

SUOMALAISEN LAKIMIESTEN YHDISTYKSEN
JULKAISUJA N:o 14

OTTO BRUSIIN

TUOMARIN HARKINTA NORMIN PUUTTUESSA

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

SUOMALAISEN
LAKIMIESTEN YHDISTYKSEN
JULKAISUJA
N:o 14

SUOMALAISEN LAKIMIESTEN
YHDISTYKSEN JULKAISUJA
N:o 14

OTTO BRUSHIN

TUOMARIN HARKINTA NORMIN
PUUTTUESSA

DAS RICHTERLICHE ERMESSEN IN LÜCKENFÄLLEN

ZUSAMMENFASSUNG

JAKAJA AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA

TUOMARIN HARKINTA NORMIN PUUTTUESSA

KIRJOITTANUT

OTTO BRUSIIN

LAKITIETEENKANDIDAATTI, VARATUOMARI

*Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin
Yliopiston Lainopillisen Tiedekunnan suos-
tumuksella esitetään julkisesti tarkastetta-
vaksi Historiallis-kielitieteellisessä oppisalissa
keskiviikkona huhtikuun 27 päivänä 1938
kello 12.*

SUOMALAINEN LAKIMIESTEN YHDISTYS

V A M M A L A 1 9 3 8
TYRVÄÄN KIRJAPAINO
OY

ISBN 978-951-855-782-4 (PDF)

SISÄLLYSLUETTELO

<i>Lyhennyksiä</i>	IX
<i>Kirjallisuusuutelo</i>	X

A. PERUSKÄSITTEITÄ JA KYSYMYKSENASETTELU.

I luku.

Oikeudesta.

Organisoitu yhteiskunta oikeuden kannattajana	1
Oikeus persoonallisuuspsykologian valossa	2
Intressi	3
Tarkoitus	5
Oikeuden voimassaolo	5
Vallitseva oikeusvakaumus historiallisena produktina	7
Oikeus ja valta	8
Oikeuden idealisointi	10

II luku.

Oikeuden soveltamisesta.

Oikeuden tulkinta ja soveltaminen	14
Vapaa hallintoharkinta	16
Oikeudenkäytön aineellisen määrittelyn yrityksiä	17
Muodollisia määrittelyjä	21
Oikeusministeriön kiertokirjeet	23

III luku.

Oikeusaukon käsite.

Aukottomuusteoriat	24
»Oikeusjärjestys aukoton, lait aukolliset»	35
Oikeusnormien »loogillinen laajenemisvoima»	38
Dualistiset aukoteoriat	41

Monistiset opit	43
Oma kysymyksenasettelu	45
»Rechtsleerer Raum»	52

IV luku.

Oikeusaukon toteaminen.

Kätketyt aukot tavallisimmat	57
Niiden olemassaolo todetaan supistavalla tulkinnalla (= kohtuuden probleema)	58
Supistavan tulkinnan käsite	58
Sen edellytykset	59
Kohtuudesta	68

B. TUOMARIN HARKINTA AUKKOTAPAUKSISSA.

V luku.

Historiikka.

Siirto-, kysely-, harkintajärjestelmä	75
Siirtojärjestelmä	75
Kyselyjärjestelmän historiaa	76
Sen rakenne	86
Sen intressipohja	88

VI luku.

Yleisiä näkökohtia: mielivallan välttäminen
ja harkintapakko.

Mielivallan määrittely	92
Miksi tuomari ei saa harjoittaa mielivaltaa?	93
Mielivallan välttämisen takeet	95
Tuomarin persoonallisuus	101
Puolueettomuus	104
Lainopillisen sivistyksen merkitys	109
Kokonaisuuden kategoria	109
»Luoko» tuomari aukkoratkaisun pohjaksi pantavan normin?	117
Harkitsemis- ja ratkaisupakko	127
Aukkoharkinta eri oikeusaloilla	133
»Aukon täyttäminen»	140

VII luku.

Analogia.

Lainanalogian määritelmä	142
Analogia ja tulkinta	144
Kokonaisnäkemys lainanalogian pohjana	148
Ratio legis	151
Lainanalogian oikeusperuste	153
Oikeusanalogian määritelmä	156
Yleisten oikeusperiaatteiden universaalisuus	157
Niiden voimassaolo	159
Kehittyvät yhteiskunnan mukana	160
Löydetään ei yksin indusoimalla yksityisistä formuloiduista oikeusnormeista	162
Lainanalogia ja yleiset oikeusperiaatteet eivät riitä kaikkien aukkotapausten ratkaisemiseen	164

VIII luku.

Tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut.

Oikeushistoriallinen johdanto	167
Mitkä näkökohdat puhuvat prejudikaattien huomioimisen puolesta, ja mitkä sitä vastaan?	172
Prejudikaattien asema Suomen positiivisessa oikeudessa	177
Tuomarin kriittisyys	180
Prejudikaattien huomioimisen takeet	183
Prejudikaatit oikeuden kehittäjinä	185
Oikeudenkäytön joustavuus	186
Esimerkkejä KKO:n aukkoprejudikaateista	187

IX luku.

Oikeustiede.

Oikeustieteen eri haarain määritelmät	189
Tiede ja tietoisoppi	189
Positivistisen oikeustieteen (»oikeusdogmatiikan») hedelmällisestä metoodista	190
Positivistisen oikeustieteen vaikutus oikeutemme kehitykseen	194
Oikeusjärjestys ja oikeusjärjestelmä	195
Oikeustiede yhteiskuntansa funktiona	196
Teoria ja elämä	197
Tieteisopin asema Suomen positiivisen oikeuden mukaan	197
Tuomarin kriittisyys	199
Oikeushistorian ja vertailevan oikeustieteen merkitys tuomarin aukkoharkinnalle	201

X luku.

Yhteiskuntatieto.

Yhteiskuntatiedon määritelmä	204
Gényn »vapaa tieteellinen tutkimus»	205
Tuomarin omat havainnot ja toisilta saadut tiedot	207
Yhteiskuntatieteet ja muu yhteiskuntatieto	207
Tuomarin kriittisyys	207
Onko yhteiskuntatieto tuomarille vahingoksi?	208
Tuomarin todellisuudentaju	210
Terve järki	212
Huolellisuus	212
Biologis-psykologiset tiedot	214
Historialliset tiedot	215
Yhteisössä elävien aatteiden tunteminen	216
Taloustiedon perustava merkitys	219
Oikeustapauksia siitä	223
Poliittisen reaalityiedon merkitys	225
Yhteiskuntatieto on samalla tietoa arvoista	227
»Asian luonto»	228

XI luku.

Oikeuden aate, yhteisön etu.

Oikeuden aate ja »oikeellisuus»	231
Oikeellisuus ja kohtuus	232
Aristoteles ja roomalaiset	232
Oikeamielisyys	233
Muodollinen oikeellisuus	234
Metafysisilliset oikeellisuusteoriat (ihmisarvo, yhteiskunnallinen harmonia y.m.)	237
Kokonaisuuden etu	240
Oikeellisuusteoriain konservatiivisuus	244

XII luku.

Aukkoharkinnan apukeinojen keskinäinen suhde.

Kaikki apukeinot selvittelevät yhteiskunnallista todellisuutta	246
Niiden yhteistyö välttämätön	246
Yhteistyötä vaikeuttavat tekijät	247
Apukeinot eivät ole samanarvoiset	248
Judikatuurin ja tietoisopin arvosuhde	249
Oikeuden aate tulevaisuuden rakentajana	250
Hyvän tuomarin tunnusmerkit	253
<i>Zusammenfassung</i>	254
<i>Hakemisto</i>	267

LYHENNYKSIÄ

DL	= Defensor Legis.
JFT	= Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.
Lm	= Lakimies.
SJT	= Svensk Juristtidning.
TfR	= Tidsskrift for rettsvidenskap.
AG	= Archivio giuridico.
RIFD	= Rivista internazionale di filosofia del diritto.
APD	= Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique.
AcPr	= Archiv für die civilistische Praxis.
ARWph	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.
IZTR	= Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts.
ZföR	= Zeitschrift für öffentliches Recht.
ZRph	= Zeitschrift für Rechtsphilosophie.
AnnPD 1934	= Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris 1934.
Mélanges Géný	= Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný I, II, III Paris 1934.
Studi del Vecchio	= Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio I, II Modena 1930, 1931.
Studi Ranelletti	= Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti I, II Padova 1931.

KIRJALLISUUTTA

- Abrahamsson, P.*: Swerikes Rijkets Lands-Lag... nu å nyo andra gången med Anmärkningar uplagd (Stockholm 1726).
- Aillet, G.*: Droit et sociologie (Revue de métaphysique et de morale 1923).
— » — Le droit social (Revue de métaphysique et de morale 1933).
- Alanen, Aatos*: Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia (Lm 1926).
— » — Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinona (diss., Helsinki 1925).
— » — Lainkäyttäjän harkintavalta Saksan uudessa rikosoikeudessa (DL 1936).
- Alexéeff, Paul*: L'Etat, le droit et le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques (IZTR 1928—1929).
- Alleman, P.*: Das richterliche Ermessen mit besonderer Berücksichtigung des Vorwurfs zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (Olten 1917).
- Allen, C. K.*: Law in the making (Oxford 1927).
— » — Legal duties and other essays in jurisprudence (Oxford 1931).
- Arnholm, C. J.*: Prejudikaters betydning for rettsutviklingen (TfR 1933).
- Ascarelli, T.*: Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato (AG 1925).
- Ascoli, Max*: La giustizia (Padova 1930).
— » — La interpretazione delle leggi (Roma 1928).
- Aubin, G.*: Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit (Karlsruhe 1906).
- Bartolomei, A.*: Lezioni di filosofia del diritto (Napoli 1933).
- Battaglia, F.*: L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese (RIFD 1929).
— » — Arvostelu G. Scaduton teoksesta »Sull' identificazione dei principii generali di diritto» (RIFD 1927).
- Battaglini, G.*: La questione delle fonti specialmente in rapporto al diritto penale (RIFD 1930).
- Baumgarten, A.*: Methodologische Bemerkungen zur Lehre von den Quellen des Völkerrechts (Mélanges Gény III).
- Beling, Ernst*: Die Rechtswissenschaft, ihre Funktion und ihre Grenzen (Mélanges Gény I).
- Bendix, L.*: Obrigkeitsstaat, Richtertum und Anwaltschaft unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts (Berlin 1919).
- Bentzon, Viggo*: Almindelig Retslaere (anden Udgave ved Vinding Kruse, København 1926).
— » — Retskildeproblemet (SJT 1929).
— » — Skön og Regel (København 1914).

