattisesti laajoja ja epämääräisesti rajattuja valtuuksia, vaikka kirjoitetun fundamentaalilain ajatus oli jo vakiintunut Ruotsissa.[39] Kustaa III:n kuoleman jälkeen holhoojahallituksen ja *Kustaa IV Aadolfin* hallitus nojautui aatelisbyrokraatteihin. Kustaa IV Aadolfin aikana myös 1734 vuoden lakia muutettiin usein kuninkaallisilla selityksillä.[40] Näin säätyjen oikeus osallistua yleisen lain säätämiseenkin voitiin käytännössä sivuuttaa.

Vapauden ajan päättyminen merkitsi kansalaisyhteiskunnan vastasyntyneiden itsenäisten toimintamuotojen näivettymistä.

'Porvarillisen julkisuuden' syntyyn viittaava kehitys katkesi.

---

37. Ylikangas 1986, 100.
38. Hafström 1978, 183.
39. Kustaan avustajana toiminut C. F. Scheffer pyrki yhdistämään kuninkaan käsiin sekä lainsäädäntö- että toimeenpanovaltaa. Schefferin kanta korosti Ranskan fysiokraattien tapaan hallitsijan ja kansan keskeisyyttä ja sivuutti säädyt poliittisena tekijänä. Jyränki 1989, 75.
40. Björne 1986, 165.

Ruotsissa vuoden 1809 vallankumous rajoitti kuninkaan valtaa perustuslaillisella tavalla. Säädyt kielsivät olevansa velvollisia kuuliaisuuteen Kustaa IV Aadolfia kohtaan samaan tapaan kuin Englannin parlamentti oli sanoutunut irti *Jaakko II*:een kohdistuvista velvollisuuksistaan Mainion vallankumouksen yhteydessä. Vasta vuoden 1809 jälkeen Ruotsissa alkaneen reformikauden aikana omaksuttiin moderni lakikäsitys ja syntyi kansalaisten oikeudelliseen yhtäläisyyteen perustuvaa oikeutta. Perustuslakiin rakennettiin valtiovallan kolmijako. Kansalaisyhteiskunnan mahdollisuus kehittyä porvarillisen julkisuuden muodossa parani huomattavasti. Tämä valtion ja kansalaisyhteiskunnan moderniin muotoon tähtäävä Ruotsin reformikausi ei kuitenkaan enää koskenut Venäjän yhteyteen siirtynyttä Suomea.

10.2. 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaari

Ruotsin 1734 vuoden laki määräsi noudatettavaksi oikeudenkäytön tavan, joka vastaa pitkälti 1600-luvun lopulla käyttöön tullutta menettelyä ja tuomioistuimien järjestelyä. Oikeudenkäyttöä koskevia uudistuksia tehtiin lain kodifioimisen yhteydessä vain vähän, eikä oikeudenkäymiskaaren valmistelun yhteydessä keskusteltu läheskään kaikista oikeudenkäyntimenettelyn puolista. Tuomioistuinjärjestelmän perusteita ei pohdittu oikeudenkäymiskaaren valmistelun yhteydessä juuri ollenkaan.

Keskiaikainen maanlain oikeudenkäymisjärjestys oli syrjäytynyt 1600-luvulla lähes joka kohdaltaan, niin että esimerkiksi KrML:n käräjäkaaren säännöksistä oli voimassa itse asiassa vain maaseudun oikeushallinnollinen jako. Koko oikeudenkäyntimenettely oli muuttunut luonteeltaan erillislakien ja oikeuskäytännön kautta. Uudella ajalla oli otettu käyttöön keskitetty tuomioistuinjärjestelmä ja maanlain mukaisesta poikkeava todistelumenettely. 1600-luvun uudistukset sovitettiin 1734 vuoden lakiin niin, että maanlain käräjäkaaren esittämisjärjestykseen tavallaan lisättiin kaupunkituomioistuimia ja hovioikeuksia koskevat määräykset, keskeiset todistelusäännöt ja muut uudemmat normit.

Lakirevisio eteni Lindschöldin lainvalmistelumuistiossa asetettujen päälinjojen mukaisesti. Työ aloitettiin perheoikeudesta. Kun perhe- ja perintöoikeutta koskevat kaaret ja rakennuskaari oli saanut alustavan muotonsa[41] siirryttiin prosessioikeuteen.[42] Lakikommisio kokosi lainvalmistelun yhteydessä eri oikeusviranomaisten lausuntoja. Tässä mielessä voi katsoa koko tuomioistuinbyrokratian osallistuneen lain valmistelemiseen. Keskeinen osa 1734 vuoden lain oikeudenkäyttöön kohdistuvia esitöitä koski toimia, joilla tähdättiin *oikeudenkäynnin nopeuttamiseen*. Oikeudenkäytön nopeuttamisen tavoite hallitsi koko lainvalmistelun ajanjaksoa. Lakikommissio esitti vuonna 1683 mietinnön, jossa esitettiin mm. haasteaikojen, poissaolosakkojen ja yksipuolisen tuomion käyttöön liittyviä uudistuksia. Tästä mietinnöstä[43] koottiin lausuntoja hovioikeuksilta, laamanneilta, kihlakunnantuomareilta ja pormestareilta.[44] Mietinnön mukainen oikeudenkäymisasetus[45] tuli voimaan ennen kodifikaatiota. 1734 vuoden sisällöltään enimmäkseen samansisältöinen oikeudenkäymiskaari syrjäytti sen.

Nopeuttamista olisi periaatteessa ollut mahdollista tavoitella muuttamalla joko tuomioistuimien *rakennetta* tai niissä noudatettavaa *menettelyä*. 1734 vuoden lain koonnoksella ei pyritty muuttamaan tuomioistuimien rakennetta, joten tärkeimmät nopeuttamiseen tähtäävät uudistukset oli saatava aikaan menettelyä muuttamalla. Tosin juuri keskiajalta periytyvä tuomioistuimien rakenne oli tärkeä oikeudenkäyttöä hidastava tekijä. Tässä suhteessa oikeuslaitos oli Ruotsissa vanhakantaisempi kuin useimmissa keskieurooppalaisissa valtioissa. Yleensä Euroopassa ammattituomarien muodostamat ja säännöllisesti kokoontuvat tuomioistuimet muodostivat oikeuslaitoksen perustan.

---

41. Heikki Ylikankaan mukaan kuninkaan kiinnostus kohdistui lähinnä näihin kaariin, jotka otettiin käyttöön jo ennen lain vahvistamista. Ylikangas 1985.
42. Alun perin oikeudenkäymiskaari annettiin valmisteltavaksi kihlakunnantuomari Samuel Furubomille, raastuvankaari pormestari Michel Törnelle. Molemmat nauttivat itsevaltiaan luottamusta, kuten lainvalmisteluun osallistuneet yleensäkin. Ylikangas 1985.
43. Några stycken, som til processens occ dess wijdlyfftigheters afkortande och lindring för dhe strijdande parter kunde lända. Sjögren VII, 473-482.
44. Wilhelm Sjögrenin toimittamien 1734 vuoden lain esitöiden mukaan näistä lausunnoista on jäljellä vain muutamia, mm. Svean ja Götan hovioikeuksien lausunnot. Sjögren VII, IX.
45. Rättegångsstadgan then 4 juli 1695 l. Stadga och Förordning innehållandes några mål til widlyftigheters afkortande för the Stridige Parter både wid Öfwer- och Underrätterne, Schmedeman 1706, 1414-1425.

Ruotsissa kihlakunnanoikeudet olivat maan useimpien oikeudenkäyntien näyttämö ja oikeuslaitoksen selkäranka. Niiden rakenne ja toimintatapa olivat kuitenkin monessa suhteessa keskiaikaisella kannalla. Lakikommissio ei missään vaiheessa ehdottanut kihlakunnanoikeuksien rakennetta tai tuomiokuntajakoa muutettavaksi niin, että säännöllisiä käräjiä olisi pidetty tiheämmin. Kihlakunnanoikeuksien kustannukset rasittivat lähinnä talonpoikia, jotka olisivat epäilemättä vastustaneet verotuksen lisäämistä.[46] Jos käräjille oli saatava koolle ainakin jokin määrä talonpoikia, tuomarin lisäksi ainakin lautakunta, eivät käräjät voineet kokoontua kovin usein. Kun maaseudun alioikeuksien perusrakenne haluttiin säilyttää - tai oli pakko säilyttää - oli muutettava oikeudenkäynnin menettelysääntöjä. Tältä pohjalta oikeudenkäymisasetuksen ja oikeudenkäymiskaaren uudistamisessa lähdettiinkin. Esitys uudeksi oikeudenkäyntikaareksi tarkastettiin lakikommissiossa vuoden 1715[47] alussa. Pääasiassa kaikkien lain kaarien piti olla valmiit jo vuonna 1717.

Vuodesta 1711 lakikommission puheenjohtajana toimi valtaneuvos, kanslianpresidentti Gustaf *Cronhielm*.[48] Cronhielmin vaikutusta varsinkin lain esitystapaan tai tyyliin on pidetty olennaisena, ja hänen puheenjohtajakautensa alussa vuonna 1711 lakikommissiossa käytiin keskustelua juuri lakitekstin tyylistä. Lakiehdotus esitettiin vuonna 1723 valtiosäädyille, ja lakikommission vuoden 1722 pöytäkirjan mukaan Cronhielm kävi itse läpi kaikki lain kaaret ja myös teki niihin muutoksia. Cronhielmin osuutta on pidetty erityisen suurena perintöja oikeudenkäymiskaarien laatimisessa.[49]Cronhielm luonnosteli jo vähän ennen Kaarle XII:n kuolemaa sen oikeudenkäymiskaaren ehdotuksen, joka vuonna 1723 esiteltiin säädyille.[50]

Kaaren asiasisällöstä ei lakikommissiossa syntynyt ainakaan sellaista periaatekeskustelua, joka olisi otettu pöytäkirjaan. Itse oikeudenkäymiskaarta koskeva keskustelu lakikommissiossa koski yksityiskohtia, kuten tuomareilta vaadittavia tutkintoja, kihlakunnan lauta-

46. Talonpoikaissääty suhtautui lain kodifioimiseen yleensäkin epäluuloisesti, Ylikangas 1985.
47. Aikaisempia lakikommission luonnoksia on Uppsalan yliopiston käsikirjoituskokoelmassa. Letto-Vanamo 1989, 105.
48. Lakikommission puheenjohtajana Lindschiöldin jälkeen toimi myös kuninkaan suosiossa oleva valtaneuvos Nils Gyldenstolpe vuodesta 1690 vuoteen 1709.
49. Sjögren, V osan esipuhe.
50. Holmbäck 1934 I, 54-90.

miesten määrää, asianosaista pelkäävien todistajien kuulemista asianosaisen poissaollessa, todistajanjäävejä ja kauppiaan tilinpidon todistusvoimaa.

Oikeudenkäymiskaarta koskevasta ehdotuksesta keskusteltiin vuoden 1723 valtiopäivien lisäksi vuoden 1734 vuoden valtiopäivillä. Vuoden 1731 valtiopäivillä käsiteltiin useimpia muita lain kaaria, mutta ei oikeudenkäymiskaarta ja ulosottokaarta. Valtiopäiväkäsittelyssä poistettiin lakiehdotuksen mukaiset oikeudenkäyntivaltuutetun kelpoisuusvaatimukset[51] sekä kihlakunnanoikeuden lautakuntaa koskevia määräykset. Vuoden 1723 ehdotuksen kihlakunnanoikeutta koskeva pykälä eroaa vuonna 1734 hyväksytystä laista[52] siinä, miten lautakunta esitellään. Ehdotuksen mukaan kihlakunnantuomari pitää kihlakunnankäräjät, ja 'kahdentoista talonpojan pitää istua lautakunnassa'. Vuonna 1734 hyväksytyn sanamuodon mukaan 'kihlakunnanoikeudessa tuomitsee kihlakunnantuomari kahdentoista talonpojan kanssa, jotka asuvat kihlakunnassa ja on siihen valittu'. Sama sanamuodon ero ilmenee myös laamanninoikeutta koskevissa määräyksissä. Vuoden 1723 ehdotuksessa ei ollut mitään määräystä siitä, miten kihlakunnan- ja laamanninoikeuksissa oli äänestettävä. Sen sijaan vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaaressa on äänestyssääntö, jonka mukaan yksimielinen lautakunta voittaa tuomarin kannan.

Tätä siirtymää on tulkittu kahteen suuntaan. Åke *Holmbäckin* mukaan vapauden ajalla lautakunnan asema täsmentyi ja samalla vahvistui.[53] Sen sijaan K. G. *Westman* näkee tämän äänestyssäännön merkinneen päätepistettä lautakunnan aikaisemmalle vahvalle asemalle.[54] Tutkijan käsitys lautakunnan asemasta ennen 1734 vuoden lakia määrää sen, miten hän arvioi sen muuttuneen lain säätämisen yhteydessä.

Oma käsitykseni on, että lautakunnan elinvoima 1700-luvun säätyyhteiskunnassa liittyi vahvistuvaan käsitykseen, jonka mukaan kunkin säädyn tuli saada tuomio vertaisiltaan. Lautakunnan jäsenien edellytetään johdonmukaisesti olevan talonpoikia. Talonpojat ylläpitivät kihlakunnanoikeudet ja osallistuivat niiden toimintaan. Yleensä heidän

51. Tästä ks. jäljempänä.
52. Vuoden 1723 ehdotus vastasi siis Cronhielmin vuoden 1717 ehdotusta. 1734 vuoden lain pohjana olevan ehdotuksen kirjoitti hovioikeudenneuvos J. Rosenstolpe. Letto-Vanamo 1989, 117. Siitä keskusteltiin lakikommissiossa, mutta sitä ei juuri muutettu.
53. Holmbäck 1934, 83.
54. Westman 1927, 40.

kaikki oikeudelliset asiansa myös tuomittiin kihlakunnanoikeuksissa. Kihlakunnanoikeudet käsitettiin ensisijaisesti talonpoikien tuomioistuimiksi, raastuvanoikeudet porvariston tuomioistuimiksi ja hovioikeudet aatelin tuomioistuimiksi, vaikka ne kaikki olivatkin 1734 vuoden lain mukaan yleisiä tuomioistuimia. Eri tuomioistuimien tuomarien (myös lautamiesten) asettamista koskevien kiistojen tärkeä ulottuvuus on tuomarin ja tuomittavien sääty-yhtäläisyys.

Alituomaria valvoivat tiukasti ylemmät viranomaiset, etenkin hovioikeudet. Kuitenkin alituomarin toiminta on oikeudenkäymiskaaren rakenteen perusteella arvioiden oikeudenkäytön ydin, ja kihlakunnantuomarin toiminta käräjillä lain polttopiste.[55] Määrällisesti kihlakunnanoikeudet käsittelivät pääosan valtakunnan oikeusjutuista.

Oikeudenkäymiskaaren kuten koko 1734 vuoden lain kirjoitustapa on niukka, ja itse menettelytapaa koskevia määräyksiä siinä on vähän. Monissa suhteissa se, miten oikeudenkäynti eteni ei ollut lain asia, vaan tavan ja oikeushallinnon kautta syntyneen käytännön. Pelkän oikeudenkäymiskaaren ja sen esitöiden tarkastelu ei sen vuoksi oikeastaan anna käsitystä tässä yhteydessä kiinnostavista kysymyksistä. Lain ja sen esitöiden varassa ei voi päätellä, miten ruotsalainen oikeudenkäymisjärjestelmä eroaa keskieurooppalaisesta ja miten oikeudenkäynnin herruus on nähtävä oikeudenkäymiskaaren mukaisessa prosessissa. Osaksi vastaus näihin kysymyksiin saadaan 1600-luvun lainsäädännöstä ja -valmistelusta, osaksi lainopista.

10.3. Oikeudenkäytön nopeuttaminen

Ruotsissa valitettiin 1600-luvulta alkaen oikeudenkäytön hidasta kulkua, kuten Euroopassa yleensäkin. Lainvalmistelijat näkivät oikeudenkäytön hitauden syitä kahtaalla. Tuomioistuimilla katsottiin olevan liian vähän valtaa ratkaista asioita ja asianosaisilla liian paljon valtaa

55. Oikeudenkäymiskaareen yhdistettiin maaseudun ja kaupungin tuomioistuimia koskevat määräykset. Kaaren esitysjärjestys alkaa kihlakunnanoikeuksista. Kaaren toinen luku käsittelee kihlakunnankäräjiä, kolmas laamanninkäräjiä ja neljäs ylimääräisiä käräjiä. Vasta seuraavassa luvussa siirrytään kaupunkituomioistuimiin.

viivyttää oikeudenkäyttöä. Asianajoa pidettiin myös syyllisenä asioiden mutkistumiseen. 1600-luvun yhä suuremman asianajajien joukon väitettiin lisäävän riitelynhalua ja tarpeettomilla kirjelmillä hidastavan oikeudenkäyntejä.

Etenkin kihlakunnanoikeuksien toimintatapa asetti rajoituksia nopeuttamiselle. Tämän rakenteellisen vanhakantaisuuden poistaminen oli mahdotonta osittain poliittisista, säätyjen määräämisvaltaan liittyvistä syistä. Säätyvaltion ja taantuvan suurvallan käytettävissä olevilla keinoilla ja resursseilla ei ollut mahdollista ulottaa tehokasta, jatkuvasti kokoontuvaa oikeuslaitosta valtakunnan kaikkiin osiin. Oikeudenkäynnin nopeuttamiseen liittyi suuri osa 1600-luvun loppupuolen jälkeen annetuista ja suunnitelluista laeista.[56]

Kaupunkien ja maaseudun oikeudenkäyttö oli tempoltaan erilaista, mikä perustui viime kädessä niissä harjoitetun itsehallinnon perinteen eroon. Kihlakunnankäräjien vuotuinen määrä oli KrML:n mukaan kolme. Oikeushallinnon siirtyminen vähitellen keskusvallan käsiin ei tässä suhteessa saanut aikaan olennaista muutosta. Vaikka tuomari oli kuninkaan eikä paikallisyhteisön määräämä, olivat käräjät perinnäiseen tapaan syklisesti kokoontuvia kokouksia. Tiheämpi kokoontuminen olisi tuottanut vaikeuksia sekä paikallisyhteisölle että tuomarille. Kullekin tuomarille kuului etenkin maan harvaanasutuissa osissa niin laaja alue, että paikallistuomioistuimetkin olivat olosuhteiden pakosta kiertäviä. Laamanninoikeudet toimivat samaan tapaan kuin kihlakunnanoikeudetkin. Tuomiokuntien pienentäminen olisi edellyttänyt asukkailta entistä suurempaa veronmaksukykyä ja -halua, sillä muuten niiden jako olisi pienentänyt tuomarin tuloja.

Tiheämmät säännölliset oikeudenistunnot maaseudulla eivät siis olleet mahdollisia, jos pidettiin kiinni perinteisestä tuomioistuimen rakenteesta ja toimintatavasta. Kaarle XII pyrki itsevaltaisella uudelleenjärjestelyllä eroon maaseudun oikeudenkäytön hitaudesta. Kuulematta lakikomissiota hän järjesti oikeusasteet uudella tavalla. 24 heinäkuuta ja 11 lokakuuta 1718 annettiin asetukset, joilla maa jaettiin

56. David Nehrmanin mukaan oikeudenkäyttöä oli tarkoitus nopeuttaa ainakin ulosottoa koskevan vuoden 1669 asetuksen, merilain sekä monien asetusten ja kirjeiden kautta, kuten vuoden 1695 oikeudenkäymisasetuksen, 10 maaliskuuta 1718 ja 23 heinäkuuta 1727 annettujen kirjeiden, 2 elokuuta 1727, 12 huhtikuuta 1728 ja 27 toukokuuta 1730 annettujen asetusten sekä 'lukemattomien muiden' avulla. Nehrman 1751, II:28. Seuraavassa esiteltävä Kaarle XII:n yritys muuttaa kihlakunnan- ja laamanninoikeuksien rakennetta pyrki Nehrmanin mukaan samaan tavoitteeseen.

uudelleen laamannikuntiin ja kukin näistä vuorostaan kahteen kihlakuntaan. Laamannikunnissa tuomitsi asetuksen mukaan laamanni laamannikuntansa kihlakunnantuomareiden kanssa. Tämä uudistus kumottiin jo seuraavana vuonna, eikä siihen viitata valtiosäädyille esitellyssä oikeudenkäymiskaaren luonnoksessa.[57] Muuten lain kodifioimisen yhteydessä ei pyrittykään esimerkiksi lisäämään vuotuisten käräjien määrää. 1734 vuoden laissa määrätään edelleen pidettäviksi kolmet vuotuiset kihlakunnankäräjät, kuten KrML:n käräjäkaarenkin mukaan. Maan harvaanasutummissa osissa, kuten Suomessa, kihlakunnassa oli yleensä useita käräjäkuntia, joissa käräjiä pidettiin kerran tai kaksi vuodessa. Sekä riita- että rikosasiat joutuivat odottamaan vuodenkierron mukaisesti kokoontuvia käräjiä puoli vuotta tai kokonaisen vuodenkin.

Kaupungeissa tilanne oli olennaisesti toinen kuin maaseudulla. Kaupunkien juokseva hallinto oli siirtynyt raastuvankokouksilta pormestarille ja raadille. Raastuvanoikeutena hallinto saattoi kokoontua jatkuvasti. Lisäksi raastuvanoikeuksien alapuolelle toimi suuremmissa kaupungeissa jatkuvasti kokoontuva alin oikeusaste, kemnerinoikeudet. Kemnerinoikeuksien istuntopäivistä ei 1734 vuoden laissa annettu määräyksiä, mutta raastuvanoikeuden oli lain mukaan istuttava joka viikko maanantaisin, keskiviikkoisin ja lauantaisin, tarvittaessa useamminkin.

Lakikommissio esitti vuoden 1693 mietinnössään[58] sellaisia keinoja nopeuttaa oikeudenkäyttöä, jotka eivät vaatineet muutoksia tuomioistuimien organisaatioon. Mietinnössä esitettiin haasteaikoja, poissaolosakkoja ja yksipuolista tuomiota koskevia ehdotuksia. Lainvalmistelijoiden mielestä uudistamista kaipasi varsinkin kihlakunnanoikeuksien menettely.

Koska käräjiä pidettiin maalla vain muutamia vuodessa, oli erityisen tärkeätä saada vastaaja tuomituksi. Usein tämä käytännössä estyi siksi, että vastaaja yksinkertaisesti jäi pois käräjiltä. Kun asianosaisten yksityinen sovinnonteko rikosasioissa oli kielletty, oli rikosasiasta tullut tuomioistuimen ja syytetyn eikä kantajan ja vastaajan välinen menettely. Nimismiehellä oli jo KrML:n mukaan oikeus kantaa, jos asianomistaja ei sitä tehnyt, ja tuomioistuin voi omasta aloitteestaan nostaa kanteen yleisen huhun perusteella epäiltyä vastaan. Syytetty oli saata-

57. Holmbäck 1934 I, 54-90.
58. ks. edellä.

va oikeuteen, ja tätä varten tarvittiin eri asteisia pakkokeinoja: kiinniottamista, vangitsemista, noutamista ja poissaolosakkoja. Maanlaki tunsi poissaolorangaistukset, ja uusia pakkokeinoja haastetun asianosaisen paikalle saamiseksi oli kehittynyt keskushallinnon vahvistuessa. 1734 vuoden lakiinkin tuli määräys, jonka mukaan rikosasian syytetty voitiin heti noutaa oikeuteen.[59]

Riita-asioissa tilanne oli toinen. Kauppa keskittyi kaupunkeihin, mutta kauppaan perustuvien saamisten velkominen sen sijaan ei. Velkaa oli velottava velallisen kotipaikan alioikeudessa, sillä yleensäkin laillinen tuomioistuin riita-asiassa oli se tuomioistuin, jonka alueella vastaajalla oli kotipaikka. Tämä sääntö sai uskoakseni erityistä painoa sääty-yhteiskunnassa vallitsevasta ajattelutavasta, jonka mukaan kullakin oli oikeus tulla vertaistensa tuomitsemaksi. Siten oikea tuomioistuin talonpojan tuomitsemiseksi oli kihlakunnanoikeus. Vaikka kihlakunnanoikeudet olivat yleisiä tuomioistuimia, ne olivat myös rahvaan tai talonpoikien erityisiä tuomioistuimia.

Kaupunkien porvarien oli siis velottava maalla asuville asiakkailleen antamiaan luottoja kihlakunnanoikeuksissa. Velalliset olivatkin usein maalta. 1600-luvulta alkaen yleistyvä *majamieslaitos* perustui jatkuvaan velkasuhteeseen kauppiaan ja hänen majamiehensä välillä. Talonpoika myi tuotteitaan ja osti tavaraa vain tietyltä porvarilta, joka antoi sen usein velaksi ja saattoi suorittaa talonpojan verot tämän puolesta.[60] Vain heti kaupanteon yhteydessä ilmenevä riita voitiin käsitellä kaupantekopaikan tuomioistuimessa. Jos kaupan toinen osapuoli tai velkakaupan velallinen oli lähtenyt kotipaikalleen, ei tämä enää käynyt päinsä.[61] Jatkuvassa velkasuhteessa velan määrä ilmeni kauppiaan

59. OK 11:7 mukaan vastaajan piti haasteajoista riippumatta heti kutsuttaessa tulla vastaamaan, ja jos hän ei tullut paikalle, oikeuden tai kruunun palvelija voi noutaa hänet.

60. Veroja vaadittiin 1600-luvulla rahassa, jota luontaistaloudessa elävillä talonpojilla ei ollut. Talonpojat myivät usein tuotteensa samalla porvarille, majamiehelleen, joka antoi luottoa niitä vastaan. Vaikka majamiesjärjestelmä kiellettiin, oli se oli ainakin Pohjanmaalla käytäntönä 1600-luvun lopulla. Ranta 1980, 285-287. Luottosuhde porvarin ja talonpojan välillä merkittiin kauppiaan tilikirjoihin. Tässä järjestelmässä talonpoika ei välttämättä käsitellyt käteistä rahaa ollenkaan.

61. 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaaren 10:5 mukaan tosin voitiin haastaa kaupan- tai velantekopaikalla, jos hän oli sinne itse tullut sinne. Pääsäännön mukaan kauppaa tai velkaa koskeva riita oli käsiteltävä vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa. Tämä koski myös kestiä, majamiestä. Prorogaatiosopimus oli OK 10:11:n mukaan mahdollinen vain kuninkaan luvalla, niin ettei velkomusasian käsittelyä voinut siirtää kaupungin tuomioistuimeen osapuolten sopimuksella.

tilinpidosta. Usein kauppiaan edustaja kiersi käräjiä erääntyneitä saatavia perimässä. 1700-luvun kuluessa kihlakunnanoikeuksien käsittelemät asiat muuttuvat luonteeltaan ainakin osassa Ruotsia niin, että riita-asioiden määrä alkaa ylittää rikosasioiden määrän.[62]

Asia voitiin lykätä käräjiltä toisille. Jos kihlakunnanoikeuden tuomioon haettiin muutosta laamanninoikeudesta, oli varauduttava uuteen oikeuskäsittelyyn syklisesti kokoontuvassa tuomioistuimessa. Esimodernin prosessin perinteeseen ei kuulunut, että asia olisi ratkaistu molempia asianosaisia kuulematta ainakaan heti. Jos vastaaja ei tullut käräjille, asia yleensä lykättiin seuraaviin käräjiin. Maanlain mukaan poisjääneelle voitiin määrätä sakko. Keskiaikaisen maanlain mukaan vastaaja voitiin tuomita, jos hän ei haastettuna tullut vielä kolmansille käräjille eikä osoittanut poissaololleen estettä.[63]

1600-luvulla poissaolosakkojen tuomitseminen kihlakunnanoikeuksissa yleistyi. Tätä on pidetty osoituksena keskusvallan otteen lujittumisesta; kihlakunnanoikeudet olivat tämän tulkinnan mukaan muuttumassa yhteisöllisen toiminnan areenasta valtiollisen vallan näyttämöksi. Poissaolosakkojen tuomitseminen nähdään valtion pakkovallan käyttämiseksi, jonka tavoitteena on vetää vastahakoinen rahvas tuomiolle.[64] Poissaolosakko on oman käsityksen mukaan kuitenkin nähtävä vaihtoehdoksi yksipuoliselle tuomiolle, jota juuri perinteisen yhteisöllisen oikeudenkäytön näkökulmasta ei talonpoikaisissa tuomioistuimissa mielellään käytetty. Poissaolosakkojen lisääntyminen saattaa osoittaa vaihto- ja etenkin velkasuhteiden yleistymistä talonpoikaisyhteisöissä. Epäilemättä poissaolosakkoon tuomittu vastaaja oli haluton tulemaan tuomioistuimeen, mutta pelkän sakon määrääminen osoitti myös tuomioistuimien olleen haluttomia käyttämään poissaolosakkoa vahvempaa keinoa, vastaajan tuomitsemista yksipuolisella tuomiolla.

---

62. Riita-asioiden määrä lisääntyi alioikeuksissa koko 1600-luvun ajan. 1500-luvulla ja 1600-luvun alussa rikosasiat hallitsivat oikeudenkäyttöä, mutta 1600-luvun kuluessa riita-asioiden määrä alkaa ylittää rikosasioiden määrän. Österberg 1991, 18. 1700-luvun kuluessa kihlakunnanoikeudet käsittelivät paljon mm. omistusoikeutta ja velkasuhteita koskevia riitoja.1700- luvulla 'epäsymmetrisiä' velkasuhteita erisäätyisten välillä esiintyi lähinnä ruukkien yhteydessä vuorikäräjäoikeuksissa. Ågren 1988, 495-501.

63. KrML 12:1.

64. 1600-luvulla talonpoikia tuomittiin usein erilaisista 'niskoittelun' muodoista. Niskoitteluksi voidaan lukea tienpidon, kyydityksen ja veronmaksun laiminlyönti. Käräjiltä pois jääminen ja tuomion jättäminen täyttämättä (domsbrott) voidaan katsoa samantapaiseksi niskoitteluksi. Taussi Sjöberg 1990, 184-185.

Yksipuolisen tuomion asemaa oli lainvalmistelijoiden mielestä vahvistettava. Vuonna 1692 annettiin asetus, jonka mukaan yksipuolinen tuomio voitiin antaa sekä maalla että kaupungissa heti ensimmäisessä istunnossa, johon vastaaja oli haastettu.[65] Lakikommission vuoden 1693 mietinnössä ehdotettiin haastetta ja haasteaikoja koskevien sääntöjen tiukentamista. Esteetöntä poissaoloa oikeudesta oli ehkäistävä poissaolosakoilla ja yksipuolisen tuomion tehokkaalla käytöllä.

Vuoden 1695 oikeudenkäymisasetuksen mukaan riitapuolten oli oltava käräjillä heti kun oikeus käräjäjumalanpalveluksen jälkeen istuu. Tässä oikeudenkäynnin vaiheessa oli ratkaistava juttujen käsittelyjärjestys ja otettava ensimmäinen asia käsiteltäväksi. Jos asianosainen ei ollut paikalla silloin, oli asia lykättävä myöhempään käräjäpäivään ja aiheettomasti pois jääneelle määrättävä poissaolosakko. Kesken käräjien tai jutun käsittelyn pois jääneelle oli myös tuomittava sakko. Jos vastaaja tai hänen valtuutettunsa tuli samoilla käräjillä paikalle ja todisti olevansa laillisesti estynyt, asia oli lykättävä seuraaville käräjille.

Jos vastaaja ei osoittanut olevansa estynyt jo samoilla käräjillä juttua toistamiseen huudettaessa, asia oli otettava käsiteltäväksi ja tuomittava asianhaarojen mukaan, 'effter dess beskaffenhet'. Tuomio oli myös pantava ulosottoon, jos vastaaja ei jo samoilla käräjillä esittänyt laillista estettä. Jos vastaaja esitti seuraavilla käräjillä laillisen esteen ja haastoi vastapuolensa, oli asia otettava uudelleen esille ja tuomittava. Jos hän silloin voitti sekä esteellisyys- että pääasian, oli ulosmittaus peräännytettävä.[66] Jos joku ei korkeammassa oikeudessa voinut näyttää laillista estettä, hän sai yön ja vuoden aikana hakea takaisinsaantia pääasiassa, mutta sen jälkeen ei mitään kannetta enää saanut nostaa.[67]

Lakikommissio tosin keskusteli siitä, oliko syytä antaa niskoittelutuomio heti ensimmäisillä käräjillä, vai vain tuomita esteettömästä poissaolosta. Kommission päätökseksi kuitenkin tuli, että myös pääasiassa sai tuomita jo ensimmäisillä käräjillä. Lisäksi päätettiin, ettei yksipuolisella tuomiolla tuomittu saanut ulosottoa perääntymään, ennen kuin on voittanut sekä esteetöntä poissaoloa että pääasiaa kos-

65. Förordning angående Stämning wid Domstolarne samt Execution och Utmätning af the mål, som uti twänne Domstolar är wundne, ändoch theremot wädiat blifwer, then 19 April 1692. Schmedeman 1706, 1320-1321.
66. Rättegångsstadgan, pr. 2
67. Sjögren I, 473.

kevat jutut. Tähän päätettiin vielä lisätä juramentum calumnieae-vala. Yksipuolisesti tuomitun piti vannoa, ettei halua takaisinsaantia yksipuoliseen tuomion vahingoittaakseen voittanutta asianosaista.[68] Myös oikeudenkäymiskaaren yksipuolista tuomiota koskevan lainkohdan mukaan maalla ensimmäisten käräjien yleisestä kokoontumisesta tai kaupungissa jutulle asetettuna päivänä pois jäänyt voitiin heti tuomita yksipuolisella tuomiolla. Yksipuolinen tuomio edellytti kuitenkin, että kantaja kykeni esittämään näyttöä kanteensa tueksi. Vastaajan poisjäämistä ei siis pidetty kanteen myöntämisenä.[69]

Poissaolo käräjiltä saattoi johtua siitäkin, että käräjärahvaan edellytettiin olevan paikalla koko käräjien ajan. Haaste otettiin ensimmäiseksi käräjäpäiväksi, mutta asia saattoi tulla esille vasta viimeisenä. Haastettujen edellytettiin voivan olla läsnä pitkiäkin aikoja. Tästä ongelmasta lainvalmistelijat keskustelivat vuonna 1712. Kommission jäsenet katsoivat, että ensiksi oli otettava käsiteltäväksi kuninkaan ja pitkämatkaisten asiat, koska muut voivat matkustaa joka ilta kotiinsa eikä käräjillä olo siten tuottanut heille niin suurta vaivaa.[70]

Käsittelyn nopeuttamiseen tähtäsi myös se, että asianosaiset velvoitettiin joko suullisesti tai kirjallisesti esittämään kaikki todisteensa, perusteensa ja asiakirjansa jo ensimmäisessä oikeusasteessa. Vetorahan maksamiselle esitettiin kahden päivän miettimisaika.[71] Kantaja ja vastaaja määrättiin heti esittämään kaikki perusteensa ja todisteensa. Vastaajan piti esittää yhdellä kertaa ensimmäisen oikeudenkäynnin aluksi myös kaikki seikat, jotka hänen mielestään estävät prosessin (exceptiones peremptoriae ja dilatoriae). Tällä ilmeisesti ajateltiin saksalaisen eventuaaliperiaatteen tyyppistä sääntöä.[72] Nämä säännöt eivät

68. Sjögren I, 495-497, 501. Vuonna 1712 lakikommissio keskusteli uudestaan myös yksipuolisia tuomioita koskevasta säännöksestä. Useat kommission jäsenet, mm. Cronhielm, pitivät kohtuuttomana vastaajan tuomitsemista yksipuolisesti heti ensimmäisillä käräjillä ja tämän tuomion menemistä saman tien ulosottoon. Kiinteän omaisuuden ulosmittauksen arveltiin aiheuttaneen paljon sekaannusta silloin, kun vastaaja pääsi vasta seuraavilla käräjillä osoittamaan laillisen esteensä.

69. OK 12:3 sisältää yksipuolista tuomiota koskevan säännön, jonka mukaan tuomioistuin voi tuomita asiassa, jos 'totuus siinä voidaan selvittää' (efter thy, som sanning ther i utletas kan). Tämä ilmaisu osoittaa, että yksipuolinen tuomio edellytti näyttöä.

70. Sjögren III, 22.

71. Sjögren III, 475.

72. OK 14:3 määräsi asianosaisia esittämään kaikki perusteensa ja todisteensa heti oikeudenkäynnin alussa, ja OK 16:5 esittämään kaikki väitteet kerralla oikeudenkäynnin alussa.

kuitenkaan käytännössä johtaneet ankaraan eventuaaliperiaatteen käyttöön, vaan prosessin aikana esitettyjä perusteita, todisteita ja väitteitä otettiin käsiteltäviksi lain määräyksistä huolimatta.

Tarpeettomia riita-asioiden ehkäisemisellä perusteltiin myös sellaisen valan vaatimista, jolla riitapuoli vakuutti vilpittömyyttään. Valaa saivat vaatia hovioikeus, laamanninoikeus ja raastuvanoikeus. Tällaisessa muodossa sääntö tuli 1734 vuoden lakiin.[73] Lakikommissio ei halunnut määrätä asianosaisia vannomaan juramentum calumniae-valaa alimmassa oikeusasteessa, koska jokainen arvelee olevansa oikeassa, kunnes hän saa itselleen vastaisen tuomion. Toisin sanoen pahantahtoinen, vastapuolta vahingoittava prosessoiminen katsottiin mahdolliseksi vasta toisessa oikeusasteessa, jolloin tuomiosta vetoava jo tiesi ensimmäisen oikeusasteen olevan toisella kannalla.[74] 1734 vuoden lain 14 lukuun sisältyvä juramentum calumniae, vrångoed, oli vala, jonka ylemmät tuomioistuimet - laamannin- ja raastuvanoikeudet sekä hovioikeudet - saivat vaatia asianomistajalta, joka vetosi ylempään tuomioistuimeen riita-asiassa.[75]

Vuoden 1695 oikeudenkäymisasetuksella pyrittiin rajoittamaan asianosaisten kirjelmien määrää. Etenkin siviiliasioiden käsittely kaupunkituomioistuimissa oli 1600-luvun kuluessa kehittynyt asianosaisten monien kirjelmien vaihtamiseksi, mikä hidasti oikeudenkäyntejä. Nyt kummallekin asianosaiselle haluttiin antaa oikeus esittää kaksi mahdollisimman lyhyttä ja selkeää kirjelmää. Jos joku lykkäsi perusteluidensa esittämistä myöhempään ajankohtaan (esimerkiksi ylempään

73. OK14:9.

74. Lakikommissio pohti myös sitä, olisiko alemmissakin tuomioistuimissa syytä ottaa käyttöön rangaistuksia, jotka pelottavat riitapuolia turhasta prosessoimisesta, poena temere litigantium. Päätettiin kuitenkin olevan parasta antaa vain korkeimman tuomioistuimen ja hovioikeuksien käyttää tällaisia, koska kokemattomat tuomarit voisivat käyttää niitä liikaa ja yksinkertaiset ihmiset pelästyä rangaistuksen mahdollisuutta. Sjögren III, 36.

75. OK 17:9 antoi lakikommission kannan mukaisesti oikeuden tämän valan vaatimiseen kaikille muutoksenhakuasteille, mutta myöhemmin se kuului vain hovioikeuksille. Juramentum calumniae l. wrångoeden oli käytettävissä vain siviilijutuissa. Asianosaiset eivät itse saaneet sitä pyytää, vaan sen määräsi oikeus. Vala voitiin vaatia sekä asianosaiselta että valtuutetulta. Näiden piti vannoa kaiken tietonsa mukaan pitävänsä asiaa oikeudenmukaisena, 'ej annat vet och förstår, än att han hafver en rättvis sak, och att han den ej drifver af arghet och illvilja' eikä käytä tietoisesti valhetta ja viekkautta, 'veterlig osanning eller list', tai yritä pitkittää tai hämärtää asiaa tai salata mitään, mikä palvelee asian oikeata valaisemista. Jos asianosainen ei voinut tehdä valaa, hän menetti asian, ja jos valtuutettu ei voinut sitä tehdä, hän ei voinut enää esiintyä valtuutettuna, OK 14:9 ja 10.

oikeusasteeseen), hänen oli maksettava sakkoa.[76] 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaareen sisältyi lopulta säännös, jonka mukaan alioikeuksissa yleensä sallittiin kummallekin asianosaiselle vain yksi kirjelmä.[77]

Oikeudenkäynnissä esitettävien kirjelmien määrän rajoittaminen tähtäsi nimenomaisesti oikeudenkäynnin nopeuttamiseen. Uudistuksen tavoitteena ei ollut itseisarvoisesti lisätä suullisuutta oikeudenkäynnissä. Suullinen käsittely oli järjestettävä vain, jos jompi kumpi asianosaisista tai tuomioistuin piti sitä tarpeellisena. Yleinen käsitys ruotsalaisten lainoppineiden keskuudessa näyttää pikemminkin olleen se, että kirjallinen prosessi johtaa varmemmin totuuden selvittämiseen kuin suullinen. Tällä kannalla olivat lainvalmistelijatkin. Esimerkiksi Svean hovioikeus katsoi Oikeudenkäymisasetuksesta antamassaan lausunnossa, että oikeudenkäynti kirjallisesti etenee paremmin, selkeämmin ja varmemmin kuin suullisesti, 'bättre, liusligare och säckrare skee kan, än medels många mundteliga conferencer'. Suulliset kokoontumiset ovat vaarallisia, 'äfwentyrliga', koska usein asianosainen kieltää sanomansa, kun taas se, mikä on kerran kirjoitettu, jää pysymään eikä sitä voida vetää takaisin. Muutoksenhakijoiltakaan ei pitäisi ottaa pois oikeutta useampien kirjelmien vaihtoon. Sen sijaan suullinen käsittely on monissa asioissa tarpeeton, jos asianosaiset itse eivät itse välttämättä halua.[78]

Lakikomission keskusteluissa pormestari *Törne*[79] huomautti suullisesta kuulemisesta, 'conférence', seuraavan ongelmia sekä pöytäkirjanpitäjälle että oikeudelle, koska asianosainen saattaa riitauttaa pöytäkirjan. On parempi sallia asianosaisten esittää useampia kirjelmiä. Asessori *Hylten* huomautti, että moni asianosainen jättää perustelujensa esittämisen suulliseen kuulusteluun. Asetukseen päätettiin lisätä määräys, jonka mukaan asianosainen saa pyytää suullista kuulustelua ja oikeus katsoa, onko hänellä jotakin uutta ja tarpeellista esitettä-

76. Oikeudenkäymisasetus, IV pykälä.
77. Ok 14:1.
78. Sjögren I, 488-489.
79. Juuri pormestari Michel Törnen tehtäväksi annettiin lakikommission ensimmäisessä työnjaossa valmistella raastuvankaari, Ylikangas 1985. Erillistä raastuvankaarta ei kuitenkaan sisälly 1734 vuoden lakiin, vaan raastuvanoikeutta koskevat määräykset annetaan oikeudenkäymiskaaressa.

vää.[80] Jos suullinen kuulustelu järjestettiin ja asianosainen jäi siitä pois, oli hänen maksettava poissaolosakko.[81]

Nekin 1700-luvun alun lainoppineet, jotka puolustivat suullista menettelyä - etenkin Petter *Abrahamsson*[82], mutta jossakin määrin myös David *Nehrman* - eivät niinkään ajatelleet suullisen menettelyn edistävän totuuden selvittämistä. Suullista menettelyä pidettiin parempana sen vuoksi, että siinä voitiin välttää tarpeettomia mutkia ja nopeuttaa prosessin kulkua.

Vuoden 1695 oikeudenkäymisasetuksessa määrättiin käytettäväksi kirjallista haastetta kemnerinoikeuksia lukuun ottamatta. Haasteajan pituus määrättiin riippuvaiseksi siitä, missä haastettava asuu oikeudenkäyntipaikkaan nähden. Esimerkiksi Ruotsin ja Suomen välillä haasteajaksi määrättiin kolme kuukautta, mutta samassa kaupungissa asuvalle oli haasteaika sekä kemnerin- että raastuvanoikeuteen lyhyt. Haastetta koskeva oikeudenkäymiskaaren 11 luku salli suullisen haasteen vähäisissä asioissa, jotka eivät koskeneet maata tai taloa. Kirjallisen haasteen antoi tuomari, eikä asianosainen voinut itse toimittaa sitä vastapuolelle. Rikosasiassa oli vastaajan tultava oikeuden käskystä heti vastaamaan, ja jos hän ei sitä tehnyt, voi kruunun tai oikeuden palvelija noutaa hänet oikeuteen.[83]

1600 luvulla asianajon yleistyessä siihen kohdistuva virallinen kontrolli kasvoi. Svean hovioikeuden ohjesääntö ja mietintö vuodelta 1656 määräsivät hovioikeudessa asianajoa harjoittavat hakemaan hovioikeudelta toimiluvan ja vannomaan valan. Vuonna 1688 Svean hovioikeus esitti kuninkaalle, että asianajo oli annettava luvansaaneiden asianajajien yksinoikeudeksi; tämän uudistuksen oli määrä nopeuttaa oikeudenkäyttöä. Kuningas antoi kysymyksen asianajomonopolin järjestämisestä lakikommission käsiteltäväksi, mutta kommissio ei sitä juuri käsitellyt. Mahdollisesti luvanvarainen yksinoikeus asianajoon tulkittiin taloudelliseen lainsäädäntöön eikä yleiseen oikeuteen kuuluvaksi. Asianajoa koskevia määräyksiä annettiin hovioikeuden ohjesäännössä

80. Sjögren I, 489.
81. Rättegångsstadgan, pr. XIV.
82. Abrahamsson osallistui valtiopäivillä uudesta lakikodifikaatiosta käytyyn keskusteluun. Hän laati vuoden 1731 valtiopäiviä varten lainsäädäntöohjelman. Sen mukaan oikeudenkäyttö ei saa perustua tuomarin mielivaltaan, ja oikeudenkäynnissä pitää välttää pitkityksiä. Hänen lakikommisson ehdotuksille esittämänsä vastaehdotukset eivät saaneet vastakaikua valtiopäivillä. Abrahamsson ehdotti mm. kemnerin- ja laamanninoikeuksien lakkauttamista. Kuylenstierna 1918.
83. OK 2:7.

vuonna 1709.[84] Kuninkaallinen kirje vuodelta 1694 väittää asianajajien aiheuttavan turhia riitoja.[85]

Pia *Letto-Vanamon* mukaan tämä kirje kohdistui sellaisiin asianajon harjoittajiin, jotka toimivat ilman hovioikeuden lupaa.[86] Suomessakin esiintyi 1600-luvulla oikeudenkäynneissä valtuutettuja edustamassa vieraspaikkakuntalaisia päämiehiä. Kruunu, kirkko ja aateli käyttivät usein asiamiehiä, jotka olivat päämieheensä palvelussuhteessa. Varsinaiset asianajajat perivät tyypillisimmin kauppa- tai majamiesvelkoja maaseudun velallisilta. Turun, Porin, Rauman ja Viipurin ympäristöissä vaihdantaan ja rahaan perustuvan talouden leviäminen lisäsi velkomusjuttuja, ja juuri niissä esiintyi asianajajia kauppiaiden toimeksiannosta. Myös Turun kaupungissa valtuutettuja käytettiin luotto- ja kauppasuhteita koskevissa riidoissa.[87]

Asianajajiin kohdistuvan kontrollin tavoitteet liittyvät laajempaan kysymykseen siitä, mitä 'tarpeellisilla' riidoilla tarkoitettiin. Oikeudenkäyntitie oli sääty-yhteiskunnassa niitä harvoja kanavia, joiden kautta erimielisyyden tai tyytymättömyyden ilmaiseminen ylipäänsä oli mahdollista. Eri asetuksissa tarpeeton riitaisuus ja toisen riitapuolen tahallinen vahingoittaminen kuvataan vakaviksi oikeudenkäytön ongelmiksi. Vuoden 1695 oikeudenkäymisasetuksen mukaan 'monia riitoja syntyy ja kasvaa siitä, että asianajajat ja valtuutetut...yllyttävät asianosaisia epäsopuun'. Jos 'asianajajan tai valtuutetun havaitaan johdattelevan jonkun tarpeettomiin riitoihin ja oikeudenkäynteihin tai hänen havaitaan estävän sovintoa asianosaisten välillä, kun hänen pitäisi heitä suostutella yksimielisyyteen, tai jos hän käyttää valheita ja vääryyttä tai ottaa puolustaakseen sopimattomia (oskiälige) asioita, jotka ovat vastoin hyvää ja kristillistä omaatuntoa tai hyviä tapoja', voitiin rangaista sekä päämiestä että valtuutettua. Sekä asianajajan että päämiehen oli allekirjoitettava oikeudelle annettavat kirjelmät - ilmeisesti sen selvittämiseksi, ketkä olivat myötävaikuttaneet asian esilletu-

84. Letto-Vanamo 1989, 40-41, 46-49.
85. Kongl. Bref til alle Hof- och Öfwerrätter angående hämmandet af hwariehanda missbruk med advocerandet på landet. then 20 Mars 1694, Schmedeman 1706, 1367-1368. Käytetyt argumentit ovat samantapaisia kuin Preussin absolutismin asianajon kontrolloimiseen tähtäävissä asetuksissa.
86. Letto-Vanamo 1989, 92.
87. Letto-Vanamo 1989, 257-259.

loon.[88] Juramentum calumniae-vala voitiin määrätä sekä asianosaiselle että hänen valtuutetulleen.

Tällaiset määräykset rajoittavat riita-asioiden tuomista oikeuteen antavat mahdollisuuden rankaista 'sopimattomiin asioihin' ryhtyneitä osapuolia. 'Sopimattomia asioita' saattoivat olla tässä yhteydessä esimerkiksi maanomistus- ja päivätyöriidat, joihin joissakin tapauksissa liittyi kapinanomaisia piirteitä. Oikeustietä käyttävän oli otettava huomioon, että kanteen nostaminen tai ylempään oikeuteen vetoaminen saatettiin tulkita sopimattomaksi, hyvien tapojen vastaiseksi teoksi tai vastapuolen tahalliseksi vahingoittamiseksi, mihin ryhtynyttä voitiin rangaista. Ne tarjosivat mahdollisuuden kontrolloida alempien säätyjen tai etenkin talonpoikien toimintaa.

Asianajajien nähtiin myös edistävän kirjallista menettelyä ja hidastavan oikeudenkäyttöä. Petter *Abrahamsson* esitti kommissiolle muistion, jossa hän puolusti suullista menettelyä ja paheksui kalliiden asianajajien taipumusta hidastaa oikeudenkäyttöä kirjelmillä. Abrahamssonkaan ei pitänyt todennäköisenä, että voitaisiin palata suulliseen, yksinkertaiseen menettelyyn. Abrahamsson ei halunnut Ruotsiin sellaista asianajomonopolia, jota lainvalmistelijat suosivat. Lakikommissio esitti, että tuomioistuimen oli hyväksyttävä asiamiehet, ja että sellaisiksi kelpaisivat vain lainoppineet. Vuonna 1749 annetulla asetuksella määrättiin, että hovioikeuksien ja oikeusrevision asianajajilla tuli olla yliopiston todistus lainopin tiedoista.[89] Määräys ulotettiin vuonna 1801 annetulla kuninkaallisella kirjeellä koskemaan alioikeuksia.[90]

Valtiopäivillä käytiin kiistaa asiamiehen kelpoisuusehdoista, ja aatelin sekä talonpoikaissäädyn vaatimuksesta lainoppineisuusvaatimus ja sitä kautta ammattikuntamonopoli jätettiin pois valtuutetun käyttöä koskevasta oikeudenkäymiskaaren pykälästä.[91] Ylemmät säädyt esittivät asianajoon kohdistuvan kontrollin toimivan talonpoikien hyväksi, koska se varjeli näitä kalliilta riitelyltä. Talonpojat taas pitivät oikeudenkäyntivaltuutetun käyttöön liittyviä rajoituksia ja näille määrättäviä kelpoisuusehtoja keinona estää heitä saamasta mitään apua oikeudenkäynneissä. Kun aatelikin halusi käyttää valtuutettuina omia vou-

88. Rättegångsstadgan par. X.
89. K.F. den 9 mars 1749.
90. K.Br. den 18 maj 1801.
91. OK 15:2.

tejaan, ei alioikeuksissa toimiville asianajajille voitu asettaa pätevyysvaatimuksia.[92]

92. Pia Letto-Vanamon mukaan ero OK 15:2 määräyksen ehdotettu sanamuoto olisi merkinnyt yleisestä oikeudesta käyttää yksittäisissä tapauksissa tuomioistuimissa edustajana ketä halusi. Hyväksytyssä muodossaan säännös sallii käyttää valtuutettuna sitä, johon asianosainen luottaa. Vain yleisesti tai ammattimaisesti asiamiehinä toimivat tarvitsevat oikeuden luvan. Asianajon luvanvaraisuutta ja lainoppineisuutta toivoi porvaristo, sitä vastusti talonpoikaissääty ja osa aatelia. Letto-Vanamo 1989, 125-126.

10.4. Lainoppi ja virka

Viroista käytävä kamppailu kuninkaan ja aatelin välillä oli vapauden ajalle ominaista. Myös Kustaa III:n hallituskauden loppukautta leimasi kiistely viroista. Etenkin 'uusi aateli' ja porvaristo pyrki lisäämään koulutuksen ja taidon merkitystä byrokratiassa meritoiviksi tekijöiksi syntyperän ja varallisuuden sijasta. Tähän kamppailuun liittyy esimerkiksi David Nehrmanin ajama pyrkimys vahvistaa akateemisen lainopin opetuksen asemaa oikeuslaitoksen virkoihin rekrytoitumisessa.

Vuonna 1749 annettu asetus oikeuslaitokseen aikovien tutkinnoista on osoitus tämän pyrkimyksen olemassaolosta, mutta myös sen rajallisista toteutumismahdollisuuksista. Asetuksen mukaan lain- ja siveysopin professori antoi virkaan pyrkivälle todistuksen, jos tämä oli osoittanut omaavansa tiedot roomalaisessa ja kotimaisessa oikeudessa sekä perustiedot teologiassa ja filosofiassa. Vuonna 1766 säädettiin lainopillisten virkamiestutkintojen toimeenpanemisesta ja kiellettiin ottamasta auskultantiksi tai ylimääräiseksi virkamieheksi ketään ilman sen viranomaisen suorittamaa tutkintoa, johon hakija oli pyrkimässä. 1700-luvun lopulla tällaisia virkatutkintoja kuitenkin pidettiin yleisesti vähäisessä arvossa. Yhdistys- ja vakuuskirjan mukaan virkanimitys- ja ylennysperusteet olivat taito, ansio ja koeteltu kansalaiskunto, eikä mistään tutkinnoista tässä yhteydessä puhuttu. Käytännössä nimityksiin vaikutti nimittävän viranomaisen suosio ja ansienniteetti- eli virkaikäperiaate. Virkaiän kartuttamiseksi virastoihin pyrittiin sijoittumaan hyvin nuorina.

Hovioikeudet harjoittivat vain tuomarin viransijaisiin nähden valvontaa, joka korosti tuomareiden ammatillisia valmiuksia. Yhdistys- ja vakuuskirjalla aatelin erityiset muodolliset säätyprivilegiot lopullisesti torjuttiin, mutta edelleen aatelisten epäilemättä käytännössä oli helpompi edetä virkauralla kuin aatelittomien. Matthias Calonius viittasi tähän valittaessaan teoreettisen lainopin heikkoa asemaa Ruotsissa: ei ollut tarvetta pätevöityä lainopin opintojen kautta, kun virkanimitykset perustuivat muihin ansioihin.

Virkamiesten itsenäisyys lisääntyi 1700-luvun Ruotsissa myös sen vuoksi, että virat muuttuivat haltijoidensa yksityisomaisuudeksi. Muodollisesti nimittävä viranomainen nimitti virkaan sopivan henkilön.

Käytännössä virkanimitysjärjestelmä suureksi osaksi syrjäytyi 1600-luvun lopulta alkaen niin sanotun viranosto- eli akordijärjestelmän tieltä.[93] Akordijärjestelmässä virkamies myi viran seuraajalleen sovitusta akordisummasta ja varmisti samalla itselleen eräänlaisen eläkkeen.[94] Varsinaista eläkejärjestelmää ei ollut. Sotilasviroissa eläke ei ollut vain luvallinen, vaan suorastaan laissa edellytetty oli säädetty, että sotilasvirkoihin tultiin akordin antamisen jälkeen. Akordi voitiin kiinnittää velasta ja siitä voitiin jopa tehdä testamentti.[95] Kirjallisuudessa on tietoja myös tuomarinvirkojen siirtymisestä akordin kautta. 1700-luvun lopulla tuomarinvirkoihin suhtauduttiin 'saavutettuina oikeuksina' yksityisomaisuuteen rinnastuvana etuna.

Aateli rakensi 1700-luvun sotimisen leimaamassa Ruotsin valtakunnassa asemaansa pitkälti sotilasuran varaan. Jo reduktio oli osoittanut 'uuden' aatelin suuren riippuvaisuuden valtion viroista. Vain ylhäisaateli oli kiinnittynyt maanomistukseen, eikä aatelissäätyyn kohoaminenkaan toisaalta ollut 1700-luvulla sidoksissa laajaan maanomistukseen. Säätyläisyyteen noustiin armeijan, kirkon ja hallinnon virkojen kautta. Siviiliviroista tuomarinvirat kuuluivat tärkeimpiin. Siviilivirat olivat aatelin näkökulmasta vähemmän tärkeitä kuin upseerinvirat. Näin oli aivan erityisesti Suomessa asuvan aatelin laita. Yli 90 prosenttia suomalaisista aatelisista virkamiehistä piti 1700-luvulla hallussaan upseerinvirkaa. Myös upseerinvirkojen myyminen akordilla oli yleistä, ja virka rinnastui haltijansa yksityiseen omaisuuteen. Suomalaisen aatelin suuntautuminen sotilasuralle osoittautui sille ongelmaksi, kun Suomi irrotettiin Ruotsista ja liitettiin Venäjään. Toisaalta aatelittomien etenemistä tuomioistuimien ja yliopistojen viroissa voi osaksi selittää sillä, että 1700-luvulla aateli ei ollut ensisijaisesti kiinnostunut siviilipalveluksesta.

93. Palmen, 542-545.
94. Rytkölä 1945.
95. Nordenstreng 1920, 23.

10.5. Lainoppi ja prosessi 1700-luvun Ruotsissa

1700-luvun nimekkäimmät lainopilliset kirjailijat ovat virkamiehiä tai professoreita tai molempia. 1700-luvun alun kirjoittajista näkyvin on Lundin yliopiston pitkäaikainen professori David *Nehrman*, sen loppupuolen lainoppineista taas Turun yliopiston professori Matthias *Calonius*. Nehrman oli kiinnostunut korkeista oikeuslaitoksen viroista, mutta ei päässyt sellaiseen. Calonius toimi Ruotsin Korkeimman oikeuden tuomarina ja Venäjään liitetyn Suomen prokuraattorina - hän vaikutti suomalaisen hallintomallin syntyyn ja juuri prokuraattorinviran perustamiseen. Nehrmanin teoksia käytettiin 1800-luvulle saakka, ja Caloniuksen painettuja luentoja ainakin Suomessa pitkälle 1800-luvulle lainopin opetuksessa. Molemmat lainoppineet pyrkivät opetuksellaan ennen kaikkea kouluttamaan virkamiehiä.

Nehrman kuului jo sosiaalisen taustansakin vuoksi alemman aatelin ja aatelittomien säätyjen piiriin. Hänen sukunsa oli Malmön ulkomaankauppaa harjoittavaa porvaristoa. Nehrman opiskeli lainoppia 1710-luvulla Saksassa ja Hollannissa, mutta hänen opillisen kehityksensä merkittävin vaihe oli oleskelu Hallen yliopistossa. Nehrmanin oma toiminta Ruotsissa muistuttaa Hallen koulukunnan opettajien toimintaa.

Nehrman nimitettiin Lundin yliopiston lainopin professoriksi vuonna 1721 ja toimi tässä virassa kolmekymmentä vuotta kirjoittaen ruotsiksi paljon käytettyjä lainopillisia teoksia. Pääteoksessaan hän lähtee siitä, että lainopin on palveltava valtion ja talouden etua. Omalta osaltaan Nehrman vaikutti kamppailuun viroista ja virkojen pätevyysvaatimuksista vaatimalla juridisen virkatutkinnon aikaansaamista. Tällä hän vaikutti ensimmäisen oikeuslaitoksen virkoihin tulevilta vaadittavia todistuksia koskevan asetuksen aikaansaamiseen.[96] Itse hän ei menestynyt viroista käytävässä kilpailussa. Tämä ei johtunut hänen erityisestä radikaalisuudestaan tai kriittisyydestään hallitusta tai vallitsevia oloja vastaan, sillä Nehrman oli pikemmin status quon puolustaja kuin sen kriitikko. Nehrman aateloitiin vuonna 1746.[97]

---

96. K. F. angående de Studerandes Akademiska Wittnesbörder, som tänka söka sin befordran wid Rättegångswerken, 1749. Asetus ei tuottanut mainittavia tuloksia, Almquist 1946, 195 ss.

97. Aateloituna Nehrman käytti nimeä Ehrenstråle.

Myös Matthias Calonius vaati lainopin opetuksen lisäämistä. Teoreettisen lainopin heikko asema Ruotsissa johtui Caloniuksen mukaan siitä tavasta, jolla julkiset virat oli tapana täyttää. Virkoja täytettiin nepotismin ja viranoston kautta niin, ettei oikeuteen perehtyminen ollut tarpeen. Ruotsalaisen oikeuden rakenne oli myös sellainen, että sitä voitiin soveltaa käytännössä ilman kielitaitoa ja yliopistosivistystä.[98] Calonius itse kirjoitti etupäässä latinaksi.

Nehrmanin lainopin moniin piirteisiin vaikutti hänen opiskelunsa Hallessa.[99] Tärkein Nehrmanin teoksista oli ruotsalaisen siviilioikeuden esitys, Inledning Til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem vuodelta 1729 ja sen myöhempi laitos, jossa vuoden 1734 lain voimaantulo on otettu huomioon.[100] Tätä Nehrmanin teosta käytettiin 1800-luvulle saakka. Nehrmanin Iurisprudentia Civilis on yhdistelmä luonnonoikeutta ja ruotsalaista oikeutta.[101] Nehrman kirjoitti myös vuonna 1732 julkaistun siviiliprosessia käsittelevän teoksen ja sen korjatun laitoksen 1734 vuoden lain voimaantulon jälkeen.[102] Rikosprosessia käsittelevä teos Inledning til Then Swenska Processum Criminalem julkaistiin vuonna 1759. Nämä prosessia käsittelevät teokset ovat tässä yhteydessä kiinnostuksen pääkohteina.

Nehrman kieltää Hallen koulukunnan tapaan roomalaisen oikeuden luonnonoikeutena, jota pitäisi soveltaa sellaisenaan. Ruotsalaiset lait ovat yhtä hyviä kuin roomalaiset, parempiakin, sillä Nehrmanin

98. 'Missä virkoja annetaan laiskureille, oikeuteen perehtymättömille jne. jonkin synnynnäisen etuoikeuden tai suojelijain vaikutusvallan tai erilaisten vielä sopimattomampien suositusten perusteella tai suoritettua maksua vastaan ja niin edelleen, siellä nuoret miehet tottuvat tavoittelemaan julkisia virkoja näillä erilaisilla väärillä tavoilla ja vieraantuvat tieteellisistä opinnoista', Calonius 1946,, 23-24. Viran myyminen ns. akordisopimuksella oli 1700-luvun Ruotsissa yleistä, ja menettely jatkui Suomessa 1800-luvun puolella.

99. Tärkein Hallen lainoppineista oli Christian Thomasius, saksalaisen valistuksen merkittävä hahmo, skolastiikan ja inkvisitioprosessin, erityisesti kidutuksen vastustajana tunnettu lainoppinut. Thomasius vaati valistuksen julkisuusihanteen mukaisesti kotimaisen oikeuden esittämistä kotimaisella kielellä, saksaksi. Thomasiuksen lisäksi Hallessa opetti mm. J. F. Ludovici, joka oli ensisijaisesti prosessin tuntija. Ludovici kirjoitti Hallen koulukunnan hengessä saksaksi prosessioikeudellisia oppi- ja käsikirjoja, jotka vaikuttivat Nehrmanin prosessia koskeviin käsityksiin.

100. Then Swenska Jurisprudentia Civilis efter Sweriges Rikes År 1734 Antagna Lag Förbättrad vuodelta 1746.

101. Björne 1987, 27-28.

102. Myöhempi laitos Inledning til then swenska processum civilem, efter Sweriges Rikes Lag och Stadgar författad, samt nu ånyo öft och förbättrad ilmestyi vuonna 1751.

mukaan juuri ruotsalaisen oikeuden säännöt perustuvat luonnonoikeuteen. Nehrman perustaa käsityksensä oikeudellisten vaikutussuhteiden suunnasta ruotsalaiseen suurvalta-ajan historiankirjoitukseen, jonka mukaan kulttuuriset vaikutteet ovat kulkeneet Ruotsista muuhun Eurooppaan eikä päin vastoin. Siten Nehrmanille oli luonnollista johtaa latinan termejä ruotsalaisista ja pitää ruotsalaista oikeutta paremminkin oikeutettuna luonnonoikeuden asemaan kuin roomalaista. Kuten monet absolutismin ajan rationaalisen luonnonoikeuden kannattajat Euroopassa myös Nehrman vastusti roomalaisen oikeuden käsittämistä luonnonoikeudeksi. Käytännössä Nehrman käytti roomalaisen oikeuden periaatteita laintulkinnan lähtökohtina, mutta tulkitsi ne luonnonoikeudellisiksi.[103]

Maantavalla oli Nehrmanin mukaan merkitystä lähinnä talousoikeudessa, ja silloinkin kysymys on yleensä hallitsijan hiljaisesta hyväksymisestä. Lars *Björnen* mukaan esivallan hyväksyminen on Nehrmanin tavanomaista oikeutta koskevan ajattelun punainen lanka. Vain ohimennen hän mainitsee tavan kohtuullisuuden ja säännöllisyyden merkityksestä. Calonius käsittelee tavanomaista oikeutta samaan tapaan kuin Nehrman: tavanomaisen oikeuden pätevyys edellyttää tavan järkevyyttä, pysyvyyttä, lainsäätäjän konkludenttista hyväksymistä ja sitä, ettei tapa ole kirjoitetun lain vastainen.[104]

Calonius korosti alamaisten velvollisuutta noudattaa lainsäätäjän säätämiä lakeja, mutta samalla hän ajatteli ihmiselle kuuluvan lainsäädäntövallan aina olevan luonnonoikeudellisesti rajoittunut. Lainsäätäjällä on valtion (yleensä implisiittisen) perustamissopimuksen mukaisesti valta alistaa alamaisten yksityiset tahdot yhden, yhteistä etua toteuttavan (hallitsijan, valtion) tahdon alaiseksi. Samalla Jumalalla on valta velvoittaa luojanomistukseensa kuuluva luomakunta noudattamaan omia lakejaan, eikä valtion lailla voi syrjäyttää luonnonoikeuksia. Valtiota ja kansalaisia yhdistävien oikeuksien ja velvollisuuksien luonne on erilainen kuin ihmisiä yhdistävässä oikeudessa. Julkinen oikeus käsittää osaksi ehdottomia luonnon lakeja, mutta myös hallitsijan harkinnan varassa olevia lakeja, jotka vaihtelevat sisällöltään Montesquieun esittämällä tavalla - hallitusmuodon, ilmanalan, elinkeinojen, alamaisten luonteen ja muiden seikkojen mukaisesti. Ne muuttuvat ra-

103. Tässä Nehrman toimi samalla tavalla kuin Christian Thomasius. Kleinheyer ja Schröder 198, 292.
104. Björne 1991, 72-73.

tionaalisilla perusteilla. Välttämätön, luonnonoikeuteen perustuva julkinen oikeus ei sen sijaan muutu.[105]

Lakia voi tulkita lainsäätäjä autenttisesti, tuomari oikeudellisesti ja lainoppi 'neuvoa antavasti'. Tulkinnan sääntöjen suhteen nämä eivät eroa toisistaan. Lainsäätäjän tulkinta on kuitenkin varma, koska hänellä on lakien ja niiden ration täydellinen tuntemus. Lisäksi lainsäätäjä voi korjata laeissa havaitsemansa virheet, joten hänellä on suurempi valta kuin tuomarilla.[106]

Roomalaisen oikeuden asema oli 1734 vuoden lain valmistelun aikaan läpikäynyt muutoksen. Stig *Jägerskiöldin* mukaan säädetyn, kirjoitetun oikeuden merkitys kasvoi, tavanomaisen ja vieraan oikeuden merkitys väheni. Karoliininen yksinvaltius ei suosinut sellaista vapaata 'oikeuslähdeoppia', joka olisi tehnyt mahdolliseksi ei vain Ruotsin kuninkaiden lakien vaan kaikenlaisen vieraan oikeuden soveltamisen. Kaarle IX neuvonantajineen ajoi tiukempaa pitäytymistä säädettyyn lakiin. Tämä ei estänyt uuden oikeuden muodostumista tuomioistuinkäytännössä, mutta kirjoitetun lain merkitystä ja tuomioistuimien velvollisuutta pyytää lain selvennys epävarmoissa tapauksissa korostettiin. Kuningas määräsi hovioikeudet pyytämään kuninkaalta tulkinnan epäselvissä tapauksissa vuonna 1684 Svean hovioikeudelle osoittamassaan kirjeessä.[107]

Valtasuhteiden muutos ylhäisaatelin vahingoksi ja virka-aatelin eduksi ilmeni myös siinä, että tietyt roomalaisen oikeuden opit menettivät merkitystään. Erityisesti feodaalisen saksalais-roomalaisen oikeuden jaetun omistusoikeuden oppia ja yleensä luonteeltaan feodaalisia instituutioita oli omaksunut Ruotsin ylhäisaateli, kun taas alempi aateli ja aatelittomat oppineet vastustivat niitä. Valtasuhteiden muutos aatelin sisällä alemman aatelin hyväksi heikensi siten saksalais-roomalaisen oikeuden vaikutusta. Nehrman kuului jo sosiaalisen taustansakin vuoksi alemman aatelin ja aatelittomien säätyjen puolelle.

Usein korostetaan oikeudenkäytön lakisidonnaisuuden lisääntyneen 1734 vuoden lain vahvistamisen jälkeen. Oikeudenkäymiskaaren mukaan tuomarin oli vannottava tuomitsevansa Jumalan ja Ruotsin lain sekä laillisten asetusten mukaan.[108] Roomalaisen oikeuden vastus-

105. Calonius 1946, 3,6.
106. Calonius 1946, 80-81.
107. Jägerskiöld 1963, 101-110.
108. OK 1:7.

tajat vetosivat erityisesti kieltoon, jonka mukaan ei saa tuomita vieraan maan lain mukaan; roomalainen oikeus oli vieraan maan lakia. Toisaalta luonnonoikeudellisille tulkinnoille jäi sijaa sekä jumalallisen että Ruotsin lakien kautta. Lisäksi tuomarin tulee tutkia tarkoin 'lain oikea tarkoitus ja peruste' ja tuomita niiden eikä oman mielivaltansa mukaan.[109] Maantavan mukaan tuomari saa tuomita, jos se ei ole kohtuuton ja jos kirjoitettua lakia ei ole.

Roomalaisen oikeuden merkitys heikkeni nimenomaisesti 'oikeuslähdeopissa'.[110] Sen sijaan lainopin systematiikan kehittämisessä sen merkitys pikemminkin kasvoi. Nehrman tosin luopui siviilioikeuden esityksessään roomalaisen yksityisoikeuden mukaisesta esityksestä. Calonius rakensi oman esityksensä roomalaisen oikeuden systematiikan mukaisesti. Nehrmankin käyttää mannermaista doktriinia hyväkseen. Tämä menettely johtaa siihen, että suuri osa hänen esitystään perustuu viime kädessä roomalaiseen oikeuteen, vaikka hän itse pitää esitettyjä periaatteita ja oikeuslauseita luonnonoikeudellisina.

Nehrmanin siviilioikeuden esityksen sopimusopin on katsottu vastaavan Hugo *Grotiuksen* ja Samuel *Pufendorfin* esityksiä. Omistusoikeutta koskevissa käsityksissään Nehrman torjuu opin jaetusta omistusoikeudesta. Omistusoikeutta koskevissa kysymyksissä Nehrmanin esikuvana on pidetty Hallen yliopiston N. H. *Gundlingia*.[111] Siviilioikeuden johdantonsa ensimmäisessä laitoksessa Nehrman käsittelee historiallisia lakeja ja asetuksia ja arvioi, mikä niistä edelleen on voimassa. Nehrmanin mukaan on selvitettävä historiallisesti, missä suhteessa ruotsalainen oikeus on eri kannalla kuin ulkomainen oikeus. Nehrmanin mukaan ratio legis määräytyy monin tavoin: kansan olemuksen, asian luonnon, luontaisen oikeudenmukaisuuden tai yleisen hyvän kautta. Lain tulkinta, Jurisprudentia Exegetica, osoittaa lain tarkoituksen selvittämällä vanhoja ja käytöstä jääneitä sanontoja, niiden alkuperää, tyyliä ja kirjoitustapaa ja lain perustaa vanhoista asetuksista. Uusille

109. OK 1:11.

110. Oikeuslähdeopista puhuminen 1700-luvun lainopin yhteydessä on anakronistista. Saksassa oikeuslähde-termi nykyisessä merkityksessä esiintyy vasta Gustav Hugon juridisessa ensyklopediassa. Pohjoismaisessa juridisessa kirjallisuudessa oikeuslähdeopista puhutaan laajemmin vasta 1800-luvun puolivälistä alkaen. Björne 1991, 18-22.

111. Almqvist 1946, 33 ss. Gundling kuului Thomasiuksen oppilaisiin; hän pyrki esittämään oikeudellista historiaa realistisella tavalla. Kleinheyer ja Schröder 1983, 330.

polville opetettava lainoppi, Jurisprudentia Didactica, on synteettistä ja sisältää oikeudelliset periaatteet, käsitteet ja dogmit.[112]

Kun Nehrman esittää lainopin periaatteiden ja dogmien liittyvän sen didaktiseen tehtävään, hän samalla osoittaa liittyvänsä niihin aikansa eurooppalaisiin lainoppineisiin, joiden mielestä oikeuden systeemi oli laadittava vakiintuneiden dogmien välittämiseksi uusille lainoppineiden sukupolville. Nehrman ei puhu oikeuden systeemistä tieteellisesti perusteltuna kokonaisuutena ja siinä mielessä modernin tieteellisen systeemin merkityksessä. Hän systematisoi esityksensä esittääkseen lainopin vakiintuneen koosteen opetuksen tarkoituksiin parhaiten soveltuvalla tavalla. Nehrmanin Jurisprudentia Didactica välitti eurooppalaiseen lainoppiin vakiintuneita käsitteitä, periaatteita ja dogmeja opetuksen kannalta tarkoituksenmukaisena koosteena myös prosessimenettelyä esitellessään, vaikka Nehrman itse korostikin menettelyn ruotsalaista omaperäisyyttä.

Yksityis- ja julkisoikeuden eron Nehrman esittää niin, että julkisoikeus määritellään hyvin kapeasti. Nehrmanin mukaan julkista on se, mitä jää jäljelle, kun riitajutut, rikosjutut ja yleistä taloutta koskevat jutut luetaan pois.[113] Yksityisoikeuteen kuuluvat sekä riita- että rikosasiat.[114] Lisäksi oikeus jakaantuu aineelliseen ja prosessuaaliseen oikeuteen. Nehrmanin käsitys aineellisen ja prosessioikeuden suhteesta on tässä suhteessa kiinnostava. Nehrman yhdistää aineellisen oikeuden ja teoreettisen lainopin ja toisaalta prosessioikeuden ja käytännön lainopin toisiinsa. Nehrmanin mukaan Jus Constitutum osoittaa, mitä kullekin kuuluu, ja Jus Processuale, miten sitä voidaan hakea ja toteuttaa. Teoreettinen lainoppi osoittaa, mitä kullekin oikeuden mukaan kuuluu, mutta käytännöllinen, miten sitä pitää lain mukaan hakea. Teoreettinen lainoppi esimerkiksi kertoo, miten lain rikkomisesta pitää rankaista, mutta käytännöllinen sen sijaan, miten rikoksentekijää pitää kuulustella, miten on tutkittava onko hän tehnyt rikoksen vai ei ja miten hänen kanssaan on meneteltävä. Teoreettinen lainoppi opettaa, mitkä testamentit ovat laillisia, käytännöllinen taas, miten laitonta testamenttia voi oikeudessa moittia.[115] Teoreettinen lainoppi on Nehr-

112. Nehrman 1729, 6-8.
113. Nehrman 1756, II:7, 14.
114. Nehrman 1751, 24.
115. Nehrman 1751, I luku.

manille lakikirjan ja luonnonoikeuden tuntemusta, käytännöllinen taas tietoa siitä, miten oikeutta toteutetaan prosessoimalla.

Myös tämä käsitys vastaa saksalaisessa lainopissa 1700-luvun lopulle saakka vallitsevaa kantaa. Roomalaisen oikeuden peruslähtökohdan mukaisesti aineellista oikeutta ei voinut erottaa sen toteuttamisesta prosessimenettelynä. Prosessimenettelyn ulkoinen kulku voitiin irrottaa tästä teoreettisesta tiedosta, yhdistää lain tulkintaa ja soveltamista koskeviin oppeihin ja esittää käytännöllisenä lainoppina. Oikeudenkäyntimenettelyn säännöt voitiin myös oppia käytännön kautta, kuten Ruotsissa yleensä auskultoinnissa tapahtuikin. Prosessia käsittelevä kirjallisuus muodostui eräänlaisista tuomarin käsikirjoiksi ajatelluista teoksista.

Nehrmanin mukaan lainoppineen pitää osata sekä teoria että käytäntö, ja oikeustieteen professorin on tunnettava teoriaa enemmän kuin muiden. Nehrman syyttää akateemisen lainopin mieltymystä roomalaiseen oikeuteen siitä, että teoreettiset opinnot eivät ole kiinnostaneet virkamiehiksi aikovia. Käytännöllistä lainoppia on jouduttu opiskelemaan vain tuomioistuimissa. Kuitenkin tuomarin on Nehrmanin mukaan osattava myös teoriaa, koska pelkkä oikeudenkäytön tuntemus ilman teorian tukea tuottaa 'harvoin muuta kuin Rabulistin', joka ei tiedä, mikä on oikein tai väärin.[116] 'Käytännöllinen lainoppi' viittaa tässä prosessioikeudellisiin oppeihin ja oikeuden käyttämistä koskevaan teoriaan,[117] Käytännölliseen lainoppiin luettiin tavallaan tuomarinohjeista avautuva alue: oppi siitä, miten oikeuksia ja velvollisuuksia koskevaa oppia on sovellettava käytäntöön.[118]

Lainoppi 'subjektiivisesti katsottuna' on Caloniuksen mukaan kyky tulkita ja soveltaa lakeja. Lainsäätäjän inhimillisen vajavuuden ja asian luonnon vuoksi ei aina ole selvä, mikä on lainsäätäjän todellinen intentio. Lainsäätäjän tarkoitus on tutkittava loogisesti. Lain sanat voivat olla epäselvät ja vaatia kielellistä tulkintaa. Laki voi joihinkin tapauksiin sovellettuna tuottaa kohtuuttoman tuloksen, tai se ei kata kaikkia tapauksia, joita varten tarvittaisiin ratkaisu. Rationaalisella tulkinnalla voidaan korjata näitä puutteita. Kummassakin tapauksessa tul-

116. mt., I luku, erit. 7, 8 ja 11 pykälät.
117. Tämä vastaa 1700-luvun saksalaisen lainopin käsitystä käytännöllisestä lainopista, ks. edellä sivu 276.
118. Saksassa tähän liittyi myös porvarillisten oikeustoimien tekemistä käsittelevä oppi sekä asianajajan toimintaa koskeva oppi.

kinta on johdettava lain ratiosta. Oikeuden soveltaminen etenee Caloniuksen mukaan loogisen syllogismin muodossa. Laki on siinä ensimmäinen premissi, tutkittava tapahtuma toinen, ja päätelmä on lain soveltaminen tapahtumaan.[119] Lain tulkinta ja sen soveltaminen ovat yhtä siinä, että lakien oikean sisällön voi käsittää vain suhteessa tapahtumiin. Lain tulkinta eroaa sen soveltamisesta siinä, että se voi käsittää myös hypoteettisia tapauksia.[120]

Caloniuskaan ei erota prosessioikeutta aineellisesta oikeudesta moderniin tapaan erilliseksi oikeussysteemin osaksi. Caloniuksen tieteellinen työ on monessa suhteessa 'modernin rajalla'. Hän argumentoi toisaalta luonnonoikeudellisin argumentein ja siteeraa mm. Samuel *Pufendorfin* ja Hugo von *Wolffin* käsityksiä. Toisaalta hän viittaa myös *Montesquieu*'hön ja korostaa lisäksi positivismiin viittaavalla tavalla valtiollisen oikeuden asemaa. Nehrmankin korostaa etenkin 1734 vuoden lain jälkeisissä teoksissaan alituomarin velvollisuutta tuomita 'kuningas Fredrikin lakikirjan' mukaan. Sen sijaan ylemmät oikeudet voivat etsiä argumentteja luonnonoikeudesta ja kohtuudesta.

Yksityisten keskinäisiä oikeuksia ja velvollisuuksia sääntelee yksityisoikeus, joka koskee joko kaikkia kansalaisia tai sitten vain määrätyn aseman tai erityisten seikkojen perusteella joitakin heistä. Yksityisoikeus jakaantuu vastaavasti yleiseen ja erityiseen osaan - yleinen yksityisoikeus koskee kaikkia. Ruotsin 1734 vuoden laki käsittää Caloniuksen mukaan lähinnä tällaista yleistä yksityisoikeutta. Erityisellä yksityisoikeudella Calonius viittaa privilegioiden ja erityisten säätykohtaisten normien joukkoon. Yksityisoikeus käsittää hänen mukaansa myös rikosoikeuden ja jakaantuu siten siviili- ja rikosoikeuteen. Näistä kumpikin käsittää Caloniuksen mukaan sekä aineellisen että prosessioikeuden.

Näin myös Caloniukselle laajasti käsitetty yksityisoikeus käsittää sekä siviili- ja siviiliprosessioikeuden että rikos- ja rikosprosessioikeuden. Samoin kuin Nehrman Caloniuskin katsoo teoreettisen lainopin selittävän totuudet, oikeudet ja velvollisuudet soveltamatta niitä tosiseikkoihin. Käytännöllinen lainoppi taas soveltaa teoreettisen lainopin selvittämät totuudet tosiseikkoihin. Sitä tapaa, jolla tämä on tuomiossa tehtävä nimitetään Caloniuksen mukaan oikeudelliseksi prosessiksi. Yleisen yksityisoikeuden tuntemus on siviili- ja rikosprosessin tunte-

119. Calonius 1946,, 83.
120. Calonius 1946, 75-85.

muksen pohja. Juuri sen vuoksi lainopin opiskeluksi ei riitä oikeuskäytännön tai käräjien seuraaminen, vaan on perehdyttävä itse oikeuden periaatteisiin. Käytännön kautta opittu lainoppi ei auta ratkaisemaan uuden tyyppisiä tapauksia, joissa perusteet johdetaan lain hengestä ja luonnonoikeudesta.[121] Tästä syystä lainoppi on yliopistollinen oppiaine.

Calonius näkee lainopin kohteen olevan oikeuksien ja niitä vastaavien velvollisuuksien verkosto, jossa kaikki oikeudet saavat alkunsa henkilöstä, esineestä tai mahdollisuudesta vaatia sitä, mitä muut ovat velvolliset meille tekemään - siis hakemaan oikeuttamme tuomioistuimessa. Lainopin systeemi rakentuu Caloniuksella siten roomalaisen oikeuden Institutiones-kaavan mukaisesti henkilöiden, esineiden ja kanteiden kolmijakoon, ja Calonius paheksuu Nehrmania, joka oli luopunut tästä systematiikasta.[122]

Hannu Tapani *Klamin* mukaan Caloniuksen suhdetta positiiviseen ja luonnonoikeuteen kuvaavatkin parhaiten tämän lainopin kohdetta käsittelevät esitykset. Caloniuksen mukaan oikeudet ja niitä vastaavat velvollisuudet kattavat lainopin koko alueen. Systemaattisessa mielessä Calonius jakaa oikeuden henkilöihin, esineisiin ja kanteisiin, mutta esine-käsite tarkoittaa oikeuksia ja velvollisuuksia. Esivaltiollisessa tilassa ei ole oikeuksia ja velvollisuuksia, ja luonnontilassa vallitsee kaikkien synnynnäinen yhdenvertaisuus. Samalla puuttuvat valtasuhteet ihmisten välillä. Valtiollisen vallan synty on Caloniukselle keskeinen elementti, sillä tasa-arvoiseen hyödyllisyyteen perustuva teleologinen tekojen arviointi ei valtiossa riitä.[123] Calonius alistaa yksilön näkökohdat johdonmukaisesti yhteisen edun alaisuuteen. Hänelle luonnolliset oikeudet jakautuvat luovuttamattomiin ja vapausoikeuksiin, joista vapausoikeuksia voidaan supistaa valtion tarkoitusperien edellyttämällä tavalla.

Olennaisessa suhteessa Calonius oli samalla kannalla kuin Nehrman: prosessi on menettelyä, jolla 'sinun ja minun' voidaan erottaa toisistaan ja toteuttaa. Se jää Caloniuksellakin tärkeissä suhteissa oikeudellisen systematisoinnin ja teoretisoinnin ulkopuolelle. Nehrman ei itse asiassa halua lisätä prosessimenettelyn akateemista opiskelua, jos se lisäisi saksalais-roomalaisen yleisen oikeuden mukaisten prosessin

121. Calonius 1946, 19.
122. mt., 86.
123. Klami 1982.

sääntöjen merkitystä Ruotsissa. Hän varoittaa lukijoita erityisesti ulkomaisen prosessilainopillisen kirjallisuuden vaarallisuudesta siinä mielessä, että se perustuu monimutkaisempaan prosessimenettelyyn kuin Ruotsissa käytetty - menettelyyn, jota Nehrman ei halua levitettävän Ruotsiin.

Prosessioikeus ei sovi siihen lainopin kokonaisesitykseen, jota Calonius siviilioikeuden luennoissaan esittää. Prosessioikeus ei muodostu oikeuksista ja velvollisuuksista, jotka voitaisiin pitää erillään aineellisen oikeuden käsittämistä. Prosessioikeuden keskeisiä periaatteita ovat Caloniuksen mukaan pyrkimys aineelliseen totuuteen, se, että tekoa seuraa tuomio ja että tuomio pannaan täytäntöön. Calonius katsoo tuomiovallan siirtyvän yhteiskuntasopimuksen kautta valtiolliselle esivallalle. Siviiliprosessia koskevat luennot esittelevät oikeudenkäynnin asianosaiset ja siinä noudatettavan menettelyn. Siviiliprosessissa on kysymys oikeuksista ja velvollisuuksista, mutta sen sijaan rikosprosessissa teon oikeudenmukaisuuden arvioimisesta.

Lakikodifikaation voimaantuloon mennessä Ruotsissa annettiin suuri määrä prosessimenettelyä koskevia erikoislakeja, joiden yleensä katsottiin jääneen voimaan myös 1734 vuoden lain voimaantulon jälkeen. Toisaalta lait ja asetukset, myös 1734 vuoden oikeudenkäymiskaari, ovat sanonnaltaan hyvin niukkoja ja edellyttävät itse asiassa tietoa siitä, miten oikeuksissa käytännössä meneteltiin. 'Käytännöllinen lainoppi' ei pyrkinyt esittämään prosessioikeutta lainopillisen systeemin johdonmukaisena osana. Sen sijaan se ohjasi tuomaria (tai muita oikeudenkäyntiin osallistuvia) toimimaan oikeudellisen käytännön edellyttämällä tavalla. Lainopillinen kirjallisuus avaa tässä suhteessa näkymän myös siihen, miten ruotsalainen oikeudenkäyttö suhteutui ajan eurooppalaiseen ja etenkin saksalaiseen prosessiin.