- Bergbohm, Karl:* Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I (Leipzig 1892).
- Bergman, C. G.:* Översikt av svensk rättsutveckling (Uppsala 1918).
- Berolzheimer, F.:* System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie I, III, IV (München 1904, 1906, 1907).
- Bierling, Ernst Rudolf:* Juristische Prinzipienlehre IV, V (Tübingen 1911, 1917).
- Binder, Julius:* Philosophie des Rechts (Berlin 1925).
- Björkstén, S. R.:* Kansainvälinen oikeus (Helsinki & Porvoo 1937).
- Björling, C. G.:* Lärobok i civilrätt för nybegynnare (sjätte upplagan, Lund 1930).
- Blondel, M.:* La pensée, I et II (Paris 1934).
- » — Introduction à la psychologie collective (2. p., Paris 1934).
- Boethius, S. J.:* Om statslivet (Stockholm 1916).
- Bonaccorso, C.:* In tema di interpretazione giuridica (RIFD 1930).
- Bonnard, Roger:* La conception matérielle de la fonction juridictionnelle (Mélanges R. Carré de Malberg, Paris 1933).
- » — L'origine de l'ordonnement juridique (Mélanges Maurice Hauriou, Paris 1929).
- » — Le contrôle juridictionnel de l'administration (Paris 1934).
- Bonnecase, Julien:* Introduction à l'étude du Droit (2. painos, Paris 1931).
- » — Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire (Paris 1927).
- » — Précis de droit civil I (Paris 1934).
- Borchard, E. M.:* The theory and sources of international law (Mélanges Gény III).
- Bouglé, C.:* Bilan de la sociologie française contemporaine (Paris 1935).
- Brugi, B.:* L'equità e il diritto positivo (RIFD 1923).
- » — I principii generali del diritto e il diritto naturale (AG 1923).
- Brunetti, G.:* Ancora sul senso del problema delle lacune (Scritti giuridici varii III, Torino 1920).
- » — Il diritto naturale nella legislazione civile (Scritti... IV, Torino 1925).
- » — Il domma della completezza dell' ordinamento giuridico (ib.).
- » — Il senso del problema delle lacune dell' ordinamento giuridico (Scritti... III).
- » — Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza (Scritti... IV).
- » — Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell' ordinamento giuridico (Scritti... III).
- Burckhardt, Walther:* Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung (Bern 1925). (Sit. Burckhardt: Lücken.)
- Böckli, A.:* Die Billigkeitshaftung des Art. 58 des schweizerischen Obligationenrechts (Zofingen 1918).
- Cairns, H.:* Law and the social sciences (London 1935).
- Calonius, Matthias:* Praelectiones in jurisprudentiam civilem (ediderunt Wilhelm Chydenius et Väinö Nordström, Helsinki 1908).
- Cammarata, A. E.:* La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta (Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio I, Modena 1930).
- Capograssi, G.:* Arvostelu B. L. Cardozon teoksista »The nature of the judicial process», »The growth of the law» ja »Paradoxes of legal science» (RIFD 1930).
- Cardinal rules of legal interpretation*, collected and arranged by E. Beal (third edition by A. E. Randall, London 1924).

Carlson, B. C.: Lag och plikt (JFT 1923).

— » — Några anmärkningar om rättsvetenskap och sociologi (JFT 1924).

— » — Luckor i rätten (JFT 1937).

Carré de Malberg, R.: Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation (Paris 1933).

— » — Contribution à la théorie générale de l'Etat I (Paris 1920).

Caselius, Ilmari: Den Hägerström—Lundstedtska skolan i Finland (JFT 1929).

Castberg, F.: Den konstruktive Metode (TfR 1922).

— » — Mellømfølgelig rettspleje (Oslo 1925).

Checchini, A.: Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge (AG 1923).

Cornil, G.: Le droit privé, essai de sociologie juridique simplifiée (Paris 1924).

Corteano, A.: L'évolution de l'Etat (Paris 1933).

Coste, A.: L'infraction, la responsabilité pénale, les sanctions et les pouvoirs du juge répressif dans quelques codes et projets étrangers (Lyan 1926).

Costin, A.: L'interprétation du droit civil d'après la jurisprudence roumaine (Mélanges Gény II).

Crespo, C. P.: L'equità e la sua funzione nel diritto (RIFD 1927).

Croce, Benedetto: Filosofia della pratica (Bari 1932).

— » — Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia (Napoli 1926).

Crosa, E.: Il fattore politico e le costituzioni (Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti I, Padova 1931).

Cruet, J.: La vie du droit et l'impuissance des lois (Paris 1908).

Cuche, P.: Conférences de philosophie du droit (Paris 1928).

Davy, G.: Le droit, l'idéalisme et l'expérience (Paris 1922).

Defroidmont, J.: La science du droit positif (Paris 1933).

Delle Donne, M.: Per una revisione delle prime nozioni del diritto pubblico (Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti I, Padova 1931).

Del Vecchio, G.: Die Grundprinzipien des Rechts (Berlin—Grunewald 1923).

— » — Diritto ed economia (Roma 1935).

— » — La giustizia (Bologna 1924).

— » — La crisi della scienza del diritto (Modena 1933).

— » — Leçons de philosophie du droit (Paris 1936).

— » — Le problème des sources du droit positif (AnnPD 1934).

— » — Über die Staatlichkeit des Rechtes (ZföR 1929).

Demogue, R.: Les notions fondamentales du droit privé (Paris 1911).

Desserteaux, M.: A quel critérium peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique (Mélanges Gény II).

Dickinson, John: The problem of the unprovided case (ibidem).

Dinitch, R. A.: Essai sur la flexibilité du droit (diss., Paris 1934).

Djuvara, M.: Considerazioni sul metodo induttivo nella scienza giuridica (RIFD 1931).

— » — Sources et normes du droit positif (AnnPD 1934).

Donati, D.: Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico (Milano 1910) (sit. Donati: Lacune).

— » — B.: Fondazione della scienza del diritto (Padova 1929).

— » — B.: La luce della legge (Studi Del Vecchio I).

- Dubois-Richard, P.*: L'organisation technique de l'Etat (Paris 1930).
- Duguit, Léon*: Traité de droit constitutionnel I, II (3. painos, Paris 1927, 1928).
- Edlin, G.*: Begriffs- und Interessenjurisprudenz (ZRph 1932—1934).
- Ehrhard, La*: philosophie du droit (Avignon 1929).
- Ehrlich, Eugen*: Grundlegung der Soziologie des Rechts (München und Leipzig 1913).
- » — Die juristische Logik (AcPr 1917).
- » — La sociologia del diritto (RIFD 1922).
- Eichenberger, Kurt*: Einige Hauptlinien zum Umriss eines einheitlichen Rechtssystems auf Grundlage der Lehre vom Rechtssatz (IZTR 1930—1931).
- Ekström, F. W.*: Privaträttens allmänna läror I (Helsingfors 1921).
- Elze, H.*: Lücken im Gesetz (diss., Halle 1913). (sit. *Elze*: Lücken.)
- Endemann, F.*: Vom juristischen Willen zur Gerechtigkeit (Heidelberg 1917).
- Erich, Rafael*: Kansainliiton oikeusjärjestys (Helsinki 1926).
- » — Kansainvälinen oikeus (Helsinki 1915).
- » — Suomen valtio-oikeus I—II (Helsinki 1924, 1925).
- Exner, F.*: Gerechtigkeit und Richteramt (Leipzig 1922).
- Fabreguettes, M. P.*: La logique judiciaire et l'art de juger (Paris 1926).
- Fahlbeck, Pontus*: Regeringsformen i historisk belysning (Stockholm 1910).
- Fehr, Hans*: Oikeus ja todellisuus (Helsinki 1933).
- Fifoot, C. H. S.*: English law and its background (London 1932).
- Finlands Författningssamling I—II* (Helsingfors 1855).
- Forsman, Jaakko*: Straffrättens allmänna läror (Helsingfors 1900).
- » — Suomen lainsäädännön historia (Helsinki 1896).
- Forti, E.*: Le point de vue biologique et la vie psychologique consciente (Paris 1925).
- Franklin, M.*: M. Gény and juristic Ideals and Method in the United States (Mélanges Gény II).
- Fuchs, W.*: Lex permissiva, Indifferenzstandpunkt, rechtsleerer Raum, Lückenfrage (IZTR 1926—1927).
- Fuller, L. L.*: What motives give rise to the historical legal fiction? (Mélanges Gény II).
- Ganeff, V.*: Les notions juridiques (Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio, I, Modena 1930).
- » — Sintesi scientifica e sintesi giuridica (RIFD 1926).
- Gagni, C.*: Il problema delle lacune nel diritto privato (AG 1923).
- Gareis, Karl*: Vom Begriff Gerechtigkeit (Giessen 1907).
- Gareis—Wenger*: Rechts-Enzyklopädie und -Methodologie (5. Aufl., Giessen 1920).
- Garraud, P.*: Rapport sur l'avant-projet de code pénal; partie générale (Lyon 1933).
- Gégout, M.*: L'interprétation littérale des lois pénales (Mélanges Gény III).
- Geiler, Karl*: Rechtsnorm und Entscheidung (ARWph 1930—1931).
- Gentile, G.*: I fondamenti della filosofia del diritto ed altri scritti (Roma 1923).
- Gény, François*: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II (2. painos, Paris 1919).
- » — Science et technique en droit privé positif II (Paris 1915).
- Giannini, A.*: L'equità (AG 1931).
- Giran, P.*: Les origines de la pensée (Paris 1927).
- Gjelsvik, Nikolaus*: Innledning i rettsstudiet (Oslo 1912).

- Gmür, Max:* Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Bern 1908).
- Goodhart, A.:* Le précédent en droit anglais et continental (AnnPD 1934).
- Goretti, C.:* I fondamenti del diritto (Milano 1930).
- Granfelt, O. Hj.:* Den materiella processledningen (Helsingfors 1930).
- » — Finlands civilprocessrätt (Helsingfors 1927).
- » — Sammandrag af föreläsningar i straffprocessrätt (Helsingfors 1911).
- Granfelt—Castrén:* Yleisen alioikeuden, maanjako-oikeuden ja välimestuomioistuinten ratkaisuja, pöytäkirjoja ja prosessitoimia (Helsinki 1935).
- Gray, Carlo:* La funzione pratica ed ideale della giurisprudenza in relazione alla genesi e ai riflessi etico-psicologici del singolo giudicato (AG 1926).
- » — L'irrazionale nel diritto (RIFD 1932).
- Groppali, A.:* La interpretazione della legge e le nuove correnti del pensiero filosofico (Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio, I, Modena 1930).
- Gros, A.:* Survivance de la raison d'Etat (Paris 1932).
- Guillien, R.:* L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée (Bordeaux 1931).
- Gurvitch, G.:* L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit (Paris 1934).
- » — Le temps présent et l'idée du droit social (Paris 1932).
- » — Les fondement et l'évolution du droit d'après Emmanuel Lévy (Revue philosophique 1934).
- » — Théorie pluraliste des sources du droit positif (AnnPD 1934).
- Haataja, Kyösti:* Maa- ja maanvuokrapolitiikkamme vaiheita (Porvoo 1923).
- » — Näkökohtia lain ja oikeuden erosta ja sen merkityksestä nykyisessä yhteiskunnassa (Festskrift för prof. jur. utr. dr. Otto Hjalmar Granfelt, Helsinki, 1934).
- » — Vuokran käsite yksityismaan vuokrasta maalla nykyään voimassaolevan Suomen lainsäädännön mukaan (diss., Porvoo 1921).
- Hagerup, Francis:* Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse (TfR 1915).
- » — Retsencyclopaedi (3. udg., Oslo 1931).
- » — Strafferettens almindelige del (3. udg., Oslo 1930).
- » — Oikeus ja kulttuuri 19. vuosisadalla (Porvoo 1923).
- » — Inledning til studiet af den almindelige retslaere (TfR 1922).
- Hagströmer, J.:* Svensk straffrätt I (Uppsala 1901—1905).
- Harper, F. V.:* The forces behind and beyond juristic pragmatism in America (Mélanges Gény II).
- Hatschek, Julius:* Einleitung in das öffentliche Recht (Leipzig 1926).
- Hauriou, Maurice:* Aux sources du droit (Paris 1933).
- » — Précis de droit constitutionnel (2. painos, Paris 1929).
- Heck, Ph.:* Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (Tübingen 1932).
- » — Das Problem der Rechtsgewinnung (2. painos, Tübingen 1932).
- » — Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (AcPr 1914).
- » — Interessenjurisprudenz (Tübingen 1933).
- Heilbron, B.:* Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters (Breslau 1929).

- Heinsheimer, Karl*: Lebendiges Recht (Heidelberg 1928).
- » — Von der Unabhängigkeit der Gerichte und dem kategorischen Imperativ des Richteramtes (Heidelberg 1929).
- Heller, Hermann*: Staatslehre (Leiden 1934).
- Herlitz, Nils*: Grunddragen av det svenska statsskickets historia (Stockholm 1928).
- Hermanson, Robert*: Anteckningar enligt professor R. F. Hermansons föreläsningar öfver inhemsk förvaltningsrätt (Helsingfors 1898).
- » — Det Rätta och Staten (JFT 1929).
- » — Kansan oikeustajunta ja kristillisyyt (Porvoo 1922).
- » — Oikeus ja uskonnolliset totuudet (Porvoo 1921).
- Herrfahrdt, H.*: Lücken im Recht (diss., Bonn 1915).
- Hildebrandt, Heinz*: Rechtsfindung im neuen deutschen Staate (Berlin und Leipzig 1935).
- Hofmann, F.*: Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestands im Strafrecht (diss., Breslau 1930).
- Honkasalo, Brynolf*: Nulla poena sine lege (Helsinki 1937).
- Horváth, Barna*: Rechtssoziologie (Berlin—Grunewald 1934).
- Huber, Eugen*: Recht und Rechtsverwirklichung (Basel 1921).
- Hutcheson, J. C.*: The judgment intuitive; the function of the »hunch» in judicial decision (Mélanges Gény II).
- Hägerström, Axel*: Till frågan om begreppet gällande rätt (TFR 1931).
- Höfding, Harald*: Etiikka (Porvoo 1920).
- Hönigswald, R.*: »Begriff» und »Interesse» (ZRph 1934).
- Isay, Hermann*: Rechtsnorm und Entscheidung (Berlin 1929).
- Jahrreiss, H.*: Das Recht (Mélanges Gény I).
- Jellinek, Georg*: Allgemeine Staatslehre (3. p., Berlin 1929).
- Jellinek, Walter*: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung (Tübingen 1913).
- » — Verwaltungsrecht (3. painos, Berlin 1931).
- Jenks, Edward*: The new jurisprudence (London 1933).
- Jerusalem, F. W.*: Die Staatsgerichtsbarkeit (Tübingen 1930).
- Jèze, Gaston*: Les principes généraux du droit administratif I (3. pain., Paris 1925).
- Joerges, R.*: Recht und Gerechtigkeit (ZRph 1919).
- Joseph-Barthélemy et Paul Duez*: Traité de droit constitutionnel (nouv. éd., Paris 1933).
- Kaila, Eino*: Über das System der Wirklichkeitsbegriffe (Helsinki 1936).
- » — Persoonallisuus (Helsinki 1934).
- Kaila, El.*: Ennakkoturvaamismenettelyn käsitteestä (Lm 1925).
- » — Kultaklausuulin pätevydestä (Lm 1932).
- » — Lainopillisten ja muiden oppiaineiden suhteesta toisiinsa (Kansalainen ja yhteiskunta — Yhteiskunnallisen Korkeakoulun oppilaskunnan 10-vuotisjulkaisu, Helsinki, 1935).
- » — Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslauseoppi (Helsinki 1924).
- » — Siviilioikeudellisen ennakkoturvaamismenettelyn käsite, kehitys ja periaatteet roomalaisessa oikeudessa (Helsinki 1926).

- Kallab, J.*: Quelques renseignements sur la méthodologie des sciences juridiques (Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio, I. Modena 1930).
- Kallenberg, E.*: Svensk civilprocessrätt I (andra uppl., Lund 1923); andra bandet, VI, första häftet (Lund 1935).
- Keeton, G. W.*: The elementary principles of jurisprudence (London 1930).
- Kelsen, Hans*: Allgemeine Staatslehre (Berlin 1925).
- » — Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (Tübingen 1911).
- » — Reine Rechtslehre (Leipzig und Wien 1934).
- Kisch, Wilhelm*: Deutsches Zivilprozessrecht I (Leipzig 1922).
- Kivimäki, T. M.*: Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä (Lm 1937).
- » — Uusia virtauksia siviililainopin alalla (DL 1921).
- Kleinfeller, G.*: Gerechtigkeit und Rechtsgang (Kiel 1913).
- Knoph, Ragnar*: Oversikt over Norges rett (Oslo 1934).
- » — Rett og rettsbevissthet (Kristiania 1923).
- Kocourek, Albert*: Libre recherche in America (Mélanges Gény II).
- Kongl. Stadgar och Förordningar angående Justitiae Wercket* (Stockholm 1706).
- Koulicher, A.*: La multiplicité des sources en droit constitutionnel (AnnPD 1934).
- Krabbe, H.*: Kritische Darstellung der Staatslehre (Haag 1930).
- » — Der »innere« Wert des Rechts (IZTR 1926—1927).
- Kruse, Vinding*: Till Laeren om Retskilderne (TfR 1930).
- La Bigne de Villeneuve, Marcel de*: La crise du »sens commun« dans les sciences sociales (Paris 1934).
- » — La fin du principe de Séparation des Pouvoirs (Paris 1934).
- » — Traité général de l'Etat I (Paris 1929).
- Ladyzenski, A.*: La dynamique et la statique dans le droit (IZTR 1927/28).
- » — Voluntarismus und Intellektualismus in der Rechtstheorie (IZTR 1929/30).
- Lambert, E.*: La fonction du droit civil comparé I (Paris 1903).
- » — Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis (Paris 1921).
- » — Sources du droit comparé ou supernational. Législation uniforme et jurisprudence comparative (Mélanges Gény III).
- Laski, H. J.*: Grammaire de la politique (Paris 1933).
- Laun, R.*: L'autonomia del diritto (Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti, II, Padova 1931).
- » — Le pouvoir discrétionnaire (Paris 1934).
- Ledig, G.*: Der Begriff als Instrument der Rechtspflege (Kant-Studien 1927).
- Le Fur, L.*: La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public (Mélanges Gény III).
- » — Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale (APD 1935).
- » — Les grands problèmes du droit (Paris 1937).
- Le Hénaff, A.*: Le droit et les forces (Paris 1926).
- » — Le pouvoir politique et les forces sociales (Paris 1931).
- Leibholz, G.*: La formazione dei concetti nel diritto pubblico (RIFD 1931).
- Levi, A.*: Saggi di teoria del diritto (Bologna 1924).

- Lilius, F. O.*: Lainsäädännön luonteesta ja tekniikasta sananen (Valvoja 1922).
- » — Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin (Festskrift för Berndt Julius Grotenfelt, Helsingfors 1929).
- Lind, Lars Fr.*: Domarens pröfning efter Sveriges Lag (ny uppl. med anm. och register af A. Philipson, Stockholm 1848).
- Lucien-Brun, P.*: Le rôle et les pouvoirs du juge dans le code civil suisse (diss., Grenoble 1920).
- Lundstedt, A. V.*: Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1932).
- » — Beaktandet av samhällsnyttan inom juridiken (SJT 1933).
- Löchen, E.*: Hvad er rett? Om det grunnlag som loven bygger på (TfR 1929).
- Maggiore, G.*: La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica (RIFD 1926).
- » — L'equità e il suo valore nel diritto (RIFD 1923).
- Magnol, J.*: L'avant-projet de révision du code pénal français; partie générale (Paris 1934).
- Mallieux, F.*: Doctrine de l'idéalisme juridique (Liège 1934).
- Marschall von Bieberstein, F.*: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze (Stuttgart 1927).
- Martin, A.*: Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le code civil suisse (Genève 1909).
- Maurach R.*: Grundlagen des rätorussischen Strafrechts (Berlin 1933).
- Maxwell, P. B.*: On the interpretation of statutes (London 1912).
- May, G.*: Introduction à la science du droit (Paris 1932).
- Mayer, M. E.*: Rechtsphilosophie (Berlin 1922).
- Ménard, A.*: Essai d'un traitement biologique de la notion de droit (Paris 1934).
- Merkel, Adolf*: Allgemeines Verwaltungsrecht (Wien und Berlin 1927).
- Meyerson, E.*: Du cheminement de la pensée II (Paris 1931).
- Mohanna, M. F. I.*: Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés (diss., Paris 1929).
- Mokre, Hans*: Zur Theorie des Gewohnheitsrechts (ZföR 1932).
- Moór, J.*: Creazione e applicazione del diritto (RIFD 1934).
- » — Das Logische im Recht (IZTR 1927/28).
- Morin, G.*: Le rôle de la Doctrine dans l'élaboration du droit positif (AnnPD 1934).
- Munch-Petersen, H.*: Den danske Retspleje I (2. painos, Köbenhavn 1923).
- Möller, Axel*: Folkeretten i Fredstid og Krigstid I (2. painos, Köbenhavn 1933).
- Nast, M.*: Du rôle de l'autorité judiciaire dans la formation du droit positif (IZTR 1928/29).
- » — La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française (Strasbourg 1922).
- Nawiasky, Hans*: Norm, Idee, soziale Tatsache im Recht (ZföR 1933).
- Nehrman, David*: Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem (Lund 1729).
- » — Then swenska jurisprudentia civilis efter Sweriges Rikes år 1734 antagna Lag förbättrad (Stockholm 1746).
- » — Inledning til then swenska processum civilem (Stockholm och Upsala 1751).
- » — Inledning til then swenska processum criminalem (Lund 1759).
- Nordström, J. J.*: Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia I—II (Helsingfors 1839, 1840).