10.6. Siviili- ja rikosprosessi 1734 vuoden lain mukaan

Oikeudenkäymiskaaressa ei ole systemaattisesti esitetty eri sääntöjä siviili- ja rikosasioita varten, vaikka näiden asiatyyppien käsittely oli vahvasti eriytynyt lakia säädettäessä. Siitä, mistä oikeudenkäymiskaaressa ei mainita saa käsityksen ajan lainopillisesta kirjallisuudesta, ennen kaikkea David Nehrmanin teoksista. Nehrmanin teokset kertovat siitä, mistä oikeudenkäymiskaari ei anna sääntöjä: tuomarin toiminnas-

ta, oikeudenkäynnin kulusta ja menettelytavoista. Näiden perusteella ruotsalaisen oikeudenkäynnin omaleimaisuus tai yleiseurooppalaisuus on helpommin arvioitavissa.

David Nehrmanin esitys ruotsalaisesta prosessista ei ainakaan pyri korostamaan sen yhtymäkohtia saksalais-roomalaiseen prosessiin. Nehrmanhan päin vastoin kuuluu siihen lainoppineiden joukkoon, joka torjui roomalaisen oikeuden käyttämistä oikeuslähteenä. Sekä sosiaalisen että opillisen taustansa vuoksi Nehrman suhtautui myönteisesti kotimaisen ja kielteisesti ulkomaisen, siis ennen kaikkea saksalais-roomalaisen oikeuden aseman vahvistamiseen. Nehrmanin porvarillinen tausta ja hänen siteensä Hallen koulukuntaan johtavat olettamaan, ettei hänen tarkoituksensa ollut ainakaan korostaa vieraita piirteitä ruotsalaisessa oikeudessa. Pikemminkin on syytä olettaa, että Nehrman saattoi esittää 'vieraat' piirteet ruotsalaisessa oikeudessa niukemmiksi kuin mihin käytäntö olisi antanut aihetta.

Nehrmanin prosessioikeuden kommentaarit eivät seuraa 1734 vuoden lain systematiikkaa. Sekä 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaari että Nehrmanin prosessioikeuden teokset noudattavat kuitenkin esitysjärjestystä, jonka näkökulman määrää kihlakunnanoikeuksien keskeisyys. Nehrmanin kommentaariteokset on lähinnä tarkoitettu käytännön juristeille, etenkin alioikeuksien tuomareille. Koska hänen käsityksensä lainopin didaktisista tavoitteista määräsi myös dogmien ja käsitteiden esittämisen tapaa ja prosessioikeuden teosten tavoitteena oli opastaa alioikeuden tuomaria työssään, eteni teosten rakenne tavallaan alituomarin toiminnan mukaisesti. Teoksissa käsitellään lainopin luonnetta, määritellään lyhyesti prosessin tavoite ja siinä esiintyvät henkilöt sekä prosessin eri lajit, pöytäkirjaaminen, kuulusteleminen ja todistelumenettely.

1734 vuoden lain voimaantulon jälkeen kirjoitetuissa teoksissaan Nerhman korostaa tuomarin velvollisuutta noudattaa uutta lakia; tuomarin on 'seurattava kuningas Fredrikin lakikirjaa eikä omaa mielivaltaansa'.[124] Silti Nehrman näissäkin kommentaareissaan viittaa moniin vanhoihin lakeihin ja asetuksiin, kuten vuoden 1615 Oikeudenkäymisprosessiin, vuoden 1695 Sota- ja meriartikloiden oikeudenkäyntimääräyksiin sekä eräisiin muihin erikoislakeihin, joita uuden lakikodifikaation ei siten katsottu kumonneen. Nehrman mainitsee myös, että Olaus

124. Nehrman 1759, I:6, 2.

Petrin tuomarinohjeet olivat edelleen käytössä.[125] Monet 1734 vuoden lakia edeltäneet lait käsitettiin siis erityislaeiksi, joita yleinen laki ei kumonnut. Toisaalta esimerkiksi Sota- ja meriartikloiden määräyksiä sovellettiin myös sen erikoisalueen ulkopuolella, jolle ne oli tarkoitettu - niiden prosessin kulkua määrittävät osat olivat muodostuneet eräänlaisiksi yleislaeiksi.

Oikeudenkäynti tai prosessi tarkoittaa Nehrmanin mukaan joko itse menettelyä tai lain ja asetuksen mukaista tapaa, jonka mukaan voi viedä vastapuolensa oikeuteen tai puolustaa oikeuttaan häntä vastaan. Prosessi on siten keino saavuttaa se varmuus, jonka esivalta on luvannut alamaisille ja saavuttaa, mitä kullekin oikeuden mukaan kuuluu. Laeilla ja asetuksilla esivalta määrää tavan, jonka mukaan riitapuolten on esitettävä asiansa ja tuomarin ja kuninkaan käskynhaltijan ratkaistava ne. Sana prosessi viittaa siten sekä oikeudenkäyntiin että oppiin siitä, miten oikeudenkäynnin on lain mukaan tapahduttava - käytännölliseen lainoppiin.[126]

Oikeudenkäyntiin kuuluvat Nehrmanin mukaan henkilöt, asiat ja tapa (persona, caussa, modus); kaikki prosessin ainekset voidaan tiivistää kysymyksiin kuka, keneltä, mitä, miksi, miten, miten pitkään, kenen luona voi ja pitää hakea. *Henkilöitä* oikeudenkäynnissä ovat tuomari, oikeudenpalvelijat, 'ne, jotka oikeuteen menevät' ja heidän valtuutettunsa. Tuomari, oikeudenpalvelijat, riitapuolet ja näiden valtuutetut ovat oikeudenkäynnin päähenkilöt, Personae Principales.[127] Oikeudenkäynnin on täytettävä tietyt vähimmäisvaatimukset, jotta se olisi hyväksyttävissä. Näitä vaatimuksia ei saa jättää täyttämättä summaarisissakaan prosesseissa. Totuuden selvittämiseen vaaditaan välttämättä *narratio facti, responsio, demonstratio, defensio* ja lopuksi *sententia* - toisin sanoen kantajan on selvitettävä jutun faktat, näihin on saatava vastine, faktat on todistettava ja sallittava vastatodistelu, ja sen jälkeen on annettava tuomio. Jos tuomari jättäisi jonkin näistä pois, olisi Nehrmanin mukaan kysymyksessä processus tumultuarius, jota ei siedetä Ruotsissa.[128] Muuten summaarisen ja tavanomaisen prosessin ero ei Nehrmanin mukaan ollut Ruotsissa niin suuri kuin monissa muissa maissa.

---

125. Nehrman 1751, I:17, Nehrman 1759, I:12, 5.
126. Nehrman 1751, II:1-2, Nehrman 1759, I:1, 1.
127. Nehrman 1751, III:1.

Yksityisoikeuteen kuuluvat asiat jakaantuivat Nehrmanille riita- ja rikosasioihin, ja riita-asioita käsiteltiin siviiliprosessissa, rikosasioita rikosprosessissa. Nämä prosessin lajit olivat erilaiset huolimatta siitä, että 1734 vuoden laki ei yleensä antanut niitä varten eri sääntöjä. Rikos- ja riitaprosessi on Nehrmanin mukaan on helppo erottaa toisistaan, koska rikosprosessi liittyy laissa rikokseksi määritellyn teon tutkimiseen.[129] Kuitenkaan ero näiden prosessilajien välillä ei Nehrmanin mukaan ollut niin huomattava kuin esimerkiksi saksalaisessa oikeudessa. Ruotsalainen oikeus antoi tuomarille laajahkon vallan toimia myös siviiliprosessissa. Nehrmanin mukaan tuomarin ja muiden asiaa tutkivien viranomaisten on 'tutkittava totuus, ja tarkkaan selvitettävä mitä on tapahtunut, tutkittava lain oikea perusta ja tarkoitus ja sen mukaan asetettava tehtävänsä'.[130]

Tuomari on Nehrmanille esivallan laillisesti määräämä henkilö, jolla on valta tutkia ja ratkaista ne asiat, jotka esiintyvät heille uskotuissa tuomiokunnissa. Tuomarintoimi on pyhä ja vastuullinen, ja tuomarin onkin osoitettava siihen vaadittavia ominaisuuksia: ennen kaikkea jumalanpelkoa, mutta myös lahjakkuutta ymmärtää ratkaistavat asiat. Tässä Nehrman esittää tuomarin ominaisuudet tuomarinohjeiden perinteen mukaisesti. Nehrman korostaa kuitenkin tuomiovallan valtiollista luonnetta: kukaan ei saa anastaa tuomiovaltaa omavaltaisesti, sillä tuomiovalta on osa esivaltaa. Kun Nehrman kirjoittaa tuomareista, hän tarkoittaa vain ammattituomareita, vaikka toteaakin lautakunnan tuomitsevan kihlakunnantuomarin kanssa. Lautakuntaa ei kuitenkaan mainita tuomareita koskevassa esityksen osassa.

Tuomari on Nehrmanille esivallan edustaja. Toisaalta hän kuitenkin on suhteessa asianosaisiin erotuomari, joka ei saa antaa asianosaisille neuvoja. Hän ei saa kohdella näitä ylimielisesti, vaan hänen on kärsivällisesti kuunneltava, mitä riitapuolilla on sanottavana. Puolueettoman erotuomarin mallin mukaisesti jutut on ratkaistava lain ja

128. Nehrman 1751. Nehrman käyttää tässä luonnonoikeudessa vakiintunutta käsitystä siitä, että prosessin aina tulee sisältää tietyt vähimmäisosat. Näiden väitetään olevan peräisin jo Bartoluksen keskiaikaisista esityksistä. Prosessin 'Naturalia requisita' ovat petitio, citatio, probatio, sententia, personarum titigantium legitimatio. Nörr 1976,6. Nehrman viittaa myös usein Benedikt Carpzovin 1600-luvun kirjoituksiin. Carpzov esitti nämä prosessin välttämättömät osat perusteellisemmin kuin Nehrman, vrt. Nörr 1976, 7.

129. Nehrman 1751, 24.

130. ...'noga skärsåda hwad skedt är, pröfwa Lagens rätta grund och mening, samt här efter inrätta sine giöremål'...Nehrman 1759, I:3, 29.

selvien syiden mukaan, ja oikeutta annettava asianosaisten varallisuudesta riippumatta.

Tuomarin ja lainsäätäjän tehtävät on pidettävä erossa toisistaan: tuomari ei saa missään tapauksessa arbitroida, ts. sovitella laista piittaamatta, eikä hän myöskään saa lieventää lakia. Ymmärtäväinen tuomari muistaa olevansa lain palvelija eikä sen herra.[131] Alioikeuksilla ei ole oikeutta lieventää lain määräämiä tuomioita, mutta ylioikeudella on.[132] Törkeätä rikosta koskevassa asiassa alioikeuden tuomiota ei saa panna täytäntöön, ennen kuin hovioikeus on tutkinut sen. Jos alioikeus haluaisi antaa ankaramman rangaistuksen kuin laissa mainitaan, on juttu myös alistettava. Hovioikeudet saivat leuterointioikeuden kuninkaallisella kirjeellä vuonna 1714[133]; hovioikeuden valta lieventää tuomioita johdettiin kuninkaan oikeudesta lieventää niitä. Tämä valta voitiin delegoida hovioikeuksille. Nehrmanin mukaan 1734 vuoden laki ei poistanut hovioikeuksilta ja muilta ylioikeuksilta lupaa leuteroida. Tämä ilmenee kuninkaallisesta kirjeestä vuodelta 1737.[134] Velvollisuus pitäytyä lakikirjassa koski siis lähinnä alioikeuksia. Hovioikeus sai käyttää vapaampaa harkintaa.

10.7. Siviiliprosessi kirjallisena ja keskusteluna

Monessa suhteessa siviiliprosessissa vallitsivat samat säännöt kuin rikosprosessissakin. Monet oikeudenkäymiskaaren pykälät viittaavat tuomioistuimen laajaan tutkimisoikeuteen ja velvollisuuteen, eikä rikos- ja riitaprosessia eroteta toisistaan. Vaikka lain todisteluperiaatteet ovat legaalisen todistusteorian mukaiset, jää tuomarille suhteellisen paljon harkintavaltaa - riippumatta siitä, onko kysymyksessä rikos- vai riita-asia. Riita-asioita käsiteltiin yleensä etenkin raastuvanoikeuksissa kirjallisesti. Tuomari voi halutessaan vaatia riita-asian asianosaiset suulliseen käsittelyyn.

Pöytäkirjan vahva asema näyttäytyi siinä, että pöytäkirja osoitti sen, mitä oikeudessa oli tapahtunut. 1734 vuoden laki sisälsi joitakin presumtioita, olettamuksia siitä, miten asia on. Nehrmanin mukaan

131. Nehrman 1751, III:8, 11-19.
132. Nehrman 1759, XIV:1-20, 241-249.
133. Kongl. Bref then 23 April 1714.
134. Kongl. Bref then 28 Jan. 1737.

presumtiot ovat 'todennäköisiä arvauksia, jotka perustuvat siihen, mitä yleensä tapaa tapahtua'.[135] Yleensä presumtiot eivät estä todistamasta päinvastaista. Kuitenkin OK 14:6 määrää, ettei saa todistella siitä, mitä samassa tuomioistuimessa on tapahtunut. Jos asianosainen ei tunnusta sitä, mitä suullisessa kuulustelussa on pöytäkirjattu, niin oikeus saa sanoa, mitä on kannettu ja vastattu. Asianosainen sai selittää sanojaan ja tarkoitustaan, mutta tuomari tutkia, mitä merkitystä selitykselle annettiin. Siten pöytäkirjaan otetut asianosaisen esitykset olivat luonteeltaan ns. presumtiones iuris et de iure, joita vastaan ei voinut esittää varsinaista vastanäyttöä. Pöytäkirjattu todistajankertomus on luettava todistajalle ja tämä saa selittää, onko se oikein merkitty.[136] Tuomioistuimessa suullisesti annettu tuomio oli merkittävä pöytäkirjaan, ja siitäkin asianosaisten oli ensin myönnettävä, että se oli oikein kirjoitettu.[137]

Nehrman kuvaa siviiliasioissa noudatettavan prosessin kulun. Hänen mukaansa käsittely voi alkaa ja jatkua kirjallisena, jos se ei käy niin sekavaksi, että tuomari tai jompikumpi riitapuolista haluaa pidettäväksi suullisen kuulustelun. Siinä tapauksessa asianosaisille määrätään tietty päivä, jolloin heidän on tultava suulliseen kuulusteluun. Kuulustelun laiminlyömisestä asianosaisia rankaistaan. Toisen laiminlyönnin jälkeen oikeus saa kuulla paikalle tullutta ja ratkaista asian.[138] Ruotsalaisessa riitaprosessissa asianosaisella ei ollut periaatteessa oikeutta jättäytyä pois prosessista, ja hänen poissaolonsa suullisesta kuulustelusta johti rangaistukseen.

Suullisessa kuulustelussa tuomari esitti kysymyksiä siitä, mitä ei ollut voinut selvittää kirjelmistä. Myös riitapuolet saivat esittää toisilleen kysymyksiä. Suullisessa kuulustelussa kuten kirjelmissäkään ei voinut olla kysymys oikeuden selvittämisestä, koska tuomarin on tunnettava oikeus. Asianosaiset voivat osoittaa tuomarille vain sen, mistä jutun faktoissa on kyse.[139] Asianosaiset voivat Nehrmanin mukaan esittää kysymyksiä toisilleen, eikä suullinen käsittely silloin ollut kuulustelu vaan keskustelu. Kuitenkin tuomarin tehtävä oli suullisessa käsittelys-

135. Nehrman 1751, 279.
136. OK 17:28.
137. OK 20:2.
138. Nehrman 1751, XVI:1-2.
139. Ylemmissä oikeusasteista asianlaita oli toinen: sallittiin myös luonnonoikeudellinen argumentointi. Asianosaisten ja heidän valtuutettujensa annettiin ylemmissä oikeuksissa esittää, mikä asiassa on oikein.

sä katsoa, ettei ovela asianosainen johdattele yksinkertaista vastapuoltaan sanomaan sellaista, mitä tämä ei tiedä. Jos näin on käymässä, on kysymykset esitettävä tuomarin kautta, mutta muuten asianosaiset itse esittävät kysymykset. Nehrman katsoo myös, että huonosta omastatunnosta kärsivä asianosainen usein haluaa vastata kirjallisesti. Kuitenkin asianosaisen on vastattava kaikkiin kysymyksiin, joihin hän tietää vastauksen.[140]

Oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevat normit rakentuvat legaalisen todistelun perustalle. Siviiliprosessissa kirjalliset todisteet kävivät tärkeiksi, ja laissa annetaan säännöksiä siitä, miten todistusvoimainen asiakirja on laadittava. Riita-asioissakin käytettiin todistajia, ja pääsäännön mukaan kaksi todistajaa itse asiassa on täysi näyttö. Asianosainen sai tietyissä tapauksissa sallia jäävillisen todistajan todistaa tai luopua todistajan valasta, jos hän luotti todistajaan jäävistä tai valan poisjäämisestä huolimatta.[141] Todistajan kuulustelu on kuitenkin myös riita-asioissa tuomarin tehtävä.

Käytännössä asiakirjojen tai todistajien puuttuessa legaalisen todistelun edellyttämä määrä näyttöä olisi jäänyt usein vajaaksi. Legaalisen todistelun mukaisten todisteiden todistusarvo määräytyy lain perusteella. Puuttuva todistelu voitiin saada aikaan asianosaisen valan kautta. 1734 vuoden laki lukee valan todistelukeinoihin, vaikka vala on luonteeltaan toisenlainen kuin muut todistelukeinot.

Ruotsin 1734 vuoden laki sallii käyttää riita-asiassa valaa sekä todistustaakkaisen asianosaisen näyttöä vastaan että todistustaakkaisen asianosaisen näytön täydentämiseen. Laki tuntee kaksi asianosaisen valan tyyppiä: tuomarin määräämän ja asianosaisen tarjoaman. Tuomarin määräämiä valatyyppejä olivat puhdistusvala ja täytevala, asianosaisen tarjoama tunnetaan tarjotun valan nimellä. Vala on kuitenkin toissijainen todistuskeino. Puhdistusvalaa saa käyttää vain, jos totuutta ei muuten voi selvittää.[142] Toisaalta puhdistusvalaa ei voinut käyttää, jos ei ollut riittävästi näyttöä valan perustelemiseksi. Sen asianosaisen, jolla oli todistustaakka oli kyettävä esittämään vähintään puoli todistusta, jotta vastapuolelta voitiin vaatia valaa. Puoleksi todistukseksi riitti yksi todistaja, mutta myös ilmeinen ja todennäköisiin syihin perustuva huhu sekä muut sitovat seikat ja indisiot. Laissa määrätään

140. Nehrman 1751, XIV:3-6, 13-17.
141. OK 17:14 ja 17:17.
142. OK 17:30.

seuraamukset siitä, vannooko valalle tuomittu valan vai ei. Jos hän ei tehnyt valaa, hän hävisi jutun, ja jos hän taas teki vaaditun valan, hän vapautui kanteesta.

Täytevalaksi kutsuttiin valaa, jonka todistustaakkainen asianosainen sai tietyissä tapauksissa antaa vahvistaakseen väitteensä. Se oli 1734 vuoden lain mukaan sallittu vain eräissä erikoistapauksissa. Lapsen äiti tai synnytyksessä läsnä ollut sukulainen voi täyttää valalla esimerkiksi lääkärin tai kätilön todistajanlausunnon siitä, että (sittemmin kuollut) lapsi oli syntynyt elävänä.[143] Vahingonkorvausasiassa vahingon määrää koskeva todistelu voitiin täydentää arviovalalla, juramentum in litem.[144]

Lainvalmistelun yhteydessä herätti kiistaa kysymys siitä, minkälainen todistusarvo kauppiaiden tilikirjoilla oli. Euroopassa säännellyn kaupan puoliviralliseen asemaan liittyi se, että kauppiaan tilinpidolle määrättiin lainsäädännössä huomattava uskottavuus. Legaalisen todistelun sääntöihin liittyi määräys tilikirjojen erityisestä todistusarvosta. Jos kauppiaan tilikirjaan oli merkitty velka, hänellä oli oikeus vannoa tilikirjansa oikeaksi, ja tätä pidettiin täytenä näyttönä. Kun suuri osa kauppiaiden asiakkaista oli kirjoitustaidottomia, oli velkakirjan laatiminen etenkin jatkuvissa luottosuhteissa harvinaista.

Lakikommissio keskusteli siitä, minkälainen todistusarvo oli annettava kauppiaan tilikirjoille. Kauppiaalla katsottiin olevan velvollisuus pitää tilikirjaansa niin, että hän voi vaadittaessa todistaa sen valallaan oikeaksi. Monet, jotka ostavat tavaroita luotolla eivät osaa kirjoittaa, joten heidän kuittaustaan luotonannosta on vaikeata vaatia tilikirjoihin. Kommissio katsoi, ettei lakiin ollut syytä ottaa määräystä kauppiaan tilikirjojen todistusarvosta, vaan antaa tuomarien päättää, mitkä todisteet ovat tarpeen riitaisessa asiassa.[145] Kuitenkin alistettiin kuninkaan harkintaan, oliko asiasta otettava määräyksiä lainkoonnokseen. Mahdollisten säännösten oikea paikka olisi kauppakaaressa.[146] Oikeu-

143. NK 5:1.
144. OK 17:35.
145. Kommissiossa pidettiin arveluttavana vahvistuttaa kauppiaan valalla tilikirjoja, joita hän usein ei edes itse pidä. Luottoa saava voi ainakin merkitä puumerkinsä kauppiaan kirjaan tai laskuun. Vaikka rehellisen kauppiaan kaupassa ei tarkoiteta vääryyttä, eikä sitä voi epäillä, on väärin hylätä kokonaan muidenkaan rehellisten miesten lausumia. Varminta on, että jos kauppias haluaa tilikirjansa voivan osoittaa jonkun hänen velallisekseen, hän antaa velallisen itse tehdä merkinnän velasta. Sjögren III, 208-209.
146. Sjögren III, 208-209.

denkäymiskaareen sisällytettiin kuitenkin yleiseurooppalainen säännös tilikirjojen todistusarvosta ja kauppiaan oikeudesta vannoa ne oikeiksi täytevalalla.[147]

Ruotsissa etenkin kauppa kaupunkien porvareiden ja tuotteitaan myyvien talonpoikien välillä tapahtui sellaisessa muodossa, jonka tarpeisiin kauppiaan tilinpidon todistusvoimaa koskeva sääntely Euroopassa ja Amerikassakin oli syntynyt. Kauppiaan ja talonpojan välillä toimi usein pitkä tilivelkasuhde, niin että talonpoika kauppiaan 'majamiehenä' toimitti aina tuotteensa samalle kauppiaalle. Usein talonpoika ei käytännössä voinut vapautua velastaan ja tuli hyvin riippuvaiseksi kauppiaan luotonannosta. Kauppiaan tilikirjojen todistusvoima merkitsi sitä, että tavaroita voitiin antaa luotolla ilman usein kirjoitustaidottomien velallisten allekirjoitusta. Oikeudenkäymiskaaren mukaan kauppiaan tilikirjoille annettiin käytännössä puolen näytön voima, ja täysi näyttö saatiin aikaan, kun se, joka oli pitänyt tai antanut pitää tilikirjoja vannoi ne oikeiksi. Vastapuoli voi tosin esittää näyttöä tilikirjoissa olevista virheistä. Jos tällainen näyttö kyettiin esittämään, ei kauppiaan täytevalaakaan voinut käyttää.[148]

1734 vuoden lain tarjottua valaa koskeva määräys[149] ei käytännössä saanut samanlaista asianosaisten määräämisvaltaa korostavaa asemaa, joka sillä oli saksalaisen yleisen oikeuden mukaan. Jos Ruotsin lain mukaan toinen asianosainen tarjoaa valaa ja se, jolle valaa tarjotaan tyytyy siihen, hän voi valallaan vahvistaa lausumansa. Valaa voi tarjota sekä kantaja että vastaaja. Tällainen vala on lähellä sovintoa. Tarjottua valaa voitiin käyttää, vaikka muitakin todistuskeinoja oli tarjolla. Käytäntö kuitenkin salli tuomarin kieltää tarjotun valan käytön silloin, kun hänellä oli syytä pelätä väärää valaa, vaikkei laissa olekaan tätä koskevaa määräystä.[150] Tarjottu vala oli mahdollinen vain riita-asioissa.

Ruotsalainen valajärjestelmä oli olennaisesti muuttunut maanlain aikaisesta siinä suhteessa, että asianosaisten määräämisvalta valaan

147. OK 17:2.

148. OK 17:2: Beropar sig någor å böcker öfver handel och kiöpenskap, och finnas the innehålla både hvad borgadt och betaldt är, med dag och årh, tå thet skedt, utan någon ändring; gitter ej vederparten visa ther fel i, eller at alt ej rätteliga upteknadt är, eller the omständigheter, som boken eller personen misstänckta giöra; gälle then för fullt bevis, ther han, som boken hålölit, eller hålla låtit, then med ed sannar.

149. OK 17:34.

150. Broomé 1890, 249-250.

nähden oli kapeampi. KrML:n mukaan asianosainen - yleensä kantaja - voi luopua vaatimasta valaa, 'antaa anteeksi' valan. Asian lopputulos oli silloin sama kuin jos vala olisi tehty.[151] 1700-luvun oikeuskäytännössä riita-asiassakaan valasta päättäminen ei ollut kokonaan asianosaisten vallassa. Rikosprosessissa asianomistajalla ei katsottu olevan senkään vertaa oikeutta sopia valan käytöstä.

Tuomari kontrolloi ruotsalaista riitaprosessia enemmän kuin yleisen oikeuden mukaista saksalaista prosessia. Useimmat saksalaisen riitaprosessin instituutiot omaksuttiin Ruotsissa säädettyyn lakiin 1600- ja 1700-luvuilla. Ruotsalaisessa prosessissa tuomioistuimen interaktiossa tuomari sai kuitenkin vahvan aseman. Hän voi laajasti määrätä todistelun kulun ja vaatia asianosaisen paikalle riippumatta siitä, katsottiinko tämän voivan määrätä riidan kohteesta. Tuomioistuin määräsi joka tapauksessa totuuden selvittämisestä ja voi halutessaan kuulustella asianosaisia siinä tarkoituksessa riippumatta siitä, olivatko nämä halukkaita kuultaviksi. Käytännössä varsinkin alemmissa tuomioistuimissa ja maaseudulla oikeudenkäynti usein eteni suullisen kuulustelun kautta. Siviiliprosessissa omaksuttu käytäntö muistutti ehkä enemmän Preussin absolutismin siviiliprosessia kuin yleissaksalaista asianosaisten hallitsemaa menettelyä.

Tietyssä mielessä 1800-luvun oikeushistorian käsitys ruotsalaisten tuomioistuimien kansanomaisesta luonteesta oli oikea siinä mielessä, että etenkin kihlakunnanoikeuksissa toimivat tahot olivat yleensä ammattituomari ja asianosaiset itse. Rahvas käytti ammattimaisia asianajajia vähän. Tämä merkitsi sitä, että asianosaisen asemaa määritti rahvaan suhde ammattituomariin, ei ammattimaisen asianajajan suhde tähän. Sen sijaan tuomari oli vastuussa toiminnastaan ylemmälle tuomioistuimelle, jonka vaatimukset hänen oli kyettävä täyttämään.

Ruotsalaisen riitaprosessin henkilöistä ammattituomarilla oli etenkin yleisimmässä tuomioistuimessa, kihlakunnanoikeudessa, yliote useimmiten talonpoikaisiin asianosaisiin nähden. Tuomarinvirkojen läänitysjärjestelmän purkaminen merkitsi, että sosiaalinen etäisyys ammattimaisen kihlakunnantuomarin ja talonpoikaisten asianosaisten välillä kasvoi. Lainlukijan sijasta oikeutta istui säätyläinen, Suomessa vielä usein rahvaan kieltä huonosti puhuva kihlakunnantuomari. 1700-luvun lopulla tuomari yleensä täydensi lautakuntaa mielensä mukaan

151. KrML:n käräjäkaaren 43 pykälä määrää, että anteeksi annettu vala on yhtä hyvä kuin tehty.

paikallisilla talonpojilla.[152] Lautakunnan kollektiivinen äänestyssääntö ja lautakunnan täydentämisen tapa olivat omiaan viemään prosessin herruuden ammattituomarin käsiin. Kaikki tämä vaikutti siihen, että ruotsalaisen riitaprosessin oikeudenkäynnin kulkua määräsi ammattituomari vahvemmin kuin keskieurooppalaisen prosessin.

Vaikka oikeudenkäynnin säännöt olivat yleensä samat kihlakunnan- ja raastuvanoikeuksissa, oli menettelyn kulku ilmeisesti usein käytännössä erilainen. Riita-asian ideaalityyppi oli raastuvanoikeudessa erilainen kuin kihlakunnanoikeudessa. Kun suhteellisen huonosti palkattu pormestari ja raati ratkaisivat raastuvanoikeudessa kahden porvarin välistä riitaa, joka esitettiin tuomioistuimelle asianajajien kirjelmien kautta oli riitaprosessiin luonne toinen kuin kihlakunnanoikeudessa käsitellyn talonpoikien välisen tilusriidan.

Itse menettelyn kulussa kihlakunnanoikeuksien kansanomaisuus oli siis omiaan johtamaan kuulustelun tekniikan ja tuomioistuimen vallan vahvistumisen suuntaan myös riitaprosessissa. Sen sijaan kansanomaisuus esti eräissä muissa suhteissa prosessin muuttumisen saksalaisten esikuvien mukaiseksi. Hallituksen pitkällinen pyrkimys saada yksipuolinen tuomio tehokkaaseen käyttöön ei saanut aikaan olennaista muutosta oikeuskäytäntöön. Eri asetuksissa moitittiin juuri kihlakunnanoikeuksien haluttomuutta käyttää tehokkaasti yksipuolista tuomiota. Tätä voi selittää sillä, että kihlakunnanoikeudet käsitettiin talonpoikien säätytuomioistuimiksi, joissa oli vaikeata antaa perinteiden vastaisesti yksipuolisia tuomioita. Yksipuolisen tuomion tehostamista eivät vaatineet talonpojat, vaan ylemmät säädyt. Yksinkertaisen tavaranvaihdon yhteiskunnassa sääty ja asema velkasuhteen osapuolena liittyi johdonmukaisesti yhteen niin, että velkoja oli kauppias, velallinen talonpoika. Oikeudenkäyntien ammatillistumista asianajajamonopolin kautta vastustivat myös juuri talonpojat.

152. Jäljempänä 496.

10.8. Rikosprosessi inkvisitiona

Vaasa-suvun kuninkaista alkaen Ruotsin hallitsijat vahvistivat ruotsalaisen oikeudenkäynnin sellaisia piirteitä, jotka keskieurooppalaisessa prosessissa käsitetään inkvisitorisiksi. Legaalisen todistelun sääntöjen omaksuminen johti siihen, että tunnustuksen merkitys rikosprosessissa kasvoi. Tähän taas liittyivät erilaiset psyykkiset ja fyysiset keinot tunnustuksen esiinsaamiseksi. Kuitenkin monet oikeushistorialliset esitykset ovat korostaneet ruotsalaisen prosessin omaperäisyyttä ja inkvisitoristen piirteiden vähäisyyttä siinä. Eurooppalaiset valistuskirjailijat ja inkvisition vastustajat viittasivat myös siihen, ettei Ruotsissa oikeudenkäynneissä käytetty kidutusta. Kustaa III:n antama kidutuksen kielto vahvisti sitä käsitystä, ettei inkvisitiolla ollut sijaa Ruotsissa. Kysymys inkvisitorisen prosessin asemasta on kuitenkin suhteutettava siihen, mitä pitää inkvisitorisen menettelyn keskeisinä piirteinä.

David Nehrman pohtii melko laajasti sitä, mitä inkvisitorinen menettely rikosprosessissa on, ja onko Ruotsin rikosprosessi inkvisitorista. Onkin luonnollista, että tämä kysymys on Nehrmanille keskeinen. Hän tutustui Hallessa harjoitettuun inkvisitorisen menettelyn kritiikkiin ja joutui pohtimaan, miten ruotsalainen oikeus suhteutui inkvisitoriseen menettelyyn.

Nehrman viittaa inkvisitorisen prosessin vastustajan Christian *Thomasiuksen* kantaan, jonka mukaan 'paavilliset klerkit ovat keksineet tämän inkvisitioprosessin sen avulla kiusatakseen ja alistaakseen maallikoita'. Nehrman kauhistelee vääräuskoisia vastaan käytettyä inkvisitiota, ja katso Thomasiuksen esittäneen vakuuttavia perusteluja väitteelleen inkvisition paavillisesta alkuperästä. Nerhmanin mukaan esivalta ei kuitenkaan Ruotsissa koskaan ollut käyttänyt paavillista inkvisitioprosessia, sillä yritykset tuoda tällainen prosessi Ruotsiin ovat 'Jumalan armosta ja Hallituksen valppauden vuoksi' jääneet hedelmättömiksi.[153] Tässä suhteessa Nehrmanilla on väärä käsitys siitä, mikä taho pyrki vahvistamaan inkvisitorista menettelyä Ruotsissa. Ruotsissa katolisella kirkolla ei ollut merkitystä inkvisition omaksumisessa, vaan sen puoltajia olivat etenkin Vaasa-suvun reformoidut kuninkaat.

153. Nehrman 1759, II:16-23, 19-22.

Katolisella kirkolla ei ollut merkitystä prosessin inkvisitoristen piirteiden vahvistumiseen Ruotsissa.

Nehrmanin kanta on kuitenkin ymmärrettävä sikäli, että hän erottaa toisistaan kaksi inkvisition muotoa tai määritelmää. Kun Nehrman on torjunut käsityksen vääräuskoisiin kohdistuneen inkvisition omaksumisesta Ruotsiin hän määrittelee ruotsalaisen inkvisition niin, että se on sekä hyväksyttävä että hyödyllinen laitos. Nehrman pitää *inkvisitorisena* sellaista rikosprosessia, jossa tuomari tai joku muu *viran puolesta* tutkii ja selvittää rikoksen, ja *akkusatorisena* sellaista rikosprosessia, jossa *asianomistaja* itse kantaa ja yrittää sitoa jonkun rikokseen. Siten kysymys on valtiollis- tai asianosaispainotteisesta prosessista.

Nehrman katsoo, että inkvisition nimellä vihatuksi tullut prosessi itse asiassa tarkoittaa vain sitä, mikä on tuomarin 'tärkein ja hyödyllisin tehtävä' sekä riita- että rikosasioissa. Siksi *inkvisitioprosessi on oikeudenkäytön tärkeimpiä kohtia.* Porvarillisen kansan turvallisuutta ei voida ylläpitää ilman rangaistuksia, eikä esivalta siten ole vain oikeutettu, vaan myös velvollinen rankaisemaan niitä. Tuomarinvalan mukaan tuomarin tehtäviin kuuluu rangaista rikoksia, ja siitä syystä Processus Inquisitionis ei ollenkaan liity ulkomaiseen inkvisitioprosessiin.[154] Inkvisitioprosessi on yksinkertaisesti esivallan aloitteesta alkavaa ja etenevää prosessia, joka on välttämätöntä kansalaisten turvallisuudelle.

Suhde asianosaisen oikeuksien ja virkakoneiston aloiteoikeuden välillä pyrittiin Nehrmanin aikana määrittämään tarkasti. Rikosasiassa oikeus kantaa oli asianomistajan oikeus, jonka hän kuitenkin voi menettää, jos ei määräajassa ilmoittanut rikosta - törkeä rikos oli ilmoitettava maalla seuraavilla käräjillä, kaupungissa kuukauden kuluessa. Jos asianomistaja laiminlöi tämän, voi kruununpalvelija saada hänen oikeutensa. Sovinnon voi tehdä vain asianomistajarikoksissa, ts. niissä, joissa asianomistaja yksin sai toimia kantajana. Jos asianomistaja ei antanut ilmi törkeätä rikosta, hän menetti asianomistajan oikeutensa, kuten osuutensa sakkoihin. Lisäksi hänen oli maksettava laiminlyönnistään suurehko sakko. Asianomistajalla oli näin myös velvollisuus antaa yleisen syytteen alainen rikos ilmi.

Kruununvoudin tai nimismiehen oli oltava käräjillä, ja he voivat siellä ilmoittaa rikoksia. Viskaaleita, syyttäjäviranomaisia, oli kaupun-

154. Nehrman 1759, II:28-30, 23-25.

geissa, kollegioissa, hovioikeuksissa ja erikoistuomioistuimissa. Osa näistä sai palkkaa valtiolta, mutta osa sai vain osuuden sakoista. Nehrman varoittaa viskaaleita muistamaan, mihin heidän valtakirjansa valtuuttaa ja valansa velvoittaa. Silloin he estävät katkeruuden ja kostonhalun, joka voi seurata viskaalin saadessa oikeudenkäynnissä omaisuutta. Lisäksi oikeuden on kehotettava viskaalia varovaisuuteen ja säädyllisyyteen, myös puhutellessaan syytettyä ennen tuomiota.[155] Esivallan tavoite estää asianosaiset sopimasta rikosasioissa toteutui entistä tehokkaammin, kun oikeus syyttää asianomistajan sijasta siirtyi sakkorahoihin oikeutetuille syyttäjäviranomaisille. Tuomarinohjeiden varoitukset sakonahneelle tuomarille suunnataan tässä syyttäjälle. Ilmeisesti syyttäjien ahneus herätti 1700-luvulla samantapaista katkeruutta kuin Kustaa Vaasan sakkorahoihin kohdistuva kiinnostus 1500-luvulla.

Nehrman jakaa rikosprosessin samaan tapaan kuin saksalainen doktriini *yleisinkvisitioon* ja *erityisinkvisitioon*. Yleisinkvisitio on nykyisen kielenkäytön mukaista rikoksen esitutkintaa, joka kuului tuomarille. Yleisinkvisitio perustui esivallan velvollisuuteen tutkia rikoksia. Se oli aloitettava, kun joku ilmiannettiin rikoksesta tai syntyi yleinen rikosta koskeva huhu. Vaikka huhu rikoksesta velvoitti tuomarin tutkimuksiin, Nehrman varoittaa tuomaria uskomasta kaikkia huhuja. Yleisinkvisitiolla tuomarin oli selvitettävä, oliko rikos tapahtunut, millä tarkoitetaan corpus delictiä. Eri rikoslajeissa corpus delicti on Nehrmanin mukaan hyvin erilainen.

Yleisinkvisitio toimi käytännössä maaseudulla niin, että kruununvouti järjesti tutkimuksessa tarpeelliset henkilöt paikalle - näitä olivat rikoksen tapahtuessa läsnä olleet tai lähellä rikospaikkaa asuneet. Tuomarin ei kuitenkaan pitänyt aloittaa tutkimusta kuulustelemalla todistajia. Ensin oli selvitettävä, mitä todisteita tarvitaan ja vasta sitten tuomarin oli kuulusteltava todistajat. Yleensä tutkimukset tapahtuivat kihlakunnankäräjillä avoimin ovin ja rahvaan läsnäollessa.[156]

Jos yleisinkvisitio suoritettiin asianmukaisesti, se toi ilmi seikkoja jonkun syyllisyydestä. Häntä vastaan voitiin sitten aloittaa varsinainen rikoksen tutkinta, inqvisitio specialis. Käytännössä inqvisitio generalis jatkui usein inqvisitio specialis-muodossa tiettyä henkilöä vastaan käytynä prosessina. Nehrmanin mukaan oikeuden pöytäkirjaan oli vain merkittävä, milloin siirryttiin erityisinkvisitioon. Tällainen kuulustelu

155. Nehrman 1759, III:41-46, 42-43.
156. Nehrman 1759, V:13-49, 60-734.

oli häpeäksi syytetylle; se edellytti jotakin määrää todisteita häntä vastaan. Oikeudenkäymiskaaressa tämä ilmaistiin sanoilla skiälig misstancka eller bindande liknelser.[157] Riittävänä todisteena voitiin Nehrmanin mukaan pitää myös huhua. Sitä pidettiin tietyissä rajoissa luotettavana näyttönä, sillä usein rikoksesta jotakin tietävät eivät kerro tietojaan tuomarille, mutta puhuvat niistä muille. Nehrmanin mukaan tuomarin tehtävä oli selvittää, oliko huhu yleinen ja mikä oli sen alkuperä. Erityisinkvisitio oli oikeutettu myös sitä vastaan, joka oli ollut rikospaikalla ilman hyväksyttävää syytä tai joka oli rikoksesta tavattujen seurassa tai aikaisemmin syyllistynyt samanlaiseen rikokseen.[158] Nehrman katsoo myös punastumisen tai rikosuhkaukset riittäviksi syiksi erikoisinkvisition aloittamiseen.[159]

Nehrmanin esitys osoittaa, miten rikosprosessin inqvisitio specialis kokonaisuudessaan tähtäsi tunnustuksen saamiseen. Jos syytetty heti tunnusti tekonsa, kuulustelu kävi nopeasti. Nehrmanin mukaan kuitenkin 'sellaista tapahtuu harvoin, ennen kuin tuomari on monin kysymyksin ja syin saanut tämän tunnustamaan'. Tuomarin oli selvitettävä syytetyn syyllisyys silloinkin, kun syytettä ajoi viskaali. Asia oli tutkittava yhtä täydellisesti kuin asianomistajan ajaessa sitä. Syytetyn tai epäillyn oli oltava henkilökohtaisesti paikalla kuulustelussa, sillä oikeuden etsimä totuus saadaan parhaiten rikollisen ja epäillyn omasta kertomuksesta. Inkvisitiotutkimus kohdistui tosiasioihin, joista valtuutettu ei voi tietää kuten syytetty. Valtuutetun käyttö oli Nehrmanin mukaan sallittua, jos tuomari katsoi syytetyn yksinkertaisuutensa ja laintuntemattomuutensa vuoksi tarvitsevan apua. Tuomari kuitenkin 'tietää mikä hänen virkansa on' ja voi määrätä sakkoja, jos syytetty toi valtuutettunaan paikalle sopimattoman henkilön, 'otienlig person'. Asianomistajan läsnäolo oli välttämätön vain, jos tuomari katsoi sen valaisevan asiaa ja halusi asettaa asianomistajan ja vastaajan vastakkain. Tällaisella konfrontaatiolla voitiin pyrkiä selvittämään totuutta.[160]

Inkvisitio eteni niin, että tuomari ensin selvitti syytetyn nimen, iän, säädyn, olinpaikan, ehtoollisellakäynnin ja muut hänen henkilöönsä liittyvät seikat. Sen jälkeen syyttäjä esitti syytteen, ja syytetyn oli esi-

157. OK 4:1.
158. Jos varastettua tavaraa on nähty epäillyn luona tai hän on myynyt niitä, hän piileskelee tai piilottelee tavaraa tai oleskelee epäilyttävien henkilöiden kanssa. Misgierningsbalken 52:2.
159. Nehrman 1759, VI:10-26, 77-83.
160. Nerhman 1759, IX:9-16, 132-137.

tettävä tähän vastineensa. Tämä asioiden etenemisjärjestys perustui vuoden 1695 sota-artikloihin. Sen jälkeen kuulusteltiin todistajia. Yleisin todistelu rikosprosessissa tapahtui todistajien kautta. Todistajan jäävit olivat kahtalaisia: toiset estivät todistajaa ylipäänsä todistamasta joko siveellisen tai ruumiillisen heikkouden vuoksi, toiset taas estivät todistajaa esiintymästä tietyssä asiassa. Erona siviiliprosessiin oli se, että joissakin tapauksissa voitiin kuulla myös jäävillisiä todistajia. Vaikeissa rikosjutuissa voitiin kuulla jäävillisiä todistajia ilman valaa.[161] Jos todistaja oli todistuksessaan epävakaa, hänelle voitiin antaa ajatteluaikaa. Epävakaaseen kertomukseen ei saanut perustaa päätöstä. Sekä törkeä että vähäinen rikos oli todistettava kahden todistajan lausumilla 'itse rikoksesta', ja todistajien kertomusten oli oltava yhtenevät.[162]

Asianomistaja tai syyttäjä saivat myös esittää syytetylle kysymyksiä. Jos tuomari havaitsi, ettei kantaja kyennyt kyselemään oikein, hänen tuli oikaista kysymykset. Nehrmanin mukaan tuomari esittää parhaiten kysymykset totuuden selvittämiseksi, mutta mitään sääntöjä tämän suhteen ei voi esittää. Syytetyn vastaukset oli kirjattava. Jos syytetty tunnusti, oli tuomarin annettava hänen esittää tunnustuksensa keskeytyksettä loppuun saakka, jotta tämä ei luopuisi siitä. Kuolemanrangaistuksella rangaistavissa rikoksissa oli vaadittava muutakin todistelua kuin tunnustus.[163]

Nehrman tunsi hyvin Christian Thomasiuksen ja muiden aikalaistensa todistelut kidutuksen hyödyttömyydestä totuuden selvittämiseksi. Nehrman tarkastelee eräänlaisena kidutuksen muotona oikeudenkäymiskaaren sallimaa mahdollisuutta määrätä törkeästä rikoksesta epäilty ns. kovemmanpuoleiseen vankeuteen, swårare fängelse. Kuvaavasti tämä tunnettiin myös tunnustusvankeuden nimellä. Samoin kuin kidutuksen käytön edellytyksenä oli tämänkin keinon edellytyksenä jokin määrä näyttöä syytettyä vastaan.

Koko 1734 vuoden lain rikosprosessuaalinen todistelujärjestelmä tähtäsi tunnustuksen saamiseen. Jo vuosien 1683 ja 1685 sota- ja meriartiklat määräsivät oman tunnustuksen täydeksi näytöksi.[164] Vuoden 1717 lakiehdotuksessa syytetyn tunnustus nostetaan korkeimmalle sijalle todisteiden joukossa, jos se annetaan vapaaehtoisesti, ja samaan

161. Nehrman 1759, X:11, 18, 169.
162. Nehrman 1759, X:39, 177.
163. OK 17:36 ja Nehrman 1759, IX, 24-70, 140-156.

tapaan myös vuoden 1723 ehdotus suhtautuu tunnustukseen. Lopullisessa muodossaan asia ilmaistaan eri sanoin, mutta ajatus on sama.[165] Nehrman katsoi, että on erotettava tärkeät ja vähäisemmät rikokset. Jälkimmäisissä voitiin hyväksyä oma tunnustus täydeksi näytöksi, mutta törkeissä rikoksissa joissa oli käytössä kuolemanrangaistus oli lisäksi vaadittava indisiotodisteita (omständigheter).

1734 vuoden lain todistelujärjestelmän sisäinen logiikka avautuu, kun ajattelee sen säätelevän eri keinoja, joita voidaan eri tilanteissa käyttää tunnustuksen aikaansaamiseksi. Legaalisen todistelun säännöt määräsivät riittävän määrän näyttöä sen suhteen, minkälaisia keinoja tämän tunnustuksen saamiseksi voitiin käyttää. Siinä tapauksessa, että oli käytettävissä kahden todistajan yhtäpitävä todistus 'itse asiassa' oli täysi näyttö heti käsillä. Yleensä kuitenkin jouduttiin käyttämään muitakin todisteita: indisioita ja presumtioita, joiden perusteella voitiin ryhtyä ahdistamaan syytettyä tunnustukseen.

Jos syytetty ei kyennyt kokonaan vastaamaan sitoviin syihin, eikä syyttäjä kokonaan todistamaan häntä syylliseksi, oli tuomarin kehotettava epäiltyä uudelleen tunnustamaan 'med tienlige föreställningar', kuten selittämällä, että vastaajan kielto ei poista todisteiden merkitystä ja että paatunut rikoksen kieltäminen on rikos Jumalaa vastaan ja heikentää maallistakin menestymistä, mutta ei johda syytetyn vapautumiseen.[166] Koska rikolliset usein paatuneesti kielsivät, vaikka heitä vastaan esitettiin todisteita, voitiin törkeän rikoksen vuoksi epäiltyihin soveltaa muita keinoja. Varsinainen kidutus oli kuitenkin kielletty.

Rikosprosessissa oli kielletty käyttämässä tarjottua valaa - asianosainen ei voi sitoa toista valalla todistamaan väitettään.[167] Myös juramentum calumnieae oli rikosasioissa kielletty, koska sitä voitaisiin käyttää tarjotun valan tapaan. Rikosprosessissa ei myöskään saanut käyttää täytevalaa. Ainoa rikosasiassa sallittu vala oli siis puhdistusvala. Tämä on syytetyn valallinen vakuutus, ettei hän ole tehnyt sitä ri-

164. Krigs- och sjöartiklarna 1683, punkt 23: Laga bewisjning sker igenom egen bekännelse när Swaranden friwiljandes och otwingat in för Rätten sannelikt wist och klarligen hwad gierning thet häls wore som skiedd är och beskylningen angår bekänner och wid saken gånger då kiänd sak är så god som witnat, Schmedeman 1706, 837 ja 963.

165. OK 17:36: Känd sak är så god som vitnad, när then som tilkäres, och til laga ålder kommen, och ej vanvettig är, vidgår frivilligt saken för Rätta, och ej ther til pint, skrämd, eller svikeliga förledd är.

166. Nehrman 1759, XII:1, 211.

167. OK 17:34.

kosta, josta häntä epäillään ja syytetään. Se tehdään tuomarin sanelun ja määräyksen mukaan.[168] Vala vannottiin Jumalan ja evakeliumin kautta, ja valan vannoja kutsui Jumalaa kostamaan väärän valan. Puhdistusvalaa pidettiin viimekätisenä todistuskeinona, johon ei saanut turvautua, jos muita asian selvittämisen keinoja oli käyttämättä. Tuomarin oli asetettava tuomiossa valan vannomisen aika, jonka oli oltava ajallisesti niin etäällä, että valalle määrätty ehti miettiä valan merkitystä. Jos rikos oli alistettava, ei alituomari saanut määrätä valalle ennen kuin ylituomari oli tarkastanut hänen tutkimuksensa ja tuomionsa.[169]

Kokemus osoitti Nehrmanin mukaan, että vääriä valoja vannottiin usein. Monilla ei ollut epäilyksiä rikkoa valaa, mutta sen sijaan kaikilla on halu säilyttää henkensä. Siksi laki kieltää käyttämästä puhdistusvalaa asioissa, joista voi tulla kuolemanrangaistus.[170] Puhdistusvalalle sai toisaalta määrätä vain, jos oli puoli näyttöä syytettyä vastaan.[171] Puoli näyttöä voi olla 'bindande liknelser', joita oli mainittu sota-artiklojen oikeudenkäymissäännöissä. Yksi todistaja itse asiassa oli myös puoli näyttöä, jonka perusteella vastaaja joutui valalle. Jos toisaalta syytetty esitti puolestaan syitä, häntä ei voitu panna valalle, vaikka häntä vastaan olikin yksi todistaja. Jos oli täysi näyttö, ei syytettyä myöskään voitu määrätä valalle, vaikka tunnustusta ei saatu.[172]

Puhdistusvalaan oikeutettu oli kuitenkin vain henkilö, jolla oli riittävä moraalinen integriteetti, jota ilmaistiin käsitteellä frägd tai frejd. Aikaisemmin väärästä valasta tuomittu, kunniattomaksi tuomittu tai muusta 'jumalattomuutta' osoittavasta rikoksesta tuomittu ei kelvannut tekemään puhdistusvalaa. Nehrmanin mukaan nuoruuden tekoja ei tässä otettu lukuun, jos syytetty oli parantanut tapansa. Syytetyn elämäntapa tai käytös ja niiden kautta hankittu hyvä tai huono maine oli ohjeena tuomarille. Koska tuomari ei voinut tuntea kaikkia, joiden siveellistä integriteettiä hän tutki, hän ei saanut sulkea valalta sellaisia, joita yleisesti pidettiin rehellisinä. Jos syytettyä ei voinut päästää valalle, ei häntä voinut tuomitakaan, koska tuomion perustaksi vaadittiin täysi näyttö. Tällainen vapautuminen ei kuitenkaan ollut syytetylle etu, koska siitä voi seurata määrääminen tunnustusvankeuteen.[173]

168. OK 17:30-31.
169. Nehrman 1759, XII:33-34.
170. Nehrman 1759, XII:18, 218.
171. OK 17:29.
172. Nehrman 1759, XII:20-27, 219-221.

Tunnustukseen tähtäävä järjestelmä oli siten porrastettu syytetyn tekemäksi väitetyn rikoksen törkeyden, hänen moraalisen integriteettinsä ja esitetyn näytön määrän mukaan. Jos oli kahden todistajan yhtäpitävä todistus, ei tarvittu tunnustusta. Jos taas ei ollut edes puolta näyttöä, oli syytetty vapautettava. Jos sen sijaan oli puoli näyttöä, oli käytettävissä erilaisia keinoja syytetyn pakottamiseksi tunnustukseen. Jos rikoksesta ei voinut seurata kuolemanrangaistusta, syytetty voitiin tuomita puhdistusvalalle. Tämä edellytti kuitenkin syytetyn aikaisemman elämän tai ainakin riittävän pitkän jakson rikkeettömyyttä. Valalle määrääminen oli tässä mielessä syytetylle etu, johon moraaliltaan epäilyttävät tai törkeästä rikoksesta epäillyt eivät olleet oikeutettuja. Nämä voitiin sen sijaan määrätä tunnustusvankeuteen. Tämän vankeuden voi hyvällä syyllä rinnastaa kidutukseen, joskin siinä psyykkisellä kärsimyksellä oli enemmän osaa kuin varsinaisessa kidutuksessa. Puhdistusvala oli ajan ajattelutavan mukaan lievempi psyykkisen kidutuksen muoto, joka tunnettiinkin toiselta nimeltään henkisenä kidutuksena, tortura spiritualis.

Jos näyttöä syytettyä vastaan oli jonkin verran, mutta ei riittävästi, asia voitiin lykätä vastaisen varalle. Ruotsin oikeuteen tällainen absolutio ab instantia-menettely oli omaksuttu 1500-luvulta alkaen. Aluksi tuomioistuin ilmoitti jättävänsä sellaisen jutun, jota ei voida todista, Jumalan tuomion varaan, kun ei haluttu sallia puhdistusvalaa. Vuoden 1685 meriartikloissa oli myös mainita 'Jumalan tuomiolle' jättämisestä. Asia jätettiin avoimeksi ja toivottiin Jumalan tuovan tietoon uusia todisteita, jotta epäilty voitaisiin tuomita. Oikeudenkäymiskaareen otettiin sitten tätä koskeva nimenomainen määräys.[174] Petter *Abrahamsson* arvosteli pykälää. Abrahamssonin mielestä se, jota ei voitu langettaa oli päästettävä vapaaksi. Lakikommissio katsoi kuitenkin, että jos enemmän kuin puoli näyttöä oli esitetty, ei syytettyä voitu kokonaan vapauttaa, vaan asia oli jätettävä tulevaisuuden varalle avoimeksi.[175] Göran *Ingerin* mukaan absolutio ab instatia-instituutti omaksuttiin ruotsalaiseen oikeuskäytäntöön ja lainsäädäntöön samaan ai-

173. Nehrman 1759, XII:29-32, 221-223, 102.Tutkintovankeus tuli virallisesti käyttöön kuninkaallisella kirjeellä 10 heinäkuuta 1740. Siitä annettiin määräyksiä myös kirjeessä 11 marraskuuta 1756 ja 22 maaliskuuta 1803. Inger 1976a.

174. OK 17:32 :Nu är i svårare brottmål mer än halft bevis emot then, som anklagas, och nekar han äntå gierningen: finner domaren thet fahra är om mened; lemne saken til framtiden, tå then kan uppenbar varda.

175. Sjögren VIII, 235.

kaan kuin legaalinen todistusteoriakin. Lakia tiukennettiin vielä 1734 vuoden lain säätämisen jälkeen. Vuonna 1750 annetulla asetuksella annettiin hovi- ja ylioikeuksille valta tutkia ja ratkaista uudestaan sellaisia rikosasioita, joista ei voinut seurata sakkorangaistusta.[176] Petter Abrahamsson arvosteli tunnustusvankeutta kidutukseksi ja huomautti, että sitä voitiin väärinkäyttää. 1734 vuoden lain esitöiden perusteella on ilmeistä, että Abrahamsson arvosteli jo käytössä olevaa menettelyä, jota lakikommissio puolestaan piti välttämättömänä.[177]

Caloniuksen tunnustukseen pakottamista tai houkuttelemista[178] koskeva kirjoitus käsittelee tunnustukseen pakottamisesta valistuskirjoittelussa esitettyä kritiikkiä. Koska törkeiden rikoksien yhteydessä ei voida turvautua pelkkiin indisioihin, voidaan asia jättää vastaisen varalle. Tuomarin tulee kuitenkin kiinnittää huomiota siihen, miten selvästi rikoksen tapahtuminen on osoitettu, mitä selvitystä siitä on esitetty ja mitä asian jättämisestä avoimeksi seuraa. Calonius pitää mahdollisena myös saksalaiseen tapaan tuomita syytetty kuolemanrangaistukseen riittämättömän, mutta kuitenkin puolta näyttöä enemmän näytön perusteella elinkautiseen vankeuteen.

Calonius hyväksyy periaatteessa pakkokeinot, koska valtiollisen rikosprosessin tavoitteen toteutuminen edellyttää niitä. Pakon muodot voivat olla fyysisiä tai henkisiä. Calonius siteeraa monia auktoriteetteja, jotka arvostelevat puhdistusvalan käyttöä rikosprosessissa. Hän viittaa myös sir William Blackstonen kantaan, jonka mukaan syytettyä ei saa pakottaa valitsemaan tunnustuksen tai väärän valan välillä. Calonius selvittää rajoituksia, joita valan käytön sallimiseen liittyy sekä prosessioikeuden vallitsevan doktriinin pyrkimystä rajoittaa puhdistusvalan käyttö sellaisiin tapauksiin, joissa se on legaalisen todistelun näkökulmasta ehdottomasti tarpeen näytön täydentämiseen, eikä toisaalta ole painavia syitä estää syytettyä tekemästä valaa hänen henkilöönsä liittyvien syiden vuoksi. Tällä Calonius viittaa valan vannojan moraaliseen integriteettiin, jota ilmaistiin frägd- tai frejd-käsitteellä. Kidutuksen sallimisen ja kieltämisen puolesta puhuvien auktoriteettien kannanottoja Calonius selostaa laajasti. Calonius itse pitää kidutusta välttämättömänä pahana. Kun rikoksen rankaisemisen on julkisen edun vaatimaa eikä riittävää näyttä saada ilman tunnustusta on välttämätön-

176. K.F. den 1 mars 1750, Inger 1976, 28-29.
177. Sjögren VIII, 237.
178. Calonius 1830.

tä käyttää kidutusta. Hän lukee tällaiseksi kidutuksen muodoksi tunnustusvankeuden, joka käytännössä toteutettiin määräaikaisena tai jatkuvana pakkotyönä.[179]

Tässä mielessä *Kustaa III*:n pian vuoden 1772 vallankaappauksen jälkeen säätämä kidutuksen kielto[180] ei vienyt pohjaa tunnustusvankeudelta. Tunnustusvankeudesta ei käytetä nimitystä, joka viittaisi kidutukseen, mutta sen käyttöala sekä ennen että jälkeen kidutuskiellon antamisen oli sama kuin keskieurooppalaisen kidutuksen. Kehitys kulki pikemminkin tämän instituution vahvistumisen suuntaan. Sitä koskeva kuninkaallinen kirje annettiin vielä vuonna 1803.[181]

Nehrman tarkastelee myös syytetylle kuuluvia etuja. Nehrmanin mukaan Ruotsin laissa ei ole sellaisia sääntöjä, joiden mukaan esimerkiksi syytetty saisi käyttää jäävillisiä todistajia tai että puoli todistetta syytetyn puolella merkitsisi yhtä paljon kuin syyttäjän esittämä täysi näyttö. Hän paheksuu myös syytettyjen Saksassa käyttämiä puolustuskirjelmiä, joista saksalaiset juristit olivat laatineet painettuja malleja. Tällaisen defensiokirjelmän kirjoittajan on Nehrmanin mielestä tunnettava asianhaarat, jotka hän voi selvittää asiakirjoista ja pöytäkirjoista ja asianosaiselta. Jos puolustuskirjelmä kirjoitetaan, on sen vuoksi vankilassa olevan syytetyn saatava tavata puolustajansa. Puolustaja ei saa todistaa syytetyn hänelle kertomista seikoista,[182] ja sen vuoksi syytetty voi kertoa tälle rikoksesta.

Jos puolustaja tietää, että syytetty on syyllinen tekoon, on hänen Nehrmanin mukaan neuvottava syytettyä tunnustamaan. Puolustaja ei saa auttaa syylliseksi tietämäänsä syytettyä kiistämään syyttäjän esittämiä syitä. Valtuutettu tietää silloin omassatunnossaan, että kiistäminen olisi sitä vastaan, mihin hän on velvollinen Jumalaa, esivaltaansa, valtakuntaa ja rikoksen uhria kohtaan, ja että hän puolustamalla syyllistä vahingoittaa myös tätä. Tällaisessa tapauksessa puolustajan on etsittävä lieventäviä seikkoja. Alioikeuksien on Nehrmanin mukaan tuomittava lain mukaan, mutta ylioikeuden tuomareilla on valta määrätä rangaistuksen määrä ja myös perustella tuomiotaan luonnonoikeudella. Siksi myös puolustaja voi mainita olosuhteita, jotka luonnonoikeuden

179. Mt.
180. K. Br. av den 27 augusti 1772 angående pinorums avskaffande, och mot allt vidare bruk av tortyr.
181. K. Br. av den 22 mars 1803.
182. OK 17:7.

ja kohtuuden mukaan puhuvat lieventämisen puolesta, mutta joita Ruotsin laki ei tunne. Silloin voi vedota rikoksentekijän ansioihin ja kaikkiin seikkoihin, jotka puhuvat anteeksiannon puolesta.[183]

Tuomari hallitsi inkvisition kulkua. Hän kysyi aluksi syytetyn nimen, iän ja säädyn. Kantajan tai syyttäjän oli selvin sanoin tai kirjelmällä esitettävä syyte, asia ja olosuhteet ja omat väitteensä. Koska kantaja Nehrmanin mukaan usein otti mukaan tarpeettomia seikkoja ja jätti tarpeellisia pois, oli tuomarin selvitettävä asiaa kysymyksin. Syytetyn oli sitten esitettävä oma vastineensa.[184] Todistajat kuulusteli tuomari, mutta jos asianomistaja tai syyttäjä halusi esittää kysymyksiä syytetylle, ei tätä saanut kieltää. Tuomarin oli kuitenkin kontrolloitava kysymysten esittämistä niin, että 'asian oikea laita ilmenee'. Jos kantaja ei tuomarin käsityksen mukaan esittänyt kysymyksiä oikein, oli hänen oikaistava ne ja esitettävä lisäkysymyksiä. Nehrmanin mukaan useimmissa rikosjutuissa 'tuomari parhaiten esittää kysymykset totuuden ja asian luonteen selvittämiseksi'. Tuomarin velvollisuus oli tutkia 'sitä mikä sitoo', mutta myös 'sitä mikä vapauttaa ja myös lieventäviä seikkoja'. Kysymykset oli otettava pöytäkirjaan, samoin syytetyn vastaukset hänen omilla sanoillaan, ja ne oli luettava hänelle.[185]

1734 vuoden lain mukainen ruotsalainen rikosprosessi oli suullista ja julkista, mutta esimodernissa merkityksessä. Käytännön lainoppi esittää kihlakunnanoikeuden tuomariksi kihlakunnantuomarin; lautakunnan nähdään pikemminkin avustavan oikeutta esimerkiksi haastemiehinä kuin varsinaisesti tuomitsevan. Oppi rikosoikeudenkäynnistä sisältää inkvisitorisen kuulustelun ja todisteiden arvioimisen legaalisten sääntöjen mukaisesti.

183. Nehrman 1759, XI:59, 208-209.
184. Nehrman 1759, IX:19-22, 137-139. Tämä asioiden esittämistapa perustui sota-artikloiden prosessisääntöjen pykälään 2.
185. Nehrman 1759, IX:25-32, 141-155.

VI SUOMALAISEN PROSESSIN MODERNISOITUMINEN

11. Modernisoimisen lähtökohdat

11.1. Modernin vai kansallisen projekti

Suomalaisen oikeuden modernisoitumista koskevan keskustelun vaikeimpia ongelmia on se, että modernisoituminen tulkitaan suhteessa kansallisvaltion syntyyn. Suomalaisen yhteiskunnan suhde venäläiseen valtiolliseen ylivaltaan hallitsee keskustelua tavalla, joka yleisesti kansallisvaltioon liittyvän painotuksen lisäksi heijastaa Suomen ja Venäjä-Neuvostoliitto-Venäjän traumaattisen suhteen keskeisyyttä oman aikamme historiantulkinnassa. Ongelmaa on mahdotonta sivuuttaa suomalaisen prosessin modernisoitumisen tarkastelussa.

Kansallisen itsenäisyyden merkityksen korostaminen saa tutkijan antamaan suomalaisen yhteiskunnan omille rakenteille ja ristiriidoille toissijaisen aseman. Suomalaisen modernisoitumisen prosessin tulkitseminen 'erityistieksi' suhteessa varhain modernisoituneisiin maihin ei silloin käy päinsä, koska suhteutettuna Venäjän historiaan Suomea ei haluta tai voida nähdä illiberaalin perinteen, porvariston puutteellisuuden tai puuttumisen ja muiden saksalaisen Sonderweg-keskustelussa keskeisiksi esitettyjen piirteiden valossa. Suomalaisen eliitin toiminta näyttäytyy ruotsinvallan aikaisten instituutioiden oikeudellisena puolustamisena imperialistista ja taantumuksellista ulkovaltaa vastaan. Ruotsin aikainen yhteiskuntajärjestys tulkitaan säilyttämisen arvoisek-

si riippumatta siitä, mitä osia siitä haluttiin säilyttää ja minkälaisia uudistuksia vastaan.

Kun taas suomalaisen yhteiskunnan sisäsyntyiset ristiriidat nostetaan historian tulkinnassa päällimmäisiksi, annetaan kansallisen eliitin toiminnalle toinen tulkinta kuin kansallisen projektin näkökulmasta. Se nähdään ainakin viime kädessä oman sosiaaliryhmän eikä isänmaan edun määräämäksi. Tästä näkökulmasta laillisuustaistelu kokonaisuudessaan ja sen suomalaisten osapuolten motiivit näyttävät eliitin oman aseman ylläpitämisen sanelemilta.

Länsimaisen oikeuden modernisoitumisen on edellä esitetty olevan sidoksissa siihen tapaan, jolla valtio muodostaa yksityisen omistusoikeuden ulkoisen kuoren. Tämä tapahtuu valtion ja kansalaisyhteiskunnan, byrokratian ja markkinoiden eriytyneen kokonaisuuden kautta. Modernisoitumisprosessissa porvaristo ja erikoistunut juristien ammattikunta ovat keskeisessä asemassa. Suomessa poikkeuksellisen vahva 'kansallisen' projekti kuitenkin sekoittuu modernisoimisen tavoitteeseen tehden kokonaisuuden hahmottamisen vaikeaksi. Saksan yhdistymiseen saakka saksalainen porvaristo ja lakimieskunta olikin joissakin suhteissa samantapaisen ongelman edessä: kansallisen yhdistymisen ja ruhtinaskuntien perustuslaillisuuden vahvistamisen tavoitteet eivät välttämättä osuneet yksiin. Suomessa kansallisen autonomian ja modernisoimisen tavoitteet osuivat osaksi, mutta vain osaksi yhteen. Oikeuslaitoksen modernisoitumista koskevan tarkastelun ensimmäinen kysymys onkin sen suhteuttaminen suomalaisen yhteiskunnan 'sisäisiin' ja 'ulkoisiin' tekijöihin.

Tulkintojen vedenjakaja on siis tässä mielessä kysymys siitä, nähdäänkö suomalaisen yhteiskunnan omat rakenteelliset kysymykset vai kansallisen autonomian saavuttaminen ja ylläpitäminen siksi viimekätiseksi tulkinnan lähtökohdaksi, jonka valossa yksittäisiä kysymyksiä tarkastellaan.

Tämä tulkintojen ero vaikuttaa käsittääkseni jo siihen, miten ruotsinvallan oikeudellista perintöä arvioidaan. Jos itsenäisyyden näkökulmaa pidetään hallitsevana, tulkitaan tämä perintö herkästi luonteeltaan suhteellisen moderniksi - edistykselliseksi. Esimerkiksi Ruotsin 1734 vuoden laki käsitetään silloin melko moderniksi kodifikaatioksi. Ruotsalaisen 1700-luvun oikeuden moderniin viittaavia piirteitä ei mielestäni ole nyt tarkastelevina olevien kysymysten yhteydessä syytä liioitella. Ruotsin perustuslaillinen 'varhaiskypsyys' vapauden ajalla

oli perustunut aatelin aseman vahvistumiseen suurvalta-aseman luhistumisen jälkeen.

Oikeuden modernisoitumiselle oli syntynyt pohjaa maanomistuksen luonteen muuttumisen kautta. Isojaon aloittaminen ja säätypohjaisten omistusrajoitusten poistaminen loivat perustan modernille maahan kohdistuvalle omistusoikeudelle. *Kustaa III*:n vallankaappauksella oli ollut talonpoikien ja pikkuporvariston tuki,[1] ja vallankaappaus johti joidenkin säätyvaltion piirteiden heikkenemiseen. Keskeinen teollinen elinkeino, rautateollisuus, liittyi läheisesti maanomistukseen sekä Ruotsissa että Suomessa. Samoin sahateollisuus suuntasi porvariston mielenkiinnon maaseutuun. Etenkin ruukkiteollisuus sitoi talonpojat välittömään riippuvuussuhteeseen eikä laajentanut markkinasuhteita maaseudulle. Maaseutuun rakentuva yrittäjyys joutui ristiriitaan vanhan kauppaporvariston kanssa, mutta kykeni kuitenkin kehittämään uuden tyyppistä elinkeinonharjoittamiseen suuntautuvan säätyläistön elintapaa.[2] Kartanotalous yleensäkin ja erityisesti Suomessa oli 1700-luvulla vasta modernisoitumassa, eivätkä maanomistajat olleet tottuneet elämään pelkästään sen tuotosta.[3]

Yksinvaltiuden vahvistuminen 1770-luvulta alkaen katkaisi monien porvarillisen kansalaisyhteiskunnan syntyyn viittaavien piirteiden kehityksen. Ruotsissa Suomen sodan lopputulos merkitsi vanhan valtarakenteen murtumista ja siten uutta lähtökohtaa valtion ja kansalaisyhteiskunnan kehitykselle. Murros johti vuoden 1809 jälkeen perustuslailliseen monarkiaan ja modernin oikeusvaltion kehitys alkoi. Ruotsista irrotetussa ja Venäjään liitetyssä Suomessa yhteiskunnalliset rakenteet jäivät ennalleen. 1800-luvun Suomea leimasikin hyvin konservatiivinen poliittinen järjestelmä.

Talonpoikaisto oli 1800-luvun maatalousvaltaisen Suomen sosiaalisen rakenteen selkäranka. Yläluokan asema ei kuitenkaan perustunut maanomistukseen, vaan asemaan byrokratiassa.[4] Maan poliittisen ase-

1. Ylikangas 1986, 95-112.
2. Kuisma 1990, 20-29.
3. Eino Jutikkalan mukaan 1700-luvun kartanonomistajilla oli yleensä sotilas- tai siviilivirka, virkamiehillä puolestaan puustelli. Suomen suurimmat maatilat kuuluivat absentistimaanomistajille. Ne oli vuokrattu joko arenti- tai lampuotisopimuksin, tai niitä hoitivat voudit. Vuokrattuja tiloja hoidettiin talonpoikaisen tilanpidon tapaan. Palkollisten työllä ylläpidettyä suurtaloutta ei pidetty kannattavana. 1700-luvun lopulla Ruotsi-Suomen maataloudessa tapahtuu Werner Sombartin kuvaama kapitalismin läpimurto. Suurviljely yleistyi, kartanoiden hinnat nousevat ja alustalaisten rasitukset lisääntyivät. Jutikkala 1932 1, 131-195.

man muutos ei tässä suhteessa merkinnyt muutosta, vaan pikemminkin aikaisemman tilanteen vahvistumista. Venäjän keisari takasi valtaamansa alueen ihmisten aikaisemmat lait ja privilegiot. Näin jo *Pietari Suuri* oli tehnyt liittäessään alueita Venäjään. Suomen rauhoittamiseksi alueliitoksen jälkeen käytettiin samoja keinoja kuin Baltian maissa sata vuotta aikaisemmin. Paikallinen eliitti pyrittiin sitomaan Venäjään ja sen hallitsijaan. Suomi liitettiin Venäjään suuriruhtinaskuntana, jolla oli oma keskushallintonsa. Tämän aseman takasi keisari itse. Suomi liitettiin pikemminkin hallitsijan henkilöön kuin Venäjän valtakuntaan.[5]

Keisarillinen autonomiapolitiikka perustui olettamukseen, että liitetyn alueen poliittinen lojaliteetti voitiin parhaiten taata käyttämällä hallitsemisessa paikallisia eliittejä ja traditioita. Suomeen ulotettiin vuoden 1809 valloituksen yhteydessä hallitsemistapa, joka perustui valtakunnan tärkeimpien sukujen lojaliteettiin ja tämän lojaliteetin palkitsemiseen. *Romanovin* hallitsijasuku oli alusta alkaen kiinnittänyt tietyt aateliset suvut itseensä asettamalla nämä hoitamaan tärkeimpiä valtakunnallisia tehtäviä. Suomen senaattia voidaan tarkastella yksinvaltiaan ympärille rakentuneen pietarilaisen suosikkijärjestelmän ilmentymänä.

Venäläisellä keskushallinnolla tuskin oli käytännön mahdollisuuksia pyrkiä tehokkaasti laajentumaan valtakunnan reuna-alueille, ja senkin vuoksi valtakunnan keskuksesta katsoen periferiset alueet saivat usein jatkaa omia käytäntöjään. Suomalaisten privilegioita jopa laajennettiin. Suomeen luotiin Ruotsin valtiopäivien vastine. Perustuslait, luterilainen uskonto ja säätyprivilegiot säilytettiin. Tämä rauhoittamistaktiikka tuottikin toivotun tuloksen, sillä eliitti otti kiitollisena vastaan sille tarjotut edut. Kustaa III:n perustuslait olivat hyvin kuningaskeskeisiä ja sopivat keisarin näkökulmasta hyvin säilytettäviksi.[6] Muutos 'esimodernissa' laajenemis- ja hallitsemisperinteessä tapahtui 1800-luvun puolivälin jälkeen. 1860-luvulta alkaen venäläinen kansallisuuspolitiikka muuttui repressiivisemmäksi, ja 1880-luvulla omaksuttiin suoranaisen assimilaation linja. Linjanmuutos liittyi Venäjän valtion omaan modernisoitumiseen.[7]

Suomessa on *Aleksanteri I*:n lausuma Suomen nostamisesta kansakuntien joukkoon on saanut vahvan merkityksen. Mitä kansakunnalla

4. Alapuro 1988, 20-21.
5. Jussila 1969, 232-233 ja 1990, 22 ss.
6. Alapuro 1988, 22-24.

tässä yhteydessä tarkoitettiin? Jos kansakunta liitetään oman kulttuurisen kontekstimme mukaisesti kansallisvaltioon ja tämä tulkinta projisoidaan 1800-luvun alun lausumaan, on anakronismi ilmeinen. Kansakunnan käsite liittyy moderniin, se ei ole historiallinen, luonnollinen kansallisen identifioitumisen kohde. Kansakunta-sanalla on poliittinen etymologia. Sekä Amerikan että Ranskan vallankumous yhdisti kansakunnan ja valtion toisiinsa, vaikka kummankaan maan asukkaat eivät muodostaneet kansallista kokonaisuutta. Vallankumouksissa kansakunta nähtiin kansalaisten joukoksi, joka muodosti valtion poliittiseksi ilmentymäkseen.[8] Tässä mielessä Suomen Porvooseen kokoontuneet valtiosäädyt voitiin perustellustikin venäläisestä näkökulmasta tulkita poliittisen kansakunnan edustajiksi - Suomeahan oli tarkoitus hallita autonomisena suuriruhtinaskuntana.

Sen sijaan Suomi ei muodostanut kansakuntaa sellaisessa kansallisen yhtenäisyyden mielessä, minkä toteuttaminen on nationalismin tavoite.[9] Kansakunta tällaisena poliittisen ja kansallisen yksikön ykseytenä syntyi vasta 1800-luvun kuluessa. On kyseenalaista, missä määrin suomalainen kansakunta oli olemassa subjektiivisen kansallisuustunteen mielessä massamittaisena ilmiönä 1800-luvun lopullakaan. Pienten eurooppalaisten kansallisuusliikkeiden kehityksessä 'kansallinen tietoisuus' kasvaa yleensä epätasaisesti eri väestöryhmissä, mutta suuret massat saavat sen tartunnan viimeiseksi. Kansallisuusliikkeet omaksutaan subjektiivisessa mielessä vaiheittain. Sivistyneistön kulttuurisesta, folkloristisesta kiinnostuksesta edetään kansallis-poliittisen ohjelman muotoilemiseen ja siitä massakannatuksen kasvattamiseen.[10]

Porvoon valtiopäivillä Suomi oli kansakunta siinä mielessä, että sitä oli tarkoitus hallita kokonaisuutena. Säätyjen uskollisuusvakuutusten jälkeen pitämässään puheessa Aleksanteri puhutteli 'kunnioittavaa

7. 1700- ja 1800-luvuilla Venäjään liitettiin niin paljon ei-venäläisen väestön asuttamia alueita, että vuonna 1900 valtakunnan asukkaista oli yli puolet ei-venäläisiä. Tsaristinen laajenemispolitiikka perustui kolmeen periaatteeseen: valloituksen jälkeen alueen kansojen status quo jäi ennalleen, venäläinen hallitus pyrki yhteistyöhön ei-venäläisen alueellisen eliitin kanssa ja kansallisuuspolitiikka oli arvoihin ja uskontoon nähden suvaitsevaista. Ensimmäisen periaatteen merkitys tunnustetaan tutkimuksessa yleisesti, jälkimmäiset ovat kiistanalaisempia. Kappeler 1982, 162-169, 173-174.

8. Hobsbawm 1991, 18. Esimerkiksi Anders Chydeniukselle kansakunta on 'ihmisjoukko, joka on yhdistynyt korkeamman vallan suojaan etsimään omaa ja jälkeläistensä hyvinvointia virkamiesten avulla'. Chydenius 1880, 115.

9. Gellner 1983, 458-259.

10. Hroch 1985.

kansakuntaa' (cette nation respectable); hän itse muutti tässä kohdin Mihail *Speranskin* kirjoittamaa tekstiä, jossa puhuttiin 'kansasta' (peuple). Puheessa kuvataan Suomen liittymistä Venäjään käänteentekeväksi kansakunnan poliittiselle olemassaololle (cette réunion fera époque dans votre existence politique). Tätä on kuvattu Suomen valtiollisen olemassaolon aluksi.[11] Keisari ei puhunut valtiosta; etenkään Suomi ei ollut kansallisvaltio.

Venäläinen autokratia oli Euroopassa ainutlaatuinen. Tsaari hallitsi omissa nimissään. Keisarin alaisena toimivaa valtiobyrokratiaa modernisoitiin 1800-luvulla. Siihen luotiin vuonna 1831 rankijärjestys, jonka kautta aateli asettui hierarkkisiin asemiin sen mukaisesti, miten se osallistui hallintoon. Kaikki tietyn tasoiset virkamiehet toisaalta aateloitiin. Armeijan johtoon asetettiin keisariperheen jäseniä. Ortodoksinen kirkko oli tiukasti valtiolle alistettu. Myös opetus oli valtiollisessa valvonnassa, ja tsaari nimitti itse kaikki yliopistojen rehtorit ja professorit. Tärkeät hallinnolliset päätökset tehtiin yksinvaltaisen hallitsijan omassa neuvostossa. Venäjä oli ainoa eurooppalainen valtakunta, jossa vuonna 1848 ei ilmennyt levottomuuksia. Sen sijaan Krimin sodassa koettu tappio johti modernisoimiskauden alkuun - nytkin keisarin aloitteesta. 1860-luvun venäläinen uudistuskausi oli heikko kaiku Preussin aikaisemmasta uudistuksesta. Talonpojille jaettiin heidän viljelemäänsä maata. Tästä maksettavan korvauksen maksoi valtio maanomistajille ja keräsi pitemmän ajan kuluessa talonpojilta lunastussumman.[12]

Keisarien tulkinta omasta asemastaan perustui äärimmäiseen yksinvaltaisuuteen. Tämä ei silti tarkoittanut sitä, että keisarit olisivat 1800-luvun alkuvuosikymmeninä pyrkineet yhtenäistämään hallintoa koko valtakunnan alueella. Keisarit pikemminkin vastustivat hallinnollista keskittämistä suosivia virkamiehiään näiden pyrkiessä rajoittamaan valtakunnan reuna-alueiden oikeuksia. Näiden oikeuksien rajoittaminen oli ongelmallista siinäkin suhteessa, että ne toimivat usein malleina Venäjän omien instituutioiden kehittämiselle. Järjestyksen ylläpitämisessä keisarit turvautuivat paikallisen eliitin tukeen, ja tällaisen tuen vakiinnuttamisessa keisarit osoittivat perinteistä taitoa. Vaikka venäläinen hallinto tukeutui paikalliseen eliittiin ja status quon säi-

11. Halila 1962, 494.
12. Anderson 1979, 346-348.

lyttämiseen, ei näille yleensä annettu mitään perustuslaillisia takeita. Annetut privilegiot voitiin peruuttaa.[13]

1800-luvun kuluessa nousi kiistanalaiseksi kysymys siitä, millä tavalla hallitsijanvakuutuksessa mainitut lait sitoivat hallitsijaa. Venäjällä nationalistinen liike kehittyi vuosisadan lopulla samaan aikaan kuin Suomessakin. Slavofiilit tavoittelivat slaavilaisten kansojen tiivistä yhteistyötä ja autokraattisesti hallittua valtiota. Venäjän keskushallinnon ote aluehallintoon vahvistui vuosisadan loppupuolella. Kaikki tämä vaikutti siihen, että Suomen erillisaseman lakkauttaminen nousi esiin. Myös ulkopoliittisista syistä 'Suomen kysymys' kärjistyi venäläistämispolitiikaksi ja suomalaiseksi vastareaktioiksi.

Se hallitsijanvakuutus, jolla Aleksanteri I Porvoossa vakuutti säilyttävänsä asukkaiden siihenastiset konstituutioiden (ranskalaisessa alkutekstissä constitutions) mukaiset oikeudet ja säätyjen keisarille antamat uskollisuus- ja kuuliaisuusvalat käsitettiin Suomessa sittemmin ratkaiseviksi Suomen oikeudellisen aseman kannalta, ja voimaan jääneet 1700-luvun perustuslait tulkittiin perusluonteeltaan samanlaisiksi kuin esimerkiksi Ruotsin uudet perustuslait. Venäläisellä taholla Suomen aseman kannalta ratkaisevaksi esitettiin Suomen valloitus ja sitä seuraava rauhansopimus Ruotsin kanssa. Rauhansopimukseen ei sisältynyt suomalaisesta näkökulmasta tärkeitä perustuslaillisia takeita.[14] Suomalainen perustuslaillisuus ja legalismi rakentuivat siihen, että perustuslait velvoittivat hallitsijaa modernin konstitutionalismin edellyttämällä tavalla.[15] Venäläisen esimodernin kansallisuuspolitiikan avain ei kuitenkaan ole valtiosääntöoikeus, vaan venäläinen hallitsemisen perinne.[16]

1800-luvun alkupuolella kysymys ei joutunut koetteelle, sillä suomalainen hallinto sopeutui sille annettuun toimivaltaan.[17] Heikki *Ylikankaan* luonnehdinnan mukaan korkea virkamiehistö sai Venäjän vallan alussa Suomessa käsiinsä vallan ja piti siitä kiinni keisarin tuella.

13. Tsaarin hallinto antoi perustuslaillisia takeita hyvin haluttomasti. Tsaarin herruus perustui esivenäläisten instituutioiden legitimiteetin hyväksikäyttöön. Kappeler 1982, 165.

14. Ruotsin 1700-luvun hallitusmuodosta katso edellä "1734 vuoden laki ja 1700-luvun yhteiskunta" , sivulta 345. Osmo Jussilan mukaan Ruotsin 1700-luvun hallitusmuodot eivät vielä erottuneet institutionaalisesti muista laeista; yleinen laki ja privilegiot käsitettiin 1800-luvulle asti perustuslaeiksi, Jussila 1969, 72. Hallitsijanvakuutuksen 'perustuslait' viittasivat lähinnä 1734 vuoden siviili- ja rikoslakeihin ja 'konstituutiot' kaikkiin suomalaisten oikeuksia koskeviin valtiopäivien säädöksiin, joihin hallitusmuoto ja yhdistys- ja vakuuskirjakin luettiin. Mt., 233.

Hallitsemistapa muodostui byrokraattiseksi, ja byrokratia torjui niin valtiopäivälaitoksen kuin arvostelevan oppositionkin toimintaa. Opposition muodosti lähinnä kansallinen herätys. Taloutta rajoituttiin kehittämään virkamiesten hallitsemilla lohkoilla.[18]

Suomessa pyrittiin säilyttämään Ruotsin vallan aikainen elämänmeno. Suomalainen virkamieshallinto torjui varsin johdonmukaisesti venäläiseltä taholta tulevat ehdotukset ja pitäytyi vallitsevaan hallitsemisen tapaan. Suomessa 1800-luvun alku ehkä merkitsi tästä syystä yleistä eurooppalaista restauraatiotakin konservatiivisempaa hallintoa.[19] Toisaalta valtiokoneiston modernisoitumisen murrosvaihe keskushallinnon tasolla näyttää tapahtuneen jo 1840-luvulla. Etenkin kysymys suomalaisesta rahasta nousee esiin silloin, samoin Suomen pankin toiminnan muutos liikepankin omaiseksi laitokseksi. Verotusjärjestelmää yksinkertaistettiin ja muutettiin rahapohjaiseksi. Talonpoikien oikeutta myydä omia tuotteitaan maaseudulla lisättiin. Suomessa siirryttiin myös matalampiin tulleihin.[20]

Joissakin suhteissa autonomista Suomea varten perustetut keskeiset valtiolliset instituutiot erosivat Ruotsin vallan aikaisista. Hallinnon keskitettyyn johtoon asetettiin hallituskonselji, sittemmin senaatti.

---

15. Suomen itsehallinnon rajoja koskeva kiista kulminoitui kysymykseen siitä, mikä merkitys oli Aleksanteri I:n vahvistamalla perustuslailla. Venäläisen Ordinin teos Suomen valloituksesta vuodelta 1889 esitti Aleksanteri I:n hallitsijavakuutuksen merkinneen vain yksityisoikeudellisten, pysyvien lakien vahvistamista, joten sillä ei ollut perustuslaillista merkitystä, Nordenstreng 1920, 331. Suomen perustuslakien kodifiioimista varten asetettiin vuonna 1884 komitea, jonka työn pohjalta esitettiin ehdotus Suomen hallitusmuodoksi. Robert Hermanson kirjoitti tähän eriävän mielipiteen, jossa ilmeni hänen myöhemmin yksityiskohtaisesti erittelemänsä käsitys Suomen asemasta, Hermanson 1892. Valtio-oikeudellisesti etenkin Robert Hermanson ja Leo Mechelin puolustivat autonomian perustuslaillista perustaa. J.R. Danielson-Kalmari vastusti panslavistien väitteitä historiantutkimuksen keinoin 1890-luvun teoksillaan. Salokorpi 1988, 28-29.