- Oertmann, P.*: Gesetzeszwang und Richterfreiheit (Erlangen 1908).
- Olgiati, F.*: La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia (Milano 1932).
- Olivecrona, Karl.*: Till frågan om rättsvetenskapens problemställning (TFR 1927).
- Ono, S.*: Les sources du droit pénal (Mélanges Gény III).
- Pacchioni, G.*: I principii generali di diritto (AG 1924).
- de Page, H.*: A propos du gouvernement des juges (Bruxelles 1931).
- » — De l'interprétation des lois I—II (Bruxelles 1925).
- Palmén, J. Ph.*: Juridisk handbok för medborgerlig bildning (Helsingfors 1859).
- » — Rättshistorisk tolkning af ordet »Lag» i §§ 40—43 af 1772 års Regeringsform (JFT 1865).
- Paresce, E.*: Diritto, norma, ordinamento (RIFD 1933, 1935).
- Patterson, E. W.*: Judicial freedom of implying conditions in contracts (Mélanges Gény II).
- Perassi, T.*: Introduzione alle scienze giuridiche (Napoli 1922).
- Péritch, J. M.*: Quelques observations sur le problème des sources du droit et la fonction de la loi (Mélanges Gény II).
- Perreau, E. H.*: Technique de la jurisprudence en droit privé I—II (Paris 1923).
- Perticone, G.*: Analisi della norma giuridica (AG 1934).
- » — Dualismo e trascendenza. Il diritto come concretezza (Studi Del Vecchio II, Modena 1931).
- » — Scienza, filosofia e diritto (RIFD 1927).
- Pagano, A.*: Arvostelu Max Ascolin teoksesta »La interpretazione delle leggi» (RIFD 1930).
- Peters, F.*: Vom Problem der Gerechtigkeit (Jena 1930).
- Petraschek, Karl.*: System der Rechtsphilosophie (Freiburg im Breisgau 1932).
- von Petrazycki, L.*: Methodologie der Theorien des Rechts und der Moral (Paris 1933).
- Pinto, R.*: Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la cour suprême des Etats-Unis 1900—1933 (Paris 1934).
- Piot, A.*: Droit naturel et réalisme (diss., Paris 1930).
- Platou, O.*: Forelaesninger over Retskildernes Theori (Kristiania 1915).
- Politis, N.*: Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel (Mélanges Gény III).
- Pollock, F.*: The genius of the common law (New York 1912).
- » — A first book of jurisprudence (5. painos, London 1923).
- Posada, A.*: Les fonctions sociales de l'Etat (Paris 1929).
- Pound, R.*: An Introduction to the Philosophy of Law (New Haven USA 1924).
- » — Law and morals (Chapel Hill 1926).
- » — The spirit of the common law (Boston 1921).
- Radbruch, G.*: Modes d'interprétation (Mélanges Gény II).
- » — Rechtsphilosophie (Leipzig 1932).
- Raninen, Huugo.*: Fob-lauseke hankinta- ja kauppasopimuksissa (diss., Helsinki 1934).
- Ransson, G.*: Essai sur l'art de juger (Paris 1911).
- Raselli, A.*: Il potere discrezionale del giudice civile I—II (Padova 1927, 1935).
- Ray, J.*: Essai sur la structure logique du code civil français (Paris 1926).

- Reichel, Hans:* Gesetz und Richterspruch (Zürich 1915).
- » — Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Festgabe für Rudolf Stammler, Berlin und Leipzig 1926). Sit. *Reichel* Einl. ZGB.
- » — Zur Rechtsquellenlehre (ZRph 1932/1934).
- Renard, G.:* La valeur de la loi (Paris 1928).
- » — Le Droit, l'Ordre et la Raison (Paris 1927).
- » — Le Droit, la Logique et le Bon sens (Paris 1925).
- Reuterskiöld, C. A.:* Grunddragen av den almäna rätts- och samhällsläran... (Uppsala 1912).
- Ribot, T.:* Essai sur l'imagination créatrice (Paris 1926).
- Riezler, E.:* Das Rechtsgefühl (München 1921).
- Rogers, J. G.:* A scientific approach to free judicial decision (Mélanges Gény II).
- Ross, Alf:* Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit (AnnPD 1934).
- » — Retskilde og Metodelære i realistisk Belysning (TfR 1931).
- » — Samfundsnytteprincippet (SJT 1933).
- » — Theorie der Rechtsquellen (Linz 1929).
- » — Virkelighed og Gyldighed i Retslaeren (TfR 1932).
- Rotondi, M.:* Dogmatik und Rechtsvergleichung (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 1932).
- » — Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano (Mélanges Gény II).
- Roume, J.:* A propos de la méthode juridique (diss., Montpellier 1922).
- Rümelin, Max:* Die Billigkeit im Recht (Tübingen 1921).
- » — Die Gerechtigkeit (Tübingen 1920).
- » — Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein (Tübingen 1925).
- » — Rechtssicherheit (Tübingen 1924).
- Saleilles, R.:* L'individualisation de la peine (Paris 1927).
- Salomon, Max:* Grundlegung zur Rechtsphilosophie (Berlin-Grünwald 1925).
- Sander, Fritz:* Das Recht (ZföR 1932).
- » — Allgemeine Gesellschaftslehre (Jena 1930).
- Sauer, W.:* Das juristische Grundgesetz (1923).
- » — Grundlagen der Gesellschaft (1924).
- » — Rechts- und Staatsphilosophie (Stuttgart 1936).
- Scelle, G.:* Essai sur les sources formelles du droit international (Mélanges Gény III).
- Schenk, J.:* Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (V. Lundstedtin samannimisen teoksen arvostelua) (ZföR 1934).
- Schlesinger, J.:* Rechtsanwendung in Justiz und Verwaltung (ZföR 1934).
- Schreier, F.:* Grundbegriffe und Grundformen des Rechts (Wien 1924).
- » — Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte (Leipzig und Wien 1927).
- Schrevelius, F.:* Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt I (Lund 1844).
- Schrupp, E.:* Deutsche Staats-, Verwaltungs- und Disziplinargerichtbarkeit (Giesen 1932, diss.).
- Senn, F.:* De la justice et du droit (Paris 1927).
- Serlachius, A.:* Lainopin alkeet (Pervoo 1910).

- Sipilä, Arvo*: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne Suomen varallisuuslakeja silmälläpitäen (diss., Helsinki 1936).
- Sjögren, W.*: Den svenska processrättens historia (hektog., 1905).
- » — Domaremakt och rättsutveckling (TfR 1916).
- » — Förarbetena till Sveriges Rikets Lag 1686—1736 I—VIII (Uppsala 1900—1909).
- Skeie, Jon*: Den norske civilproces I (Oslo 1929).
- Somló, F.*: Juristische Grundlehre (Leipzig 1917 —; muuttumaton uusintapainos 1927).
- Spiegel, L.*: Gesetz und Recht (München und Leipzig 1913).
- Stammler, Rudolf*: Die Lehre von dem richtigen Rechte (2. pain., Halle 1926).
- » — Lehrbuch der Rechtsphilosophie (3. p., Berlin 1928).
- » — Theorie der Rechtswissenschaft (2 p., Halle 1923).
- » — Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung (5. p., Berlin & Leipzig 1924).
- Stang, F.*: Om rettsvidenskap (Samtiden 1933).
- Stati, M. O.*: Le standard juridique (Paris 1927).
- Sternberg, Th.*: Einführung in die Rechtswissenschaft I (2. p., Berlin 1920).
- Strupp, K.*: Grundzüge des positiven Völkerrechts (Bonn 1928).
- Ståhlberg, K. J.*: Suomen hallinto-oikeus, yleinen osa (Helsinki 1928).
- Suviranta, Br.*: Taloudellinen historiankäsitelmä (Helsinki 1924).
- Takeda, K.*: Über den Satz: »Nulla poena sine lege« (diss., Leipzig 1914).
- von Thun, W.*: Naturrecht und Zwangsrechtsordnung (diss., Hamburg 1931).
- Tigges, H.*: Die Stellung des Richters im modernen Staat (Berlin 1935).
- Timacheff, N.*: Le droit, l'éthique, le pouvoir (APD 1936).
- de Tourtoulon, P.*: Les trois justices (Paris 1933).
- Tripiccone, L.*: L'equità nel diritto (RIFD 1925).
- Trygger, Ernst*: Domaren och hans uppgift (Nordiska juriststämman 1926, Stockholm 1926).
- v. Tuhr, A.*: Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil (4. Aufl. Berlin 1932).
- Undén, Ö.*: Juridiken som vetenskap (teoksesta »Juridik och politik«, Stockholm 1927).
- Walder, W.*: Grundlehre jeder Rechtsfindung (ARWph 1927/28).
- Van der Eycken, P.*: Méthode positive de l'interprétation juridique (Bruxelles 1907).
- Van Praag, M. M.*: Die Rechtsfunktionen (Alphen aan den Rijn 1932).
- Weber, O.*: Stellung des Richters im neuen deutschen Staat (Weimar 1933?).
- Verdross, A.*: Les principes généraux du droit comme source du droit des gens (Mélanges Gény III).
- Westman, K. G.*: De svenska rättskällornas historia (Uppsala 1912).
- Weyr, F.*: La notion de »processus juridique« dans la théorie pure du droit (Studi Del Vecchio II).
- Willgren, K.*: Förvaltningsrättens allmänna läror I (Helsingfors 1924).
- Willis, H. E.*: Introduction to anglo-american law (Blomington 1926).
- de Visscher*: Contribution à l'étude des sources du droit international (Mélanges Gény III).
- Vizioz, H.*: Observations sur l'Etude de la Procédure Civile (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence 1928 ss).

Wortley, B. A.: La théorie des sources en droit privé positif de François Géný considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise (Mélanges Géný II).

Wrede, R. A.: Finlands gällande civilprocessrätt I (3. p., Helsingfors 1922).

— » — Försök till tolkning af 1 kap. R.B. (Helsingfors 1894).

— » — Grunddragen av Finlands rätts- och samhällsordning (Helsingfors 1921).
Sit. Wrede: Grunddragen.

Wurzel, K. G.: Das juristische Denken. (Wien 1904).

— » — Die Sozialdynamik des Rechts (Wien 1924).

Zitelmann, Ernst: Lücken im Recht (Leipzig 1903). (Sit. Zitelmann, Lücken.)

A. PERUSKÄSITTEITÄ JA KYSYMYKSENASETTELU.

I. OIKEUDESTA.

Objektiivinen oikeus on yhteisössä velvoittaviksi tunnustettujen yhteiselämää organisoivien säännösten kokonaisuus.¹ Primitiivisissä yhteiskunnissa oikeuden, moraalin ja tavan normit muodostavat yhtenäisen differentioitumattoman yhteiskunnallisten käyttäytymisnormien ryhmän, jolla on vahva uskonnollinen sävy. Tutkimuksemme kannalta on hedelmällistä muistaa, että nämä normit tapahtuneesta differentioitumisesta huolimatta ovat yhtenäisen »sosiaalisen kontrollin» muotoja.²

Oikeusnormien takana on *organisoitu yhteiskunta*, ja lisäksi useimmat näistä normeista nojaavat tuon yhteiskunnan elinten taholta tuleviin sanktioihin.³ Meidän päivinämme on *valtiolla* keskeinen asema oi-

¹ Muita määritelmiä: A. v. Tuh r: Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil s. 1, E1. Kaila: Iso Tietosanakirja, hakusana »Oikeus», Sipilä: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne s. 30, Annuaire II de l'Institut International de Philosophie du droit et de Sociologie Juridique: Droit, morale, mœurs (Paris 1936).

² Anglo-amerikkalaisen oikeusteorian käyttämä »social control»-käsite on vahvan todellisuudentajun ilmaus. Pound: Law and morals s. 64, A. Kocourek: Libre recherche in America (Mélanges Gény II s. 484), John Dickinson: The problem of the unprovided case (ibid. s. 526), Morris Ginsberg: Sociologi (ruotsinnos, Tukholma 1936) s. 111 ss.: »Den samhälleliga kontrollens olika former». — — Ks. myös W. Sauer: Rechts- und Staatsphilosophie s. 343: »Der in allen bisherigen philosophischen Systemen so ergiebig behandelte Unterschied zwischen Recht, Sitte und Moral verliert für das lebende Recht sowie bei einer totalen Betrachtung an Bedeutung.» Vrt. myös s. 359, 366 ss.

³ B. Horváth: Rechtssoziologie s. 275 lausuu yhteiskunnallisen organisoinnin merkitystä pohtiessaan: »Mit dem Wachstum des Verfahrens kann erst von einem *entwickeltesten* Verfahrensapparat, von einem Recht innerhalb einer und derselben Gesellschaft gesprochen werden, in welcher auch andere, weniger entwickelte Verfahren: Sitte, Gewohnheit, Mode, Etikette, Brauch, Ritual, Zeremoniell usw. bestehen. All diese werden insoweit zum Recht, als sie sich dem *entwickeltesten* Verfahrensapparat angliedern». Le Fur toteaa (Les grands problèmes du droit s. 62): »Le droit dépasse la morale à deux points de vue. D'abord,

keusyhteisöjen joukossa, mutta on erinomaisen tärkeätä muistaa, että oikeutta on ollut olemassa ennen modernin (uuden ajan alkupuolella hahmottuneen) valtiotyypin syntyä, että meidänkin päivinämmä on olemassa valtioiden yläpuolella olevaa oikeutta (kansainvälinen oikeus), ja että oikeus tulee säilymään, kun nykyiset kansallisvaltiot kenties tulevaisuudessa saavat väistyä kehittyneempien organisatiomuotojen tieltä. Oikeus on itse järjestyneen yhteiskunnan olemusta ilmentävä välttämättömyys. Valtion suhde oikeuteen on paradoksaalinen: oman valtapiirinsä alueella valtio toimii järjestyneen ei-anarkisen yhteiselmän takaajana, mutta ulospäin sama valtio — mikäli sillä on käytettävään riittävät voimakeinot — usein toimii alastoman väkivallan edustajana.⁴

Eino Kaila lausuu kielestä (Persoonallisuus s. 160): »Symbolifunktion kautta *koettu maailma* valtavasti *laajenee* yli sen, mikä on »tässä ja nyt». Ihmisen toiminta, vastauksena tähän laajenneeseen maailmaan, saa vastaavasti pitkät jännitysvälit; eläimen toiminta, joka tapahtuu konkreettisen tilanteen sisältämien yllykkeiden varassa, on edelliseen verrattuna lyhytsulun luontoista. Korkeamman symbolimuodostuksen kautta ihmiselle muodostuu kauas yli nykyisyyden tuokion viittaavia toiminnan sääntöjä ja ohjeita, normeja ja ideaaleja».⁵ Nykyaikaisen persoonallisuuspsykologian pohjalta ymmärrämme, miksi oikeus on jokaisen *ihmis*yhteisön *essentiale*, miksi muurahaisten, mehiläisten ja babiaanien yhteisöissä ei voida kuvitellakaan oikeusnormeja (ja miksi niillä ei saata olla *historiaa* sanan kulttuurifilosofisessa mielessä). Kun siis katolinen oikeusfilosofia johtaa oikeuden »ihmisen

à ses sanctions d'ordre immatériel, il en ajoute de positives, qui supposent l'intervention d'un groupe muni de pouvoirs de contrainte à l'égard de l'individu...». Vrt. myös s. 156: »Le droit, c'est la règle de vie imposée par la société organisée aux individus et aux groupes secondaires en vue de la réalisation du bien commun».

⁴ Oikeuden suhteesta valtiocn ks. Herman H. Heller: Staatslehre s. 125 ss. — M. Hauriou: Aux sources du droit s. 32: »Valtiota ei ole aina ollut olemassa, se on määrättyjä sivistyspäämääriä palveleva poliittinen muodostelma. Ihmisyyhteisöt ovat eläneet kauemmin klaani-, heimo-, feodaalijärjestelmän alaisina kuin valtioissa.» Ks. myös Le Fur: Les grands problèmes du droit s. 168, 176.

⁵ »Ideaaleja ovat kaikki ne vain ihmiselle ominaiset käyttäytymisen ohjeet, joilla on *yleistä*, yli hetkellisen konkreettisen tilanteen ulottuvaa luonnetta, ne säännöt, joita ihmiselle luonteenomainen toiminnan pitkä jännitysväli noudattaa ja joiden kautta konkreettisen tilanteen sisältämiä yllykkeitä voidaan vastustaa»: m.t.s. 237.

olemuksesta», siitä että ihminen eläinten vastakohtana on »järjellinen olento», on lähtökohtana oikea oivallus (esim. Le Fur), joskin sitä tavallisesti pingoitetaan idealisoivaan suuntaan. Ymmärrämme nyt, miksi oikeus ei ole *valtion* ilmennys, vaan yhteisössä elävän *ihmisen*.⁶

Ihmisen pitkäjännitteinen sielunelämä merkitsee katseen suuntaamista *tulevaisuuteen*: oikeus ei ole staattista paikallaan pysymistä, vaan *alati jatkuvaa yhteiskunnallista organisoimistytötä*. Väkivalta hävittää, oikeus rakentaa, ja tulemme havaitsemaan miten tärkeä osuus tuomarilla on tässä väsymättömässä kulttuurin luomistyössä. Tutkimuksemme kannalta on tärkeätä korostaa oikeusajattelun aktivistista dynaamista luonnetta: ihminen hahmottaa alati muuttuvaa sosiaalista kenttäänsä vuosisadasta vuosisataan jatkuvalla ajattelulla, ja oikeus pyrkii tältä pohjalta »yhteiskunnan ja sen jäsenten intressien mahdollisimman tyydyttävään toteutumiseen» (Sipilä). Jos kuten yllä käsitämme oikeusajattelun jatkuvana yhteiskunnallisena organisoimisprosessina, lieenee hedelmällistä määritellä intressi *tarpeiden luokkana*: oikeusajattelu luokittelee inhimillisiä tarpeita voidakseen tuon luokittelun pohjalta kiteyttää normeja. »Tarpeen» käsitämme konkreettisena, tässä ja nyt: »minun on nälkä, nyt haluan tietoja, kaupunki H:n ka-

⁶ Oikeus on mahdollinen, koska ihmiset kielen avulla pääsevät korkeanasteiseen henkiseen vuorovaikutukseen; lisäksi koko kulttuuriperintö on kielen välittämä. Näinollen *oikeuskielen* perinpohjainen analyysi avaisi tavattoman kiintoisia näköaloja. Oikeuskieltä on — modernin kielipsykologian pohjalla — verrattava toisaalta (vahvasti emotionaaliseen) arkikieleen, toisaalta (rationalisoivaan) tieteelliseen kieleen. Oikeushistoria on tällöin otettava avuksi: esim. kehitys keskiaikaisten maakuntalakien useinkin mehevästä visuaalisesta kuvakielestä nykyajan »kuivaan» sanontaan. Oikeuskielen »kuivuus», abstraktis-rationaalinen sävy, on mitä kiintoisin ilmiö. Ks. esim. Jean Ray: *Essai sur la structure logique du code civil français* (Paris 1926), eritt. s. 23 ss. — — Perinnäinen juriidinen tulkintatoppi saattaisi uudesta kielipsykologiasta saada arvokkaita virikkeitä. Ks. esim. H. Delacroix: *Le langage et la pensée* (Paris 1930), Fr. Paulhan: *La double fonction du langage*, Paris 1929 (kielen rationaalis-esittävä ja emotionaalinen tehtävä), G. Vaucher: *Le langage affectif et les jugements de valeur* (Paris 1925), Pierre Janet: *L'intelligence avant le langage*, Paris 1936 (erityisesti toinen jakso »Les relations sociales», jossa tekijä kehittää juriidiselta kannalta kiintoisan oppinsa kielestä sosiaalisena käskytekniikkana), C. K. Ogden and I. A. Richards: *The meaning of meaning* (London 1923). — Avartavia ovat myös logistikkojen kieliteoreettiset tutkimukset aikauskirjassa »Erkenntnis». Lisäksi Uuno Saarnio: *Untersuchungen zur symbolischen Logik* (Helsinki 1935), erit. kolmas jakso: »Der Satz und das Symbolsystem», Karl Bühler: *Sprachtheorie* (Jena 1934), R. Carnap: *Logische Syntax der Sprache* (Wien 1934).

duilta on nyt luotava lumi». Minun ja muitten konkreettiset nälän-elämykset yhdessä ajateltuina muodostavat tarveluokan: ravinnon-saannin intressin; konkreettiset tiedonhalun elämykset yhdessä ajateltuina muodostavat sivistystarpeen intressin, konkreettiset lumenluontitarpeet yhdessä ajateltuina muodostavat kunnallisen puhtaanapito-intressin. Intressin käsitteelle on siis ominaista abstraktinen yleiskatsauksellinen hahmottaminen, johon liittyy organisoimistendenssi: siksi siitä on muodostunut modernin oikeusteorian keskeisimpiä apuneuvoja.⁷ Tutkimuksemme kannalta on syytä korostaa, ettei tuomari harkinnas-
saan koskaan punnitse vastakkain yksin konkreettisia hetkellisiä tarpeita, vaan tarveluokkia, intressejä: hänen ajattelunsa on korkeanasteisen organisoivaa (*Kokonaisuuden* kategorian merkityksestä oikeusajattelussa ks. lähemmin aukkoratkaisun harkitsemisen yleisiä edellytyksiä selvittävää lukua sekä »Analogia»-lukua).

Intressien ryhmittelyssä kiinnostaa meitä erottelu oikeusyhteisön jäsenten intressien ja itse oikeusyhteisön intressien välillä.⁸ Joskin jo yhteisön jäsenten intressien ajattelemiseen sisältyy organisaattorinen momentti, on tämä viety huippuunsa käsitteessä »oikeusyhteisön intressi», joka merkitsee yhteiskunnallisen kokonaisuuden tietoista pitkäjänteistä huomiointia. Gareis jakaa intressit yksityisten, valtion (ja sen alaisten julkisoikeudellisten yhdyskuntain) sekä yhteiskunnan (Gesellschaft) intresseihin (Gareis-Wenger: Rechtsenzyklopädie

⁷ El. Kailan määrittelemä »objektiivinen intressi» (Oikeuslogiikka I s. 62) viittaa mielestämme konkreettisten tarpeiden luokkaan, joskin päähuomio määritelmässä on kiinnitetty tarpeiden tyydyttämisvälineisiin. Kun Heck (Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz s. 37 ss.) jokapäiväiseen kielenkäyttöön liittyen määrittelee intressin »diejenige Bedeutung, die Lebensgüter für die Menschen haben und daher das Begehren nach Lebensgütern. Allerdings nicht nur das aktuelle Begehren, das einen Teil des Oberbewusstseins bildet, sondern schon das latente, im Unterbewusstsein verlagerte, aber auf Anreiz hervortretende, also nicht nur das Begehren, sondern schon die Begehrendisposition», viittaa jälkimmäinen lause selvästi konkreettisten tarpeiden luokkiin. Vrt. Gareis-Wenger: Rechtsenzyklopädie s. 65 (»Ernährungsinteresse», »Bildungsinteresse»). — — Intressin tärkeätä käsitettä on oikeusteoria merkillisen vähän pohtinut, joskin se sitä alati käyttää.