16. Kappeler 1982, 165.

17. Suomalaiset tekivät yrityksiä kirjoitetun valtiosäännön aikaansaamiseksi Ruotsin kautta välittyneiden valtiosääntöoppien pohjalta. 1810-luvulta lähtien Ruotsin absolutistiset konstituutiot alettiin tulkita perustuslakidoktriinin mukaisesti. Suomessa kuten Ruotsissakin 'grundlag' sai spesifin merkityksen, mutta Venäjällä modernista perustuslaista käytettiin kokonaan uutta termiä. Jussila 1969, 236.

18. Ylikangas 1986, 103.

19. Etenkin talonpojilla, mutta myös aatelilla korporaationa oli Venäjällä heikompi asema kuin Suomessa. Suomessa kuten Baltian maissakin oli kysymys näiden oikeuksien sovittamisesta yksinvaltaiseen järjestelmään. Hallitsija palkitsi suomalaisen sääty-yhteiskunnan eurooppalaisittain poikkeuksellisen rauhallisuuden perustuslakien koskemattomuudella. Jussila 1969, 234-235.

20. Peltonen 1990, 97-99.

Tämä erosi sekä aikaisemman emämaan että Venäjän hallintoratkaisuista. Senaatti perustui kollegiperiaatteeseen, joka oli Ruotsissa juuri poistettu. Senaatin perustaminen vahvisti aatelin asemaa, koska puolet senaatista oli otettava aatelissäädyn piiristä. Aatelin asema muodostui todellisuudessa määrämuodon edellyttämää vahvemmaksikin koko 1800-luvun ajaksi.[21] Myös uutta emämaata edustava kenraalikuvernööri oli uusi instituutio - hallitsijan henkilökohtainen edustaja Suomessa. Uusi oli myös ministerivaltiosihteerin virasto, jonka tehtävänä oli esitellä Suomea koskevat asiat Pietarissa.

Kustaa III:n aikana perustetun Korkeimman oikeuden sijaan korkeinta tuomiovaltaa tuli käyttämään senaatin oikeusosasto. Sen jäsenet nimitettiin määräajaksi, eikä se muutenkaan voinut muodostua itsenäiseksi tuomiovallaksi luonnehdittavan valtiovallan käyttäjäksi. Senaatin jäsenet voitiin vaihtaa poliittisista syistä. Ylintä oikeusastetta ei sen vuoksi voinut ajatella hallinnollista mielivaltaa kontrolloivaksi elimeksi. Senaatin jäsenet oktrojoitiin yleensä kolmeksi vuodeksi, mutta kaikkia senaattoreita ei vaihdettu kerralla. Käytännössä senaattorinvirassa oltiin yleensä pitkään, senaatin oikeusosastossa vielä pitempään kuin talousosastossa.[22]

Perustuslaillisten sortokaudella käymä oikeustaistelu yleisvenäläisen lainsäädännön soveltamista vastaan ei sekään saanut sijaa senaatin oikeusosastossa, jonka tuomareiksi voitiin nimittää myöntyväisyysmielisiä. Pikemminkin perustuslaillinen vastarinta sai sijaa hovioikeuksissa.[23] Kaikkiaan 1800-luvun Suomen valtapoliittinen asetelma oli sellainen, ettei korkeimmasta oikeusasteesta voinut tulla lakia säätävää tai hallintovaltaa kontrolloivaa elintä. Venäläinen hallitusvalta torjui johdonmukaisesti suomalaiset ehdotukset korkeimman tuomiovallan irrottamiseksi poliittisesta hallitsemisesta.

Tammikuun valiokunnasta alkaen ehdotettiin senaatin oikeusosaston erottamista korkeimmaksi tuomioistuimeksi, jonka jäsenet olisivat erottamattomia. Tämä tavoite raukesi 1866 jälkeisen venäläisen taantumuskauden aikana, vaikka sitä esitettiin useita kertoja. Esimerkiksi vuoden 1872 valtiopäivillä valtiosäädyt päättivät eri säädyissä tehtyjen ehdotusten johdosta jälleen pyytää itsenäisen korkeimman oikeuden

21. Konttinen 1991, Savolainen 1992, 180.
22. Savolainen 1992, 196.
23. Esimerkiksi Viipurin hovioikeudessa nuorsuomalaiset tuomarit kieltäytyivät soveltamasta laittomiksi tulkitsemiaan yleisvaltakunnallisia lakeja, Kekkonen 1992.

perustamista ja uutta virastoa, joka valvoisi oikeudenhoitoa yleensä. Jos tällaista virastoa ei perustettaisi, valtiosäädyt pyysivät että prokuraattori (joka toimi senaatin eli hallituksen yhteydessä) velvoitettaisiin antamaan aina valtiopäivien alussa säädyille kertomus siitä, miten hän on valvonut lainkäyttöä korkeimmassa oikeudessa ja maassa yleensä. Senaatin oikeusosaston jäsenet, jotka kuuluivat maan hallitukseen, voivat joutua ristiriitaiseen tilanteeseen, jos heidän velvollisuutensa tuomareina ovat toiset kuin heidän velvollisuutensa hallituksessa. Ehdotukset korkeimman oikeuden ja erottamattomien tuomareiden asettamisesta eivät johtaneet toimenpiteisiin. 1800-luvun lopulla, venäläistämispyrkimyksien vahvistuessa, erottamattoman korkeimman oikeuden perustaminen kävi poliittisesti entistäkin mahdottomammaksi.

Senaatti ratkaisi käytännössä rutiiniasioita, mutta tärkeät asiat jäivät keisarin henkilökohtaisen päätöksenteon varaan. Keisarin henkilökohtaisena edustajana toimiva kenraalikuvernööri muodosti epäviralisen ja keisarin suosikkeihin rakentuvan hallitsemistavan ytimen. Keisari palkitsi suosikkinsa, joihin kuuluivat harvat ja valitut. Suomalaiset senaattorisuvut osallistuivat hallitsemiseen keisarin välillisen suosion varassa. Ne senaattorit, jotka eivät kuuluneet suosikkeihin, saivat ratkaista juoksevia asioita senaatin kollegiaalisen järjestysmuodon mukaisesti.

Kollegialismi liittyi kameralismin perinteisiin, joiden mukaisesti hallitsijan ja hänen hallintonsa välillä vallitsi syvä riippuvuus. Suhteet alamaisiin järjestettiin virkoihin kiinnittyvien privilegioiden muodossa, mikä johti hallinnon etatistisuuteen. Kameralistinen kollegiaalinen hallinto sidottiin valtioon, Suomen tapauksessa keisariin sen edustajana. Kollegiaalinen menettelytapa takasi sen, ettei kukaan voinut tehdä päätöksiä omin päin. Tämä merkitsi Kustaa III:n aikaisen käytännön jatkumista Suomessa, kun Ruotsissa oli jo siirrytty toisenlaiseen käytäntöön. Aleksanteri I suunnitteli tosin edeltäjiltään perimänsä hallitsemistavan muuttamista, mutta käytännössä asiat esiteltiin hänelle kuten hänen edeltäjilleenkin suosikkien välityksellä.[24]

Perustuslain mukainen kansanedustuslaitos menetti vuoden 1809 jälkeen käytännössä merkityksensä. Valtiopäiviä ei kutsuttu koolle, ja hallitseminen keskittyi byrokraattiseksi rakentuvaan hallintoon. Käytännössä kaikki poliittinen johto siirtyi byrokratialle. Varhaisemmassa

24. Savolainen 1992, 203-209.

poliittisen historian tulkinnassa Suomessa vallitsi sen vuoksi 'valtiollinen yö'. Sosiaalihistoriallisessa tutkimuksessa taas suomalaista autonomian ajan alun yhteiskuntaa on pidetty hyvin staattisena. Tätä käsitystä on uudemmassa tutkimuksessa suhteellistettu.[25]

Säätyläistöä tuli joka tapauksessa autonomian alussa yhdistämään yhteinen intressi hallita byrokratian kautta. Tämä johti hallintokoneiston uudistumiseen ja samalla eliitin luonteen muuttumiseen. Aikaisemman sotilassäädyn ja privilegioidun maan omistukseen rakentuva eliittiasema korvattiin linnoittautumalla siviilihallintoon. Hallintokoneiston muuttuminen byrokratiaksi sai vauhtia. Tämä merkitsi eliitin tulojen muuttumista. Aikaisemmin palkka oli peritty etupäässä suoraan talonpojilta luonnontuotteina, mutta 1800-luvun siviilivirkamiehet saivat palkkansa pääasiassa käteisenä rahana. Eliitin suhde talonpoikaistoon muuttui epäsuoremmaksi. Samalla siviilivirkamiehet päätyivät eri asemaan kuin papisto, joka eli virkataloissaan luontaistalouden varassa kirkollisessa 'feodalismissa' 1920-luvulle saakka.[26]

11.2. Eliitti, siviilibyrokratia ja lainopin opetus

Suomen rauhoittamiseksi Suomen sodan jälkeen paikallinen eliitti oli siis tarkoitus sitoa Venäjään ja sen hallitsijaan antamalla sille vähintään entisen kaltaiset edut. Venäläisiä provinsseja hallittiin aatelin avulla, eikä Suomessa ollut syytä pyrkiä aatelin aseman heikentämiseen. Armeijan virkoihin asettuneen suomalaisen aatelin näkökulmasta vuoden 1809 valtiollinen muutos tosin näytti jonkin aikaa hyvinkin uhkaavalta. Aleksanteri I lakkautti Suomessa toimivan armeijan, ja Porvoon valtiopäivillä koko aatelin kannalta olennainen kysymys oli näin virattomiksi jääneiden upseerien vastaisen aseman järjestäminen. Muutos uhkasi viedä suomalaisen aatelin aseman perustuksen. Ritariston ja aatelin edustajan K. von *Troilin* sanoin aateli oli ollut 'likeisimmillä siteillä yhdistettynä sotaväkeen, kun molemmilla oli samat, miehuudelle ja kunnianvelvollisuuksille omistetut periaatteet, sama tarkoitusperä ja samat ammatit'.[27]

25. Kekkonen 1987, Peltonen 1990.
26. Peltonen 1990, 87-102, 87-93.
27. Nordenstreng 1920, 24.

Valtiopäivillä nimenomaisesti huomautettiin, että upseerinvirat olivat ostettuja. Ne olivat haltijoidensa omaisuutta, joka oli jopa kiinnitettävissä velkojen vakuudeksi. Aatelissäädyssä esitettiin Porvoon valtiopäivillä neljä eri anomusmuistiota sotaväen toimeentulon turvaamisesta.[28] Alemmat säädyt myönsivät, että akordin maksaneilla oli oikeus saada siitä valtion korvaus, ja että valtion pitäisi myös avustaa vanhoja, raihnaita sotilaita. Ainoakaan aateliton sääty ei silti suostunut upseerien palkkojen ja vuokratalojen säilyttämiseen omistajilla näiden elinajan ja kaikki kolme aatelitonta säätyä vastusti veroja lisääviä sotilaseläkkeitä.[29] Porvarissäätykin vastusti virkaetujen jatkamista sellaisinaan. Valtiosäätyjen kautta ei siten voinut saada tukea aatelin tavoitteille.[30]

Upseerit lähestyivätkin keisaria suoraan lähetystönä. Aleksanteri I ratkaisi ongelman tavalla, joka tyydytti aatelia. Upseereille päätettiin vuonna 1810 maksaa palkkaedut vähentymättöminä, vaikka sotavoimat lakkautettiinkin.[31] Kun Suomeen myöhemmin perustettiin uudestaan sotilasvirkoja, ei akordijärjestelmä enää elpynyt. Ruotsissa viranostojärjestelmän lakkauttaminen vei pitempään.[32] Tässä suhteessa valtiollinen muutos nopeutti yksityisluontoisten virkaprivilegioitten häviämistä.

Armeijan lakkauttaminen jätti aatelin vaille varsinaisia tehtäviä. Uuden siviilibyrokratian kautta tätä puutetta oli mahdollista korvata. Jo Porvoon valtiopäivillä esitettiin perustettaviksi monia virkoja, ja edelleen uusia virkoja syntyi keskushallintoa luotaessa. Oikeuslaitosta nämä muutokset koskivat kuitenkin vain ylimmän tuomiovallan käytön suhteen, sillä hovioikeuksien ja alioikeuksien rakenne jäi entiselleen. Tosin Porvoon valtiopäivillä esitettiin kahdessa aatelissäädyssä pide-

28. Niistä perusteellisin oli valtiopäivillä muutenkin keskeisessä asemassa olleen vapaaherra C. E. Mannerheimin. Sääty pyysi yksimielisesti, että suomeen jääneet suomalaisten rykmenttien upseerit ja aliupseerit saisivat pitää palkkansa ja virkatalonsa. Sotamiehiin asti akordijärjestelmä ei ulottunut, joten heille anottiin vain vuoden palkkaa. Osa korpraaleista kuului jo akordin maksaneisiin. Nordenstreng 1920, 23.

29. Nordenstreng 1920, 25.

30. Porvoon valtiopäivien tarkoituksena ei toisaalta ollutkaan saada aikaan päätöksiä, vaan saada tietoa säätyjen mielipiteistä. Mihail Speranskin luonnehdinnan mukaan valtiopäiviltä ei haluttu 'päätöksiä, vaan yksinkertaisia neuvoja'. Osa säädyille esitellyistä asioista kuului säätyjen ratkaistaviin, osa keisarin. Molemmista keisari halusi saada säätyjen lausunnon. Halila 1962, 470-481.

31. Manifesti 27 maaliskuuta 1810.

32. Palmen 1924, 545.

tyssä puheenvuorossa laamanninoikeuksien lakkauttamista tarpeettomina tai suorastaan haitallisina väliasteina. Laamanninoikeuksien ylläpitämiseksi koottavat verot olisi ehdotusten mukaan voitu käyttää kihlakunnantuomarien tai opettajien palkkaamiseen.[33] Tällaisia muutoksia ei tehty.

Suomen hallinnon uudelleenorganisointi edellytti kuitenkin uuden valtiokoneiston tulojen ja menojen ja siten myös verotuksen uudelleenarvioimista. Hallitus kehotti säätyjä ehdottamaan verotuksen yksinkertaistamista verojen kokonaissummaa vähentämättä, jotta yleistä hyvää edistävä hallitus voitaisiin palkata.[34] Veroparseelien vähentämisessä ei kuitenkaan edistytty vuonna 1809. Jo ennestään virkamiesten palkkaus valtion menoista tärkeä pääerä, ja hallituskonseljin palkkaus ja muut menot lisäsivät tätä menojen luokkaa.

Porvoon valtiopäivien jälkeen valtiopäiviä ei kutsuttu koolle yli 50 vuoteen. Suomen valtion tulot ja menot saatettiin tasapainoon, niin että uusia veroja varten ei ollut tarvetta kutsua valtiopäiviä koolle. Säätyläisiä yhdisti intressi ylläpitää hallitsemistapaa, jossa byrokratia oli ratkaisevassa asemassa. Kun privilegioituun maanomistukseen ja sotilasuraan rakentuva eliittiasema oli korvattu siviilihallinnon virkoihin perustuvalla, muuttui eliitin luonne tärkeällä tavalla. Eliitti joutui etsimään itselleen uuden identiteetin. Suomen autonominen asema ja byrokratia olivat sen näkökulmasta arvokkaita. Sekä senaatti että Suomen asioiden komitea (myöhemmin valtiosihteerinvirasto) Pietarissa olivat eliitin käsissä. Byrokratian ja ensimmäisen säädyn intressit olivat pitkälti samat.[35]

1800-luvun tärkeitä hallinnollisia ja poliittisia kysymyksiä oli virkamiesten koulutus. On esitetty eri syitä sille, miksi virkamieskoulutus tuli ajankohtaiseksi juuri autonomian ajan alussa. On esitetty, että Suomessa pidettiin tärkeänä estää venäläisen provinssivirkamieskunnan

33. Vapaaherra August Armfelt esitti aatelissäädyssä valtiopäivillä muistion, jonka mukaan uusia virkoja perustettaessa pitäisi poistaa tarpeettomia virkoja, ja tällaisia olivat laamanninvirat. Laamanninoikeudet lisäsivät oikeudenkäynnin kustannuksia ja aiheuttivat ajanhukkaa (R.o.A. Pr. II; 223-225). Johan Tandefelt esitti samoin aatelissäädyssä laamanninvirkojen lakkauttamista, koska niissä 'tunnetusti' oli vain haittaa. Hän kuvasi Suomea virkamiesvaltioksi, jonka byrokratiaa olisi kevennettävä rahvaan aseman helpottamiseksi. Tandefelt esitti muutoksia myös alioikeuksien rakenteeseen (R.o.A, Pr. II, 316). Laamanninoikeuksien lakkauttaminen oli esillä valtiopäivillä jo 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaarta käsiteltäessä.

34. Hallituksen esitys n:o 2 kruununverojen kannosta, 1809 vp.

35. Alapuro 1988, 25.

mallin leviäminen Suomeen - venäläistä virkakuntaa pidettiin korruptoituneena. Toisaalta on myös esitetty, että virkamieskoulutuksen ja pätevyysvaatimusten korostaminen oli osa aatelin eliittiaseman säilyttämiseen tähtäävää strategiaa.

Virkatutkintojen uutta määrittämistä alettiin valmistella pian valtiollisen vallanvaihdoksen jälkeen, ja mm. Matthias *Calonius* osallistui kysymyksen käsittelyyn. Yliopiston asema vahvistui Venäjän vallan alussa.[36] Vuonna 1817 annetulla asetuksella säädettiin sekä oikeus- ja hallintovirkoihin pyrkiviltä vaadittavien tutkintojen sisältö että eri virkoihin vaadittavat koulutusvaatimukset.[37] On katsottu, että tämä asetus merkitsi oikeustieteellisen virkatutkinnon muodostumista ehdoksi oikeuslaitoksen ja hallinnon virkoihin pääsemiselle, mikä 'heikensi aatelin otetta viroista samalla, kun se edisti legalismia ja itse asiassa vahvensi virkakunnan asemaa'.[38]

Toisaalta on katsottu, että juuri aatelin tarve säilyttää byrokratian kontrolli itsellään selittää sen, miksi pääsyä virkoihin alettiin juuri autonomian ajan alussa rajoittaa juridisen virkatutkinnon avulla.[39] Siviiliviran ja yliopistokoulutuksen liittäminen yhteen saattoi tehokkaasti sulkea alemmat yhteiskuntaryhmät edullisista virka-asemista, samalla kun tätä etuoikeutta ei enää perusteltu syntyperällä vaan asiantuntemuksella ja henkilökohtaisilla ansioilla. Max Weberin tulkinnan mukaan tutkinnot syntyvät rajoittamaan pääsyä virkoihin. Koulutuksesta tulee monopoli, jonka kautta pääsyä yhteiskunnallisiin asemiin rajoitetaan.[40]

Virkamieskoulutus keskittyi siis vuoden 1817 asetuksen mukaan yliopistoon. Aikaisempi auskultointiin ja käytännön oikeudenkäyttöön perehtyminen syrjäytyi rekrytointikanavana. Virkauralle pyrkivien oli asetuksen mukaan ilmoittauduttava lainopilliseen tiedekuntaan. Virkatutkinnon suorittajat ja tieteellisen tutkinnon suorittajat erotettiin toisistaan. Perinteisiä tieteellisiä tutkintoja (juridisia, lääketieteellisiä tai teologisia) varten opiskelevilta vaadittiin yleissivistäviä opintoja, täydellistä filosofian kandidaatin tutkintoa. Sen sijaan virkatutkintoa

36. Vuoden 1811 menosäännön mukaan Turun akatemian opettajamäärä kasvoi huomattavasti. Virkamieskoulutuksen järjestäminen edellytti yliopiston tukemista. Autio 1981, 8.
37. A 3 marraskuuta 1817.
38. Ylikangas 1986.
39. Konttinen 1991.
40. Konttinen 1988:2, 91-104.

suorittavilta ei vaadittu tätä pohjasivistystä. Tämä merkitsi yleissivistävän tiedeyliopiston muuttumista ammatillisempaan suuntaan.[41]

Yliopisto siirrettiin Turun palon jälkeen vuonna 1828 Helsinkiin, ja samalla perustettiin kolmas lainopillinen professorin virka. Uusi professorin virka käsitti roomalaisen oikeuden ja Venäjän lainopin. Tämä kytkentä liittyi Venäjän lainsäädännön kodifioimisen hankkeeseen.[42] Lainopillista tiedekuntaa laajennettiin 1800-luvulla huomattavasti. Ruotsin ajan lopulla Matthias Calonius oli ollut Turun lainopillisen tiedekunnan ainoa opettaja; vuosisadan lopulla Helsingin tiedekunnassa oli kahdeksan professuuria ja kaksi apulaisprofessuuria. Samalla professorien status nousi. Lainopillinen tiedekunta muodosti hyvän astinlaudan korkeimpaan hallintoon tai (yleensä konservatiiviseen) poliittiseen uraan pyrkivälle. 1800-luvun alkupuolella yliopiston opettajakunta oli maan johtavien byrokraattien silmissä epäilyttävää joukkoa, mutta 1860-luvulta alkaen moni tiedekunnan jäsen teki näyttävän karriäärin.[43]

Virkamiestutkintoon tähtäävä koulutus jakaantui oikeuslaitoksen ja hallintovirkamiesten linjoihin. Oikeustutkinto antoi pätevyyden senaatin oikeusosaston ja hovioikeuksien virkoihin, kameraalitutkinto taas hallinnollisiin ja verohallinnollisiin virkoihin. Yliopiston siirtyminen Helsinkiin vuonna 1828 ei merkinnyt virkatutkintojen suhteen mainittavia muutoksia. 1850-luvulla tapahtui yliopistoon johtavassa koulutuksessa muutoksia. Vuoden 1852 yliopiston statuuttien mukaan yliopistoon ei enää päässyt yksityisopetuksen pohjalta. Pääsyvaatimuksena oli lukio. Tämän jälkeen koulutus perustui oppilaitoksien hierarkkiseen sarjaan.[44] Oppikoulu ja yliopisto muodostivat byrokratiaan johtavan kanavan, joka tosiasiassa toimi selektiivisemmin kuin varhempi koulutustie. Talonpoikaisylioppilaiden osuus etenkin yliopistoissa väheni 1800-luvulta 1840-luvulle lähes 21 prosentista runsaaseen yhdeksään prosenttiin.

41. Klinge et al. 1989, 334, 337.
42. Klami 1977, 15.
43. Björne 1987, 54-56.
44. Vuonna 1871 virkatutkintojärjestelmää uudistettiin niin, että ylempiin oikeuslaitoksen virkoihin vaadittiin yleinen oikeustutkinto. Lisäksi oli mahdollista suorittaa tuomarintutkinto ja kameraalitutkinto, joista edellinen antoi pätevyyden alempiin oikeuslaitoksen virkoihin, jälkimmäinen alempiin hallinnollisiin virkoihin, kuten nimismieheksi ja kruunuvoudiksi. Tarvainen 1991, 24-30.

Autonomian ajan byrokratia käsitti suomalaisen eliitin jokseenkin kokonaan. Aatelilla oli vahva ote virkahierarkian ylimpiin tasoihin, joihin juridinen yliopistollinen tutkinto takasi pääsyn. Akateeminen lakimieskoulutus tuotti eliitin jäsenille ammatti-identiteetin juristeina. Virka-uralla eteneminen toisaalta perustui säätysolidaarisuuteen ja sukulaisuussuhteisiin. Senaatti ja korkeat virat Pietarissa lankesivat hyvin pienelle piirille, jonka yhteenkuuluvuutta takasivat sukulaisuussuhteet ja keskinäiset avioliitot. Vuosien 1809 ja 1870 välillä voidaan puhua todellisista senaattorisuvuista, jotka seurustelivat ja avioituivat keskenään; senaattorin asemaan pyrkivälle paras suositus oli etsiä puoliso kenraalikuvernöörin tai senaattorien sukulaisten joukosta.[45]

Alempiin tuomarinvirkoihin tuomarit nimitettiin periaatteessa elinikäisesti. Vuoden 1772 hallitusmuodon 10 pykälän mukaan hovioikeuden piti tehdä ehdotus kihlakunnantuomarin virkojen täyttämisestä ja kuninkaan nimittää joku ehdotetuista. Kuitenkin 1700-luvun lopulla monia Suomen tuomiokuntia jaettiin. Kihlakunnantuomarit ehdottivat itse tuomiokuntiensa jakamista ja ehdottivat jonkun nimenomaisen henkilön nimittämistä tuomiokunnastaan irtaantuneen osan tuomariksi tai pyysivät virkaeroa ja samalla nimenomaisen henkilön määräämistä virkaan.[46] Tuomarinvirkoihin suhtauduttiin 'saavutettuina oikeuksina'. Tuomarin erottamattomuus käsitettiin hyvin laajassa merkityksessä. Virka ja siihen liittyvät edut käsitettiin yksityisoikeuteen rinnastuvaksi oikeudeksi, johon ei voitu puuttua kuin tuomarin omalla suostumuksella. Kun kihlakunnanoikeuksia jaettiin, oli saatava aiempi kihlakunnantuomari tyytymään vähentyneisiin palkkaetuihin tai korvattava menetykset. Jos tuomari itse halusi jäädä eläkkeelle tai vähentää työmääräänsä, hän teki seuraajansa kanssa sopimuksen virkaan kuuluvien etujen jakamisesta seuraajansa kanssa. Viranosto- eli akordijärjestelmän mukaisesti virkamies myi viran seuraajalleen akordisummasta ja varmisti näin itselleen eräänlaisen eläkkeen.[47]

---

45. Savolainen 1992, 174.

46. Tegengren 1900, 35-36. Esimerkiksi Sääksmäen ylisen ja alisen tuomiokunnan kihlakunnantuomari nimitettiin vuonna 1793 siten, että kihlakunnantuomari-isä pyysi poikansa nimittämistä isän virkaan heidän sopimiensa ehtojen mukaisesti. Vuonna 1795 myönnettiin Piikkiön ja Halikon kihlakunnantuomarille ero ja hänen jälkeensä määrättiin jaettuun kihlakuntaan kaksi uutta kihlakunnantuomaria ehdolla, että aikaisempi kihlakunnantuomari saa loppuelämänsä nauttia koko käräjäkestityksen, kruununpalkan ja ns. puustelliveron. Tällainen virantäyttömenettely oli sääntö eikä poikkeus.

47. Rytkölä 1948.

Näin virkajärjestelyjä ja tuomioistuinten organisaation muutoksia ei pidetty mahdollisina ilman tuomareiden suostumusta, jos muutokset vaikuttivat virassa olevien tuomareiden tuloihin. Viranostojärjestelmä toimi Suomessa edelleen autonomian ajan alkupuolella. Vielä 1860-luvulla muisteltiin aikaa, jolloin oli maksettava pääsystä hyväpalkkaiseen tuomarinvirkaan.[48] Vaikka viranostojärjestelmä väistyi, käsitettiin virka edelleen saavutetuksi oikeudeksi. Tämä teki alemmista tuomareista hyvin riippumattomia etenkin suhteessa tuomioistuimien käyttäjiin.

Senaattorisukujen tihentyminen kulminoitui 1860-luvulla, jolloin yli 30 senaattoria kuului 'sukuverkostoon'. J. V. *Snellman* oli yksi erittäin harvoista verkoston ulkopuolelta senaattoriksi nimitetyistä miehistä. Snellmanin lähtiessä senaatista palattiin tässä suhteessa eräänlaiseen normaalitilaan. Oikeudenkäymiskaaren jääviyssäännöksen noudattaminen tuotti 1850-luvulta alkaen huomattavia vaikeuksia päätöksenteolle. Vuonna 1856 prokuraattori C. E. *Gadd* vastasi kenraalikuvernööri F.W. *Bergin* kysymykseen, ettei senaatissa ollut tarpeen ottaa OK 1:6:n jääviyssääntöä tulkittaessa huomioon lankoutta, jos paikalla oli enemmistö ei-jäävejä senaattoreita.[49] Kaikista senaatin talousosaston ennen vuotta 1905 nimitetyistä virkamiehistä 76 prosenttia oli peräisin virkamiesperheistä.[50] Oikeusosaston koostumusta on tutkittu vähemmän. 1870-luvulta alkaen senaattoreiksi otettiin pappis- ja porvarissäädystä lähtöisin olevia miehiä, senaatin loppuaikana syntyperältään talonpoikaisiakin. Aatelisto säilytti merkityksensä yliopistolla; se siirtyi liike-elämään ja paikallishallintoon.[51]

Korkeat hallinnon ja tuomioistuinlaitoksen virat joka tapauksessa keskittyivät syntyperäiselle eliitille, jota sukulaisuussuhteiden lisäksi yhdisti lakimieskoulutus. Tämä tuotti useimmissa asioissa hyvin yksituumaisen hallitsemisen rakenteen, jota virkamieskoulutuksen tuottama ammatillinen identiteetti sekä eliittivirkamiesten sosiaaliset ja sukulaisuussiteet kannattelivat. Lakimiesammattikunnan identiteetti perustui 1800-luvun alkupuoliskolla tällaiseen koulutuksen ja säätytaustan yhtäläisyyteen.

48. Tegengren 1900.
49. Savolainen 1992, 195-201.
50. af Ursin 1980.
51. Savolainen 1992, 195.

Lakimiesammattikunnan sisäinen järjestäytyminen vapaan yhdistystoiminnan muodossa lisäsi ammatti-identiteetin merkitystä. Vuonna 1862 perustettiin lakimiesten yhdistys, Juridiska Föreningen i Finland.[52] Seuralla oli pääosasto Helsingissä ja sivuosastoja hovioikeuskaupungeissa (Turussa, Vaasassa ja Viipurissa). Yhdistyksen piirissä käytävillä oikeuspoliittisilla keskusteluilla oli suuri paino, sillä niihin osallistuivat juuri ne tahot, joiden varassa oikeudellinen diskurssi ankkuroitui yhteiskunnallisiin instituutioihin. Yhdistyksen jäsenkuntaan kuului sekä senaatin virkamiehiä, muita keskushallinnon virkamiehiä, tuomareita että lainopin professoreita. Yhdistys yhdisti sekä poliittista, hallinnollista, tieteellistä ja tuomarivaltaa käyttävät lakimiehet. Oikeuslaitoksen uudistamisesta käytävä julkinen keskustelu kanavoitui alun perinkin juristiammattikunnan sisäiseksi. Muutaman vuosikymmenen ajan Juridiska Föreningen monopolisoi juridista ammatillista keskustelua.

1840- ja 1850-luvuilla ruotsinkielinen sivistyneistö rakensi Suomesta ihannekuvaa 'ikivanhan talonpoikaisen vapauden, suhteellisen korkean kansansivistyksen ja henkiin herätetyn perustuslain' maana. Perustuslaille etsittiin vanhoja juuria. Ruotsalaisen menneisyyden korostaminen ruokki venäläisyyden halveksuntaa. Oman maan nähtiin olevan kulttuurisesti ja sosiaalisesti Venäjää paljon korkeammalla, ja venäläistä politiikkaa kohtaan tunnettiin epäluottamusta.[53] Omaa yhteiskuntaa koskevan tulkinnan lähtökohtana oli ruotsalainen talonpoikainen vapaus. Professori J. J. *Nordström* oli tämän historiallisen tulkinnan esittäjänä tunnetuin. Ruotsalaisen perinnön vaaliminen johti Nordströmin eri kannalle J.V. *Snellmanin* kanssa. Nordströmin siirtyminen Ruotsiin valtakunnan arkistonhoitajaksi vapautti sivistyneistön keskuudessa alaa erityisen suomalaisuuden varaan rakentuvan ajattelun levittämiselle.

Suomenkielisten lakimiesyhdistysten perustaminen monimutkaisti tilannetta, ja lakimieskuntaa vuosisadan vaihteessa hajoittanut suhtautuminen venäläistämispolitiikkaa kohtaan vaikeutti sitä huomattavasti. Ruotsinkieliselle juristiyhdistykselle syntyi vuonna 1898 suomenkieli-

52. Yhdistys aloitti toimintansa jo vuonna 1856. Se hakisääntöjensä vahvistamista vallitsevan konsessiojärjestelmän mukaisesti, mutta vuosina 1856 ja 1859 tehtyihin lupahakemuksiin ei suostuttu. Keväällä 1861 yhdistys päätti tehdä uuden lupaanomuksen. Tässä vaiheessa anomuksen taakse asettui mm. hovioikeuksien tuomareita, ja siihen suostuttiin. Stenius 1987, 86. Ks. myös JFT 1965, 1-14.

53. Federley 1958, 11-12

nen kilpailija, 'Suomalaismielisten juristien klubi', sittemmin Suomalainen lakimiesyhdistys.[54] Kansanedustuslaitoksen demokratisoinnin jälkeen juridis-poliittisen eliitin liikkumavara kaventui.

Euroopassa prosessioikeutta modernisoitiin yleensä 1700-luvun lopulta 1800-luvun lopulle ulottuvana ajanjaksona. Suomessa vallitsi monissa suhteissa ihanteellinen tilanne modernien prosessioikeudellisten periaatteiden omaksumiselle. Maassa oli yhtenäisesti koulutettu, sosiaalisesti homogeeninen lakimieskunta, jonka edustajat muodostivat sekä lakia säätävän että hallintovallan ytimen. Tässä suhteessa olosuhteet olivat prosessioikeuden uudistamisen kannalta hyvin otolliset.

11.3. Suomalainen lainoppi autonomian ajan alkupuolella

Lainopin tehtävä 1800-luvun alun Suomessa määräytyi näin byrokraattisen virkamiesvaltion välittömistä tarpeista. Lainopillisen virkatutkinnon kautta syntyi sellainen opillinen monopoli, jota Max Weber kuvaa byrokratisoitumiselle ominaiseksi. *Tieteellistä* lainoppia Suomessa harjoitettiin eri syistä niukasti. Teoreettinen ja käytännöllinen lainoppi oli 1700-luvun Ruotsissa erotettu toisistaan niin, että teoreettinen käsitti aineellisoikeudellista ainesta, käytännöllinen taas lain soveltamista ja tulkintaa koskevat opit sekä juristin käytännöllistä toimintaa koskevia esityksiä. Virka- ja tieteellisen tutkinnon erottaminen toisistaan johti siihen, että tieteellisen tutkinnon suorittamisesta olivat kiinnostuneita lähinnä yliopistouralle suuntautuvat. Virkatutkintouudistus merkitsi kokonaisuudessaan yliopiston suuntautumista käytännöllis-ammatilliseen suuntaan.[55]

Oikeudellisen tulkinnan säännöt eivät 1800-luvun alkupuolen lainopin esityksissä poikenneet David *Nehrmanin* ja Matthias *Caloniuk-*

54. Yhdistys toimi aluksi epävirallisesti, koska sen ei uskottu saavan virallista lupaa toiminnalleen. Yhdistyksen perustajiin kuuluivat mm. K.J. Ståhlberg ja J.K. Paasikivi. Yhdistys perustettiin virallisesti jälkimmäisellä nimellä. Ailio 1928, Borenius 1938 ja Ikkala 1948, 8-9. Yhdistys julkaisi jo vuodesta 1903 alkaen Lakimieslehteä. Lehden ohjelmaan kuului lainopillisten kirjoitelmien julkaisemisen lisäksi suomen kielen vahvistaminen laki-, virka- ja lainopin kielenä. Saarialho 1948, 90-91.

sen edellisellä vuosisadalla esittämistä. Lain soveltamista ja tulkintaa ei pidetty ongelmallisena. Caloniuksesta alkaen suomalaiset lainoppineet esittivät, että tuomarin päättely seuraa loogista syllogismia. Suomalaisen oikeudellisen tulkinnan teorian riidattomuus johtuu osittain varmasti siitä, että tutkijoita ja tutkimuksia oli vähän; lainopin sisäinen kritiikki oli olosuhteiden pakosta vähäistä. Sosiaalisesti homogeenisessa ylemmässä tuomarikunnassa ei oletettavasti noussut esiin jyrkästi toisistaan eriäviä tulkintoja. Tuomioistuinkäytännön noudattamia oikeudellisen tulkinnan sääntöjä on lähes mahdoton rekonstruoida, koska tuomioistuimet perustelivat tuomionsa hyvin niukasti. Jos argumentointi tuomioistuimissa perustui yhtä moniaineksiseen lähdepohjaan kuin lainopissa, on käsitys suomalaisille tuomioistuimille ominaisesta vahvasta positivistis-legalistisesta tulkinnasta yhtä ongelmallinen kuin saman ajan saksalaisten tuomioistuimien kuvaaminen subsumtioautomaateiksi.

1800-luvun alkupuolella Suomessa samoin kuin Ruotsissakin tehtiin saksalaisen historiallisen koulun ohjelman mukaisesti historiallisia tutkimuksia. J.J. *Nordström* oli merkittävä auktoriteetti sekä Suomessa että Ruotsissa. Suomessa luonnonoikeudellinen perinne säilytti uskottavuutensa pitkälle 1800-luvulle, ja vielä vuonna 1852 annettujen yliopiston statuuttien mukaan lainopillisessa tiedekunnassa oli luonnonoikeuden ja kansainoikeuden oppituoli. 1800-luvun kuluessa kuitenkin luonnonoikeus menetti uskottavuutensa, eikä sillä juuri ollut merkitystä oikeuslähdeopissa.[56] Yleensä ensisijaiseksi oikeuslähteeksi mainittiin säädetty laki.

Ruotsissa 1840-luvulla julkaistut Fredrik *Schreveliuksen* siviilioikeuden esitykset olivat käytössä myös Suomessa. Schrevelius esittää saksalaisen historiallisen koulun opin tavanomaisesta oikeudesta tässä teoksessaan.[57] Schreveliuksen mukaan 'kansanoikeus' on väärin oletettu merkityksettömäksi lähteeksi. Tavanomainen oikeus perustuu kansan vakaumukseen kuten lakikin, ja ero näiden välillä on vain siinä,

55. Vuoden 1817 oikeus- ja hallintovirkoihin pyrkivien tutkintoja koskeva asetus edellytti tieteelliselle uralle suuntautuvilta juridista tutkintoa, johon sisältyi täydellinen filosofian kandidaatin tutkinto. Virkatutkinnon suorittajilta sitä ei vaadittu; yliopistolla vahvistui virkamiehiä valmistava linja. Sivistysyliopisto suuntautui ammatilliseen koulutukseen. Klinge ym. 1989, 337. Linja oli toinen kuin saksalaisessa 'Humboldt-yliopiston' ihanteen mukaisessa uudistuksessa.

56. Björne 1987, 60-62.

57. Lars Björnen mukaan Schrevelius on ensimmäinen ruotsalainen lainoppinut, joka nimenomaisesti lähtee saksalaisen koulun käsityksistä. Björne 1991, 81-82.

miten tieto kansan vakaumuksesta saadaan. Kysymyksessä voi olla yleinen maantapa tai tietyn ihmisryhmän tapa, kutyymi. Sananlaskut voivat ilmaista kansan vakaumusta. Myös uskottavien henkilöiden kertomus ja kirjallinen todistelu voivat osoittaa vakaumuksen olemassaoloa. Yleensä oletetaan, että sen joka tapaan viittaa on todistettava tavan kuten faktojenkin olemassaolo. Jos tuomari tuntee tavan, niin hän on kuitenkin velvollinen tuomitsemaan sen mukaan, vaikka siihen ei vedottaisi. Kun tuomarit saavat tieteellisen koulutuksen, he tuntevat kirjoitetun lain hyvin, mutta sen sijaan aikaisempaa huonommin kansan tavat. Siksi lakeihin ja varsinaisen kansanoikeuteen suhtaudutaan eri tavoin: tuomari ei ole velvollinen tuntemaan kansanoikeutta. Oikeusteorian ja -käytännön käsittämistä oikeuslähteiksi eivät kaikki pidä sopivana, mutta oikeustiedettä työkseen harjoittavat välttämättä saavat suuremman asiantuntemuksen ja vaikutuksen kansan oikeuteen.[58]

W.G. *Lagus*.[59] J.J. Nordström[60] ja Johan Philip *Palmén* pitivät suomalaisen oikeuden yhteyttä ruotsalaiseen historiaan keskeisenä. 1800-luvun puoliväliin saakka lainopillinen tutkimus valitsi kohteensa historiallisin perustein. Vanhojen lakien, tapojen ja kielen varjeleminen tai yleisemmin läntisten kulttuuriyhteyksien säilyttäminen oli oleellista, ja yhteenkuuluvuutta Ruotsin kanssa voitiin yksinkertaisimmin ilmaista oikeushistoriallisen tutkimuksen avulla.[61] Historiallinen tulkinta mahdollisti suomalaisten tulkitsijoiden pitäytymisen ruotsalaisen yhteiskunnan tulkintakontekstissa.

J.J. Nordström käsitti kansan lait sen luonteen ilmentymäksi. Nordström rajoittui historiallisissa tarkasteluissaan painettuihin lakiteksteihin, joita Carl Johan *Schlyter* toimitti julkisuuteen. 1820-luvulta alkaen saksalaisen historiallisen koulun teesit tunnettiin Suomen akateemisessa maailmassa. Oikeushistorian tutkimisessa ei kuitenkaan omaksuttu historiallisen koulun metodeita, ja historiallisen koulun tuntemus oli Suomessa epäteoreettista, deskriptiivista ja pinnallista.[62] 1850-luvulle saakka Suomen autonomian ajalla ei julkaistu ollenkaan

58. Schrevelius 1851, 48-52.
59. J. W. Lagus viittasi kirjoituksissaan saksalaisen historiallisen koulun esityksiin, etenkin von Savignyn ja Eichhornin teoksiin. Lindman 1948, 29.
60. J.J. Nordströmin Bidrag till den svenska samhällsförfattningens historia toimi suomalaisten juristien keskuudessa tärkeimpänä ruotsalaisen historian merkityksen korostajana. Lindman 1948, 60.
61. Klami 1977, 43-45.
62. Björne 1987, 86.

oikeusdogmaattisia esityksiä; vain kameraalioikeutta käsittelevässä esityksessä kirjoitettiin oman ajan voimassa olevasta oikeudesta.[63]

Palmén puolusti 1734 vuoden lain, siis voimassaolevan oikeuden, historiallista tulkitsemista vuonna 1852 kirjoittamassaan teoksessa, ja hänen laajalle levinneen juridisen käsikirjansa[64] johdanto esittelee pinnallisesti erilaisia edellisen ja oman vuosisadan alun lainopillisia suuntauksia. Positivismi voitti suomalaisessa lainopissa alaa, mutta tämä ei merkinnyt pitäytymistä kansallisiin oikeuslähteisiin. Luonnonoikeus korvattiin vetoamalla eurooppalaiseen kansainoikeuteen. Palmén tosin tunnustautui luonnonoikeustieteilijäksi, mutta aikaisemmin luonnonoikeudeksi esitetty lainopin aines ymmärrettiin nyt yleiseksi oikeustieteeksi tai oikeusfilosofiaksi.[65] Vaikka Palménin käsikirjan mukaan oikeusnormin tulee olla lainsäätäjän nimenomaisesti antama, hänen mukaansa tavanomainen oikeus on järjellistä ja kaikki oikeus alun perin tavanomaista.[66]

Yleiseurooppalainen ius gentium siis korostui. Perusteluna oikeudellisten periaatteiden ja käsitteiden pätevyydelle esitettiin se, että ne esiintyvät yleisesti sivistyneiden eurooppalaisten kansojen historiassa. 1800-luvun loppupuolen suomalaiset juristitutkijat olettivat kulttuurikansojen oikeuteen sisältyvän universaalin ytimen, joka ilmenee kansallisessa positiivisessa oikeudessa. Ylipositiivinen, universaali aines ei kuitenkaan ole löydettävissä positiivisen oikeuden ulkopuolelta, vaan siitä itsestään. Tällainen lähestymistapa salli lainoppineiden esittää lainopilliset systeeminsä yleispäteviksi. Lakikirjan muoto jäi näin koskemattomaksi, mutta lain systematisoinnissa irtaannuttiin siitä ja rakennettiin suomalaisen oikeuden systeemi yleiseurooppalaisen - käytännössä tosin Ruotsiin omaksutun saksalaisen lainopin - systematiikan pohjalta.

Vasta 1860-luvulla Suomeen syntyi varsinaista oikeusdogmaattista kirjallisuutta. 1800-luvun loppupuolella teoreettiset lähtökohdat etsittiin saksalaisesta käsitelainopista; käsitelainoppikaan ei katkaissut suomalaisten lainoppineiden ajattelussa vuosisadan alkupuolella syntynyttä käsitystä oikeuden universaalista ytimestä.[67]

---

63. von Bonsdorff, 1833.
64. Palmén 1859.
65. Björne 1979, 61.
66. Björne 1991, 85-86.
67. Björne 1987, 64.

11.4. Byrokraattinen esivaltavaltio

Ennen vuotta 1840 suomalaisen hallituksen kiinnostus suuntautui olevan säilyttämiseen. 1840-luvulta alkaen senaatissa ilmeni elinkeinovapautusta ennakoivaa uudistusmieltä. Tämä ilmentää eliitin oman rakenteen muuttumista ja 'liikemiesaatelin' merkityksen lisääntymistä.[68] 1840- ja 1850-luvuilla hallitus alkoi toteuttaa aktiivista valtion talouspolitiikkaa, ja Krimin sodan jälkeen itsevaltiuden romahdus antoi pontta myös kotimaiselle porvaristolle.[69] Hallintokoneisto muuttui suhteessa taloudelliseen liberalismiin 'byrokraattis-konservatiivisesta' 'porvarillis-liberaaliksi' jo ennen valtiopäivätoiminnan alkua, joskin valtiopäivien kokoontuminen vauhditti muutosta. Julkista keskustelua ja politiikkaa torjuvan virallisen byrokratian sisällä oli syntynyt tietynasteisen modernisoimisen tavoite ja intressi.

Toisaalta myös säätyvaltiopäivien kautta kanavoituva poliittinen toiminta artikuloi pitkälle samoja säätyläisintressejä, joita vahva byrokratia edusti. Säätyvaltiopäiville kokoontuneista säätyjen edustajista hyvin suuri osa edusti aatelia ja virkamieskuntaa. Säätyedustuslaitos oli virkamiesedustuslaitos, sillä aatelissääty oli suureksi osaksi virkamiessääty, pappissääty oli sitä jokseenkin kokonaan ja porvarissäädyssäkin oli virkamiehiä. Vielä Porvoon valtiopäivillä porvaristo vaati ammattikuntajärjestysten suojaamista elinkeinovapaudelta, maakaupan kiellon säilyttämistä ja ankaraa valvontaa, talonpoikaispurjehduksen kieltämistä ja yleensä säätyerioikeuksiensa ylläpitämistä. Kaupan ja merenkulun edistämisen oli tapahduttava merkantilismin säädylle takaamien oikeuksien pohjalta.[70] Porvarissääty edusti siten kaupunkien ja merkantilistisen, valtiojohtoisen talouden säilyttämisen intressiä ja oli tätä kautta sidoksissa byrokratiaan. Tässäkin suhteessa tilanne oli muuttunut valtiopäivien kokoontuessa 1860-luvulla: elinkeinovapauden kannattajat olivat jo enemmistönä porvarissäädyssä. 1800-luvun loppupuolella virkamiesten, etenkin tuomioistuimien jäsenten osuus säädyn edustajien keskuudessa edelleen kasvoi.

68. Kekkonen 1987, 24-37.
69. Alapuro 1988, 32-37; Kekkonen 1987, 38-46.
70. Nordenstreng 1920, 46-48.

Liberaalia porvaristoa Suomessa oli siis vähän, ja sen poliittinen edustus oli heikko. Porvarillista taloudellista liberalismia ei Suomessa juuri voinut ajatella kehitettäväksi sellaisena 'poliittisena taloustieteenä', joka ei olisi tuntenut poliittisia, valtiollisia rajoja. Pikemminkin talouden modernisoimista on alusta alkaen tarkasteltiin 'kansantaloustieteen' näkökulmasta. Tässä suhteessa suomalainen ja saksalainen 1800-luvun yhteiskunta muistuttavat läheisesti toisiaan.

Ainoa byrokratian ulkopuolelle jäävä sääty oli talonpoikaissääty. Talonpoikaissääty muodostui muihin säätyihin kuulumattomista maanomistajista. Talonpoikaissäädynkin toiminnassa tosin pienyrittäjillä, maakauppiailla ja kansakoulunopettajilla oli tärkeä osa 1800-luvun loppupuolella.[71]

Valtio oli 1800-luvun Suomessa *esivalta*. Vaikka Suomessa Krimin sodan jälkeen toteutettiin paljon modernin valtion syntyyn viittaavia reformeja - tärkeimpiä niistä oli pääoman ja työvoiman vapauttaminen - ei tämä johtanut valtion ja kansalaisyhteiskunnan erillisyyteen. Oikeudelliset uudistukset, jotka tuottivat esimerkiksi elinkeinovapauden, yleisen oikeussubjektiuden ja muita modernin kapitalismin tunnuksia eivät horjuttaneet valtion luonnetta esivaltana. Taloudellinen liberalismi ei tuonut mukanaan poliittista liberalismia. Taloudellisen liberalismin ja yksilön oikeuksien puolustaminen saattoivat yhdistyä huomattavaan antidemokraattisuuteen. Ruotsinkielisen liberaalit saattoivat paheksua kaikenlaista toripolitikointia ja pitää sivistynyttä, erottamatonta virkamieskuntaa maan poliittisen vakaisuuden edellytyksenä, samalla kun he periaatteessa vastustivat kaikenlaista valtion väliintuloa puhtaasti taloudellisissa asioissa.[72]

Valtion ja kansalaisyhteiskunnan suhde oli erikoinen. Esimerkiksi 'valtiosta vapaan yhdistystoiminnan' synty oli huomattavan hidasta. Poliittista julkisuutta synnytti säätyvaltiopäivien ja paikallisen itsehallinnon toiminta. Kumpikin alue säilyi kuitenkin ylhäältäohjattuna: sekä valtiollista että kunnallista politiikkaa ohjasivat byrokratia ja säätyläistö. 1860-luvun reformikaudellakin vapaa kansalaistoiminta eteni epäröiden. Hallitus oli epävarma siitä, mihin suuntaan esivaltavaltiollisesta sääntelystä vapautettu kansalaisyhteiskunta kehittyisi. Yhdistys-

71. Peltonen 1992a, 273.
72. R.A. Wreden poliittinen toiminta edustaa juuri tämän tyyppistä ruotsinkielistä liberalismia. Federley 1958, erit. 50, 64-65.

toiminnan avulla täydennettiin perinteistä hallintoa. Yhteistoiminta hallinnon ja vapaaehtoisten yhdistysten kesken toimi sekä kunnallisella että kansakunnan tasolla.[73]

Niin kauan kuin suomenkielinen rahvas erottui selvästi ruotsinkielisestä eliitistä, oli mahdollista erottaa rahvaalle suunnattu julkisuus sivistyneistölle tarkoitetusta yksinkertaisesti kielen perusteella. Juuri suomenkieliseen kirjallisuuteen liittyi erityinen julkisen kontrollin aspekti. Sekä ruotsinkielinen virkavalta että venäläinen hallitusvalta suhtautuivat 1800-luvun puoliväliin asti kielteisesti kansankielisen politiikan ohjelmaan. J. V. *Snellmanin* Saima-lehti lakkautettiin, ja vuoden 1850 kielisäännös kielsi julkaisemasta suomalaisia kirjoja, jotka eivät tavoitelleet 'uskonnollista mielenylennystä tai taloudellista hyötyä'.[74] Suomenkielistä rahvasta pyrittiin suomalaistamisen politiikassa tietoisesti lähentämään yhteiskunnallisiin instituutioihin hartauskirjallisuuden, rippi- ja kansakoulun sekä kunnallisen osallistumisenjärjestelmän kautta. Aleksis *Kiven* Seitsemän veljestä, suomenkielinen Bildungsroman ylitse muiden, kuvaa metsäläistalonpoikien sosiaalistamista lukuopetuksen kautta. Se osoittaa myös, mitä tämä kasvatusohjelma parhaimmillaan talonpoikaiselle väestölle tarjosi: lautamiehen ja kansallisista asioista kiinnostuneen sanomalehden lukijan aseman.

11.5. Mistä oikeuslaitoksen modernisoimisen esikuva

Suomessa harjoitettu modernisoimisen politiikka ei oikeuslaitosta uudistettaessa millään tavalla liittynyt emämaan reformitavoitteisiin. Näiden sijasta seurattiin entisen emämaan, Ruotsin, oikeuslaitoksen uudistamishankkeita ja aikataulua - tosin joidenkin vuosikymmenien viiveellä. Yleensä tällaista suuntautumista pidetään modernisoinnin kannalta luonnollisena: Venäjä edustaa mennyttä ja taantumuksellista, Ruotsi uutta ja edistyksellistä. Venäjän ja Ruotsin oikeuslaitoksen uudistamisvaiheet 1800-luvulla ovat kuitenkin tavallaan toistensa peilikuvia.

73. Stenius 1987, 87.
74. Pajula 1960, 162.

Venäjällä 1700-luvun loppupuolella oli vakiinnutettu säätytuomioistuimien järjestelmä, joka toimi 1800-luvun alkupuolen ilman mainittavia muutoksia. Ruotsissa sen sijaan vuoden 1809 jälkeen tavoitteena oli säätysidonnaisuuksista irtaantunut, kansalaisten yhdenvertaisuuteen perustuva tuomioistuinlaitos. Ruotsissa uudistushankkeet joitakin osittaisia uudistuksia lukuun ottamatta kuitenkin pysähtyivät. Venäjällä sen sijaan toteutettiin ainakin muodollisesti sekä lakien kodifiointi että moderni tuomioistuinlaitos. Kun oikeuslaitoksen uudistaminen Suomessa alkoi, Venäjällä oli jo toteutettu radikaalimpi oikeuslaitoksen uudistus kuin Ruotsissa - ainakin mitä tulee lainsäädännön 'kirjaimeen'. Suomessa uudistusohjelmaa hallitsi kuitenkin Ruotsin oikeuslaitosta koskeva keskustelu ja siinä esitetyt uudistuksen tavoitteet.

Ruotsissa asetettiin vuonna 1811 suuri lakikomitea, jonka tehtäväksi tuli koota hajanaiset lait yhteen ja tarvittaessa esittää niiden uudistamista. Kuninkaallisen ohjeen mukaan lakiin oli otettava vain yleiseen lakiin kuuluvat säännökset. Oikeuslaitosta oli uudistettava niin, että menettelyä yksinkertaistettaisiin ja nopeutettaisiin sekä privilegio- ja erikoistuomioistuimia vähennettäisiin. Vuonna 1815 lakikomitea esitti mietinnön tuomioistuinorganisaatiosta,[75] mutta kokonaisuudistusta ei tämän perusteella tehty.

Vuonna 1841 asetettu Vanha lainvalmistelukunta toimi vuoteen 1851 saakka. Kuningas oli tässä vaiheessa asettunut laajaa lainuudistusta vastaan. Kuninkaan vaihduttua lainvalmistelukuntaa vahvistettiin mm. C. J. *Schlyterillä*, Johan Gabriel *Richertillä* ja P. E. *Bergfalkilla*.[76] Lainvalmistelukunta laati prosessioikeuden uudistamisesta ehdotuksen. Lainvalmistelukunnan sisäisten ristiriitojen vuoksi lainvalmistelukunta muodollisesti lakkautettiin, mutta Richert, Schlyter ja Bergfalk siirrettiin samana päivänä uudelleen perustettuun lainvalmistelukuntaan. Tämä sai jälleen oikeudenkäymisuudistuksen valmistelun tehtäväkseen. Lainvalmistelukunta valmisteli ehdotuksen uudeksi oikeudenkäymiskaareksi, ja se painettiin.[77]Ehdotusta ei kui-

75. Betänkande angående en ny domstolsorganisation.

76. Oikeushistorioitsija Schlyter oli konservatiivi, mutta hänen historiallisia tietojaan kaivattiin lainvalmistelukunnassa. Liberaalina tunnettu Richert suuntautui erityisesti rikoslainsäädännön uudistamiseen. Bergfalk oli Uppsalan yliopiston professori ja liberalismin kannattaja.

77. Tässä vaiheessa oli esitetty tuomioistuinlaitoksen modernisoimisen päälinjat: säätyprivilegioihin perustuvat tuomioistuimet oli lakkautettava, samoin laamannin- ja kemnerinoikeudet. Kihlakunnanoikeuksien lautakuntaan oli voitava ottaa muitakin kuin talonpoikia. Hafström 1978, 192-201.

tenkaan koskaan esitetty valtiopäiville, koska liberaaleilla ehdotuksilla ei enää arvioitu olevan kannatusta. Uudistuksen poliittisina vastustajina esiintyivät erityisesti historiallisen koulun oikeustieteilijät, joiden mielestä oikeuskehitystä ei pitänyt kiirehtiä lakireformeilla. Historiallisen koulun edustajien mielestä lainvalmistelukunnan ehdotukset merkitsivät liian perusteellista muutosta ja olivat siis ennenaikaisia.

Tuomioistuimien istuntojen tihentämiseen tähdännyt ehdotus toteutettiin kuitenkin vuonna 1872 annetulla lainmuutoksella.[78] Laamanninoikeudet ja kemnerinoikeudet lakkautettiin vuonna 1849 annetulla lailla.[79] Suunnitelmasta perustaa valamieslaitos ei painovapausjurya lukuun ottamatta tullut mitään, mutta kihlakunnanoikeuksien lautakunta määrättiin jo vuonna 1823 valittavaksi pitäjänkokouksessa, eikä se enää vuoden 1872 lain mukaan koostunut vain talonpojista.[80] Lakikomitea oli ehdottanut muutoksenhakumaksujen poistamista sekä julkisen ja suullisen oikeudenkäyntimenettelyn käyttöönottoa myös ylioikeuksissa. Vuonna 1901 annetulla lailla poistettiin velvollisuus lunastaa ylioikeuteen annetut asiakirjat, mutta muutoksenhakumaksu jäi voimaan. Vuonna 1936 suullinen kuuleminen otettiin käyttöön hovioikeuksissa.[81] Kaikki nämä uudistukset sisältyivät kokonaisuudistusehdotukseen.

Vanha lainvalmistelukunta lakkautettiin vuonna 1851. Oikeusministeriön asettamat erityiskomiteat jatkoivat lainvalmistelua. Vuonna 1874 valtiopäivät pyysivät laajemman lainvalmistelutyön aloittamista, ja seuraavana vuonna asetettiin Uusi lainvalmistelukunta. Tämän jäsenet olivat pääosin tuomareita. Uusi lainvalmistelukunta laati prosessioikeuden uudistamisesta laajan mietinnön, joka julkaistiin vuonna 1884.[82]Samana vuonna asetettiin Vahvistettu lainvalmistelukunta tar-

78. K.F. 17 maj 1872 angående ändring i vissa fall av gällande bestämmelser om häradsting. Tämän mukaan kihlakunnankäräjien piti kokoontua kymmenen kertaa vuodessa.

79. K. F. 18 april 1849 angående upphörande av Kämners-, Lagmans- och Riddaresynerätter.

80. KF 19 juli 1872 angående ändring i vissa delar av rättegångsbalken 1 kap.

81. Lag 14 juni 1901 om ändring av rättegångsbalken asetti määrätyn muutoksenhakumaksun, mutta sen sijaan ei tarvinnut lunastaa asiakirjoja. Lag 29 maj 1936 om ändrad lydelse av vissa stadganden i rättegångsbalken määrää, että hovioikeuksissa on noudatettava alioikeuksien kuulustelua koskevia säännöksiä.

82. Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning vuodelta 1884 käsittää neljä osaa. Mietintö oli periaatemietintö, joka ei käsittänyt yksityiskohtaisia lakiehdotuksia. Mietinnön liitteenä julkaistiin mm. A. Örbomin, I. Afzeliuksen ja W. Upströmin muistiot.

kastamaan periaatemietintöä oikeusministeriön alaisena. Senkin jäsenet olivat etupäässä tuomioistuinjuristeja ja asianajajia.

Konflikti historiallisten perinteiden säilyttäjien ja uudistajien välillä jatkui, ja monista yleisistä uudistusperiaatteista luovuttiin. Syntyneet ehdotukset eivät sen vuoksi olleet sisäisesti johdonmukaisia. Ehdotusten perusteella säädettiin laki välimiesmenettelystä. Vuonna 1889 valmistui todistelua koskeva ehdotus, jonka mukaan legaalisesta todistelusta oli luovuttava. Kun ehdotus esitettiin valtiopäiville, toinen kamari kieltäytyi hyväksymästä uutta todisteiden arvioimisen tapaa, jos ei samalla luotu subjektiivisen arvioinnin estäviä takeita. Vasta vuonna 1909 aloitettiin laajempi reformi, jota valmisteli asiantuntijakomitea, Prosessikommissio. Sen kolmiosainen periaatemietintö johti uuden oikeudenkäymiskaaren säätämiseen vuonna 1942. Uusi laki tuli voimaan vuonna 1948.[83]

Venäjällä lain kodifioimisen tarve oli 1700-luvun lopulla suuri, sillä *Pietari Suuren* lainsäädäntöinto jätti jälkeensä joukon erilaisia lakeja. *Katariina Suuri* halusi yhtenäistää ristiriitaiset lait ja asetti vuonna 1767 kodifikaatiota valmistelevan lakikommission. Antaessaan lakikommissiolle ohjeet hän pohti laillisuuden merkitystä venäläisessä hallinnossa. Katariina siteeraa ohjeissaan laajasti *Montesquieu'tä*, *Beccariaa* ja muita valistuskirjoittajia. Katariinan ohje lakikommissiolle käsitti mm. Montesquieun tulkinnan vapaudesta legalismille alisteisina oikeuksina. Katariinan ohjeessa ei tuomiovaltaa kuitenkaan yhdistetä aateliin, kuten Montesquieu oli tehnyt. Byrokratia, senaatti, kollegiot ja tuomioistuimet käsitettiin suvereenin agenteiksi, joille annettiin riippumattomuutta vain formaalisen oikeusprosessin omaksumisen verran. Katariina viittaa perustuslakeihin, mutta hallitsijan suvereniteetti on ohjeen mukaan kuitenkin absoluuttinen. Kansalaisten kunnia on valtion ja suvereenin kunnia, joka tuottaa alamaisille yhtä paljon onnea kuin vapauskin.[84]

Maaorjuutta Katariina perusteli Montesquieun käsityksellä kansojen ja luonnon eroista, jotka tuottavat erilaisia oikeusjärjestyksiä. Tämä kuten myöhemminkään maaorjuuden ylläpitäminen ei välttämättä vastannut Katariinan henkilökohtaisia mieltymyksiä. Maaorjuuden sal-

83. Hafström 1978, 189-207 ja von Würtemberg 1934. Prosessin uudistamista koskevasta konfliktista ja sen suhteesta oikeushistorialliseen tutkimukseen Sjöholm 1972.

84. Dukes 1977, 11.

liminen oli aatelin tuen hinta. *Pugatshevin* kapinan jälkeen Katariina joutui tunnustamaan aatelin vaatimukset sitoutumalla pitämään maaorjuuden voimassa. Hallinnollinen byrokratia oli osoittautunut kykenemättömäksi kattamaan valtakunnan koko aluetta, ja provinssien hallinto oli sen vuoksi uudistettava.

Uuden hallinnollisen jaon mukaan Venäjän provinssi- ja aluetasolle perustettiin säätytuomioistuimia aatelille, kaupunkilaisille ja vapaille talonpojille. Aateli valitsi itse keskuudestaan tuomarit provinssien tuomioistuimiin ja aluetuomioistuimiin, samoin porvarit ja vapaat talonpojat omiin tuomioistuimiinsa. Maaorjien pakoa käsittelivät alueittaiset tuomioistuimet, joiden tuomarit valitsi aateli. Näin aateli sai tuomiovallan, joka takasi sille herruuden maaorjatyövoimaan nähden. Vuonna 1785 annettujen aateliston oikeuksien mukaan suhde hallitsijan ja venäläisen aatelin välillä tulkittiin sopimusluontoiseksi. Aatelisoikeuksien mukaan aatelilla oli perinnöllinen asema ja oikeus tulla vertaistensa tuomitsemaksi. Aateli oli vapautettu verosta, ja sillä oli oikeus ostaa 'kyliä' - käytännössä talonpoikia. Näitä etuja vastaan aatelin edellytettiin tukevan autokraattista hallintoa. Näin aateli oli saanut oikeudelliset takeet kansalaisvapaudelleen. Todellisuudessa aatelin vapauksilla oli merkitystä juuri siksi, että maaorjilla ei niitä ollut. Erilaisten oikeussubjektien eriarvoinen asema oli Katariina II:n jälkeiselle Venäjälle olennainen piirre.[85] Katariinan hallituskauden keskeiset aikaansaannokset olivatkin maaorjatalouden laajentuminen koko Ukrainaan ja aatelisoikeuksien vahvistaminen. Tämä merkitsi venäläisen absolutismin täydellistymistä.[86]

Katariina II:n aloittamaa kodifiointityötä jatkettiin *Aleksanteri I:n* aikana. Mihail *Speranski* pyrki kodifioimaan ristiriitaisen venäläisen oikeuden roomalaisen oikeuden systematiikan mukaiseksi, mutta työ jakoi Aleksanterin hallituskauden monien muiden hankkeiden kohtalon. Konservatiivinen *Nikolai I* sen sijaan ajoi päättäväisesti Venäjän vanhan, ristiriitaisen lainsäädännön kodifioimista modernin oikeudellisen systematiikan pohjalta. Venäläinen kodifikaatio valmistui vuonna 1832. Keisari halusi suorittaa samanlaisen reformin myös Suomessa. Jo *Kustaa III* oli määrännyt 1734 vuoden lain jälkeen syntyneiden lakien ja lainselitysten kokoamisesta, mutta vasta vuonna 1807 valmistunut lakikokoelma oli vanhentunut. Matthias *Calonius* antoi vuonna 1813

85. Shennan 1986, 91-98.
86. Anderson 1979, 345-246.

prokuraattorina lausunnon, jonka mukaan oli saatava aikaan uusi lakikokoelma, ja hallituskonselji asetti komitean tarkastamaan aikaisempaa lakikokoelmaa. Komitea ei saanut työtä valmiiksi. Ongelmia tuotti vielä Vanhan Suomen yhdistäminen Suomeen.[87] Vuonna 1835 annettiin kenraalikuvernöörille reskripti Suomen lainkäyttöä ja siviilihallintoa koskevien säännöksien kokoamisesta ja vahvistamisesta. Tehtävä annettiin vapaaherra, prokuraattori C.J. *Walleenin* johdolla toimivalla suomalaiselle lakikomitealle.

Walleen viivytteli tehtävän täyttämisessä. Lakikomitea työsti ensiksi säädösaineistoa vanhan kaarijaon pohjalta, mutta professori Karl Evert *Ekelund* laati voimassa olevista asetuksista systemaattisen esityksen, jossa siviilioikeus olisi esitetty 'kaikkien modernien lainsäädäntöjen perustana' olevan roomalaisen oikeuden systeemin mukaisesti.[88] Venäjän oikeusministeri kävi Helsingissä tarkastamassa työn edistymistä, ja suomalaisista lainoppineista koottu tarkastuskomitea asetettiin tarkastamaan Walleenin lakikomitean työtä. Walleen puolusti kodifikaatiota, mutta tarkastuskomitean sihteeri J.Ph. *Palmén* ja työhön osallistuneet professorit W.G. *Lagus* ja J.J. *Nordström* väittivät säätyjen antaman yleisen lain olevan kokonaisuus, jonka muotoa ei voi järkyttää ilman säätyvaltiopäivien suostumusta. Vain lain myöhemmät muutokset ja selitykset oli mahdollista järjestää uudelleen ilman säätyjä.

Suomalaisten lainoppineiden muodostama tarkastuskomitea piti lakikomitean työtä epäilyttävänä, koska siinä 1734 vuoden lain kaaret oli hajoitettu, yhdistetty myöhempiin säännöksiin ja koottu uudeksi systematiikaksi. Systematisointia pidettiin lain muuttamisena, jota varten olisi pitänyt kutsua koolle valtiopäivät. Kenraalikuvernööri *Menschikoff* ei ajanut systematisointihanketta suomalaisten lainoppineiden kannan vastaisesti. Kodifiointi jatkui tarkastuskomitean ehdotuksen mukaisesti niin, että vain 1734 vuoden lain jälkeiset lainmuutokset ja -selitykset järjestettiin. Suomalaisesta näkökulmasta lakikomitean toiminta on tulkittu varomattomaksi ja omanvoitonpyyntöiseksi.[89] Systematisointihanke on tulkittu venäläiseksi salajuoneksi, jolla Suomen perustuslaillinen asema yritettiin murtaa modernin systematisoinnin tarjoaman tekosyyn varjolla[90] Venäläisen modernisoimispolitiikan ta-

87. Palmén 1862, 98-99.
88. Palmén 1862, 102-108.
89. Palmén 1915, 124.

voitteita on kuitenkin tutkittu vähän. Vakavasti ei ole esitetty kysymystä siitä, miksi venäläisen hallituksen tavoitteiden oletetaan Suomessa eronneen venäläisen yhteiskunnan modernisoimiseen liittyvistä.

Suomessa yli sata vuotta vanhan lain, myöhempien asetusten ja kuninkaallisten selitysten tulkinta väistämättä edellytti oikeudenkäytössä tiettyä tulkinnallista vapautta. 1800-luvun lopulla kaikki lain keskeiset alueet systematisoitiin lainopillisessa kirjallisuudessa. Näin tulkittuina niitä sovellettiin oikeudessa huolimatta siitä, että lainopillisilla systematisoinneilla ei ollut säätyedustuslaitoksen antaman lain asemaa. 1734 vuoden lain kodifiointia systematisoituna olisi kuitenkin uskoakseni Suomessa vastustettu, vaikka siihen ei olisi liittynyt perustuslaillisesti epäilyttäviä kysymyksiä. Tämä johtuu siitä paikasta, joka lailla suomalaisen hallitsevan eliitin mielessä oli.

Suomalaista eliittiä yhdistäviä tekijöitä oli monia. Se oli kielellisesti yhtenäinen, ruotsinkielinen, ja sitä yhdistivät sukulaisuuden siteet. Eliitillä oli myös yhtenäinen koulutus ja se kiinnittyi vahvasti hallintoon. Ruotsin 1734 vuoden laki liittyi näihin kaikkiin yhdistäviin tekijöihin. Tämä laki, 'ennen mua syntynyt', oli sellainen kirjallinen dokumentti, johon koko eliitti voi tuntea koheesiota.[91] Kysymys ei ollut pelkästä legalismista. Ruotsin lakikirjaa voi perustellusti pitää koko 1800-luvun suomalaisen eliitin maailmantulkinnassa ikonina, jonka merkitys ei tyhjenny lain enemmän tai vähemmän moderneihin piirteisiin tai sen muodolliseen säätämisjärjestykseen. Lakikirja esiintyykin myöhemmässä nationalistisessa kuvastossa vahvana visuaalisena ikonina.[92] Suomalaisen kieliohjelman näkökulmastakin tavoitteena oli lakikirjan suomennoksen kohentaminen, ei sen ulkoisen muodon muuttaminen muuten.

---

90. H.T. Klami tarkastelee Ekelundin, Laguksen ja Nordströmin käsitysten suhdetta säännössystematiikkaan ja saksalais-roomalaisen oikeuden systematiikkaan, Klami 1977, 50-52. Osmo Jussila pyrkii suhteuttamaan suomalaisen tulkinnan venäläiseen, Jussila 1969, 204 ss.

91. Benedict Anderson kuvaa keskenään kommunikoivan eliitin yhteisöllisyyden kiinnittymistä tällaisiin painettuihin teksteihin, usein raamattuun, tärkeäksi tekijäksi kansallisuusaatteen 'kuvitellun yhteisöllisyyden' historiassa, Anderson 1983, eri. luku 5.

92. J. L. Runebergin Maaherra-runon kuvituksessaan Albert Edelfelt antoi lakikirjalle sommittelua hallitsevan paikan. E. Iston dramaattisessa Hyökkäys-maalauksessa Suomi-neito takertuu lakikirjaan, jota (Venäjän) kotka raastaa hänen käsistään. Sortokauden juristimuotokuvien rekvisiittaan kuuluu usein lakikirja, juuri 1734 vuoden laki, johon liitettiin myöhemmät lait säätämisjärjestyksessä. Hyvä esimerkki on R. A. Wreden muotokuva Nylands nation-osakunnassa.

Kodifiointihanketta huomattavasti vähemmän historioitsijoiden huomiota on kiinnittänyt keisarin aloitteesta vuosina 1817-1819 käyty keskustelu *sovintotuomioistuimien* perustamisesta. Keisari oli saanut senaatin oikeusosaston oikeuslaitoksen tilaa koskevasta kertomuksesta tietää, että riita-asiain oikeudenkäynnit olivat lisääntyneet. Keisari esitti sovittelutuomioistuimien asettamista riitoja ratkaisemaan. Tanskassa oli vuonna 1795 ja Norjassa vuonna 1797 annettu asetukset, joilla perustettiin sovintolautakunnat. Ne toimivat ilman ammattituomaria ja esittivät asianosaisille sovintoa, joka tuli voimaan asianosaisten siihen suostuessa.[93]

Keisari pyysi asiasta senaatin lausuntoa, senaatti taas pyysi lausuntoja mm. hovioikeuksista. Prokuraattori A. F. R. *de la Chapelle* katsoi omassa lausunnossaan, että riidan ratkaisijalla on oltava 'täydelliset tiedot sekä luonnollisesta oikeudenmukaisuudesta että siihen perustuvasta porvarillisesta oikeudenmukaisuudesta, sekä horjumaton tahto käyttää sitä'. Oikeudenkäyttöä hidastavaa riitelyä voidaan ehkäistä rajoittamalla muutoksenhakua ja panemalla tuomiot täytäntöön muutoksenhausta huolimatta. Vaikka riidat ovat lisääntyneet, sen ei tarvitse merkitä kansakunnan moraalin heikkenemistä. Monien valtioiden kokemuksen mukaan väestön kasvu, kaupallisten ja taloudellisten yhdistysten lisääntyminen ja yleensä vilkkaampi vaihto ovat tavallisia syitä riitojen lisääntymiselle, ja näin on laita Suomessakin. Lisäksi oikeusjuttuja jäi ratkaisematta Suomen sodan aikana.

Riitaisuuden vähentämiseksi olisi tarpeen 'yleinen valistus ja korkea moraalinen kulttuuri'. Jos nämä puuttuvat, ei sovinto-oikeuksien onnistu synnyttää riitapuolissa oikeata vakaumusta ja tyynnyttää näiden intohimoja. Tanskan ja Norjan sovintolautakuntien tyyppisten elimien perustaminen Suomeen edellyttäisi, että 'suomalainen kansakunta olisi jo saavuttanut niin korkean moraalisen asteen', jotta sovintotuomioistuimet voisivat nauttia luottamusta yleisessä mielipiteessä.

Sovintotuomioistuimen jäsenien pitäisi olla soveliaita: lahjomattomia, taitavia ja kärsivällisiä. Sen lisäksi heidän pitäisi tuntea lakien sisältö ja luonnonoikeuden perusteet. Yleensäkin sovintotuomioistuimien tulisi ottaa huomioon voimassaoleva laki, ja jos laki ei ole riittävän selvä, olisi noudatettava luonnonoikeutta. Tähän kykeneviä henkilöitä ei juuri löytyisi etenkään ilman palkkaa. Virkamiehet tuskin ennättäisi-

93. Lagus 1861, 98-110, 98-99, 103.

vät tähän toimeen. Suomessa papit ja siviilivirkamiehet eivät omaa juridisia tietoja, eikä talonpojista koottu sovinto-oikeus vastaa tarkoitustaan. Koska Suomessa on hyvät lait ja varma oikeudenkäymistapa, ei ole syytä perustaa sovinto-oikeuksia. Tuomarikin voi esittää riitapuolille sovintoa. Varsinaiset käräjät aloitetaankin jumalanpalveluksella, jonka aikana pappi tavallisesti kehottaa riitapuolia sovintoon ja lopettamaan oikeudenkäynneissään vihanpidon, katkeruuden ja pahantahtoisuuden. Tässä suhteessa suomalaisilla alioikeuksilla on suorastaan jotakin yhteistä ranskalaisten rauhantuomioistuimien kanssa, joilla myös on tuomiovalta. Suuri osa jutuista jää Suomessa ensimmäisen oikeusasteen ratkaisun varaan, ja suomalainen järjestelmä toimii tässä suhteessa paremmin kuin tanskalainen ja norjalainen.

Senaatti päätti täysistunnossaan antaa keisarille lausunnon, jonka mukaan Suomessa on mahdotonta perustaa sovinto-oikeuksia joka pitäjään tai käräjäkuntaan. Tämä oli hovioikeuksien ja prokuraattorinkin kanta. Sovinto-oikeuden jäsenten tulisi tuntea maan lait, ja tällaisten henkilöiden puute ja heidän ylläpitokustannuksensa estävät sovinto-oikeuksien perustamisen. Kun asia esiteltiin keisarille vuonna 1819, tämä jätti sen raukeamaan.[94]

Venäjällä 1860-luvun uudistuskaudella toteutettiin suuri oikeuslaitosuudistus. Krimin sodan jälkeinen reformikausi johti Venäjällä moniin muihinkin uudistuksiin, kuten maaorjuuden lakkauttamiseen, sensuurin vähentämiseen sekä paikallisen itsehallinnon ja kansakoulun kehittämiseen. Myös oikeuslaitosuudistus seurasi tavallaan välttämättä siitä, että aatelisten maanomistajien tuomiovalta lakkautettiin. Venäjän oikeuslaitoksesta tuli yleiseurooppalaisten oppien mukainen.[95] Prosessilait pyrittiin uudistamaan Ranskan prosessilakien mukaisiksi. Venäjän keisarikuntaa varten annettiin vuonna 1864 neljä prosessilakia, nimittäin tuomioistuinlaki, rikosprosessilaki, siviiliprosessilaki sekä laki jolla otettiin käyttöön rauhantuomarijärjestelmä. Suomalaiset oikeuslaitoksen uudistamisen pyrkimykset eivät kuitenkaan oikeastaan millään tavalla suuntautuneet venäläisen uudistusohjelman mukaisiksi. Uudistustavoitteen määräsi Suomessa ruotsalainen esikuva, ja sen toteuttamisaikataulu määräytyi suomalaisen yhteiskunnan rakenteista käsin.

94. Lagus 1961, 104-110.
95. Jussila 1986, 242.

11.6. Kieli politiikan ja oikeuden kysymyksenä

Käydessään Suomessa vuonna 1856 Aleksanteri II:n velvoitti senaatin noudattamaan kehitysohjelmaa, jonka kaltainen tosin oli ollut jo Nikolai I:n hallituksen ajalla. Uudistusohjelman toteuttaminen näytti monessa suhteessa edellyttävän säätylakien muuttamista ja siten valtiopäivien koollekutsumista. Tosin monia modernin kansallisvaltion syntyyn liittyvä kysymyksiä ratkaistiin käytännössä ilman säätyvaltiopäiviä. Myös kysymys hallinnon ja oikeudenkäytön kielestä ratkaistiin tavalla, joka ei ollut mitenkään legalistinen. Suomea puhuvat talonpojat olivat jo ruotsinvallan aikana eri yhteyksissä korostaneet tarvetta saada suomennoksia viranomaisten asiakirjoista ja suomenkieltä taitavia alituomareita. J. V. *Snellman* oli Saima-lehdessään kiinnittänyt useissa yhteyksissä huomiota oikeudenkäytön kieleen. Ruotsin 1734 vuoden lain sisältö ei ole Snellmanin kritiikin kohde, vaan sen ruotsinkielinen soveltaminen.

Vielä vuonna 1860 ilmestyneessä kirjoituksessaan oikeuden pöytäkirjoista ja tuomiokirjoista Robert *Lagus* katsoi ruotsin olevan Suomen voimassaolevan lain mukaan itseoikeutettu ja voimassaolevan oikeuden mukainen oikeudenkäytön kieli. Tämän säännöksen alkuperäinen tavoite oli Laguksen mukaan estää ulkomaisen oikeuden pesiytyminen ruotsalaiseen oikeuteen sekä helpottaa asianosaisten asemaa, niin että asianosaiset ymmärtävät pöytäkirjojen sisällön. Oikeudenkäymiskaaren mukaan ulkomaan lakiin ei saa vedota, eikä vierasta kieltä käyttää tuomioistuimessa.[96] Kaikki oikeudenkäyntiasiakirjat oli sen vuoksi kirjoitettava ruotsiksi. Lagus ei ollenkaan pohdi suomenkielisten asianosaisten asemaa tai tarvetta jollakin tavoin tulkita pöytä- ja tuomiokirjojen sisältö suomeksi, saati ruotsinkielen virkakäyttöä tuomioistuimen sisäisissä neuvotteluissa.[97]

Itämaisen sodan aikaiset Ruotsissa esiintyneet toiveet Suomen irrottamisesta ja liittämisestä jälleen Ruotsiin tekivät venäläisen hallinnon hyvin tietoisiksi ruotsin kielen kautta syntyvästä siteestä suomalaisen eliitin ja entisen emämaan välillä. Suomenkielen käyttäminen oli venäläisestä näkökulmasta omiaan etäännyttämään suomalaisia Ruotsista, ja sen vuoksi suomen kielen virkakäyttö kannatettava suuntaus. Suomen kielen käytön lisäämistä toivottiin myös Suomessa. Tammi-

96. OK 24:3.
97. Lagus 1860, 14-17.

kuun valiokunnan enemmistö anoi keisarilta suomenkielen käytön sallimista hallinnossa ja tuomioistuimissa. Asiaa valmisteleva komitea[98] katsoi, ettei suomi voinut olla oikeudenkäymiskaaren tarkoittama vieras kieli. Silti suomea ei toistaiseksi voitu ottaa virallisena kielenä käyttöön, koska ruotsinkielisen koulutuksen saaneet virkamiehet eivät kyenneet kirjoittamaan suomea. Suomi oli virkakieleksi vielä kehittymätön. Siksi komitean enemmistö kannatti suomen aseman vahvistamista, mutta kieltäytyi asettamasta määräaikaa, jonka jälkeen suomenkielisiä toimituskirjoja olisi pitänyt antaa.[99]

Snellman vakuutti ministerivaltiosihteeri A. *Armfeltin* suomen kielen virkakäyttöön liittyvistä eduista ja siitä, että suomen käyttöönotolle oli asetettava 20 vuoden määräaika. Suomen kielen käyttämistä hallinnossa koskeva vuoden 1863 kieliasetus laadittiin valtiosihteerinvirastossa ja J. V. Snellman vei sen muut poliittiset elimet sivuuttaen suoraan keisarin allekirjoitettavaksi. Kielikysymystä käsiteltiin hallinnon ja oikeudenkäytön kieltä koskevana kysymyksenä, joka voitiin ratkaista ilman valtiopäiviä. Vaikka kieliasetus ei koskenut kaikkea virkakieltä, se aiheutti huomattavan muutospaineen virkamieskunnassa.[100] Tilanne oli erikoinen siinä mielessä, että venäjää käyttävä ylin hallitusvalta suosi suomen kielen käyttöä, ja nationalistinen kieliohjelma pääsi alkuun tämän seurauksena.[101] Mistään joukkoliikkeestä suomenkielen oikeuksien puolustamiseksi ei voi tässä vaiheessa puhua. Suomenkielisyyden ohjelma pyrki tietoisesti sekä korvaamaan hallintokielenä käytetyn ruotsin suomenkielellä ja laajentamaan kansallista yhteisöllisyyttä hallinnollisin toimin.

Vuoden 1877-1878 valtiopäivillä talonpoikaissääty korosti kielikysymystä kihlakunnanoikeuksien toiminnan suurimpana ongelmana. Kielikysymystä oli pidetty vireillä suomenmielisessä lehdistössä, jossa se oli keskeinen oikeuslaitoskritiikin aihe. Talonpoikaissäädyssä vali-

98. Komiteaan kuuluivat mm. professorit Elias Lönnrot J. Ph. Palmén, mutta sen enemmistö muodostui tuomareista. Pajula 1960, 165.

99. Pajula 1960, 166.

100. Kom Bet. 1863:3 Förslag till åtgärder och förfoganden, som borde vidtagas för att finska språket må efterhand vinna inträde och kunna begagnas vid rättegångs- och embetsverket i landet, upprättadt i följd af k. förordningen den 1 augusti 1863.

101. Miroslav Hroch katsoo kansallisuusaatteen leviämisen jakaantuvan kansallisen kulttuurin harrastuksen, poliittisen ohjelman pioneerien ja liikkeiden massakannatuksen vaiheeseen. Näistä Snellman edustaa tietoisen poliittisen ohjelman pioneerivaihetta. Hroch 1985, 62.

tettiin,[102] että asioiden tutkinta kihlakunnanoikeuksissa 'tavallaan tapahtuu suomeksi'. Memoriaalipöytäkirja kuitenkin laadittiin ruotsiksi, ja tämän käännöksen perusteella tuomari yksin laati pöytäkirjan. Sen vuoksi 'pöytäkirjat vilisevät erhetyksistä, eikä todistajain puheet tule semmoisina kuin ne ovat puhutut'. Talonpoikaissäädyssä päätettiin, että säädyn vastauksessa hallituksen kihlakunnanoikeuksia koskevien määräysten muuttamista koskevaan esitykseen oli kiinnitettävä huomiota pöytäkirjaamiseen. Yksi lainoppinut tuomari ei säädyn mielestä kyennyt vastaamaan useimmiten asianosaisille vieraalla kielellä tehtävästä pöytäkirjasta.

Pöytäkirjan pitäminen oli yksinomaan tuomarin tehtävä. Vain tuomari oli vastuussa siitä, että pöytäkirjaa pidettiin oikein ja että se lähetettiin hovioikeuteen. Lautakunnalla ei ollut mitään tekemistä pöytäkirjan kanssa. Kihlakunnanoikeuden tuomiokirja käsitti sekä pöytäkirjan että tuomiot perusteluineen, ja sen piti välittää oikea ja osuva kuva siitä, mitä oikeudessa oli tapahtunut. Pöytäkirjat oli lähetettävä hovioikeuteen vuosittain, joskin 1700-luvun asetuksilla ja 1864 annetulla asetuksella oli rajoitettu hovioikeuteen lähetettävän aineiston laajuutta.[103]

Kieliasetuksen mukaan suomea piti käyttää vuoden 1883 lopussa tuomioistuimien toimituskirjoissa asianosaisen sitä pyytäessä. Tämä muutos oli suomalaisen eliitin valtaosalle järkytys. Vuoden 1863 kieliasetuksen täytäntöönpanoa vastustettiin vielä sen täytäntöönpanon lähestyessä. Suomen kirjakielen juridista terminologiaa oli tietoisesti kehitetty kuluneina vuosikymmeninä.

'Kansallisen kielen' kehittyminen hallinnolliseksi kieleksi merkitsee aina valintaa eri murteiden ja idiomien välillä sekä erityisen sanaston kehittämistä.[104] Jo ennen vuoden 1863 kieliasetusta oli jo Turun akate-

102. Maisteri Avellan eräiden muiden edusmiesten kannattamana. B.Pr. 1877-1878 vp.

103. Wrede Anteckningar, 47-49.

104. Kansalliseen yhdistymiseen liittyy erityisen kirjallisen kielen kehittäminen jonkin alueella käytetyn kirjallisen kielen muodon tai murteen perusteella. Esimerkiksi Italian yhdistyminen johti äärimmäisen pienen italian kirjakieltä käyttävän väestön noudattaman kielellisen käytännön omaksumiseen koko uuden valtakunnan alueella, Steinberg 1987, 198-209.

miassa harjoitettu tietoista suomen kielen kehittämistä kulttuuri- ja hallintokieleksi. Suomalaisen lakikielenkin kehityksessä käytiin kiista sopivamman murteen valitsemisesta kirjallisen kielen pohjaksi. Jotkut lakikielen kehittäjät suosivat savolaismurteita, koska niiden katsottiin jääneen vierasperäisten vaikutteiden ulkopuolelle. Savon murteen oletettiin olevan länsimurteita lähempänä sitä myyttistä alkukieltä, joka kielihistoriallisen käsityksen mukaan oli olemassa kaikkien myöhempien, epätäydellisten kielen muotojen taustalla. Länsimurteita puolustettiin kuitenkin sillä perusteella, että ne jo olivat saavuttaneet kirjakielen aseman.

Hallinnollisen kielen kehittäminen arkikielen ja joidenkin vakiintuneiden oikeudellisten termien pohjalta oli huomattava projekti, joka vuoteen 1883 mennessä oli saatettu jo huomattavan pitkälle. Kysymys oli enää lähinnä ruotsinkielisen eliitin taipumisesta tämän kielen käyttöön. Vielä 1880-luvun polemiikissa prokuraattori, senaatin enemmistö ja ruotsinkieliset lehdet esittivät, että suomen kieli on 1734 vuoden lain tarkoittamassa mielessä vieras kieli. Kieliasetus oli käsiteltävä valtiopäivillä, koska se merkitsi yleisen lain muuttamista. Senaatin enemmistö kuitenkin perääntyi kannastaan, ja kieliasetus pantiin täytäntöön hallinnollisessa järjestyksessä.[105] Kieltä koskeva kiista jakoi suomaalisen eliitin vuosisadan loppupuolella. Byrokratian suomenkielistymiseen johti viime kädessä tehokkaasti vasta se, että virkoihin alkoi 1800-luvun lopulla tulla suomenkielisiä haltijoita, joille suomen käyttäminen asiakirjoissa oli luontevaa.[106]

11.7. Hallinto ja talonpojat

1800-luvun alkupuolen pysähtyneessä tilanteessa - joka merkitsi vahvassa mielessä 'restauraatiota ilman vallankumousta' - ei talonpoikaisen kansan tukea hallitsemiselle juuri tarvittu, kun oli kysymys status quon säilyttämisestä. Vasta valtiopäivätoiminnan ja modernisoitumisen päästyä alkuun tilanne tässä suhteessa muuttui. Suomen yhteiskunnallisen järjestelmän perustan vahvistaminen oli tarpeen, jos halut-

105. Pajula 1960.
106. Jussila 1989, 123-179.

tiin ylläpitää viime kädessä talonpoikaisiin maanomistajiin kohdistuvan maaveron tuotolla modernisoituvia valtiollisia rakenteita ja niiden mukana virkamieseliittiä. Laajemman kannatuksen tarpeellisuus liittyi siten muihinkin kysymyksiin kuin Suomen autonomian puolustamiseen. Uudistukset edellyttivät usein talonpoikaissäädyn vakuuttamista niiden tarpeellisuudesta.

Kansallisuusaate voi toimia sidoksena hallitsevan eliitin ja hallitun kansan välillä ja integroida suomalaisia valtioideologiaan. Ruotsinkieliselle liberalismillekin oli tärkeätä säilyttää olemassaolevat poliittiset instituutiot. Siten yläluokan poliittinen kansallinen kulttuuri oli ääri-ilmiötkin huomioon ottaen varsin homogeeninen. Vanhasuomalaiset, nuorsuomalaiset ja ruotsalaiset (liberaalit) muodostivat säätyläistön, joka suomenkielistyi 1800-luvun loppupuolella ilman ulkoista pakkoa. Säätyläistön pakotti suomalaistumiseen sen asema byrokratiana.[107] Kansallisuusaate ja suomen kielen aseman vahvistaminen voidaan siten ehkä tulkita pyrkimykseksi sitoa talonpoikainen väestö valtiobyrokratiaa tukemaan. Nationalismi laajenee säätyläistöstä rahvaaseen.

Kansallisuusaatteessa ei niinkään viime kädessä ollut kysymys keisarin ja suomalaisten vastakkainasettelusta[108] tai venäläisyyden ja suomalaisuuden ristiriidasta vaan suomalaisen hallitsemistavan perustan vahvistamisesta. Esimerkiksi Ruotsissa konservatiivinen ideologia saattoi esittää monarkistisen hallitusmuodon ja kansan luonnollisen historiallisen kehityksen tuotteeksi. Tällainen konservatiivinen ideologia ei sellaisenaan soveltunut suomalaisiin oloihin. Ongelmallista siinä oli yhteys keisarilliseen Venäjään: suomalaisen byrokratian näkökulmasta oli korostettava uskollisuutta keisarille, ei sen sijaan venäläisen valtiokoneiston muille tasoille.

Tämä johti etenkin rahvaalle tarkoitetun ideologian muuttumiseen 'naiviksi monarkismiksi'. Sen mukaisesti oikeamielisen hallitsijan oletettiin haluavan korjata turmeltuneen virkakunnan vääryydet, kun ne saatettiin hänen tietoonsa. Ruotsin vallan aikana talonpojat olivat käyneet 'kuninkaissa' kertomassa huoliaan. 1860-luvulla suomalaisuusmiehet alkoivat käyttää samaa menettelyä pyytäessään keisarilta tukea omalle asialleen. Suomalaisuusliike ohitti viralliset kanavat ja käytti hyväkseen Pietarin hovia ja venäläistä hallitusvaltaa Helsingissä - 'Pietarin tietä'.[109] Adressin esittäminen keisarilla sortotoimia vastaan ve-

107. Alapuro 1988, 92-99.
108. Ylikangas 1986, 1-9.

toaa omalla tavallaan samaan perinteeseen.[110] Keisarille osoitettiin esimerkiksi sekä vuonna 1862 'huhtikuun manifestin' yhteydessä että vuosisadan lopulla adressi. Molemmissa tapauksissa lähdettiin siitä implisiittisestä lähtökohdasta, että keisari haluaa hyväntahtoisesti korjata hänen tietämättään syntyneen väärän laintulkinnan. Suomesta virtasi vuoden 1808 lopulta vuoden 1899 'valarikkoon' asti monarkiaa ylistäviä muistioita ja vakuutteluja.[111]

Suomalaisen eliitin näkökulmasta korruptoituneet virkamiehet olivat venäläisiä, mutta rahvaan tai talonpoikien keskuudessa korruptoituneiksi ja tarpeettomiksi saatettiin nähdä itselle lähimmät, siis omat virkamiehet. Yhteiskunnan selkärangaksi ajateltu talonpoikainen väestö oli käytännössä pikemminkin poliittisen toiminnan kohde, jonka omaa poliittista ajattelua on vaikeata jäljittää poliittisista asiakirjoista. Talonpoikien itsensä ilmaisemat poliittiset tavoitteet tulivat yhteiskunnassa harvoin näkyviin. Suomen sodan yhteydessä rahvas osoitti virkamiehiä suurempaa haluttomuutta vannoa uskollisuudenvala keisarille. Venäläisen maaorjuuden leviämisen pelko sai talonpojat monin paikoin suoranaiseen kapinaan miehittäjien suuntaan myöntyväisiä omia virkamiehiään kohtaan ja sissisotaan venäläisiä vastaan.[112]

Kun vuoden 1891 valtiopäivillä talonpoikaissääty lähetti tapaan kuuluvan säätytervehdyksen aatelissäädylle, sen edustaja herrastuomari Brusila tosin esitti suomalaisesta talonpojasta juuri sellaisen kuvan, jonka J.J. *Nordströmin* historiantulkintaa ja J.V. *Snellmanin* kieliohjelmaa seuraava sivistyneistö oli halunnut nähdä. Tässä tulkinnassa ruotsalainen ja siis myös suomalainen talonpoika on yhdenvertainen kansalainen: 'Ei ole mitään suomalaista maata, jota hän ei voi lain mukaan omistaa, laki turvaa hänen omaisuutensa ja henkensä, omalla kielellänsä ajaa hän asiansa kaikissa virastoissa...Koulut ovat hänen lapsillensa avonaiset ja raivaavat alhaisimmillekin heidän kykynsä mukaan pääsyn vaikkapa maan korkeimpiinkin paikkoihin...lakien muodostamisessa...verojen määräämisessä ... on hän maansa valtiopäivillä osallinen ja painaa siellä hänen äänestyslippunsa yhtä paljon päätösten vaa'assa kuin ylhäisimmänkin. Sorron käsivarsi ei pysty suomalaiseen talonpoikaan'...[113]

109. Salokorpi 1988, 16-17.
110. Peltonen 1991.
111. Jussila 1992, 195-199.
112. Persson 1988, 241-254.
113. R.o.A.:s Pr. 23/1 1891, Hälsningsdeputationerna från medstånden, 20.

Talonpoikaissäädyn ja pienporvariston aktiivisuus suuntautui 1700-luvulla merkantilismin vastustukseen; talonpoikaissääty pyrki vahvistamaan talonpoikaista maanomistusta. 1800-luvulla talonpoikien aktiviteetti ilmeni toisella tavalla kuin sivistyneistö toivoi.[114] Usein talonpoikien tavoitteet ilmenivät käytännössä enemmänkin muiden säätyjen ajamien hankkeiden vastustuksesta kuin omasta aktiivisesta toiminnasta. Talonpoikaissääty ei halunnut uudistuksia, jotka lisäisivät sen omaa verotaakkaa. Talonpoikaisten tilallisten itsensä ilmaisema poliittinen ajattelu saattoi päin vastoin kiinnittyä ajatukseen maaveron poistamisesta tai alentamisesta.

Laajentunut kansan kouluttaminen, kansanvalistusseuran toiminta ja sortokauden yhteydessä harjoitettu kansallinen propaganda ei näytä tuottaneen talonpoikien keskuuteen voimakasta kansallista identifioitumista valtioon ja virkamiehiin kansallisen kulttuurin kantajina. Talollisten keskuuteen huhut levittivät esimerkiksi vuonna 1899 tietoa virkamiesten palkanmaksun lakkauttamisesta ja virkamiesten korvaamisesta kansanomaisilla hallinnon muodoilla. Myös rahvaan lapsille vaadittiin pääsyä virkamiesten kouluihin. Virkamiesten turhuudesta ja maaveron raskaudesta esitetty kritiikki asetti herrat ja muun kansan vastakkain.[115]

Juuri tällaista vastakkainasettelua 1800-luvun Suomen yhteiskunnallinen ideologia pyrki välttämään esittäessään keisarin ja kansallisen virkakoneiston muodostaman esivallan ja suomalaisen rahvaan vapauden legitiimin yhteiskuntajärjestyksen kulmakiviksi. Venäläinen hallinto, esimerkiksi kenraalikuvernööri *Heiden*, kiinnitti huomiota Suomen sosiaalisiin ongelmiin ja joutui tiukkaan sananvaihtoon suomalaisen virkamieskunnan kanssa. 1880-luvulla maaseudulle leviävät huhut venäläisten aloitteesta tapahtuvasta maanjaosta tulkittiin suomalaisten virkamiesten taholla venäläiseksi agitaatioksi, jonka tarkoituksena oli suomalaisten yksimielisyyden hajottaminen.[116] Viimeistään suurlakon yhteydessä suomalainen eliitti hylkäsi keisariin vetoamisen, ja valtiopäiväuudistukseen johtanut poliittinen kehitys merkitsi keisarin ikonisen aseman romahdusta. Yhteiskunnalliset mullistukset ja poliittisten oikeuksien laajeneminen veivät pohjaa virkamiesten ja talonpoikien

114. Heikki Ylikankaan mukaan talonpoikiin ja pikkuporvaristoon vetosivat etenkin uskonnolliset herätysliikkeen. Ylikangas 1989, 85-91.
115. Peltonen 1991, 260.
116. Setälä 1899, 179-180.

akseliin perustuvalta hallitsemisen mallilta. Torpparikysymyksen kärjistyessä venäläinen hallinto sai tilatonta väestöä puolelleen mm. määräämällä torpparisopimusten moratorion, kun suomalainen poliittinen koneisto ei kyennyt saamaan asiaan ratkaisua.[117] Esivaltavaltion oikeutus oli helppo kyseenalaistaa, kun byrokratia itsekin oli kyseenalaistanut monarkin aseman.[118]

Hallituksen ja talonpoikaisen kansan orgaanista yhteyttä korostava yhteiskunnallinen ideologia esittää talonpojat yhtenäiseksi sosiaaliseksi ryhmäksi. Talonpoikiin yhdistettiin Suomessa monesti se, mitä ajan eurooppalaisessa yhteiskunnallisessa ajattelussa liitettiin 'kansaan' porvarillisessa mielessä. Samaan tapaan Saksassa usein tehtiin 1800-luvun alkupuolella.

Todellisuudessa talonpoikaisen rahvaan tilalle oli 1700-luvulta alkaen kasvanut eriytynyt maalaisväestö. Keskiajalta alkaen maata oli siirtynyt talonpojilta aatelille, mutta 1700-luvulla tämä kehitys oli pysähtynyt tai sen suunta suorastaan kääntynyt. Oikeus hankkia maata sen 'luonnosta' riippumatta annettiin jo vuonna 1723 muillekin säätyläisille kuin rälssiin kuuluville, ja vuoden 1789 Yhdistys- ja vakuuskirjassa tämä oikeus annettiin myös talonpojille. Aateli itsekin alkoi tuntea kiinnostusta mahdollisuuteen myydä maata markkinoilla määräytyvään hintaan. Säätysidonnaiset myyntirajoitukset vähensivät ostajia. 1800-luvulla yhä yleisemmin maan verovapaudella ja sen haltijan säädyllä ei ollut keskinäistä yhteyttä. Vapaus veroista yksinkertaisesti lisäsi maaomaisuuden arvoa. Tällaista arvokkaampaa maata voi hankkia kuka tahansa varojensa mukaan.

1800-luvulla oli jo huomattavia talonpoikaisia maanomistuksia, ja maata antoivat vuokralle torppareille yhtä hyvin talonpoikaiset kuin aatelisetkin maanomistajat. Voimakas väestönkasvu oli johtanut sii-

117. Vuonna 1912 asetettiin komitea pohtimaan maanvuokrakysymyksen ratkaisemista, koska tiedettiin lähes 70000 vuokrasopimuksen lakkaavan vuonna 1916, johon asti irtisanotut torpanvuokrasopimukset oli säädetty olemaan voimassa. Hallitus teki eduskunnalle ehdotuksen maanvuokrasopimusten jatkamisesta lailla vielä vuoden 1916 jälkeen, mutta valtiopäivätoiminnan keskeydyttyä maailmansodan vuoksi ei ehdotusta käsitelty. Koska venäläiset viranomaiset eivät voineet vuonna 1916 antaa tilanteen johtaa laajoihin virkamieshäätöihin, määrättiin keisarillisella kirjeellä 14 lokakuuta 1915 kaikki vuokrasuhteet jatkumaan, kunnes maanvuokraolot järjestettäisiin lailla. Käskykirje annettiin siis ilman eduskunnan myötävaikutusta ja oli sellaisena laiton. Haataja 1934, 7. Tilattoman väestön näkökulmasta käskykirjeen laittomuus epäilemättä painoi vähemmän kuin se, että moratoriota näin tehokkaasti jatkettiin.

118. Turunen 1982.

hen, ettei ollut tarvetta 1700-luvun tapaan rajoittaa talonpoikaistilojen työvoiman saantia aatelin suurviljelyksen työvoiman turvaamiseksi. Suurviljelyyn soveltuvasta modernisoimisesta voivat hyötyä esimerkiksi aatelittomat ruukinomistajat ja varakkaat talonpojat. Erilaiset 'maanlaadut' - maan verotuskohtelun eriytyminen - jäivät käyttöön säätyprivilegiojärjestelmästä irtaantuneina.

Viime kädessä maata omistava luokka oli Suomessa suhteellisen yhtenäinen. Tämä teki esimerkiksi kunnallisuudistuksen toteuttamisen 1860-luvulla melko helpoksi.[119] Vaikka eri säätyisten maanomistajien intressit olivat osin erilaiset sen vuoksi, että aateli edelleen omisti etupäässä veroista vapaata maata, oli omistusrajoitusten puute omiaan heikentämään tätä säätysidonnaisuutta. Tietyistä maaseudun veroista sääty tosin edelleen vapautettiin. Talollisilla oli vankka asema paikallisväestön keskuudessa. Sekä verotus että paikallisyhteisön toiminta perustuivat maanomistukseen. Paikallisyhteisössä talollisten merkitys edelleen 1800-luvun jälkipuoliskolla kasvoi. Tähän johti paikallishallinnon uudistaminen, kansankoulutuksen käynnistyminen, säästöpankkitoiminnan leviäminen maaseudulla ja yhdistystoiminnan kasvu. 1870-luvulta alkaen perustettiin meijereitä aluksi osakeyhtiömuodossa ja sittemmin osuusmeijereinä. Kaikessa tässä talollisilla oli keskeinen asema.[120]

Säätyerioikeuksien merkityksen väheneminen sekä moderniin tuotantoon ja vaihdantatalouteen siirtyminen maa- ja metsätaloudessa ei kuitenkaan kaventanut maata omistavien ja omistamattomien välistä kuilua - pikemminkin päin vastoin. Maattomien määrä lisääntyi nopeasti. Maaseudun asukkaista jo lähes miljoona kuului 1800- ja 1900-lukujen taitteessa 'tilattomaan väestöön', joka käytännössä oli tilallisten työvoimaa. Vähitellen kasvavasta teollisuustyöväestä asui myös tuohon aikaan yli puolet maaseudulla. Palkolliset ja loiset asuivat talollistyönantajien rakennuksissa, mäkitupalaiset taas omassa taloudessaan. Tilatonta väestöä kutsuttiin 1800-luvun lopulla usein 'irtaimeksi', mutta sen irtaimuus oli itse asiassa suurta riippuvuutta talollisista.[121]

Kaikkiaan Suomen 1800-luvun ja 1900-luvun ensimmäisen puoliskonkin luokkarakennetta leimaa toisaalta sen maatalousvaltaisuus ja toisaalta talonpoikaisluokan sisäinen jakautuneisuus. Jos edes maata-

119. Soikkanen 1980, 89-90.
120. Peltonen 1991, 272.
121. Peltonen 1991, 269.

lousväestön pääosa yritetään sijoittaa talonpoikien luokkaan, ei talonpoikaisto enää ole yhtenäinen ryhmä. Sosiaalisesti yhtenäisenä talonpoikaistoa voi pitää vain, jos siihen luetaan vain maanomistajat. Säätyyhteiskunnan talonpoikaissääty jakaantui modernisoituvassa Suomessa selvästi alustalaisiin ja maanomistajiin, ja muut yhteiskunnalliset voimat joutuivat asettumaan näistä jomman kumman puolelle.[122] Eliitti etsi 1800-luvulla perustetta omalle hallinnolleen talonpoikien hyväksynnästä. 1800-luvun lopulla, maatalouskysymyksen kärjistyessä se asettui tukemaan maanomistajia. Vanhasuomalaisten tilattoman väestön asemaa kohtaan osoittama kiinnostus ei viime kädessä merkinnyt halua reformiin, jonka kautta olisi pakkolunastettu maata tilattomille. Mitään muutakaan ratkaisua tilattoman väestön ongelmaan ei osoitettu maassa, jossa palkkatyötä oli lisääntyvälle vapaalle työvoimalle tarjolla liian vähän. Maatalousväestön kriisi asetti lopulta vaakalaudalle autonomisen Suomen hallitsemisen mallin.

Valtiopäivillä edustettu talonpoikaissääty muodostui maanomistajista, jotka olivat monessa suhteessa etääntynyt 'yhteisestä rahvaasta' vähintään yhtä paljon kuin säätyläiseliitti talonpoikaissäädystä. Talonpoikaissääty oli kuitenkin keskeinen veroa maksava ryhmä. Poliittiset oikeudet yleisesti muuallakin Euroopassa rajoitettiin veroa maksaviin kansalaisiin. Yhteiskunnallisen järjestyksen rakennusosiksi esitettiin 1800-luvulla esivaltavaltio keisari-suuriruhtinaan ja suomalaisen hallintokoneiston muodossa sekä kansa talonpoikien muodossa. Suomalaisessa konservatiivisessa yhteiskunnallisessa ajattelussa talonpoikainen vapaus usein korvasi porvarillisen vapauden, talonpoikaisto porvariston. Kummassakin tapauksessa 'kansa' oli ryhmä, johon ei luettu muista taloudellisesti riippuvaisia väestönosia - työläisiä, palkollisia, tilattomia viljelijöitä.

Talonpoikaissäädyn tulkitseminen kansaksi ja asettaminen sellaisen itsehallintoa tavoittelevan porvarillisen 'kansan' sijaan, joka hallitsi oikeudenkäytön modernisoimista koskevaa keskustelua oli kuitenkin ongelmallista. Suomalaisten 1800-luvun valtiopäivien neljäs sääty ei tässä suhteessa muistuttanut eurooppalaisten valtiosäätyjen kolmatta säätyä oikeuslaitoksen uudistamisen kannalta olennaisissa suhteissa. 'Kansa' talonpoikaissäädyn merkityksessä ei edustanut pyrkimystä saada aikaan moderni oikeudenkäynti. Oikeuslaitoksen modernisoimi-

122. Peltonen 1991, 310-311.

nen oli päin vastoin byrokratian tavoite, ja 'kansalle' annettiin oikeuslaitoksen uudistuskaavailuissa vaatimaton sija. Oikeuslaitoksen uudistamisen tapaan vaikutti ratkaisevasti suomalaisen yhteiskunnan rakenne, ennen kaikkea byrokratian ja talonpoikaisen kansan suhde. Byrokratia ajoi etatistisesti painottuneita uudistussuunnitelmia, joita 'kansa' vastusti mahdollisuuksiensa mukaan.

Kansa kansallisuusaatteen tarkoittamassa mielessä osoittautui demokraattiseen hallitsemiseen ja Suomen itsenäistymiseen johtavissa vaiheissa 'kuvitteelliseksi yhteisöksi'. 'Talonpoikaiseksi' hahmotettu kansa jakaantui sosiaalisesti kahtia. Samalla 1800-luvulla hahmotellut oikeuslaitoksen uudistukset oli nähtävä uudessa valossa.

Suomalainen konservatismi sai 1800-luvun viime vuosikymmeninä uusia piirteitä. Vanhasuomalaiset omaksuivat sosiaalireformismin tieteellisenä ajatteluna kateederisosialismista. G. Z. *Yrjö-Koskisen* ehdotuksesta vuonna 1885 perustettu Kansantaloudellinen yhdistys noudatti saksalaisen Verein für Sozialpolitik-yhdistyksen antamaa esimerkkiä.[123] Suomalaisen puolueen johtohenkilöt toimivat aktiivisesti tässä yhdistyksessä. Jo Yrjö-Koskisen vuonna 1874 Kirjalliseen Kuukausilehteen kirjoittama artikkeli 'Työväenseikka' oli voimakas liberalismin kritiikki ja vaatimus valtion väliintulosta heikompiosaisten puolustajaksi. Tilattoman väestön ongelman poistamiseen liittyvä kirjoittelu oli alkanut jo aikaisemmin. Kateederisosialismin aatemaailma muokattiin kuitenkin erityiseen suomalaiseen muotoon. Sosiaalireformismin ja -liberalismin merkitys kutistui kuitenkin nopeasti. Itsenäistymiseen johtavalla tiellä kansakunta jakaantui perusteellisesti kahtia, eikä sosiaalireformismille jäänyt tilaa.

Kansalaissodan loppukuukausina ja sen jälkeen noussut monarkismi vetosi ruotsalaisiin ja vanhasuomalaisiin kansanedustajiin. Monarkismiin vetoavan konservatismin perustelemiseksi kuningaskunnan asiaa ajava 'monarkiakomitea' julkaisi kirjasarjan, jossa ajankohtaisempien perusteluiden lisäksi vielä vedottiin monarkiaan historiallisen kehityksen tuloksena sekä talonpoikaiselle väestölle läheisenä hallitusmuotona.[124] Nuorsuomalaisten keskuudessa monarkistit kuitenkin jäivät vähemmistöksi ja maalaisliittolaiset olivat kaikki tasavaltalaisia.[125] Yleiseen ja yhtäläiseen äänioikeuteen perustuvassa eduskunnassa ta-

123. Eräsaari ja Rahkonen 1975, 42.
124. Salokorpi 1988, 236 alav. 166:ssa mainittu Uusi Suomi-kirjassarjan julkaisut.
125. Salokorpi 1988, 235.

lonpoikainen vastenmielisyys virkamiehiä kohtaan sai monia ilmauksia, ja yleensäkin autonomian aikaa hallinnut byrokraattisen hallitsemisen kausi katkesi.

12. Tuomiovalta uudistajien ajattelussa

Ylimmän tuomiovallan käytön uudistaminen oli valtapoliittinen kysymys, johon venäläinen hallitusvalta suhtautui kielteisesti. Käytännön näkökulmasta tärkeinä pidettyyn alioikeuksien ja oikeudenkäyntimenettelyn uudistamiseen ei liittynyt tällaisia ongelmia.

1800-luvun alun Suomesta puuttuivat kaikki mahdollisuudet asettaa tuomioistuinlaitos liberalistisen mallin mukaisesti vartioimaan julkista valtaa. Hallitusvalta ja korkein tuomiovalta keskittyivät samoihin käsiin. Suomalaisessa yhteiskunnassa vielä enemmän kuin Ruotsissa 'kansa' tulkittiin talonpoikaissäädyksi, kun se muualla Euroopassa yleensä merkitsi porvaristoa tai kolmatta säätyä. Tuomioistuimet eivät voineet ohjautua kansalaisyhteiskunnasta käsin, vaan valtion byrokratiasta käsin. Tuomioistuimien piti olla yleisiä ja soveltaa universaalia oikeutta, mutta niiden oli toimittava ammattibyrokraattien, sivistyneiden virkamiesten varassa. Talonpoikaissääty ei byrokratian ja sivistyneistön silmissä täyttänyt niitä edellytyksiä, joita 'kansalle' asetettiin modernissa oikeudenkäytössä. Sen vuoksi oikeudenkäytön sidonnaisuudet kansalaisyhteiskuntaan oli pidettävä minimaalisina. Jurylaitokseen ja sovitteluelimiin suhtauduttiin varovaisesti tai kielteisesti. Jo sovintolautakuntia koskeva keskustelu 1800-luvun alussa osoitti, mistä byrokratian näkökulmasta oli kyse: käräjäkunnista oli mahdotonta löytää kelvollisia maallikkotuomareita. Papit ja muut siviilivirkamiehet eivät tunteneet oikeusasioita eivätkä edes ehtineet maallikkotuomareiksi, eikä talonpojista ollut heitä korvaamaan.

Kansallisuusaatteen kannattajien suhtautuminen oikeuslaitosuudistukseen on erityisen kiinnostavaa tässä suhteessa. Koko suomalaisen eliitin näkökulmasta koulutetut juristit ja näiden muodostamat tuomioistuimet olivat luonnollinen lähtökohta oikeudenkäytölle. Kuitenkin voisi olettaa, että myös esimerkiksi kaikkialla Euroopassa käyty keskustelu maallikkotuomareiden merkityksestä ja kansalaisyhteiskunnan mahdollisuudesta valvoa ammattituomarin toimintaa olisi laajentunut Suomeen juuri kansallisuusaatteen lähtökohdista käsin.

Tätä kysymystä voi lähestyä J. V. *Snellmanin* ajattelun kautta. Suomalaiselle oikeuslaitosuudistukselle 1860-luvulla asetetut tavoitteet olivat pitkälti juuri niitä, joita Snellman esittää. Oikeuslaitos oli muutettava yleiseksi modernissa mielessä lakkauttamalla sääty- ja erikois-

tuomioistuimia. Alimman oikeusasteenkin tuli aina olla ammattituomareiden muodostama kollegio. Sen sijaan jurylaitos ei ollut tarpeen.

Vuosisadan puolivälin jälkeen Suomessa esiintyvä liberalismi tavoitteli lähinnä markkinatalouden kehittämistä. Taloudellinen liberalisointi vaikutti väistämättä siihen, että tuomioistuimien tehtävät muuttuivat ja vaatimukset tuomioistuimien toiminnan tehostamisesta vahvistuivat. Samalla lähinnä Ruotsin ja Saksan lainoppineiden tuomioistuimia koskevia käsityksiä esiteltiin yliopistolla ja 1860-luvulla Juridiska Föreningenin kokouksissa.

1850- ja 1860-luvuilla rikosprosessin uudistamiseen liittyviä kysymyksiä käsitteli lähinnä K. G. *Ehrström*. Ehrström julkaisi vuonna 1854 väitöskirjan syyttämis- ja tutkimismenettelystä rikosprosessissa ja pätevöityi sillä rikosoikeuden ja oikeushistorian professuuriin. Ehrström osallistui vuonna 1855 ns. Töölön jupakkaan, ja opiskelijoiden piirissä häntä pidettiin radikaalina.[1] Vuonna 1862 Ehrström otettiin jäseneksi rikoslain osittaisuudistusta suunnittelevaan sn. *Bergbomin* alakomiteaan. Sen jälkeen hän osallistui keskeisenä ja tai suorastaan ainoana jäsenenä rikoslain valmisteluun, kunnes siirtyi senaattiin. Ehrström kuuluu siihen 1800-luvun puolivälin jälkeiseen suomalaisten juristien joukkoon, joka vaikutti modernin oikeuden käytäntöjen muodostumiseen monesta suunnasta: tieteen, oikeuspolitiikan ja hallinnon kautta. Väitöskirjassaan Ehrström esittelee eurooppalaisten uudistusten jälkeistä rikosprosessia saksalaisen liberalismin hengessä. Tässä yhteydessä on erityisen kiinnostavaa se, mitä hän *ei omaksu* saksalaisesta keskustelusta. Ehrströmin esitys osoittaa suomalaisen oikeuslaitosuudistusta koskevaan ajatteluun sisältyviä rajoituksia.

12.1. Snellman: valtio, kansalaisyhteiskunta ja tuomiovalta

Snellman kirjoitti tärkeimmän valtiota ja oikeutta käsittelevän teoksensa Läran om staten Ruotsissa Saksaan suuntautuneelta opintomatkalta palattuaan. Teos 'Läran om staten' ilmestyi vuonna 1842.[2] Snellman torjuu siinä Hegelin tapaan yhteiskuntasopimuksen valtion

1. Klami 1977, 22-23.
2. Snellman julkaisi Hegelin Oikeusfilosofian mukaisesti jäsennetyn Lärobok i Rättsläran vuonna 1840. Läran om Staten-teos sisältää vain Sittlichkeit- tai 'siveellisyys'-jaksoon kuuluvia asioita. Pulkkinen 1989, 25 alav. 1.

perusteluna. Snellman lukee *Rousseaun* Yhteiskuntasopimus-teosta Hegelin hengessä, korostaen valtiollisen yleistahdon yhteiskunnallisia edellytyksiä. Yhden esityksen ulottuvuuden muodostaa suhtautuminen amerikkalaiseen demokratiaan sellaisena kuin Alexis de *Tocqueville* sitä kuvaa. de Tocquevillen De la démocratie en Amérique oli ilmestynyt ruotsiksi vuonna 1835. Tarve ottaa osaa Ruotsissa ajankohtaiseen keskusteluun ei kuitenkaan selitä Snellmanin kiinnostusta amerikkalaiseen demokratiaan. de Tocqueville välitti eurooppalaiselle lukijakunnalle tulkinnan sellaisesta yhteiskunnallisesta teoriasta ja käytännöstä, jossa valtio nähtiin yhteiskunnan omalakisuuden turvaajaksi, kansalaisyhteiskunnassa toteutuvien ihmisoikeuksien suojaksi. de Tocqueville kuvaa tasavaltaista valtioita, joista etenkin pohjoisia osavaltioita luonnehti varsin suuri kulttuurinen yhdenmukaisuus ja vahva paikallinen itsehallinto. Hän analysoi amerikkalaista demokratiaa sellaisen vastustamattoman tendenssin ilmauksena, joka laajentaa demokraattista järjestystä kaikissa valtioissa.[3]

Snellmanin mukaan valtio[4] on mahdollinen vain, jos kansalaisten yksityistahto on vapaa, mutta samalla järjellinen. Jos yksityinen kansalainen aina tahtoo vain sitä, mikä on universaalia, järjellistä ja totta, niin yksityistahto on yhtä yleistahdon kanssa ja samalla vapaa.[5] Tällainen yhtäpitävyys yksityisen ja yleistahdon välillä on ajateltavissa vain kansakunnan siveellisenä sivistyksenä, 'kansallishenkenä'.[6] Sen perustana on isänmaallisuus: luonnollinen kiintymys esi-isien kieleen, maahan, tapoihin, lakeihin ja laitoksiin. Laki 'ilmaisee, mitä kansakunnan

3. Mayer 1966, xvi.

4. Oppi siveellisyydestä käsittelee oikean toteutumista perheessä, kansalaisyhteiskunnassa ja valtiossa. Valtio on Snellmanille prosessi, jossa yhteiskunnan tavat, lait ja instituutiot muuttuvat, Pulkkinen 1989, 16-17. Tuija Pulkkisen mukaan Snellman näkee valtion alueena, jossa yksilöt toimivat moraalisesti. Snellmanille valtion ja kansalaisyhteiskunnan ero on Pulkkisen mukaan siinä asenteessa, jonka mukaisesti yksilöt niissä toimivat, Pulkkinen 1990, 13. Hegelille kansalaisyhteiskunta on tarpeiden järjestelmä klassisen taloudellisen liberalismin oppien mukaisesti. Snellmanille sen sijaan kansalaisyhteiskunta on siveellisesti lainkuuliaisuutena, Pulkkinen 1990, 14-15.

5. Snellman 1928, 9-10.

6. Snellman oleskeli Ruotsissa, kun Israel Hwasserin ja A.I. Arwidssonin välillä käytiin kiistaa Suomen valtiollisesta asemasta. Snellman ei ottanut kiistaan kantaa, mutta hän ilmeisesti katsoi Hwasserin tapaan Suomen muodostuneen vuonna 1809 valtioksi. Snellmanin näkökulmasta valtiosääntöoikeudellisilla instituutioilla muodollisessa mielessä ei kuitenkaan ollut olennaista merkitystä, jos kansallinen sivistys puuttui. Suomesta oli luotava kansakunta; se tapahtui kansalliskirjallisuuden ja muiden kansallisen kulttuurin instituutioiden kautta. Alavuotunki 1990, 9-15.

parhailla *on* tapana ja minkä muiden mielestä *pitäisi olla* tapana'. Siveellisen ihmisen tahto noudattaa valtion lakeja tapana. Totuus on ajattelevan subjektin tietoisuudessa, oikea ihmisen teoissa ja toiminnassa. Toimivaan subjektiin nähden oikealla on siten ulkoinen olemassaolo todellisessa toiminnan maailmassa. Siveellisyys on tekoja.

Lainopin systeemi näyttää Snellmanin mukaan toteen tämän käsityksen valtion luonteesta. Oikea on sama kuin tahdon tosi vapaus. Tahdon vapaus tekee ihmisen henkilöksi, ja oikeuden ylin käsky on, että ihmisen tulee toteuttaa itseään henkilönä.[7] Henkilöllä on oikeus vapauteen ja oikeus käyttää luonnonesineitä keinoina, mutta ihmistä itseään on pidettävä 'tarkoitusperänä, ei milloinkaan välikappaleena'. Ihmisellä on oikeus vallita vapaasti ruumistaan ja ottaa haltuunsa luonnonesineitä, mutta hänen on tunnustettava vastaavat oikeudet muillekin henkilöille. Tämä tapahtuu sopimuksella. Tämä on abstraktin luonnonoikeuden alue, johon kuuluu henkilön vapaus, omistusoikeus ja sopimuksen pätevyys.[8]

Kantilaisittain Snellman katsoo edelleen, että ihminen on vapaa luonnonvälttämättömyydestä. Ihmisen luonnolliset halut ovat välttämättömiä, mutta eivät sido ihmistä siveellisenä olentona. Ihmisen vapaassa vallassa on määrätä halun sisällys ja hallita sitä, ja se on myös hänen velvollisuutensa. Hegelin tapaan Snellman vaatii, ettei viettiä, halua tai 'luonnetta' (kuten heimoluonnetta) pidä tukahduttaa, mutta se on alistettava järjen hallittavaksi. Snellmanille kysymys moraalisesta järjestä ei ole metafyysinen, vaan historiallinen. Snellman lähtee siitä, että ihmisellä on historiallinen kyky täydellistyä, ja historia on hänelle ihmisen täydellistymisen prosessi, jonka jokainen hetki on yhtä oikeutettu. Siinä valtiolla on erityinen asema. Siveellisesti pätevän toiminnan mahdollisuutta ei pidä etsiä valtion ulkopuolelta, sillä muu kuin valtio ei riitä luomaan yhdenmukaista siveellistä toimintatapaa.[9]

Siveellisyyden muotoja on Snellmanilla kuten Hegelilläkin kolme; perhe, kansalaisyhteiskunta ja valtio. Perheessä siveellisyys on välittömästi olemassa rakkautena, kansalaisyhteiskunnassa lainkuuliaisuutena. Siveellisyys kansallishenkenä muodostaa valtion olemuksen. Perheen siveellisyys ilmenee lasten kasvattamisessa järkeviksi ja siveelli-

7. Henkilöllisyyttä Snellman tarkastelee Saksassa julkaistussa Idee der Persönlichkeit-teoksessaan, Snellman 1932, 339 ss.
8. Snellman 1928, 18-20.
9. Snellman 1928, 20-27.

siksi 'kunnon kansalaisiksi'. Koska ei ole mitään valtion ulkopuolista ohjetta oikean ja väärän määrittelemiseksi, ei ole myöskään valtiosta riippumatonta siveellisyyttä. Perheen tarkoituskin on valtiossa. Perhe kasvattaa lapset siveelliseen rakkauteen eikä luonnonvietteihin. Valtio taas suojelee perheen omaisuutta ja rauhaa sekä sivistystä.[10] Tällaista siveellistä sivistystä myös kansalaisyhteiskunta edellyttää. Ilman sitä yhteiskunta ei pysy pystyssä, sillä lainkuuliaisuutta ei voida pitää voimassa ilman perheen antamaa kasvatusta.

Kansalaisyhteiskunnassa laki on kuitenkin yksilölle *säädetty* laki, jota hän ei kykene muuttamaan. Yksilön on tunnustettava laki yleistahtona siitä, mikä kansalaisyhteiskunnan jäsenten kesken on oikein tai väärin. Kansakuntien tavanomainen oikeus muuttuu säädetyksi laiksi niiden sivistyksen kohotessa, ja 'lainlaadinta ilmaisee siten kansakunnan tietoisuuden omasta tavastaan'.[11]

Kansalaisyhteiskunnassa kansalaisten olosuhteita sääntelee siviililaki. Sen tarkoituksena on vain turvata yhteiskunnan jäsenten omaehtoinen toiminta ja kansalaisvapaus, ja sen olemassaolo edellyttää vain lainkuuliaisuutta. Kansalaisyhteiskunnan jäsenenä ihminen ei voi muuttaa lakia, mutta hän voi vapautua siihen sisältyvästä pakosta tekemällä lain vaatimukset omaksi tavakseen - toimimalla yhdenmukaisesti yleisen järjen kanssa.

Perhe ja kansalaisyhteiskunta ovat kaikkialla peruspiirteiltään samanlaisia, sillä 'samat halut ja samat kiihkot ajavat ihmisiä kaikkialla'.[12] Kansalaisyhteiskunta on suhteellisen staattinen. Siviilioikeus on sen vuoksi muuttumaton. Sen tulee olla kaikille yhtä pätevä ja koskea kaikkia. Siviililakiin sisältyvät kaikki luonnonoikeuden määräykset omaisuudesta ja sopimuksesta. Rikosoikeus suojelee luonnonoikeudellisia oikeuksia, mutta se käsittää myös muuta: taloudellista ja poliisilainsäädäntöä, irtolaisuuden, kerjuun ja ammattikuntien sääntelyä. Snellmanin mukaan positiivista oikeutta ei ole oikein arvioida luonnonoikeuden mittapuulla, koska yhteiskunta on historiallisen kokemuksen tulosta. On mahdotonta todistaa teoreettisesti esimerkiksi laillisen suojeluksen välttämättömyys palkollisen henkilökohtaiselle vapaudelle tai tullatun tavaran tullaamatonta suurempi hyödyllisyys. Tällaiset säännökset voivat edistää yleistä turvallisuutta ja valtion itsenäi-

10. Snellman 1928, 28-29.
11. Snellman 1928, 59.
12. Snellman 1928, 175.

syyttä, eivätkä ne ole luonnonoikeuden vastaisia, koska ne edistävät henkilön vapautta ja omistusoikeuden suojaa.[13]

Snellman oikeuttaa näin taloudellisen liberalismin näkökulmasta erityisen tuomittavia taloudellisen sääntelyn muotoja, palveluspakon ja suojatullit kansallisvaltion näkökulmasta historiallisina välttämättömyyksinä, joita ei voi arvostella luonnonoikeudellisin argumentein. Snellman katsoi, etteivät kaikki valtiot kestä kansainvälistä kilpailua. Jos valtiolla on muita heikommat tuotantovoimat, kulkuvälineet ja raskaammat verot, valtio voi kehittää kansallisen tuotannon etuja vain taloudellisilla rajoituksilla.[14] Snellman tukeutuu tässä lähinnä saksalaiseen Franz *Listin* kansantaloustieteeseen. Englantilainen liberalistinen ja utilitaristinen poliittinen taloustiede on Snellmanille vierasta.[15]

Kansalaisyhteiskunta on Snellmanille kuten Hegelillekin tarpeiden järjestelmä. Ihmisen työn ja tarpeiden jakaantuminen yhteiskunnassa määrää yksilöille eri toimintapiirejä. Kaikille yhteiset tarpeet kytkevät heidät perheeseen, kansalaisyhteiskuntaan ja valtioon, mutta tarpeiden tyydyttäminen työn kautta johtaa yhteiskunnallisten luokkien tai säätyjen syntyyn. Hegelin tapaan Snellman pitää yhtenä pääluokkana 'maasta' elantonsa saavia.[16] Toinen pääluokka on 'jalostajat'[17]ja kolmas luokka 'valtion virkamiesluokka', joka suoranaisesti työskentelee yhteistä hyvää varten. Jalostajilta puuttuu isänmaallisuus, heidän sivistyksensä on yleisluonteista ja kosmopoliittista. Virkamiesten sivistys hankitaan opinnoilla.[18]

Snellmanin mukaan tämä jakaantuminen yhteiskunnallisiin luokkiin suhteutuu historialliseen säätyjakoon niin, että aatelissääty on useimmissa maissa muuttunut virka-aateliksi. Protestanttiset papitkin ovat valtion palvelijoita. Näiden säätyjen sivistys, toiminta ja harrastukset ovat virkamiehen harrastuksia. Aateli historiallisena säätynä katoaa menettäessään virkoihin kohdistuvat etuoikeutensa, joiden poistamista kansalaisvapaus vaatii. Virkamiehen on toimittava byrokraattisella tavalla: hänellä on oltava oma, lain määräämä toimintapii-

13. Snellman 1928, 91-93.
14. Snellman 1928, 131.
15. Tuija Pulkkisen luonnehdinnan mukaan Snellman on taloudellista liberalismia edustavaan Hegeliin verrattuna 'esikeynesiläinen', Pulkkinen 1989, 15-16.
16. Nämä ovat maanviljelyksen, vuorityön, metsänhoidon harjoittajia; tämä sääty rinnastuu Hegelin säätyyn 'substantieller Stand'.
17. Näitä ovat kauppiaat, tehtailijat, merenkulun harjoittajat; vertaa Hegelin säätyyn 'Stand des Gewerbes'.
18. Snellman 1928, 113-115.

rinsä, jotta valtio olisi tehokas. Vain ylimmillä virkamiehillä on vapautta, ja heidät asetetaan virkaan virka-ansioihin katsomatta. Alemmat virkamiehet tulevat virkaan virkaiän perusteella. Virkamiesluokan täytyy alistua noudattamaan mitä ankarinta järjestystä yleisen edun hyväksi toimiessaan.[19]

Porvarissääty oli Snellmanin mukaan hajoamassa elinkeinovapauden laajentuessa. Käsityöläisammattikunnat olivat häviämässä koneistumisen vuoksi. Ammattikuntalaitos oli käynyt merkityksettömäksi, ja sen häviäminen oli vain ajan kysymys. Snellmanin kirjoittaessa teostaan elinkeinovapaus koski pääasiassa tehdasteollisuutta, raaka-aineiden jalostusta ja kauppaa. Maanviljelyksessä se oli Snellmanin mukaan jo suurimmaksi osaksi toteutunut. Elinkeinovapaus oli teollistuneissa maissa johtanut omaisuuden epätasaisuuteen, 'siten että varsinaisesta työntekijästä on tullut kapitalistin...omaisuutta vailla oleva palvelija'. Snellman arveli myös maanviljelyssä suurviljelyn johtavan maaomaisuuden kasaantumiseen muutamille viljelijöille ja muiden palkkatyöläistymiseen. Tavallaan alkutuottajien ja jalostajien säätyluokat siis elinkeinovapauden myötä jakaantuvat omistajiin ja omistamattomiin. Tällaista kehitystä Snellman pitää vaarallisena. Hän torjuu 'simonistien' yhteiskuntaopit, yksityisomistuksen poistamisen ratkaisuna ongelmaan. Yksityisomistus on Snellmanille henkilön vapaudelle ja siveellisyydelle välttämätön. Hän ei usko myöskään lainsäädännön mahdollisuuksiin korjata elinkeinovapauden tuottamaa omaisuuden epätasaista jakaantumista. Kun lailla yritetään säädellä omaisuudenomistajan suhdetta työntekijöihin, poiketaan elinkeinovapaudesta. Jos sopimusvapautta rajoitetaan heikomman hyväksi, vahvempi osapuoli kykenee kiertämään rajoitukset.[20]

Snellmanin mukaan elinkeinovapauden syventämää jakoa omistaviin ja omistamattomiin voitiin tosin kuroa umpeen valtion avulla. Isännän on maksettava veroa valtiolle, ja valtion huolehdittava työläisten sivistyksestä ja sosiaaliturvasta. Elinkeinovapauden tuottama varallisuuden ja hyvänvoinnin epätasaisuus voidaan tasoittaa sivistyksen avulla. Varakkaan luokan oma etu vaatii herättämään enemmistön lainkuuliaisuuden sivistyksen avulla. Siviililaki hyödyttää vähiten ihmisten suurta enemmistöä, 'joka omistaa vähän tai ei mitään'. Tämä enemmistö ei osaa arvioida siviililain hyötyä, jos sillä ei ole sivistystä.

19. Snellman 1928, 133-134.
20. Snellman 1928, 123-127.

Kansansivistys on sen vuoksi lainkuuliaisuuden ehto. Valtiolla on oikeus vaatia kaikilta sivistystä ja velvollisuus antaa kaikille siihen mahdollisuus. Sivistys opettaa työläistä käyttämään ansioitaan tarkoituksenmukaisesti ja antaa tälle mahdollisuuden siirtyä omistajaluokkaan. Julkiset varat on käytettävä kansakoululaitokseen sen sijaan, että ne 'nykyiseen tapaan uhrataan vaivaistaloihin ja vankiloihin'.[21]

Snellmanin yhteiskunnallinen ajattelu kulminoituu valtioon. Valtio on ihmisen siveellisen itsetoteutuksen tai vapauden välttämätön ehto. Snellmanin yhteiskunnallisessa konseptiossa normin velvoittavuus perustuu valtiossa ilmenevään siveellisyyteen. Käsitys on sellaisen liberalistisen konseption vastakohta, jonka mukaan valtion tehtävä on rauhan ylläpitäminen valtiossa esiintyvien, valtiosta riippumattomalla tavalla syntyneiden, erilaisten normatiivisten tai moraalisten käytäntöjen välillä. Kansalaisyhteiskunnan laki on Snellmanille luonnonoikeutta, 'määrätty, säädännäinen ja pysyvä'. Kansalaisyhteiskunnan ja valtion suurin ero on siinä, että valtio ei pysy vain lainkuuliaisuuden varassa, koska sen olemukseen kuuluu alituinen kehitys, ja lainkuuliaisuus on staattista.[22] Maailmanhenki toteuttaa itseään valtiossa.

Kysymys valtion ja kansalaisyhteiskunnan suhteesta ilmenee Snellmanin suhtautumisesta vallan kolmijako-oppiin. 'Hallitus' on Hegelille toimeenpanovaltaa, joka toimii säädettyjen lakien mukaan. Suvereniteetti on laista riippumaton, mutta hallitus ei. Hallituksen tehtäviin kuuluu toteuttaa taloudellista, sosiaalista ja järjestyksenpitoon liittyvää lainsäädäntöä. Kansanvaltaisissa valtioissa hallitukselta riistetään kaikki lakiasäätävä valta. Tällainen valtiovallan jako edellyttää tasaista kansansivistystä. Sellaista ei ole missään Euroopassa, sillä ylikansoitetut ja verrattain sivistymättömät Euroopan valtiot eivät Snellmanin mukaan kestäisi hallitusta, jolla ei ole lainkaan lainsäädäntövaltaa erityisesti järjestyksenpitoon ja talouteen liittyvissä asioissa.

Yhdysvalloissa tällainen ratkaisu oli ollut mahdollinen, koska valtiomuotoa suosivat harvinaiset seikat: ulkoisten ja sisäisten vihollisten puuttuminen. Sisäisiä vihollisia valtiolla ei ole, koska toimeentulo on Yhdysvalloissa helppoa ja sivistys tasavartaista. Snellmanin mukaan yhdysvaltalaisen valtiomuodon olemassaolo todistaa enemmistön maltillisuudesta ja lainkuuliaisuudesta. Yhdysvaltalaisen valtiovallan jako suojaa vähemmistöä senaatin ja tuomarivallan kautta, joka estää val-

21. Snellman 1928, 123-127, 140.
22. Snellman 1928, 182-183.

tiomuodon vastaisten päätösten toimeenpanon. Jos Euroopassa kansanvaltainen edustuslaitos saisi vallan säätää lakeja, se anastaisi myös toimeenpanovallan. Snellman ei uskonut vallanjaon pitkään säilyvän sellaisenaan Yhdysvalloissakaan.[23]

Useimmat hallituksen toimeenpanovallan tehtävät koskevat kansalaisyhteiskunnan asioita. Hallituksen tehtävä on pitää voimassa kansalaisyhteiskunnan lakeja - taloudellista lainsäädäntöä sekä siviili- ja rikoslakeja. Hallituksen on aina toimittava lainmukaisesti. Erityisesti siviili- ja rikoslakien soveltaminen on annettava tuomiovallalle. Lisäksi hallituksella tule olla osa yleistä järjestystä ja turvallisuutta koskevien lakien säätämisessä. Korkeimman toimeenpanovallan tulee keskittyä hallitukseen, mutta sen ääreisosat voivat olla kuntien hallussa. Valtion virkamiesten on kuitenkin kontrolloitava kunnallisia elimiä. Kunnallisen itsehallinnon laajentuminen merkitsisi Snellmanille valtion sulautumista kansalaisyhteiskuntaan. Tällainen sulautuminen - joka Yhdysvalloissa on toteutunut - on torjuttava. 'Tocquevillen kuvauksesta päättäen voisi väittää, että valtiolla Yhdysvaltain asukkaille ei ole muuta kuin hyödyllisyyslaitoksen merkitys, ja tästä saattaisi etsiä selitystä heidän pyrintöjensä aineellisuuteen...Hallituksen vetäminen alas kansalaisyhteiskuntaan on johdonmukainen seuraus tällaisesta valtiokäsityksestä ja saattaisi välitellen johtaa siihen, että unohdetaan valtion tarkoitus oikeuden ja kohtuuden mukaan suojella kaikkia yhtäläisesti...', kirjoittaa Snellman.[24]

Valtion on siis kontrolloitava kansalaisyhteiskunnan toimintaa. Valtiovalta on jaettava niin, että järjestykseen ja turvallisuuteen liittyvän lainsäädännön säätäminen jää hallituksen tehtäväksi. Valtiollisesti johdettu kansansivistys on tarpeen estämään omaisuuden kasaantumisesta seuraava yhteiskunnallinen kuohunta. Valtio dynaamisena historian subjektina tuottaa sivistyneen vähemmistön käytännössä kiteytyneitä lakeja, jotka muodostuvat kansalaisyhteiskunnan käytännöksi. Sivistynyt parhaimmisto edistää maailmanhistorian toteutumista, ihmisen täydellistymistä. Euroopassa sivistymättömän enemmistön lainsäädäntövalta nielaisisi myös täytäntöönpanovallan. Valtion on laajennettava kansansivistystä, jotta voitaisiin taata kansalaisyhteiskunnan lainkuuliaisuus, sisäistynyt kurinalaisuus. Tämä on välttämätöntä etenkin, kun elinkeinovapaus johtaa omaisuuden kasaantumiseen ja siitä seu-

23. Snellman 1928, 243-247.
24. Snellman 1928, 263.

raavaan enemmistön haluttomuuteen pitää siviilioikeutta omistusoikeuden turvaavana luonnonoikeutena.

Oikeudenkäyttö saa Snellmanin yhteiskuntamallissa *välittävän aseman*. Valtio on ihmisen itsetoteutuksen olemus, kansalaisyhteiskunta toimii staattisen, positivoituneen luonnonoikeuden varassa. Tuomiovalta muodostaa välityksen näiden kahden välille. Laillisuus on tärkeintä siviili- ja rikosoikeudessa, ja siksi niiden soveltamisen on kuuluttava tuomiovallalle. *Tuomiovalta* edustaa kansalaisyhteiskunnan olemusta, *lainkuuliaisuutta*, ja on siinä mielessä kansalaisyhteiskunnan mahti. Se tuo ilmi kansakunnan laissa ilmenevän tavan. Tästä huolimatta 'ei tuomiovallan toimintaa kuitenkaan sovi ajatella valtiovallasta riippumattomaksi'. Joko lakiasäätävän tai toimeenpanovallan on nimitettävä korkeimman oikeusasteen jäsenet ja tutkittava kelvollisuus tuomarinvirkaan. Jos oikeudenkäyttö ei ole toimeenpanovallan haara, voi yksinvaltaisenkin hallituksen alaisuudessa olla suuri kansalaisvapaus.[25]Oikeusvaltio takaa silloin kansalaisvapaudet kansalaisyhteiskunnan oikeuksina. Yhteiskunnallinen vapaus on 'rajattomasti tärkeämpi valtiollista', koska sitä kansa osaa alimmallakin sivistysasteella kaivata.[26]

Oikeudenkäytön on oltava riippumatonta. Yleensä tällä tarkoitetaan riippumattomuutta lakia säätävästä ja hallitusvallasta, mutta Snellmanin mukaan yhtä oleellista on tuomarin *riippumattomuus oikeudenhakijoista*. Tällainen riippuvuus voi syntyä joko tuomarin nimittämisen tai hänen taloudellisen asemansa kautta. Jotta tuomari olisi riippumaton varsinaisista valtiomahdeista, on tarpeellista pitää sitä vain kansalaisyhteiskunnan mahtina (blott som en myndighet i borgerliga samhället), ei valtiovaltana. Kuitenkaan tuomarivalta kuten kansalaisyhteiskuntakaan ei voi pysyä pystyssä ilman täydellistä valtiovallan tukea.

Vaikka oikeudenkäyttö on nähtävä kansalaisyhteiskunnan mahdiksi, ei kansalaisyhteiskunnan jäsenille tule antaa oikeutta asettaa tuomareita vaalilla. Tämä johtaisi enemmistön mielivaltaan. Tuomarintoimi edellyttää laintuntemusta, puolueettomuutta, tietoja ja taitoja. Jos tuomari asetettaisiin kansalaisyhteiskunnan vaalilla, ei tällaisia valmiuksia voitaisi odottaa.[27] Paras keino taata tuomioistuinten riippu-

25. Snellman 1928, 264.
26. Snellman 1928, 78.
27. Snellman 1928, 79-80.

mattomuus on jättää tuomarien nimittäminen tuomarivallalle itselleen, niin että ylemmät tuomioistuimet asettavat alempien oikeuksien jäsenet. Kun viranhaltija on julistettu kykeneväksi tuomarintoimeen, voi nimittämisjärjestys perustua vain virkaikään, ei aatelin privilegioihin. Hallituksen (tai kansanedustuslaitoksen) on myös välttämättä asetettava ylimmän oikeusasteen jäsenet, ja tärkeintä on silloin, että nimitykset tehdään riittävän pitkäksi ajaksi.

Käsityksensä tuomareilta vaadittavista valmiuksista Snellman ilmaisee toisessa yhteydessä, vaatiessaan yliopistollisen vapauden ja sivistysyliopiston idean toteuttamista.[28] Snellman esitti akateemisen opiskelun tuottavan sivistyksellisiä valmiuksia; yliopiston tulee olla tiedelaitos. Vallitsevan yliopistollisen käytännön mukaan lakimies oppii lakikirjansa, 'oppii ulkoa eri lukujen ja pykälien summittaisen sisällön, järjestysmuodon ja asetusten aikamuodot'. Hän ei opi tulkitsemaan lakia eikä kertomaan, mitä yhteiskunta ja oikeus ovat. Tieteellisen opiskelun pitäisi tuottaa vakaumus ja sen kautta siveellisyys. Tieteellinen tieto muodostuu perinteen ja subjektin vapaan toiminnan yhdistyessä - subjekti oivaltaa, mikä perinnäisessä tiedossa on järjellistä. Juuri samaan tapaan oikeuskin toimii siveellisesti. Yliopiston tehtävä on kasvattaa ajatteleva ja tahtova subjekti tietämiseen ja siveellisyyteen, jossa itsetajunta ja perinne yhdistyvät. Yliopistossa opettajan tulee olla tutkija eikä auktoriteetti. Virkamiestutkintoon johtavan kurssin opetusta tulee muuttaa tähän suuntaan.[29]

Oikeudenmukaiselle lainkäytölle Snellman asettaa kolme ehtoa. Lain universaalisuus edellyttää, ettei eri säätyjä ja tilanteita varten ole eri tuomioistuimia. Tarpeen mukaan voidaan perustaa erilliset siviili- ja rikostuomioistuimet tai kauppatuomioistuimia. Eri säätyjen erilliset tuomioistuimet sen sijaan estävät yhdenvertaisuuden lain edessä. Tuomioistuimien tulee olla yleisiä ja soveltaa universaalia oikeutta.

Toiseksi Snellman katsoo, että kollegiaaliset tuomioistuimet ovat yksijäsenisiä taitavampia. Tuomioistuin ei ole erehtymätön, mutta kol-

---

28. Snellman 1932b. Snellman aiheutti 1830-luvulla kiistoja muuten yksituumaisessa yliopiston konsistorissa. Hän kieltäytyi käyttämästä luentojensa otsikoinnissa poliittista tarkoituksenmukaisuutta ja vaati saada luennoida 'akateemisen vapauden todellisesta luonteesta ja olemuksesta'. 'Vapaus' oli poliittisesti epäilyttävä termi, ja luento kiellettiin. Snellman julkaisi luentonsa Ruotsissa vuonna 1840, mikä lisäsi närkästystä. Pulkkinen 1989, 51.

29. Snellman 1932b, 318-338. Snellman vaatii näin ammattiin kouluttavan yliopiston muuttamista 'Humboldt'-ihanteen mukaiseksi tiedeyliopistoksi.

legiaaliset tuomioistuimet ovat parempia kuin yksijäseniset. Kolmanneksi hän arvelee, ettei tuomarinvirkaa hoitaneella pitäisi olla oikeutta olla valtion palveluksessa muulla uralla kuin tuomarilla, koska tuomarilla ei silloin ole tarvetta etsiä 'muun kuin lain suosiota'.[30] Snellman vaatii siis tuomioistuimilta *yleisyyttä* ja *kollegiaalisuutta* sekä tuomarinuran eristämistä muusta valtiollisesta toiminnasta. Näillä edellytyksillä oikeudenkäyttö on riippumatonta: kansalaisyhteiskunnan mahti, jota käyttävät tuomarit ovat kansalaisyhteiskunnasta riippumattomia.

Oikeudenkäyttö käsittää *faktojen selvittämistä* ja *lain soveltamista*. Jälkimmäinen on Snellmanin näkökulmasta varsin ongelmatonta. Sen sijaan faktojen selvittämisessä tuomarin taitavuudella on suuri merkitys. Snellman katsoo, että legaalisen todistelun säännöt perustuvat samantapaiseen älykkääseen tarkoituksenmukaisuuteen kuin esimerkiksi oikeusasteiden lukumäärää koskevat säännöt. Kahden todistajan todistuksella saatava näyttö ei sinänsä ole perustellumpi kuin kolmen tai yhden. Todistaja vakuuttaa valallaan tuomioistuimessa puhuvansa totta. Valalla todistajan voi katsoa ilmaisevan luottamuksensa järjelliseen kaitselmukseen ja olevansa yhtä vakuuttunut oman lausuntonsa totuudesta. Todistelun yhteydessä lainkäyttö kuitenkin viime kädessä perustuu kansalaisyhteiskunnan jäsenten hyvään tahtoon, kuten oikeuden olemassaolo yleensäkin.[31]

Snellman ei yhdistä todistelukysymystä maallikoiden osallistumiseen tai kansalaisyhteiskunnan mahdollisuuteen kontrolloida tuomioistuimen toimintaa. Valamieslaitoksen tarpeellisuutta hän pohtii lähinnä painovapauskysymyksen yhteydessä. Ruotsissa toimi jury juuri painokanneasioissa. Juryn ja sovintotuomioistuimen jäsenet asetetaan heidän juridisista tiedoistaan riippumatta. Sen vuoksi näillä tulee Snellmanin mukaan olla 'oikeudenhakijain täydellinen luottamus'. Juryn ja sovintotuomioistuimen luonteen mukaista on sen vuoksi niiden jäsenten asettaminen vaalilla. Juuri tämän asettamismenettelyn vuoksi Snellman pitääkin valamiestä tavallista tuomaria riippuvaisempana. Eri vaalitavoista puolustettavimpana hän pitää Ranskassa käytettyä kunnallista vaalia, jossa kunnallishallitus valitsee valamiehet kullekin vuodelle ja jury asetetaan tuomioistuimessa arvalla. Näin vaali on annettu 'yhteiskunnan sivistyneimpien ja arvossa pidetyimpien jäsenten suoritettavaksi'. Valamies ei ole ratkaisustaan juridisessa vastuussa,

30. Snellman 1928, 82.
31. Snellman 1928, 83-84.

mutta hänen ratkaisuaan voidaan kuitenkin julkisuudessa arvioida. Tästä syystä jurylaitosta voidaan väärinkäyttää - juryn jäsenet pelkäävät enemmän julkista mielipidettä kuin laillisuuden loukkaamista.

Parhaimmassakaan tapauksessa *jury ei anna suurempaa varmuutta oikeasta tuomiosta* kuin tavallinen tuomioistuin, jos tuomiovalta on riippumaton ja pätevien henkilöiden käsissä. Snellman arvioi vaihtoehtoina vain valamiesjärjestelmää, jossa jury saa arvioida todisteita vapaasti ja legaaliseen todisteluun sidoksissa olevaa tuomarivaltaista järjestelmää. Näistä hän kannattaa jälkimmäistä. Jos syyttäjä luokittelee rikoksen ja jury ratkaisee vain syyllisyyskysymyksen, on syyttömällä hyvä turva, mutta järjestelmä myös vapauttaa syyllisiä. Legaaliseen todisteluun sidoksissa oleva tuomari saattaa myös vapauttaa rikollisen todisteiden puutteessa. Syyttäjän rikosluokitus ja valamiesten yksityinen vakaumus ovat Snellmanin mukaan yhtä satunnaisia kuin legaalinen todistelukin. Legaalisessa todistelussa voidaan tuomita väärän todistuksen nojalla, kun taas valamiehistössä edellytetään olevan enemmän tunnontarkkuutta kuin laillisella todistajalla.[32] Jurylla on valta vapauttaa todisteesta huolimatta, kun taas lain sitoman tuomarin täytyy tuomita. Valamiehistö voi tehdä helpommin erehdyksiä kuin lain sitoma tuomari, eikä niitä yleensä voida kumota. Niiden on kuitenkin oletettava koituvan syyttömän eduksi. Jury tarjoaa siten tavallisissa rikosasioissa aiheettomasti syytetylle legaaliseen todisteluun sidottua tuomaria paremman suojan.

Valtiollisten rikosten yhteydessä jurylaitoksesta puuttuu tämä etu. Jos hallitus on vahva, jurystä tulee valtiollisten rikosten käsittelyssä valtion välikappale, ja jos kansanvalta on vahva, jury palvelee puolueita. Snellman pitää myös sovintotuomioistuimia oikeudenkäytölle haitallisina, jos ne ovat ylimääräisiä tuomioistuimia ja niiden tuomarit vailla tuomarin vastuuta. Sovintotuomioistuimien tulee ratkaista vain siviiliasioita, ja silloinkin niiden päätökset pitäisi aina alistaa varsinaisen tuomioistuimen tutkittavaksi.

Snellmanin epämääräisen sanonnan mukaan sovinto-oikeudella ja juryllä on 'ihmisystävällinen tarkoitusperä'. Tämä ei riitä oikeuttamaan niiden käyttöönottoa. Snellmanin näkökulmasta tuomioistuimet on tehtävä riippumattomiksi kansalaisyhteiskunnasta. Tuomareiden ni-

32. Tämän käsityksen Snellman ilmeisesti perustaa siihen, että valamiesten vaalitapa sulkee pois enemmän yhteiskunnan epäluotettavia jäseniä kuin legaalisen todistelun todistajanjäävit.

mittäminen on tuomioistuinlaitoksen ja ylimmällä tasolla hallituksen tehtävä. Ammattituomari on ratkaisustaan laillisessa vastuussa, ja myös tätä kautta laillisuus palautuu tuomioistuimen sisäiseksi kysymykseksi. Snellman käsittelee tuomioistuimen rakenteellisina vaihtoehtoina vain syyllisyyskysymystä vapaasti harkitsevan juryn ja legaaliseen todisteluun sidotun ammattituomarin. Sen vuoksi hän ei joudu pohtimaan ammattituomarin vapaan todisteiden harkinnan oikeutusta. Torjuessaan 'ihmisystävälliset' juryn ja sovinto-oikeuden hän kuitenkin korostaa, että oikeudenkäytössä on ensi sijassa kyseessä oikeus, ja oikeutta saadaan varmimmin tuomareilta, joiden toimenpiteet ovat lakiin sidoksissa ja jotka ovat toiminnastaan laillisessa vastuussa. Vaikka tuomiovalta on kansalaisyhteiskunnan mahti, on kaikilla alueilla kansalaisyhteiskunnan suora vaikutusvalta oikeudenkäyttöön torjuttava mielivallan estämiseksi.

Snellmanin ajattelua valaisee se lähtökohta, että oikeudenhakijoiden luottamus tuomioistuimeen on varmistettava vaaleilla silloin, kun tuomarit eivät ole ammattituomareita ja virkamiehiä. Snellman ei avaa kysymystä mahdollisesta epäluottamuksesta ammattimaista, suljettua virkatuomarikuntaa kohtaan. Kuitenkin kansalaisyhteiskunnan ja virkatuomarin edustaman laintulkinnan välillä on Snellmanin tulkinnassa ero tai aukko. Lainsäätäjän pitäisi edustaa 'parhaimmiston tapaa', jonka lainsäädäntönä pitää muodostua kansan enemmistöä velvoittavaksi normiksi. Juuri tässä on valtion ja oikeuden dynamiikka, sen maailmanhistoriaa edistävä elementti. Kansalaisyhteiskunnan käytännön ja 'parhaimmiston' säätämän lain edellyttämän käytännön välillä on jonkinasteinen ero. Se ei voi olla niin suuri, ettei laki olisi tehokas - kunkin ajan todellisuutena ilmenevälle oikeudelle on aina kansalaisyhteiskunnan vastaanottokykynä ilmenevät rajansa. Yhteiskunnallinen dynamiikka edellyttää kuitenkin tietyn eron olemassaoloa. Tuomari edustaa 'parhaimmiston' käytäntöä. Siten tuomari on kansalaisyhteiskuntaan asetettu valtion edustaja. Hän on valtiomahdeista riippumaton kansalaisyhteiskunnan mahti, joka asettuu kansalaisyhteiskunnan yläpuolelle.

Snellman torjuu yhdysvaltalaisen federalistisen republikanismin yhteiskuntamallin, jossa tuomarivalta senaatin ohella muodostaa vähemmistöä suojelevan konservatiivisen valtiomahdin. Tuomioistuimet voivat Yhdysvalloissa estää valtiomuodon vastaisten lakien säätämisen. Tällaisessa yhteiskunnassa tuomari ei voi toimia 'parhaimmiston'

kautta tapahtuvan kansakunnan itsetoteutuksen itsessään neutraalina välittäjänä. Tuomioistuimista tulee pidäke, joka suojelee vähemmistöä enemmistön mielivallalta. Snellman ei voi hyväksyä de Tocquevillen oletusta, että Yhdysvalloissa toteutettu vallanjako oikealla tavalla supistaisi hallituksen mahtia. Snellmanin käsityksen mukaan lainsäädäntövalta väistämättä nielaisee myös hallitusvallan. Kun Yhdysvalloissa vallanjakomallista huolimatta on vielä itsenäistä hallitusvaltaakin, tämä todistaa hallituksen voiman perustuvan kansan vakaumukseen, maltillisuuteen ja lainkuuliaisuuteen.[33]

Implisiittisesti Snellman pitää useimpia yhteiskuntia - varmasti Suomen suuriruhtinaskuntaa - kykenemättöminä tällaiseen lainkuuliaisuuteen. Sellaisessa yhteiskunnassa kuin Suomessa hallituksen on ohjattava kansansivistystä, mikä laajentaa lainkuuliaisuutta. Kansalaisyhteiskunnan lainkuuliaisuutta edustavan tuomioistuimen taas on oltava kansalaisyhteiskunnasta riippumaton, jotta se voi muodostaa välityksen kansallishengen dynaamisen ja kansalaisyhteiskunnan staattisen olemuksen välille.

12.2. K. G. Ehrström: oikeuslaitoksen työnjako

Karl Gustaf *Ehrströmin* vuonna 1854 julkaisema väitöskirja syyttämis- ja tutkimismenettelystä rikosprosessissa[34] on käytännössä saksalaisen C. J. A. *Mittermaierin* prosessioikeudellisten kirjoitusten esittely. Ehrströmille ja hänen kilpailijalleen Knut *Lagukselle* rikosoikeuden tärkein auktoriteetti oli juuri Mittermaier.[35] Ehrströmin pääasiallinen kiinnostus suuntautui myöhemmin rikosoikeuden uudistamiseen, eikä hän tässä käsiteltävää väitöskirjaa lukuun ottamatta kirjoittanut prosessioikeudesta. Ehrström lupaa väitöskirjansa viimeisellä sivulla tar-

33. Snellman 1928, 246.

34. Om företrädet emellan ackusations- och inquisitions-förfarandet i brottmålsprocessen. Ehrström 1854.

35. C. J. A. Mittermaierin 1800-luvun alkuvuosikymmeninä kirjoittamia siviili-, rikos- ja prosessioikeudellisia esityksiä luettiin Suomessa ahkerasti. Suomalaiset juristit saivat ilmeisesti käsityksensä englantilaisesta, skotlantilaisesta ja yhdysvaltalaisesta lainsäädännöstä usein Mittermaierin välityksellä. Edellä on käsitelty Mittermaierin tuotantoa. Lisäksi Suomessa luettiin Mittermaierin toimittamaa, Heidelbergissä vuodesta 1821 alkaen ilmestynyttä aikakausjulkaisua Archiv für die civilistische Praxis. Mittermaierin vaikutuksesta suomalaiseen rikosoikeuteen ks. Backman 1976, 4.

kastella myös kotimaista oikeutta, jonka hän jätti tässä yhteydessä sivuun. Hän ei kuitenkaan koskaan lunastanut lupaustaan.

Ehrström huomauttaa suomalaisen rikosoikeuden olevan välttämättä uudistamisen tarpeessa. Kypsä lainvalmistelu edellyttäisi sellaisia laajoja tilastollisia selvityksiä, joita Englannissa oli tehty.[36] Saksassa ja Ruotsissa lainvalmistelu oli edennyt teoreettista tietä ja Ehrström pitää tarpeellisena esittää suomalaisen tieteen pohdittavaksi keskeisen rikosprosessioikeudellisen kiistakysymyksen: onko etusijalle asetettava akkusatorinen vai inkvisitorinen menettely.

Akkusatorisessa menettelyssä syytettä ajaa syyttäjä. Tuomioistuin antaa asianosaisten tai näiden oikeudenkäyntiavustajien esittää asian, todisteet ja vastatodisteet. Tuomioistuimen toiminta rajoittuu käsittelyn johtamiseen. Näin voidaan selvästi käsittää esitetyn vaikutus syytteessä kuvattuun oikeustapaukseen, subsumoida tapaus lain säädökseen ja antaa tuomio. Inkvisitorisessa menettelyssä taas tuomioistuin ryhtyy tutkimaan rikosta valtion puolesta ja käyttää kaikkia lain sallimia, usein pitkälle meneviä keinoja selvittääkseen syytetyn syyllisyyden asteen. Sitten tuomioistuin soveltaa lain säännöstä tapaukseen. Ehrström huomauttaa, että David *Nehrman* antoi inkvisitoriselle prosessille tätä laajemman merkityksen, johon J.J. *Nordström* yhtyi. Molemmat rajoittavat akkusatorisen menettelyn siihen, että asianomistaja ajaa asiaa tuomioistuimessa. Tällainen käsitys on historiallinen.[37]

Ehrström katsoo akkusatorisen menettelyn olevan alkuperäinen kaikkien kansojen keskuudessa. Hindut, israelilaiset, kreikkalaiset, roomalaiset, germaanit, skandinaavit ja slaavit kaipasivat yhteiskuntarauhaa, ja siksi pyrkivät ensin sovittelemaan ja sitten tuomitsemaan keskenään taistelevat osapuolet. Koston sijasta otettiin käyttöön akkusatorinen prosessi.[38] Inkvisitorinen menettely edellyttää edistyneempää yhteiskunnan tilaa, jossa uskonto ja valtio ovat määritelleet tietyt rikokset rikoksiksi yleistä hyvää, jumaluutta tai valtiota vastaan eikä vain välittömästi loukattua henkilöä vastaan. Rikosprosessin kehitys riippuu kuitenkin poliittisesta kehityksestä, kuten Mittermaier on esittänyt. Jos valta keskittyy yksiin käsiin, joista myös tuomiovalta tulee

36. Ehrström viittaa tässä lähinnä Englannin parlamentin 'sinisten kirjojen' sisältämiin selvityksiin.
37. Ehrström 1854, 4-5.
38. Tässä Ehrström viittaa mm. Jakob Grimmin Deutsche Rechtsalterthümer-teokseen, Stiernhöökin De jure-teokseen ja Nordströmin Bidrag-teokseen. Ehrström 1854, 5-8 sivujen alaviitteet.

riippuvaiseksi, on tuloksena inkvisitorinen menettely. Näin on käynyt Saksassa. Siellä feodaalivalta alisti kansan, ja silloin katolisen papiston ja italialaisen lainopin kannattajien toimesta rikosprosessiin omaksuttiin inkvisitiomenettely. Jos taas kansa on kyennyt säilyttämään itsenäisyytensä taistelussa keskittymistä vastaan, se on myös säilyttänyt itsellään oikeuden syyttää rikoksista.[39]

Ehrströmin vieraita prosessijärjestyksiä koskeva esitys perustuu Mittermaierin englantilaista, skotlantilaista ja pohjoisamerikkalaista rikosprosessia koskevaan esitykseen.[40] Ehrström kuvaa eroa akkusatorisen ja inkvisitorisen prosessin välillä vertaamalla englantilaisten rauhantuomarien ja poliisituomioistuimen menettelyä saksalaiseen inkvisitoriseen prosessiin.[41] Hän päättelee, ettei inkvisitorinen menettely ole hyväksyttävä, jos lait nähdään suojaksi mielivaltaa vastaan ja tuomioistuimet lakien puolustajiksi. Inkvisitorisessa menettelyssä tuomarin käsissä on liikaa valtaa, jota voidaan käyttää väärin. Inkvisitio ei voi toimia ilman johdattelevia kysymyksiä, tottelemattomuusrangaistuksia ja pyrkimystä saada syytetty tunnustamaan.

Sekä akkusatorista että inkvisitorista menettelyä yhdistää se, että tuomioistuimella on valta johtaa käsittelyä, arvioida todisteita ja soveltaa lakia. Ero on siinä, onko tuomioistuimella oikeus ottaa asia käsiteltäväksi, hankkia todistelua ja tutkia sitä. Puhtaassa akkusatorisessa menettelyssä vain syyttäjä voi tuoda asian oikeuteen ja esittää todisteet. Ehrströmin mukaan keskeinen ero menettelytapojen välillä on niiden käsitys tuomarinkutsumuksesta. Syyttämisperiaate käsittää tuomarin tehtävän kapeammin, inkvisitorinen laajemmin. Inkvisitorisen menettelyn mukaan valtion velvollisuus on tutkia ja tuomita sekä ottaa huomioon myös se, mikä puhuu syytetyn puolesta. Vaikka tässä on 'jotakin suurenmoista', on kuitenkin asetuttava akkusatorisen periaatteen puolelle. Syyttämisperiaatekin edellyttää, että syyttämisestä ja puolustamisesta huolehditaan, mutta ne eivät kuulu tuomarille.

Ehrström arvostelee Mittermaierin tapaan 1800-luvun alkupuolen saksalaisten intoa omaksua ranskalaisen prosessin periaatteiden mukaiset julkisuuden, suullisuuden ja valamiesprosessin periaatteet pelastavaksi sanomaksi tai yleensä politisoida juridinen kysymys oikeuden-

39. Ehrström 1854, 9-11.
40. Mittermaier 1851.
41. Tässä Ehrström viittaa myös Mittermaierin teoksiin Das deutsche Strafverfassung sekä Die Mündlichkeit, Das Aufklageprinzip.

käyntiperiaatteesta. Ehrström ei ollenkaan kytke oikeudenkäytön keskeisiä ratkaisuja kysymykseen siitä, miten kansalaisyhteiskunta voi valvoa oikeudenkäyttöä. Hän arvostelee P.J.A. *Feuerbachia* siitä, ettei tämä kyennyt kokonaan irtaantumaan inkvisitorisista periaatteista. Feuerbach tosin huomauttaa siviiliprosessista puhuessaan, ettei tuomari kykene yhtäaikaisesti huolehtimaan kummankin asianosaisen yksityisestä intressistä, mutta Ehrströmin mukaan tämän periaatteen ei pitäisi rajoittua siviiliprosessiin. Edes 'terävänäköinen Hegel' ei Ehrströmin mukaan kyennyt irtaantumaan inkvisitio-opin mukaisesta rikosprosessista. Mittermaieriakin Ehrström arvostelee siitä, että tämä etsii rikosprosessimenettelyä tarkastellessaan 'tarkoituksenmukaisuutta' siinä suhteessa, miten menettely varmistaa totuuden tutkimisen ja kansalaisten turvallisuuden. Hän sallii tuomarin järjestää kuulustelun ja suorittaa esitutkinnan.

Ehrströmin mukaan huomio on kiinnitettävä tuomiovallan olemukseen, joka on aina sama. Tieteessä vallitsee yksimielisyys siitä, että tuomarin on oltava puolueeton. Tähän loppuu lainoppineiden yksimielisyys. Esimerkiksi Hegelin mukaan tuomioistuimen tulee selvittää tosiasiat, syyllisyyden määrä ja lopulta oikea rangaistus. Snellman taas Läran om staten-teoksessaan katsoo, että tuomarin tehtävä on ratkaista, mikä tietyssä tapauksessa on lain mukaan oikein. Ehrströmin mukaan he eivät kuitenkaan näe eroa *oikeudenhoidon* ja *tuomiovallan* välillä, vaikka jälkimmäinen on vain edellisen osa. Oikeudenhoitoon kuuluu lakien ylläpitäminen, myös syyttämis- ja puolustusjärjestelmä. Tuomarin tehtävään kuuluu vain kelpoisuus ja velvollisuus tuomita. Tuomarin tulee ratkaista, mikä on tietyssä tapauksessa lain mukaan oikein tai väärin, 'appliquer le fait à la loi'. Silloin on vain tutkittava näyttö ja sovellettava lakia. Tuomiovallalle on yhdentekevää, onko todellinen asiaintila tutkittu vai ei. Tuomiovallalle riittää *muodollinen* oikeudenmukaisuus.

Vaikka kaikki mahdolliset oikeustapaukset olisi esitetty laissa, olisi silti tutkittava, onko todella kysymys lain mainitsemasta tapauksesta. Oikeudenloukkaus aina merkitsee kiistaa, jonka osapuolet ovat jäävillisiä ratkaisemaan sen. Valtion on asetettava tuomari ratkaisemaan asia. Tuomarin tehtävä on vain vastaanottaa asianosaisten kanne, vastine ja todisteet. Lain on sisällettävä tunnusmerkit sille, miten oikeustapauksen olemassaolo todetaan: todistelusäännöt ja syyksilukemista koskeva oppi. Tuomarin on lakia tulkitessaan subsumoitava konkreetit

oikeustapaukset lain yleisiin määräyksiin. Muuta tehtävää tuomarilla ei ole. Yleensä siviiliprosessissa tuomarin tehtävä käsitetään näin.[42]

Ehrströmin mukaan *tuomioistuimessa on saatava aikaan työnjako*, jossa huoli totuuden paljastamisesta ja rikollisten syyttämisestä annetaan muille oikeudenhoidon elimille kuin tuomarille. Kaikkialla valtion on suojeltava kansalaisia epäoikeudenmukaisuudelta ja mielivallalta, ja tätä varten on oltava julkisia syyttäjiä ja puolustajia. Syyttäjällä ei tule olla syytettyä parempia oikeuksia. Monet rikokset koskevat asianomistajan oikeutta, ja valtion puuttuminen niihin sisältää suuremman loukkauksen asianomistajaa kohtaan kuin loukatun oikeuden palauttaminen. Syytetyltäkään ei saa ottaa oikeutta puolustautua itse tai itse valitsemansa asianajajan kautta, vaikka julkinen puolustajakin on käytettävissä.[43]

On mitä tärkeintä, että syyttäjät ja julkiset puolustajat ovat lainoppineita ja lahjomattomia. Ehrström ei kuitenkaan hyväksy sitä, että asianajajat jatkaisivat syytetyn puolustusta oikeudentuntonsa vastaisesti. Kun asianajaja havaitsee syytteen perustelluksi, tämän tulisi Skotlannin asianajajien tapaan kehottaa asiakkaitaan tunnustamaan rikoksensa. Kuitenkin syyttäjällä ja puolustajalla tulee olla itsenäinen asema. Saksalaisen prosessin puolustajat on alistettu tuomioistuimen auktoriteetille, eikä heillä ole sen vuoksi merkitystä. Skotlantilainen ja pohjoisamerikkalainen rikosprosessi tuntevat julkisen syyttäjän, ja Skotlannissa jokaisella syytetyllä pitää olla puolustaja. Tällainen järjestelmä on ihmisjärjen mukainen, koska se erottaa oikeudenhoidon eri funktiot, jotka eivät osu yhteen. Tällaiseen laajaan reformiin päästään Ehrströmin arvion mukaan kuitenkin hitaasti.[44]

Ehrström kiinnittää huomiota *vain tuomioistuimien tehtävien eriyttämiseen*. Hän tavoittelee saksalaisen liberalismin suosimaa, anglosaksisen oikeudenkäynnin mukaisesti nähtyä oikeudenkäynnin subjektirakennetta. *Asianosaiset* on rikosprosessissa *käsitettävä oikeudenkäynnin subjekteiksi*. Rikosprosessin ihannekuvaksi käy saksalaisen siviiliprosessin malli. Ehrström ei kiinnitä mitään huomiota kansalaisyhteiskunnan mahdollisuuteen kontrolloida todistelua jury-järjestelmän kautta. Ylipäänsä kysymys todistelusta ei nouse esiin. Ehrström esittää tuomarin subsumtioautomaatiksi, jonka toiminnan kontrolloimiseen ei ole

42. Ehrström 1854, 59-61.
43. Ehrström 1854, 66-68.
44. Ehrström 1854, 68-69.

tarvetta. Asianosaisten mahdollisuus kontrolloida oikeudenkäyntiä päättämällä todistelun laajuus esitetään tärkeäksi, ja asianosaisten katsotaan olevan välttämättä oikeusavustajan tarpeessa. Ihanteellinen oikeudenkäynnin malli on näin asianosaispainotteinen, mutta samalla hyvin ammattijuristien hallitsema. Ehrströmin esitys on edustava 1800-luvun suomalaiselle lainopille siinä mielessä, ettei oikeudellisen tulkinnan ja todistelun yhteydessä nähty mitään teoreettista tai poliittista ongelmaa. Modernin *todisteluoikeuden opit eivät kiinnosta* Ehrströmiä, vaikka ne liittyvät varsin läheisesti akkusatoriseen menettelyyn. Vapaan todisteiden harkinnan periaatetta hän ei oikeastaan edes mainitse.[45]

Ehrströmin esitys on äärimmäisen abstrakti siinä mielessä, ettei hän missään kohdin pyri soveltamaan suosittelemaansa mallia suomalaisiin oloihin. Hänen perspektiivinsä oikeudenkäyntimenettelyn muuttamiseen ei ole aivan tuhatvuotisen valtakunnan odotusta, mutta hän ei odottanut sen käsillä olevassa tulevaisuudessa toteutuvankaan.

45. Ruotsissa J.C. Lindblad oli käsitellyt todisteluteorioita 1840-luvulla, Lindblad 1842. Ehrström ei käsittele niitä ollenkaan.

13. Yhtäläisen ja nopean prosessin tavoite

Oikeuslaitoksen uudistamista, varsinkin oikeudenkäytön nopeuttamista toivoi Suomessa usein lakimieskoulutuksen saanut eliitti ja kaupan harjoittajat. Talonpoikaiseen maanviljelijäväestöön nojaava sosiaalinen rakenne ja valtiontalous sekä toisaalta talonpoikien vaatimatonkin poliittinen edustus eivät sallineet Suomessa sellaista rajua modernisoimista 'ylhäältä käsin', jota Venäjän keisariabsolutismi joillakin yhteiskunnan alueilla harjoitti. Välitöntä intressiä modernisoimiseen oli lähinnä taloudelliseen liberalisointiin pyrkivillä yhteiskunnallisilla ryhmillä. Näiden näkökulmasta tehokkaasti toimiva, säädyistä täysin irtaantunut yleisten tuomioistuimien verkosto oli tarpeen koko maassa, myös maaseudulla. Talonpoikaisväestö ei ollut tällaisen liberalisoinnin pyrkimyksen takana. Tässä suhteessa talonpoikaiston hahmottaminen 'kansaksi' johti aivan toisenlaiseen asetelmaan kuin porvariston tulkitseminen 'kansaksi'. Läntisen Euroopan 'uudella' porvaristolla oli huomattava intressi oikeuslaitoksen uudistamiseen, kun taas suomalaisilla talonpojilla sitä ei juuri ollut.