⁸ Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz s. 39: »Mit den Interessen, von denen wir reden, sind nicht nur die privaten Interessen gemeint. Diese Beschränkung wäre ein schweres Missverständnis. Sondern die Interessen der Rechtsgemeinschaft spielen die gleiche Rolle, auf anderen Rechtsgebieten als dem des Privatrechts aber die Hauptrolle». — — Sipilä: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne s. 30.

s. 65—66), ja mainitun jaon takana on nähdäksemme oivallus siitä, ettei valtion ja oikeusyhteisön intressejä suinkaan voida samastaa. Kansainvälisen oikeuden kannaltahan valtioiden intressit ovat »yksityisiä», samoin osavaltioiden intressit liittovaltion näkökulmasta. Mutta valtion »oman oikeusjärjestyksenkään» kannalta katsoen ei voida kieltää, että valtion ja sen turvaaman oikeusyhteisön intressit saattavat joutua selvään ristiriitaan. »Right or wrong, my country»-periaate törkeässä oikeuden pilkkaamisessaan juuri lähtee tuollaisen ristiriidan pohjalta. Tuomari ei koskaan saa syrjäyttää järjestyneen oikeusyhteisön intressejä valtionintressien (raison d'Etat) hyväksi: jos hän sen tekee, ei hän ole oikeuden toteuttaja, vaan valtion renki. Tässä on perussy s miksi tuomarin on suhtauduttava äärimmäisen varovasti sellaisiin monimerkityksellisiin käsitteisiin kuin »kansakunnan etu», »isänmaan etu».

Jos lähdemme siitä, että oikeudellinen ajattelu on yhteiskunnan alati jatkuvaa pitkäjännitteistä organisoimista, ymmärrämme, miksi tuo ajattelu on teleologista, järjestellisten tarkoitusten toteuttamiseen tähtäävää. Tarkoituksajatteluhan juuri merkitsee katseen suuntaamista tulevaisuuteen, suunnittelua. Mutta jos korostetaan oikeusajattelun teleologista luonnetta, on samalla tähdennettävä, että sen ylimpinä kriteerioina ovat itse oikeusyhteisön intressit, sellaisina kuin pitkäjännitteinen suunnittelu ne kirkastaa. Sanomalla pelkästään, että oikeusajattelu on teleologista, emme ilmaise sen erikoisluonnetta, sillä pohjaltaan kaikkeen ajatteluun sisältyy tarkoitushakuisuutta (vrt. pragmatismi ja behaviorismi). Yhteisön jäsenten intressit ikäänkuin heijastuvat vastaaviksi yhteisön intresseiksi: niinpä kansalaisten ravinnonsaamis- ja sivistysintressejä vastaavat oikeusyhteisön intressit siihen, että sen jäsenet saavat ravintoa ja ovat valistuneita.

Käydessämme nyt tutkimaan oikeuden *voimassaolon* ongelmaa, toteamme sen perusteella, mitä edellä lausuimme oikeuden ja valtion suhteesta, ettei oikeusnormin voimassaoloa voida johtaa valtion muodollisesta rakenteesta. Ei voida sanoa: »Oikeusnormi on voimassa, kunhan sen antajana on toiminut valtionorgaani, joka valtiosäännön normien mukaan oli antamiseen oikeutettu». Silloin herää heti kysymys valtiosäännön normien voimassaolosta. Lisäksi huomattakoon: jos säädännäisten oikeusnormien voimassaolo yritettäisiin täten määrittellä, olisi meillä kaksi erilaista voimassaolon käsitettä, sillä tavanomaisen oikeuden voimassaolo ei missään tapauksessa ole muodollisjuridista tietä »valtion tahdosta» johdettavissa, ellei haluta turvautua il-

meiseen fiktion. Oikeusteorian kannalta on epätarkoituksenmukaista ja sekaannukseen johtavaa käyttää »voimassaolo»-sanaa kahdessa aivan erilaisessa merkityksessä sen mukaan, onko kysymyksessä säädännäinen vaiko tavanomainen oikeusnormi. Lisäksi oikeusjärjestyksen peruspylväät, yleiset oikeusperiaatteet, tavallisesti eivät ole säädännäistä eivätkä tavanomaistakaan tietä formuloidut. Ja kuitenkin ne jos mitkään ovat voimassa. Tässä tutkimuksessa tarkoitamme oikeusnormin »voimassaololla», että normin kannattajana on yhteisössä vallitseva oikeusvakaumus.⁹ — — Tälle kannalle asetuttaessa ovat desuetudon ja derogatoorisen tavanomaisen oikeuden probleemat helposti selitettävissä vallitsevassa oikeusvakaumuksessa tapahtuneista muutoksista käsin. Muodollisen voimassaoloteorian sensijaan on pakko käsitellä näitä ilmiöitä selittämättöminä.

Tavanomaisen oikeuden muodostumisen edellytyksiä käsitellessään teoria yksimielisesti korostaa, että tavanomainen velvoittava oikeusnormi syntyy vasta, kun vallitseva oikeusvakaumus tunnustaa määrätyn normin, kun siis tuo normi kansalaisten tajunnassa esiintyy nimenomaan velvoittavana *oikeutena*.¹⁰ Kun teoria tavanomaisen oikeuden edellytysten joukossa mainitsee pitempiaikaisen toistuvaisuuden, näyttää tämä meistä lähinnä todistusseikalta: määrätyn normin sisältyminen vallitsevaan oikeusvakaumukseen voidaan kenties luotettavimmin todistaa vetoamalla toistuneeseen yhdenmukaiseen käyttäytymiseen. Mutta mikään ei estä turvautumasta toisiin todistukseenoihin kun halutaan näyttää, että määrätty normi on voimassaolevaa oikeutta. Kunhan sosiaalinen käyttäytymissääntö on vallitsevan oikeusvakaumuksen kannattama, on se velvoittavaa oikeutta, riippumatta siitä, onko se

⁹ S. R. Björksten lausuu sattuvasti (Kansainvälinen oikeus s. 13): »Kansainvälisen oikeuden peruste ei ole mikään muu kuin kaiken juriidisen oikeuden peruste, nimittäin ihmisten keskuudessa vallitseva oikeusvakaumus.»

¹⁰ Wrede: Grunddragen s. 16: »Jos yhteiskunnan jäsenet seuraavat määrättyä tapaa kauan ja säännöllisesti, syntyy heissä helposti käsitys, että sen noudattaminen on välttämätöntä, että sitä vaatii oikeudellinen velvollisuus. Kun tämä käsitys on kypsynyt yleiseksi vakaumukseksi, niin, että tapaa noudatetaan, koska sen seuraamista pidetään oikeuden vaatimana, on tuosta tavasta tullut oikeuslauseen ilmaus.» — — R. Knoph: Oversikt over Norges rett s. 15 mainitsee tavanomaisen oikeuden edellytyksinä »en fast skikk og bruk, som er övet gjennem lang tid og i den tro at man er rettslig forpliktet til å følge den». Gjelsvik: Innledning i rettsstudiet s. 36: »...yvertyding, at den regelen dei fylgjer, er ein rettsregel». Björling: Lärobok i civilrätt s. 6: »Dessa regler följas allmänligen... såsom rättsregler, icke blott frivilligt.»

ennättänyt kiteytyä tavaksi. Normi on »vallitsevan oikeusvakaumuksen kannattama», kun tuo normi yhteiskunnan jäsenten keskuudessa vallitsevan vakaumuksen mukaan on niin tärkeä ja muutenkin senlaatuinen, että itse *organisoitu yhteiskunta* moninaisine elimineen on ajateltava sen »takana» olevaksi.

Oikeusnormin voimassaolo ei merkitse sen säännöllistä noudattamista. Päinvastoin normin käsitteeseen liittyy sen loukkaamisen mahdollisuus. Useimmiten normi kuitenkin sisältyy loukkaajan oikeusvakaumukseen, hän siis omaltakin osaltaan nimenomaan tunnustaa sen voimassaolevaksi. Sentähden oikeusnormien törkeätkin loukkaukset esim. kansainvälisellä alalla pyritään verhoamaan oikeudenmukaisuuden vaippaan. Usein puhutaan »yleisestä oikeuskäsityksestä», me sensijaan rakennamme »vallitsevalle oikeusvakaumukselle». Oikeusnormin voimassaolo ei näet edellytä, että normi olisi oikeusyhteisön kaikkien jäsenten hyväksymä: riittää kunhan hyväksyminen on yhteisössä vallitsevana. Sanonta »*yleinen* oikeuskäsitys» saa helposti idealisoivan tendenssin, se pyrkii esittämään oikeusvakaumuksen yhtenäisempänä, kuin mitä se todellisuudessa on. Sana »*oikeuskäsitys*» viittaa *tietoiseen*, mutta oikeusnormien voimassaolon luja peruste on syvällä kansalaisten *arvotajunnassa*, heidän kokonaispersoonallisuudessaan. Pelkät »*käsitykset*» antaisivat erinomaisen heikon pohjan oikeuden voimassaololle, niiden avulla ei voida selittää, miksi kansalaiset ovat valmiit ase kädessä puolustamaan oikeusjärjestystään. Henkeä ei uhrata käsityksille, vain vakaumuksille. — — Vallitseva oikeusvakaumus ei ole sama kuin »*yleinen* mielipide». Yleinen mielipide on tietoisuuden pintakerrokseen kuuluva päivänkorento. Se *luodaan* keinotekoisesti palvelemaan määrättyjä hetkellisiä intressejä (sanomalehdistö), mutta vallitseva oikeusvakaumus *kasvaa* esiin yhteiskunnallisesta todellisuudesta.

Vallitsevan oikeusvakaumuksen problemaa käsiteltäessä ei tavallisesti kysytä, mihin tuo oikeusvakaumus vuorostaan perustuu. »Vakaumus» jää riippumaan irrallisena ilmassa, ja jos oikeuden voimassaolo siitä johdetaan, päädytään mystiikkaan. Oikeusvakaumuksen absolutisointi, siihen pysähtyminen, ei ole tieteellisen metodiikan kannalta virhe: eihän tutkijaa voida pakottaa jatkamaan kysymysketjujaan loputtomiin. Mutta mielestämme on hedelmällisempää tietoisuuden korostusta *ankkuroida vallitseva oikeusvakaumus historialliseen todellisuuteen*. Vallitseva oikeusvakaumus ja sille rakentuva oikeus voidaan syvällisesti ymmärtää vain vuosisataisen historian tuloksena. Edellä osoitimme, että oikeus on väsymätöntä yhteiskunnallisen todellisuuden

organisoimista: oikeus katsoo tulevaisuuteen, mutta se kasvaa elimellisesti esiin yhteisön menneisyydestä. Vain täten on nykyisyys *ymmärrettävissä*. »Oikeus, siis oikeudellinen toiminta, on olemassa ennen muuta historiassa. Vain siinä tajuamme oikeuden rikkaan konkreettisuuden ja sen elämänsykkeen».¹¹ Tämä selittää sen psykologisen tosiseikan, miksi lakimiehet kaikissa yhteiskunnissa yleensä ovat taipuvaiset konservatiivisuuteen. Ovathan voimassaolevat oikeussäännökset useinkin syntyneet vuosikymmeniä jopa vuosisatoja sitten. Positiivisen oikeusjärjestyksen juuret ulottuvat syvälle kansakunnan menneisyyteen. Turvaamalla yhteiskuntarauhan avulla historiallisen kontinuiteetin oikeus samalla tekee asteettaisen kulttuurikehityksen mahdolliseksi.