Kiinnostus oikeuden modernisoimiseen ja samalla oikeuslaitoksen uudistamiseen syntyi jo ennen valtiopäivätoiminnan käynnistymistä. 1850-luvulla senaatti pohti oikeudenkäytön nopeuttamista. Kun Suomessa koottiin tammikuun valiokunta vuonna 1861 laatimaan lainsäädäntöehdotuksia valtiosäätyjen suunniteltua kokoontumista varten oli luonnollista, että oikeudenkäymisjärjestyksen uudistaminen tuli myös esille. Tammikuun valiokunnan tehtäväksi annettiin harkita oikeudenkäymiskaaren ja siihen liittyvien asetusten uudistamista. Samaan aikaanhan Venäjällä vallitsi uudistuskausi, jonka tuloksena Venäjän keisarikuntaa varten annettiin vuonna 1864 neljä ranskalaisen modernin prosessioikeuden pohjalta laadittua prosessilakia. Suomessa pitäydyttiin Ruotsissa toteutettuihin osittaisuudistuksiin, jotka vähensivät tuomioistuimien ja prosessin säätysidonnaisuutta. Kihlakunnanoikeuksien toiminnan nopeuttaminen nousi hallituksen, aatelin ja porvariston tärkeimmäksi tavoitteeksi valtiopäivillä.

13.1. Oikeudenkäytön yhtenäistäminen

Tammikuun valiokunnan mielestä vain kolme kysymystä edellytti *nopeata uudistamista*: laamannin- ja kemnerinoikeudet oli lakkautettava, oli annettava yleinen lupa toimittaa välikäräjät riita-asioissa ja vähäisissä rikosasioissa sekä annettava uudet määräykset kihlakunnan lautamiesten määräämisestä ja palkkaamisesta. Esikuvana Suomessa toteutettavalle uudistukselle olivat Ruotsin lainvalmistelukunnan esittämät oikeuslaitoksen kokonaisuudistusehdotukset. Ruotsissa oikeuslaitoksen uudistushanke oli joutunut konservatiivien arvostelun kohteeksi, eikä vuonna 1849 ilmestynyt vanhemman lainvalmistelukunnan ehdotus oikeudenkäymiskaareksi ollut johtanut laajempiin uudistuksiin. Ruotsissa oli kuitenkin tehty joitakin osittaisuudistuksia. Oikeusastejärjestys oli muutettu kolmiportaiseksi siten, että kaupunkien alin oikeusaste kemnerinoikeus sekä maaseudun toinen oikeusaste laamanninoikeudet oli lakkautettu. Kihlakunnanlautakunnan valinta, josta 1734 vuoden laki ei mainitse mitään, oli annettu pitäjänkokouksen tehtäväksi jo vuonna 1823.

Juuri nämä uudistukset haluttiin Suomessakin toteuttaa. Hallituksen käsityksen mukaan oikeusasteita oli vähennettävä ja erikoistuomioistuimia lakkautettava. Laamanninoikeuksista katsottiin olevan oikeudenhoidolle vain haittaa, ja ne ehdotettiin lakkautettaviksi. Myös kemnerinoikeuksia pidettiin tarpeettomina. Tammikuun valiokunta pyysi hallitusta tekemään valtiopäiville esityksen *laamannin- ja kemnerinoikeuksien lakkauttamisesta*. Tästä kysymyksestä vallitsi siis yksimielisyys senaatin ja tammikuun valiokunnassa edustettujen säätyjen kesken. Vuoden 1863 valtiopäiville ei kuitenkaan annettu esitystä asiasta. Oli kuitenkin tiedossa, että hallitus käsitteli asiaa, joten porvaris- ja pappissäädyissä esitetyt, asiaa koskevat esitykset eivät saaneet näiden säätyjen kannatusta.[1] Esitys laamannin- ja kemnerinoikeuksien lakkauttamisesta tehtiinkin vuoden 1867 valtiopäiville.

Kaksi muuta tammikuun valiokunnan kiireellisiksi arvioimaa uudistusta koski *välikäräjien pitämistä* ja *kihlakunnanoikeuksien lautamiesten määräämistä ja palkkaamista*. Näitä asioita koskevat esitykset tehtiin valtiosäädyille vuoden 1863-1864 valtiopäiville, ja välikäräjien pitämistä koskeva asetus säädettiin.[2] Suomalaisten säätyvaltiopäivien oikeuslaitoksen ja oikeudenkäyntimenettelyn uudistamiseen kohdistuva kiinnostus suuntautui näin niihin osittaisuudistuksiin, joista oli tar-

jolla Ruotsin esimerkki. Venäjällä toteutettuun, ranskalaisen prosessin periaatteisiin rakentuvaan uudistukseen ei Suomessa kiinnitetty huomiota.

Vuoden 1867 valtiopäiville annettiin esitys laamannin-, kemnerin- ja ritarisyynioikeuksien lakkauttamisesta. Uudistuksella poistettiin yksi oikeusaste sekä maaseudulta että kaupungista, joten jäljelle jäi kolme oikeusastetta. Laamanninoikeuksien lakkauttamista ei pidetty uhkana oikeusturvalle, koska ne olivat rakenteeltaan samanlaisia kuin kihlakunnanoikeudetkin. Usein laamanninvirkaa oli hoitanut sijainen, niin että tämän oikeusasteen edustama juridinen pätevyys saattoi olla huonompi kuin kihlakunnanoikeuden. Laamanninoikeuksiin vietiin asioita ajan voittamiseksi. Lakivaliokunnan mukaan ylempään oikeusasteeseen tulee kuulua useampia juristituomareita kuin alempaan, mutta tätä vaatimusta laamanninoikeudet eivät täyttäneet. Kemnerinoikeuksia toimi käytännössä vain joissakin Suomen kaupungeissa. Useimmissa kaupungeissa alin oikeusaste oli raastuvanoikeus. Uudistuksen toteuttaminen poisti siis yhden ajoittain kokoontuvan oikeusasteen maaseudulta, ja kaupunkien oikeudenkäyttö jäi käytännössä entiselleen.[3]

1860-luvun valtiopäivillä ja vuoden 1872 valtiopäivillä esitettiin paljon kannanottoja oikeuslaitoksen modernisoimisen puolesta. *Säätysidonnaisia tuomioistuimia lakkautettiin*, samoin sellaisia erikoistuomioistuimia kuin vuorikäräjäoikeudet, poliisikamarioikeudet ja ritarisyynioikeudet. Oikeudenkäytön *yhtenäistäminen* oli yleinen tavoite. Yhtenäistäminen oli alkanut jo ennen valtiopäivien kokoontumista. Keisarillisella asetuksella oli lakkautettu vuorikäräjäoikeudet,[4] am-

1. Porvarissäädyssä edustaja Hildén esitti, että laamanninoikeudet olisi lakkautettava tietyn ajan kuluttua ja kemnerinoikeudet sitä mukaa, kun niiden puheenjohtajanvirat vapautuisivat. Hildénin mukaan nämä tuomioistuimet yleisesti tunnustettiin tarpeettomiksi tai jopa haitallisiksi. Lakkautettavista laamanninviroista vapautuva 'kestitys' olisi voitu käyttää kihlakunnantuomareiden palkanlisäksi. Sääty katsoi, ettei asiaa koskevaa ehdotusta kannattanut tehdä, koska asia jo oli vireillä. B. Pr. I, 148, 263, 1863-64 vp. Pappissäädyssä kirkkoherra Heikel esitti oikeudenkäymisjärjestyksen yksinkertaistamista niin, että laamanninkäräjät lakkautettaisiin ja kemnerinoikeudet yhdistettäisiin raastuvanoikeuksiin tai poliisikamareihin. Pappissäätykään ei pitänyt tarpeellisena tehdä aloitetta asiassa. jota hallitus jo käsitteli, joten anomusehdotus raukesi. Pr. Pr. I, 232 ja III, 551, 1863-64 vp.

2. A helmikuun 15 päivältä 1864 välikäräjien helpottamisesta siviili- ja hakemusasioissa ja vähäisempien rikosasiain käsittelyä varten.

3. K.A. 27 huhtikuuta 1868 laamannin-, kämnerin- ja ritarisyynioikeuksien lakkauttamisesta.

mattikuntaoikeudet ja hallioikeudet.[5] Vuoden 1867 valtiopäivillä säädyt esittivät myös eräiden rikosasioiden erikoistuomioistuimien, linnaoikeuksien ja poliisikamarioikeuksien lakkauttamista.[6]

Aatelin forum privilegiatum-oikeus poistettiin vuoden 1867 valtiopäivillä hallituksen esityksen mukaisesti.[7] Aateli oli itse valmis hyväksymään muutoksen, koska privilegiosta oli jo tullut suoranainen rasite. Valtiopäivien perustuslakikomitea katsoi modernin oikeuden käskyjen olevan samat kaikille kansanluokille, ja siksi yleisten oikeusviranomaisten toimivallankin piti ulottua kaikkiin kansalaisiin. Säädyt hyväksyivät hallituksen esityksen yksimielisesti, mitä privilegion poistaminen edellyttikin.[8] Hallituksella ja maan juristikunnalla oli yhtäpitävä käsitys siitä, että kaikkien riitojen käsittely käy parhaiten yleisissä, juristien hallitsemissa tuomioistuimissa. Myös kaupan riitojen katsot-

4. K.F. den 22 mars 1854 om indragning af Bergtingsrätterne i Finland, m.m. Vuorikäräjäoikeudet olivat ratkaisseet ruukkitoimintaan liittyviä riitoja. Niille kuuluneet jutut siirrettiin kihlakunnanoikeuksille.

5. Hallioikeudet liittyivät ammattikuntajärjestykseen. Ammattikunnat olivat korporaatioita, jotka sääntelivät tiukasti ammatin harjoittamista. Ammatinharjoittamista valvoivat sekä kaupunki että ammattikunta itse. Ammattikunta-autonomiaan kuului tietyissä rajoissa oikeus omaan oikeuteen. Ammattikunnan laki tai säännöt sitoivat sen jäseniä ja sen alaisuudessa olevia kisällejä ja oppipoikia. Ammattikunnan sisäiset riidat ja kurinpito kuuluivat sen itsensä muodostamaan tuomioistuimeen. Vuoden 1720 ammattikuntajärjestys oli Suomessa voimassa elinkeinovapautukseen saakka, ja sen mukaan ammattikuntaoikeus muodostui ammattikuntaa edustavasta raatimiehestä, ammattikunnan oltermannista ja tämän kahdesta varamiehestä, Ehrström 1892-93, 451-452. Hallioikeudet lakkautettiin keisarillisella julistuksella 12 joulukuuta 1859, ja niiden käsittelemät asiat siirtyivät maistraateille.

6. Slotträtt-nimiset tuomioistuimet toimivat vuonna 1696 annetun asetuksen mukaan kaikissa valtakunnan linnoissa. 27 joulukuuta 1817 annetun asetuksen mukaan niissä maaherran, pormestarin ja joidenkin muiden lainoppineiden tuli käsitellä linnarauhan rikkomukset, joihin syyllistyivät muut kuin hovi- ja sotilassäätyyn kuuluvat henkilöt. Poliisikamareista annetut asetukset antoivat niille tuomiovaltaa tietyissä rikosasioissa, keisarilliset asetukset poliisikamarista Turussa 17 joulukuuta 1816, Viipurissa 7 kesäkuuta 1836 ja Helsingissä 6 toukokuuta 1861. Poliisikamarioikeuksia ei lakkautettu, mutta niitä koskeva keskustelu osoitti säätyvaltiopäivien pyrkimyksen lakkauttaa erikoistuomioistuimia ja keskittää kaikki oikeudenkäyttö yleisiin tuomioistuimiin. Nousiainen 1985, 58-59.

7. Hallituksen esitys no 3 angående behörig domstol för upptagande af hvarjehanda mål rörande frälsemän, 1867 vp.

8. Forum privilegiatum-oikeus perustui aatelin vuoden 1723 privilegioihin, ja sen poistaminen edellytti sen vuoksi säätyjen yksimielisyyttä. Säätylaki aatelin forum privilegiatum-säännösten poistamisesta annettiin 4 marraskuuta 1867. Tämä ei merkinnyt sitä, että aateli olisi velvoitettu osallistumaan yleisten tuomioistuimien ylläpitämiseen maaseudulla.

tiin kuuluvan juristien ratkaistaviksi. Tällä kannalla myös säädyt olivat koko ajan.

Porvarissäädyssä vaadittiin tosin kauppatuomioistuimien perustamista. Jo vuoden 1867 valtiopäivillä porvarissäädyssä vaadittiin 'kauppavaltioiden' esimerkin mukaisia erityisiä kauppatuomioistuimia. Nopea oikeudenkäynti on tärkeätä kaupan kehitykselle, eivätkä yleiset tuomioistuimet olleet riittävän nopeita.[9] Porvarissäädyn keskuudessakaan tämä ehdotus ei saanut riittävää kannatusta. Sääty katsoi, että erikoisasiantuntemus ja kauppatapojen tuntemus voitiin saada asiantuntijoiden avulla. Kaikkien tulee olla lain edessä yhdenvertaisia, ja sen vuoksi oikeudenkäytön kaikille yhteistä. Erikoistuomioistuimen perustaminen loukkaa tätä periaatetta.[10] Ei ole yllättävää, että porvarissäädynkin enemmistö halusi pitää oikeudenkäynnin ammattituomareiden käsissä - säädyn edustajat olivat vähintään yhtä paljon lakimieskunnan kuin kauppiaiden edustajia.

Vuoden 1872 valtiopäivillä valtiosäädyt puolsivat *kaupunki- ja maaseudun alioikeuksien eron poistamista*, mutta eivät esittäneet, kumpi tuomioistuin oli otettava yhtenäisen alioikeuden malliksi. Koska kritiikkiä kohdistettiin etupäässä maaseudun alioikeuksiin, on oletettava pikemminkin raastuvanoikeuden muodostaneen ajatellun alioikeuden mallin.

Oikeudenkäytön yhtenäistämiseen ja privilegioiden poistamiseen liittyi myös se, että privilegionluonteisia prosessuaalisia etuja ja erityiseen vallanalaissuhteeseen perustuvia todistajanjäävejä poistettiin. Aatelilla oli privilegioidensa mukaan oikeus antaa kahden lautamiehen ottaa pantiksi varoja rälssitalonpoikien maksamattomien verojen ja vahingonkorvauksen johdosta. Porvariston aloitteesta vuoden 1872 valtiopäivillä ulosottokaarta esitettiin muutettavaksi niin, että siviilitäytäntöönpano on mahdollinen vain tuomion tai päätöksen perusteella, ja omatoiminen pantiksi ottaminen katsotaan rikokseksi. Aatelissääty hyväksyi lakivaliokunnan esityksen, ja asiasta annettiin esitys

9. Näin esittivät porvarissäädyn edustajat Hackman ja Rosenius vuoden 1867 valtiopäivillä. Heidän mielestään juridiset muodollisuudet lamaannuttavat kauppaa, ja oikeudenkäyntien lykkäykset saattavat kauppiaita tuhoon. Viipurin kaupungin porvarien raastuvankokous oli antanut Hackmanin ja Roseniuksen tehtäväksi esittää porvarissäädylle, että maan tärkeimpiin kauppakaupunkeihin tulisi perustaa kauppatuomioistuimia, joiden puheenjohtajana toimisi pormestari ja jäseninä porvareita. B. Pr. 1867 vp.

10. Porvarissäädyn valituslautakunnan mietintö no 21, 1867 vp.

vuoden 1877-78 valtiopäiville. Myös aatelissäädyssä voitti privilegion poistamista puoltava kanta suurella äänten enemmistöllä. Ehdotuksen vastustajat vetosivat siihen myöhemminkin usein käytettyyn perusteluun, että tehokas velan perintä edistää luotonantoa ja on siten velallisenkin etu.[11]

1734 vuoden lain mukaan oma perheenväki ja palkolliset palveluksessa ollessaan eivät saaneet todistaa isäntää koskevissa asioissa törkeitä rikosasioita lukuun ottamatta.[12] Legaalisessa todistelussa kaikkien hyväksyttävien todistajien todistus oli yhdenvertainen, mutta todistajanjääveillä voitiin rajata todistajaksi kelpaavien joukkoa. Tällaisesta rajoituksesta palkollisten jääviydessä oli kysymys. Säännöstä saattoi olla haittaa myös isännille, jotka eivät voineet käyttää palkollista todistamaan toisen palkollisen laiminlyönneistä. Vuoden 1865 palkollisasetuksen mukaan isäntä voi vapautua palkollissopimuksen mukaisista velvollisuuksistaan vain, jos hän kykeni osoittamaan palkollisen laiminlyönnin. Aatelissääty esitti jäävin poistamista vuoden 1872 valtiopäivillä, mutta säädyt hylkäsivät esityksen. Vuonna 1877 jäävin poistamista koskeva esitys hyväksyttiin, vaikka sitä talonpoikaissäädyssä myös vastustettiin.[13]

Säädyt esittivät myös, että *todisteita tulisi* monien modernien oikeudenkäymisjärjestysten tapaan *ottaa vastaan vain yhdessä oikeusasteessa*. Toivottiin oikeudenkäyntien muodostamista *julkisiksi ja suullisiksi*. Tällaisia uudistuksia ajoivat etenkin aatelis- ja porvarissääty. Uudistusten käytännön toteuttaminen katkesi kuitenkin niiden rahoittamisesta käytävään kiistaan. Tämä vuorostaan päätyi umpikujaan sen vuoksi, että modernin oikeuslaitoksen ihanteen mukainen yleinen alioikeus ei ollut talonpoikaissäädyn näkökulmasta tavoiteltava asia.

Maan oikeusasioista ratkaistiin 1800-luvulla ja vielä pitkälle 1900-luvullekin valtaosa kihlakunnanoikeuksissa, jotka olivat ainakin 1800-luvun puolivälissä tietyssä mielessä edelleen talonpoikaissäädyn tuomioistuimia. Harvaan asutussa ja köyhässä maassa alioikeuksia rahoitettiin säätysidonnaisella tavalla, mutta ne haluttiin kuitenkin muodos-

11. R.o.A. Pr. III, 1625 1872 vp.; He no 1 angående upphäfvande af den Ridderskapet och Adeln, jemlikt 18:de punkten i privilegierna af den 16 Oktober 1723, tillkommande rätt till utpantning hos deras frälsebönder, 1877-1878 vp.; R. o A. Pr. I, 117-120, 1877-1878 vp.

12. OK 17:7 sekä A 7 kesäkuuta 1749.

13. HE no 10 Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 7 pykälän muuttamisesta, 1877 vp. Keskustelusta talonpoikaissäädyssä ks. Nousiainen 1985, 96-97.

taa yleisiksi, ammattituomarien muodostamiksi kollegisiksi tuomioistuimiksi, jotka kokoontuisivat tiheästi. Sellaisiin talonpojilla - pääasiallisilla veronmaksajilla ja kihlakunnanoikeuksissa esiintyvillä asianosaisilla - ei ollut kiinnostusta.

13.2. Elinkeinovapaus, luottosuhteet ja oikeudenkäyttö

1860-luvun uudistuskaudella tuomioistuimia yhtenäistettiin ja toisaalta elinkeinonharjoittamisen vapaus lisääntyi. Suomalainen eliitti oli jo edellisellä vuosikymmenellä alkanut suuntautua taloudellisen liberalismin lähtökohtiin.[14] Valmius saada aikaan modernin oikeuden keskeisiä instituutioita ilmenee siinä, että suuria uudistuksia toteutettiin 1860-luvulla nopeasti sekä ennen valtiopäivätoiminnan alkamista että sen jälkeen. Markkinataloudelle ominaisten oikeudellisten instituutioiden kehittyminen liittyy puolestaan välittömästi siihen, että oikeuslaitoksen uudistaminenkin koetaan välttämättömäksi. Oikeuslaitoksen uudistamisen yleiset periaatteet liittyvät tuomiovallan hahmottamiseen laajemmassa yhteiskunnallisessa kontekstissa, mutta välittömät uudistuspaineet sen sijaan markkinatalouden laajenemisen aiheuttamiin muutoksiin.

Vuonna 1858 pitkäaikainen merkantilistisen talouspolitiikan tukipylväs L.G. von *Haartman* syrjäytettiin valtiovarain hoidosta ja hänen tilalleen asetettiin C.F.T. *Langenskiöld*. Sekä Langenskiöld että kenraalikuvernööri F. W. R. *Berg* olivat valmiit laajentamaan vapaakaupan ja elinkeinovapauden periaatteita, jotka tuohon aikaan olivat muodostuneet Euroopassa hallitseviksi. Langenskiöld ajoi porvariston etuoikeuksia sivuavia ja suorastaan ne sivuuttavia lakeja, kuten maakaupan laillistamista ja ammattikuntapakon lieventämistä. Näiden uudistusten toteuttamisen yhteydessä ei nostettu perustuslaillista kysymystä valtiopäivien myötävaikutuksen välttämättömyydestä.[15]

Luottosuhteet liittyivät taloudelliseen vaihtoon tai kiertoon, jonka siunauksellisuudesta 1860-luvun suomalainen eliitti oli vakuuttunut. 1800-luvun alkupuolella Suomessa pääoman kerääntymistä ja taloudel-

14. Kekkonen 1987, 26-31, 46-71.
15. Nordenstreng 1920, 69.

lista vaihtoa edistävät instituutiot puuttuivat tai toimivat huonosti, ja etenkin valtion takaamien maksuvälineiden merkitys modernille taloudelle ymmärrettiin keskeiseksi. Markkinoiden luottosuhteista perustavin on yleisesti käytössä oleva maksuväline. Käypää rahaa koskeva ongelma oli Suomessa 1850- ja 1860-luvun vaihteessa akuutti.

Ruotsissa pankkitoiminta oli alkanut Johan *Palmstruchin* erityisen toimiluvan saaneesta pankista vuodelta 1656. Tämä pankki harjoitti aluksi lainausta, sittemmin talletus- ja vekselitoimintaa. Siitä tuli vuonna 1668 valtakunnan säätyjen pankki, jota vuoteen 1809 saakka hallitsi kolme ylintä säätyä. Suomen suuriruhtinaskuntaan ei aluksi perustettu itsenäistä säätyjen pankkia. Suomen rahaolot järjestettiin vuonna 1809 keisarillisella julistuskirjalla, jolla Venäjän hopearupla määrättiin Suomen rahaksi, mutta Ruotsin raha jäi käytännössä yleiseksi. Vuonna 1812 Suomeen perustettiin vaihto-, laina- ja talletuskonttori edistämään Ruotsin rahan poistumista liikenteestä ja antamaan lainoja maanomistajille, joilla oli kiinnityslainoja Ruotsin rahalaitoksissa.[16] Vuonna 1840, L. G. von *Haartmanin* ollessa finanssitoimituskunnan päällikkönä julkaistiin uusi rahamanifesti, jonka mukaan Suomessa oli käytössä hopearupla. Krimin sodan aikana julistettiin lailliseksi maksuvälineeksi myös setelit. Suomen pankki joutui lunastamaan myös venäläiset setelit, mihin pankin rahat eivät riittäneet.[17]

Finanssitoimituskunnan uusi päällikkö *Langenskiöld* ja aluksi hänen apunaan, sittemmin itse finanssitoimituskunnan johdossa J. V. *Snellman* ryhtyivät irrottamaan Suomessa käytettävää rahaa venäläisestä paperirahasta. Rahauudistuksen edellyttämät varat hankittiin yhteistyössä Suomen vuonna 1862 toimintansa aloittaneen hypoteekkiyhdistyksen kanssa. Suomen kaltaisessa maassa ainoa laajemmin velkapääoman vakuudeksi käytettävissä oleva omaisuuden muoto oli maaomaisuus, jonka käyttämiseen vakuutena hypoteekkilaitos tähtäsi.[18] - Hypoteekki oli Suomessa tunnettu jo ruotsinvallan ajalta. Markan käyttöönotto tuli mahdolliseksi, kun säätyjen poliittiseen uskottavuu-

16. Nevanlinna 1907, 6-9.
17. Nevanlinna 1907, 36.
18. Hypoteekkiyhdistys halusi hankkia toimintaansa varten varoja obligaatiolainalla, jonka markkinointiin se kaipasi säätyjen takausta. Tätä takausta vastaan hypoteekkiyhdistys tarjoutui tallettamaan osan lainasta Suomen pankkiin. Snellman oli organisoinut aktiivisesti myös hypoteekkiyhdistystä, ja hän ajoi ehdotettua järjestelyä sekä senaatissa että valtiopäivillä. Snellman, 379-383.

teen yhdistettiin maaomaisuuden luottoarvoon perustuvan hypoteekkiyhdistyksen rahoitus.

Ruotsissa oli syntynyt myös erityisiä järjestelyjä ruukkien pääomatarpeiden tyydyttämiseksi. Vuonna 1743 perustettu Rautakonttori, Jernkontoret, välitti vuodesta 1747 alkaen kotimaista pääomaa ruukinomistajille. Raudan ostajien maksamilla maksuilla koottiin rahasto, josta ruukkitoimintaa harjoittavat saivat lainoja.[19] Suomessa ruukkitoiminnan privilegioitua asemaa alettiin purkaa jo ennen valtiopäivätoiminnan alkamista.[20] Samalla virkamieskunnan kiinnostus alkoi suuntautua pääomansaannin turvaamiseen vapaamman elinkeinotoiminnan tarpeisiin. Suurkauppiaiden ja ruukinpatruunoiden muodostama taloudellinen eliitti sekä suurmaanomistukseen pohjaava virka-aateli muodostivat liikemies- ja teollisuusaristokratian, joka tavoitteli teollisten elinkeinojen edistämistä sekä maan rahoitusolojen saattamista modernille kannalle.[21]

Käsityksen tähän modernisoimisen hankkeeseen liittyvistä ongelmista saa Ruotsiin siirtyneen J.J. *Nordströmin*[22] vuonna 1853 julkaisemasta, luottoa ja pankkilaitosta koskevasta teoksesta. Jo vuonna 1840 Nordströmin käsitys rahatalouden kehittämiseen ilmenee hänen johdollaan yliopistolla esitetyistä teeseistä.[23] Teoksessa pohditaan luottolaitosten ja -instituutioiden merkitystä markkinataloudeksi jäsentyvässä yhteiskunnassa. Nordströmin ajattelutapa viittaa joissakin suhteissa samantapaiseen 'kansantaloudelliseen' ajatteluun, jota hänen kiistakumppaninsa J.V. *Snellman* harjoitti - vapaan markkinatalouden aikaansaamisen, mutta samalla valtiollisen ohjailun ja kontrollin tarve ilmenee molempien kirjoituksista. Suomalainen talouspolitiikka perus-

19. Anders Chydenius väitti suurkauppiaiden ja ruukinpatruunoiden hankkivat tästä huomattavaa etua itselleen, ja porvarissääty valitti asiasta valtiopäivillä vuonna 1765. Porvaris- ja talonpoikaissäädyt halusivat lopettaa Rautakonttorin, aatelis- ja porvarissäädyt eivät. Sen organisaatiota päätettiin muuttaa niin, etteivät konttorin johtajat saaneet olla raudan maastaviejiä tai itse lainata rahaa rahastolta. Chydenius syytti ruukkeja metsänhaaskauksesta ja pääomien keskittämisestä monopoliasemaa nauttiville elinkeinonharjoittajille.Palmen 1880, LXXII-LXXXVIII.

20. Kekkonen 1987, 46-54, 79-93.

21. Kuisma 1992, 222-225.

22. Ruotsiin siirryttyään Nordström suuntautui taloudellisiin kysymyksiin; vuonna 1850 hän julkaisi rahalaitoksen historiaa käsittelevän teoksen ja vuonna 1852 esityksen moderneista luottolaitoksista. Kumpaakaan hän ei poliittisten toimiensa vuoksi viimeistellyt. Lindman 1948, 180.

23. Nordström toimi stipendiaattijen esitysten tarkastajana. Hänen johdollaan A. J. Linsén esitti teesejä metalli- ja setelirahasta, Linsén 1840.

tui yksityisen pääomanmuodostuksen suosimiseen niin, että infrastruktuurin rakentaminen nähtiin valtion tehtäväksi. Senaatti pyrki modernisoimaan taloutta rahaoloja vakiinnuttamalla, tullipolitiikalla, maatalouden luottojärjestelyillä ja pääomanmuodostusta suosivalla veropolitiikalla.[24]

Nordströmin mukaan yhteiskunta tarpeiden järjestelmänä tekee jokaisesta yhteiskunnan toimeliaasta jäsenestä samanaikaisesti tuottajan ja kuluttajan. Tuotannon kehittyessä syntyy jatkuvasti uusia tarpeita, joiden tyydyttämiseksi on tarpeen kierto, jatkuva vuorovaikutus tuotannon ja kulutuksen välillä. Työnjako on perustava voima, joka pakottaa ihmiset riippuvuuteen toisistaan, ja sen perusteella kehittyy loputon vaihtojen ketju. Taloustieteilijä ei moralisoi: ekonomistille mikään tuote ei itsessään ole ylellisyystuote, ja varhaisemmin ylellisyydeksi tulkittu voi muodostua yleisen tarpeen vaatimaksi. Toisaalta sellaiset hyödylliset ja välttämättömät hyödykkeet kuin auringon valo, puhdas ilma ja kirkas lähdevesi ovat luonnon antimina ihmisen vapaasti käytettävissä ja arvokkaita, mutta näillä ei ole vaihtoarvoa, koska ne ovat kaikkien käytettävissä.[25]

Taloustiede nimittää tuotantovälineiksi soveltuvia aikaisemman tuottavan toiminnan tuotteita pääomiksi. Nordström viittaa Adam *Smithin* tuottavan ja tuottamattoman työn eroon. Immateriaalinen tuotanto, tieteen, virkamiesten ja muiden tuottamaton toiminta on välttämätöntä materiaaliselle toiminnalle, mutta materiaalisen tuotannon tuotteet voivat muodostua kierron kohteiksi, ja niiden hinta muodostuu tuotantohinnasta ja voitosta. Käytännössä järjestyneessä yhteiskunnassa on monia saman tavaran tuottajia, jotka kilpailevat keskenään. Myös ostajat kilpailevat keskenään, ja kilpailu ylittää valtioiden rajat.

Merkantilismin mukaan rahapääoma muodosti kansojen rikkauden, mutta uudempi taloustiede katsoo, että kansallinen rikkaus syntyy kaikenlaisista tuotteista, joilla on vaihtoarvoa. Mitä itsenäisemmin elinkeinot saavat oman maan olosuhteiden perusteella määrätä omasta toiminnastaan, sitä paremmin ne vastaavat kulutuksen tarpeita, ja raha kuten kaikki muukin tavara etsiytyy sinne, missä sitä edullisimmin voidaan myydä.[26]

---

24. Kuusterä 1992, Kuisma 1992, 224.
25. Nordström 1853, 1-4. Nordström viittaa mm. Ricardon Principles of Political Economy and Taxation-teokseen.

Rahan sijasta voidaan käyttää luottoa; se edellyttää luottamusta siihen, että luotto voidaan realisoida.[27] Luotto laajentaa talouden potentiaalisia mahdollisuuksia.[28] Yksinkertaisin muoto luotonannosta on laina (försträckning). Tällainen luotonanto antaa tuotteita välittömästi käyttäjän käteen. Sen sijaan teollinen luotto merkitsee sitä, että tuotannon aikaansaannokset siirtyvät kädestä toisen koko ajan kierrossa ollessaan, kunnes tulevat kuluttajalleen. Luotto helpottaa ja edistää kiertoa. Sen merkitys liike-elämässä olisi hyvin pieni, jos se luottamus, johon se tukeutuu, vallitsisi vain ensimmäisten sopijapuolten välillä. Maksusitoumuksen osakseen saama luottamus voi kuitenkin tehdä siitä käyttökelpoisen maksuvälineen yhtä rajattomassa mielessä kuin mitä raha on. Tätä tarkoitusta varten maksusitoumus on tehtävä kirjallisesti, se on tehtävä liikkuvaksi ja luovutettavaksi. Lainsäädäntöön on otettava tarkoituksenmukaiset määräykset, jotka varmistavat maksusitoumuksen täsmällisen täyttämisen. Tällaisia maksusitoumuksia ovat juoksevat velkakirjat tai vekselit.[29]

Luotonannossa voidaan kuitenkin käyttää myös menettelyä, jossa tuottajalla on juokseva tili sopijakumppaninsa kauppakirjoissa. Tähän merkitään sekä tavaralähetykset että velaksi annettu tavara. Tilit tasataan määräajoin. Tällainen luoton muoto on hyödyllinen, ja sen vuoksi laissa myönnetään kauppiaiden kauppakirjoille todistusvoimaa. Lisäksi lähetetyistä tavaroista voidaan laatia asiakirjoja (faktuura, konossementti), joka toimivat maksuvälineinä jo ennen tavaran saapumista

---

26. Nordström 1853, 5-23. Vuoden 1840 teeseissä raha käsittään universaaliksi tavaroiden hinnan ekvivalentiksi, jonka on luontonsa mukaisesti oltava kierrossa. Kierrossa olevan rahan määrän ei tarvitse vastata tavaramäärää; mitä nopeammin raha kiertää, sitä vähemmän sitä tarvitaan. Rahan tarkoitus on toimia kierron hintaekvivalenttina, Linsén 1840, 4-5. Rahan velositeettiä koskevasta opista ks. Braudel 1988, 466-468.

27. Vuoden 1840 teeseissä ei setelirahan ja muiden luottomuotojen välillä nähdä mitään eroa. Kirjallinen sitoumus maksaa tietty summa rahaa, antoipa sen yksityinen mies, yhtiö, kunta tai valtio, ja riippumatta siitä mikä on ollut causa debendi, on luottoseteli - olipa se panttisitoumus, vekseli, talletustodistus tai pankkiseteli. Linsén 1840, 6.

28. Vuoden 1840 teesit luettelevat luottolaitoksia. Setelinanto esitetään pankkitoiminnan korkeimmaksi saavutukseksi; setelit voidaan vaihtaa 'kiliseviin lantteihin', mutta niitä ei tarvita yhtä paljon kuin seteleitä. Luotto vähentää metallirahan tarvetta yleisessä kierrossa, mutta rahan funktiot lisääntyvät. Se on todellista alkemiaa, Linsén 1840, 8. Metallirahan puute on korvattava pankkeja perustamalla, kuten William Petty opetti; tavoitteena on siirtyminen hitaasta metallirahan kierrosta nopeaan setelinkiertoon, Braudel 1988, 475.

29. Nordström 1953, 24-29.

määräpaikkaansa. Samantapaisia ovat warrant-nimellä tunnetut saamistodistukset.

Jos luottolupaus kirjataan vain kauppakirjaan, se on tosin kirjallinen, mutta ei juokseva. Sen sijaan luottosetelit, jotka voidaan panna kiertoon toimivat maksuvälineinä monissa käsissä ennen erääntymistään. Kiinteää omaisuutta voidaan käyttää hypoteekkiyhdistysten avulla luoton vakuutena. Hypoteekkiyhdistykset antavat korkoatuottavia obligaatioita, jotka ovat luottoseteleitä. Osake taas on osuus yhteisön tai yhdistyksen varoihin, ja sekin voidaan myydä.[30]

Luoton saannin helpottamiseen tarkoitetuista instituutioista pienten pääomanomistajien säästöille soveltuvat parhaiten säästöpankit tai eläkevakuutuslaitokset. Suurempien kapitalistien varat lepäävät vain lyhyen ajan, ja tällaisia väliaikaisia sijoituksia varten tarvitaan korkoatuottavia talletuksen muotoja - liikepankkeja (circulationsbanker). Pankki voidaan valtuuttaa antamaan luottoseteleitä, paperirahaa tai vekseleitä. Jokainen vekselin haltija tulee vastuuseen sen täydestä maksusta; mitä useammin vekseli vaihtaa omistajaa, sitä suuremman vakuuden se tarjoaa viimeisimmälle haltijalleen. Sen vuoksi vekseli sopii epävarmoihin luotto-oloihin, joissa luottoriskit ovat vaikeita kantaa.[31]

Nordström esittää hyvin tietoisen modernin pääoma- ja luottotalouden rakentamisen projektin, joka käsitykseni mukaan vastaa suomalaisen 1850-luvulta noudatetun talouspolitiikan tavoitteita. Tämän talouspoliittisen ohjelman taakse suomalainen eliitti näyttäisi asettuneen suhteellisen ristiriidattomasti. Suomen pankkilaitos luotiin valtionpankin, osakeyhtiömuotoisten liikepankkien ja säästöpankkien kokonaisuudeksi. Poliittisen päätöksenteon valmius luoda pääoman kokoamista, kiertoa, luottosuhteita ja elinkeinonharjoittamisen vapautta edistäviä oikeudellisia instituutioita ilmenee 1860-luvulla säädettyjen lakien kokonaisuudesta.

Käypää maksuvälinettä koskevat ongelmat ratkaistiin markan käyttöönotolla. Jo vuonna 1858 kumottiin hallinnollisessa järjestyksessä aikaisempi vekselisääntö ja annettiin sen tilalle uusi.[32] Vuonna 1864 luotiin kaksi uutta yhtiömuotoa kauppakaaren tunteman ns. avoimen

30. Nordström 1853, 27-46.
31. Nordström 1853, 75-91.
32. K. Vexelstadgan den 29 mars 1858 säädettiin senaatin esityksestä; sillä kumottiin aikaisempi vekselisääntö vuodelta 1748.

yhtiön lisäksi, osakeyhtiö ja kommandiittiyhtiö.[33] Seuraavana vuonna annettiin uusi palkollissääntö, joka vapautti työvoiman käyttöä,[34] ja vuonna 1868 säädettiin velan vuoksi ulosmitatun kiinteistön myynnistä, annettiin konkurssisääntö ja velkojien kesken noudatettava etuoikeusjärjestys. Kiinteistövakuuksien käyttöön liittyi uusi kiinnitystä koskeva asetus. Samaan kokonaisuuteen kuuluivat puolisoiden varallisuuden erottamiseen liittyvät asetukset sekä velkojen vanhentumista koskeva asetus.[35] Seuraavalla vuosikymmenellä säädettiin merilaki ja samalla luotiin uusia yhtiö- ja vakuutusmuotoja.[36] Luottosuhteiden järjestelmää täydennettiin takausta koskevalla asetuksella,[37] ja vuosikymmenen lopulla elinkeinovapautta laajennettiin.[38]

Luottosuhteisiin liittyvien oikeudenkäyntien luonne muuttuu siirryttäessä uuden tyyppisiin luottosuhteisiin. Yksinkertaisen tavaranvaihdon yhteiskunnissa velkasuhteiden perustyyppi on kahden toisiinsa toistuvassa tai pysyvässä luottosuhteessa olevan, toisensa tuntevan osapuolen välinen velka. Sen tyypillisin muoto on kauppiaan ja asiakkaan välinen kestoluottosuhde, jossa asiakas usein maksaa kauppavelkansa luontaistuotteilla. Markkinataloudessa siirrytään sellaiseen luottoon, jota Nordström kuvaa 'teolliseksi': luotto ei perustu vain ensimmäisten sopijapuolten keskinäiseen luottamukseen, vaan maksusitoumuksen yleiseen, muodolliseen luotettavuuteen. Tällainen luotto irtaantuu velkojan ja velallisen välisestä muusta oikeussuhteesta, niin että juoksevan velkakirjan yhteydessä luoton peruste on merkityksetön saamisen olemassaoloa arvioitaessa.

Kauppaluotto on hallitseva luoton muoto yksinkertaisessa tavaratuotannossa. Rahatalouden laajenemisen mukana velan tavanomaisin

33. K. F. om anonyma eller aktiebolag, den 24 november 1864 ja K.F. om tysta eller kommandit-bolag, den 24 november 1864.
34. K. Legostadga för husbönder och tjenstehjon den 30 januari 1865.
35. K.F. angående sättet och ordningen för försäljning av fast egendom å landet, som för gäld tages i mät, den 23 juli 1868 sekä Konkursstadga för storfurstendömet Finland, den 9 november 1868; K.F. om borgenärs rätt och företräde för hvarandra till betalning ur egendom, som blifvit till konkurs aftrådd, den 9 november 1868; K. F. om boskillnad under äktenskap den 9 november 1968; K.F. om gälds betalning vid dödsfall samt om urarfgörelse och undanskiftande af egendom i död makes bo, den 9 november 1868; K.F. om inteckning i fast egendom, den 9 november 1868 sekä K.F. Om preskription i fordringsmål och om årstämning den 9 november 1868.
36. Sjölag för Storfurstendömet Finland den 9 juni 1873. Laissa säädettiin merivahingoista, vakuutuksista ja laivanvarustustoiminnan muodoista.
37. K.F. om närmare bestämmande af löftesmans ansvarsskyldighet den 24 februari 1873.
38. K.F. om näringarne, den 31 mars 1879.

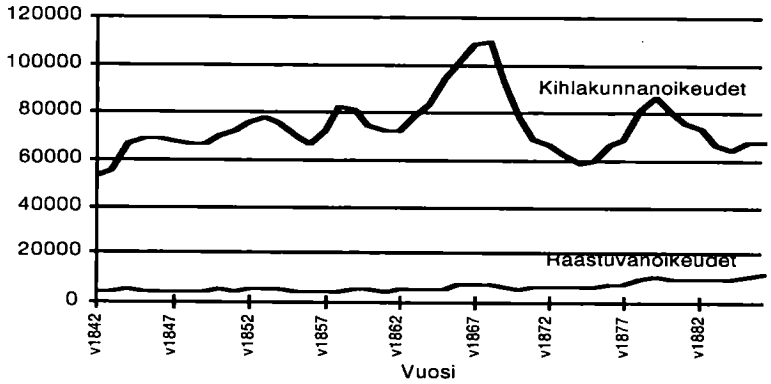
tyyppi muuttaa muotoaan. Tämä merkitsee siirtymisestä kaupunkiporvarin ja hänen pysyvän asiakkaansa kahdenkeskisestä ja kauppiaan tilinpidon välineiden avulla todistettavasta kaupasta erilaisten juoksevien velkakirjojen käyttöön. Juokseva velkakirja voidaan irrottaa luottokaupan osapuolten suhteesta ja velan perusteesta, ja velkakirja itsessään kelpaa todisteeksi saamisen olemassaolosta. Asiakirjojen merkitys todistelussa kasvaa. Raha- ja luottotalouden laajenemiseen vaikuttaviin ehtoihin luettiin varsinaisten luottoinstituutioiden ja -välineiden lisäksi asianmukainen lainkäyttö: horjuva lainkäyttö ja monimutkaiset muodot vähentävät luottotalouden mahdollisuuksia, johdonmukainen lainkäyttö ja nopeat muodot lisäävät sitä.[39]

Ruotsalaisessa oikeudenkäytössä alioikeuksien toiminnan painopiste siirtyi jo 1700-luvulla riita-asioiden ja osaksi vaihtosuhteisiin liittyvien asioiden puolelle.[40] Etenkin velkomukset alkavat hallita alioikeuksien toimintaa. Tilastotietoja Suomen alioikeuksien käsittelemistä juttumääristä on vuodesta 1842 alkaen;[41] riita-asioiden määrä kihlakunnanoikeuksissa oli silloin noin kolme kertaa rikosjuttujen määrä. Seuraavista kuvaajista ilmenee kihlakunnan- ja raastuvanoi-

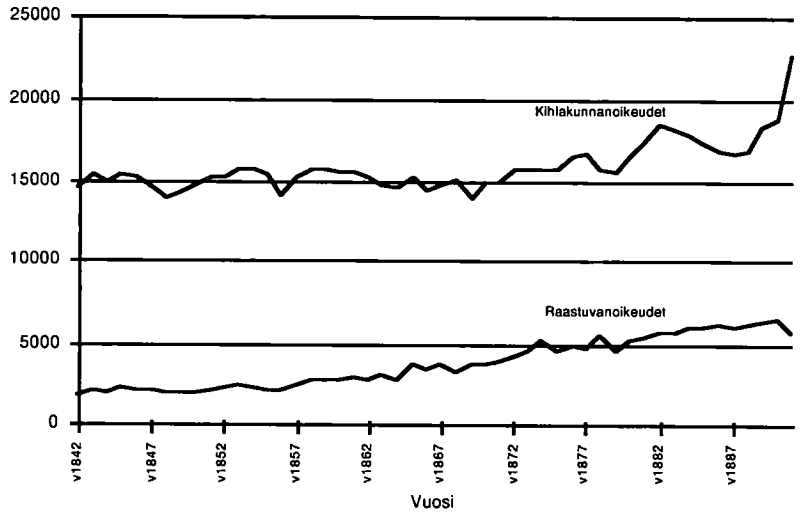
39. Linsén 1840, 6.
40. Ågren 1988.
41. Oikeustilastointiin velvoittivat keisarilliset kirjeet 20 joulukuuta 1841 ja 6 maaliskuuta 1844. Niiden mukaan prokuraattorin tuli antaa keisarille kertomus maan alioikeuksien ja ylioikeuksien käsittelemistä siviili- ja rikosjutuista sekä lainhauista. Näistä tiedoista muodostui ns. prokuraattorin kertomus, johon koottiin vuosittain tuomioistuimien toimintaa kuvaavia lukuja. Vuonna 1891 tilastoinnin perusteet uudistettiin ja tilastoja alettiin painaa. Seuraavassa esitetyt tilastotiedot perustuvat painamattomiin prokuraattorinkertomuksiin vuosilta 1842-1887. Maaseudun ja kaupunkien alioikeuksia varten oli riita-asioissa käytössä erilainen luokitus.

keuksien käsittelemien riita- ja rikosjuttujen vuotuiset kokonaismäärät[42].

Kihlakunnan- ja raastuvanoikeuksissa käsiteltyjen riitajuttujen määrät vuosina 1842-85

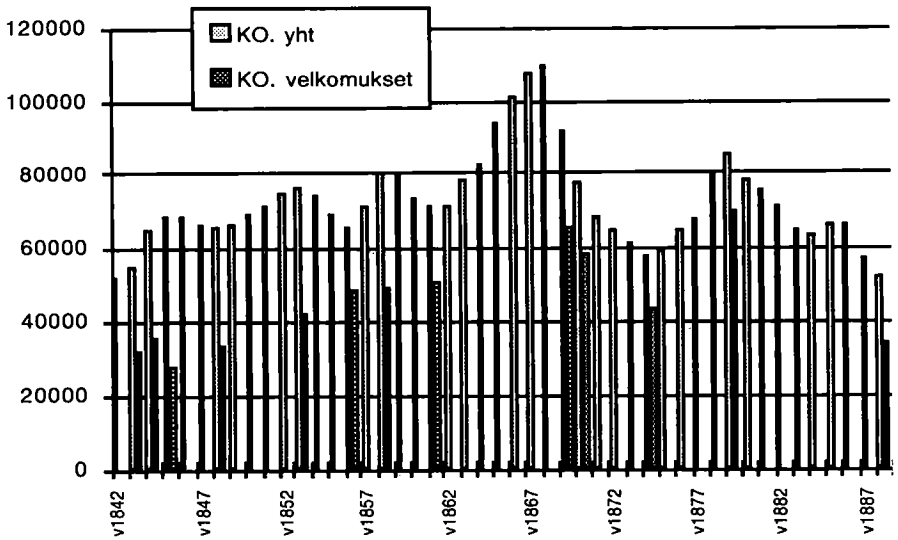


Kihlakunnan- ja raastuvanoikeuksien rikosjutut vuosina 1842-92



Sekä riita- että rikosasioiden valtaosa käsiteltiin kihlakunnanoikeuksissa, ja riita-asioiden suhteellinen määrä oli kihlakunnanoikeuksissa jopa suurempi kuin raastuvanoikeuksissa. 1800-luvun suomalaisissa alioikeuksissa riita-asioiden määrä on velkojen pakkotäytäntöönpanon tarpeen funktio. Luottosuhteiden määrä kasvaa. Luottosuhteiden yleistymisen määrittämä riitojen 'yleistaso' on kuitenkin erittäin altis taloudellisten suhdanteiden aiheuttamille heilahteluille. Katoa ja lamaa seuraa säännöllisesti riita-asioiden määrän suuri kasvu. Pyrkimys nopeuttaa alioikeuden toimintaa sai Suomessa lisää pontta siitä, että 1860-luvun nälkävuodet nostivat ennestäänkin korkeata riita-asioiden määrää huomattavasti. Riita-asioiden määrän riippuvuus velkomusasioiden määrästä ilmenee seuraavasta kuvaajasta:[43]

Kihlakunnanoikeuksien jutut kaikkiaan ja velkomusjuttujen osuus vuosina 1842-1888



42. Lähde: Prokuraattorinkertomuksiin liittyvät tilastotaulut 1843-1890.Vuoteen 1868 asti raastuvanoikeuksien ensimmäisenä oikeusasteena ratkaisemat jutut ja kämnerinoikeuksien ratkaisemat jutut sisältyvät raastuvanoikeuksien juttumääriin.

43. Lähde: Prokuraattorinkertomuksiin liittyvät tilastotaulut 1843-1890.

Kaikkiaan *kihlakunnanoikeudet käsittelivät* siis *valtaosan kaikista asioista*, myös tai ennen kaikkea *riita-asioista*. Enemmistö kihlakunnanoikeuksien käsittelemistä riita-asioista oli *velkomuksia*. Osaksi oli riidat koskivat moderneja luoton muotoja. Elinkeinovapaudesta ja uusista luoton välineistä huolimatta yksinkertaiset tavaranvaihtosuhteet eivät kuitenkaan äkillisesti lakanneet. Tavaran velaksianto jäi pitkään yleiseksi tai yleisimmäksi luottosuhteeksi, ja todistelussa tukeuduttiin kauppiaan tilinpitoon.

Esimerkiksi kansanomainen lakiasiain käsikirja[44] vuodelta 1884 kuvaa velkasuhteet yleisimmiksi yksityishenkilöiden välisiksi oikeussuhteiksi; 'Tawallisimmasti esiintuleva oikeussuhta yksityisten henkilöiden wälillä on welkojan ja welallisen. Suurin osa oikeuksissa ratkaistawia asioita on welka-asioita'. Velka-asian laatu riippuu saatavan perusteesta. Kirjoittaja suosittelee, että rahaa lainattaessa velanantaja aina vaatii velaksiottajalta kirjallisen velkasitoumuksen, koska siitä riippuu vaatimuksen toteennäyttäminen ja täytäntöönpantavuus. Saamamiehen asia on varmin, jos hän antaa velallisen hyväksyä vekselin, mutta juokseva ('kulkewa') velkakirja on sekin saamamiehen kannalta hyvä. Näin on siksi, että juoksevan velkakirjan velallista 'woidaan hakea missä hänet tawataan ja welwoittaa welkawankeuden uhalla lunastamaan welkakirja, ja että ensimäisen oikeusasteen päätös woidaan takausta wastaan panna toimeen, jos kohta siinä muutosta haettaisiinkin'.[45]

Silti velkakirjoja ei laadittu läheskään kaikissa luottosuhteissaa. Velkasuhteita syntyi 1800-luvulla edelleen aikaisempaan tapaan usein kauppiaan ja talonpojan välille.[46] Näistä tavaraluotoista ei yleensä kirjoitettu velkakirjaa, koska tällaista velkaa koski sääntö kauppiaan tilinpidon todistusvoimasta. Kauppias oli OK 17:2:n mukaan prosessuaalisesti edullisessa asemassa kauppavelkojen perijänä. Prosessuaalinen etu koski kuitenkin kaupunkien kauppaporvareita, ei esimerkiksi käsityöläisiä. Maakaupan vapauttamisen jälkeen kaupunkien ja maaseu-

44. Edvard Berghin 'Neuwonantaja Laki-asioissa' ilmestyi sekä ruotsiksi että suomeksi. Kirja käsittelee velka-asioita, elinkeino-oikeutta, kiinteää omaisuutta koskevaa lainsäädäntöä sekä avioliitto- ja perintöoikeutta tässä järjestyksessä. Bergh 1884.

45. Bergh 1884, 1-3.

46. 'Jokamiehelle' tarkoitetun lakiasiain oppaan mukaan tavaravelat olivat hyvin yleisiä, jopa yleisempiä kuin rahavelat. Tällaista velkaa oli haettava velallisen henkikirjoituksen mukaisen asuinpaikan oikeudessa. Jos kysymyksessä oli juokseva velkakirja, velkaa voi hakea missä tahansa velallinen tavattiin. Berg 1884, 19-20.

dun kauppiaat tulivat eri asemaan, koska jälkimmäiset eivät saaneet hyväkseen tilinpidon todistusvoimaa. Porvarissäädyssä esitettiin vuodan 1867 valtiopäivillä anomus kauppiaan tilikirjojen todistusvoiman ulottamisesta maakauppiaiden ja tehtailijoiden kirjanpitoon. Samoilla valtiopäivillä myös käsityöläiset vaativat omalle kirjanpidolleen vastaavaa asemaa. Porvarissäädyn valituslautakunnassa arveltiin, ettei anomusaloitetta ollut tarpeen tehdä, koska jo Tammikuun valiokunnassa oli tehty asiassa aloite ja siitä oli odotettavissa hallituksen esitys.[47]

Hallitus antoikin samoilla valtiopäivillä OK 17:2:n muuttamisesta esityksen. Periaatteessa pidettiin epätyydyttävänä, että todistelu perustui kokonaan vain toisen ja juuri sen asianosaisen moraaliin, jolla oli todistelusta välitöntä hyötyä - siis kauppiaan moraaliin. Säännöksen katsottiin olevan ristiriidassa sen prosessuaalisen periaatteen kanssa, että valalla voi vastata, mutta ei kantaa. Kauppiaan tilikirjoilta ei silti haluttu viedä kaikkea todistusarvoa, sillä 'kauppa perustuu luottamukseen ja sen luonteeseen kuuluu nopeus'. Yleensä myyjän kirjanpidon varassa voitiin tehdä olettamus saamisen oikeellisuudesta. Sitä ei kuitenkaan esityksen perustelujen mukaan olisi pitänyt käyttää vastaajan kieltäessä, niin että kauppiaalle vastaajan kiellosta huolimatta annetaan mahdollisuus valalla täyttää, mitä todistelusta puuttuu. Pikemminkin vastaajalle oli annettava mahdollisuus puhdistautua valalla.

Hallituksen esityksessä ehdotettiin lakia muutettavaksi niin, että muut kuin kauppiaat, jotka olivat kauppiaan tilikirjojen mukaan velkaa, saivat vannoa itsensä valalla vapaaksi, jos oikeus ei nähnyt syytä **antaa kauppiaan tai kirjanpitäjän tehdä valaa. Jos luotonannosta ei annettu laskua luotonantoa seuraavan vuoden loppuun mennessä,** eikä velkaa haettu, ei tilikirjoilla ollut todistusvaikutusta.[48] Säädyt katsoivat, että maakauppiaat tulivat hyvin toimeen ilman kirjanpidon todistusvoimaa, jota ei haluttu ulottaa maakauppaan. Säätyjen mielestä maakauppiaiden tilinpidon todistusvoima olisi saattanut johtaa luottokaupan lisääntymiseen maaseudulla, mitä ei toivottu. Muuten säädyt kannattivat ehdotusta, ja asiasta annettiin asetus.[49] Tuomioistuin sai entistä suuremman vallan ratkaista, kumpi asianosainen sai tehdä va-

47. B.Pr. I, 124 ja 138, II 387-388, 1867 vp.
48. R. pr. 13 om antagande af en förordning rörande bevisningen genom handelsbok och räkning öfver utborgade varor, 1867 vp.
49. A 3 päivältä maaliskuuta 1868 koskeva tavarain velaksiantamisen todistamista kaupanpitokirjalla ja laskulla.

lan. Asianosaisen valan käyttöön liittyviä ongelmia yleensä ja erityisesti velkomusasioiden yhteydessä käsiteltiin myös Juridiska Föreningyhdistyksen keskusteluissa.[50] Tuomarin asianosaiselle määräämä vala usein käytännössä ratkaisi asian lopputuloksen, ja usein valan määräämiseen liittyi harkintavaltaa.

Riitainen asia kannatti haastaa alioikeuteen.[51] Kantaja yleensä tuli paikalle määrättynä käsittelypäivänä, mutta 'wastaajan poisjäämisen ensimmäisestä istunnosta melkein woi sanoa tulleen tawaksi'. Jos vastaaja oli poissa, oli kantajan todistettava hänen saaneen laillisen haasteen ja sitten esitettävä kanteensa. Jos kantajan voi heti näyttää väitteensä toteen esimerkiksi velkakirjan, moittimattoman kauppalaskun tai muun asiakirjan perusteella, niin hän voi vaatia asian ratkaisemista yksipuolisella tuomiolla. Kantajan oli saatettava yksipuolinen tuomio **kahdeksan päivän kuluessa tuomitulle. Tämä voi hakea takaisinsaantia seuraavilla käräjillä tai kaupungissa kuukauden kuluessa. Silti yksipuolinen tuomio meni täytäntöön**[52] **Yksipuolisen tuomion täytäntöönpano estyi, jos vastaaja maksoi vetoajan kuluessa vetorahan. Yksipuolisen** tuomion käyttöön liittyi oikeuskäytännössä huomattavia rajoituksia.[53]

Jos asiaa ei pidetty niin selvänä, että siitä voitiin antaa yksipuolinen tuomio, asia lykättiin ja vastaaja tuomittiin neljän taalerin (lähes kahdeksan markan) sakkoon ja hänet velvoitettiin tulevaan seuraaville käräjille tai määrättyyn istuntoon uhkasakon uhalla. Jos vastaaja taas jäi pois, oli taas tuomittava uhkasakko tai puhevallan menettämisen uhka. Vastaaja voi pitkittää melko kauan asian ratkaisemista: 'maalla, kun asia lykätään määräaikaisista käräjistä toisiin, woi hän siten pitkittää welan maksun toistaiseksi lykkäystä usein wuoden ajan tai enem-

50. Yhdistyksessä keskusteltiin siitä, kenen tulee vannoa vala, jos velallinen myöntää tai hänen osoitetaan ottaneen velkaa, mutta hän väittää maksaneensa sen, Förhandlingar 1870, 61-63. Keskusteltiin myös siitä, voiko kantaja esittää näyttöä sen jälkeen, kun vastaaja riita- tai rikosasiassa on määrätty valalle. Förhandlingar 1870, 218-219.

51. Vaihtoehtona oli lainhakumenettely ulosotonhaltijalta, mutta riitaiset asiat siirrettiin alioikeuteen. Ulosotonhaltijan välipäätös annettiin vielä tiedoksi vastaajalle, ja siitä voi vielä erikseen valittaa. Bergh 1884, 22.

52. Bergh 1884, 29.

53. Yksipuolista tuomiota katsottiin voitavan käyttää 1800-luvun alkupuolen oikeuskäytännön mukaisesti vain yksinkertaisissa riita-asioissa. Ruotsissa yksipuolisen tuomion käyttö oli vielä niukempaa kuin Suomessa. Periaatteessa lähdettiin siitä, että kantajan tulee esittää täysi näyttö, jos vastaaja oli jäänyt pois oikeudesta. Sjöström arvelee tämän johtuneen myös haasteiden epämääräisyydestä. Sjöström 1916, 160-161.

mänkin'.[54] Juuri tämä asiain tila oli se, johon maan hallitus ja ylemmät säädyt kaipasivat muutosta.

13.3. Lainkäytön nopeuttaminen ja tuomarien palkkaus

1600-luvun lopulta alkaen oikeudenkäynnin nopeuttaminen oli hallinnon tärkeä tavoite. Vaikka 1700-luvulla ja 1800-luvun ensimmäisellä puoliskolla ei toteutettu suuri uudistuksia, oli määrätietoisena tavoitteena oikeudenkäytön nopeuttaminen. Useimmat Suomen tuomiokunnat jaettiin tämän ajanjakson kuluessa ainakin kahteen ja usein useampaankin osaan. Kenraalikuvernööri *Berg* esitti vuonna 1856 useiden maan tuomiokunnista olevan niin laajoja, että nopea lainkäyttö estyi. Käräjien lukumäärä oli sidoksissa tuomiokunnan suuruuteen; tuomiokuntia jakamalla saatiin siten aikaan useampia vuotuisia käräjiä. Senaatissa nousi esiin kysymys tuomiokuntien yleisestä järjestämisestä.[55] Samaan aikaan kenraalikuvernöörin aloitteesta laadittiin ehdotus maan uudesta hallinnollisesta, oikeudellisesta ja kirkollisesta jaosta, jonka senaatti halusi liittää tuomiokuntajakoon. Tuomiokuntajakoa käsiteltiin senaatissa vuonna 1861 uutta läänijakoa koskevan esityksen valmistuttua.[56]

Senaatti esitti keisarille uuden tuomiokuntajaon olevan tarpeen, koska maan väestön lisääntyminen ja elinkeinoelämän vilkastuminen olivat lisänneet oikeudellisia suhteita ja oikeudenkäyntejä lähes kaikkialla. Kuitenkaan senaatti ei pitänyt mahdollisena vähentää kihlakunnantuomarien tehtäviä muuttamalla kihlakunnanoikeuksien organisaatiota - esimerkiksi ottamalla kihlakunnanoikeuteen lisää lainoppineita jäseniä. Silloin kihlakunnanoikeudet olisivat muuttuneet ammattituomareiden kollegioiksi yleisen eurooppalaisen mallin mukaisesti. Tällaiset muutokset edellyttivät muutoksia 1734 vuoden lakiin ja siten säätyjen myötävaikutusta. Ainoa senaatin käytettävissä oleva keino kihlakunnanoikeuksien toiminnan tehostamiseen oli tuomiokuntien pienentäminen. Senaatti esitti keisarille myös kihlakunnantuomareiden val-

54. Bergh 1884, 30.
55. Senaatti pyysi asiasta hovioikeuksien lausunnot, jotka puolestaan pyysivät lausunnot kuvernööreiltä, tuomiokapituleilta ja alituomareilta. Hovioikeuksien esityksistä hankittiin vielä prokuraattorin lausunto.
56. Tegengren 1900, 32-72.

tiolta tulevan palkkauksen määräämistä uudelleen. Tuloksena oli keisarillinen kuulutus[57], jonka mukaan maa jaettiin aikaisempien 49 tuomiokunnan sijasta 61 tuomiokuntaan. Kihlakunnantuomareille vahvistettiin yleinen rahapalkka, mutta aikaisemmin suurempaa rahapalkkaa ja 'kruunun veroa' nauttineet saivat pitää nämä edut.

Hovioikeuksille 1863 lähetettyjen keisarillisten kirjeiden määräykset uudistuksen toteuttamisesta osoittavat, ettei uudistuksella haluttu loukata kihlakunnantuomareiden virkaan kohdistuvaa 'saavutettua etua'. Virkajärjestelyjä tehtiin vain tuomiokunnissa, joissa virkojen haltijoiden nimitysehdoissa oli mainittu tuomarin velvollisuudesta alistua virkajärjestelyihin. Tuomarille, joka ei ollut tähän nimitettäessä sitoutunut, maksettiin korvaus tai virkajärjestelyt toteutettiin vasta virassa olevien tuomareiden erottua.[58] Virassaolevien kihlakunnantuomarien palkkaetujen säilyttäminen rajoitti siten senaatin käsityksen mukaan mahdollisuuksia toteuttaa nopeita uudistuksia hallinnollista tietä, ja varsinaiset tuomioistuinorganisaation muutokset edellyttivät lainmuutoksia. Juridiska föreningen keskusteli kihlakunnankäräjien tihentämisestä Ruotsissa ehdotettuun tapaan.[59] Vuoden 1867 valtiopäivillä ritaristo ja aateli päätti sille jätetyn anomusehdotuksen mukaisesti anoa kihlakunnanoikeuksien muuttamista yksikäräjäkuntaisiksi ja pysyvästi kokoontuviksi. Jokaiseen kihlakunnanoikeuteen tuli asettaa notaari pitämään pöytäkirjaa.

Hallitus pyysi 1870-luvun alussa käräjäkuntien asukkailta, hovioikeuksilta, kihlakunnantuomareilta ja kuvernööreiltä lausuntoja kihlakunnanoikeuksien uudistamisesta vuoden 1867 valtiopäivillä esitettyyn tapaan. Vuoden 1872 valtiopäiville annettiin säätyjen tiedoksi näiden lausuntojen sisältö. Lausunnot olivat erisuuntaisia. Osa lausunnonantajista oli aikaisemman käräjätiheyden säilyttämisen kannalla, osa toivoi useita vuotuisia käräjiä. Säädyt katsoivat uudistuksen olevan tarpeeton harvaan asutuissa maan osissa. Muuten säädyt eivät pitäneet uudistuksen vastustajien esittämiä syitä painavina. Kun taloudellinen toiminta oli maaseudulla edistynyt ja muukin elinkeinotoiminta vilkas-

57. K. angående allmän reglering af domsagorna i Finland och häradshöfdingens kronolöner du 26 augusti 1862.
58. Tegengren 1900, 156-157.
59. Myös notaarin palkkaaminen oli keino oikeudenkäynnin nopeuttamiseen. Förhandlingar 1865, 15-158. Vuonna 1867 eri uudistusvaihtoehdoista jälleen keskusteltiin. Förhandlingar 1867, 170-178.

tunut, oli oikeudenkäytön nopeuttaminen ja kihlakunnaoikeuksien uudistaminen tullut ajankohtaiseksi.

Myös vuoden 1872 valtiopäivät esittivät kihlakunnanoikeuksien muodostamista pysyviksi oikeuksissa, joissa olisi useampia kuin yksi lainoppinut tuomari. Sellaisissa tuomiokunnissa, joiden keskelle sijoitettavaan käräjäpaikkaan olisi reuna-alueiltakin enintään kuusi peninkulmaa, voitaisiin heti muodostaa pysyviksi alioikeuksiksi. Säädyt puolsivat komitean asettamista tällaista uudistusta valmistelemaan. Tässä piti ottaa huomioon myös jatkuva tuomioistuinlaitoksen uudistustarve. Muualla toteutettuihin oikeuslaitosuudistuksiin olisi Suomessakin epäilemättä ryhdyttävä. Säädyt katsoivat, että todistelu oli keskitettävä yhteen oikeusasteeseen, oikeudenkäynti oli saatava suulliseksi ja julkiseksi ja pöytäkirjaamista oli vähennettävä. - Pyrkimys 'pysyviin' kihlakunnanoikeuksiin oli sekin omaksuttu Ruotsista. Ruotsissa siirryttiin vuonna 1872 tiheästi istuviin kihlakunnanoikeuksiin.

13.4. 'Pysyvät kihlakunnanoikeudet'

Hallitus asetti lokakuussa 1873 komitean tutkimaan tuomiokuntien uudelleenjärjestelyä pysyviksi tuomioistuimiksi. Tällaisiin pysyviin kihlakunnanoikeuksiin oli tarkoitus ottaa lainoppinut lisäjäsen. Komitean seuraavana vuonna ilmestyneessä mietinnössä ehdotettiin tuomiokuntien jakamista niin, että 59 tuomiokunnan sijaan olisi tullut 83 tuomiokuntaa, joista 60 olisi toiminut yhtenä käräjäkuntana.[60] Yhden käräjäkunnan tuomiokunnissa olisi pidetty kahdeksan istuntoa vuodessa. Pysyviin kihlakunnaoikeuksiin hovioikeus asettaisi määräämättömäksi ajaksi lainoppineen lisäjäsenen, 'wara-tuomarin', jolla maksettaisiin kiinteä palkkio. Tämä käsittelisi asioita kihlakunnantuomarin tavoin ja vastaisi pöytäkirjasta.

Komitean mukaan lainoppineen lisäjäsenen ottaminen oikeuteen vaikuttaisi luonnollisesti äänivallan jakaantumiseen ammatti- ja maallikkotuomareiden kesken. Lautakunnan äänivalta oli kuitenkin komitean mukaan poikkeuksellinen ilmiö. Se oli käsitettävä vastapainoksi

60. Tällaisia olisivat olleet kaikki Turun hovioikeuden alaiset tuomiokunnat, 20 Viipurin hovioikeuden alaista ja 11 Vaasan hovioikeuden alaista tuomiokuntaa. Lähinnä Lapissa ja itäisessä Suomessa olisi edelleen toiminut kolmi- tai useampikäräjäkuntaisia kihlakunnanoikeuksia.

ammattituomarille sellaisissa asioissa, joissa tuomarin käsitys sattuu sotimaan kansan oikeuskäsitystä vastaan. Siksi ei olisi pahasta, vaikka lautakunnan äänivalta entisestään heikkenisi. Komitean ehdotuksen mukaan lautakunnalla olisi ollut kollektiivinen äänivalta, jonka kautta se voisi vaikuttaa vain siihen, kumman - lainoppineen tuomarin vai varatuomarin - kanta tulisi ratkaisevaksi näiden ollessa eri mieltä. Muuten sitä ei otettaisi ollenkaan huomioon.[61]

Komitean ehdotuksen mukainen hallituksen esitys tihennetyistä kihlakunnankäräjistä annettiin säädyille vuosien 1877-1878 valtiopäivillä.[62] Siinä ei kuitenkaan esitetty lainoppineen lisäjäsenen nimittämistä. Hallituksen esityksen mukaan se ei olisi ollut sopusoinnussa lautakuntainstituution kanssa ja lautakunta oli tarkoitus säilyttää. Lisäksi niukalla palkalla ei saataisi riittävän ansioituneita varatuomareita. Lisäjäsen olisi komitean ehdotuksen mukaan voitu myös erottaa, mikä soti tuomarien erottamattomuuden periaatetta vastaan. Tämäkin kanta oli vakiintunut lakimieskunnan keskuudessa.[63] Hallituksen esityksen mukainen kanta oli muodostunut lakimieskunnan sisäisessä keskusteluverkostossa ja hallituksen pyytämien lausuntojen perusteella. Hallitus pyysi lausuntoja niiltä tahoilta, jotka käsitettiin oikeuslaitosuudistuksen kannalta keskeisiksi - ennen kaikkea tuomioistuinlaitokselta itseltään.

Hallitus ei halunnut jakaa tuomiokuntia, kuten komitea oli ehdottanut. Se olisi johtanut monien lausunnonantajien mukaan kihlakunnantuomarien tulojen liialliseen vähenemiseen. Lisäksi vuotuisten käräjien lisääminen monikäräjäkuntaisissa tuomiokunnissa olisi johtanut siihen, että niitä olisi pidetty maanviljelijöille kiireisimpänä kesäaikana. Hallitus esitti yksikäräjäisissä tuomiokunnissa pidettäviksi kahdeksan istuntoa vuodessa, kaksikäräjäkuntaisissa kolme kummassakin. Kun käräjäkuntia oli vain yksi, olisi pitänyt perustaa pysyvä käräjäpaikka. Vuodesta 1873 alkaen kihlakunnantuomarit oli nimitetty ehdolla, että nämä olivat velvollisia alistumaan tuomiokuntien alueen muutoksiin, joten näitä tuomiokuntia voitiin vapaasti jakaa.

---

61. KomMiet 1875:1.
62. R.Pr. 27 angående förändrade bestämningar om häradsrätterna, 1877-1878 vp.
63. Juridiska föreningen-yhdistys keskusteli aiheesta vuonna 1878. Förhandlingar, JFT 1878-1879, 42-45.

Valtiopäivillä lakivaliokunta[64] toisti säätyjen esittämän käsityksen, että maaseudun alioikeuksiin oli saatava useampia lainoppineita tuomareita oikeusvarmuuden lisäämiseksi.[65] Lakivaliokunnan enemmistö katsoi, että lautakuntainstituutio olisi voitu säilyttää lainoppineen lisäjäsenen palkkaamisesta huolimatta, jos äänestyssääntöjä olisi muutettu. Lisäjäsenen erottamattomuuskin olisi voitu taata. Koska lisäjäsenen palkkaamiseen ei ollut riittäviä varoja, valiokunta tyytyi ehdotukseen istuntojen lisäämisestä.

Valiokunnassa pysyvien käräjäpaikkojen perustamista vastustettiin sillä, että tämä järjestely aiheuttaisi asukkaille kustannuksia. Lautakunta, asianosaiset ja todistajat joutuisivat matkustamaan pitkiä matkoja päästäkseen käräjille. Monilla paikkakunnilla rahvas ei ollenkaan kaivannut nopeampaa oikeudenkäyttöä. Talonpoikaissääty käsitti kihlakunnanoikeudet ensisijaisesti talonpoikien tuomioistuimena. Valiokunnan enemmistö sen sijaan katsoi, että kihlakunnanoikeuksissa on voitava käydä oikeutta muissakin kuin rahvaan asioissa, ja enemmistö kannatti hallituksen esitystä pysyvistä kihlakunnanoikeuksista.

Säädyistä aateli ja porvaristo kannattivat ehdotuksen pääkohtia. Sen sijaan papisto ja talonpoikaissääty halusivat jättää uudistuksen sikseen. Talonpoikaissääty vastusti uudistusta sen aiheuttamien kustannusten ja pysyvän käräjäpaikan aiheuttamien hankaluuksien vuoksi. Oikeudenkäytön nopeuttamista ei talonpoikaissäädyssä pidetty yhtä tärkeänä kuin muiden säätyjen keskuudessa. Tosin käsitykset tästä hajosivat talonpoikaissäädyn keskuudessa tällä kuten aikaisemmillakin valtiopäivillä. Pahimpana oikeudenkäytön ongelmana talonpoikaissääty kuitenkin piti ruotsinkielistä prosessia.

Istuntojen lisääminen ei ollut niinkään tarpeellista, koska kansa ei tuntenut suurempaa tarvetta nopeampaan oikeudenkäyttöön. Monet edusmiehet tosin pitivät käräjien lisäämistä sinänsä tarpeellisena. Silti talonpoikaissääty 'yhdistyi melkein yksimielisesti' siihen lausuntoon, että sinänsä tarpeellisiin uudistuksiin liittyi esityksessä niin paljon vaikeuksia, että asia saisi tällä kertaa jäädä sikseen. Säädyn vastauksessa kiinnitettiin huomiota siihen, että yksi lainoppinut ei kykene vastaamaan useimmiten asianosaisille vieraalla kielellä tehtävästä pöytäkir-

64. Prop. 27 ang. förand. best. om häradsrätterna 1877-78 vp.
65. Lakivaliokunnan mietintö n:o 12 KM armeliaasta esityksestä, joka koskee muutetuita määräyksiä kihlakunnanoikeuksista. 1877-78 vp.

jasta, ja että tällaisiin ongelmiin olisi puututtava maaseudun oikeudenhoidon parantamiseksi.

Talonpoikaissäädylle käräjäistuntojen tihentäminen ei ollut erityisen tärkeää. Ajallinen viive asioiden käsittelyssä oli pienempi paha kuin pitkät käräjämatkat ja lisääntyvät verot. Talonpoikaissäädyn sisällä ajankäyttö kytkeytyi tiiviisti vuodenaikojen vaihteluun, välimatkat koettiin rasittaviksi ja matkustaminen kalliiksi. Maataloustuotannon syklinen luonne ja liikenteen kehittymättömyys leimasivat maaseudun elämää. Säätyvaltiopäivien talonpoikaisedustajat olivat vauraita maanomistajia, mutta näidenkään kiinnostus oikeudenkäytön nopeuttamiseen ei ollut 1870-luvulla suuri. Vain osalla talonpoikaissäädyn edustajista oli suhteita sellaiseen talouteen, jossa nopea oikeudenkäyttö on toiminnan tärkeä edellytys. Talonpoikaissäädyn valtiopäiväedustajina oli myös yrittäjiä, kauppiaita ja opettajia etenkin 1800-luvun lopulla, ja säädyn sisällä käsitykset hajaantuivat jo tästäkin syystä.

13.5. Rahoituskiista

Viime kädessä hallituksen ja säätyjen toivomus pysyvistä kihlakunnanoikeuksista pysähtyi niiden rahoittamista koskevaan kiistaan. Tuomioistuimien ylläpidosta annetut säännökset kuvastavat sellaista käsitystä, että yleisetkin tuomioistuimet olivat ensisijaisesti tietyn säädyn omia tuomioistuimia. Kaupungit ylläpitivät privilegioidensa mukaisesti raastuvanoikeuksia, joiden tuomarinnimityksistä porvaristo voi päättää ja jossa kaupungin asukkailla oli oikeus tulla tuomituiksi. Kaupunkien oikeudenkäyttöä koskivat vuoden 1789 porvariston privilegiot.

Kihlakunnanoikeudet ja laamanninoikeudet, talonpoikaisen säädyn tuomioistuimet, taas ylläpidettiin maaseudun asukkailta kootulla verolla. Talonpojilla ei ollut tätä koskevaa privilegiota, mutta 1772 vuoden hallitusmuodon mukaan 'rahvaan heidän tuomariensa palkkaamiseen ja ylläpitoon myöntämät laamannin-, kihlakunnantuomarin- ja käräjäkapparahat on säilytettävä oikeaan tarkoitukseensa, asianomaisten tuomarien palkkaamiseen'. Talonpojilla ei tosin ollut oikeutta nimittää ammattituomaria eikä edes lautakuntaakaan. Lautamiesten tuli kuitenkin olla talonpoikia, ja 1700-luvun säännösten mukaan myös lautamiesten tuli päästä 'tuomarien palkkaamiseen' tarkoitetuista varoista.[66]

Kihlakunnantuomareiden ja laamannien palkkaukseen käytettävät varat koottiin erityisillä maaseudun veroilla, *tuomarinverolla* ja *käräjäkestityksellä*. Tuomarinvero oli alun perin tarkoitettu tuomarin varsinaisiin palkkakuluihin, käräjäkestitys taas korvaukseksi tuomarin käräjämatkojen aiheuttamista kuluista. Tuomarinvero oli määrätty jo reduktion yhteydessä koottavaksi valtiolle, ja tuomareille maksettiin siitä rahamääräinen palkka. Käräjäkestityksen suhteellinen merkitys oli tämän vuoksi kasvanut niin, että ne olivat monikertaiset rahapalkkaan verrattuna. Tuomarit saivat perinteisesti lisäksi *osuuden sakoista* ja *lunastusmaksun* pöytäkirjoista. Toisaalta tuomarit itse palkkasivat kirjurin. 1734 vuoden lakiin sisältyvät määräykset velvollisuudesta rakentaa käräjätupia olivat jääneet pois käytöstä, jos olivat koskaan käyttöön tulleetkaan. Harvoilla paikkakunnilla oli erityisiä rakennuksia käräjien pitämistä varten. Sen sijaan tuomari kokosi tähänkin tarkoitukseen veron ja vuokrasi sillä tilat kihlakunnanoikeuden istuntoja varten. Rälssiin kuuluvilla ei ollut velvollisuutta osallistua näiden verojen maksuun, koska aatelissäädyn oma säätytuomioistuin oli hovioikeus. Rälssi ei tosin ylläpitänyt hovioikeuksiakaan.

Hallitus esitti laamanninoikeuksien lakkauttamisen yhteydessä vuoden 1867 valtiopäivillä säädyille, että laamanninoikeuksien lakkauttamisen vuoksi säästyneet laamanninkäräjäkapat annettaisiin kihlakunnantuomareille palkanlisäksi, koska näiden palkkaedut tulisivat vähenemään tuomiokuntia jaettaessa ja sen vuoksi, että lautamiehille oli tarkoitus antaa osa tuomarin aikaisemmin nauttimista käräjäkapoista. Valtiosäädyt katsoivat kuitenkin, että *laamanninkäräjäkapat* piti käyttää *kihlakunnanoikeuksien rakenteen muuttamiseen*. Juuri näillä varoilla kihlakunnanoikeuksiin piti ottaa lainoppinut lisäjäsen, niin että varsinaisten käräjien lukua voitaisiin lisätä. Käräjäkapat voitiin luovuttaa kihlakunnantuomareille vain sillä edellytyksellä, että tuomiokuntia pienennettäisiin ja niissä pidettäisiin vähintään kolmet käräjät vuodessa. Laamanninkäräjäkapat talletettiin vastaisen varalle.

Suomessa verotuksen painopiste oli siirtynyt välilliseen verotukseen. Erilaisista hyödykkeistä maksettiin tulleja ja valmisteveroja. Välittömän verotuksen rungon muodosti maavero, joka perustui manttaa-

66. 6 heinäkuuta 1720 annettu asetus määräsi, että käräjäkestityksestä oli annettava puolet lautakunnalle. Asetuksen syynä oli talonpoikien valtiopäivillä esittämä valitus, jonka mukaan lautakunta ei saanut kestityksestä mitään tai vain vähän. Fellman 1874, 144-145.

lilukuun. Vero kohdistui siten lähes yksinomaan maata omistavaan väestöön, mutta sen ulkopuolelle jäivät uuden tyyppiset valtion tulomuodot, kuten metsien tai karjatalouden tuottama 'moderni' tulo. Kapitalistiset yrittäjät ja virkamiesluokka eivät juuri maksaneet välittömiä veroja. Kaikkiaan verotuksella koottu summa oli kansantalouteen verrattuna vaatimaton.[67] Verotuksen kokonaisuus kuitenkin rasitti väestöä epätasaisesti. Vanhoihin verotuksen muotoihin kuuluva käräjäkappamaksu kanavoitiin vain osittain valtion taloudenpidon kautta. Sen kohtaantoa arvosteltiin. Toinen kiistakysymys koski koottujen verojen jakaantumista ammattituomarin ja lautakunnan välillä. Kysymys ei ollut vähäisistä summista, vaan kihlakunnantuomareiden nauttimien tulojen pääosasta.

Laamannin- ja kihlakunnantuomarinveron ja käräjäkestityksen maksamisperusteita arvosteltiin siitä, että olosuhteet olivat olennaisesti muuttuneet niiden määräämisen jälkeen. Maksuperusteista oli vuonna 1858 annettu keisarillinen kuulutus,[68] jonka mukaan *kaikkien itsellisten* piti maksaa laamannin- ja kihlakunnantuomarinveroa sekä kestitystä. Itsellisiksi luettiin talon ja sen osan haltijat, torpparit ja kaikki muutkin maalla asuvat henkilöt, jotka eivät olleet laillisen suojeluksen ja isäntävallan alaisia, lukuunottamatta valtion palvelijoita ja erikseen verosta vapautettuja henkilöitä. Näitä olivat säätyprivilegioiden nojalla vapautetut. Ruukkien ja muiden sellaisten laitosten haltijat olivat vapautettuja yleisten tuomioistuinten ylläpitoon liittyvistä veroista, koska he olivat velvollisia osallistumaan vuorikäräjäoikeuksien ylläpitämiseen. Vuorikäräjäoikeudet oli tosin lakkautettu jo vuonna 1854 annetulla asetuksella.[69]

Vuoden 1863 valtiopäivillä hallitus esitti kihlakunnan- ja laamanninverojen lakkauttamista ja yhdistämistä uudeksi henkilöveroksi. Edelleen käyttöön jäävä *käräjäkestitys olisi jaettu kihlakunnantuomarin ja lautakunnan välillä* niin, että *lautamiehet* olisivat saaneet *kolmanneksen* kestityksestä palkkionaan.[70] Samalla esitettiin lautamies-

67. Kuusterä 1990, 56.
68. K.K. angående ej mindre lagmans- och häradshöfdingeräntans samt tingsgästningens, än flottsbyggnadhjelpens utgörande i Finland, den 12 april 1858.
69. Tämän asetuksen mukaan vuorikäräjäoikeudet lakkasivat ja vuorimestarinvirat lakkautettiin, ja näille tuomioistuimille kuuluneet jutut tulivat yleisten tuomioistuimien käsiteltäviksi. Vuorimestareille kuulunut käräjäkestitys siirtyi niille kihlakunnantuomareille ja laamanneille, joiden käsiteltäviksi jutut siirtyivät.K. F. om indragning af Bergtingsrätterne i Finland, m.m., den 22 mars 1854.
70. N. Pr. no 20, 1863-1864 vp.

ten valitsemista käräjäkunnan vaalilla.[71] Esitys vastasi sitä järjestelyä, joka oli otettu käyttöön Ruotsissa.

Talonpoikaissääty pääsi nyt ilmaisemaan tyytymättömyyttään sekä veronmaksuperusteeseen että veron käyttöön, eikä sääty hyväksynyt hallituksen esitystä. Talonpoikaissäädyn suostumus oli kuitenkin välttämätön, koska veron käytöstä oli määrätty 1772 hallitusmuodosta. Käräjäkappojen jakamisesta ja lautakunnan valitsemisesta ei syntynyt päätöstä. Sen sijaan tuomarinverot päätettiin yhdistää uuteen henkilöveroon, 'uuteen henkirahaan'. Keisarillinen asetus vuodelta 1865[72] lakkautti laamannin- ja kihlakunnanverot ja eräitä erityisveroja, joiden sijasta alettiin maksaa henkirahaa kaikista kansalaisista säätyyn ja asuinpaikkaan katsomatta kaksi markkaa mieheltä ja markka naiselta. Siirtyminen yleiseen veroon koski kuitenkin vain tuomarinveroja, jolla oli suhteellisen pieni merkitys kihlakunnantuomareiden palkkaamisessa. Käräjäkestitykseksi kutsuttu vero jäi edelleen.

Vuoden 1867 valtiopäiville annettiin uusi hallituksen esitys laamannin ja kihlakunnantuomarin käräjäkappain maksamisesta.[73] Esityksen mukaan myös aikaisemmin privilegioden perusteella verosta vapautetut olisivat joutuneet maksamaan sitä. Ylemmät säädyt kuitenkin halusivat pitää kiinni privilegioistaan. Ne korostivat kihlakunnantuomareiden tarvetta saada virastaan 'riittävät tulot,' mutta eivät kuitenkaan olleet halukkaita luopumaan säätyprivilegiostaan olla osallistumatta palkkamenoihin. Talonpoikaissääty olisi hyväksynyt hallituksen esityksen.[74]

Vuoden 1877 valtiopäiville hallitus teki jälleen kestitystä koskevan esityksen.[75] Tämä esitys oli jokseenkin sama kuin kymmenen vuotta aikaisemmin tehty. Samoilla valtiopäivillä oli käsiteltävänä kysymys kihlakunnanoikeuksien tekemisestä pysyviksi tuomioistuimiksi, minkä arveltiin edellyttävän myös veronmaksusta vapautettujen osallistumista veronmaksuun. Laki- ja talousvaliokunta esitti hallituksen esityksen hyväksymistä vain, jos kihlakunnanoikeuksien istuntoja lisättäisiin.

71. N. P. no 20, 1863-1864 vp.
72. K. F. om personella utskylderna, den 20 februari 1865.
73. Armollinen esitys no 12, 1867 vp.
74. Talonpoikaissääty ei hyväksynyt veron jakoperustetta. Vuoden 1872 valtiopäivillä sääty pyysi vuoden 1858 asetusta kumottavaksi, koska se oli maan köyhimpienkannettavaksi liian raskas. Esitykseen ei suostuttu, koska se olisi vähentänyt tuomareiden palkkatuloja. Fellman 1874, 131.
75. N.P. no 22 om tingsgästning.

Valiokunta piti lisäjäsenien palkkaamista kihlakunnanoikeuksiin edellytyksenä verotuspohjan laajentamiselle. Esityksen kihlakunnanoikeuksien istuntojen lisäämisestä oli kuitenkin kaksi säätyä - pappis- ja talonpoikaissäädyt - jo samoilla valtiopäivillä hylännyt. Aatelittomat säädyt olisivat olleet valmiita hyväksymään esityksen, mutta aateli olisi suostunut luopumaan verotusta koskevasta privilegiostaan vain, jos kihlakunnanoikeudet olisi samalla uudistettu. Ehdotusta ei hyväksytty.

Kiistelyn taustalla vaikutti kaksi asiaa. Vielä 1700-luvulla kauppa, manufaktuurit ja ruukit oli pyritty pitämään erillään maaseudusta ja sille ominaisesta säätyrakenteesta. Kauppa ja käsityöläisammatit kuuluivat kaupungeille, manufaktuuri- ja ruukkitoiminta oli luvanvaraista. Käsityöläisiä, ruukkeja ja tehtaita varten perustettiin erikoistuomioistuimia, joissa käsityöläismestarit tai tehtaan isännät yhdessä kaupunkeja edustavien tuomareiden kanssa jakoivat oikeutta. Maaseudun yleiset oikeudet, kihlakunnanoikeudet ja laamanninoikeudet, voitiin silloin nähdä talonpoikaisen väestön tuomioistuimiksi, jotka käsittelivät talonpoikaiseen elämänmenoon kuuluvia rikos- ja riita-asioita. Kaupunkien porvaristo oli tosin joutunut velkomaan talonpoikia kihlakunnanoikeuksissa. 1800-luvun kuluessa kihlakunnanoikeuksien rakenne ja toimintatapa alkoi käydä sitä ongelmallisemmaksi, mitä enemmän elinkeinotoiminnan luonne maaseudulla muuttui ja markkinatalous eteni maalaiskyliin.

Velkomusasioita käsiteltiin kihlakunnanoikeuksissa paljon jo 1700-luvulla. Elinkeinovapauden toteutuessa kihlakunnanoikeudet joutuivat käsittelemään myös kaupallisiin sopimuksiin ja luontonantoon liittyviä riita-asioita. Erikoistuomioistuimia lakkautettiin. Modernin vaihdantatalouden oikeusjuttujen käsittelijöiksi kihlakunnanoikeudet soveltuivat huonosti. Kihlakunnanoikeuksien toiminnan hitautta valittivatkin ennen kaikkea ne, jotka olivat levittämässä markkinataloutta maaseudulle.

Nopeuttaminen ei sen sijaan kiinnostanut sellaisia maanomistajia, jotka harjoittivat perinteistä maataloutta. Aitaamista ja rajankäyntiä koskevissa kiistoissa kihlakunnanoikeudet toimivat paikallisen yhteisön edellyttämällä tavalla. Kihlakunnantuomarin ja lautamiesten muodostama oikeus antoi ratkaisunsa riitapuolten hyväksymällä tavalla ja riittävän nopeasti. Lautakunta toimi rikosasioissakin paikallis- ja henkilötuntemuksen lähteenä. Juuri tällaisissa oikeudellisissa kysymyksissä lautakunta oli saavuttanut tietyn itsenäisen auktoriteetin. Lautakun-

ta suoritti katselmuksia, esitti tietojaan maanomistusoloista, ihmisistä ja paikallisista tavoista sekä arvioi syntyneistä vahinkoja. Kaikkiaan lautakunta toimi tavalla, joka ei vastannut modernissa tuomioistuimessa maallikkoainekselle osoitettua tehtävää. Kihlakunnanoikeuksien vanhastaan käsittelemissä jutuissa sillä oli oma tehtävänsä, vaikka sen sovittaminen prosessin modernisoimisen projektiin olikin ongelmallista.

Valtiopäivillä edustettu talonpoikaissääty piti juuri lautamiesten asemaa kysymyksenä, joka läheisesti liittyi sen omiin intresseihin - talonpoikaissäädyn valtiopäiväedustajan oli helppo ymmärtää herrastuomarin vaatimuksia. Talonpoikaissäädyn tavoitteisiin kuului ottaa lautamiesten nimitysvalta kihlakunnantuomarilta ja antaa se kunnalliskokoukselle Ruotsin esimerkiksi mukaisesti. Ruotsissa toteutettu uudistus oli herättänyt Suomessakin vaatimuksen lautakunnan vaalitavan muuttamisesta.

1734 vuoden lain mukaan lautamiehinä olin kaksitoista talonpoikaa, mutta laissa ei sanottu, miten nämä valitaan. Käytännöksi oli muodostunut, että kihlakunnantuomari otti lautamiehet. Vuonna 1800 talonpoikaissääty oli esittänyt Ruotsin valtiopäivillä anomuksen, että kihlakunnan asukkaiden olisi itse valittava lautamiehet vaaleilla. Kuninkaallisella kirjeellä[76] määrättiin kuitenkin noudattamaan aikaisempaa käytäntöä. Kihlakunnantuomareita tosin kehotettiin kiertokirjeellä valitsemaan lautamiehiksi ymmärtäväisiä miehiä, jotka asuinpaikkansakin puolesta vastaavat kansan tarpeita.

Senaatti esitti Tammikuun valiokunnan keskusteltavaksi kysymyksen, pitäisikö lautamiesten valinta antaa käräjäkuntien tehtäväksi ja määrätä *lautamiesten osuus käräjäkapoista kolmannekseksi.* Senaatin esityksen mukaan 'olisi sopusoinnussa lautamiesten toimen merkityksen kanssa, että heidät valittaisiin käräjäkunnan vaalilla, jolloin heidän arvostuksensa kasvaisi riippumatta heille tulevan palkkion määrästä'. Koska käräjäkapat esityksen mukaan 'muodostavat kihlakunnantuomarin pääasiallisen palkkatulon, ja tulisivat vähenemään tuomiokuntia jaettaessa', katsoi senaatti oikeaksi antaa käräjäkappojen pääosan kihlakunnantuomareille ja vain kolmanneksen lautakunnalle.[77]

---

76. K. Br. till Hof-Rätterne, angående det sätt som wid wal af nämndemän iakttagas bör, den 9 september 1800.

77. Fråga nr. 22 angående nämndemäns utwäljande af tingslaget och deras andel i tingsgästningskapporne.

Ruotsissa lautamiesten valitseminen siis tuli pitäjänkokouksen tehtäväksi vuonna 1823, mikä epäilemättä vaikutti Suomen talonpoikaissäädyn asenteisiin. Tammikuun valiokunnassa lautamies *Keto* selosti Suomessa käytettyä lautakunnan nimittämismenettelyä. Hänen mukaansa tuomarit yleensä valitsivat lautamiehet. Kuitenkin toisin paikoin kihlakunnanoikeus kokonaisuudessaan valitsi heidät, jolloin lautakuntakin pääsi osallistumaan päätökseen ainakin veto-oikeuden kautta. Pohjanmaalla oli käytetty sellaistakin menettelyä, että lautakunta valitsi sopivan henkilön ja kihlakunnantuomari antoi sittemmin suostumuksensa tämän valintaan - lautakunta siis täydensi itse itsensä.[78] Missään lautamiehiä ei valittu vaaleilla.

Tammikuun valiokunnan keskusteluissa arvioitiin, että Pohjanmaalla saatiin kelvollisempia lautamiehiä kuin muualla. Pormestari *Tengström* viittasi siihen, että lautamiehet saivat myös nauttia osuuden käräjäkapoista. He myös itse kokosivat tämän veron. Lautamiehet sovittelivat paljon riitoja alueellaan ja toimivat eräänlaisina rauhantuomareina. Heistä kehittyi tällä tavalla myös kunnallishallintoon pätevää ainesta. Tengström viittasi siihen, millä tavalla oikeus kestitykseen ja lautakunnan vaali liittyivät yhteen. Yleensä kihlakunnantuomari kantoi hyväkseen koko kestityksen ja jakoi lautamiehille 'renginpalkan', jolloin lautakunta muodostui seitsemästä tai kahdeksasta 'syytinkiläisestä ja muista, jotka käräjillä vain myöntelevät, mitä tuomari väittää ja muutoin vain haukottelevat ja kuorsaavat'.[79]

Lautamies Kedon mukaan Pohjanmaalla oli noudatettu lain määräyksiä käräjäkappojen jaosta kihlakunnatuomarin ja lautakunnan kesken. Sen sijaan muissa osissa maata kuului Kedon mukaan käytettävän 'akordi-lautamiehiä', joiden palkka oli puoli tynnyriä viljaa tai vähemmän. Vaasan läänissäkin oli 1830-luvulla sattunut niin, että eräs tuomari oli ottanut Korsholman pohjoiseen tuomiokuntaan lautamiehet tällä tavalla. Näitä nimitettiin 'akordi-ukoiksi'. Lautamiehet joutuivat kaikkien hampaisiin ja erotettiin heti tuomarin vaihduttua.[80] Myös talonpoika *Puhakka* vaati kunnon palkkioiden maksamista lautamiehille. Tähän asti toimi oli 'vaatinut miestä, mutta tuottanut narrin palkan'.

Periaatteessa Tammikuun valiokunnassa jokaisen säädyn edustajat katsoivat, että lautamiesten vaali tuli uskoa joko käräjäkuntien väes-

78. Tammikuun valiokunnan pöytäkirjat, 116.
79. Tammikuun valiokunnan pöytäkirjat, 164.
80. Mt., 166.

tölle tai lautakunnalle itselleen. Näin saataisiin lautakuntaan sopivia miehiä. Erimielisyyttä sen sijaan oli siitä, miten käytettävissä olevat varat oli jaettava tuomarin ja lautamiesten kesken. Ylempien säätyjen edustajat katsoivat, että lautakunnalle voitaisiin maksaa enintään kolmas- tai neljäsosa käräjäkapoista. Talonpoikaissäädyn edustajat pormestari Tengströmin kannatuksella vaativat vallitsevan lain mukaista palkkiota. Äänestyksessä 30 edustajaa oli 'nykyisen palkkion' kannalla, 17 sitä vastaan. Pöytäkirjan perusteella on vaikeata sanoa, kumpaa nykyisellä palkkiolla tarkoitettiin, lain määräämää vain käytännössä maksettua palkkiota.

Hallitus siis esitti vuosien 1863-1864 valtiopäivillä kestityksen jakamista niin, että kihlakunnantuomari saisi siitä kaksi kolmasosaa, lautakunta kolmanneksen.[81] Talonpoikaissääty katsoi, että tällä itse asiassa huononnettaisiin lautakunnalle laissa määrättyä palkkiota. Käytännössä lautakunta oli tosin saanut tyytyä vähempään, sillä yleensä kihlakunnantuomari sopi lautakunnan kanssa lautamiesten ylläpidosta käräjien aikana ja maksoi sen. Lautakunnan osuus käräjäkestityksestä jäi silloin hyvinkin pieneksi. Kihlakunnantuomarin ja lautakunnan väliset sopimukset käräjäkestityksen määrästä herättivät arvostelua etenkin sen vuoksi, että kihlakunnantuomari myös nimitti lautamiehet; kihlakunnantuomarien väitettiin ottavan lautamiehiksi toimeen halvimmalla suostuvat. Hallituksen esityksessäkin myönnettiin, että vallitseva käytäntö saattoi johtaa sopimattomien henkilöiden valintaan. Vaalin tuli kuulua kestityksen maksajille.

Kun säädyt esittivät esitykseen muutoksia, antoi hallitus asian raueta eikä tehnyt asiasta uutta esitystä vuoden 1867 valtiopäiville. Lainoppinut komitea asetettiin tutkimaan kysymystä.

Mietinnössään[82] komitea katsoi senaatin olleen väärässä siinä, että lautakunnalla lain mukaan olisi oikeus saada puolet käräjäkapoista. Vuonna 1720 käräjäkapoista annetun asetuksen mukaan lautakunnalla tosin oli oikeus saada puolet kestityksestä, ja tähän talonpoikaissäädyn edustajat vetosivat. Myös Pohjanmaalla lautakunta sai puolet kestityksestä ja myös sille lain mukaan kuuluvan osan sakoista, mitä muissa maan osissa ei ollut tapana maksaa lautakunnalle. Komitean juristijäsenten mukaan vuoden 1720 asetusta ollut tarkoitettu Suomessa nou-

81. N. P. nr. 20, 1863-1864 vp.
82. KomMiet 1875:1.

datettavaksi, vaan että se koski vain Ruotsia ja siellä rahassa maksettavaa kestitystä.[83]

Tähän tulkintaan hallitus puolestaan vetosi esittäessään valtiopäiville lautakunnan valitsemista kuntakokouksessa ja sen palkitsemista *neljänneksellä* käräjäkapoista.[84] Lautakunnan tehtävän nähtiin perustuvan kunnalliseen luottamukseen. Kihlakunnantuomarin ja lautakunnan väliset palkkiota koskevat sopimukset oli poistettava, koska ne 'joillakin paikkakunnilla herättivät paheksuntaa'. Koska käräjäkapat muodostivat tuomarin ainoan varman ja tuntuvan tulonlähteen ja lautamiehet saivat elantonsa muulla tapaa, oli kohtuullista, että he saisivat osuudekseen vain neljänneksen.

Lakivaliokunnankin enemmistö yhtyi siihen käsitykseen, että hallitus oli ollut väärässä olettaessaan lautakunnalla olevan oikeus saada puolet käräjäkapoista. Säädytkin olivat hylänneet hallituksen esityksen siksi, että kaksi säätyä oli väittänyt lautakunnalle kuuluvan puolet kestityksestä. Lakivaliokunnan tekemän sovitteluehdotuksen taakse saatiin tämän juridisen todistelun jälkeen myös talonpoikaissääty, joka tässä vaiheessa oli jo valmis tyytymään neljännekseen kestityksestä puolen sijasta.[85]

Talonpoikaissäädyssä keskustelu lautakunnan tehtävistä keskittyi jokseenkin kokonaan palkkiokysymykseen. Myös keskusteltaessa siitä, montako lautamiestä tuomionvoipaisessa kihlakunnanoikeudessa oli oltava käytiin siitä näkökulmasta, miten monen lautamiehen palkkaamiseen kestitys riitti. Sääty asettui kannattamaan hallituksen esitystä. Lautakunnan vaalin äänivaltaisuutta koskevassa keskustelussa monet säädyn edustajat kannattivat *kunnallista äänivaltaa*. Talonpoikaissääty epäili käräjäkappojen maksamista äänivallan perusteena. Keskustelussa esitettiin, että käräjäkappoja maksoivat myös torpparit ja loiset, joilla yleensä ei ole kunnallista äänivaltaa. Jos käräjäkappojen maksu otettaisiin perusteeksi, voisi 'vaali käydä hyvinkin sopimattomasti'. Tätä tosin voitaisiin torjua porrastamalla äänivalta maksettujen kappo-

83. Komitean argumentit esitettiin myös N.I. Fellmanin JFT-lehdessä vuonna 1874 julkaisemassa artikkelissa. Felmann piti kysymystä käräjäkappaveron maksuvelvollisuudesta ja jakaantumisesta kihlakunnanoikeuksien ajanmukaistamisen keskeisenä ongelmana. Fellmanin historiallisen tarkastelun lopputulema on, että kihlakunnantuomarin ja lautakunnan väliset sopimukset olivat täysin laillisia. Syyte, että kihlakunnantuomarit olisivat anastaneet lautakunnan laillisen osan kestityksestä oli vain 'häviävä harhakuva'. Fellman 1874, 150.

84. N.P.nr. 23 angående häradsnämnd, 1877-1878 vp.

85. Lakivaliokunnan mietintö n:o 12, 1877-1878 vp.

jen suhteessa. Kunnallinen äänivaltahan perustui maksettuihin veroäyreihin, joten siihen perustuva nimitysvalta käytännössä olisi ulottunut tilattomaankin väestöön, josta osa maksoi kestitystä.

Lainsäädäntöön johti vasta vuoden 1885 valtiopäiville tehty hallituksen esitys.[86] *Kunta* maksoi sen mukaan *lautakunnan palkkion verovaroista*. Käräjä*kestitys* sen sijaan tuli yksin *kihlakunnantuomarille*. Esitys hyväksyttiin valtiopäivillä ja sitä koskeva asetus annettiin seuraavana vuonna.[87]

Kiista siitä, millä tavoin paikallinen väestö osallistuu maallikkotuomareiden vaaliin ratkesi tässä niin, että maallikkotuomareilla ei katsottu olevan oikeutta merkittävään palkkaan (mitä käräjäkapat edustivat), mutta toisaalta käräjäkappojen maksaminen ei myöskään oikeuttanut maallikkojäsenten vaaliin. Kunnallisesti äänioikeutetut pääsivät osallisiksi lautamiesten vaaliin, mutta heidän oli myös kustannettava lautamiesten palkkio.[88]

Vuoden 1886 asetuksen mukaan kunnalliskokous asetti vapautuneeseen lautakuntapaikkaan ehdolle kolme miestä, joista kihlakunnanoikeus valitsee yhden. Näin valittu lautamies toimii tehtävässään kolme vuotta. Vaalikelpoisia eivät olleet vain maanomistajat, mutta kuitenkin vain ne, jotka ovat vaalikelpoisia kunnallisvaaleissa. Talonpoikaisen yhteisön alisteisuus byrokraattiselle valtiolle ilmenee vuorostaan siinä, että kihlakunnantuomarille jäi edelleen ratkaiseva päätösvalta siihen nähden, kuka ehdolle asetetuista otettiin lautamieheksi. Vielä selvemmin se ilmenee niiden lautakunnan tehtävien ja päätösvallan luonteesta.

R. A. *Wreden* lukuvuonna 1887-1888 pitämien luentojen[89] mukaan lautakunnan merkitys ei ole niinkään siinä, että se osallistui tuomitsemiseen, vaan siinä että se voi antaa tarkkoja tietoja olosuhteista sillä paikkakunnalla, josta asianosaiset ovat kotoisin. Yleensä esimerkiksi

86. He no 33 lautakunnan asettamisesta ja sille maksettavasta palkkiosta, 1885 vp.

87. A kihlakunnan lautakunnasta 5 tammikuuta 1886.

88. Käräjäkappojen maksaminen ja lautamiesten vaali kytkettiin siten poliittisesti yhteen, ja niitä koskevat lait annettiin vastaavasti samana päivänä, ks. A tammikuun 25 päivältä 1886 joka koskee huojennuksia käräjäkappain suorittamisessa ja siitä johtuneita toimenpiteitä kihlakunnanoikeuksien palkkaamiseksi annettiin yhtä aikaa kuin asetus kihlakunnan lautakunnasta.

89. Wrede luennoi lukuvuonna 1887-1888 oikeudenkäymiskaaresta ja siviiliprosessioikeuden yleisistä opeista; Granfelt 1951, 36. Wreden luentojen perusteella laadittiin moniste vuonna 1902, Wrede 1902.

riidan kohteen arvioiminen jätettiin lautakunnalle. Lisäksi lautakunnan kautta ylläpidettiin tietoisuutta kansan osallistumisesta oikeudenkäyttöön. Lautakunta muodosti Wreden mukaan ainoan kansan suoran osallistumisen elementin oikeudenkäytössä. Se oli poliittisesti ja sosiaalisesti merkittävä, mutta sillä ei ollut mainittavampaa painoa itse oikeudenkäytössä. Yleensä talonpojilla tarkoitettiin 'rahvaan luokkaan kuuluvia miehiä, jotka viljelevät manttaaliin pantua maata'. Siten lautamiehiä voivat olla myös kruununtalonpojat ja rälssitalonpojat ja muut talonpojat, mutta eivät torpparit. Lautakunta valittiin erikseen kutakin käräjäkuntaa varten.[90]

Näin 'asetus on antanut käräjäkunnan asukkaille takaisin sen ikiaikaisen oikeuden valita lautamiehet, ja tämä lautakunnan valitsemisen tapa on epäilemättä oikein siihen nähden, että lautakunnan tehtävä on edustaa kansan elementtiä oikeudenkäytössä'. Menettelyssä oli kuitenkin Wreden mukaan haittansa. Kunta maksoi lautakunnan palkkion, ja se voi tavoitella akordia siitä, kuka halvimmalla ryhtyy toimeen. Monissa tuomiokunnissa palkkiot oli määrätty niin alhaisiksi, etteivät aikaisemmat lautamiehet olleet pysyneet tehtävissään, vaan 'huonommin kvalifioidut henkilöt' olivat tulleet heidän sijaansa. Oli jopa käynyt niin, että tehtävään on ryhdytty ilman korvausta. Silloin ei toteudu asetuksen tarkoitus, että kykenevimmät henkilöt valittaisiin lautamiehiksi.[91]

Sekä maan varsinainen hallinto - senaatti, virkamieskunta - että kehkeytyvät poliittiset puolueet tai ryhmät edustivat kaikki ammatillisen juristikunnan intressiä. Suomenkielisen talonpoikaisväestön kannatusta tavoitteleva politiikka joutui sovittamaan tämän kannan talonpoikaiseen käsitykseen lautakunnan tarpeellisuudesta. Myös suomenmielisten lehti *Suometar* heijastaa 1860- ja 1870-luvun kirjoituksissaan ristiriitaisia tavoitteita pyrkiessään samanaikaisesti vahvistamaan suomenkielisen lakimiesammattikunnan merkitystä ja toisaalta vakuuttelemaan kunnallisesti valitun, riittävästi palkatun ja kansan katsomuksia edustavan lautakunnan tarpeellisuutta.

Vuonna 1869 lehti katsoi, ettei maan tuomarikunta, 'landets aktningsvärda domarekorps', ollut suinkaan niin täydellinen kuin oli tapana väittää. Ylipäänsä tuomarit kyllä olivat rehellisiä. Lautakunta ei kuitenkaan lehden mukaan ollut mikään tarpeeton elin. 'Lautakunta...-

90. Wrede 1902, 11.
91. Wrede 1902, 12-13.

välittää itse kansan osanottoa lainkäytännössä. Se on ihan tarpeellista että oikeuskäytännössä tuon järkähtämättömän lainsäädännön rinnalla myöskin ne mielipiteet ja katsantotapa, jotka kansassa wallitsewat, pääsevät kuuluwille. Se on kyllä totta, että itse lainsäännönkin pitää oleman yleisenä ilmauksena kansassa wallitsewasta hengestä. Mutta lainsääntö on kuollut puustaawi ellei sitä käytettäessä se henki, joka on lain synnyttänyt, ole waikuttamassa lainkäytäntöön'.[92] Toisaalta lehti katsoi, että 'lautakunnan, walistuneenkaan, osallisuus lainkäytännössä ainoastaan yhden lainoppineen tuomarin kanssa ei woi enää meidän muuttuwaisuuden aikakautena tuottaa tarpeeksi turwaa ja wakuutta tyydyttäwästä lainkäytännöstä, sillä lakia käytettäessä tarwitaan myös lainoppia'.[93] Vuonna 1874 lehti korosti sitä, että 'kansassakin wakaantuu luottamus oikeuden-käytäntöön, kun siinä on osalliset sen omat miehet.[94] Suhtautuminen lautakuntaan ei ollut olennaisesti erilaista kuin ruotsinkielisen juristikunnan keskuudessa.

92. Uusi Suometar 15 marraskuuta 1869.
93. Uusi Suometar 7 heinäkuuta 1870.
94. Uusi Suometar 31 tammikuuta 1874 ja 16 maaliskuuta 1874.

14. Suomalainen tieteellinen prosessioikeus

14.1. Tieteellinen prosessioikeus ja siviiliprosessin herruus

Jo R. A. Wreden väitöskirjan nimi, 'Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt' viittaa saksalaisen siviiliprosessioikeuden klassikkoon. Vuonna 1868 ilmestynyt Oskar *Bülowin* teos Die Lehre von Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen oli problematisoinut Saksassa kysymyksen siviiliprosessin herruudesta. Wreden mukaan Bülowin prosessiväitteitä ja prosessinedellytyksiä käsittelevä teos kumosi roomalaisen ja modernin prosessioikeuden argumentein vallitsevan opin prosessiväitteistä, joita oli pidetty exceptiones dilatoriae-luonteisina. Samalla Bülow oli esittänyt teorian prosessinedellytyksistä. Tämä käsite liittyi taas olennaisesti siihen, että Bülow esitti prosessin olevan *oikeussuhde*. Prosessiedellytykset olivat prosessioikeussuhteen syntymisen edellytyksiä.[1]

Väitöskirjassaan Wrede esittää kanteen suuntautuvan *tuomioistuinta tai oikeammin valtiota vastaan*. Tuomioistuin edustaa valtiota, se on valtion elin. Kanne käsittää pyynnön valtiovallan tuesta häirityn yksityisen oikeuden realisoimiseen tai tuesta vaatimukselle, jonka kantaja väittää itsellään olevan vastaajaa vastaan.

Wreden näkökulmasta tosin Bülowin prosessioikeussuhteen konstruktio on väärä. Wreden mukaan kanteen nostamisella, tarkemmin haasteen tiedoksiannolla ja jutun rekisteröimisellä tuomioistuimeen syntyy oikeussuhde *kantajan ja tuomioistuimen* tai *kantajan ja valtion* välillä. Tämä ei vielä tarkoita, että vastaaja tulisi mukaan prosessioikeussuhteeseen. Jos haastetta ei anneta tiedoksi laissa määrättynä aikana, on tuomioistuin tosin velvollinen käsittelemään asian. Velvollisuus ei kuitenkaan koske vastaajaa. Siten prosessuaalinen oikeussuhde syntyy vain kantajan ja tuomioistuimen välille. Tuomioistuimen velvollisuus kantajaa kohtaan johtuu Wreden mukaan vain tämän oikeusapupyynnöstä. Tuomioistuin ei ole velvollinen tutkimaan aineellista vaatimusta, koska juttu voidaan tietyin edellytyksin jättää tutkimatta. Kantajan oikeus vaatia, että hänen materiaaliset vaatimuksensakin tutki-

1. Wrede 1909, 202.

taan ja ratkaistaan perustaa toisen oikeussuhteen kantajan ja tuomioistuimen välille.[2]

Tuomioistuimen ja vastaajan välillä voi vastaavasti olla useita erillisiä oikeussuhteita. Jos vastaaja on haastettu laillisessa asiassa, hän voi tämän kautta tulla tiettyyn oikeussuhteeseen tuomioistuimeen nähden, vaikka jokin edellytys asian tutkimiselle puuttuisikin. Vastaajan on alistuttava tuomioistuimen toimiin, 'underkasta sig domstolens förfoganden', ja ennen kaikkea hänen on tultava paikalle tuomioistuimen käskystä, 'framför allt inställa sig på dess befallning'. Suomen prosessioikeus, oikeudenkäymiskaaren 12:1 ja 12:2 nimittäin edellyttävät tätä. Tässä suomalainen oikeus eroaa saksalaisesta, jossa vastaajalla ei ole pakkoa tulla paikalle, mutta hän voi poissaolonsa kautta menettää mahdollisuuden huomauttaa prosessuaalisista puutteista ja tulla siten tuomituksi pääasiassa.[3]

Tuomioistuimen ja asianosaisen välille voi syntyä monia muitakin oikeussuhteita. Olisikin tutkittava tilanteita, joihin kantaja ja vastaaja voivat joutua suhteessa tuomioistuimeen. Prosessin käsittäminen oikeussuhteeksi riippuu toisaalta myös siitä, mitä oikeussuhteella yleensä tarkoitetaan. Prosessioikeustieteilijät eivät yleensä selitä tätä. Wreden mielestä käsitteelle on ominaista toisella puolen julkinen tai yksityinen oikeus, jota toisella puolen vastaa velvollisuus. Ne oikeustieteilijät, jotka eivät pidä oikeuksia ja velvollisuuksia oikeussuhteen osina voivat käsittää prosessin oikeussuhteeksi, vaikka kieltäisivät prosessuaalisten velvollisuuksien olemassaolon. Näin esimerkiksi Bülow tekee. Adolf *Wach* sen sijaan pitää oikeuksien ja velvollisuuksien vastavuoroisuutta oikeussuhteen käsitteeseen kuuluvana. Oikeussuhteen käsite on jouduttu rajaamaan yksityisoikeudessakin subjektiivisen oikeuden käsitteen suuntaan. Wrede pitää parhaana oikeussuhteen määritelmänä *Puchtan* määritelmää, jonka mukaan oikeussuhde on oikeuksien ja velvollisuuksien suhde, mutta samalla oikeuksien kompleksi.[4]

Oikeudenkäynnin *päähenkilöitä on kuitenkin kolme*, nimittäin *tuomari* ja *asianosaiset*. Siten prosessioikeussuhde olisi käsitettävä kolmipuoliseksi suhteeksi. Näin se on yleensä käsitettykin, ts. *kolmen erillisen subjektin väliseksi suhteeksi*, joilla kaikilla on oikeuksia ja velvollisuuksia toisiaan kohtaan.

2. Wrede 1884, 44.
3. Wrede 1884, 44.
4. Wrede 1884, 46-47.

Wredestä on jo loogisesti epäilyttävää kuvitella oikeussuhdetta, jossa olisi useampia kuin kaksi subjektia. Vaikka kolmenkeskeinen oikeussuhde olisi itsessään mahdollinen, se *ei kuitenkaan olisi sovellettavissa prosessiin.* Prosessioikeussuhde olisi siinä, että sen subjektit olisivat oikeudenkäynnin aikana tietyllä tavalla *riippuvaisia toisistaan.* Jokainen toimi vaikuttaa vastapuolen asemaan prosessissa ja myös tuomioistuimen asemaan. Kolmea henkilöä sitoo yhteen tuleva tuomio, jonka aikaansaamiseen heidän on myötävaikutettava. Prosessioikeussuhde olisi siten suhde, joka vallitsee oikeudenkäynnin henkilöiden välillä, kun jokaisella osapuolella on oikeus vaatia riidan ratkaisemista tuomioistuimen päätöksellä. Modernissa oikeudessa *tuomio ei kuitenkaan saa sitovaa voimaansa osapuolten vapaaehtoisesta alistumisesta siihen, vaan valtion suvereenisuudesta,* överhöghet, sen *vallasta yksittäisen kansalaisen yli ja tämän alamaisuudesta valtioon nähden.*[5]

Siksi prosessin aloittaminen ei luo velvollisuutta asianosaisten välille. Yksityinen oikeussuhde, jossa asianosaiset aikaisemmin olivat toisiinsa nähden, ei muutu, kun se alistetaan tuomioistuimen ratkaistavaksi. Se on koko prosessin ajan se, mikä se on ollut. Prosessin aloittaminen ei tuota mitään julkisoikeudellista suhdetta asianosaisten välille. Julkisoikeudellinen suhde edellyttää, että toisella puolella on subjektina valtio tai valtion viranomainen. Sitä ei voi syntyä kahden henkilön välille, jotka eivät esiinny valtiovallan eliminä, vaan edustavat vain yksityisiä intressejään.[6]

Bülowin käsitys on, ettei saksalainen prosessioikeus tuota asianosaisille velvollisuuksia tuomioistuinta tai toisiaan kohtaan. Suomalaisessa prosessioikeudessa on Wreden mukaan vielä vähemmän syytä olettaa osapuolten välille molemminpuolisia prosessuaalisia velvollisuuksia kuin saksalaisessa ja muissa ulkomaisissa oikeusjärjestyksissä. Suomalaisesta prosessista puuttuivat mm. säännökset, joiden mukaan vastaajan katsotaan myöntäneen jutun faktisen perustan, jos hän ei vastaa kanteeseen. Suomalaisessa oikeudessa ei myöskään ole säännöksiä, joiden mukaan katsotaan myönnetyiksi sellaiset asianosaisen väitteet, joita vastapuoli ei kiellä. Suomen oikeusjärjestyksestä puuttui myös säännös, jonka mukaan asianosaisen on ilmoitettava, käyttääkö

5. Wrede 1884, 47-49.
6. Wrede 1884, 50. Wrede näyttää rajaavan julkisoikeudellisen oikeussuhteen sekä sen subjektin (siviiliprosessin asianosainen ei ole julkisen vallan elin) että käsiteltävänä olevan intressin (asianosaisella on yksityinen intressi) avulla.

hän ensisijaisen mahdollisuutensa tehdä vala ja antaisi silloin vastapuolelle toissijaisen mahdollisuuden tehdä vala. Suomalaisen prosessioikeuden mukaan asianosaista ei ollut määrätty lausumaan mitään vastapuolen väitteistä - lainsäädäntö ei velvoita asianosaista positiiviseen toimintaan. Suomalainen prosessioikeus käsittää velvollisuuden tulla paikalle oikeuden käskystä ja esittää asiakirjoja, jotka voivat olla todisteita. Nämä ovat *asianosaisen velvollisuuksia tuomioistuinta eivätkä vastapuolta kohtaan.*[7]

Modernissa oikeudenkäynnissä asianosaisilla ei yleensäkään ole prosessuaalisia velvollisuuksia toisiaan kohtaan. Siten ei ole prosessuaalisia oikeussuhteita asianosaisten välillä, eikä myöskään yleisiä prosessioikeussuhteita. *Prosessioikeussuhde-käsite on täysin tarpeeton.* Siihen liitetyt vaikutukset voidaan selittää joko asianosaisten suhteesta tuomioistuimeen tai asianosaisten yksityisestä oikeussuhteesta.[8] Saksalaisessa prosessioikeudessa oli 1870-luvulta alkaen kiistelty siitä, olivatko prosessin asianosaiset oikeudenkäynnissä oikeussuhteen osapuolina vai eivät. Wrede asettui väitöskirjassaan kannalle, jonka mukaan on *täysin outoa ajatella prosessia asianosaisten suhteena.* Wreden väitöskirjassa asianosaiset nähdään ensisijaisesti suhteessa valtioon, jota tuomioistuin edustaa, ei suhteessa toisiinsa.

Vaikka Wrede torjuu Bülowin prosessioikeussuhde-käsitteen, hän pitää tärkeänä tämän oppia prosessinedellytyksistä. Bülow oli vaatinut luopumaan prosessiväitteiden käsitteestä ja korvaamaan sen opilla prosessinedellytyksistä. Oppi prosessiväitteistä oli Bülowin mukaan peräisin glossaattorien roomalaisen oikeuden tulkinnasta, niin että prosessiväitteillä käsitettiin exceptio dilatoria-luonteisia prosessinväitteitä. Wrede ei sinänsä ollut vakuuttunut Bülowin roomalaista oikeutta koskevista käsityksistä tai niiden relevanssista oman aikansa oikeustieteellisen käsitteistön kannalta. Prosessinedellytysten käsite on kuitenkin Wreden mukaan oikeustieteelle välttämätön. Prosessinedellytykset liittyvät 'pääasian' käsittelemiseen eli materiaalisten vaatimusten tutkimiseen. Prosessinedellytykset ovat seikkoja, joiden on vallittava, jotta pätevä menettely pääasiassa voi tapahtua.[9]

Siviiliprosessissa dispositiiviset normit ovat tärkeitä. Siviiliprosessin kohde on yksityinen vaade, josta asianosaiset voivat vapaasti päät-

7. Wrede 1884, 51.
8. Wrede 1884, 52.
9. Wrede 1884, 56.

tää. Valtiolla ei ole niiden toteuttamisessa mitään muuta intressiä tai velvollisuutta kuin huolehtia, että *säännellään sellainen oikeudenkäynti, joka varmistaa asianosaisille mahdollisuuden saada nämä vaateensa toteutetuiksi, sikäli kuin ne ovat oikeutettuja.* Sen sijaan prosessin ei pidä toteuttaa asianosaisten vaatimuksia heidän oman tahtonsa vastaisesti. Kun riita koskee asianosaisten intressejä, on selvää, että näiden on *itse saatava päättää, missä määrin* ja osittain myös *millä tavalla intressit on toteutettava.* Vain näin siviiliprosessi täyttää tavoitteensa. Siviiliprosessin yksityiskohdat on jätettävä tuomioistuimen ja asianosaisten järjestettäviksi. Muotosidonnaiset roomalaisen oikeuden legisactiones sitoivat asianosaiset määrämuotoihin, joista poikkeaminen johti jutun häviämiseen. Vanha germaaninen prosessi ei antanut sijaa tuomarin itsenäiselle asian ratkaisemiselle. Tällaiset ehdottomia sääntöjä sisältävät järjestelmät ovat osoittautuneet kestämättömiksi.[10]

Vuonna 1886 Wrede arvioi Adolf *Wachin* saksalaisen siviiliprosessioikeuden käsikirjan JFT-lehdessä.[11] Wrede pitää Wachin siviiliprosessin tavoitteen määrittelyä vääränä. Wreden mielestä yleinen tapa määritellä siviiliprosessin tavoitteeksi yksityisoikeuksien suoja on aivan väärä. Wach esittääkin siviiliprosessin valtiollisen oikeudenhoidon muodoksi, joka suojaa yksityisoikeuden toteuttamista. Wrede katsoo Wachin olevan oikeassa siinäkin, ettei prosessi luo oikeutta, vaan ylläpitää sitä. Siviiliprosessin kohde on oikeussuojavaade, joka suuntautuu valtioon. Abstraktin julkisen kanneoikeuden olettaminen on tieteellisesti hedelmätöntä. Ensi silmäyksellä Wachin esittämä oikeussuojavaade voi näyttää asianosaisen subjektiiviselta oikeudelta. Oikeussuojavaateen voi kuitenkin toteuttaa vain valtio, ei asianosaisen vastapuoli. Vastapuolellakin on velvollisuus vain valtiota kohtaan. Ei tarvita mitään aineellisoikeudellisesta vaateesta irrallista julkista oikeutta, vaan kaikki selittyy 'yksinkertaisesti ja luonnollisesti valtion esivaltaoikeudesta yksittäisen kansalaisen yli'.[12]

Wrede kieltää tässäkin yhteydessä prosessin oikeussuhdeluonteen. Prosessi on sarja tapahtumia, prosessin subjektien (tuomioistuimen tai sen puheenjohtajan ja asianosaisten tai näiden edustajien) toimia. Wrede vastustaa prosessin käsittämistä oikeussuhteeksi siitä syystä, että asianosaisen oikeussuojavaade käsitetään silloin subjektiiviseksi julki-

10. Wrede 1884, 66.
11. Wrede 1886. Käsiteltävä teos on Wach 1885.
12. Wrede 1886, 73-77.

seksi oikeudeksi tuomioistuinta ja vastapuolta vastaan. Prosessin oikeussuojatavoitteen kautta prosessin kolme subjektia liittyvät yhteen oikeussuhteeseen.[13]

Esimerkiksi Sigfrid *Skarstedt* omaksui Ruotsissa kymmenisen vuotta myöhemmin julkaistussa väitöskirjassaan prosessioikeussuhdeopin. Skarstedt käsittelee rikosoikeudellisia pakkokeinoja. Hän viittaa siviiliprosessin käsittely- ja tutkintaperiaatteen ja rikosprosessin syyttämis- ja tutkintaperiaatteen eroihin ja siihen, mikä yhteys näillä on prosessioikeussuhde-oppiin. Inkvisitorisen ja tutkintaperiaatteen mukaisessa prosessissa oli pantu paljon painoa tuomitsevasta viranomaisesta lähtevään toimintaan. Tuomioistuin nähdään prosessisubjektiksi. Sen sijaan käsittely- ja akkusatorinen periaate vaativat, että *prosessi on osapuolten vastavuoroista toimintaa.* Tuomitseva viranomainen vain johtaa sitä. Käsittelyperiaatteen hallitessa molempien osapuolten myötävaikutus prosessiin on prosessimenettelyn ydin. Ilman sitä ei ole prosessia tai oikeudenkäyttöä. Toisin on tutkinta- tai inkvisitorisen periaatteen hallitessa prosessia. Siinä tuomari yrittää tutkia, miten asiat osapuolten välillä ovat. Molemmissa tapauksissa pyritään siihen, että tuomari vakuuttuu. Inkvisitorisen menettelyn vallitessa tämä riittää. On vailla merkitystä, onko hän vakuuttunut asianosaisten vastavuoroisen toiminnan kautta.[14]

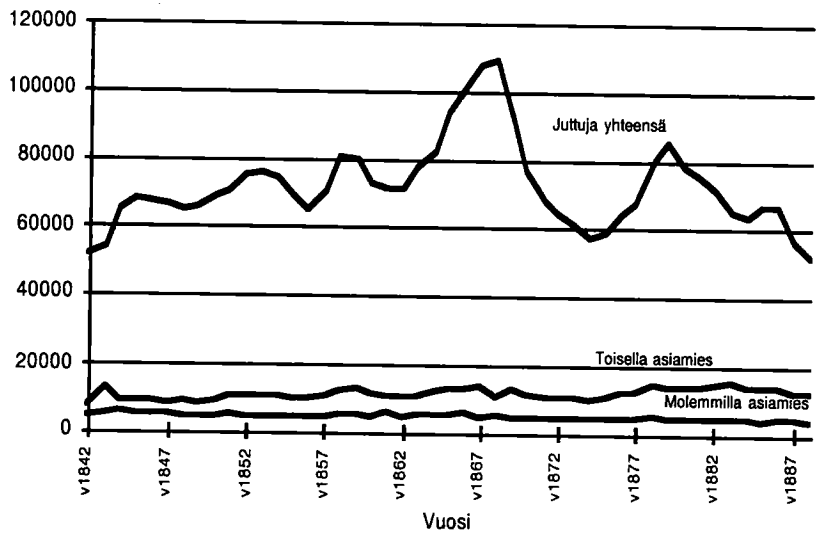
Skarstedtin mukaan erilaiset käsitykset prosessista ja asianosaisten asemasta ilmenevät myös suhteessa prosessivelvollisuuksiin. Tutkimis- ja inkvisitioperiaatteeseen perustuvassa prosessissa se, johon vaatimus kohdistetaan tai se, jota vastaan kohdistetaan väite materiaalisen oikeuden olemassaolosta, joutuu tutkimuskohteeksi. Häntä ei vaadita myötävaikuttamaan prosessiin. Hänen on vain asetuttava tuomioistuimen käytettäväksi, niin että tuomioistuin saa häneltä tietoja ja voi niiden perusteella päästä vakaumukseen. Käsittely- ja akkusatorisessa prosessissa sen sijaan asianosaisten välille *todella konstituoituu prosessioikeussuhde*, jolloin asianosaisten prosessuaaliset velvollisuudet laajenevat. Heille tulee velvollisuus aktiivisesti vaikuttaa prosessin tavoitteen saavuttamiseen - oikeus ja velvollisuus, jota vastapuolen oikeus ja velvollisuus vastaavat.[15] Skarstedtin mukaan positiivinen prosessioikeus sääntelee menettelyn, joka syntyy subjektiivisen prosessuaalisen oike-

13. Wrede 1886, 77-78.
14. Skarstedt 1895, 9.
15. Skarstedt 1895, 9.

uden käyttämisestä. Se määrää siten niiden oikeuksien ja velvollisuuksien laajuuden, jotka prosessin aloittamisesta syntyvät. Prosessisubjektit ovat kuitenkin olentoja, joilla on vapaa tahto. Tämä rajoittaa lainsäätäjää siinä suhteessa, minkälaista pakkoa asianosaisiin voidaan käyttää.[16]

O. Hj. *Granfelt* esitelmöi vuonna 1905 tuomarin ja kantajan keskinäissuhteesta riitajutun kanteen kehittelemisessä.[17] Granfeltin mukaan Suomen useimmissa osissa tuomari voi jättää riita-asian asianosaisten kehiteltäväksi ja rajoituttua muodolliseen prosessinjohtoon. Hän valitti kuitenkin 'kansan kulttuurisen tilan' vielä toisilla seuduilla pakottavan tuomarin suorittamaan tutkintaa riita-asioissakin.[18] Juristien keskuudessa pidettiin kihlakunnantuomareiden vahvaa prosessinjohtoa olosuhteiden välttämättömyydestä johtuvana. Kihlakunnanoikeuksissa 1800-luvulla useimmissa käsitellyissä jutuissa asianosaiset esiintyivät itse, kuten seuraava kuvaaja osoittaa.[19]

Asiamiehet kihlakunnanoikeuksien riitajutuissa vuosina 1842-87



16. Skarstedt 1895, 10.
17. Granfelt 1906. Granfelt esitelmöi Juridiska föreningenin vuosikokouksessa vuonna 1905.
18. Granfelt 1906, 75.

Käytetyn asiamiehen lainoppineisuudesta tilastolähteet eivät kerro mitään. Prosessinjohdon rajoittamista kihlakunnanoikeuksissa käsittelyperiaatteen edellyttämällä tavalla pidettiin mahdottomana sen vuoksi, ettei riitainen kysymys täsmentynyt asianosaisten epämääräisissä kanteissa ja vastineissa. Raastuvanoikeuksissa käsittelyperiaatteen mukaiselle tuomarin prosessinjohdolle katsottiin olevan perusteita, mutta ei kihlakunnanoikeuksissa.[20] Yleensä juristikunta katsoi, että riita-asian asianosaisten periaatteessa tuli itse valvoa intressejään. Granfeltin mukaan oikeudenkäyttö oli joutunut kaltevalle pinnalle, kun riitaprosessissa oli yhdistetty käsittelymenettely ja määräämisperiaate toisiinsa. Määräämisperiaate antaa asianosaiselle vain oikeuden käyttää prosessuaalisia oikeuksiaan, mutta ei vapauta häntä prosessuaalisista velvollisuuksista. Aloite kuuluu asianosaiselle, mutta asianosaisten väitteiden tarkentaminen tuomarille.[21] Granfelt vetoaa Saksan ja Itävallan siviiliprosessijärjestyksien mukaiseen tuomarin aktiiviseen rooliin.[22]

Granfelt jatkoi väitöskirjassaan[23] suomalaisessa prosessioikeustieteessä keskustelua prosessioikeussuhteesta, ja Wreden omaksuman linjan kannalta hyvin olennaisessa suhteessa. Kysymys siviiliprosessin herruudesta käsitti ennen kaikkea määräämisvallan sen suhteen, minkälaista aineistoa tuomioistuimeen tuodaan ja miten sitä käsitellään. *Materiaalista* ja *muodollista* prosessinjohtoa koskeva doktriini käsittelee näitä kysymyksiä. Samalla tutkija joutuu ottamaan kantaa siihen, onko siviiliprosessissa tavoiteltava todisteludoktriinin mukaista '*aineellista totuutta*' ja *tuomarin vakuuttumista*.

Materiaalista prosessinjohtoa käsittelevän väitöskirjansa Granfelt avaa prosessioikeussuhteen käsitettä koskevalla tarkastelulla. Granfelt määrittelee prosessin Wreden tapaan 'laillisesti säännellyksi menettelyksi, jolla valtiovalta auktoratiivisesti vahvistaa, mikä tietyssä tapauksessa on voimassaolevan oikeuden mukaista ja antaa oikeussuojaa.[24] Oikeudenkäynti laillisesti säänneltynä menettelynä sisältää sarjan toi-

19. Lähde: Prokuraattorinkertomuksiin liittyvät tilastotaulut 1843-1890.
20. S(erlachius) 1887, 378-379.
21. Granfelt 1905, 80-83.
22. Granfelt 1906, 84-89.
23. Granfelt 1911. Ensimmäinen laitos Granfeltin teoksesta ilmestyi vuonna 1908.
24. Granfelt 1911, 1-2, vrt. Wrede 1904, 17.

menpiteitä prosessin tavoitteen toteuttamiseksi. Näiden kautta syntyy oikeussuhteita valtion ja asianosaisten välille.

Granfelt esittää, ettei prosessi itsessään ole, mutta se konstituoi oikeussuhteen, ts. oikeusjärjestyksen tunnustaman ja järjestämän suhteen. Jokainen prosessitoimi luo uusia asemia ja suhteita, joista jokaisella on laissa määritelty sisältö. Oikeussuhteeseen ei Granfeltin mukaan vaadita, että yksi oikeudellisesti säännelty suhde muodostaisi sen sisällön, vaikka Bülow näyttää Prozesseinreden-teoksessaan näin olettavan. Vaaditaan vain oikeussuhteen tavoitteesta määrittyvää ykseyttä, enhetlighet. Itse menettely ja sen tavoite ehdollistavat prosessimenettelyssä toisiaan seuraavat toimenpiteet ja asemat. Prosessin tavoite, auktoritatiivinen ratkaisu, liittää koko ketjun yhteen. Näin prosessin eri tilanteet saavat ykseyden vain prosessin tavoitteen kautta.[25]

Jokainen prosessin edetessä syntyvä asema on toisaalta itsenäinen, ja siksi voidaan esittää, että niistä jokainen tuottaa erityisen oikeussuhteen. Prosessin aloittamisella esiinkutsutut ja menettelyn kulussa toisiaan seuraavat asemat ja olosuhteet ikäänkuin täyttävät itse prosessin. Prosessin konstituoiman oikeussuhteen sisältö on *tuomioistuimen velvollisuus ja valta tuomita*. Tämän korollaarina asianosaisilla on *velvollisuus alistua prosessiin ja ratkaisuun*. Sitä vastaa *asianosaisten oikeus tulla kuulluiksi* sekä ottaa tehtäväkseen tuoda esille prosessimateriaalia, noudattaa sitä, mitä tuomioistuin määrää ja tekee tai sitten kärsiä haitalliset seuraamukset.[26]

Voiko se suhde, jossa asianosainen on tuomioistuimeen valtion elimenä olla oikeussuhde? Yleisin käsitys on, että oikeussuhde edellyttää oikeuksien ja velvollisuuksien vastavuoroisuutta, kuten Suomessa *Montgomery* ja Wrede sekä Ruotsissa *Afzelius* esittävät. Konstituoiko prosessi todella molemminpuolisia oikeuksia ja velvollisuuksia? Oikeus sisältää Robert *Hermansonin* mukaan oikeusjärjestyksen antaman vallan toiseen. Subjektiivisiin julkisiin oikeuksiin sovellettuna tämä merkitsee valtaa julkiseen valtaan nähden.

Granfelt käsittelee Wreden aikaisemmin käsittelemää yleistä oikeutta tai kelpoisuutta nostaa tuomioistuimessa prosessi. Hän huomauttaa Wreden vastustaneen *Jellinekin* paljon kannatusta saavuttanutta käsitystä, jonka mukaan yksittäisellä ihmisellä on subjektiivisia julkisia

25. Granfelt 1911, 3-4.
26. Granfelt 1911, 5.

oikeuksia, valta esittää vaatimuksia valtiovallalle. Bülowin ja Wachin tapaan Wrede esittää, että mahdollisuus nostaa kanne on itsenäinen osa oikeussubjektin yleistä oikeudellista toimintakykyä ja määräämisvaltaa, mutta ei subjektiivinen oikeus. Tämä ei kuitenkaan Granfeltin mukaan ratkaise vielä sitä, onko prosessin luomassa suhteessa oikeuksia ja velvollisuuksia asianosaisten välillä.[27]

Prosessi syntyy haastehakemuksella, jonka kautta kantajan kanneoikeus suuntautuu tiettyä tuomioistuinta kohtaan. Abstrakti kannemahdollisuus on yksilöity oikeussuojapyynnöllä. Oikeussuojapyyntö on ratkaiseva oikeudellisen tilanteen syntymiselle, eikä asiaan vaikuta, suostutaanko siihen. Tuomioistuimen on joka tapauksessa ryhdyttävä pyynnön johdosta prosessitoimiin. Oikeussuojavaatimus käsittää ensisijaisesti *kantajan vaatimuksen tulla kuulluksi.* Siinä oikeudenhakijan ja tuomioistuimen välille syntyy oikeussuhde. Kantajan oikeussuojavaatimus suuntautuu kuitenkin tiettyä henkilöä vastaan. jokaisessa siviiliprosessissa on siis myös vastaaja. *Siviiliprosessin täydelliseen olemukseen kuuluu siten kaksiasianosaissuhde.*

Tuomioistuimen on ojennuttava konkreetin oikeussuojavaatimuksen mukaan. Kuitenkaan vastaajan pakottaminen prosessiin ei perustu kantajan vaatimukseen, mutta oikeussuojavaatimuksen kaikkea merkitystä ei silti saa kieltää. Jotta valtioon kohdistuva oikeussuojavaatimus voitaisiin täyttää, on oletettava apriorisesti hakijan rehellinen ja oikea vaatimus oikeussuojasta. Tuomioistuimen oikeus pakottaa vastaaja oikeudenkäyntiin taas on riittävän perusteltu valtion *esivaltaluonteella. Koko valtion tuomiovalta perustuu valtion suvereniteettiin*, kuten Wrede esittää. Tätä tuomioistuimen oikeutta vastaa haastetun velvollisuus alistua prosessiin. Samalla prosessioikeussuhde tulee täydellisesti ilmaisemaan siviiliprosessia kaksiasianosaissuhteena.[28]

Prosessimenettely on toimenpiteiden sarja, joista osa kuuluu tuomioistuimelle, osa asianosaisille. Jos toimenpide kuuluu lain mukaan asianosaiselle, hän on sidoksissa aloitettuun prosessiin sillä tavalla, että saadakseen hyväkseen prosessiedut hän joutuu suorittamaan hänelle lain mukaan kuuluvat toimet. Hän on velvollinen tekemään toimia vain siinä mielessä, että hän muuten kärsii vahingollisen seuraamuksen. Tämän Granfelt katsoo vastaavan Suomen voimassaolevan oikeuden kantaa.[29]

27. Granfelt 1911, 7-8.
28. Granfelt 1911, 13-14.

Siviiliprosessin tehtävä on antaa oikeussuojaa yksityisoikeudellisille intresseille.[30] Siviiliprosessissa ratkaistaan sitovasti, mikä on tietyssä tapauksessa objektiivisen oikeuden mukaista. Granfeltin mukaan *se, että prosessi palvelee yksityisoikeutta on sekundaarista siihen nähden, että prosessi on oikeussuojakeino.* Siviiliprosessin tärkein tehtävä vaatii, että ratkaistavassa asiassa selvitetään ja lyödään lukkoon, mikä asiassa on totta. Prosessin tehtävänä on selvittää asianosaisten välillä vallitseva todellinen oikeussuhde, mutta vain rajatussa laajuudessa. OIkeudenkäymiskaaren 24 luvun määräys, että tuomioistuimen on annettava ratkaisu kaikista kantajan ja vastaajan vaatimuksesta, efter som thet beskaffadt finnes näyttää antavan tuomioistuimelle rajattoman tutkimisoikeuden ja velvollisuuden.[31]

Vuonna 1904 julkaistussa suomalaisen siviiliprosessin yleisesityksessään Wrede katsoi, ettei siviiliprosessin kohteesta tai tavoitteesta voi tehdä päätelmiä sen suhteen, miten prosessimateriaali on koottava. *Määräämisperiaatteesta ei seuraa, että olisi omaksuttava käsittelyperiaate.*[32] Wrede näytti kuitenkin osittain perääntyvän kannastaan, kun hän arvostelee Granfeltin väitöskirjan JFT-lehdessä vuonna 1909. Hän katsoi silloin, että Granfelt menee liian pitkälle korostaessaan, että tuomioistuimen on siviiliprosessissakin selvitettävä aineellinen totuus. Wreden mukaan tuomiolla on vahvistettava, mikä on oikein asianosaisille; prosessin tavoitteena on oikeusvarmuus. Käsittelymenettely soveltuu paremmin siviiliprosessin olemukseen ja tehtävään kuin tutkintamenetelmä. Siviiliprosessissa vallitsee kaksiasianosaissuhde, se on asianosaisten taistelu. Siinä asianosaisten tulee toimia, ei tuomarin. Tuomioistuimen tulee tyytyä siviiliprosessissa sellaiseen muodolliseen totuuteen, jonka asianosaiset tahtovat esittää tuomioistuimelle.[33]

Granfelt sen sijaan katsoo väitöskirjansa myöhemmässäkin laitoksessa, että tuomion tehtävänä on aina julistaa, mikä siviiliprosessissa ratkaistavassa asiassa on aineellinen totuus. Määräämisperiaate käsittä Granfeltin mukaan vain oikeuden määrätä, millä tavalla ja missä laajuudessa oikeussuojaa annetaan. Määräämisperiaate johtuu siviiliprosessin yksityisoikeudellisesta luonteesta.[34] Toisaalta myös siviiliprosessissa on kysymyksessä julkisoikeudellinen intressi, joka vaikuttaa yksi-

29. Granfelt 1911, 17-18.
30. Wrede 1904, 17.
31. Granfelt 1911, 57.
32. Wrede 1904, 68.
33. Wrede JFT 1909, 469.

tyishenkilön määräämisoikeuteen. Siviiliprosessin tehtävä on ylläpitää yksityisoikeudellista oikeusjärjestystä ja luoda oikeusvarmuutta. Sen vuoksi on välttämättä rajoitettava asianosaisen määräämisoikeutta. Yksityiskohtaisesti asiasta on mahdotonta määrätä, ja lainsäätäjän onkin vain asetettava 'ulkoiset padot, joiden sisään prosessi on johdettava'. Tuomioistuimelle on annettava valta johtaa prosessia olosuhteiden vaatimusten mukaisesti. *Muodollinen prosessinjohto* on sen vuoksi kokonaan annettava tuomioistuimen käsiin. Valtiota 'ei voi pitää täysin välinpitämättömänä sen kysymyksen suhteen, saako oikeutettu todella nauttia oikeuttaan', eikä siten piittaamaton sen suhteen, miten prosessimateriaalia kootaan ja *aineellista prosessinjohtoa* säännellään.[35]

Siviiliprosessi on kaksiasianosaissuhde, jopa asianosaisten kamppailu. Intressiristiriita saa aikaan, että asianosaiset itse tehokkaimmin kokoavat ja esittävät prosessimateriaalia. Asianosaiset itse yleensä tietävät parhaiten relevantit faktat ja todistusaineiston. Jos toinen asianosainen esittää vain osatotuuden, voi vastapuoli tuoda siihen oman näkökulmansa, ja tuomioistuin saa näin objektiivisen käsityksen asiasta.[36]

Kuitenkin asianosaisten intressi voi Granfeltin mukaan olla joissakin kysymyksissä yhdensuuntainen ja virallisen intressin vastainen.[37] Granfelt esittää myös myöhemmin usein esitetyn perustelun tuomioistuimen vahvalle materiaaliselle prosessinjohdolle. Jos materiaalinen prosessinjohto jätetään asianosaisille, se tosiasiassa 'asettaa sivistymättömät ja varattomat kansanmassat huonompaan asemaan kuin sivistyneet ja varakkaat'. Varattomat massat eivät pääse nauttimaan valtion oikeussuojaa, mikä loukkaa yhdenvertaisuutta lain edessä. Korkeammin sivistyneellä on kyky omaksua juridinen ajatuksenkulku ja oikeuden systeemi, havaita mitä väitetään ja vaaditaan sekä mitä todistelulta edellytetään. 'Sivistymättömältä asianosaiselta' vaadittaisiin 'enemmän elämänkokemusta ja älyä kuin hänellä yleensä on', ja varattomuus

34. Granfeltin mukaan määräämisperiaatteesta ei seuraa, että siviiliprosessissa pitäisi noudattaa käsittelymenetelmää. Jos asianosaisella ei ole määräämisvaltaa riidan kohteeseen, seurataan virallisperiaatetta. Tavallaan tuomiovaltaan sisältyvä vallankäyttö aina merkitsee virallisperiaatteen käyttöä. Granfelt 1912, 321-322.

35. Granfelt 1911, 70-71.

36. Granfelt 1911, 71-72.

37. Granfelt käsittelee vuosina 1912 ja 1915 julkaistuissa artikkeleissaan virallisperiaatetta ja sen soveltamista aineellisoikeudellisella ja prosessioikeudellisella perusteella. Jälkimmäisiin hän lukee myös tuomioistuimen valtuuden valvoa asianajajia. Granfelt 1915, 208.

estää oikeusavun hankkimisen. Edes maksuton julkinen oikeusapu ei puutetta korjaa, koska viran puolesta annettua apua ei anneta samalla innolla kuin sellaista apua, jota vapaan kilpailun kautta varakkaalle asiakkaalle annetaan. *Sosiaaliset syyt puhuvat tuomioistuimen laajan materiaalisen prosessinjohdon puolesta.*[38]

Suomalaisen siviiliprosessioikeuden kanta prosessisubjektien keskinäisiin suhteisiin muodostui näin ristiriitaisella tavalla valtio- tai tuomioistuinkeskeiseksi. Tuomioistuimen horjumattoman muodollisen prosessinjohdon ja laajan materiaalisen prosessinjohdon perusteet etsittiin voimassaolevasta laista. 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaaresta olikin helppo löytää perusteluja vahvalle aineelliselle prosessinjohdolle. Asianajajien puutteen ja puutteellisuuden nähtiin väistämättä johtavan tuomarin vahvaan prosessinjohtoon.[39]

Suomalaiset modernin siviiliprosessin perusteokset tukeutuivat niihin saksalaisen doktriinin edustajiin, jotka perustelivat siviiliprosessin ensisijaisesti julkisoikeudelliseksi suhteeksi tuomioistuimen ja asianosaisten välillä, ei asianosaisten oman määräämisvallan ohjaamaksi menettelyksi.

Suomessa tämä kannanotto oli siinä mielessä tärkeä, että raastuvanoikeuksissa usein harjoitettu heikko prosessinjohto samalla suositeltiin syrjäytettäväksi, kihlakunnanoikeuksille ominainen vahva prosessinjohtovalta säilytettäväksi. Granfelt nosti esiin sittemmin hyvinvointivaltioksi järjestyneessä Suomessa paljon toistetun perustelun vahvan prosessinjohdon merkityksestä. *Hyvinvointivaltion prosessioikeudelle* on ominaista se, että tuomioistuimen *vahvan muodollisen ja aineellisen prosessinjohdon nähdään suojelevan heikompaa asianosaista*. On luontevaa nähdä talonpoikaisen Suomen kihlakunnanoikeuksissa harjoitetun vahvan prosessinjohdon jatkuvan jokseenkin saumattomasti hyvinvointivaltiolle ominaisena valtiollisena prosessin herruutena. Tästä näkökulmasta käy ymmärrettäväksi, että sekä esimodernin

38. Granfelt 1911, 72-73. Granfelt viittaa Skedlin Die sociale Bedeutung der neuen Civilprocessgesetze-teokseen.

39. Vuonna 1924 julkaistussa artikkelissa Wrede huomauttaa tuomarin ja asianajajien työnjaon 'maissa, joilla on korkeastikoulutettu asianajajakunta' olevan erilainen kuin Suomessa. Tuomarin tehtäväksi ei silloin jää materiaaliseen prosessinjohtoon kuuluvat tehtävä koota ja selvittää faktoja. Suomessa asianajajat eivät kykene tähän; siksi muodolliseen prosessinjohtoon kuuluu myös valtuutettujen valvominen. Wrede 1924, 209.

että modernin suomalaisen siviiliprosessimenettelyn moodi on *kuulustelu* eikä *keskustelu*.

14.2. Wreden todistelua koskeva oppi

Wrede käsittelee todistusoikeutta ja todistelun periaatteita luennoidessaan vuonna 1887. Hän oli perehtynyt saksalaiseen prosessioikeuteen. Hänen käytettävissään oli Ruotsin vuoden 1884 periaatemietintö.[40] Vuonna 1842 ilmestynyt C. J. *Lindbladin* todisteluoppia käsittelevä teos oli Wreden mukaan edelleen paras ruotsalais-suomalaista oikeutta kuvaava teos.[41] Wreden esitys seuraa ruotsalaisia.

J.C. Lindblad esittelee todistelua koskevia teorioita 1800-luvun alun ruotsalaisen lakikomitean ehdotusten sekä ulkomaisten lakien ja lakiehdotusten perusteella.[42] Hän kuvaa inkvisitorisen menettelyn syntyä ja omaksumista Ruotsissa. Legaalisen todistelun vastustajina hän esittelee *Beccarian* ja *Filangierin*, joista jälkimmäisen La Scienza della Legislazione oli Ruotsin lakikomitean toimesta käännetty ruotsiksi. Filangierin mukaan laissa piti tosin olla todistelusääntöjä, mutta tuomarin ei kuitenkaan laillisen todistelun perusteellakaan pitäisi tuomita ketään, jos ei itse ollut subjektiivisesti vakuuttunut tuomiosta, vaan jättää se vastaisen varalle. Lindblad esittelee saksalaisen kielialueen lakeja ja lakiehdotuksia, joiden mukaan tuomarin vakaumusta painotettiin entistä enemmän. Hän viittaa Jeremy *Benthamin* todisteluteorian merkitykseen etenkin sen osoittamisessa, ettei todistelun arvioimista pidä säännöillä rajoittaa. Ranskan Code civil sisältää tosin todistelua koskevia sääntöjä, mutta eivät määrää sitä, miten todisteiden voimaa ja uskottavuutta tulee arvioida. Common law-oikeuden todistelusäännöt poikkeavat saksalaisista siitä, että siinä todisteiden voimaa ja vaikutusta koskevia sääntöjä on vähän. Voimassa olevat todistelusäännöt eivät sido juryä.[43]

---

40. Nya Lagberedningen 1884 I ja III. Todistelun yleisperiaatteita ja ja niiden suhdetta tuomioistuimien järjestelmään tarkastellaan I osassa, mutta rikosprosessin järjestämistä koskeva III osa käsittää laajahkon rikosasioiden todistelua koskevan jakson.
41. Wrede 1910, 4.
42. Lindblad 1842.
43. Lindblad 1842, 26-35.

Todisteluteorioiden historian esittelyllä Lindblad katsoo osoittaneensa, että lainsäätäjän tulisi luopua yrittämästä ehdottomilla säännöillä sitoa tuomioistuimia sen suhteen, mitä nämä pitävät totena. Englantilainen ja amerikkalainen järjestelmä ovat suositeltavia. Niissä tuomari esittää ohjeen todistelun uskottavuudesta, mutta se ei sido jurya. Tällainen järjesty on hyvä, arvioipa todistelua pysyvä tuomari tai jury.[44]

Lindblad katsoo absoluuttisen todistusteorian luoneen erityisen *juridisen varmuuden* käsitteen. Faktojen arvioiminen kuitenkin voi johtaa vain sellaiseen varmuuteen, joka historiallisen varmuuden tapaan on luonteeltaan aivan toisenlainen kuin metafyysinen ja matemaattinen varmuus. Metafyysis-matemaattinen varmuus on luonteeltaan *absoluuttinen*, ja sulkee pois muut mahdollisuudet. *Historiallinen* varmuus taas koskee aikapaikkaisia kysymyksiä, jotka ovat täysin sattumanvaraisia. Näitä koskeva varmuus perustuu joko omaan kokemukseen tai toisten kokemukseen. Historiallinen varmuus syntyy, kun on sellaisia todisteita faktan totuudesta, jotka toisiinsa liittyneinä sulkevat pois *todennäköisyyden* joskaan eivät sitä mahdollisuutta että asianlaita on toisin. Juryn vakaumus ei ole subjektiivinen siinä mielessä, että se perustuisi tunteeseen. Vakaumuksen tulee perustua objektiivisiin perusteisiin, jotka voivat olla kahdenlaisia. Joko ne voidaan välittää toisille ihmisille vakuuttavasti, tai eivät. Edellisessä tapauksessa on kysymys objektiivisista perusteista. Se, mitä ihminen itse selkeässä mielentilassa aisteillaan kokee riittää vakuuttamaan jonkin seikan totuudesta ilman mitään epäilyksiä. Myös se, mitä tuntemamme luotettava henkilö kertoo meille omasta kokemuksestaan riittää vakuuttamaan meidät jonkin seikan totuudesta. Tällainen varmuus ei kuitenkaan voi vakuuttaa kaikkia muita tämän tosiasian olemassaolosta, vaan se on subjektiivista.[45]

Myös Ruotsin vuoden 1884 komiteanmietinnössä esitetään absoluuttinen ja historiallinen totuus luonteeltaan erilaisiksi. Historiallinen totuuden tutkiminen ei voi tuottaa sitä absoluuttista varmuutta, joka syntyy matemaattisten kaavojen tuloksena. On mahdotonta vaatia, että juridinen (historiallinen) varmuus rikosprosessissakaan olisi ehdotonta tietämistä. Toiminnan ulkoisesta laadusta ihmisen aistit toisinaan välittävät tiedon, joka on apodiktisen (absoluuttisen) rajalla tai jossa vas-

44. Lindblad 1842, 39.
45. Lindblad 1842, 46.

takkaisen olosuhteen todennäköisyys on pienin mahdollinen. Toiminnan sisäinen luonne, tahallisuus, tahdon rikollisuus tai viattomuus, koko sisäisten impulssien monimutkainen systeemi on alueella, jossa todistelua ei ole tai se on hyvin vaikeata.[46] Komitean mukaan ei ole epäilystäkään siitä, että todistelun vapaus on jätettävä tuomarille. Vain tuomari voi ratkaista, onko todistelu kyennyt tuottamaan hänelle vakaumuksen. Rikosoikeudessa koko todistelun ydin on siinä, ettei ketään saa tuomita vastuuseen rikoksesta, jos tuomari ei ole vakuuttunut rikoksen todellisuudesta ja syytetyn rikollisuudesta esitetyn todistelun kautta. Sen sijaan on yhdentekevää, perustuuko tuomarin vakaumus välittömään todisteluun vai syihin ja olosuhteisiin.

Oikeudenkäymiskaaren todistelusäännöksien yhteydessä Wrede tarkasteli luennoillaan todistelun periaatteita - tämä luentojen jakso laajeni sittemmin todistelua koskevaksi monografiaksi. Wrede esittelee todistelua koskevan käsitteistön. Todistelun tarkoitus on tuottaa tuomarin varmuus, vakuuttaa tuomari siitä, mikä asiassa on totta, ja antaa hänelle näin peruste asian ratkaisemiselle. Todistusteemaksi kutsutaan sitä, mistä todisteilla on saatava varmuus, ja todistusperusteiksi niitä premissejä, joista tämä voidaan päätellä. Todisteiksi kutsutaan niitä ulkoisia keinoja, joiden kautta todistusperusteet voidaan esittää tuomarille. Se varmuus, joka tuomarin on saavutettava, on luonteeltaan empiiristä. Sen vuoksi sen on oltava jossakin suhteessa suhteellista. On vaikeata määrätä sitä todennäköisyyden rajaa, jonka on oltava olemassa, jotta faktaa voidaan pitää näytettynä. Historiallisen totuuden luonne on sellainen, ettei todennäköisyyden määrää koskaan voida aivan tarkkaan määrittää. Voidaan vain sanoa, että kaikki seikat yhteensä ovat omiaan vakuuttamaan jokaisen järkevän ihmisen.[47]

Suomalaista todistusoikeutta koskevassa monografiassaan[48] Wrede esittää samoin. Todistaminen merkitsee varmuuden hankkimista jostakin. Sen kautta saadaan vakaumus siitä, että jokin asianlaita on tosi. Prosessissa todistelun tarkoituksena on hankkia tuomarille varmuus, saada hänet vakuutetuksi niiden faktojen totuudesta, jotka vaikuttavat asian ratkaisuun. Riitaiset ja epäiltävät seikat on vahvistettava riidattomiksi ja epäilemättömiksi, jotta ne voidaan panna tuomion perus-

46. Nya Lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning, 1884 III, 12-13.
47. Wrede Anteckningar II, 1-2.
48. Wrede 1910 (ensimmäinen, ruotsinkielinen laitos ilmestyi vuonna 1893).

teeksi. 'Kaikki varmuus on kahta lajia, joko matemaattista (apodiktista) tai historiallista (empiiristä). Edellinen sisältää täydellisen varmuuden, jälkimmäinen on 'suurempi tai vähempi määrä todennäköisyyttä, joka ei estä vastakohdan mahdollisuutta'. Kaikilla kokemuspäätelmillä on tällainen varmuus.[49]

Kokemuspäätelmiin ei päästä loogisilla päätelmillä ja käsiteanalyyseilla, vaan niihin vaaditaan myös 'aistillista havaintoa'. Juridinen todistus perustuu aina kokemukseen, joko tuomarin omaan havaintoon tai muiden henkilöiden, jotka ilmoittavat nämä tuomarille. Todistelulla hankitaan historiallinen varmuus. Se ei kuitenkaan ole vain tuomarin subjektiivista vakaumusta, vaan sen on perustuttava yleispäteviin perusteihin, joista muutkin voivat tuntea itsensä vakuutetuiksi. Juridinen varmuus on suhteellista, ja se on olemassa, kun 'kaikki asianhaarat kulloinkin esilläolevassa tapauksessa ovat omiansa saamaan jokaisen järkevän ja varovaisen ihmisen niistä vakuutetuksi'. Suuremman varmuuden vaatiminen estäisi oikeusturvan toteutumista.[50]

Juridisella todistelulla varmuus saavutetaan kuten todistelussa yleensäkin siten, että tunnetuista premisseistä päätellään loogisesti jotakin tuntematonta. Todistamisella tarkoitetaan kuitenkin sitä, millä hankitaan johtopäätöksiä varten riittävät perusteet. Todistusperusteilla tarkoitetaan premissejä, joista voidaan tehdä johtopäätöksiä siitä, mikä on todistettava. Todistuskeinot taas ovat ulkoiset välikappaleet (instrumenta), joilla nämä perusteet esitetään tuomarille. Todistaja on todistuskeino, mutta hänen asiaan vaikuttava lausumansa todistusperuste.[51]

Juridisen todistelun kohteena, todistusteemana ovat vain oikeudenkäyntiin vaikuttavat, riidanalaiset seikat. Vain faktoja voidaan todistaa, ei sen sijaan oikeuksia, vaatimuksia tai oikeussuhteita. Tuomarin on tunnettava oikeusnormit.[52]

Wrede esittelee ruotsalaisen todistusoikeuden historiaa, kuten Lindblad ja Ruotsin komiteakin, historiallisen koulun germaanisen oikeuden varhaisvaiheille antaman tulkinnan mukaisesti. Samoin hän esittelee legaalisen todistusteorian ja vapaan todistusteorian ruotsalaisten esitysten tapaan. Sekä legaalinen että vapaa todistusteoria mää-

49. Wrede 1910, 8.
50. Wrede 1910, 9.
51. Wrede 1910, 10.
52. Wrede 1910, 10-11.

rittelevät todistusharkintaa koskevat säännöt. Legaalisen todistelunkin päämäärä on asiallinen totuus, mutta siinä käytettyjen keinojen vuoksi legaalinen todistelu johtaa vain muodolliseen totuuteen. Legaalinen teoria pyrkii poistamaan tuomarin yksilöstä, erehtymisen mahdollisuudesta ja mielivallasta johtuvat oikean todistusharkinnan esteet. Legaalinen todistusteoria määrää, mitä todistuskeinoja saa käyttää ja minkälaisia niiden tulee olla, jotta niitä voi pitää luotettavina. Muiden keinojen käyttö on kielletty. Legaalinen teoria ei ota huomioon, ettei lain säännöksillä voi määrätä todistusarvoa, jonka perusteella ihminen voi jossakin asiassa saavuttaa vakaumuksen. Yhdenkin 'täysin uskottavan' henkilön antama todistajankertomus saattaa poistaa kaikki tuomarin epäilykset, toisinaan kahden tai kolmenkaan henkilön yhtäpitävä todistajankertomus ei sitä tuota. Indisioita ei voi mitata. Näin voidaan joutua vahvistamaan 'jonkinlainen muodollinen eli juriidinen totuus, jonka vastakohtana on asiallinen eli todellinen totuus.[53]

Haitat voidaan välttää vain antamalla 'tuomarille mitä suurin vapaus käyttää kaikkia todistuskeinoja, joilla voi olla jonkinlainen arvo, ja suoda niille se vaikutus, mikä asianhaarain mukaan niillä kussakin eri tapauksessa katsotaan voivan olla'. Mielivalta koetetaan torjua sillä että tuomion perusteet otetaan tuomioon. Vapaa todistusteoria ei estä kaikkia todistelun sääntöjä, mutta se ei sido tuomarin harkintaa. Muuten tiettyjä todistuskeinoja voidaan kieltää ja asettaa laillisia presumtioita tai säätää, että tietyt todisteet yleensä riittävät.[54]

Wreden kautta välittynyt ruotsalainen tulkinta vapaan todisteiden harkinnan lähtökohdista toistettiin sittemmin eri mietinnöissä, hallituksen esityksissä ja esimerkiksi Tauno *Tirkkosen* 1949 julkaisemassa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaarissa. Tirkkonen toistaa Wreden esitystä todistusoikeuden historiallisesta kehityksestä ja vapaan todistusteorian ylivoimaisuutta.[55]

Ruotsin 1734 vuoden lain legaalinen todistelu sallii sekä asianosaisille että tuomarin harkinnalle tiettyä vapautta. Eräitä todistuskeinoja kielletään, mutta muuten asianosaiset saavat käyttää kaikkia saatavia todisteita. Vain joissakin tapauksissa on määrätty, milloin on puoli to-

53. Wrede 1910, 16-18.
54. Wrede 1910, 18-19.
55. Tirkkonen vetoaa legaalista ja vapaata todistusteoriaa verratessaan Wreden Finlands gällande civilprocessrätt II-teoksen lisäksi mm. Afzeliuksen Grunddragen af rättegångsförgarandet i tvistemål-teokseen. Tirkkonen 1949, 4-5.

distusta tai vähemmän kuin täysi näyttö. Oikeuskäytännön kautta on omaksuttu lain sallimaa vapaampaa todisteiden harkintaa, etenkin indisiotodistelussa.[56]

Wrede esittää asianosaisen valan olevan muodollinen todistelukeino, jonka tarkoituksena ei ole saada tuomari vakuuttuneeksi valan teeman mukaisen asiaintilan totuudesta. Valalla on tietty, laissa määrätty todistusarvo.[57] Myös Granfeltin mukaan asianosaisen vala on luonteeltaan aivan toisenlainen todistuskeino kuin todistajain todistelu. Se ei voi tuottaa tuomarin todellista vakuuttuneisuutta, eikä se siten liity 'aineellisen totuuden' paljastamiseen.

Wrede vaati eri yhteyksissä prosessin muuttamista suulliseksi ja välittömäksi. Suomalaisessa 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alun keskustelussa nämä vaatimukset kuitenkin usein perusteltiin ensisijaisesti prosessin jouduttamisen näkökulmasta, vaikka niillä myönnettiin oleva tärkeä merkitys myös tuomarin vakuuttumisen suhteen. Ruotsalainen komiteanmietintö korostaa välittömyyden ja suullisuuden merkitystä etenkin rikosasioissa. Rikosprosessissa asianosaiset eivät yleensä ole halukkaita esittämään faktoja. Kirjalliset ja välittömät todisteet ovat harvinaisia, ja usein saatavilla onkin vain välillisiä todisteita. Etenkin törkeissä rikosasioissa 'syytetyn persoonallisuudella usein on merkitystä sekä todistus- että rangaistuskysymyksen arvioimiselle'. Tällä ei juuri ole vastaavuutta riita-asioissa. 'Kielsi tai tunnusti syytetty teon, voi se, miten hän tutkimuksen aikana käyttäytyy, toisinaan muodostaa hyvän lähtökohdan arviolle hänen syyllisyydestään ja rangaistuksen määräämiselle'. Siksi tuomarin on mahdollisimman paljon perustettava käsityksensä välillisesti omiin havaintoihinsa. Kirjalliset kuvaukset jättävät välttämättä sivuun piirteistä, 'joita joko ei voida kirjallisesti esittää tai joiden oletetaan olevan merkityksettömiä.[58]

Jos tuomarin välitön havainto on otettava tuomion perusteeksi, on sitä vaikeata alistaa toisen tuomarin arvioitavaksi. Muutoksenhaun salliminen todistuskysymyksissä muodostuu ongelmaksi. Jurytuomioistuimissa muutoksenhakua ei sallita. Jos oikeudenkäynti halutaan uusia ylemmässä tuomioistuimessa, on suullisuuden ja välittömyyden toteuttaminen ongelmallista. Ruotsin uusi lainvalmistelukunta pohti, oliko

56. Wrede 1910, 19-20.
57. Wrede 1894, 41.
58. Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets omboldning 1884 III, 24-26.

valittava jurytuomioistuin, jossa todistelukysymyksissä ei sallita muutoksenhakua, vai pöytäkirjattava menettely tavallisessa tuomioistuimessa. Jälkimmäisessä tapauksessa muutoksenhaku olisi mahdollinen myös todistuskysymyksissä. Lainvalmistelukunta kannatti tavallista tuomioistuinta. Se näki paljon vaivaa osoittaakseen, ettei valinta perustunut 'mihinkään periaatteelliseen vastentahtoisuuteen tai pelkoon maallikoiden osallistumisesta oikeudenkäyttöön'.[59]

Lainvalmistelukunnan perustelut ovat erityisen kiinnostavat sen vuoksi, että ne ovat samat kuin Wreden ja suomalaisen kokonaisuudistusta valmistelevan komitean esittämät. Wrede ja hänen johdollaan toimiva suomalainen komitea omaksuivat pitkälle samat periaatteet, joita ruotsalainen lainvalmistelukunta oli suosinut. Ruotsalaisessa mietinnössä perustellaan, minkä vuoksi vapaaseen todisteiden harkintaan ei haluttu yhdistää valamieslaitosta. Ruotsissa kysymys juryoikeuksista oli välttämättä otettava esille, koska juryn omaksumista oli esitetty jo vuosisadan alussa, ja sitä koskevaa kiistaa oli juristien keskuudessa käyty koko vuosisadan ajan. Suomessa ruotsinkieliset liberaalit ja fennomaanit vierastivat valamieslaitosta yhtä lailla kuin varhaisempi hallitseva byrokratiakin.

Ruotsin lainvalmistelukunta katsoi, että tuomarin kompetenssin ja funktioiden jakaminen on jurytuomioistuimen keskeinen heikkous. Jurylle annettu todistelu- tai syyllisyyskysymys olisi kyettävä erottamaan lainoppineelle tuomarille uskotusta varsinaisesta oikeus- tai rangaistuskysymyksestä. Jotta syyllisyyskysymys voidaan ratkaista, on fakta subsumoitava tietyn lainkohdan alaisuuteen. Siten syyllisyyskysymykseen sisältyy aina oikeuden soveltamista tai oikeuskysymyksen ratkaisu. Usein edellytetään tietoa juridis-teknisistä termeistä. Nämä käsitteet eivät ole tavallisen terveen järjen tulosta, vaan sitä varten tarvitaan juridista asiantuntemusta. Ongelman ratkaisemiseksi on oikeuden juristipuheenjohtajan tehtäväksi usein annettu esittää jurylle ohje lain oikeasta tarkoituksesta ja merkityksestä. Yleensä maallikko ei ymmärrä ohjetta. Jos jollakin juryn jäsenellä on juridisia tietoja, tästä tulee todellinen juryn johtaja, mutta silloin ei ole kyse kansan käsityksestä.[60]

59. Nya Lagberedningen 1884 III, 28.
60. Nya Lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning 1884 III, 28-30.

Uusi lainvalmistelukunta ei käsittänyt, miksi lainoppineet, juridisesti vastuunalaiset ja pysyvät virkatuomarit olisi suljettava pois oikeuden soveltamisesta ja tehtävä jätettävä ei-lainoppineille, vastuuttomille ja tilapäisille tuomareille, valamiehille. Virkatuomarit tietävät epäilemättä kaiken, mikä koskee tiettyjen tekojen subsumoimista tiettyjen juridisten käsitteiden alaisuuteen. Maallikoiden osallistuminen on perusteltua vain vuorovaikutuksessa ammattituomarin kanssa. Yleensä jurya puolustetaan sillä, että syyllisyyskysymyksen ratkaisu usein vaatii normeista riippumatonta harkintaa eikä loogista subsumtiota. Silloin ajatellaan, että monipuolinen ihmistuntemus, psykologinen kokemus ja terve yleinen järki ovat tarpeen. Nämä eivät ole juristien monopoli. Monia yhteiskuntakerroksia ja sivistysasteita edustavat maallikot tuottavat suuremman varmuuden kuin juristikollegio.

Tällainen argumentaatio on virheellistä, koska juuri oman alan ulkopuolelle jäävä kokemus juuri puuttuu kansanelementiltä. Ei ole todistettu, että lainoppi ja viranhoito veisivät tuomareilta terveen yleisen kyvyn arvioida ihmisiä tai psykologisen arvostelukyvyn. Lainoppinut tuomari on kykenevämpi arvioimaan, miten oikeutta on objektiivisesti ymmärrettävä, ja ylivoimainen maallikkoon verrattuna myös arvioimaan tutkimuksia. Hänellä on yhtä hyvä käytännön järki kuin maallikoillakin.[61] Ainakaan ei pidä erottaa kansanomaista elementtiä itsenäisesti harkitsemaan todistelua. Se ei takaa tuomion oikeudenmukaisuutta. On sopimatonta estää keinotekoisesti niiden lainoppineen tuomarin ylivoimaisten ominaisuuksien toteutuminen, jotka ovat tuomarin kutsumuksessa olennaisia.[62] Juryprosessi on formaalinen, ja se on liian raskas käytettäväksi useimmissa juttutyypeissä. Siksi jurylaitoksen menestys ei voi perustua sen oivallisuuteen. Se on menestynyt historiallisista, poliittisista ja sosiaalisista syistä. Juryä on pidetty edustuksellisen valtiomuodon korollaarina, vaikka tälle ei mitään perusteita olisikaan.

Ruotsin vanhempi lainvalmistelukunta puolsi lämpimästi juryn omaksumista, mutta sitä ei uuden lainvalmistelukunnan mukaan käytännössä kaivattu. Uusi lainvalmistelukunta viittaa vuosien 1848-1849 kiistaan jurylaitoksen omaksumisesta Ruotsiin ja vetoaa silloisen oikeuskanslerin käsitykseen. Sen mukaan juryn sattumanvaraisesti valituilla kansalaisilla on vain keskiarvon tai keskinkertaisuuden mielessä

61. Nya lagberedningen 1884, 31-33.
62. Nya Lagberedningen 1884 III, 33-34.

todisteiden arvioimiseen tarvittavat ominaisuudet. Jos aristokratia sortaa kansalaisia, despootti hallitsee tai puolueet taistelevat vallasta, on jury paikallaan, mutta ei silloin, kun tuomarit valitaan virkaan tavalla, joka varmistaa maan huomattavimpien henkilöiden hakeutuvan niihin.[63]

Ruotsissa ei esiintynyt agitaatiota juryn puolesta. Ruotsissa käytetty maallikkoedustuksen muoto oli kasvattanut kansaa tietyssä määrin tuomarin kutsumuksen vakavuuteen ja vastuuseen, yksimielisen myötävaikutuksen välttämättömyyteen virka- ja kansantuomareiden välillä sekä virkatuomareiden ylivoimaisuuteen tiedoissa ja kokemuksissa. Ruotsin kansa on tosin muiden eurooppalaisten kulttuurikansojen tavoin sillä sivistyksen tasolla, joka on tarpeen jurylaitoksen omaksumiselle. Juryn kokeilu ei sen vuoksi ole ehdottomasti vahingollista kokeilua, mutta se ei olisi edistysaskel.[64]

Ruotsalaiset lainvalmistelijat olivat näin torjuneet juryn tarpeellisuuden vapaaseen todisteiden harkintaan siirryttäessä. Sekä ruotsalainen että suomalainen - käytännössä R.A. Wreden - doktriini lähtee siitä, että todisteiden harkinta edellyttää tervettä järkeä, jota tuomarilla on yhtä hyvin kuin maallikoillakin. Suomessa 'agitaatiota juryn puolesta' ei ilmennyt ollenkaan. Talonpoikaissääty oli juuri saanut jonkinasteisen mahdollisuuden vaikuttaa lautamiesten valintaan. Ruotsalaisten lainvalmistelijoiden näkökulmasta 'vapauden turvaksi' syntynyt jury oli jo täyttänyt tehtävänsä Euroopan poliittisella näyttämöllä. Suomessa sitä ei missään vaiheessa vakavasti vaadittu vapauden turvaksi.

Suomalaiset juristit kannattivat legaalisesta todistelusta luopumista. Käytännön tietä oli luovuttu legaalisen todistelun seurannaisena käytetystä tunnustusvankeudesta. Ongelmallista oli, että joissakin tapauksissa rikoksesta epäiltyjä oli lähes mahdotonta tuomita, jos noudatettiin legaalisen todistelun sääntöjä. Vaikka vapaa todisteiden harkinta esitetään yleensä rikosprosessin yhteydessä syntyneeksi uudistukseksi, sitä Suomessa ehkä kaivattiin käytännössä pikemminkin siviiliprosessissa. Laajenevan taloudellisen vaihdon riitojen näkökulmasta

63. Nya Lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets omboldning 1884 III, 39.
64. Nya lagberedningens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning 1884 III, 39-40.

legaalinen todistelu oli ongelma asioissa, joissa tuomiota ei voitu perustaa asiakirjaan.

Suomen voimassaolevan oikeuden kantaa suullisuuteen Wrede luonnehtii kuvaamalla oikeudenkäyntimenettelyn *suullis-pöytäkirjalliseksi*. Oikeudenkäynnin suullisuudesta tai kirjallisuudesta Wrede toteaa luennoissaan, että prosessi voi olla täydellisen suullinen, niin että myös tuomio esitetään suullisesti, tai täysin kirjallinen. Moderni prosessi ei ole kumpaakaan, vaan niissä suullisuus ja kirjallisuus määritellään erityisellä tavalla. Suulliseksi kutsutaan Suomessa menettelyä, jossa menettely pääosin tapahtuu suullisesti. Asianosaiset esittävät väitteensä etupäässä suullisesti, mutta saavat myös käyttää kirjelmiä, ja asianosaisen suulliset esitykset pöytäkirjataan. Tällainen menettely on suullis-pöytäkirjallista. Suullisuus voidaan käsittää toisinkin. Silloin asianosaisen esitys on myös pääosin suullista, mutta pöytäkirjaa ei pidetä täydellisenä, vaan niin, että se sisältää vain asianosaisten vaatimukset ja tuomion. *Vain se, mitä on esitetty suullisesti, saadaan esittää tuomion perusteeksi*. Uusi prosessioikeus lähtee tästä.