Kun oikeusnormien erottavana tuntomerkkinä (moraalin ja tavan normeihin verraten) on niitä kannattava *organisoiu yhteiskunta*, sisältää tämä, että kaiken oikeuden takana on *valtaa*. Puhuessamme oikeusjärjestyksestä, viittaa se valtaan: järjestystä ei voida ylläpitää ilman valtaa. Kun sanotaan, että oikeusnormit sisältävät käskemisen, kieltämisen tai sallimisen (El. Kaila, Sipilä), on mainitun toteamisen takana vallan ajatus. Sillä käsky ja kielto ilman valtaa ovat voimattomia toivomuksia. Kun korostetaan, että oikeus rakentuu *tahtomiselle*, viittaa sekin valtaan, sillä tahto ilman valtaa jää tehottomaksi. Subjektiiivinen oikeus merkitsee valtapiirien rajoittamista: vanhempi määritelmä, joka toi esiin »*Willensmacht*»-momentin, oli realistisempi kuin peittelevä »intressiturva». Nyt ymmärrämme myös, miksi oikeusvaikauksen ei tarvitse olla *yleisen*: oikeuden voimassaolon pohjaksi riittää, kunhan sillä on yhteiskunnan faktillisille valtaosuhteille rakentuvan, siis vallitsevan oikeustajunnan kannatus. Kun puhutaan oikeuden »*voimassaolosta*», viittaa sekin valtaan (»*ein Gesetz tritt in Kraft*», »*lagen träder i kraft*»). Oikeusnormien edellytyksenä on samanlaisten tapausten toistuminen: tämä merkitsee yhteiskuntarakenteen verrattain suurta stabiilisuutta, joka vuorostaan edellyttää edes jonkinlaista vallankäyttöä.

Tieteellisen totuuden nimessä on tärkeätä korostaa oikeuden valtausta, sillä liberaali poliittinen ideologia (joka hallitsee esim. Pohjois-

¹¹ F. Olgiati: La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia s. 25: »Oikeus on historian vaihe.» — — B. Croce: oikeus elää poliittisessa ja yhteiskunnallisessa historiassa (Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia s. 39). — Ks. myös G. Gentile: I fondamenti della filosofia del diritto s. 20: »storia eternan» syvällinen käsite Vicoon liittyen.

maiden valtioelämää) pyrkii peittämään valtatekijät. Liberalismin tunnussanat »vapaus» ja »tasa-arvo» pakottavat olemaan näkemättä valtaa: peittely on siis tuon ideologian kannalta täysin mielekästä. Sen sijaan esim. bolshevismi, fascismi ja kansallissosialismi avoimesti tunnustavat valtatekijäin keskeisen merkityksen oikeudessa, joskin — ja tämä on psykologisesti kiintoisaa — ne samalla julistavat edustavansa ainoata »todellista demokratiaa». Moderni italialainen tietoisoppi, joka luonnollisesti heijastaa ympäröivää poliittista järjestelmää, on valaiseva. Rocco ja Perassi toteavat, että oikeus on vain »una *superstruttura* di fenomeni umani e sociali».¹² Petrocelli lausuu, että poliittiset valtatekijät aina sisältyvät oikeusnormeihin (AG 1931 s. 110). Delle Donne näkee oikeuden politiikan osana, alistussuhteessa siihen (Per una revisione delle prime nozioni del diritto pubblico: Studi Ranelletti I s. 306), samoin Emilio Crosa (Il fattore politico e le costituzioni: Studi Ranelletti I s. 151, 178). Jemolo katsoo, että tuomarin perusvelvollisuutena on tosiasiallisen poliittisen struktuurin huomioonotto (AG 1932 s. 158), Perticone julistaa poliittisten tekijäin »prioriteettia» oikeudellisessa ajattelussa,¹³ G. Battaglian mielestä rikosoikeuden tärkeimpänä reaalisenä lähteenä ovat poliittiset tekijät (La questione delle fonti specialmente in rapporto al diritto penale RIFD 1930 s. 541), ja Maggiorin mukaan vihdoin politiikka on oikeusfilosofiaa käytännössä.¹⁴

Kiintoisaa on todeta, että vanhempi oikeusteoriamme selvästi tunnusti valtatekijät oikeuteen kiinteästi liittyviksi. Niinpä Nehrman¹⁵ määrittelee lain »en rådandes befallning, hwad den lydande giöra eller låta bör», oikeuden perustana on »then rådandes wilja» (m.t.s. 90). Caloniuss oli jo saanut vaikutteita valistusfilosofiasta, minkä vuoksi hänen ajattelussaan esiintyy »yhteiskuntasopimuksen» käsite, mutta se ei estä häntä näkemästä valtaa. Yhteiskuntasopimuksessa kansalaiset alistavat tahtonsa ylemmän tahdon alaisiksi, ja muuttuvat siten »alamaisiksi».¹⁶ Sentähden »Qui jus habet legum ferendarum dicitur le-

¹² Rocco sit. Petrocelli: I limiti della scienza del diritto penale e la nuova legislazione AG 1931 s. 110. — Perassi: Introduzione alle scienze giuridiche s. 20. — Huomaa marxilainen vaikutus: *superstruttura*

¹³ Scienza, filosofia e diritto RIFD 1927 s. 282.

¹⁴ Sit. Parescè: Diritto, norma, ordinamento RIFD 1935 s. 35.

¹⁵ Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem s. 26.

¹⁶ Praelectiones I 14 §: »Qui autem superioris voluntati suas subjecerant voluntates, inferiores fiebant seu subditi.»

gislator. Qui huic subjectus est suasque actiones secundum ejus voluntatem componere obligatur, subditus est vel inferior» (Prael. I 3 §). Sana »alamainen» tuo kuvaavasti esiin valtasuhteet, joita »kansalainen»-termillä koetetaan peittää. Kuningas oli yhteiskunnallisen valtasuhdejärjestelmän kunnioitusta nauttiva personifikaatio.¹⁷

Vain historiallisesti kehittyneiden valtasuhteiden perustalta lähtien voimme selittää, miksi konkreettisessa yhteisössä muodostuu suhteellisen *yhtenäinen* vallitseva oikeusvakaumus. Tavallisesti oikeusteoria ei huomaa, että tähän sisältyy mitä kiintoisin probleema. Emme tietenkään saa kuvitella »vallitsevaa oikeusvakaumusta» jonkinlaisena mystillisenä joukkopsykologisena »substanssina»: ¹⁸ oikeus pohjautuu yhteiskunnassa elävien *yksilöiden* vakaumukseen. Mutta eikö silloin a priori olisi luonnollisinta olettaa, että jokaisen yksilön ja ainakin jokaisen yhteiskuntaluokan oikeusvakaumus muodostuisi asianomaisen intressien värittämällä tavalla? Miten on selitettävissä, että oikeusvakaumus todellisuudessa historiallisesti annetuissa konkreettisissa yhteisössä ¹⁹ muodostuu verrattain yhtenäiseksi? Yhteisön jäsenet ovat lapsesta pitäen tuon yhteisön valtasuhteiden *jatkuvan psyykkilisen paineen alaisina*, koko yhteiskuntakoneisto vaikuttaa siinä mukana. Täten nämä suhteet lopulta syöpyvät jäsenten tajuntaan, jopa siinä määrin, että niitä lopulta aletaan pitää ehdottomina arvoina.

Yhteiskunnan johtavien valtaaharjoittavien piirien taholta korostetaan myös tarmokkaasti oikeuden *moraalista* luonnetta, se on »köyhän turva», heikkojen suoja voimakkaita vastaan. Mainittu korostaminen lujittaa yhteiskunnan stabiilitettä herättämällä kansalaisissa eettillisävyistä kunnioitusta oikeutta kohtaan. Mutta tällä kunnioituksella on myös asiallinen pohja. Edellä havaitsimme, että oikeus on jokaisen järjestyneen ei-anarkisen yhteiskunnan *essentiale*: vain oikeusrauhan turvin saattaa rakentava kulttuurityö kasvaa. Lisäksi oikeus-

¹⁷ Valtasuhde-käsitteen terävän sosiologisen analyysin antaa Timachev: *Le droit, l'éthique, le pouvoir* (Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 1936 n:o 1—2, erit. s. 144—155.)

¹⁸ Durkheimiläisen sosiologian »fait normatif»-käsitteeseen on suhtauduttava varovasti.

¹⁹ Verrattuna toisen yhteisön oikeustajuntaan saattaa ero olla huomattava: tämä johtuu yhteisöjen rakenteellisesta erilaisuudesta. Niinpä Ruotsissa, jossa työväen pitkälle kehitetty ammatillinen järjestäytyminen muodostaa huomattavan valtatekijän, vallitseva oikeusvakaumus suhtautuu useihin työsuhteiden alalla ilmenneisiin oikeuskonflikteihin toisin kuin Suomessa.

normit jo olemuksellaan rajoittavat alastonta väkivaltaista vallankäyttöä. Kiistämättä oikeus on omaksunut ja tehostaa monia yhteiskunnallisen moraalin spontaanisesti syntyneitä normeja. Kaikki tämä on omiaan peittämään oikeuden valtataustaa. Ja kuitenkin osuu Gentile asian ytimeen lausuessaan, ettei oikeutta ja valtaa voida erottaa muuta kuin abstraktisessa ajattelussa: elävässä todellisuudessa ne aina esiintyvät yhteenkietoutuneina.²⁰

Idealisoimistendenssi, joka on yksipuolisesti moralisoivien oikeusteoriain pohjalla, esiintyy huippuunsa kehitettynä uskonnollisessa oikeusnäkemyksessä. Robert Hermansonin mukaan oikeuden velvoittavuutta ei voida selittää muuta kuin Jumalasta käsin: oikeusjärjestys on *pyhä* järjestys. Hermanson toteaa, että velvollisuuselämys sisältää mielikuvan »tahdosta ja vallasta, jota emme voi välttää ja jonka alaisia me olemme, tahdosta ja vallasta, joka herättää vastahakoisessa pelkoa».²¹ Velvollisuuselämykseen sisältyy, hän lisää, mielikuva siitä, että velvollisuuden käskyt ovat joka suhteessa hyviä ja täydellisiä. »Tämä taas merkitsee yli-inhimillistä valtaa, joka vallitsee kaikkea inhimillistä valtaa ja inhimillisiä olosuhteita, jota inhimillinen tahto ja valta ei kykene vallitsemaan; jonka vallan alaisia me olemme, emmekä siitä voi irtaantua. Tästä on seurauksena: velvollisuus tehdä tai jättää tekemättä jotakin merkitsee, että se on jumalallinen tahto, että me teemme siten; velvollisuuskäsite edellyttää jumalallisen tahdon ja vallan olevan meidän yläpuolellamme».

Hermansonin näkemysten johdosta on meidän todettava, ettei hän anna *tieteellistä* selitystä oikeuden velvoittavuudesta: julistaahan hän, *ettei* oikeuden velvoittavuutta saateta selittää muuten kuin turvautumalla uskonnollismetafyysilliseen näkemykseen. Mutta tällainen näkemys ei ole tieteen aseina *todennettavissa*; se on syvästi persoonallinen, emme saata ryhtyä siitä väittelemään ja epäuskoista vakuutta-

²⁰ I fondamenti della filosofia del diritto s. 69. — Ks. myös B. Croce: Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia s. 39: oikeus on intressien ja taistelujen järkyttävä näytelmä, jossa tahto osoittaa voimansa ja kylpee kyyneleissä ja veressä. — Oikeuden valtataustasta ks. myös Laki suojeluskuntajärjestöstä 22/12 1927 1 §: Suojeluskuntajärjestö on olemassa isänmaan ja sen *laillisen yhteiskuntajärjestyksen puolustukseksi* ja kuuluu osana tasavallan sotavoimaan (harv. meidän).