Ero suullisen ja kirjallisen välillä ei siten perustu siihen, käytetäänkö kirjelmiä. Ero on siinä, perustuuko tuomio vain siihen, mitä asianosaiset ovat esittäneet ja muuten on suullisesti esitetty oikeudessa. Jos suullisen käsittää tässä merkityksessä, se on liitettävä *välittömyysperiaatteeseen*. Suullisen, välittömän menettelyn etuja ovat *varmuus* ja *nopeus*. Varmuutta lisää se, että tuomioistuin tuomitsee välittömien vaikutelmien perusteella, jonka oikeudessa tehdyt toimet herättävät tuomioistuimessa. Nopeus perustuu siihen, että suullinen menettely mahdollistaa vahvan prosessinjohdon tuomioistuimen puolelta, mikä on puhtaan kirjallisessa prosessissa aivan mahdoton. Samalla jutun käsittely nopeutuu.[65]

Tosin suullisuus vaatii tuomarin prosessinjohdolta paljon. Suullinen prosessi voi tulla kalliimmaksi kuin perinteinen suullis-pöytäkirjallinen. Prosessin keskittäminen tekee asianajajat tietyssä määrin välttämättömiksi, koska lakia tuntemattomat henkilöt eivät kykene keskittämään oikeudenkäyntiä. Kaikkialla, missä suullinen menettely on otettu käyttöön, on edut havaittu haittoja huomattavasti suuremmiksi.[66]

65. Wrede Anteckningar I, 198-199.
66. Wrede Anteckningar I, 178-199.

Tuomioistuinmenettelyn julkisuudesta ei 1734 vuoden laissa ollut mitään määräystä. Alioikeuksissa oletettiin oikeudenkäynnin olevan julkinen, mutta ylioikeuksissa näin ei ollut. Wreden mukaan oli arvioitava, mitä tämä oikeudenkäymiskaaressa mainittu suullinen kuulustelu tarkoittaa tuomarin ja asianosaisten suhteesta. Tämä suhde muodostuu toisenlaiseksi suullisessa kuulustelussa kuin kirjallisessa. Kirjelmien vaihdossa tuomari usein suhtautui passiivisesti, ja asianosaiset vaihtoivat kirjelmiä välittömästi keskenään. Tuomioistuin osallistui menettelyyn vain asettamalla määräaikoja kirjelmien vaihdolle ja antamalla ratkaisun. Kirjallinen menettely muodostuu luonnostaan enemmän tai vähemmän käsittelyperiaatteen mukaiseksi. Silloin tuomari ei saa ottaa aloitetta myöskään prosessin etenemisessä. Siviiliprosessissa käsittelymenettelyä olikin Wreden mukaan pidettävä pääsääntönä. Kuitenkaan ruotsalais-suomalainen lainsäädäntö ei määrää käsittelymenettelyä yksinomaiseksi siviiliprosessissakaan. Vakiintuneen käytännön ja yleisen oikeuskäsityksen mukaan tuomarilla epäilemättä on oikeus esittää asianosaisille kysymyksiä, joita ei saa esittää puhtaan käsittelymenettelyn yhteydessä. Sen sijaan asianosaiset eivät saa itsenäisesti suullisesti neuvotella keskenään, vaan tämän tulee tapahtua tuomioistuimen kautta.[67]

Tuomioistuimen pöytäkirjaan ei pidä ottaa toistoja eikä sellaista, mikä ei asiaan oikeudellisesti kuulu. Sen sijaan ei sanota, missä määrin asia tulee pöytäkirjata. Pöytäkirjaan on otettava kaikki, mikä kuuluu asiaan, siis vaikuttaa asianosaisten oikeussuhteen arvioimiseen. Tuomioistuimen puheenjohtajan harkinnasta riippuu, onko asianosaisen lausuma otettava pöytäkirjaan vai ei. Asianosaisella tai tämän asiamiehellä ei siten ole oikeutta 'sanella' pöytäkirjaan. Edes asianosaisen antama kirjelmää ei tarvitse ottaa pöytäkirjaan, vaan siitäkin on kirjattava vain se, mikä valaisee asiaa. Tuomioistuin saa myös ratkaista, vastaako pöytäkirja asianosaisen suullista lausumaa. Asianosainen saa vaatia, että pöytäkirjattu luetaan hänelle. Jos erimielisyyttä syntyy, ratkaisee tuomioistuin kuitenkin asian. Jos asianosainen haluaa selittää sanomaansa, saa tuomioistuin arvioida, onko tällä vaikutusta. Näin tuomioistuimella on hyvin laaja valta päättää pöytäkirjan sisältö.[68]

Todistelua koskeva ruotsalainen ja etenkin suomalainen doktriini esittää normin ja faktan arvioimisen täysin 'puhtaassa' muodossa, kiin-

67. Wrede Anteckningar I, 212-213.
68. Wrede Anteckningar I, 214-215.

nittämättä huomiota mihinkään todistelun ja normin soveltamisen ongelmalliseen kohtaan. Faktoja koskevan empiirisen havainnon oletetaan olevan ongelmaton siinä mielessä, että esimerkiksi englantilaista empirismiä kiusannut kysymys imaginaation vaikutuksesta on redusoitu siitä kokonaan pois. Suullisen, välittömän oikeuskäsittelyn narratiivisuuteen perustuvaan mahdollisuuteen kontrolloida todistajien ja asianosaisten esityksiä ei kiinnitetä huomiota ruotsalais-suomalaisessa doktriinissa. Tähän johtaa käsittääkseni se, että Ruotsissa ja Suomessa edelleen maaseudun alioikeuksissa harjoitettu suullinen menettely käytännössä hallitsi käsitystä suullisesta ja välittömästä prosessista. Vaikka Wrede huomauttaa modernin oikeudenkäynnin suullisuuden merkitsevän muuta kuin talonpoikaisen suomalaisen prosessin suullisuus, hän ei mitenkään pohdi sitä, minkälaiset tekijät yhdistävät havaintoa, havaitsijan subjektia ja tuomarin subjektia - mihin faktan uskottavuus perustuu.

Myös tuomarin normin soveltaminen esitetään todistelun yhteydessä 'absoluuttisen tiedon' mahdollistavaksi loogiseksi päättelyksi. Oikeuslähteitä ja oikeudellista tulkintaa koskevat pohdinnat muissa yhteyksissä osoittavat, että kysymyksessä ei 1800-luvun lopun suomalaisten juristien mielestä käytännössä ollut puhdas looginen operaatio, vaan monimutkainen historiallisten seikkojen, analogiapäätelmien ja lain ration tulkintaan perustuva kokonaisarvio. Tästä ei näy todistelua koskevien esitysten yhteydessä merkkiäkään. Ruotsalainen ja suomalainen todisteludoktriini päätyi näin vahvaan reduktioon ilmeisesti sen vuoksi, että vapaan todisteiden harkinnan omaksumista ei haluttu liittää jurylaitokseen. Tämä merkitsi käytännössä pöytäkirjaamiseen nojautuvan prosessimenettelyn suosimista vapaasta todisteiden harkinnasta huolimatta. Pöytäkirjattujen todistajankertomusten varassa oli legaalisen todistelun oppien mukaan täysin mahdollista käsitellä oikeustapausta myös ylemmissä tuomioistuimissa. Tätä menettelyä haluttiin Ruotsissa ja Suomessa jatkaa, vaikka se vapaan todisteiden arvioimiseen ja suullisuuteen ja välittömyyteen perustuvassa prosessissa on todistelun doktriinin omien lähtökohtien vastainen.

Tuomarin on selvitettävä itselleen, mitkä tosiasialliset seikat ovat asian ratkaisua varten tärkeät ja miten tietyn seikan vahvistaminen vaikuttaa asian lopputulokseen. Wreden mukaan todistustaakka riippuu ensi sijassa siitä, kumpi asianosaisista vaatii muutosta oleviin oloihin. Kaikki oikeudenmuutokset syntyvät oikeustosiseikkojen kautta. Oi-

keustosiseikka synnyttää oikeusnormin mukaan oikeudellisen vaikutuksen: synnyttävät oikeuden, estävät sen synnyn tai purkavat sen. Jos oikeustosiseikat ovat riitaisia, ne ovat toteennäytettäviä seikkoja, Lisäksi riitaisesta oikeustosiseikasta voidaan tehdä päätelmiä indisioiden kautta. Kumpikin asianosainen on velvollinen näyttämään toteen ne seikat, joihin hän nojautuu.[69]

Rikosprosessissa todistelua määrää tutkintamenettely. Rikosprosessissa asianosainen ei häviä, vaikka hän ei näytä toteen niitä seikkoja, joihin hänen väitteensä perustuu. Tuomarin harkinnan kohteena on tavallisesti rangaistusvaatimus, joka on näytettävä toteen. Syytetty on velvollinen näyttämään sen, mikä kumoaa, estää tai vähentää rangaistusvaatimusta. Legaalisessa todistelussa syytettyä kohtaa raskaampi todistusvelvollisuus kuin vapaassa todistelussa.

69. Wrede 1910, 29-34.

15. Kokonaisuudistusehdotukset

15.1. Osittaisuudistukset ja oikeuskäytännön muutokset

Kokonaisuudistuksen ohella Wreden komitea valmisteli osittaisuudistusehdotuksia, jotka tulivat säätyjen käsiteltäviksi jo vuoden 1897 valtiopäivillä. Samoilla valtiopäivillä keskusteltiin asianajajalaitoksesta ja ylempien oikeusasteiden asianajajamonopolista.[1] Säädyt hyväksyivät esityksen osittaisista muutoksista oikeudenkäymiskaareen,[2] mutta lakia ei vahvistettu, koska Venäjän oikeusministeri vastusti keisarikunnassa asuvia koskevaa forumsäännöstä.[3] Vuoden 1900 valtiopäiville annettiin uusi esitys[4] haastamismenettelystä, poissaolosakkojen korottamisesta, asiamiehen käyttämisestä rikosjutuissa sekä oikeudenkäymiskuluista. Oikeudenkäymiskaareen tehtiin joitakin muutoksia, ja lisäksi annettiin asetus haastemiehistä.[5] Kaikkien näiden osittaisuudistusten tarkoituksena oli *nopeuttaa oikeudenkäyttöä.* Kansalaissodan alla tihennettiin kihlakunnanoikeuksien istuntoja,[6] ja vuonna 1922 rajoitettiin muutoksenhakua korkeimpaan oikeuteen.[7] Laki oikeudenkäytön julkisuudesta annettiin vuonna 1926.[8] Lait vastasivat kokonais-

1. Letto-Vanamo 1983.
2. A.e. no 2 osittaisista muutoksista oikeudenkäymiskaareen, 1897 vp.
3. Venäjän oikeusministeriö vastusti säätyjen hyväksymien lakiehdotusten hyväksymistä, koska niiden mukaan OK 10:1 pykälään oli otettava määräys, jonka mukaan keisarikunnassa asuvien suomalaisten oikeuspaikan tuli määräytyä keisarikunnan siviiliprosessilain mukaan. Keisari ei vahvistanut lakia säätyjen ehdottamassa muodossa, vaan vaati siihen oikeusministeriönsä lausunnon mukaiset muutokset. Senaatti teki asiasta uuden esityksen, joka useimmissa suhteissa vastasi aikaisempaa. Tämän esityksen hyväksyivät sekä valtiopäivät että Venäjän hallitus.
4. A.e. no 11 koskeva osittaisia muutoksia oikeudenkäymiskaareen, 1900 vp.
5. A haastomiehistä 7 syyskuuta 1901. Lautamiehet olivat tämän mukaan maalla haastemiehiä. Muuten oikeus sai määrätä tehtävään sopivia ja halukkaita henkilöitä. Kruunun- ja kaupunginvouti, julkinen notaari ja kruununnimismies sai myös antaa haasteita.
6. L 12 tammikuuta 1918. vuonna 1921 annettiin määräyksiä ulkomaalaisia ja työsuhteita koskevien riitojen oikeuspaikasta11 helmikuuta 1921.
7. L 19 joulukuuta 1922.
8. L 5 helmikuuta 1926.

uudistusehdotuksissa ja lakimieskunnan keskuudessa muuten vakiintuneita käsityksiä siitä, mitä oikeudenkäytön tuli olla.

Osittaisten uudistusten tiellä edettiin Suomessa sekä 1800-luvulla että kuluvalla vuosisadalla myös siten, että lakimieskunnan keskuudessa vakiintuneet käsitykset syrjäyttivät aikaisemman käytännön ja jopa kirjoitetun lain. Tällaisia muutoksia kommentoidaan oikeuskirjallisuudessa niukasti. Legalistiseen argumentointiin sitoutuneen lakimieskunnan oli ehkä vaikeata nostaa niitä näkyviin.

Esimerkiksi rikosprosessin tunnustukseen tähtäävä luonne muuttui olennaisesti, kun tunnustusvankeudesta luovuttiin. Tunnustusvankeuden käytöstä keskusteltiin Juridiska Föreningen-yhdistyksessä.[9] Prokuraattori Eugen von *Knorring* arvosteli myös tunnustusvankeutta kertomuksessaan kenraalikuvernöörille vuonna 1867. Ketään ei saa pitää vankeudessa ilman tutkintaa ja tuomiota. Tunnustusvankeus oli 'kidutuksen varjossa' tapahtuva pakkokeino tunnustuksen saamiseksi. Knorring arvosteli myös absolutio ab instantia-tuomion käyttämistä eli asian jättämistä vastaisen varalle sekä puhdistusvalaa henkisenä kidutuksena. Kertomus julkaistiin.[10] JFT julkaisi myös Ruotsin valtiopäivillä vuosina 1868-1870 vireillä olleita uudistushankkeita.[11] Asetusta tai edes senaatin periaatepäätöstä asiasta ei annettu,[12] mutta käytännössä tunnustusvankeus harvinaistui. Vuonna 1880 senaatin oikeusosasto päätti laskea viimeiset kolme tutkintavankia vapaalle jalalle. Prokuraattori Theodor *Sederholm* totesi 1882 valtiopäiville antamassaan kertomuksessa, että käytäntö oli loppunut.[13]

Göran *Ingerin* mukaan Suomessa oli 1800-luvulla suhteessa enemmän tunnustusvankeja kuin Ruotsissa. Miehiä säilytettiin tunnustusvankeudessa linnoissa ja linnoituksissa, naisia kehruuhuoneissa. Tunnustusvankeja pidettiin työssä ja kohdeltiin kuten kaikkia muitakin

9. Asiaa oli Ruotsissa käsitellyt kriittisesti oikeusneuvos Naumann toimittamassaan juridisessa aikakauslehdessä. Professori Ehrström esitti yhdistyksessä, että tutkintavankeus oli lakkautettava ja korvattava poliisivalvonnalla. Tätä Helsingin paikallisyhdistys suositteli, ja myös muissa hovioikeuskaupungeissa toimivat yhdistykset arvostelivat tunnustusvankeuden käyttöä. JFT-lehdessä esiteltiin Ruotsin tilannetta, JFT 1870, 260-269 ja 312-325.

10. Prokuratorns...berättälse 1867.

11. JFT 6 (1870/1871), 260-269, 312-325.

12. Tutkintavankeutta koskevia kuninkaallisia kirjeitä kumoavaa asetusta ei annettu. Absolutio ab instantia-instituutio perustui oikeudenkäymiskaaren 17:32 pykälään, joka kumottiin Suomessa vasta oikeudenkäymiskaaren uudistamisen yhteydessä vuonna 1948.

13. Prokuraattorin kertomus 1882.

vankeja. Ruotsissa oli toinen käytäntö. Siellä tunnustusvangit pidettiin toimettomina yksinäissellissä, jotta tunnustus saataisiin tehokkaammin. Inger selittää Suomen suurta tunnustusvankien määrää sillä, että syytetyt mieluummin menivät 'linnaan' kuin Siperiaan. Inger viittaa myös liberaalin opposition heikkouteen Suomessa.[14] - Prokuraattori von Knorringin kertomuksen perusteella tunnustusvankeja oli autonomian ajalla vuoteen 1865 saakka yhteensä 530.

1800-luvun rikosoikeudellisilla uudistusehdotuksilla tai niitä kannattelevilla juristien mielipiteillä oli vaikutusta oikeuskäytäntöön jo ennen lakien säätämistä. Käsitykseni mukaan vaikutus oli kaksisuuntainen: etenkin korkeimpien tuomioistuimien, lainvalmistelijoiden ja 1800-luvulla myös lainoppineiden vuorovaikutus johti oikeuskäytännön muuttumiseen osittain jo ennen lainsäädäntöä. Oikeuskirjallisuudessa esitetään 1800-luvun lopulta vuoteen 1948 asti, että todisteiden harkinnassa irtaannuttiin osaksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun mukaisesta legaalisesta todistelusta jo ennen tämän luvun uudistamista.[15] Tuomarilla oli mahdollisuus vaikuttaa asianosaisen valan käyttöön ja indisioiden arvioimiseen. On todennäköistä, että tuomioistuimen harkintavalta käytännössä lisääntyi, kun tunnustusvankeuden käyttö lakkasi. Ainakin muualla Euroopassa tunnustukseen pakottavista keinoista luovuttiin vasta, kun tuomioistuin saattoi käyttää harkintaa todistelua arvioidessaan. Vuosisadan vaihteen uudistusehdotukset etenkin todistelua koskevissa kysymyksissä noudattivat lakimieskunnan keskuudessa yleisesti hyväksyttyä kantaa. Sen vuoksi niillä saattoi olla merkitystä oikeuskäytännössä lainuudistuksen viivästymisestä huolimatta.

Osittaisuudistukset jäivät Wreden komitean ainoiksi välittömiksi vaikutuksiksi. Komitea esitti oikeuslaitoksen modernisoimiseen tähtäävää kokonaisuudistusta, mutta kokonaisuudistusta ei syntynyt. Sen sijaan Wreden kokonaisuudistusehdotus muodosti pohjan myöhemmille ehdotuksille. 1900-luvun kuluessa tehdyt uudistukset ovat noudattaneet keskeisissä kysymyksissä komitean esittämiä periaatteita. Suullisuus, välittömyys, suhteellisen vapaa todisteiden harkinta, alioikeuden kaksijakoisuus ja maallikoiden sijoittaminen (vain) alimpaan oikeusasteeseen toistuvat kaikissa myöhemmissä uudistusehdotuksissa ja myös toteutuneissa uudistuksissa. Vuonna 1970 käydystä keskustelusta alka-

14. Inger 1976a.
15. Wrede 1910, Tirkkonen 1949.

en lakimieskunnan sisäinen oppositio vaati tuomioistuimiin maallikkotuomareita ja poliittista tuomarinvaalia yhdysvaltalaisen tuomioistuinlaitoksen tapaan. Muissa suhteissa uudistuksen tavoitteet ovat pysyneet jokseenkin samoina.

15.2. Uudistuksen 'avoimet kysymykset' juristien pohdittavina

Wreden komitea järjesti vuonna 1893 oikeuslaitoksen uudistamista koskevan konferenssin. Sen tarkoituksena oli käsitellä oikeuslaitosuudistuksen sellaisia kysymyksiä, jotka olivat komitean näkökulmasta edelleen avoimia. Komitea halusi esittää ne laajemman asiantuntijajoukon käsiteltäviksi. Yhteisymmärrys lisäisi uudistuksen toteuttamisen todennäköisyyttä. Mahdollisesti komitea oli jo tehnyt omat periaatteelliset ratkaisunsa, mutta halusi niille laajempaa tukea lakimieskunnan piirissä. Kokoukseen osallistui Wreden komitean lisäksi johtavia tuomioistuinjuristeja sekä lainoppineista mm. professori J. *Forsman*.[16]

Uudistuksen pääsuunta oli komitean mukaan selvä. Uudistuksella pyrittiin oikeudenkäynnin *suullisuuteen, välittömyyteen* sekä *vapaaseen todisteiden harkintaan*. Komitea halusi keskustella siitä, oliko alioikeudet muutettava *kaksijakoisiksi*, niin että *vähäiset jutut* erotettaisiin *tärkeistä jutuista*. Kysymys oli noussut esiin jo vuonna 1879, jolloin siitä keskusteltiin Juridiska Föreningen-yhdistyksessä. 'Vähäisemmät' asiat voitaisiin käsitellä lainoppineen ja maallikoiden kokoonpanossa, tärkeämmät kolmen lainoppineen kollegiossa. Tämän voitiin väittää merkitsevän poikkeusta yhdenvertaisuusperiaatteeseen. Kaksijakoisuus merkitsikin irtaantumista aikaisemmasta oikeuslaitoksen yhtenäistämisen linjasta.

Kihlakunnanoikeuksien toiminnan nopeuttamiseksi olisi komitean ja yleensäkin juristikunnan mielestä ollut yksinkertaisinta yhdistää tuomiokunnat yhdeksi tuomiopiiriksi, kuten Ruotsissa oli tehty ja vuoden 1873 komitea oli ehdottanut. Kun talonpoikaissääty, 'jota asia lähinnä koski', oli aivan määrätietoisesti selittänyt olevansa tällaista järjestelyä vastaan, ei komitea halunnut ottaa sitä uudelleen harkittavak-

16. Konferenssin puheenvuoroista ks. Konferensen 1895.

si. Sen sijaan komitea suunnitteli uudistusta, jossa kihlakunnanoikeudet olisi säilytetty 'vähäisiä' asioita varten, mutta niiden yläpuolelle olisi elvytetty laamanninoikeudet, nyt juristikollegioina.

Koska kihlakunnan lautakunnan katsottiin vahvistavan luottamusta oikeudenkäyttöön, se kannatti säilyttää eriytetyn alioikeuden alemmassa kokoonpanossa. Sen sijaan tärkeitä asioita käsittelevän kokoonpanon yhteydessä asia ei komitean mukaan ollut niin selvä. Jos maallikoita haluttiin ylempiin oikeuksiin, heille oli annettava yksilöllinen äänivalta, koska nämä oikeusasteet joka tapauksessa olisivat kollegiaalisia. Oikeusturva edellytti, että maallikoita oli oltava vähemmän kuin lakimiestuomareita. Siviilijuttujen käsittelyssä ei komitean mielestä maallikoita useiden lainoppineiden jäsenten ohella välttämättä ollenkaan tarvittu. Kaupan ja merenkulun asiantuntemus saattoi joskus olla tarpeen. Komitea esitti konferenssin pohdittavaksi, oliko kollegiaalista alioikeutta vahvistettava rikosjuttuja käsiteltäessä maallikoilla.

Oikeudenkäynnin keskittäminen suullisen käsittelyn avulla edellytti komitean mukaan asianajajien käyttämistä. Komitea halusi harkittavaksi, olisiko asianosaisten riita-asioissa ainakin joissakin jutuissa ehdottomasti käytettävä auktorisoitujen asianajajien apua. Jos uutta todistelua ei sallittaisi ylioikeuksissa, voitaisiin tulla toimeen vähemmillä oikeusasteissa kuin mitä komitea oli kaavaillut. Komitea suunnitteli yhteensä neljää oikeusastetta: kihlakunnanoikeuksia, laamannioikeuksia, hovioikeuksia ja korkeinta oikeutta. Tästäkin komitea halusi keskustella. Komitea halusi pohdittavaksi myös sitä, kenen johdolla esitutkinta oli suoritettava. Suurin osa asiantuntijoista oli kannatti tehtävän antamista syyttäjälle.[17]

Wreden komitean jäsen August *Juselius* (nimimerkki A. Js) arvioi vuonna 1893 ruotsalaista oikeuslaitosuudistusta käsittelevää kommentaaria JFT-lehdessä. Samalla hän esitti, että oli aivan järjetöntä käsitellä yksinkertaisia saamis- ja kunnianloukkausjuttuja yhtä kalliilla tavalla kuin suuria perintö- ja kiinteistöjuttuja. Suomessa käsiteltiin alioikeuksissa vuonna 1879 47000 juttua, Ruotsissa 27000. Suurin osa jutuista oli niin yksinkertaisia, että olisi tuhlausta käsitellä niitä monen lainoppineen tuomarin voimin. Kirjoittaja toivoi, että uudistus Suomessa toisin kuin Ruotsissa kyettäisiin myös saamaan aikaan.[18]

17. Wrede et al. 1893, 559-574.
18. Juselius (A. Js), 1893.

Wreden käsitys oli, että *kihlakunnanoikeudet maallikkojäsenineen olivat olosuhteiden vaatimusten mukaisia*. Maallikkoaines ja julkisuus tuottivat kihlakunnanoikeuksille kansan luottamuksen. Wreden mielestä oli omituista, että siihen asti oli kiinnitetty huomiota vain maaseudun tuomioistuimiin. Tavoitteeksi oli otettava yhtenäinen kaupunkien ja maaseudun alioikeusjärjestelmä. Alioikeudet oli sen sijaan eriytettävä pieniä ja suuria asioita käsitteleviin. Pikkujuttuja voi ratkaista lainoppinut puheenjohtaja maallikkojäsenien avulla. Vaikeampia juttuja varten sen sijaan oli luotava kolmen lainoppineen tuomioistuimia, joissa mahdollisesti olisi maallikkolautakunta. Tällainen järjestelmä takaisi kansalaisten yhdenvertaisuuden, koska varattomien ei tarvitse asioida kalliissa tuomioistuimissa.

Raastuvanoikeuksien pahin ongelma oli, että niiden jäsenet valittiin vaalilla, 'mikä asianlaita aikana, joka on katkerien puolueriitojen leimaamaa, väkisinkin johtaa ja on monissa tapauksissa johtanutkin siihen, että tuomareiden nimittämisessä ovat aivan muut näkökohdat kuin hakijan taito ja ansio tulleet määrääviksi'.[19] Raastuvanoikeuksien tuomarit olivat tämän vaalitavan vuoksi alemmalla tasolla kuin kihlakunnantuomarit. *Kaupunkituomioistuimet* oli siis *kokonaan uudistettava*.

15.3. Wreden komitean ehdotukset

Varsinainen kokonaisuudistusehdotus ilmestyi neljänä osana vuosisadan vaihteen jälkeen. Ehdotus sisälsi luonnokset kolmeksi laiksi: erilliset lait siviili- ja rikosoikeudenkäyntimenettelystä sekä tuomioistuinlain. Lisäksi komitea esitti ehdotuksen maan uudeksi oikeudelliseksi jaoksi.[20] Komitean mielestä oli uudistettava koko oikeudenkäyntiä koskeva lainsäädäntö; ei vain alioikeuksien kokoonpano vaan myös siinä noudatettava menettely. Toisaalta komitean mielestä vallitseva tuomioistuin- ja oikeudenkäyntijärjestelmä olivat pohjimmiltaan asianmukaiset. Oli säilytettävä 'olemassaolevat, jo koetetut laitokset sekä isiltä peritty oikeustajunta'.[21]

19. Wrede 1924, 94-99.
20. Mietinnön rakenne oli siten sama kuin Ruotsin vuoden 1884 ehdotuksen.
21. KomMiet 1901:8, 42-43.

Komitean mukaan Euroopan maissa toteutettujen uudistusten mukaiset prosessiperiaatteet olivat peräisin Ranskan vallankumouksesta: suullisuus, julkisuus, maallikoiden osallistuminen oikeudenkäyttöön, oikeudenkäynnin huokeus ja yksinkertaisuus sekä akkusatorinen menettely rikosasioissa. Ne eivät kuitenkaan olleet uusia, sillä 'nämä periaatteet olivat olleet voimassa vanhassa germaanisessa prosessissa' ja lisäksi niitä noudatettiin (huokeutta lukuunottamatta) 'edelleen ainakin yhdessä maassa, nimittäin Englannissa'. Komitea katsoo modernin prosessin peruspiirteiden olevan germaanista perua, siirtyneen englantilaisen järjestelmän kautta Ranskan vallankumouksen periaatteiksi ja sen kautta Euroopan mannermaalle.

Komitea oli päätynyt esittämään asioiden jakamista ensimmäisessä oikeusasteessa tärkeisiin ja vähäisiin. Komitean tuomioistuinlakiehdotuksen mukaan *alioikeuksia* nimittäin oli *kaksi*: *kihlakunnanoikeus* vähäisempiä ja *laamanninoikeus* tärkeämpiä asioita varten. Kaupungin ja maaseudun alioikeuksien sijasta olisi siis muodostettu erilaiset alioikeudet eri tyyppisiä asioita varten. Näiden yläpuolella olisi *hovioikeus* ja ylimpänä *korkein oikeus*. Kihlakunnanoikeuden ratkaisuun olisi saanut hakea muutosta laamanninoikeudessa, laamanninoikeudesta vain oikeuskysymyksen suhteen hovioikeudessa. Komitean mukaan juristikunnan keskuuteen oli jo vakiintunut se käsitys, että alioikeuskäsittely oli eriytettävä.[22]

Kihlakunnanoikeuksien piti komitean ehdotuksen mukaan käsitellä 'vähäiset' riita- ja rikosasiat. Riita-asioista sen käsiteltäviin kuuluivat ehdotuksen mukaan vuokrasopimusta, työsopimusta, aitaamista ja konkurssia koskeva riita sekä muut varallisuusoikeudelliset riidat, joiden riitasumma alitti tietyn markkamäärän.[23]

Ammattituomarien muodostama kollegiaalinen laamanninoikeus taas käsittelisi ensimmäisenä asteena perintö- ja perheoikeudelliset riidat, holhousasiat, kiinteän omaisuuden omistusoikeutta ja immateriaalioikeuksia koskevat sekä riitasummaltaan tietyn markkamäärän ylittä-

22. KomMiet 1901:8, 30-31.

23. Kihlakunnanoikeuksien piti käsitellä maanvuokrasopimusta, huoneenvuokrasopimusta, isännän ja palkollisen, työnantajan ja työntekijän välinen riita, ravitsemuslaitoksen palveluita koskeva riita, aitaamisriita, aviottoman lapsen elatusta koskeva riita sekä maksamismääräysasiat, lainhuudatus, konkurssi- ja pesäeroa sekä perinnönluovutusta koskevat asiat. Konkursseissa esitetyt vaatimukset olivat komitean mukaan yleensä suhteellisen yksinkertaisia, vaikka niiden käsittelemisessä olikin paljon työtä.

vät riidat. Parempaa tapaa vähäisten asioiden erottamiseen ei komitea keksinyt kuin riidan esineen tai arvon mukainen. Tämä teki kihlakunnanoikeuden tuomiovallan vähän suuremmaksi kuin yleensä Euroopassa oli tapana.[24] Kaksi vuotta kuritushuonetta tai neljä vuotta vankeutta oli rangaistusmaksimi rikoksissa, jotka oli käsiteltävä laamanninoikeudessa.[25] Komitea laski tilastojen perusteella, että noin kahdeksan prosenttia kaikista alioikeuksissa käsiteltävistä rikosasioista tulisi laamanninoikeuteen. Laamanninoikeus toimisi muutoksenhakuasteena kihlakunnanoikeudesta. Vekseliasiat olisi saanut viedä kumpaan alioikeuteen tahansa.

Yleensä Euroopassa oli käytössä erilainen alioikeus suurempia ja vähäisempiä juttuja varten. Yksi tuomari käsitteli yleensä vähäisiä siviiliasioita, kolmen tai viiden lainoppineen kollegiaalinen tuomioistun taas suurempia. Tämä oli samalla muutoksenhakuaste yhden tuomarin istunnossa käsitellyille asioille.[26] 'Vähäiset jutut' erotettiin esitettyjen vaatimusten rahamääräisen arvon perusteella. Rikostuomioistuimet jakaantuivat rikosasioiden törkeyden mukaan. Rikokset oli yleensä luokiteltu kolmeen luokkaan (crimes, délits, contraventions tai Verbrechen, Vergehen, Übertretungen). Vähäisiä rikkomuksia käsitteli yleensä yksi tuomari, vakavampia useamman lainoppineen tuomarin kokoonpano ja törkeimpiä rikoksia tutkittiin lainoppineiden tuomareiden ja juryn muodostamassa kokoonpanossa. Yleensä tämä muodostettiin lisäämällä jury kollegiaaliseen tuomioistuimeen.

Komitean ehdotus tuomioistuinlaiksi rakentui siis neljän yleisen oikeuden varaan. Näistä kihlakunnanoikeudet olivat alin oikeusaste sekä kaupungissa että maaseudulla, mutta kaupunkikunnissa sitä nimitettiin raastuvanoikeudeksi. Lisäksi kollegiaalisena alioikeutena toimisi laamanninoikeus, jonka tuomiopiiri oli lakikunta. Siihen kuului useita tuomiokuntia. Tuomiokunnissa tuomitsi ehdotuksen mukaan kihla-

24. KomMiet 1901:8, 190.

25. Lisäksi rangaistuksesta riippumatta laamanninoikeudessa oli käsiteltävä virallisen syytteen alaiset uskontorikokset sekä eräät poliittiset rikokset. Rangaistusmaksimin asettaminen näin merkitsi sitä, että murha, tappo, lapsenmurha, kaksinnaiminen, paritus, ryöstö, kiristäminen, törkeä varkaus, rikoksenuusijan tekemä varkaus tai murto, murhapoltto tai eräissä tapauksissa väärä vala, tietyt siveellisyysrikokset ja pahoinpitely, kavallus, väärennys, raharikokset, konkurssirikokset ym. olisi pitänyt käsitellä laamanninoikeudessa.

26. Ranskassa rauhantuomarit saivat käsitellä vain 'bagatellijuttuja'. Vähäisiä asioita käsitteli Italiassa yksinäistuomarit, pretori, ja sovintotuomarit, conciliatori. Saksalaiset Amtsgericht-oikeudet käsittelivät vähäisiä juttuja, Itävallassa Bezirksgericht oli tämä vähäisten juttujen käsittelyforum.

kunnantuomari lautakunnan kanssa, laamanninoikeudessa taas laamanni puheenjohtajana ja kaksi kihlakunnantuomaria jäseninä. Rikosasioita käsiteltäessä laamanninoikeudessa oli myös laamanninlautakunta. Komitea suunnitteli perustettavaksi 21 lakikuntaa ja 121 tuomiokuntaa. Osa kaupunkien tuomiokunnista toimisi useina osastoina.

Maalais- ja kaupunkialioikeuden eron säilyttämiseen ei ollut mitään syytä. Kaupungeissa tuomarit asetettiin vaalilla, 'jossa kokonaan toiset näkökohdat voivat olla määräävinä kuin ne, mitkä perustuslaki täydellä syyllä säätää noudatettavaksi yleisiä virkoja täytettäessä'. Pienissä kaupungeissa pormestari oli usein ainoa raastuvanoikeuden lainoppinut jäsen. Usein hän oli kuitenkin huonosti palkattu ja sai vain vähän harjaannusta oikeudenkäytössä. Useimmilla kihlakunnantuomareilla taas oli niin paljon työtä, että sen käytännössä suureksi osaksi hoitivat viransijaiset. Auskultointi kihlakunnanoikeuksissa oli nuorten juristien virkaylennyksen ehto. Tuloksena auskultointijärjestelmästä oli, että suuri osa maaseudun alioikeuksien oikeudenkäytöstä oli kokemattomien tuomareiden käsissä. Alioikeuksiin oli saatava useita lainoppineita jäseniä, jotta vaikeammat riita-asiat ja törkeät rikosasiat voitaisiin asianmukaisesti käsitellä.[27] Yhden tuomarin oikeudet eivät muutenkaan kykene ratkaisemaan vaikeita ja mutkallisia oikeuskysymyksiä.[28] Siksi komitea esitti kaksijakoista alioikeutta, jonka jäsenet nimitettäisiin tuomioistuinlaitoksen sisäisessä menettelyssä.

Komitean mielestä kaupunkien erityinen oikeudenkäyttö oli siis lakkautettava, ja koko maa jaettava tuomiokuntiin. Vuoden 1895 oikeustilaston mukaan näytti siltä, ettei alle 6000 hengen kaupungeissa kannattanut pitää erityistä tuomioistuinhenkilökuntaa, koska juttuja oli niin vähän. Noin 10000 hengen asukasmäärä kaupungissa tuotti tilaston mukaan niin paljon juttuja, että kaupunkia varten kannatti perustaa erillinen raastuvanoikeudeksi nimitetty tuomiopiiri.[29] Kihlakunnanoikeuksien tuomiokunnat voisivat olla pieniä, koska kihlakunnantuomarit varsinaisen toimensa ohella toimisivat laamanninoikeuksien jäseninä ja saisivat näin riittävän palkkauksen. Laamanninvirkoihin voitaisiin saada kokeneita ja eteviä lakimiehiä.

Yleisessä ylioikeudessa olisi tuomareina presidentti ja tarpeellinen määrä hovioikeudenneuvoksia. Samalla luovuttaisiin hovioikeuden jä-

27. KomMiet 1901:8, 40-41.
28. KomMiet 1901:8, 42.
29. KomMiet 1901:8, 176.

senten kahdesta virka-asteesta, hovioikeudenneuvoksista ja asessoreista. Hovioikeudenneuvosten palkka olisi tehtävä riippuvaiseksi virkavuosien määrästä eikä arvosta. Korkeimmassa oikeudessa tuomitsisi presidentti ja vähintään kymmenen oikeusneuvosta.

Ehdotetun tuomioistuinlain toinen luku käsitteli tuomareita, ja sen ensimmäiset neljä pykälää koskivat vain ammattituomareita. Jälkimmäiset kolme tarkoittivat myös maallikkotuomareita. Kaikki ammattituomarit nimittäisi keisari, kuten perustuslaki määräsi. Asetuksella 23 heinäkuuta 1896 tiettyjen nimitysasioiden ratkaiseminen oli kuitenkin annettu senaatin oikeusosastolle, ja tämä valta voisi siirtyä perustettavalle korkeimmalle oikeudelle. Yleisenä kelpoisuusehtona tuomarinvirkaan ehdotettiin 25 vuoden ikää ja määrättyjä opinnäytteitä. Näitä koskevat määräykset oli annettu asetuksella ilman säätyjen myötävaikutusta. Menettely voisi jatkua. Korkeimman oikeuden ja hovioikeuksien presidentit ja oikeusneuvokset nimitettäisiin ilman virkaehdotusta, hovioikeudenneuvokset, laamannit ja kihlakunnantuomarit sen sijaan hovioikeuden virkaehdotuksen perusteella.[30]

Korkeimman oikeuden ja hovioikeuksien presidenteiksi sekä oikeusneuvoksiksi keisarin tuli kutsua pysyviksi ja lainoppineiksi tunnettuja miehiä, joilla on kokemusta tuomarintoimista. Kaikki nämä tuomarit nimitettäisiin elinajaksi, eikä heitä voitaisi erottaa ilman oikeudenkäyntiä ja tuomiota. Heidän palkkansa maksettaisiin valtiovaroista. Vallitseva palkkausjärjestelmä, jonka mukaan alituomarit saivat suuren osan tuloistaan 'sivusaatavina' oli epätyydyttävä. Oli tuomarin asemalle sopimatonta ja kiusallista, että tulojen suuruus riippui toimituskirjojen arkkien, tavujen ja rivien lukumäärästä.[31]

Tuomarinvalassa tuomarin oli vannottava edistävänsä oikeutta ja totuutta parhaan ymmärryksensä ja omantuntonsa mukaan ja tuomitsevansa Jumalan ja Suomen lain mukaan. Tämä vala oli myös lautamiehen vannottava. Oikeuslähteitä koskevan ja tulkintaoppia käsittelevän pykälän mukaan tuomarin tuli tarkoin tutkia lain oikea tarkoitus ja pe-

30. Nimitysmenettely esitettiin pidettäväksi tuomioistuimien sisäisenä. Hovioikeudenneuvokseksi voitaisiin nimittää vain kolme vuotta kihlakunnantuomarin virkaa toimittanut ja laamanniksi tämän lisäksi vuoden hovioikeuden jäsenenä toiminut tuomari. Poikkeus olisi, että yliopiston lainopin opettaja voitaisiin nimittää sellaiseen virkaan, vaikka hänellä ei olisi näin pitkää virkauraa, jos hän muuten olisi ansiokas. Ylioikeuksien virkanimityksissä oli kokemus alioikeuksista oli toivottava. Yliopiston opettajien toiminta oli omiaan 'suuressa määrin kehittämään taitoa tuomarintoimissakin'. KomMiet 1901:8, 182.

31. KomMiet 1901:8, 182.

rustus sekä tuomita sen mukaan, eikä vastoin sitä, oman mielivaltansa mukaan. Maantapaa voi pitää ohjeena, jos säädettyä lakia ei ollut eikä tapa ollut kohtuuton.

Kihlakunnanlautakunnan vaalin suhteen komitea esitti vuoden 1886 asetuksen periaatteiden säilyttämistä. Kunnan- tai kaupunginvaltuutettujen tuli asettaa ehdolle lautamiehet ja lähettää vaalipöytäkirja kihlakunnantuomarille. Tämän piti valita kolmesta ehdolle pannusta sopivin.[32] Lautamiehen pätevyysvaatimukset olivat 25 vuoden ikä, kunnallinen vaalikelpoisuus ja se, että oli 'elämältään vilpittömäksi tunnettu'. Tuomarin virkavirheestä lautamiestä oli syytettävä hovioikeudessa, mutta muusta 'virkahairauksesta' piti sen oikeuden tuomita, jossa lautamies palveli. Lautamiehen palkkion määrän kunnat saisivat määrätä, mutta eivät kolmea markkaa pienemmäksi. Raastuvanoikeuden lautakunnan jäseniä tuli olla vähintään kaksi kullakin raastuvanoikeuden osastolla. Kaupungeissa oli viisasta olla jakamatta lautamiesten työtä moniin käsiin, koska silloin voitiin maksaa suurempi korvaus ja samat henkilöt voitiin pitää toimessa pitkään. Näin he tottuisivat tuomarintoimiin. Laamanninoikeudessa tuomitsi ehdotuksen mukaan laamanni puheenjohtajana ja kaksi kihlakunnantuomaria. Rikosasioiden käsittelyyn osallistuisi laamanninlautakunta, kerrallaan viisi lautamiestä. Laamanninlautakunnan jäsenet määräisi kussakin tuomiokunnassa valiokunta, jossa kihlakunnantuomari olisi puheenjohtajana ja toisina jäseninä olisi kunnan- tai kaupunginvaltuuston asettamia jäseniä. Lakikuntana yksin olevan kaupungin valtuusto olisi kuitenkin saanut valita lautakunnan jäsenet.

Laamanninoikeudet oli tarkoitettu 'mutkallisempiin riita-asioihin', joiden arvosteleminen saattoi edellyttää laintuntemuksen ja tuomarikokemuksen ohella erityisiä ammattitietoja teollisuuden, kaupan tai muun elinkeinotoiminnan aloilta. Tällaisia tietoja ei kansan keskuudesta valituilla maallikkotuomareilla ole. Muuten maallikkojen myötävaikutuksella on suurempien riita-asioiden käsittelyssä 'yleensä ala-arvoinen merkitys'.[33] Jos maallikot otetaan ratkaisemaan oikeuskysymyksiä, joiden itsenäiseen arvostelemiseen heillä yleensä ei ole edelly-

32. Kihlakunnanlautakuntaan oli tarkoitus valita vähintään 12 ja enintään 24 lautamiestä. Käräjien määrästä riippuen näitä olisi voitu valita myös vain kuusi. Kerrallaan lautamiehiä oli viranteossa kuudesta kahteentoista. Kun vuoden 1886 asetuksen mukaan kunkin käräjäkunnan lautakunnassa tuli olla vähintään seitsemän jäsentä tai enemmän, enintään 12, oli välttämätöntä lisätä lautamiesten lukua.
33. KomMiet 1901:8, 144.

tyksiä, he tuottavat enemmän vahinkoa kuin hyötyä. Järjestelystä voisi olla juridisesti vaaraa, koska maallikkojäsenille pitäisi antaa laamanninoikeudessa 'mieskohtainen' äänioikeus. Järjestely voisi 'veltostuttaa' maallikoiden harrastusta heidän kykyihinsä paremmin sopivissa asioissa. Komitea ei puoltanut maallikoiden osallistumista laamanninoikeuksien riita-asioiden käsittelyyn.[34]

Sen sijaan rikosasioissa oikeuskysymykset ovat yleensä yksinkertaisia ja niitä maallikotkin voivat helpommin arvostella. Rikosasioissa 'suurinta ja monipuolisinta huolellisuutta' tarvitaan 'oikean asiantilan' selvittämisessä. Siinä 'kunkin paikkakunnan valistuneiden ja tunnollisten kansalaisten' keskuudesta valitut maallikkotuomarit voivat olla suureksi hyödyksi sellaisessakin oikeudessa, jossa on useampia lainoppineita jäseniä. Maallikkojen ihmistuntemus ja ammattituomarien huonommin tuntemien yhteiskuntakerroksien 'katsanto- ja elämäntapojen tunteminen' voivat lisätä oikean käsityksen syntyä. Ammattilakimiehet usein yleistävät erikoistapauksia.

Kihlakunnanlautakuntaa ei sellaisenaan voisi käyttää laamanninoikeudessa. Maallikot menettäisivät lakimieskollegiossa merkityksensä, jos heillä olisi vain kollektiivinen ääni. Juryä ei voinut puoltaa. Komitea pohti kysymystä, koska useimmat uusimmatkin ulkomaiset prosessilait ovat omaksuneet jury-järjestelmän. Juryn suosio oli kuitenkin 'pikemmin valtiollisten kuin oikeudenkäyttöä koskevien syiden' aiheuttama, ja sen hyödyllisyydestä oltiin mannermaalla erimielisiä. Jury-tuomioistuimessa arvalla valitut jurymiehet ratkaisevat syyllisyys- tai syyttömyyskäsityksen itsenäisesti ja ammattituomarien mielipiteestä huolimatta, 'niin sanoen kansan nimessä'. Sen jälkeen ammattituomarien asiana on sovittaa rikoslaki juryn ratkaisemaan asiantilaan. Jurymiehiä on oltava suuri määrä, ja vielä enemmän niitä, joiden keskuudesta heidät arvalla valitaan. Harvaan asutussa Suomessa tästä syntyisi hankaluuksia.

Periaatteellisetkin syyt puhuivat komitean mielestä juryä vastaan. On 'luonnotonta ja vastoin periaatetta, että syyllisyyskysymys erotetaan oikeuskysymyksestä sekä kumpikin lykätään tuomioistuimen eri osastoihin ja siten suljetaan pois lainoppineet tuomarit syyllisyyskysymyksen tutkimisesta'. Tähän liittyy se, että '...jurymiesten täytyy erityisenä kolleegiona tehdä päätöksensä yksinäishuoneessa ja että he siis

34. KomMiet 1901:8, 145.

eivät voi saada hyötyä lainoppineiden tuomioistuinjäsenten kanssa yhteisestä keskustelusta...takeet syyttömien henkilöiden tuomitsemista vastaan, joita jurylaitoksella on koetettu luoda, saavutetaan lautakuntalaitoksella sitä suuremmassa määrässä kuin lautakunnan lausunto syytetyn syyllisyydestä perustuu tuomioistuimen lainoppineiden jäsenten kanssa tapahtuneeseen keskusteluun, jossa voivat tulla huomioon otetuiksi sellaisetkin näkökohdat, mitkä usein jäävät huomaamatta maallikolta, vaan eivät yhtä helposti...ammattituomarilta'.[35]

Suomessa ei ollut edes ehdotettu tai toivottu jurylaitosta. Komitean jäsenten omien havaintojen nojalla jury-tuomioistuimet toisinaan säälistä tai asianajajan kaunopuheisuuden vuoksi julistavat syyttömiksi sellaisia henkilöitä, joiden syyllisyydestä ei objektiivisesti ole epäilystäkään. Tällainen menettely turmelee kansan luottamuksen koko oikeudenkäyttöön.[36] Laamanninoikeuden lautamiehet osallistuisivat sekä syyllisyys- että rangaistuskysymyksen ratkaisemiseen. Maallikoita olisi enemmän, mutta he eivät voisi antaa ratkaisua kolmen lainoppineen langettavan tuomion vastaisesti. Lisäksi pitäisi olla 'erityisiä takeita siitä, että ainoastaan oikeudenpitäviksi ja kelvollisiksi tunnetut henkilöt pääsevät jäseniksi mainittuun lautakuntaan'.[37] Jury ei ole suomalaisille lainvalmistelijoille tae sille, että tuomari ja todistaja kykenevät 'kokemaan samoissa olosuhteissa samat asiat'. Se ei ole empiirisen hahmotuksen luotettavuuden tae. Jurystä keskustellaan ensisijaisesti maallikkoaineksen synnyttämän *poliittisen* luottamuksen kontekstissa, ja sitä vastustetaan, koska käytettävissä ei ole sellaisia juryn jäseniä, joiden itsenäiseen harkintakykyyn voitaisiin luottaa.

Päätöksenteon kihlakunnanoikeudessa oli tarkoitus tapahtua yhteisessä neuvottelussa. Jos kaikki eivät olleet yksimielisiä, oli äänestettävä puheenjohtajan johdolla. Kihlakunnanoikeudessa puheenjohtajan tuli antaa lautakunnalle tieto asiasta ja sen perusteista ja myös siitä, mitä laki sellaisesta tapauksesta sanoo. Jos lautakunta oli toista mieltä kuin kihlakunnantuomari ja lautakunta kokonaisuudessaan oli yhtä mieltä, sitä oli noudatettava. Jos lautakunta ei ollut yksimielinen, puheenjohtajan käsitys jäi vallalle. Laamanninoikeudessa, hovioikeudessa ja korkeimmassa oikeudessa kullakin jäsenellä oli yksi ääni. Laamanninoikeudessa laamannin tuli lautakunta-asioissa lyhyesti selostaa

35. KomMiet 1901:8, 147-148.
36. KomMiet 1901:8, 149.
37. KomMiet 1901:8, 149.

asiaa. Äänestettäessä kihlakunnantuomarit lausuivat ensin käsityksensä, ja sitten lautakunnan jäsenet ja viimeksi laamanni. Laamanninoikeudessa rikosasiassa sai tuomita vain, jos laamanni tai joku kihlakunnantuomareista kannatti syylliseksi tuomitsemista; maallikkotuomareiden kannan mukaisesti ei olisi voinut tuomita syylliseksi vaan vain vapauttaa. Vastuu kihlakunnanoikeuden tuomiosta oli kihlakunnantuomarin, paitsi kun lautakunta oli päässyt voitolle äänestyksessä. Muissa oikeuksissa kukin vastasi mielipiteestään.

Hovioikeuden ensisijaiseksi tehtäväksi komitea esitti, kuten oikeudenkäymiskaarikin, valvoa sen alaisia tuomioistuimia. Toiseksi hovioikeuden tuli toimia muutoksenhakuasteena. Näkemys hovioikeuden tehtävistä jäi näin entiselle kannalle. Komitea ehdotti korkeimman oikeuden perustamista. Hallitsijalle kuuluvaa tuomiovaltaa oikeusasioissa käytti perustuslain mukaan erityinen tuomioistuin tai viranomainen, joka oli vuodesta 1809 alkaen ollut senaatin oikeusosasto. Oikeusosaston käsittelemät oikeushallinnolliset tehtävät olisivat siirtyneet korkeimmalle oikeudelle.[38] Korkein oikeus käyttäisi keisarin tuomiovaltaa sekä valvoisi oikeudenhoitoa maassa. Sen tehtävä olisi ratkaista revisio- ja valistusasiat yleisistä oikeuksista ja erikoistuomioistuimista. Lisäksi sen oli käsiteltävä hallinnolliset asiat, joista oli saanut valittaa senaatin oikeusosastoon, sekä korkeimpien virkamiesten virkarikossyytteet. Korkein oikeus olisi myös saanut ratkaista sen, kuuluiko jokin asia tuomioistuimen tai hallintoviranomaisen tutkittavaksi. Armonanomuksia koskevat asiat olisivat kuuluneet sille. Korkeimman oikeuden olisi pitänyt myös antaa lausuntoja mm. perustuslain muuttamista koskevista asioista. Mitään perustuslaillista lakien jälkikäteiskontrollia sille ei ehdotettu.

Komitea huomautti, että yleensä kaikkialla Euroopassa oli vain yksi valitusaste, jossa alioikeuksia laajempi lainoppineiden tuomarien kollegio ratkaisi asioita. Apelli eli muutoksen hakeminen sekä todistelua että oikeuskysymystä koskevissa asioissa asia yleensä oli mahdollista vain yhdessä oikeusasteessa. Yhden tuomarin ratkaistavissa asioissa yleensä voitiin käsitellä kollegiaalisessa alioikeudessa, mutta yleensä enintään oikeuskysymyksessä voitiin tästä vedota ylempään oikeuteen. Rikosasioissa yleensä juryn käsittelemissä kysymyksissä muutoksenha-

38. Senaatin 13 syyskuuta 1892 annetun ohjesäännön 83 pykälä ja 23 päivänä heinäkuuta 1896 annetun asetuksen 1 ja 6 pykälät määrittelivät ne oikeushallinnolliset asiat, jotka oikeusosasto ratkaisi.

ku voi koskea vain oikeuskysymystä. Modernissa prosessissa korkeimman oikeuden tehtävänä tutkia vain oikeuskysymys. Ranskalaisen perinteen mukaiset kassaatiotuomioistuimet kumoavat tuomion ja siirtävät asian tuomion antaneen oikeuden tasoiselle tuomioistuimelle. Ylin oikeus voi myös ratkaista itse asian revisiotuomioistuimen perinteen mukaisesti. Jos suullisuus- ja välittömyysperiaatteet haluttiin toteuttaa täydellisesti, ei ollenkaan voitaisi sallia muutoksenhakua myös todistelukysymyksissä. Wreden komitea katsoi kuitenkin tarpeelliseksi sallia muutoksenhaun myös niissä. Oli sallittava muutoksenhaku todistuskysymyksessäkin niissä riita-asioissa, joita laamanninoikeus käsitteli ensimmäisenä oikeusasteena.[39]

Jos ylempi oikeus tutkii todistelua suullisuus- ja välittömyysperiaatteiden perusteella toimivassa tuomioistuimessa, todistelu on uudistettava ylemmässä tuomioistuimessa. Tämä olisi kallista ja hankalaa. Sen vuoksi todistelu voitaisiin komitean ehdotuksen mukaan uudistaa vain laamanninoikeudessa, ei sen sijaan hovioikeudessa. Rikosasioiden oikeudenkäynnissä todistelun välittömyyttä oli komitean mielestä pidettävä niin tärkeänä, ettei siihen voinut tehdä poikkeusta ylemmissä tuomioistuimissa. Vain sille tuomarille, joka on itse kuulustellut todistajia ja katsastanut esineitä voidaan antaa oikeus arvioida niiden arvoa. Laamanninoikeudessa myös maallikot voivat osallistua tähän arvioon. Riita-asioissa olisi sen vuoksi voinut hakea muutosta myös todistelua koskevaan ratkaisuun, rikosasioissa taas ei.[40]

Ylempien tuomioistuimien kokoonpanossa komitea ei nähnyt muita ongelmia kuin sen, että senaatin oikeusosaston jäsenet nimitettiin määräaikaisesti ja voitiin erottaa ilman tutkimusta ja tuomiota. Ylimmässä oikeusasteessa tuomionvoipien jäsenten lukumäärän pitäisi myös olla suurempi kuin alemmassa, mutta näin ei Suomessa ollut. Hovioikeudet soveltuivat komitean mielestä vastaisuudessakin ylioikeuksia. Senaatin oikeusosasto sen sijaan ei ollut niin itsenäisessä asemassa kuin pitäisi ja minkä perustuslait sille vakuuttavat.[41]

Saksassa ja Itävallassa käyttöön otettu maksamismääräysmenettely haluttiin omaksua myös Suomen oikeuteen. 'Vähäisten asioiden' eriyt-

39. KomMiet 1901:8, 158.
40. KomMiet 1901:10, 140-141.
41. KomMiet 1901:8, 159. Senaatin oikeusosaston ohjesääntö, 13 syyskuuta 1892 ei antanut oikeusosastolle sellaista itsenäistä asemaa, joka korkeimmalla oikeudella tuli olla.

tämisen ohella tämä nopeuttaisi sekä yksinkertaisten velkomusasioiden käsittelyä että tärkeiden asioiden käsittelyä, koska suuri osa asioista kanavoituisi näin pois tuomioistuimista.[42] Yleisten alioikeuksien rinnalle Wreden komitea ei sen sijaan halunnut erikoistuomioistuimia. Yleiset kauppiaskokoukset olivat tosin puoltaneet kauppatuomioistuimien perustamista. Komitean mielestä näiden tarve vähenisi, kun oikeudenkäyttö nopeutuisi, kauppaoikeutta kodifioitaisiin ja tuomioistuimet saisivat siten paremmin tietoa kaupan säännöistä. Ammattituomari oli kauppiasta parempi arvioimaan kauppatavan merkitystä oikeuslähteenä.[43] Aina voitiin hankkia asiantuntijalausuntoja. Sitä paitsi 'käsitys kauppatuomioistuinten hyödyllisyydestä ei ole saanut yleisempää kannatusta edes kauppiassäädyn omien jäsenten kesken. Suomen kauppavaltuuskunnan keskusvaliokunta on 1895 kauppiaskokouksen toimeksiannon mukaan senaatille lähetetyssä kirjeessä anonut, että otettaisiin käyttöön meriasioissa käytetty menettely kaupparii doissakin. Kirjeen mukaan yleisissä kauppiaskokouksissa on arvioitu, että kauppatuomioistuimia saataisiin kokoon vain harvoilla paikkakunnilla, joten niistä ollaan luopumassa'. Liike-elämän kiinnostus olikin suuntautumassa välimiesmenettelyn käyttöön. Komitea esitti, että kauppiaat voisivat käyttää välimieslaitosta riitojensa selvittämiseen.[44]

Komitea pohti myös, olivatko erityiset sovitteluelimet tarpeen. Käräjöintihalun vähentäminen olisi sinänsä tarpeen. Kuitenkaan ei ollut käytettävissä riittävästi henkilöitä, jotka 'ovat tunnetut järkähtämättömästi oikeudenpitäviksi ja nauttivat yleistä luottamusta sekä omaavat melkoisia lakitietoja', mikä olisi komitean käsityksen mukaan ollut sovitteluelimessä tarpeen. Asiat saattaisivat sovitteluelimissä päättyä viekkaamman asianosaisen eduksi. Jos sovitteluelimen päätökseen ei tyydyttäisi, sovittelu vain viivästyttäisi asian ratkaisemista.[45] Sen sijaan alituomarit voisivat menestyksekkäästi sovitella asianosaisten välillä. Pienissä tuomiokunnissa puheenjohtajat tuntisivat asianosaiset ja heidän olonsa, mikä on sovinnon välittämisessä tärkeätä.[46]

Oikeudenkäyntimenettely oli tarkoitus uudistaa perusteellisesti. Ehdotus laiksi riita-asiain oikeudenkäynnistä[47] edellytti asioiden suul-

42. KomMiet 1901:8, 86.
43. KomMiet 1901:8, 167 .
44. KomMiet 1901:8, 169-170.
45. KomMiet 1901:8, 171.
46. KomMiet 1901:8, 157.
47. KomMiet 1901:9.

lista käsittelyä. Komitea katsoi, ettei vapaata todistusharkintaa voi toteuttaa, jos käytetään kirjallista menettelyä. Tämä perustuu siihen, ettei monia tuomarin vakaumuksen muodostumiselle tärkeitä asioita voida ollenkaan pöytäkirjata.[48] Asiat tuli valmistella ennen oikeuskäsittelyä asianosaisten kirjelmien vaihdolla. Niistä asianosaiset saisivat 'tiedon toisen aikomista hyökkäys- ja puolustuskeinoista' ja osaisivat niihin varautua.[49] Vapaa todistusteoria ei merkitse sitä, että tuomari harjoittaa subjektiivista mielivaltaa. Tuomiossa on mainittava objektiiviset syyt ja perusteet, joihin tuomari nojautuu.

Dispositiivisten riita-asioiden käsittely tuomioistuimissa perustuu niihin vaatimuksiin ja todisteisiin, joita asianosaiset esittävät. Tuomarin tehtävä on tuomita niiden perusteella. Prosessioikeudelliset muodot eivät kuitenkaan saa olla asianosaisten määräämisvallan alaisia. Tuomarin tulee määrätä, missä järjestyksessä asiat käsitellään, ja minkä asioiden käsittely kuuluu yhteen. Hän ei toisi juttuun uusia oikeudenkäynti- tai todistusaineksia, mutta käyttäisi käsillä olevia aineksia vapaasti totuuden ilmisaamiseksi.[50] Riita-asiassa 'tosin on varsin suotava, että tuomio on todellisen asiain tilan kanssa yhtäpitävä, mutta siitä huolimatta täytyy jäädä asianosaisten omaksi asiaksi, missä määrin he tahtovat aikaansaada sellaista tulosta saatavilla olevia ja soveliaita todistuskeinoja käyttämällä', mutta 'rikosasiain oikeudenkäynnissä...-tärkeäin yleisten etujen johdosta...totuuden ilmisaaminen tulee tarkoitusperäksi, johon on pyrittävä mitä suurimmalla huolella'. Sen vuoksi 'asianosaisten, virallisen syytteen alaisissa asioissa, ei voida sallia sopimalla luopua oikeudestaan'.[51]

Kaikki uudet prosessilait olivat mietinnön perustelujen mukaan luopuneet legaalisesta todistelusta. Suomessakin oli omaksuttu *vapaa todisteiden harkinta* eräissä kysymyksissä.[52] Käytännössä vapaa todistusharkinta oli komitean mukaan levinnyt laajalti muutenkin. 'Vapaan todistusteorian kanssa on ristiriidassa, että laissa säädettäisiin otaksumia jonkin henkilön todistajaksi kelpaavaisuudesta'. Silti mielenvikaisten, lasten ja asianosaisten ei tulisi voida todistaa. Sukulaisuuteen perustuvat todistajanjäävit voitiin sen sijaan huoletta poistaa. Oikeastaan

48. KomMiet 1901:9, 125.
49. KomMiet 1901:6, 128.
50. KomMiet 1901:8, 138.
51. KomMiet 1901:10, 112.
52. L rautatien käytöstä johtuvan vahingon vastuusta ja HolhousL salli tietyissä asioissa vapaan todisteiden arvioimisen.

asianosaisen valan vaikutuksia koskevat säännöksetkin olisi tullut ehdottaa poistettaviksi, mutta tämä olisi järkyttänyt vallitsevaa käsitystä niin paljon, ettei sitä haluttu tehdä.[53] Näin suomalaista prosessijärjestystä ei ehdotettu muutettavaksi sellaiseen 'kypsään' modernin prosessin muotoon saakka, jossa asianosainen esiintyy kahdessa täysin erillisessä ominaisuudessa: oikeussubjektina ja empiirisenä subjektina. Ehdotuksessa säilytettiin asianosaisen vala. Sen asemaa haluttiin pikemminkin vahvistaa kuin heikentää. Puhdistusvala ja täytevala oli tarkoitus yhdistää yhdeksi asianosaisen valaksi. Täytevalaa oli tarkoitus kehittää saksalaisen todistusoikeuden suuntaan.

Suullisuus- ja *välittömyysperiaatteet* ovat tärkeitä myös riita-asioiden, mutta etenkin rikosasioiden käsittelyssä. Suullisuus- ja välittömyysperiaatteet tekevät rikosasiassa välttämättömäksi asian tutkimisen 'välittömän havainnon tai sellaisten henkilöiden suullisen selonteon nojalla, jotka itse ovat havainneet noita asiainhaaroja, sekä sallivat paljoa vähemmän havaintojen kirjallista monistamista, kuin yksityisoikeudellista suhdetta koskevat seikat'. Komitean mielestä suullisuus ja välittömyys ovat omiaan lisäämään tuomarin tarkkaavaisuutta ja havaintokykyä sekä tekemään asian käsittelyn eloisammaksi. Komitea ei pohdi kysymystä siitä, miten tuomari voi vakuuttua 'vierasmiestodistelun' uskottavuudesta.[54] Puhdistusvalan komitea ehdotti poistettavaksi, koska se tähtää tunnustukseen ja voi muodostua 'siveelliseksi kidutukseksi'.[55]

Oikeuslaitoksen ongelmana pidettiin komitean mukaan varsinkin oikeudenkäynnin *hitautta*. Selvät velkomukset ja eräät yksinkertaiset riita-asiat ratkaistiin yleensä jo ensimmäisessä istunnossa. Sen sijaan muut ja etenkin tärkeät riita-asiat lykättiin ainakin kerran, usein kaksi kertaa tai enemmänkin. Kun käräjiä pidettiin muutaman kerran vuodessa, asian ratkaiseminen alioikeudessa kesti vuoden, kaksi tai kauemminkin. Vähäiset rikosasiat voitiin nekin ratkaista jo ensimmäisessä istunnossa. Törkeämpiä rikosasioita varten voitiin pitää välikäräjät. Siksi niiden käsittelyyn alioikeudessa meni usein vuosi tai enemmän. Kun muutoksenhakua ei ollut mitenkään rajoitettu, voi asian kokonaiskäsittelyaika olla todella pitkä.

53. KomMiet 1901:8, 139.
54. KomMiet 1901:10, 134-135.
55. KomMiet 1901:10, 138.

Wreden komitean käsityksen mukaan hitautta ei aiheuttanut vain kihlakunnanoikeuksien kokoontumistahti, vaan myös itse oikeudenkäyntitapa. Koska riita-asioissa ja vähäisissä rikosasioissa ei ollut mitään *esitutkintaa*, jouduttiin tuomioistuimessa tutkimaan aluksi kantajan vaatimukset. Haaste oli vain kutsu oikeuteen, eikä se yleensä sisältänyt tarkempia tietoja kantajan vaatimuksista ja niiden perusteista. Törkeämpiä rikosasioita valmisteltiin poliisitutkinnan kautta. Vähäisissä rikosasioissa sen sijaan asianomistajat tulivat oikeuteen tavallisesti aivan valmistautumattomina. Poliisitutkinnankaan yhteydessä todistusaineistoa ei yleensä järjestetty niin, että ne voitiin esittää yhdellä kerralla oikeudelle. Koska asianajaja- ja syyttäjälaitokset olivat järjestäytymättömiä, ei oikeusmenettelyyn saatu järjestystä, nopeutta ja keskitystä. Tuomarin prosessinjohto oli epätyydyttävää, niin ettei puuttuvaa esivalmistelua tehokkaasti korjattu oikeudessakaan. Kaupunkialioikeuksissa lykkäykset usein liittyivät siihen, että kirjallinen menettely tuotti tuomareille runsaasti työtä.

Todistelun ongelmat olivat suuret. Asioiden valmistelemattomuus johti siihen, että todisteita esitettiin siitäkin, mikä ei ollut riitaista. Riitaisiin kysymyksiin liittyvää todistelua esitettiin hajanaisesti ja eri oikeudenistunnoissa. Todisteluun sovellettiin legaalisia todistelun sääntöjä, 'niinsanottua lakimääräistä todistusteoriaa', ja menettely oli kirjallista. Kaikki tämä yhdessä esti totuuden tehokasta selvittämistä.

Useimmissa asioissa tuomari kuitenkin oli 'varsinkin vierasmiestodistuksiin nähden sidottuna taipumattomiin sääntöihin, useinkin vahingoksi totuuden ilmisaattamiselle'. Usein julistettiin, että syytetty on 'epäilyttävien seikkain alainen, vaan ettei häntä voida tuomita asiaan syypääksi'. Tämä leimaa koko oikeuslaitoksen kykenemättömäksi. Alioikeuden pöytäkirja laadittiin yleensä vasta kauan istunnon jälkeen muistiinpanojen perusteella. Usein sen kirjoitti toinen henkilö kuin käsittelyä johtanut tuomari. Aineksia samalla seulottiin ja järjesteltiin, ja pöytäkirja laadittiin eri kielellä kuin millä muistiinpanot oli tehty. Pöytäkirja ei koskaan anna täydellistä ja tarkkaa kuvaa siitä, mitä oikeudessa oli tapahtunut. Kirjallinen menettely antaa siis vähemmän takeita asian varmasta tutkimisesta kuin suullinen menettely, jossa asianosaisten esitysten ja todistelun pääkohdat esitetään järjestettynä, yhtenäisenä kokonaisuutena välittömästi tuomitsevalle oikeudelle.[56]

56. KomMiet 1901:8, 34.

Syyttämisperiaatteella ei ole komitean mukaan mitään välttämätöntä yhteyttä aineellisen totuuden tavoittelemiseen. Sekä tutkintaettä syyttämismenettely voivat tähdätä aineelliseen totuuteen, mutta syyttämisperiaatteella toimivassa prosessissa on kaksi asianosaisten vastakkain itsenäisinä oikeudenkäyntisubjekteina, joiden välillä oikeus tuomitsee miltei samaan tapaan kuin riita-asiain oikeudenkäynnissäkin. Inkvisitorinen menettely tekee tuomarista samalla kertaa syyttäjän ja tuomarin, mutta nämä tehtävät eivät sovi yhteen. Jos oikeudenkäynnissä ei ole asianosaisia, sitä ei voida järjestää tarkoituksenmukaisesti. Inkvisitorisessa menettelyssä ainoa turva tuomarin mielivaltaa vastaan on ylempi tuomioistuin. Siksi menettely on kirjattava. Siitä taas seuraa, ettei julkisuudella ole suurta merkitystä. Akkusatorinenkin menettely voi olla kirjallinen ja salainen, mutta se 'muodostuu luonnollisemmaksi suullisena ja julkisena'.[57] Ruotsalaisen ja suomalaisen rikosprosessin inkvisitorista luonnetta komitea selittää esitutkinnan puutteellisuudella.[58]

Komitean mielestä suomalaiset kihlakunnantuomarit eivät ehtisi osallistua rikosasioiden valmistavaan käsittelyyn, eikä erillisten tutkintotuomareiden palkkaamiseen riittäisi voimavaroja. Syyttäjän olisi sen vuoksi johdettava esitutkintaa. Olisi luotava takeita syyttäjän vallan väärinkäyttöä vastaan. Puolustusasianajajan ottamista syytetyn kuulusteluun ei pitäisi sallia, koska tällä on mahdollisuus keskustella syytetyn kanssa muuten.[59]

Asianajon ongelmana oli komitean mielestä se, että suuri osa asianajajista ei ollut lainoppineita. Lainoppineet lakimiehetkin olivat suureksi osaksi nuoria juristeja, jotka odottaessaan tointa valtion virastoissa harjoittivat asianajoa. Näidenkin ammatinharjoituksesta oli esitetty valituksia. Asianajajat mutkistavat ja viivyttävät asianajoa, aiheuttavat tarpeettomia kuluja ja vaikeuttavat tarkoituksenmukaista prosessinjohtoa ja koko oikeudenkäyntiä.[60] Asianosaisilla oli Suomessa jokseenkin rajaton valta käyttää oikeudenkäyntiasiamiehenä melkein

57. Kaikki modernit rikosprosessilait ja -ehdotukset perustuvat syyttämisperiaatteeseen. Tämä edellyttää komitean mukaan, että on erityinen syytteen valvoja ja syytetyn lainoppinut puolustaja. Englannin actio popularis - järjestelmä jossa syyte on kansalaisaloitteen varassa - on mahdollinen vain koska väestön erittäin kehittynyt yhteishenki ja erinomainen poliisi kannattavat sitä. KomMiet 1901:10, 114-115.
58. KomMiet 1901:10, 116.
59. KomMiet 1901:10, 129-133.
60. KomMiet 1901:8, 38-39.

ketä tahansa. Valtuusmiehen palkkiosta ei ollut tarkempia palkkioita, eivätkä asianajajat olleet järjestäytyneet etujaan ajaakseen ja kontrolloidakseen omaa ammattikuntaansa. Myös syyttäjät olivat harvoin lainoppineita, ja usein he olivat nuoria, kokemattomia ja kiireisiä. Jos rikosprosessi uudistettaisiin akkusatorisen periaatteen pohjalle sekä suullisuus- ja välittömyysperiaatteiden mukaisesti, olisi samalla uudistettava sekä syyttäjä- että asianajajalaitos.

Komitean mukaan suullisuusperiaatteen vaikutus oikeudenkäyntimenettelyyn 'on ollut niin suuri, että todellakin voi sanoa prosessioikeuden kehittymisen kuluneella vuosisadalla olleen kehitystä kirjallisesta menettelystä suulliseen'. Seurauksena tästä olikin ollut se, että kaikista Euroopan maista ainoastaan Tanskassa, Ruotsissa, Suomessa ja joissakuissa harvoissa Sveitsin kantoneissa sekä, siviiliprosessiin nähden, Norjassa ja Unkarissa on käytännössä kokonaan tai pääasiallisesti kirjallinen menettely'.[61] Suullisuus ei ole sitova oikeusohje vaan käytännöllinen oikeudenkäyntimenettelyn metodi. Yleensä suullisuutta on pidetty tärkeämpänä rikosprosessissa kuin siviiliprosessissa ja sitä on sovellettu rikosprosessiin täydellisemmin ja johdonmukaisemmin. Suullisuus edellyttää oikeudenkäynnin keskittämistä, joka taas merkitsee oikeudenkäynnin jakamista valmistelevaan menettelyyn ja päämenettelyyn. Siviiliprosessissa valmisteleva menettely on riitakirjelmien vaihtoa, rikosprosessissa tutkimusta.

Inkvisitorisen ja akkusatorisen prosessin erolla on suuri vaikutus syytetyn kuulustelussa ja hänen oikeudenkäynnissä saamansa aseman suhteen. Yleensä Euroopassa syytettyä kuulustellaan sekä esitutkinnassa että varsinaisessa oikeuskäsittelyssä. Yleensä esitutkinta on luonteeltaan inkvisitorinen, mutta siinä on kielletty käyttämästä tunnustusta tavoittelevaa pakkoa. Pääkäsittelyssä sen sijaan 'tavallisesti on vältetty kuulustelun nimeäkin', ja syytetyn vastauksia tuomarin kysymyksiin on tapana nimittää selityksiksi. Syyttämismenettely sisältää sen, että asianosaiset hankkivat todisteet ja esittävät ne oikeudelle. Vain englantilaisessa oikeudessa asianosaiset myös kuulustelevat todistajat. Muualla asianosaiset hankkivat todisteet, mutta jättävät todistelun tuomioistuimen täydennettäväksi. Todistajien kuulustelukin 'yleensä jää oikeuden puheenjohtajan toimitettavaksi'. Tosin toisinaan

61. KomMiet 1901:8, 61.

annetaan asianosaisille joissakin rajoissa oikeus esittää kysymyksiä todistajille.[62]

Ehdotuksen mukaan tuomioistuimissa syytteitä ajaisivat viralliset syyttäjät. Syyttäjä tosin saa oikeudenkäynnissä asianosaisen aseman, mutta virkansa puolesta hän samalla edustaa yleistä etua, joka vaatii aineellisen totuuden ilmi saamista. Siksi hänen pitää ottaa myös huomioon syytetyn puolesta puhuvat seikat, mikä 'edellyttää syyttäjässä jonkun verran puolueettomuutta'. Toisaalta suullinen oikeudenkäyntimenettely lisää vaatimuksia asianosaisten toiminnalle. Sen vuoksi asianosaiset laamanninoikeuksissa ja ylemmissä oikeuksissa yleensä joutuisivat käyttämään asianajajien apua. Asianajo oli järjestettävä julkiseksi. Julkiseksi asianajajaksi pääsisivät vain lainopillisen tutkinnon suorittaneet ja kaksi vuotta tuomioistuimessa tai asianajajan tai syyttäjän apulaisena tai muutoin oikeudenkäytöstä kokemusta saaneet henkilöt. Korkeimpaan oikeuteen pyrkivät asianajat olisivat olleet ensin asianajajina hovioikeudessa. Lisäksi asianajajan tuli kuulua asianajajayhdistykseen. Sekä hovi- että alioikeuden asianajajan hyväksyi hovioikeus, ja korkein oikeus itse ottaisi siinä toimivat asianajajat. Ehdotettu järjestelmä teki sekä asianajajasta että syyttäjästä valtiollisen oikeudenhoidon jatkeen.

Julkinen asianajaja oli ehdotuksen mukaan samalla julkinen puolustaja. Riita-asiassa ja yksityisen syytteen varassa olevassa asiassa julkinen asianajaja voitiin määrät auttamaan maksutta oikeudenkäynnissä varatonta asianosaista siinä tuomioistuimessa, jossa hän palvele. Asianajaja palvelisi tietyssä tuomioistuimessa. Hän tosin voi esiintyä muissakin samanarvoisissa ja alemmissa oikeuksissa. Hänen toimensa on kuitenkin luonteeltaan julkisoikeudellinen. Vastaavasti 'valtion täytyy voida asettaa hänelle ankarammat vaatimukset kuin muille oikeudenkäyntiasiamiehille'. Asianajajien yhdistyksen tuli valvoa jäseniään.[63]

Oikeudenkäytön *julkisuutta* komitea perusteli kansan luottamuksen ylläpitämisellä. Se oli historiallisesti ikivanha periaate, joka ei selvästi käy ilmi 1734 vuoden laista muuten kuin tuomion julistamiseen

62. KomMiet 1901:8, 72-73.

63. Komitea oli esittänyt vuonna 1896 OK 15 luvun muuttamista niin, että asianajajien yhdistyksille tulisi puolijulkinen asema, että oikeudenkäyntiasiamiesten palkkiot määrättäisiin kiinteän tariffin mukaan ja että asetettaisiin valtionsyyttäjiä. Vuosien 1897 ja 1900 valtiopäiville annetut asianajajayhdistyksiä koskevat esitykset olivat komitean ehdotusten mukaiset.

nähden. Ylioikeuksissa tämäkin sääntö kumottiin, kun oikeudenkäyntimenettely muutti kirjalliseksi, samoin yleisön läsnäolo. Kuitenkaan julkisuus ei ole mikään uusi periaate. Komitea esitti, että asian käsittely oli kaikissa oikeuksissa julkista, mutta käsittelystä suljetuin ovin voitaisiin erikseen päättää. Näin voitiin tehdä, jos julkisuus loukkaisi siveellisyyttä tai saattaisi yleisen järjestyksen tai valtion turvallisuuden vaaraan tai syytetty ei ole kahdeksaatoista vuotta täyttänyt. Tuomio oli aina julistettava julkisesti. Julkisuuden lisääntyessä epäjärjestyksen estämisen tarve lisääntyy. Siksi puheenjohtajan valvottavaksi on välttämätöntä jättää järjestyksen ylläpito. Hänelle on annettava valtaa pitää ankara järjestys ja 'myös sitä arvoa ja kunnioitusta, jota jokainen on velvollinen osoittamaan maan oikeuksille'. Tätä tarkoitusta varten oikeus sai heti tuomita rangaistuksia järjestysrikkomuksista ja määrätä häiritsijän vangittavaksi.

Oikeuskielet ovat ehdotuksen mukaan suomi ja ruotsi, ja jokainen on oikeutettu käyttämään kumpaa kieltä haluaa. Tuomio ja muu toimituskirja on myös annettava asianosaisen haluamalla kielellä. Jos asianosaiset puhuvat eri kieltä, niin virallisen syyttäjän ajamissa rikosasioissa syytetty ja muissa asioissa kantaja tai asianomistaja saa määrätä toimituskirjan kielen. Ylemmissä oikeuksissa tuomio ja päätös annetaan alioikeudessa käytetyllä kielellä. Silloin vastapuoli saa vahvistetun käännöksen toisella kotimaisella kielellä. Komitea ei pohdi kysymystä siitä, millä tavalla tuomioistuinkäsittely ja pöytäkirjattava aineisto välittyvät sille asianosaiselle, jonka asiaa käsitellään muulla kuin hänen äidinkielellään.

15.4. Uudistusehdotusten pitkä marssi

Uudistusehdotus valmistui 1900-luvun alussa. Sen tielle kasaantui ongelmia. Venäläistämispolitiikka johti juuri tässä vaiheessa tuomioistuimissa ankariin kiistoihin sekä venäläisen ja suomalaisen hallinnon että suomalaisten virkamiesten välillä. Tuomioistuinlaitoksessa oikeustaistelu ja sitä seuraavat puhdistukset synnyttivät lakimieskunnan keskuuteen hajaannusta.[64] Suhtautuminen venäläiseen vallanpitoon jakoi

64. Hovioikeuksissa myöntyväisyys- ja perustuslaillisuussuuntauksien välinen kiista kärjistyi asevelvollisuuslain ja ns. diktatuuriasetuksen yhteydessä. Kekkonen 1992, 147-159.

lakimieskuntaa ja heikensi sen kykyä yhteisten etujen ajamiseen. Esimerkiksi vuonna 1907 järjestettyyn ensimmäiseen yleiseen lakimiesten kokoukseen ei osallistunut maan koko lakimieskunta. Pois jäivät sekä jyrkät suomettarelaiset ja myöntyväisyysmiehet. Juridiseen yhdistykseen jäi etupäässä perustuslaillisia. Suomalaisessa lakimiesten yhdistyksessä käytiin niin ankaria kiistoja, että toimintaan osallistuvilla oli aikalaiskuvauksen mukaan oltava 'tavallista paksumpi nahka ja keskinkertaista paremmat hermot'. Kaikki juristit eivät mahtuneet samoihin yhdistyksiin. Senaatin oikeusosaston ja hovioikeuksien välillä vallitsi oikeustaistelun johdosta kiista.[65]

Lainvalmistelu kuitenkin jatkui, ja lainvalmistelukunnalle annettiin vuonna 1904 tehtäväksi tarkistaa Wreden komitean ehdotukset. Lainvalmistelukunta esitti omia uudistusehdotuksiaan vuosina 1908, 1909, 1911 ja 1912. Kaikki nämä ehdotukset perustuivat Wreden komitean kannanottoihin. Niissä ehdotettiin laajaa kokonaisuudistusta. Riitojen käsittely haluttiin näissäkin ehdotuksissa jakaa niiden 'vähäisyyden' tai 'tärkeyden' perusteella yksinkertaiseen ja maallikkopainotteiseen sekä - tärkeämmissä jutuissa - juristikokoonpanoon. Uudistus olisi ollut kallis, koska sen mukaan olisi pitänyt perustaa uusia oikeusasteita. Koko oikeuslaitos olisi pitänyt ottaa valtion haltuun ja kustannettavaksi.

Venäläistämispaineet hellittivät suurlakon yhteydessä, mutta samalla Euroopan vanhakantaisimmat säätyvaltiopäivät korvattiin yleiseen ja yhtäläisen äänioikeuteen perustuvalla eduskunnalla. Säätyvaltiopäivillä oikeuslaitosuudistukseen oli suhtautunut avoimen kielteisesti tai vastahakoisesti talonpoikaissääty. Valtiopäiväuudistuksen jälkeen ainakin uudistuksen aiheuttamat kustannukset olisivat herättäneet monien muidenkin vastustusta. Wreden komitean kokonaisuudistusehdotusta ei viety eduskuntaan.

Valtiopäivillä vallitsevat mielialat kävivät ilmi asianajoa koskevan kiistan yhteydessä. Hallituksen esitykset lainoppineiden asianajajien aseman vahvistamisesta kohtasivat valtiopäivillä lisääntyvää vastustusta. Vuonna 1898 lainoppineille asianajajille oli annettu yksinoikeus toimia oikeusavustajina ylemmissä oikeusasteissa, mutta jo vuoden

65. Nimimerkki A.S. (Allan Serlachius) 1907, 198. Ensimmäisessä suomalaisten lakimiesten virallisessa kokouksessa vuonna 1907 keskusteltiin asianosaisen valan uudistamisesta. Keskusteluun osallistuivat mm. R.A. Wrede, Allan Serlachius ja K. Söderholm Axel Charpentierin alustuksen pohjalta. Charpentier 1907, 319-339.

1900 valtiopäivillä oikeusavustajan valinnan rajoittamista pidettiin arveluttavana. Hallituksen esitystä asianajomonopolin laajentamisesta ei hyväksytty. Uusi esitys tehtiin vuosien 1904-1905 valtiopäiville, mutta sitä ei taaskaan hyväksytty. Eduskuntauudistuksen jälkeen asia vaikeutui entisestään. Vuoden 1907 valtiopäiville tuodun esityksen käsittelyssä tämä ilmeni selvästi.[66]

Asianajajamonopolin vaikutuksia epäiltiin yleisölle vahingollisiksi. Työväenliikkeen kannan ilmaisi kansanedustaja *Sirola*, jonka mukaan 'se ahdas, ummehtunut juristihenki, joka meidän maamme oikeuslaitoksissa ja asianajolaitoksessa vallitsee, ei ole tällaisten lakien kautta poistettavissa, vaan päinvastoin se siitä vahvistuu. Asianajajasäädyn puhdistuksen, joka todellakin on kipeästi tarpeen vaatimaa, täytyy lähteä oikeuslaitoksen uudistuksesta...keinona saada virkamiehet täyttämään lakia oikein on kansanvaltainen kontrolli'. Sirolan mukaan monimutkaisista oikeussuhteista ei enää selvinnyt ilman juridisia tietoja, joten juristit olivat tarpeen. Oli kuitenkin kansanvaltaistettava oikeuslaitosta ja avattava juridiset opinnot yliopistolla 'uudenaikaisemmille tuulahduksille'.[67]

Esitys tuotiin useille valtiopäiville tämän jälkeenkin, mutta ilman menestystä. Asianajajien aseman järjestäminen kohtasi yhä jyrkempää vastustusta sosialidemokraattien, mutta myös pienviljelijöiden edustajien taholta. Asianajajakunnan asemasta keskusteltaessa puututtiin eduskunnassa usein myös lakimieskunnan ja oikeuslaitoksen luonteeseen yleisemminkin. Eduskunnan vasen laita kohdisti lakimieskunnan toimintaan jatkuvasti kriittisiä puheenvuoroja. Eduskuntauudistukseen asti oikeuslaitoksen uudistamista oli vastustanut lähinnä talonpoikaissääty, ja sekin lähinnä pelätessään joutuvansa maksamaan uudistuksen. Eduskuntauudistuksen jälkeen tiivistyi laajempi rintamalinja juristikunnan tavoitteita vastustamaan. Vuonna 1917 kumottiin myös ylempien oikeuksien asianajajamonopoli. Asianajajalaitosta koskevaa lainsäädännön eduskuntakäsittelyn aikana kävi näin ilmeiseksi, ettei lakimiesammattikunnan asemaa vahvistavilla ehdotuksilla ollut eduskunnassa laajaa kannatusta. Korkeimman oikeuden perustamisen lisäksi Suomen itsenäisyyden ensimmäisten vuosikymmenien aikana toteutettiin vain harvoja oikeuslaitokseen liittyviä uudistuksia.[68]

---

66. Armollinen esitys no 3 oikeudenkäyntivaltuusmiehistä ja julkisista asianajajista, 1907 vp. Asian käsittely, 1907 vp., pk IV.
67. Pk. IV, 2151-2152, 1907 vp.

Lainvalmistelukunta[69] siis tarkasti Wreden komitean ehdotukset ja esitti omat lakiehdotuksensa perustelmineen. Lainvalmistelukunta halusi erottaa menettelyn välittömyyden kaksi muotoa, asianosaisvälittömyyden ja todistelun välittömyyden. Asianosaisvälittömyys toteutuisi, vaikka muutoksenhaku kävisi kihlakunnanoikeudesta hovioikeuteen. Todistelun välittömyys riita-asioissa tosin kärsisi. Riita-asioissa todistelu joka tapauksessa perustuu niin paljon asiakirjoihin, ettei todistajain välittömän kuulemisen merkitys ole kovin suuri.

Lainvalmistelukunta piti hyväksyttävänä Wreden ehdotusta puhdistusvalan ja täytevalan yhdistämisestä yhdeksi asianosaisen valaksi. Sen sijaan lainvalmistelukunta ei pitänyt hyvänä ehdotusta tarjotun valan kehittämistä saksalaisen siviiliprosessin suuntaan. Lainvalmistelukunnan mukaan siviiliprosessin luonteeseen tosin kuului, että asianosaiset saavat päättää, mitä todisteita esittävät. Tarjottu vala kuitenkin vie tuomarilta oikeuden itsenäisesti tutkia todistusaineistoa, koska tuomari ei voi estää valan tekemistä, jos ei ole todistettu asian olevan toisin kuin mitä valalla pyritään todistamaan. Tuomioistuin ei lainvalmistelukunnan mukaan säilytä riittävästi asemaansa asianosaisiin nähden, jos asianosaisten haltuun annetaan sekä valan tekeminen että se, kumman tehtäväksi vala kuuluu. Se, jolle valaa tarjotaan ei voi ilman muuta kieltäytyä tekemästä valaa. Hän joutuu valitsemaan, tekeekö valan itse vai antaako toiselle mahdollisuuden valaan. Tämä voi koitua herkkätuntoisen asianosaisen haitaksi ilman, että tuomioistuin voi puuttua asiaan. Tarjottua valaa ei oikeuskäytännössä käytetty, eikä sitä pitäisi enää ottaa lakiin.[70]

Ns. lisätty lainvalmistelukunta katsoi, ettei riita-asioiden oikeudenkäynnissä voisi noudattaa niin ehdotonta suullisuutta kuin Wreden komitea oli ehdottanut. Kyky esittää suullisesti asia kaikkine syineen ja asianhaaroineen ei pitkään aikaan tulisi yleiseksi. Sen vuoksi lisätty lainvalmistelukunta (jossa oli runsaasti tuomioistuimien edustajia) esitti, että tuomioistuimella pitäisi olla oikeus *sallia kirjallisten esitysten lukeminen* oikeudessa. Lainvalmistelukunnan vakiokokoonpano ei hyväksynyt tätä. Kaikkialla siirtyminen kirjallisesta menettelystä suulliseen on ollut vaikeata. Mukavuuden ja juurtuneen tavan vuoksi on

68. ks. edellä sivulla 534.
69. Lainvalmistelukunnan jäsenet Karl Söderholm, Axel Charpentier ja Kaarlo Ignatius osallistuivat tähän työhön.
70. Lainvalmistelukunnan ehdotukset 1909, 167-169.

usein sallittu lukea muistioita ja muita kirjoituksia, ja kirjallinen menettely on tosiasiassa säilynyt. Jos suullisuusperiaatteeseen sallittaisiin poikkeuksia, voisi uudistus jäädä näennäiseksi.[71]

P. E. *Svinhufvudin* senaatti antoi heti kansalaissodan jälkeen, elokuun alussa vuonna 1918, lainvalmistelukunnan jäsenille[72] tehtäväksi laatia lainvalmistelukunnan vuoden 1909 ehdotuksen perusteella uusi ehdotus viimeistään vuoden 1919 valtiopäiville. Ehdotusta piti korjata valtiollisissa oloissa tapahtuneiden muutosten vaatimalla tavalla. Uutta tämän ehdotuksen kaavailuissa oli se, että siinä toivottiin työriitatuomioistuimien perustamista kihlakunnanoikeuksiin. Laamanninoikeuksiin olisi ollut mahdollista valita elinkeinonharjoittajia edustavia asiantuntijajäseniä. Asiat haluttiin edelleen eriyttää 'vähäisiin' ja 'tärkeisiin'. Komitean ehdotukset kirjattiin, mutta työ loppui vuoden 1918 syksyllä maailmanpoliittisen tilanteen muuttuessa. Komitea oli rakentanut esityksensä monarkistista Suomea varten. Kun Saksa marraskuussa 1918 sotilaallisesti romahti, oli Suomessa omaksuttava sekä valtiosäännön suhteen että sisäpolitiikassa maailmansodan voittajavaltojen toivoma suunta. Voittajavaltiot edellyttivät Suomelta hallituksen vaihdosta ja eduskuntavaaleja. Vaalien jälkeisessä eduskunnassa monarkistit olivat selvästi vähemmistönä.

Vuonna 1919 valtioneuvosto antoi kokonaisuudistuksen uudelleen suunniteltavaksi. Uudistuksen suunnittelijat olivat kuitenkin entiset. Oikeusministerinä toimiva K. G. Söderholm antoi uuden kokonaisuudistusehdotuksen laatimisen O. Hj. Granfeltin tehtäväksi.[73] Ministerin ohjeen mukaan uudistuksessa oli pyrittävä säilyttämään silloinen tuomioistuinjärjestys. Juttujen valmistelua oli parannettava, tuomioistuinkäsittely oli keskitettävä, virallisen syyttäjän asemaa oli vahvistettava ja törkeistä rikoksista syytetyille oli järjestettävä tyydyttävä puolustus. Eduskunnassa oli toivottu todistelusäännösten uudistamista. - Oikeusministerin vaihtuminen ei tämän kuten monien muidenkaan oikeuslaitoksen kokonaisuudistuksen suunnitteluvaiheiden aikana johtanut toimeksiannon muuttamiseen.

Ns. professori Granfeltin komitea piti oikeudenkäytön pahimpana epäkohtana edelleen hitautta. Velkojat luopuivat mieluummin osasta saamistaan kuin turvautuivat tuomioistuimien apuun. Hitauden syinä

71. Lainvalmistelukunnan ehdotus 1909 II, 181.
72. Tehtävä annettiin K.G. Söderholmille, O.Hj. Granfeltille ja B. Sjöströmille.
73. O. Hj. Granfeltia avusti työssä O.J. Heinonkoski.

olivat kirjallinen prosessi ja monet valitusasteet. Laki käräjäpäivien lisäämisestä ei tehonnut, koska pöytäkirjoja ei ehditty toimittaa riittävän nopeasti. Oli syytä rajoittaa muutoksenhakua korkeimpaan oikeuteen; niin oli tehty Ruotsissa vuonna 1915. Granfeltin mielestä Wreden komitean mietintöä tai lainvalmistelukunnan ehdotuksia ei voinut ottaa esityksen pohjaksi, koska neljä oikeusastetta oli liikaa. Granfeltin mielestä edellisissä ehdotuksissa ei otettu riittävästi huomioon 'niitä sosiaalipoliittisia pyrkimyksiä,jotka nyttemmin ovat yhteiskunnassa määräävinä. Maallikkoaineksen on tuskin katsottava saavuttaneen sitä vaikutusvaltaa, jonka se ansaitsee '.[74]

Vuonna 1921 Granfelt sai uuden toimeksiannon laatia oikeudenkäyntilaitosta koskeva uudistusehdotus. Ministerin suullisen ohjeen mukaan *tuomioasteiden luku* oli supistettava *kolmeen* ja ylipäänsä pyrittävä ratkaisuun, joka voidaan panna toimeen 'valtion rahasääntöä ylenmäärin rasittamatta'. Granfelt käytti asiantuntijoina hovioikeudenpresidentti K. G. Söderholmia, oikeuskansleri A. Charpentieria ja eräitä tuomistuinjuristeja. Työn tuloksena syntynyt mietintö[75] sisälsi jälleen ehdotukset tuomioistuinlaiksi, riita-asiain oikeudenkäyntilaiksi ja rikosasiain oikeudenkäyntilaiksi. Oikeusasteita oli ehdotuksen mukaan kolme: alioikeus, apelliaste ja revisioaste. Granfelt esitti maallikkoaineksen merkityksen lisäämistä. Granfeltin ehdotuksen mukaan maallikkotuomareiden valinta oli annettava kunnallisvaltuuston tehtäväksi ilman ehdollepanomenettelyä. Kuitenkin Granfelt halusi minimoida puoluepolitiikan merkityksen tuomioistuimissa. Siitäkin oltiin erimielisiä, onko maallikoista hyötyä ja minkälaisissa asioissa. Maallikoiden vaalitapa oli ratkaistava sen perusteella, mitä heiltä odotettiin. Puhtaasti poliittiset näkökohdat eivät saisi vaikuttaa asiaan.[76]

Maallikot olivat ehdotuksen mukaan tarpeen, mutta eivät asiantuntemuksen lisäämiseksi. Maallikoiden tuli ilmaista yhteisen kansan oikeuskäsityksiä ja varmistaa lainkäytön puolueettomuus. Sen kautta maallikot vahvistaisivat yleisön luottamusta tuomioistuimiin.[77] Maallikot edustaisivat kansaa, eivät poliittisia puolueita. Myös ammattituomareiden pitäisi pysyä puoluepolitiikan ulkopuolella. Suomessa 'valtiolliset virtaukset ovat voimakkaat sekä puoluevastakohdat ja -intohi-

74. KomMiet 1920:10, 6.
75. KomMiet 1925:16. Professori Otto Hjalmar Granfeltin ehdotus oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi v. 1923.
76. KomMiet 1925:16, 24.
77. KomMiet 1925:16, 23.

mot suuret'. Sen vuoksi tuomarit piti mahdollisuuksien mukaan asettaa poliittisen elämän ulkopuolelle. Tuomarit eivät saisi olla riippuvaisia 'keskenään taistelevista eduskuntapuolueista eivätkä tottuneita niiltä vastaanottamaan virkatoimintaansa koskevia ohjeita'.[78]

Granfeltin ehdotukseen sisältyy myös ehdotus sovintomenettelyn käyttöönotosta. Ehdotus on tunnusteleva, eikä Granfelt itsekään asettunut vahvasti sen taakse. Kunnat olisivat ehdotuksen mukaan saaneet päättää sovintolautakuntien perustamisesta. Alioikeuksien alapuolelle voitaisiin asettaa 'rauhantuomareita' tai maallikoista koostuvia sovintolautakuntia. Huoneenvuokralautakuntien ja maanvuokralautakuntien kautta näistä oli saatu kokemuksia. Sovintolautakuntien mahdollisuuksia arvioitaessa oli syytä tehdä ero kaupunkien ja maaseudun, suomen- ja ruotsinkielisen väestönosan välillä. Kaupungeissa sovintolautakunnilla tuskin olisi suurta menestystä. Jos sovintolautakuntia perustettaisiin, niiden käytön tulisi olla pakollista.[79] Jos asianosaiset eivät pääsisi kohtuulliseen sovintoon tai asia olisi indispositiivinen, olisi suositeltava kohtuullista ratkaisua. Tavoitteena oli asianosaisia tyydyttävä, kohtuullisena pidetty ratkaisu, jonka lautakunta olisi voinut vahvistaa.[80]

Valtioneuvosto asetti vuonna 1925 ns. kihlakunnantuomarikomitean tarkastamaan Granfeltin ehdotusta. Komitean kolme kihlakunnantuomarijäsentä jätti uudet lakiehdotukset. Komitean ei toimeksiantonsa mukaan pitänyt ehdotuksissaan poiketa Granfeltin ehdotuksesta olennaisissa kysymyksissä. Sen sijaan sellaisia 'vähempiarvoisia asioita' kuten maallikkoaineksen ehdotettua vähäisempää käyttöä ja laamanninoikeuksien kokoonpanoa se saisi muuttaa.[81] Kihlakunnantuomarit pitivät sovittelulautakuntia turhina. Perustelut olivat samat kuin edellisellä vuosisadalla: jos on ratkaistava, mikä asiassa on oikein, on lautakunnan jäsenten oltava oikeudentajuisia. Tällaisia henkilöitä ei ole riittävästi. Maallikot eivät kykene sovittelemaan, koska he eivät tiedä, mikä asiassa on oikein. Laamanninoikeudessa ei tarvittu lautakuntaa. Alioikeuksissa kaupungin ja maaseudun ero tuli maallikkokysymyksessä säilyttää. Kaupungeissa aika on rahaa, eikä vapaaehtoisvoimin ja pienin palkkioin voida ylläpitää maallikkoelimiä. Kihlakun-

78. KomMiet 1925:16, 13.
79. KomMiet 1925:16, 7.
80. KomMiet 1925:16, 8.
81. KomMiet 1925:16, 1.

nantuomarille oli annettava sananvaltaa lautamiesten valitsemisessa, koska muuten päädytään puolueiden valtaan.[82]

Granfelt puolusti lehtikirjoituksissa omaa kantaansa nimenomaan maallikkokysymyksessä. Vaikka maallikoiden hyödyllisyydestä oli Suomessa monta mieltä ja olikin syytä pyrkiä eroon raastuvanoikeuden jäsenten valitsemisesta vaaleilla, oli maallikoiden osallistuminen otettava vakavasti. Maallikot lisäävät luottamusta oikeudenkäyttöön, he ovat yleisön edustajia oikeudenkäytössä. Oikeudenkäytön kontrolli voidaan toteuttaa maallikoiden kautta. Jotta maallikkotuomareiden raison d'être toteutuisi, ei maallikoille pitänyt antaa virkaa. Pääsyy lautamiesten uneliaisuuteen oli kollektiivisessa äänioikeudessa. Maallikoiden osallistuminen oikeudenkäyttöön oli Granfeltin mukaan keskeinen ongelma oikeuslaitosuudistuksen tiellä.[83]

Komiteoiden jälkeen lain uudistuksen valmistelu jälleen siirtyi lainvalmistelukunnalle. Se laati useita uudistusehdotuksia. Uudistusehdotusten mukainen linja ei toteutunut siinä suhteessa, että raastuvanoikeuksien neuvosmiesten vaali ja pormestarin ehdollepano-oikeus siirtyi kunnallisvaltuustolle vuonna 1927 annetulla lailla,[84] vaikka uudistusehdotuksissa oli vaadittu tuomioistuinlaitoksen sisäisen nimitysmenettelyn omaksumista. Lainvalmistelukunnan hallituksen esityksen muotoon kirjoittama ehdotus vuodelta 1927[85] perustui jälleen pitkälti Granfeltin ehdotukseen. Kolmiasteinen tuomioistuinlaitos olisi otettu valtion haltuun, ja oikeus nimittää tuomarit olisi kuulunut valtiovallalle. Kihlakunnanoikeuden lautakunnan olisi valinnut kunnanvaltuusto, ja sen kaikilla jäsenillä olisi ollut yksilöllinen ääni. Muissa suhteissa ehdotus toisti aikaisempia.

Korkein oikeus antoi vuonna 1928 ehdotuksesta lausunnon, ja ehdotuksen tekijät tarkistetun version seuraavana vuonna. Edelleenkin keskeisenä ongelmana pidettiin oikeudenkäynnin hitautta. Tärkeimpänä syynä tähän pidettiin asioiden esivalmistelun puuttumista. Suullisuus ja välittömyys oikeudenkäynnissä nopeuttaisivat prosessia, mutta olisivat myös edellytys vapaan todisteiden harkinnan omaksumiselle. Vuoden 1929 hallituksen esityksen muotoon kirjoitetussa esityksessä

82. KomMiet 1925:16, 14.
83. Granfelt 1925; ks. myös Granfelt 1921.
84. L pormestarin ehdottamis- sekä neuvosmiesten ja maistraatinsihteerinvalitsemisoikeudesta 19 marraskuuta 1927/302.
85. Ehdotus eduskunnalle annettavaksi hallituksen esitykseksi 16 heinäkuuta 1927. Valmistelijoina olivat K.J. Ståhlberg ja C. G. Möller.

esitetään todistelua koskevan lainsäädännön muuttamista siinä mielessä täysin modernissa muodossa, että puhdistusvala ehdotettiin poistettavaksi. Asianosaisten omaa lausumaakin saisi käyttää todisteena, jonka arvon oikeus arvioisi vakaumuksensa mukaan.[86] Kokonaisuudistus ei edennyt.

T. M. *Kivimäen* hallitus päätti esittää *todistelua* koskevan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun uudistamista tuomioistuinlaitosreformista irrallaan. Taloudellisista syistä kokonaisuudistuksen eteneminen näytti epävarmalta. Ruotsissa oli myös tehty niin, että todistelua koskevat normit oli uudistettu erikseen. Eduskunnalle annettiin vuoden 1933 valtiopäiville esitys mm. vapaan todisteiden harkinnan käyttöönottamisesta.[87] Ehdotus olisi antanut tuomioistuimille todistelussa harkintavaltaa, mutta muuten tuomioistuimien rakenne ja menettely olisi jäänyt ennalleen. Eduskunta hyväksyi lakiehdotukset vuoden 1935 valtiopäivillä, mutta ne äänestettiin lepäämään yli vaalien.

Ehdotuksella oli vastustajia sekä oikealla että vasemmalla. Professori B. *Salmiala* edusti oikeiston näkemyksiä. Hänen mukaansa R.A.*Wreden* tiedettiin vastustaneen vapaan todisteiden harkinnan ottamista lakiin ilman samanaikaista suullisuuden ja välittömyyden toteuttamista. Legaalisesta todistelusta luopuminen oli ajateltavissa vain, jos asianosaisilla olisi asianajajat.[88] Vasemmiston välihuutojen vuoksi keskustelu kääntyi asianajajien hyödyllisyyteen tai vahingollisuuteen. Maalaisliittolaiset ja vasemmiston edustajat epäilivät asianajajien ja yleensä juristien tapaa käyttää vapaata todisteiden harkintaa hyväkseen.

Vasemmiston kansanedustajat epäilivät vapaan todisteiden harkinnan johtavan mielivaltaisiin tuomioihin. Saksassa oli jo käynyt niin, että nouseva lakimiespolvi oli valmis puhtaan poliittiseen oikeudenkäyttöön. Vapaa todisteiden harkinta tarjosi mahdollisuuden arvioida todisteita poliittisen tarkoituksenmukaisuuden perusteella. Varsinkin kansanedustaja K. H. *Wiik* käytti asiassa puheenvuoroja, ja ehdotus lykättiin yli vaalien Wiikin ehdotuksen mukaisesti. Vuoden 1938 valtiopäivillä lepäämään jäänyt ehdotus hylättiin. Siinä vaiheessa odotettiin

86. K. J. Ståhlbergin ja C.G. Möllerin ehdotus 1929.
87. H.e. no 39 laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun, 21 luvun 3 pykälän ja 24 luvun 3 pykälän, maakaaren 1 luvun sekä rikoslain 17 luvun muuttamiseksi.
88. Pk. 1663 ss., 1933 vp.

oikeuslaitoksen kokonaisuudistuksen tulevan pian eduskunnan käsiteltäväksi.

Edelleen eduskunta kuitenkin toivoi oikeuslaitoksen uudistamista, ja lainvalmistelukunnassa valmisteltiin jälleen tarkistettu ehdotus.[89] Ehdotus sisälsi taas kolme lakia. Sen mukaan alimman oikeusasteessa ammattituomari voisi ratkaista selviä velkomuksia ja vähäisiä rikosasioita yksin. Kihlakunnanoikeuksiin kuuluisi kuitenkin myös kolmen lautamiehen lautakunta, jolla olisi yksilöllinen äänivalta ja jonka kunnanvaltuusto valitsisi. Ylemmät tuomioistuimet sen sijaan olivat puhtaita ammattijuristien tuomioistuimia. Ehdotukset lähetettiin lausunnoille, ja jälleen tarkistettaviksi oikeusministeriölle ja asiantuntijaryhmälle.

Oikeusministeriön asiantuntijat[90] laativat vuonna 1939 päivätyn luonnoksen hallituksen esitykseksi. Siinä esitettiin hyvin olemassa olevan kaltaista tuomioistuinhierarkiaa. Perinteet puolsivat kihlakunnanoikeuksia. Pienten kaupunkien raastuvanoikeudet voitiin lakkauttaa. Kihlakunnanoikeuksien lautakunnille olisi annettu vain kollektiivinen äänivalta. Suurimmissa kaupungeissa kolmijäseniset lakimiestuomioistuimet olivat tarpeen. Maallikkoaineksella ei ollut kaupunkituomioistuimissa samaa merkitystä kuin maaseudun alioikeuksissa. Ylioikeudet olisi pidetty ennallaan niin muodoltaan kuin tehtäviltäänkin. Oikeuslaitoksen suurimmat ongelmat olivat oikeudenkäyntimenettelyssä. Oli saatava aikaan valmistava käsittely ja keskitettävä oikeudenkäyntiä, niin että prosessi nopeutuisi. Valmistavassa käsittelyssä olisi voitu ratkaista vähäisiä asioita.[91]

Sota-ajan Suomessa kiinnostus tuomioistuinuudistuksiin ymmärrettävästi loppui kokonaan. Kaikissa toista maailmansotaa edeltäneissä uudistusehdotuksissa pyrittiin tavalla tai toisella nopeuttamaan oikeudenkäyttöä organisoimalla alin oikeusaste uudella tavalla. Oikeudenkäyttö alimmassa asteessa haluttiin eriyttää joko antamalla alioikeuksien tuomarille valta ratkaista asioita valmistavassa käsittelyssä tai rakentamalla kahdessa eri kokoonpanossa toimiva alioikeusjärjestelmä. Juristit hallitsivat uudistuksen suunnittelua. Lakimiehet vastustivat maallikoiden merkityksen lisäämistä ja etenkin sitä, että poliitti-

89. K.J. Ståhlbergin ja H. Malmbergin ehdotus vuodelta 1937.
90. Onni Petäys, Wäinö Kannelin ja B. Sjöström.
91. Luonnos hallituksen esitykseksi oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta 10 kesäkuuta 1939, 1-10.

sesti valitut elimet valitsisivat tuomareita. Kaupunki- ja maalaisalioikeudet oli yhtenäistettävä niin, että kaupunkituomareiden kunnallinen nimittämismenettely olisi korvattu tuomioistuinlaitoksen sisäisellä. Keskeisissä suhteissa ehdotukset toistivat R. A. Wreden uudistusehdotusta.

Eduskunnassa vasemmisto vastusti kaikkia uudistuksia, joilla lakimieskunta olisi saanut lisää valtaa. Myös maalaisliitto suhtautui penseästi ehdotuksiin, joilla ammattituomarit ja asianajajat olisivat saaneet lisää vaikutusvaltaa. Lainvalmistelukunnassa eduskunnan edustamat poliittiset vaatimukset saivat jonkin verran painoa. Kun lainvalmistelukunnan tekemät ehdotukset lähetettiin tuomioistuimiin lausunnolle, nämä vaativat eduskunnan kannan sivuuttamista. Lainvalmistelu tuotti vuoron perään jossakin määrin tuomarivaltaisempia tai maallikkovaltaisempia ehdotuksia. Yhtään kokonaisuudistusehdotusta ei viety eduskuntaan asti.

Ruotsin prosessiuudistuksen esimerkin mukainen todistuslainsäädännön uudistus toteutettiin toisen maailmansodan jälkeen. Kokonaisuudistus oli jäänyt sivuun, ja eduskunnalle esitettiin vuoden 1945 valtiopäivillä vain todistelua koskevien normien uudistamista.[92] Tauno *Tirkkosen* mukaan oikeuskäytäntö oli jo omaksunut vapaan todistusharkinnan siinä suhteessa, että eri 'todistusperusteitten' todistusvoimaa harkittiin vapaasti. Esimerkiksi todistajanjäävejä oli kuitenkin edelleen noudatettu, eikä esimerkiksi velvollisuudesta tuoda oikeuteen asiakirjoja (editiovelvollisus) tai asiantuntijoiden käytöstä ollut syntynyt vakiintunutta käytäntöä hajanaisten normien varassa. Todistelun välittömyys ja suullisuus eivät nekään olleet toteutuneet.[93] Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun uudistaminenkaan ei muuttanut tilannetta tässä suhteessa.

Vuonna 1954 annetulla lailla otettiin käyttöön maksamismenettelylaki. Asianajajaliitto sai virallisen, julkista yhteisöä vastaavan aseman, mutta asianajajamonopolia ei toteutettu. Nämä uudistukset noudattivat Wreden komitean viitoittamaa uudistusten suuntaa, mutta eivät vieneet niin pitkälle asianajajamonopolin suuntaan kuin ehdotus oli

92. H.e. no 137 laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtionvaroista annetun lain, maakaaren 1 luvun, ulosottolain 3 luvun ja rikoslain 17 luvun muuttamisesta. Esitys perustui professori Bertil Sjöströmin ja oikeusneuvos Onni Petäyksen ehdotuksiin. Tirkkonen 1949, 6. Lakivaliokunnan mietintö no 12 1948 vp. ja suuren valiokunnan mietintö no 144, 1948 vp.

93. Tirkkonen 1949, 2-3.

esittänyt. Oikeuslaitoksen uudistaminen ei juuri kiinnostanut muita kuin lakimieskuntaa.

Vasta 1960- ja 1970-lukujen taitteessa asetelma muuttui. Oikeuslaitosuudistus nousi lyhyeksi ajaksi julkisen keskustelun kohteeksi. Uudistushankkeiden sisältö ei vasemmistoenemmistöisen eduskunnan ja kansanrintamahallitusten aikana ensin muuttunut miksikään. Vielä ns. kaupunkituomioistuinkomitean mietinnössä vuodelta 1970[94] ehdotettiin raastuvanoikeuksien ottamista valtion haltuun ja oikeuslaitoksen sisäisen nimitysmenettelyn ulottamista niihin, kuten aikaisemmissakin uudistusehdotuksissa. Uudistusehdotus törmäsi kuitenkin 'oikeuslaitoksen politisoimista' koskevaan poliittiseen kiistaan. Tämän kiistan yksi edellytys oli ilmeisesti se, että osa lakimieskunnasta oli juristien perinteestä poiketen 1960-luvun lopulta alkaen kiinnittynyt vasemmistopuolueisiin. Pamflettikirjallisuudessa, 'Jyväskylän kesän' keskusteluissa ja yleensä julkisuudessa juristit ja muutamat yhteiskuntatieteilijät väittelivät siitä, kenelle tuomarin vaalin pitäisi kuulua.[95] Tampereen yliopistossa tehty mielipidetutkimus luottamuksesta oikeuslaitokseen (oikeastaan sen puutteesta) herätti myrskyn lakimieskunnan sisällä.

Presidentti Urho *Kekkonen* arvosteli oikeuslaitoksen kriitikoiden toivomalla tavalla oikeuslaitosta ja vaati sen avaamista yhteiskuntaan vuosina 1970 ja 1971 antamissaan haastatteluissa.[96] Kekkonen näytti suosivan nimitysvallan siirtämistä poliittisesti valituille elimille. Hallitus esitteli keväällä 1971 oikeuslaitokseen liittyviä uudistussuunnitelmia eduskunnalle. Esillä oli ehdotus raastuvanoikeuksien siirtämisestä valtion ylläpidettäviksi ja alioikeuksien yhtenäistämiseksi. Ehdotus noudatti aikaisempaa tuomioistuinuudistusten linjaa: kaikkiin alioikeuksiin oli sijoitettava vähintään kolme ammattituomaria, ja asiat eriytettävä eri kokoonpanoissa käsiteltäviksi.

---

94. KomMiet 1970:A 22.

95. 'Oikeuslaitoskeskustelua' käytiin sekä päivälehdissä että juristien lehdissä. Aiheesta julkaistiin myös mielipidekirjoja, mm. 'Oikeus ja politiikka'(Jyväskylän kesä-tapahtuman puheenvuoroja) Lindholm ja Seppänen 1971, 'Oikeuslaitoksen politisoiminen' (kokoelma Oikeustieteen Tutkimussäätiön kirjoituskilpailun kontribuutioita), Havansi 1972a ja 1972b.

96. Presidentti Kekkosen haastattelu ilmestyi Lakimies-lehdessä vuonna 1970, ks. Kansanvallasta 1970. Haastattelun kysymykset laativat Aulis Aarnio, Ilmari Ojanen ja Matti Savolainen. Haastattelujen ja 'oikeuslaitoskeskustelun' taustasta ks. Jyränki 1990.

Presidentin haastattelun jälkeisessä eduskuntakeskustelussa[97] vasemmisto vaati eduskunnassa kansan 'demokraattista osallistumista' tuomioistuimen toimintaan. Sosialidemokraattien ryhmäpuheenvuorossa vaadittiin tuomarille aktiivisempaa roolia oikeudenkäynnissä. SKDL:n ryhmäpuheenvuorossa taas vaadittiin muutoksia tuomarien nimitysmenettelyyn ja tuomioistuimien kokoonpanoon.[98] Oikeusministeriö asetti vuonna 1971 ns. oikeuslaitostoimikunnan selvittämään tuomioistuimien yhteiskunnallista asemaa ja uudistuksen tavoitteita. Toimikunnan jäseniksi tulivat presidentti Kekkosen esittämän kritiikin taustavaikuttajat.

Toimikunta arvosteli mietinnössään[99] perinteistä, vallan kolmijako-oppiin perustuvaa käsitystä tuomioistuimien riippumattomuudesta. Se ei toimikunnan mukaan estänyt tuomarien yhteyksiä taloudelliseen valtaan ja heidän yhteiskunnallisten arvostustensa yhdenmukaisuutta.[100] Tilanteen korjaamiseksi oikeuslaitoksen virkanimitykset oli siirrettävä poliittisesti valituille elimille, ja maallikkotuomareiden asemaa oli vahvistettava. Alioikeuksiin ehdotettiin lakimiespuheenjohtajaa ja kahta maallikkojäsentä.[101] Tuomarinvirkojen määräaikaistamista pidettiin toivottavana. Ylempiin oikeusasteisiin ei tässäkään ulotettu maallikkovaltaa. Sen sijaan juristituomarien nimitysvalta olisi annettu poliittisesti valituille elimille.

Vanhaan tapaan tuomioistuinjuristit vaativat pitäytymään tuomioistuinlaitoksen sisäisessä virkanimitysjärjestelmässä ja minimoimaan maallikoiden vaikutuksen tuomioistuimissa. Etenkin vasemmistopuolueet vaativat poliittisesti valituille elimille oikeutta nimittää tuomarit ja lisää maallikkovaltaa tuomioistuimiin. Kiista oikeuslaitoksen uudistamisesta pelkistyi kysymykseksi siitä, kuka nimittää ja minkälaiset tuomarit. Maallikkotuomareiden lisäämisen ja poliittisten virkanimitysten suosijat eivät, yllättävää kyllä, vedonneet Yhdysvaltojen perinteeseen tai eurooppalaiseenkaan prosessiin. Maallikkovallan ja poliittisten nimitysten vastustajat tulkitsivat nämä vaatimukset vasemmistoradikalismin ja itäeurooppalaisen perinteen ilmauksiksi.

---

97. Hallituksen selonteon oikeudenkäyntimenettelyn ja tuomioistuinlaitoksen uudistamisesta esitti oikeusministeri Mikko Laaksonen. Pk I, 989 ss., 1971 vp.
98. Pk I, 1076-1082, 1971 vp.
99. KomMiet 1971:B 112 Oikeuslaitostoimikunnan mietintö.
100. KomMiet 1971:B 112, 67-68.
101. KomMiet 1971:B 112, 96-101.

Melko lyhyeen jääneen julkisuuden jälkeen prosessioikeuden uudistus palasi lainvalmistelijoiden käsiin. 1970-luvulla oli kysymys lähinnä sellaisen poliittisen kompromissin löytämisestä, joka tyydyttäisi 'suuren oikeuslaitoskeskustelun' eri osapuolia. 1980-luvun kuluessa uudistuksesta hävisi poliittinen dramatiikka, ja sen voi helpommin tunnistaa eurooppalaisen prosessin modernisoimisen yleisten vaatimusten toteuttamiseksi. Mitään olennaisesti uutta tuomioistuinuudistukseen ei sen vuosisataisella taipaleella tullut.

VII LOPUKSI

Modernin prosessin jäljittäminen johti kysymykseen yhteiskunnan 'pitkän keston' instituutioiden muutoksista tai transformaatioista. Pohdin oikeudenkäytön yhteiskunnallista paikkaa, oikeudenkäyttöä koskevan tiedon luonnetta ja oikeudenkäytön sosiaalista tekniikkaa. Moderni yhteiskunta on monella tapaa eriytynyt. Siinä voidaan osoittaa esimerkiksi usein suhteellisen omalakiset talouden, politiikan ja tiedon tai ideologian alueet. Oikeudenkäytön, tuomioistuimien ja prosessin yhteiskunnallisen paikantamisen vaikeus näkyy selvästi, kun yrittää suhteuttaa ne tällaisiin suhteellisen autonomisiin alueisiin. Pinnallisenkin miettimisen jälkeen tutkija havaitsee, ettei oikeudenkäyttöä voi tarkastella (vain) politiikasta, taloudesta, ideologiasta ja tieteestä käsin. Se liittyy moniin yhteiskunnan eriytyneisiin alueisiin tai aspekteihin.

Hahmotan tutkimuksessani prosessin muutosta etsimällä *modernin oikeuden* erityispiirteitä; sen erityistä muotoa ja sosiaalista ankkuroitumista. Juristiammattikunta on tässä keskeisessä asemassa. Juristit tuottavat prosessia koskevaa tietoa, määrittävät tuomiovallan paikkaa ja lisäksi asettuvat juridisen tiedon kantajina sosiaalisiin instituutioihin, jotka kannattelevat modernia prosessia. Lakimieskunta muodostaa siten modernin oikeuden välittömän sosiaalisen kiinnityskohdan. Moderneissa läntisissä yhteiskunnissa juristikunta erikoistuu valtion ja kansalaisyhteiskunnan, julkisen ja yksityisen, poliittisen ja taloudellisen rajankäyntiin. Näin juristikunta ja juridinen tieto ylläpitävät näiden alueiden erillisyyttä. Samalla moderni oikeustiede kuitenkin tarjoaa eriyttämiään alueita yhdistävän tiedon ja käytännöt - rakenteeltaan yhtäläisillä käsitteillä voidaan tarkastella eriytyneitäkin alueita.

Moderni oikeus perustuu monimutkaiseen valtion byrokratian, taloudellisen toiminnan sääntöjen ja instituutioiden synkroniaan. Lakimieskunta saa toimintansa oikeutuksen sekä taloudesta että byrokratiasta. Juristikunta tuottaa ja ylläpitää oikeudellisia käsitteitä, jotka 'ra-

kenteistavat' modernia yhteiskuntaa. Modernin lakimieskunnan tulkitseminen (vain) oppineeksi ammattikunnaksi on tästä syystä reduktio. Angloamerikkalaiset juristiammattikunnan tutkijat ovat painottaneet ammattikunnan kykyä säännellä tuottamiensa palveluiden laatua ja kysyntää. Manner-Euroopan juristiammattikuntia tarkastelleet tutkijat taas ovat huomauttaneet lainoppineiden olleen huomattavasti läheisemmässä suhteessa valtion byrokratiaan kuin mitä angloamerikkalainen 'markkinaperspektiivi' tunnustaa.

Omasta lähtökohdastani juristien, valtion ja 'markkinoiden' tai kansalaisyhteiskunnan suhde on nähtävä laajemmin kuin 'professiososiologiassa'. Professionäkökulma on riittävä vain, kun lakimieskuntaa tarkastellaan erityisenä sosiaalisena ryhmänä. Jos sen sijaan hahmotetaan tämän ryhmän suhdetta yhteiskunnan rakenteiden konstituutioon, on tarkastelu ulotettava juridisen tiedon käytännön vaikutuksiin. Lakimiesammattikunnan etiikkaa ja sosiaalisen statuksen määräytymistä voidaan kyllä ymmärtää professiososiologiana. Silloin tarkastelun ulkopuolelle jää kuitenkin se, millä erityisellä tavalla moderni juridinen tieto on valtaa ja millä tavalla se käytäntönä osallistuu yhteiskunnan rakenteiden tuottamiseen. Yritän työssäni ainakin jossakin määrin avata myös niitä vaikeita ongelmia, joita liittyy 'oikeudellisen' ja 'yhteiskunnallisen' tiedon rajanylitykseen. Nämä ongelmat liittyvät nähdäkseni pitkälle toisistaan eriytyneitten tiedon lajien episteemisiin lähtökohtiin.

Pyrin työssäni hahmottamaan modernin prosessin epistemologiaa tai sitä episteemistä muutosta, transformaatiota, joka erottaa esimodernin prosessin modernista. Väitän modernin prosessin subjektirakenteen perustuvan epistemologisesti radikaaliin *oikeussubjektin* ja *empiirisen subjektin* erottamiseen. 'Kypsässä' modernissa prosessissa tämä ilmenee siinä, että prosessin tavoite on kahtaallinen: tavoitteena on sen selvittäminen, mitkä ovat asian 'faktiset seikat', ja sen vahvistaminen, mikä on 'oikein'. 'Oikeuslauseet tulee tuomarin tuntea ex officio...Sen sijaan ne faktat, jotka muodostavat tuomion perustan, on säännönmukaisesti todistettava', kirjoittaa R.A. Wrede.[1]

Oikeussubjektin ja empiirisen subjektin erottaminen merkitsee sitä, että julkisoikeudelliseksi oikeussubjektiksi luonnehdittu tuomioistuin voidaan epistemologisesti eriyttää kahteen osioon. Normeja

1. Wrede 1919, 176.

koskeva argumentointi seuraa omaa erityistä logiikkaansa, faktojen arvioiminen toisenlaista erityistä logiikkaa. Tästä syystä tuomarin tai tuomioistuimen tehtävät voidaan fyysisestikin jakaa eri henkilöille. Ammattituomarin tehtäväksi nähdään *normien tunnistaminen ja soveltaminen* 'ex officio'. *Tosiasioiden arvioiminen* taas voidaan antaa maallikkotuomarin tehtäväksi. Tosin nämä tehtävät voidaan yhtä hyvin pitää ja usein pidetäänkin yhden ja saman fyysisen henkilön tai useamman juristituomarin käsissä. Näin on sen vuoksi, ettei modernissa prosessidoktriinissa katsota maallikoiden hallitsevan mitään sellaisia erityisiä tietoja ja taitoja, joita jokaisella terveellä kansalaisella tai yhteiskunnan keskivertokansalaisella ei ole. Todistelun arvioiminen perustuu ihmisen universaaliin havainnoinnin kykyyn sekä kykyyn esittää tehdyistä havainnoista yksityiskohtainen kuvaus, *kertomus*. Tällaisen kertomuksen uskottavuutta voidaan arvioida *kyselyn tekniikan* avulla. Kertomuksen arvioiminen ja tehokas kyselyn toimittaminen ei sekään ole joko juristeille tai maallikkotuomareille ominainen erityinen taito, vaan kansalaisten *universaali kyky.*

Oikeuden soveltamista ei sen sijaan voida modernin prosessin doktriinin mukaan uskoa maallikoiden muodostamalle tuomioistuimelle tai edes tuomioistuimelle, jossa maallikot muodostavat enemmistön. Näin on siitä syystä, että oikeudellinen tieto muodostaa oman autonomisen alueensa, johon maallikolla ei ole pääsyä. Tuomari hallitsee oikeudellisen tiedon tieteellisenä systeeminä tai ennakkopäätöksien muodostamana kokonaisuutena. Tätä tietoa oikeutetaan sillä, että se perustuu voimassa olevaan oikeuteen.

Modernissa oikeudenkäynnissä oikeussubjektit ilmenevät kahdentuneina siinäkin suhteessa, että asianosainen voi olla sekä oikeuksien ja velvollisuuksien kiinnityskohdaksi tulkittu oikeussubjekti että empiirisesti havainnoitava ja empiiristä maailmaa koskevaa tietoa välittävä todistaja. Täysin kehittyneessä modernissa prosessissa asianosaista (prosessin subjektia) voidaan itseäänkin kuulla todistajana.

Kaikki prosessin subjektit tulkitaan modernissa prosessissa kahtalaisina, ja juuri tässä mielestäni on epistemologisessa mielessä se raja tai kynnys, joka erottaa modernin prosessin esimodernista. Ulkoisessa suhteessa prosessimenettely monissa suhteissa muuttuu hyvin hitaasti ja huomaamattomasti. Modernisoituminen tosin usein toteutuu prosessioikeuden kokonaisuudistuksen kautta, mutta kokonaisuudistus

puolestaan pohjautuu usein aikaisempiin käytäntöihin ja osittaisuudistuksiin.

Esimoderni voidaan esitykseni mukaan erottaa modernista myös siinä, miten prosessin herruus määrittyy. Esimodernissa prosessissa tuomari edustaa sosiaalista ja poliittista, partikulaarista valtaa: paikallisyhteisöä, ruhtinasta, kaupunkia, keisaria. Tuomarin valta on kaupunkiporvariston, ruhtinaan, läänitysherran tai paikallisen talonpoikaisen yhteisön valtaa. Tällaisena se ei tarjoa täydellistä prosessin herruutta, vaikka absolutismin prosessia usein kuvataankin täydellisen mielivallan ilmentymäksi. Absolutismin prosessin herruus on siviiliprosessissa pitkälle asianosaisten ja heidän asianajajiensa käsissä. Rikosprosessi tukeutuu syytetyn valaan ja tunnustukseen. Legaalisen todistelun säännöt yleensäkin osoittavat tuomioistuimen prosessiherruuden rajoja. Tuomioistuimen käytettävissä on tietty prosessuaalisten keinojen valikoima, mutta ei valtaa määrittää totuus. Totuus kuullaan 'lopullisena' jonkun muun kuin tuomarin suusta: kahden todistajan, puhdistusvalan antavan asianosaisen, tunnustusvankeuteen tai 'piinalliseen kysymykseen' alistetun syytetyn suusta.

Modernissa prosessissa sen sijaan tuomarilla on totuuteen ulottuva herruus, jota perustellaan empiristisellä epistemologialla. Moderni positiivisen oikeuden doktriini tekee tuomarista oikeuden palvelijan, mutta samalla prosessin herran. Tuomarin normatiivinen valta ei ole peräisin välittömästä sosiaalisesta tai poliittisesta lähteestä, vaan sen oletetaan olevan peräisin oikeudesta itsestään.

Esimodernin prosessin asianosaisetkin esiintyivät oikeudenkäynnissä sosiaalisen integriteettinsä mukaisesti määritettyinä: talonpoikina, kauppiaina, säätyläisinä. He olivat paikallisyhteisön jakaman tiedon tai käsityksen mukaan kunniallisia tai kunniattomia, rehellisiä tai epärehellisiä. Tämä yhteiskunnan yhteiskunnan erilaisille jäsenille ominainen, partikulaarinen integriteetti muodostaa välttämättömän osan prosessimenettelyn logiikkaa. Sen perusteella arvioidaan, ketkä voivat tehdä valan, todistaa tai käyttää erityisiä todistelun muotoja kuten kauppiaan valaa.

Asianosaisen vala voidaan nähdä irrationaaliseksi vetoamiseksi yliluonnollisiin voimiin. Modernin prosessidoktriinin kehittäjät tarkastelevat monia aikaisemman prosessin piirteitä juuri irrationaalisuuden ilmentyminä. Asianosaisen valan käyttötapa oli kuitenkin esimodernissa prosessissa välittömästi sidoksissa asianosaisten ominaisuuksiin yhtei-

sönsä jäseninä. Valan käyttöä hallitsivat säännöt, jotka allokoivat valtaa tehdä vala sosiaalisen integriteetin perusteella. Kun asianosaisen vala väistyy oikeudenkäynnistä, väistyy myös käsitys, jonka mukaan asianosaisen nauttima sosiaalinen uskottavuus voi suoraan vaikuttaa prosessimenettelyn kulkuun. Jokainen syytetty on modernin prosessin aluksi oletettava syyttömäksi, jokaisen riidan asianosaisen on noudatettava yhtäläisiä todistelun sääntöjä. Moderni prosessi saa sille ominaisen subjektirakenteen, kun faktojen selvittäminen perustuu asianosaisen, todistajien ja muiden empiristisen epistemologian mukaisesti havainnoitavissa olevien todistelukeinojen varaan. Modernin oikeudenkäynnin tuomarin tulee olla oikeudenkäynnin alussa kuin tyhjä taulu, johon erityisen todistelun tekniikan välityksellä piirtyy kuva jutun faktoista.

Modernissa oikeudenkäynnissä työnjako ammatti- ja maallikkotuomarin kesken ei ole mikään epistemologinen välttämättömyys siinä mielessä, että doktriinissa oletetaan ammattituomareiden kykenevän arvioimaan faktoja yhtä hyvin kuin maallikonkin. Maallikoiden ei sen sijaan katsota kykenevän soveltamaan oikeudellisia normeja. Ammatti- ja maallikkotuomarin työnjako perustuu toisinaan siihen, että oikeudenkäynnistä erotetaan alueita, joilla *oikeudelliset* normit eivät ole keskeisiä. Sovitteluinstituutio rakentuu tähän lähtökohtaan. Yleisimmin työnjako perustuu kuitenkin oikeussubjektien epistemologiseen kahdentumiseen. Maallikoiden tehtäväksi annetaan faktojen arvioiminen. Työnjakoa ammatti- ja maallikkotuomarin välillä tuntuisi määrittävän lähinnä 'poliittisen', 'taloudellisen' ja 'sosiaalisen' suhde yhteiskunnassa. Valtion ja kansalaisyhteiskunnan keskinäissuhteen hahmotuksessa tuomiovalta nähdään eri läntisissä yhteiskunnissa eri tavoin. *Tuomiovalta* voidaan nähdä ensisijaisesti joko *valtion* tai *kansalaisyhteiskunnan* vallaksi.

Lähden tutkimuksessani siitä, että oikeudenkäyntimenettelyn sääntöjen ja tuomiovallan yhteiskunnallisen määrityksen välillä vallitsee korrelaatio. Jos tuomiovalta nähdään ensisijaisesti valtion vallaksi, myös menettelyn säännöt ovat 'julkisoikeudellisesti' painottuneet. Tuomari tulkitaan valtion edustajaksi, jolla tulee olla oikeudenkäynnin herruus myös siviiliprosessissa. Siviiliprosessin säännöt antavat asianosaisille enemmän määräämisvaltaa tai vahvemman prosessin herruuden kuin rikosprosessin säännöt. Jos tuomiovalta tulkitaan etatistisella tavalla, myös siviiliprosessin herruus on kuitenkin olennaisissa suhteis-

sa valtiota edustavan tuomioistuimen käsissä. Oikeudenkäyntiä hallitseva interaktion malli on silloin *kuulustelu*. Jos tuomiovalta taas tulkitaan liberalistisella tai republikanistisella tavalla, jää oikeudenkäyntimenettelyssä enemmän sijaa asianosaisten ja heidän oikeusavustajiensa toiminnalle. Tämä ilmenee ennen kaikkea interaktion saamassa muodossa: oikeudenkäyttömenettelyn perusmalli on *keskustelu*. Silloin myös kansalaisyhteiskuntaa edustavilla maallikkotuomareilla on vahvempi ote prosessin kulkuun.

Suomalainen oikeuslaitos on useimpiin länsimaihin verrattuna *modernisoitunut myöhään*. Kaikki keskeiset oikeuslaitoksen modernisoimisen teemat nousivat tosin esiin jo 1800-luvulla. Ensimmäinen oikeuslaitoksen kokonaisuudistukseen tähtäävä uudistusehdotus syntyi viime vuosisadan vaihteessa, mutta moderniksi luonnehdittavan oikeuslaitoksen synty vaati sadan vuoden ajanjakson. Vuonna 1948 toteutettu todistelun uudistus rakentui modernin prosessin periaatteille, mutta modernille prosessille ominaista, empirismiin nojautuvaa vaatimusta menettelyn välittömyydestä ja suullisuudesta ei loppuun asti toteutettu. Uudistusta ollaan saattamassa loppuun 1990-luvulla.

Miksi muutos Suomessa oli niin hidas; miksi se oli lähes yhtä hidas Ruotsissa? Modernisoitumisen historia tulkitaan yleisesti modernin kansakunnan syntyhistoriaksi. Tästä tulkintakontekstista Suomen modernisoitumista esti taantumuksellinen venäläinen hallinto. Suomalaisen tuomiovallan asemaa määrittikin olennaisesti se, että korkein oikeusaste oli välittömästi hallitsijasta riippuvainen. Tämä vaikutti esimerkiksi siihen, että suomalainen doktriini suhtautui monimielisesti oikeuskäytäntöön oikeuslähteenä. Suomalaisen yhteiskunnan omat rakenteet estivät oikeudenkäyntimenettelyn ja alempien tuomioistuimien rakenteen modernisoinnin; tässä suhteessa prosessin modernisoimisen myöhäisyyttä ei voi selittää venäläisen yliherruuden avulla.

Suomen oikeuslaitosuudistuksen myöhäisyyden voi osaksi ymmärtää olevan maan suhteellisen köyhyyden, maatalousvaltaisuuden ja harvan asutuksen seurausta. Byrokraattisesti hallitussa 1800-luvun Suomessa juristiammattikunta valloitti tosin keskeisen aseman hallinnon ja valtiollisen elämän huipulla. Lakimiehillä oli autonomisessa Suomessa erinomainen tilaisuus muuttaa omaa ammatillista käytäntöään. Silti modernin, valtiollisen oikeuslaitoksen aikaansaamisen edellytykset puuttuivat. Muuallakaan Euroopassa pelkkä juristiammattikunnan aseman vahvistuminen ei itsessään johtanut modernin oikeus-

laitoksen ja prosessin sääntöjen syntyyn. Muutoksen toteutuminen edellyttää taloudellista muutosta ja resursseja.

Työnjako rikostutkinnan ja tuomioistuinkäsittelyn välillä syntyy vasta, kun on käytettävissä rikostutkintaan erikoistunut poliisilaitos. Ammattimaisten syyttäjien ja asianajajien käyttäminen edellyttää juristikunnan sisäistä työnjakoa. Modernin valtiollisen oikeuslaitoksen ylläpitäminen on mahdollista vain, jos valtiolla on riittävät tulot; markkinatalouden laajentuminen toisaalta lisää painetta valtiollisen oikeuslaitoksen syntyyn. Etenkin luottosuhteiden irtaantuminen sosiaalisista kantajistaan liittyy puolestaan markkinatalouden laajentumiseen. Samalla se vaikuttaa sellaisten oikeudenkäynnin sääntöjen syntyyn, jossa asianosaiset ja todistajat esiintyvät modernin epistemologian mukaisina kahtalaisina subjekteina.

Suomesta puuttui juuri tämän tyyppisiä edellytyksiä modernille oikeudenkäytölle. Lähes koko 1800-luvun ajan Suomen hallituksen, säätyvaltiopäivien ja lakimieskunnan kiinnostus tuomioistuimien uudistamiseen kohdistui ensisijaisesti *kihlakunnanoikeuksiin*. Niitä syytettiin hitaudesta. Valtaosa maan sekä riita- että rikosjutuista käsiteltiin juuri kihlakunnanoikeuksissa; niiden käsittelemät juttumäärät olivatkin huomattavan suuria. Riitajuttujen määrän lisääntyminen alioikeuksissa liittyy taloudellisen toiminnan laajenemiseen. Useimmissa maissa sekä rikos- että riita-asioiden valtaosa käsiteltiin kuitenkin 1800-luvulla 'paralegaalisella' tasolla tai maallikkotuomareiden muodostamissa elimissä. Englantilainen rauhantuomarijärjestelmä toimi esikuvana monien muiden maiden oikeudenkäyntijärjestelmille. Sovittelulautakunnat ja rauhantuomarit ratkaisivat eri maissa suuren määrän sen kaltaisia juttuja, jotka Suomessa käsiteltiin käräjillä. Maksamismääräysmenettely otettiin sekin Suomessa käyttöön vasta 1900-luvulla. Ulosottoon yhdistetty lainhakumenettely toimi Suomessa vaihtoehtona oikeudenkäynnille, mutta vain selviin asiakirjoihin perustuvissa asioissa.

Modernin oikeuden luonteeseen kuuluu, että suurin osa luottosuhteista rakentuu tällaisiin 'selviin asiakirjoihin': asiakirjoihin, jotka ovat irtaantuneet alkuperäisen luottosuhteen asianosaisten keskinäisestä suhteesta ja toimivat itsessään todisteena saamisen olemassaolosta. 1800-luvun Suomessa luottosuhteet eivät yleensä toimineet näin. Luottosuhteita syntyi usein kauppiaan ja talonpojan välille tai kahden yksityishenkilön välille, eikä 'selviä asiakirjoja' aina tehty. Tästäkin syystä riita-asioita oli kihlakunnanoikeuksissa paljon; suuren osan niistä muo-

dosti 'yksinkertaiseksi tavaranvaihdoksi' luonnehdittavan taloudellisen vaihdannan yhteydessä syntyneiden luottosuhteiden selvittely. Riitajuttujen suuri määrä osoittaa siten sekä luottosuhteiden että prosessimenettelyn eriytymättömyyttä ja erikoistumisen puutetta.

Talonpoikainen suomalainen yhteiskunta käytti omia tuomioistuimiaan, kihlakunnanoikeuksia, sellaisten riitojen selvittämiseen, jotka muualla läntisessä maailmassa eivät olisi ollenkaan päätyneet varsinaiseen oikeudenkäyntiin. Suomalainen lakimieskunta suhtautui näihin 'bagatelliriitoihin' tai 'viiden pennin juttuihin' ristiriitaisesti. Niitä pidettiin juridisesti mielenkiinnottomina. Bagatelliriitojen suuren määrän katsottiin hidastavan oikeudenkäyttöä. Samantapainen rikos- ja riita-asioiden jakaminen juridisesti kiinnostaviin ja epäkiinnostaviin on ominainen nykypäivän tuomioistuinjuristeillekin. Bagatelliriitojen katsottiin ja katsotaan estävän 'todellisten' oikeudellisten riitojen ratkaisemista. Oikeudenkäytön sosiaalisen yhtenäistämisen tavoite hallitsi varhaisinta modernisoinnin vaihetta, mutta 1870-luvulta alkaen suomalainen lakimieskunta on suosinut vähäisten ja tärkeiden asioiden käsittelyn eriyttämistä.

Juristit ovat kuitenkin olleet haluttomia päästämään mitään tuomioistuimiin kuuluneita asioita oikeudellisen käsittelyn ulottumattomiin. 1800-luvulla suomalainen lakimieskunta torjui hyvin johdonmukaisesti maallikoiden muodostamien sovitteluelimien ja -oikeuksien perustamisen. Perusteluksi esitettiin, ettei maaseudulla ollut riittävästi maallikkoelimiin soveliaita sovittelijoita tai tuomareita. Juristit vastustivat myös kauppatuomioistuimien perustamista.

Koska suurin osa asioista käsiteltiin pitkälle 1900-luvulle asti kihlakunnanoikeuksissa, ne olivat myös modernisoinnin pääkohde. Vaikka kihlakunnanoikeudet määriteltiin laissa yleisiksi tuomioistuimiksi, niihin suhtauduttiin eri yhteyksissä *talonpoikien tuomioistuimina*. Keskeinen 1800-luvun oikeuslaitosuudistukset estänyt tekijä oli talonpoikaissäädyn kielteinen suhtautuminen kihlakunnanoikeuksien uudistamiseen. Tätä vastahakoisuutta voi ymmärtää parhaiten sen kautta, että Suomessa markkinatalouden leviämiseen liittyvä velkojien ja velallisten ristiriita oli ainakin johonkin määrään asti säätyjen välinen riita. Saatavia oli porvaristolla ja aatelilla, velkoja talonpojilla. Kun kihlakunnanoikeuden modernisoimiseen tarvittavat verovarat olisi koottu maaveron luonteisella maksulla, olisivat potentiaaliset velalliset maksaneet tehokkaamman oikeudenkäytön kustannukset. Sen vuoksi on

ymmärrettävää, ettei talonpoikaissäätyä kokonaisuudessaan saatu kannattamaan kihlakunnanoikeuksien uudistamista. Säädyn edustajiin tosin kuului esimerkiksi virkamiehiä ja kauppiaita, jotka saattoivat nähdä oikeudenkäytön nopeuttamisen eri näkökulmasta kuin varsinaiset talonpojat.

Talonpoikaissäätyä kiinnosti lähinnä kihlakunnanoikeuden lautamiesten vaalitapa ja lautamiehille maksettu palkkio. Papisto asettui usein vastustamaan juristikunnan ajamia uudistuksia talonpoikaissäädyn kanssa. Tämä papiston ja talonpoikien yhteisymmärrys viittaa siihen, että papisto ehkä joissakin suhteissa eriytyi 1800-luvun kuluessa maan muusta virkakunnasta - virkataloissaan asuva ja seurakuntien palkkaama papisto oli sidoksissa talonpoikaiseen yhteisöön toisella tavalla kuin esimerkiksi maaseudun tuomarit.

Talonpoikaissääty kykeni tehokkaasti vastustamaan verojen lisäämistä, etenkin tuomarinverojen käyttötavan muuttamista ja itselleen vastenmielisiä uudistuksia. Tässä suhteessa tilanne oli olennaisesti toisenlainen kuin Venäjällä. Venäjällä oikeuslaitos voitiin modernisoida tsaarin käskyllä ainakin muodollisesti. Tällaiseen 'ylhäältä' käsin tapahtuvaan uudistukseen koko Suomen hallitseva eliitti tosin oli halukas, mutta 'kansa' esti oikeuslaitoksen modernisoimisen. 'Alhaalta' ei ollut poliittista painetta oikeuslaitoksen uudistamiseen. Suomalaiselle (ja ruotsalaiselle) 1800-luvun politiikalle oli ominaista pyrkimys antaa neljännelle säädylle, talonpojille, muualla porvaristolle kuulunut paikka. Oikeuslaitoksen modernisoimisen yhteydessä tästä lähtökohdasta ei voinut syntyä samantapaista oikeuslaitoksen uudistamisen dynamiikkaa kuin Keski-Euroopassa.

Suomessa (ja ehkä pitkälti myös Ruotsissa) oikeuslaitoksen modernisoimista toivoivat lakimieskunta ja byrokratia, ei 'kansa'. Nämä määrittivät myös sen, minkälaisessa muodossa uudistus olisi toteutettava. 1800-luvun lopun uudistusehdotuksissa tuomiovallan yhteiskunnallinen paikka ja tuomioistuinmenettely nähtiin huomattavan etatistisesti. Suomessa oikeuslaitosuudistuksen tavoitteet määritteli lakimieskunta, joka lähes kaikissa uudistuksen vaiheissa seurasi likeltä Ruotsissa ehdotettuja ja toteutettuja uudistuksia. Etenkin viime vuosisadan lopulla oikeustieteen tieteellistämisen, lakimieskunnan yhteiskunnallisen aseman ylläpitämisen ja byrokraattisen kansallisvaltion ohjelmat osuivat suomalaisen juristikunnan ajattelussa yksiin.

Valtiopäiväuudistuksen jälkeisessä Suomessa byrokraattiselta hallitsemisen tavalta hävisi keskeinen poliittinen tuki. Oikeuslaitosuudistusta suunniteltiin edelleen juristikunnan keskuudessa, ja moderniin prosessiin kuuluvia instituutioita vakiinnutettiin suomalaiseen oikeuteen oikeuskäytännön kautta. Tämä modernin oikeuden reseptio oli kuitenkin valikoivaa. 1970-luvulle asti etenkin tuomioistuinjuristit vastustivat eurooppalaisen prosessin keskeisten piirteiden omaksumista suomalaiseen oikeuteen. Tuomioistuinjuristit eivät halunneet antaa maallikoille entistä vahvempaa asemaa, ja prosessin keskittämisen ja suullisuuden periaatteet herättivät käytännön lakimiesten keskuudessa vastustusta. Eduskunnassa taas etenkin agraaripuolueen ja vasemmistopuolueiden edustajat ovat suhtautuneet epäluulolla juristien kasvavaan herruuteen oikeudenkäynnissä.

Oikeuslaitoksen modernisoimisen paineet olivat yleensä kaikkialla sekä poliittisia että taloudellisia. Suomessa maan agraaristen rakenteiden elinvoima asetti rajan uudistukselle kummassakin suhteessa. Talonpoikaisyhteiskunnan rakenteiden pysyvyys ilmenee paradoksaalisesti myös prosessin tiettyjen etatististen piirteiden elinvoimassa. Suomalaisen oikeudenkäynnin tietyt erikoispiirteet juontuvat siitä, että kihlakunnanoikeuksissa noudatetussa menettelyssä ammattituomari voi harjoittaa ja itseymmärryksensä mukaan joutui harjoittamaan vahvaa muodollista ja aineellistakin prosessijohtoa - käytännössä tämä merkitsi inkvisitorisen prosessin menettelytapojen jatkuvuutta. Sosiaalivaltiolliset painotukset ovat sittemmin antaneet lisäperusteluja tällaisen prosessinjohtovallan ylläpitämiselle ja vahvistamisellekin. Raastuvanoikeuksien prosessimenettelyn perinteelle on ollut pikemminkin ominaista pitäytyminen asianosaisten hallitsemaan kirjalliseen prosessiin, jossa asiakirjoja vaihdetaan lukuisissa oikeudenistunnoissa. Etenkin tähän perinteeseen on vaadittu muutosta, käytännössä usein prosessinjohdon tehostamista.

Kihlakunnanoikeuksissa asianosaisilla tai maallikkolautakunnalla ei juuri ollut keinoja kontrolloida tuomarin toimintaa. Kihlakunnanoikeuksia vuorostaan kontrolloitiin hovioikeuksista käsin. Hovioikeudet olivatkin suomalaisen oikeudellisen uudistuksen dynamiikassa keskeinen instanssi. Suomalaisessa alioikeusmenettelyssä on säilynyt eräänlainen 'arkaainen suullisuus' tai muistuma inkvisitioprosessille ominaisesta menettelyn suullisuudesta. Alioikeuksien alistaminen hovioikeuksien valvontaan on vahvistanut tätä perinnettä. Suullisen menettelyn

asema on ylemmissä oikeuksissa jäänyt hyvin heikoksi. Suomalainen 'suullis-pöytäkirjalliseksi' luonnehdittu prosessimenettely ei vastaa modernin prosessin epistemologisesti perusteltua suullisuuden ja välittömyyden vaatimusta. Suullisuuden ja välittömyyden prosessiperiaatteiden eduksi on Suomessa perinteisesti esitetty, että niiden vallitessa prosessi nopeutuu. Moderni todistelun doktriini sen sijaan korostaa suullisuuden ja välittömyyden epistemologista merkitystä.

Maallikkotuomareiden merkitystä on suomalaisessa doktriinissa arvioitu vähintään yhtä paljon paikallisyhteisöä koskevan erikoistiedon kuin poliittisen kontrollinkin näkökulmasta. Tässä suhteessa myöhäismoderni suomalainen yhteiskunta saattaa rakentua suoraan esimoderneille rakenteille: yhteisöllisiin arvoihin ja paikallistuntemukseen perustuvien maallikkoelimien suosiminen on selvästi yksi myöhäismoderni oikeudenkäytön muutostendenssi.

Suomessa toteutetaan 1990-luvulla oikeuslaitosuudistusta, jonka tavoitteena on ottaa käyttöön moderni länsimainen prosessi. Uudistus tapahtuu mielestäni ongelmalliseen aikaan siinä mielessä, että se suuntaa kiinnostusta pois modernin prosessin epistemologisten, taloudellisten, poliittisten ja sosiaalisten lähtökohtien muutoksista. Monet muutokset viittaavat tarpeeseen arvioida prosessimenettelyn perusteita myöhäismodernista perspektiivistä. Modernin 'sosiaalisen' kasvu on tehnyt tehnyt valtion ja kansalaisyhteiskunnan, julkisen ja yksityisen dikotomioista mahdottomia ylläpitää. Kansallisvaltioon kiinnittyvän tuomiovallan, oikeuslähdeopin ja tulkintasääntöjen asema on käynyt epäselväksi.

Muuttuneessa tilanteessa olisi mahdollista nostaa esiin sellaisia kysymyksiä tai ongelmia, jotka redusoitiin pois tai jäivät marginaalisiksi modernin prosessin synnyn yhteydessä. Minkälaiset seikat aikaansaavat episteemisen katkoksen tai paradigman muutoksen? Viime kädessä emme tiedä sitä. Tällä hetkellä joka tapauksessa voi nähdä monien modernin prosessin implisiittisten tai eksplisiittisten lähtökohtien muuttuneen ratkaisevasti. Minkälainen tiedon transformaatio näihin muutoksiin liittyy? On väitetty, että paradigman muuttumista tai murtumista ennustaa se, että paradigman sisällä marginaalisiksi käsitetyt kysymykset nousevat yhä kiinnostavammiksi.

Modernin oikeuden ja oikeudenkäytön doktriinissa tai paradigmassa työnnetään sivuun monia paradigman kannalta hankalia ongelmia. Näihin kuuluu kysymys normin ja faktan yhteenkuuluvuudesta tai

sisäisestä riippuvuudesta. Ihmisen moraalisten ja kognitiivisten kykyjen keskinäissuhde askarrutti useimpia 1700-luvun filosofeja, mutta siihen liittyvät ongelmat jätettiin modernin prosessin paradigman ulkopuolelle. 'Esteettisen' ja imaginaation alueet jäävät oikeudenkäytön doktriinissa sivuun. Oikeudenkäynnin doktriinissa torjuttiin havainnon ja kielen keskinäissuhteen tarkastelusta imaginaation vaikutus, oikeussysteemiä tarkastelevasta kielestä taas minimoitiin retoriikka. Normatiivisen ja faktisen dikotomian yhteydessä voidaan tietysti tarkastella monenlaisia kysymyksiä. Kaikki nämä kysymykset liittyvät olennaisella tavalla myös mahdollisuuteen ylittää oikeudellisen ja yhteiskunnallisen tiedon raja.

Modernin oikeudenkäytön epistemologia olettaa implisiittisesti tai eksplisiittisesti todistajan ja tuomarin hahmottavan todellisuutta yhtäläisellä tavalla. Sen vuoksi tuomarilla on kyky arvioida todistajan kertomuksen uskottavuutta. Myöhäis- tai jälkimodernista lähtökohdasta voidaan kyseenalaista tällainen subjektien universaali epistemologinen kyky, ja oikeudenkäynnin todistelussa käytetty tekniikka voidaan tulkita vain yhdeksi tavaksi tuottaa todellisuuden referentiaalinen illuusio. Modernin oikeudenkäynnin säännöt rakentuvat konventiolle, jonka mukaan läsnäolevat todistajat ja/tai asianosaiset esittävät raportin aktuaalisesta, empiirisestä kokemuksestaan. Tuomarin oletetaan kykenevät arvioimaan esityksen autenttista totuudellisuutta. Samalla oikeudenkäynnin julkisuus toimii takeena sille, että myös muut paikalla olijat voivat vakuuttua siitä, mistä tuomarikin vakuuttuu.

Myöhäismodernista näkökulmasta voi väittää, että narratiivisen tekniikan kautta välittyvän 'referentiaalisen illuusion' tehokkuus on sidoksissa kontekstuaalisiin tekijöihin ja kielen käyttäjien sosiaalisesti omaksuttuihin konventioihin. Modernin oikeudenkäytön doktriinissa referentiaalisen illuusion tehokkuus palautetaan ihmisluonnon universaaleihin säännönmukaisuuksiin. Oman aikamme perspektiivistä voi väittää, ettei referentiaalinen illuusio välttämättä ota syntyäkseen etnisesti monimuotoisessa, sosiaalisesti luokkiin tai ryhmiin jakautuneessa tai seksistisesti eriytyneessä yhteiskunnassa. Referentiaalisen illuusion voi olettaa syntyvän vain yhtenäisten ryhmien sisällä. Viittaan tutkimuksessani monessa yhteydessä modernin prosessin sääntöjen ja modernin porvarillisen keskiluokan vuorovaikutukseen.

Tutkijalle avautuu kiehtova näkymä oikeudenkäyttöä koskevan tiedon kysymyksiin. Voidaanko oikeudellinen tieto oman aikamme

perspektiivistä määritellä niin, että se muodostaa johdonmukaisen systeemin? Mikä on oikeuden systeemin ja kansallisvaltion suhde? Miten faktan hahmottaminen on sidoksissa intresseihin, normeihin ja arvoihin? Miten arvoihin ja normeihin sitoudutaan, miten ne tunnistetaan? Liittykö normin tunnistamiseen välttämättä jonkinlaista kasuistista tai narratiivista ainesta? Mikä on esimodernin yhteisöllisyyden ja myöhäismodernin sosiaalisen merkitys normeihin sitoutumiselle ja niiden tunnistamiselle? Hahmottuuko 'fakta' jotenkin sosiaalisesti ehdollistuneella tavalla, niin että saamelaisen, lastentarhanopettajan, insinöörin, maalaisen, kaupunkilaisen, naisen, miehen, vanhuksen tai lapsen faktat määrittyvät tyystin erilaisista horisonteista, joita minkäänlainen elämismaailmassa saatu kokemus ei välttämättä aina ja kaikkialla kytke yhteen? Miten tuomioistuimen normin ja toden herruus voidaan silloin oikeudenkäynnissä perustella?

Tällaisiin kysymyksiin tutkimukseni ei kykene vastaamaan. Mielestäni ne kuitenkin nousevat esiin, jos modernin prosessin synnyn yhteydessä tehdyt rajaukset tai sivuun työnnetyt ristiriidat nostetaan etualalle.

SUMMARY

Rule(s) of modern procedure

The judicial procedure ending in a judgement is a serious affair even in its modern, secular form. A judicial procedure lays down the law in an authoritative way. A judgment is a most typical example of performative language - it may by said that it can be effectual, but not that it has truth value. Judicial examination and determination of issues between parties by a judge proceeds in a solemn social mode.

Trial and judgment may be said to be social institutions of 'longue durée'. They change very slowly. Yet, modern court proceedings follow specific rules. Modern law and legal procedure have their own special institutions, forms of interaction and rules that govern this interaction. The modes and rules of procedure vary from country to country. Yet, modern Western courts and procedural codes resemble each other to a great extent.

What is typical for the modern procedure; in what way do the modern rules of procedure or modern mode of legal proceedings differ from premodern ones? We must start by asking what is 'modern'. The modern shows two tendencies: overlapping universalizing and differentiating social processes. The modern way of life becomes uniform on many levels. Time, language and social practices of the modern world are normalized and standardized - which is often described as a rationalization of Western societies. One of the most marked examples of modern universalism is the assumption of legal equality. On the other hand, the modern society is based on a profound differentiation of human activities and knowledge: division of labour, specialization of knowledge and differentiation of roles played by human actors. Modern law takes part in both of these processes. It conceptualizes human beings as persons with rights and obligations justified on a formal, uni-

versal basis. The professionalization of matters of law brings about a specific legal knowledge which is radically separate from the mundane world.

One of the most influental writings on modern law is the 'sociology of law' by *Max Weber* (which is a part of his 'Wirtschaft und Gesellschaft'). Weber presents an 'ideal type' on mofern law which is characterized by formality and rationality. For Weber, there are two main causal factors to that help to produce this type of law: the bureaucracy and the market. Weber's ideal type serves in my study as a widely recognized meeting point of different discourses on modern law and procedure. Weber builds his ideal type on the specific features of modern law which the scholars of the 19th century had put forth - he builds it on the very modernization process that includes conceptualizations that mark the difference of modern and premodern law and procedure. I consider the Weberian ideal type of modern law adequate in depicting modern law. I also try to show how the conceptions it uses take part in the constitution of the modern and of the modern law.

Modern law plays a part in both the areas that are influential in the formation of the law itself - the bureaucracy and the market. The Weberian ideal type of modern law presumes a dichotomy of public and private, of state and civil society. The modern law is engendered by the two forces of bureaucracy represented especially by the modern state, and by market economy. The relationship between these two varies in different Western cultures.

Weber glides in his description of formal-rational modern law into a description of modern procedure. I propose this displacement refers to a correlation between the way that modern law mediates between state and civil society and the way the modern procedural rules are formed. The relationship of the modern state (the public) and what is considered to be private in the sense of private economy may be seen in different ways. I present three ways of connecting the public and the private sphere, the state and the civil society: liberalism, republicanism and etatism. In early modern societies, the judicial power is presented as a mediator between these spheres. It forms a connecting surface in the same way that the bourgeois publicity connects official government to private interests and opinions. This connecting role of the judicial power is seen in varied ways. According to liberalism, neutral law should create a framework for a neutral market society. Values are con-

sidered subjective and equally justifiable. The state may be justified by a social contract that corresponds to the egoistic interest of the individuals. The private sphere is connected to the subjective, moral, and individual freedom, the public sphere to social restrictions of freedom. Liberalism predicates an individual subject who is aware of his rights and interests as the point of departure of its legal discourse.

Republicanism proposes that a common social basis is necessary in a society. Thus it emphasizes public policies and communality as prerequisites of both the state and the economy. Law is given an affirmative role in the society seen as a community. Republicanism may build on premodern forms of social interaction. It may also be seen to articulate a late modern trend of mixing the public and the private, the state and the civil society - dichotomies important in early modern societies. Republicanism may be seen as a discourse of the civil society or of communitarianism. It modern social theory it is represented both as a conservative and a radical opposition to liberalism. The growth of the 'modern social' sphere gives new vigour to this kind of a discourse.

Etatism gives the state and the official bureaucracy a leading role in integrating the civil society. It may be thought as a discourse of the state; it shows the state as the main social subject. The institutions of the civil society should grow under the control and protection of the state.

During the modernization process the dichotomy of the public and private, civil society and state was thematized in several ways - liberalistic, republicanistic and etatistic. Yet, a certain type of discourse may be said to be more or less dominant in national discussions and texts about judicial power. I propose that there is a connection between the way of understanding the judicial power as an interface between the state and the civil society and the way the modern judicial procedure is formed. A discourse that sees judicial power primarily as a power of the state is connected to rules of procedure that make the judge as a bearer of the power of the state the supreme subject of the proceedings. A discourse that represents the judicial power as the power of the civil society tends to have a connection with such rules of procedure that predicate the parties of a case and lay judges as representatives of the civil society as subjects of a judicial procedure.

There are marked differences especially between the common law traditions of England and the United States and the continental Eu-

rope in this respect. These differences appear in the 'subject structure' of the procedure and the rules applied in it. The interaction in a court may resemble an *examination* or a *discussion*. I propose that the modern German procedure was defined in a way that presented the judge (and the state) as the most important subject in a legal procedure. The Swedish and Finnish rules of judicial procedure resemble the German ones in many respects.

In the modern epistemology, the human mind is supposed to have a uniform structure and universal faculties. The modern knowledge is on the other hand based on an epistemological dualism of subject and object or freedom and nature. I propose that the modern doctrine of legal proceedings relies on this dualism. Universally equal legal subjects are taken to be the bearers of rights and obligations. The legal system is presented as a system of knowledge; this system takes a 'person' as its focal point. A 'person' is a representative of the world of freedom and autonomous acts. The question of law is connected with the law as this kind of a system, and is accordingly taken to be the prerogative of the professional judge.

The matter of fact, on the other hand, is decided by a different set of rules. These rules rely on empiricist philosophy. In this doctrine, the rules of nature take precedence. The modern procedural doctrine predicates what I call *dual subject structure*: the people included in legal proceedings are seen as empirical-transcendental doubles. They are bearers of an autonomous will. As such they have rights and obligations; as free agents the make deeds that may be imputed to them. At the same time, those same people may be considered a means of transmitting causally determined evidence and be themselves considered as objects.

The modern rules of evidence are partly based on premodern rules of inquisition. In late medieval and early modern societies of continental Europe, the courts controlled by the sovereign examined crimes by inquisition. The first part of this examination (inquisitio generalis) included gathering information later appertained to the duties of the police. The latter part consisted of proceedings against the accused (inquisitio specialis). A case of severe crime and harsh punishment would demand a very strong certainty of the guilt of the accused. The value of the evidence was to be calculated by strict rules. If there was less proof of an accepted variety - less than two witnesses or a voluntary confes-

sion by the accused but yet some proof considered aggravating - the judge could start a ruthless form of truth examination by inquisition. This could include inquisition by torture. Confession stood high in the hierarchy of proof in the premodern doctrine of proof. A confession was deemed a sufficient proof of guilt.

Questioning formed a central part of this kind of an examination. The basic mode of inquisition is questioning - an interaction typical for modern Europe. It is a form of interaction where turn-taking between the participants follows a stable pattern connected to the differentiated roles of the participants. The judge poses questions; the accused, the plantiff and witnesses give answers. The mode of inquisition is oral. The premodern civil procedure became more or less dependent on written documents, as the market economy and the legal profession made an ever stronger impact in court proceedings. The modern rules of procedure are in this respect based on the premodern rules of criminal procedure.

The Enlightenment reformers represented the trial by jury as the ideal of procedure. *Montesquieu* among many others was convinced that the Germanic people had lived in a society of free men that gave birth to such institutions as the parliament and the jury, both signifying a tradition of freedom. A myth of ancient freedom flourished even in the English radical rhetorics of the 17th century. The Enlightenment ideal of trial by jury was institutionalized in France by the revolution of 1789. Later the jury was introduced to most European countries - mainly for political reasons. Jury was considered ' the bulwark of liberty', as it could control the discretion of the judge and the government.

The jury represents the dualism inherent in the subject structure of modern court proceedings. The judicial power is divided into two parts: the power of deciding the facts and the power of applying the norm. The norm application was thought to be controllable, as laws were universal and included in written codes known to anybody. Making a decision on facts, on the other hand, was politically a more difficult matter. The modern doctrine emphasized the personal conviction of the judge - the judge was to be convinced of the 'subjective' and 'objective' facts in a case. Giving the decision to a jury made it politically justified, as it was controlled by the peers of the accused. The modern epistemology would see in these random members of the society.

The oral mode and the interrogative technique of the Absolutist criminal procedure were preserved in a modified form in the modern procedure. The accusational system of the English common law become the model for the modern Western criminal procedure. This modified the subject structure of the criminal proceedings - the authority of asking questions was to some extent delegated to the parties of the case and their legal representatives. The mass of evidence was to be produced by questioning, or interrogation. According to Jeremy *Bentham*, viva voice interrogation could produce correct and complete evidence.

The oral mode of proceedings was modified in an important way. The modern procedure does not relay on the oral mode of interrogation as such, but a special narrative technique based on linguistic conventions that imitate subjective experience. The witnesses give in court narrative reports of their experience in a form that individualizes and particularizes persons, their deeds and the situation in a way that imitates reality. They use a narrative technique remarkably similar to the narrative technique adopted by the early 'realistic' novel. The epistemology of the modern realism in literature and the rules of evidence recommended by modern reformers of legal procedure can both be traced to the empiricist philosophy of John *Locke*. They both use a technique of mimesis that produces a 'referential illusion'.

Bentham thought a statement of a witness the more satisfactory and trustworthy, the more particular it was. A particular statement could be discredited in a way that a general assurance could not. - By taking the successful creation of a referential illusion as a mark of the accuracy of the facts related by the witness the modern doctrine on evidence could be based on universal faculties of the witnesses in stead of their particular knowledge of the accused and their social characteristics. The modern doctrine of evidence relies on the similarity of the faculties or the structures of the minds of the judge, the witnesses and the parties. The jury represented a discriminating public very similar to the reading public in early modern societies.

Thus, the modern rules of procedure include a dualism of epistemic subject structure. This dualism is apparent in the role differentiation between the professional judge and the jury. The dualism becomes very striking when, in fully developed modern procedure, the parties may be treated alternately as legal subjects in the case and as subjectivities or empirical subjects that can be heard as witnesses.

The procedural rules given under Swedish Absolutism gave the professional judge, taken as a representative of the Crown, a prominent role in the legal proceedings. This was true especially in the local country courts of first instance. Until the 17th century, these courts were to an extent controlled by local peasants. The peasantry formed a board or a jury (nämnd) that took active part in the proceedings. From the late 17th century the powers of this element became weaker, that of the professional judge stronger. Sweden had a peculiar social structure: the bureaucracy grew directly from a society of peasants. In an European perspective, the Swedish towns were small and the bourgeoisie weak. The modernization of the procedure became a demand by the bureaucracy, to a great extent occupied by aristocracy. Elsewhere in Europe the third estate was usually taken to be the estate putting forth popular demands. In Sweden the fourth estate, the peasants, were referred to as 'the people' in the early 19th century reformist discourse.

This situation was intensified in Finland, when this former province of Sweden was annexed to Russia as a separate grand duchy in 1809. The former Swedish laws remained in force. The Diet was not called together for more than five decades. Finland was ruled by a local bureaucratic elite. Finland is among the last modern Western countries to transform a premodern code and court practice. The organization of the courts and the procedural rules were thought outmoded and inefficient already during the latter half of the 19th century. Since 1901 different commissions set by the government proposed total revisions of the Finnish (originally Swedish) court system and procedural rules, both originating form the 17th century and codified in the Swedish codification of 1734. The Finnish law reformers thought the modern form of procedure to have a model in the English procedural forms. These were adopted by the French revolution and later by most Western countries. Even Tsarist Russia had adopted a system of modern procedural forms in the 1860's. In Sweden a revision of procedural law was on its way during most of the 19th century. A total reform was delayed in Sweden also. The revision took place comparatively late but nevertheless earlier than in Finland, where important parts of modernization on the court system and the procedural rules are realized at the time of writing.

HENKILÖHAKEMISTO

Abrahamsson 344, 370, 372, 403
Adams 131, 132
Addison 54, 163
Afzelius 516
Akvinolainen 149
Aleksanteri I 435
Almquist 329
Althusser 302
Amira 196
Arendt 44, 50, 56, 159
Aristoteles 149, 150
Armfelt 441
Arnauld 160
Auerbach 219
Augustinus 148
Austin 128

Bacon 122
Bähr 116
Baldus 93
Bartholemaeus 200
Bartolus 200
Beccaria 243, 434, 521
Bellers 130
Bentham 51, 53, 60, 94, 125, 127, 128, 146, 231, 234, 521, 588
Berg 423, 478
Bergbom 453
Bergfalk 432
Bethmann-Hollweg 281
Binding 70
Bismarck 55, 60, 91, 109
Bjelke 323
Björne 114, 378
Blackstone 126, 128, 228
Bodin 32, 45
Boehmer 141, 272
Bourdieu 13, 14
Bourdieun 14
Braudel 271, 301
Brougham 126
Brunner 194, 195
Brusiin 330
Bülow 138, 289, 290, 508
Burke 163

Calonius 355, 376, 420, 425, 435
Carlyle 53
Caroline 126
Charpentier 557
Chesnecopherus 339
Chydenius 353, 480
Cicero 149, 150
Coke 122, 124
Condillac 158, 225
Cooper 163
Cromwell 71
Cronhielm 359
Cuiacius 204

Dalekarlus-Stiernhöök 344
de la Chapelle 438
De la Gardie 325
Defoe 54, 219
Derrida 85, 212
Descartes 158
Dilcher 114
Döhring 272
Donellus 282
Durkheim 11

Eerik XIV 321
Ehrström 453, 466
Ekelund 436

Feuerbach 111, 184, 260, 469
Fielding 216, 219, 232
Filangieri 521
Föllesdal 303
Forsman 537
Foucault 51, 62, 158, 210, 243, 302
Fox 130
Fredrik II 91
Fredrik Suuri 243
Fredrik Vilhelm I 91

Gadd 423
Gierke 108
Gilbert 231
Gönner 96, 278, 280, 282
Gramsci 65
Granfelt 514, 560, 561
Gregorius IX 207
Grimm 178
Grolman 279, 280
Grotius 380
Gundling 380
Gyllenstierna 331

Haartman 478, 479
Habermas 12, 13, 15, 33, 48, 76, 77, 79
Hackman 476
Halila 284
Hamilton 81
Hänninen 301
Hegel 100, 161, 170, 261
Heidegger 303
Heiden 446
Heisenberg 160
Henrik II 213
Henrik III 213
Herder 176
Heritage 303
Hermanson 516
Hildén 474
Hjärne 317
Hobbes 45, 60, 72, 110
Holmbäck 360
Hugo 115, 116, 153, 277
Huizinga 1
Humboldt 105, 155, 177, 278
Hume 76, 163, 237
Husserl 303
Hutcheson 163
Hylten 369
Hyrkkänen 301

Inger 336, 403, 535
Innocentius III 205
Innocentius IV 205

Jaakko I 124
Jaakko II 357
Jägerskiöld 329, 379
Jay 81
Jefferson 80, 88, 131
Jellinek 17, 516
Jhering 185
Joosef II 91
Juhana III 322, 339
Juselius 538
Justinianus 149
Jyränki 79

Kaarle 322
Kaarle I 72, 124
Kaarle IX 339
Kaarle Suuri 195
Kaarle V 207
Kaarle XI 330
Kannelin 565
Kant 11, 18, 45, 95, 109, 115, 146, 258
Katariina Suuri 434
Kekkonen 567
Kelsen 24
Kivi 431
Kivimäki 564
Klami 384
Knorring 535
Kristeva 305
Kristiina 328
Kristoffer 313
Kustaa II Aadolf 322
Kustaa III 353, 355, 405, 409, 435

Kustaa IV Aadolf 356
Kustaa Vaasa 319, 321, 334

Lagus 427, 436, 440, 466
Lancelot 160
Langbein 244, 252
Langdell 134
Langenskiöld 478, 479
Lee 131
Leibniz 157
Letto-Vanamo 371
Lévi-Strauss 301
Lindblad 521
Lindschöld 332, 345
List 457
Locke 46, 48, 72, 76, 78, 163, 222, 352, 588
Ludvig XIV 266
Luhmann 139

MacNally 231
Madison 81, 84
Maine 11
Malmberg 565
Marbury 84
Maria Teresia 91, 245
Marx 53, 97, 100, 104, 161
Mascardus 203, 263
Maunu Eerikinpoika 313
Mayhew 54
Menger 108
Menochius 263
Menschikoff 436
Mill 106
Mittermaier 111, 246, 263, 466
Montesquieu 46, 127, 256, 352, 383, 434, 587
Montgomery 516
Mooses 202
Möser 103, 193
Munktell 340

Naumann 535
Nehrman 370, 376, 425, 467
Nettelbladt 280
Newton 163, 223
Nicolaus 200
Nikolai I 435
Nordström 311, 424, 426, 436, 445, 467, 480
Nörr 272

Ogorek 139, 141
Olaus Petri 333
Oxenstierna 325

Paine 78, 353
Palmén 427, 436
Palmstruch 479
Peltonen 301
Penn 130
Petäys 565
Pietari Suuri 434
Pitt 51
Pocock 65, 88, 124
Popper 18, 19
Pöyhönen 296, 301
Prest 125
Publius 81
Puchta 98, 179, 509
Pufendorf 94, 278, 345, 380, 383
Pugatshev 435

Quesnay 77

Rålamb 331
Renner 50, 186
Rensch 131
Richardson 219
Richert 432
Rogge 193
Romanov 410
Rosenius 476
Rotteck 112
Rousseau 45, 56, 72, 76, 77, 352
Routila 304

Salmiala 564
Santos 63
Sartor Resartus 53
Saussure 225

Savign 309
Savigny 40, 96, 98, 99, 101, 103, 114, 141, 142, 143, 156, 176, 179, 278
Schelling 103
Schiller 105, 146
Schleiermacher 103
Schlosser 116
Schlyter 312, 427, 432
Schmalz 278
Schmitt 33
Schopenhauer 161
Schrevelius 426
Schröder 70
Schutz 22, 23, 304
Scott 54
Sederholm 535
Serlachius 557
Sigismund 322
Sirola 558
Skarstedt 513
Skytte 325, 330
Smart 57
Smith 76, 78, 481
Smollet 35
Snellman 423, 424, 431, 440, 445, 452, 479, 480
Söderholm 559, 560
Speranski 412, 435
Stahl 103
Ståhlberg 565
Svarez 94
Svinhufvud 560

Taussi Sjöberg 321
Tegnér 310
Teubner 70
Thibaut 40, 96, 141, 153
Thomasius 94, 272, 396
Tirkkonen 525, 566
Tocqueville 83, 88, 131, 454
Tolonen 296
Tönnies 11
Törne 369
Troil 417
Troilin 417
Tuori 12, 13, 29, 32, 85, 103, 110, 301

Ullman 199

Vilhelm Oranialainen 46
Voltaire 243
von Holzendorff 298
von Pyhy 337

Wach 289, 293, 509, 512
Walleen 436
Watt 219
Weber 8, 10, 11, 18, 19, 21, 22, 23, 26, 28, 29, 43, 49, 52, 58, 74, 98, 108, 118, 119, 123, 135, 138, 140, 142, 146, 151, 192, 268, 299, 309, 584
Westman 360
Wiik 564
Windscheid 185
Wolff 94, 152, 383
Wood 88
Wrede 2, 564

Ylikangas 332, 333, 413
Yrjö IV 126
Yrjö-Koskinen 450