²¹ Oikeus ja uskonnolliset totuudet s. 70, vrt. s. 75. — Hermanson siis nimenomaan tunnustaa vallan oikeuteen liittyväksi, joskin hän sille antaa metafyyssillisen selityksen.

maan. Se lankeaa tieteellisen ajattelun piirin ulkopuolelle, ja merkitsee tieteellisen ajattelun vararikon julistamista. Psykologisesti on täysin ymmärrettävää, että uskonnollinen henkilö, joka kuten Hermanson samalla oli mitä terävin tiedemies, pyrki *maailmankatsomukselliseen* synteisiin. Mutta silloinhan pakosta joudutaan tieteen, teoreettisen perustelun, rajoitetun alueen ulkopuolelle. Kokonaan eri asia on taasen Hermansonin opin *poliittinen taisteluarvo*: se on faktillisia valtasuhteita äärimmilleen idealisoiva ja siten konservatiivin poliittisen katsomuksen mukainen.²²

²² Katolisessa ja katolisuutta lähellä olevassa oikeusfilosofiassa idealisointitendenssi esiintyy vahvana. Esim. Le Fur: *Les grands problèmes du droit*, J. Bonnet: *Introduction à l'étude du droit*. — — Kristilliseltä pohjalta lähtevä yhteiskuntatarkastelu on meille henkilökohtaisesti läheinen, mutta emme katso, että siitä saadaan kestäviä argumentteja *tieteelliseen* keskusteluun. Vrt. Jacques Maritain: *Humanisme intégral*; teoksen johdosta syntynyt laaja väittely selostettu aikakauskirjassa »Bulletin de l'Union pour la vérité, juin-juillet 1937» (Paris 1937).

II. OIKEUDEN SOVELTAMISESTA.

Edellisessä luvussa totesimme, että oikeuden muodostavat abstraktiset normit, jotka soveltuvat luvultaan määräämättömiin samantyyppisiin konkreettisiin tapauksiin. Oikeuden rakenne ilmenee kiintoisalla tavalla itse *kielenkäytössä*: kieleen sisältyy arvokasta kokemustietoa. Kun näet puhutaan »oikeudenkäytöstä», »oikeuden soveltamisesta», on sanonnan takana mielikuva jostakin, jota käytetään, sovelletaan konkreettisiin tapauksiin, mutta joka on olemassa ennen ja jälkeen näiden tapausten, joka ei synny ja kuole niitten mukana. Mutta »soveltaa» ja »käyttää» voidaan konkreettisiin tapauksiin vain ylimalkaisia mittakaavoja, abstraktisia arvosteluperusteita. Täten itse kielenkäyttö ilmaisee *oikeusnormien* olemassaolon. (Mainittua seikkaa esim. Lundstedt ei ole huomannut).

Oikeuden soveltaminen tai käyttö sanan laajimmassa merkityksessä sisältyy kaikkeen oikeudellisesti relevanttiin toimintaan. Mutta tavallisesti sanalla kuitenkin on ahtaampi merkitys, joka viittaa *tietoiseen* toimintaan tai toimimattomuuteen (kieltonormit): toimija on tietoinen siitä, että hän *noudattaa* oikeusnormia. Jos maantiellä ajaessani väistän oikealle tietoisena siitä, että tämä on oikeudellinen velvollisuuteni, on se oikeuden soveltamista konkreettiseen tapauksen. Mutta tavallisesti oikeutta noudatetaan tiedottomasti, s.o. ei aktualisoida tajunnassa teon oikeudenmukaisuutta. Määrätyt tekotyypit ja laiminlyöntityypit ovat oikeusjärjestyksen kasvattavan voiman vaikutuksesta siinä määrin syöpyneet oikeusyhteisön jäsenten psyykilliseen minään, että oikeuden noudattaminen tapahtuu ilman, että olemme siitä tietoiset. Että minun ravintolassa on maksettava ateriani, ei tietoisuudessani esiinny *oikeusvelvollisuutena*: se on »selviö». Oikeusjärjestyksen on pyrittävä siihen, että sen noudattaminen menisi »kansalaisille veriin»: vasta silloin sen voimassaolo lepää lujalla pohjalla. (Tästä syystä edellisessä lu-

vussa vältimme »oikeuskäsitys»-sanaa ja käytimme sen sijasta »oikeusvakaumusta», johon mahtuvat myös tiedottomat psyykkiset ilmiöt).

On syytä erottaa toisistaan abstraktisten oikeusnormien tulkinta ja tulkinnan perusteella toimitettu soveltaminen konkreettiseen tapaukseen. El. Kaila lausuu (Oikeuslogiikka I s. 23 aliv. 2): »Tulkintaoppi kohdistuu siis ylälauseen, päätelmäoppi sitävastoin päätöslauseen löytämiseen. Sittenkun sopiva ylälause tulkintaopin avulla on löydetty on alistaminen toimitettava». Samoin Raselli¹ nimenomaan tekee tuon eron: tulkinnalla hän tarkoittaa abstraktisen oikeusnormin sisällön määräämistä, ja soveltamisella oikeusnormin konkretisointia yksityistapauksessa. Caloniussensijaan ei näytä pitävän erottamista tarpeellisenä: »Est autem interpretatio legis actus, quo investigatur quinam sit verus et genuinus legis sensus et an casus datus sub lege comprehendatur». ² Mutta toisaalta hän myöntää: »Quia vero interpretatio casus et facta etiam fingere potest, adplicatio vero de factorum revera obvenientium moralitate determinanda est sollicita; patet inde quae sit inter haec duo distinguendi ratio» (III 18 §). Käytännössähän tulkinta ja soveltaminen aina esiintyvät kiinteästi toisiinsa liittyneinä: on täysin ymmärrettävää, ellei teoria halua niitä erottaa.

Oikeutta soveltavat konkreettisiin tapauksiin paitsi oikeusyhteisön jäsenet, kansalaiset, myös yhteisön elimet. Kun puhutaan »oikeudenkäytöstä», tarkoitetaan sillä tavallisesti yhteisön elinten toimesta tapahtuvaa soveltamista, annetaanpa sanalle usein vieläkin ahtaampi merkitys sulkemalla siitä pois n.s. hallinto, jolloin jäljelle jää vain tuomiovallan harjoittaminen. Tuomarit siis harjoittavat »oikeudenkäyttöä» sanan ahtaimmassa mielessä. Koska tutkimuksemme aiheena on »tuomarin harkinta aukkotapauksissa», niin eikö oikeudenkäytön »olemuksen» tai käsitteen selvittäminen saata antaa arvokkaita näkökohtia? Huomautamme heti, että tässä luvussa emme vielä vastaa kysymykseen, onko aukkoja olemassa ja mitä niillä olisi ymmärrettävä: seuraavassa luvussa pohdimme mainittua probleemaa. Kuten teoksestamme on käyvä ilmi, kohdistuu tutkimuksemme oikeudenkäytön erääseen *raja-alueeseen*: sen verran voimme jo tässä lausua. Oikeudenkäytön olemusta määrittelevät teoriat lähtevät kuitenkin »normaalitapausten» pohjalta, joissa tuomarilla konkreettisen tapauk-

¹ Il potere discrezionale del giudice civile I s. 152 aliv. 2.

² Praelectiones III 2 §.

sen ratkaisuun on käytettävissä valmiit säädännäisen tai tavanomaisen oikeuden normit. Näiden teoriain rakenne on kokonaan luotu mainittuja normaalitapauksia silmälläpitäen: siksi emme raja-aluetta varten saa odottaa niistä suurtakaan valaisua. Tämä varaus on heti tehtävä, jotta kävisi ilmi syy, miksi emme katso voivamme kovin laajasti esittää ja arvostella oikeudenkäyttöteorioja, niin kiintoisat kuin nämä *itsessään* ovatkin. Ankaran loogillisesti katsoen olisi meidän tietenkinnonisteltava selvittääksemme mahdollisimman yksityiskohtaisesti mitä »tuomarilla» on ymmärrettävä: mutta tulos olisi positiiviseen käyttöarvoonsa nähden kovin laiha. Tuomarin harkinnassa noudatettavia näkökohtia ei voida ruveta dedusoimaan ylimalkaisista teorioista, ne on yksityiskohtaisella analyysillä selvitettävä yhteiskunnallisen todellisuuden kaikki puolet huomioon ottaen (ks. VI lukua ss.).

Kuvaavaa on että Rafael Erich, joka syvällisesti on käsitellyt oikeudenkäytön problemaa, »Suomen valtio-oikeus»-teoksessa (II s. 419 ss.) käyttää termiä »lainkäyttö», joka ei lainkaan sovellu niihin rajatapauksiin, jotka ovat tutkimuksemme kohteena.³ Sama harhaanjohtava termi esiintyy K. J. Ståhlbergillä.⁴ R. A. Wrede lausuu, että tuomio siviiliprosessissa »alltid innebär en tillämpning av lag på ett konkret fall» (Finlands gällande civilprocessrätt I s. 22), mutta hän toteaa toisaalta, että »domaren jämväl i sådana fall, i vilka rättsnormen företeer luckor, så att varken lag eller landssed giver ledning, likväl ej får lämna saken oavgjord» (s. 12 aliv. 2). Ranskassa Carré de Malberg sattuvasti on moittinut oikeudenkäytön olemusta selvitteleviä teorioja siitä, että ne yksipuolisesti lähtevät normaalitapausten pohjalta, ja jättävät tärkeät raja-alueet huomiotta.⁵

³ »Kansainliiton oikeusjärjestys»-teoksessa Erich (s. 180 aliv. 1) huomauttaa, että »lainkäyttö» on sana, joka kansainvälisellä alalla käytettynä voi aiheuttaa väärinkäsityksiä, koska kansainvälinen oikeus ei tietenkään tunne »lakeja» samassa merkityksessä kuin valtiosisäinen oikeus. — — Tähän lisäämme, että sana »lainkäyttö» on epätarkka ja harhaanjohtava myös valtiosisäisen oikeuden soveltamiseen nähden. Mitä on tavanomaisen oikeuden ja yleisten oikeusperiaatteiden soveltaminen? Ei ainakaan *lainkäyttöä*, mutta kyllä oikeudenkäyttöä.

⁴ Suomen hallinto-oikeus; yleinen osa s. 3.

⁵ Contribution à la théorie générale de l'Etat I s. 705: oikeudenkäyttöä ei voida rajoittaa vain siihen tapaukseen, että säädännäinen oikeusnormi on valmiina olemassa. — — Oikeudenkäytön käsitettä on laajennettava: dire le droit, légal ou extralégal, voilà l'objet véritable et complet de la juridiction: s. 704. — — Oikeudenkäyttöön kuuluvat nekin tapaukset, joissa tuomari muodostaa ratkaisun pohjaksi pantavan normin: s. 703.

Jos hallinnon alalta etsisimme vastinetta tutkimuksemme aiheelle, olisi kai sellaisena lähinnä mainittava hallintovirkamiehen »vapaa harkinta». Voitaisiin luulla, että hallintovirkamiehen ja tuomarin harkinnan tarkka vertaaminen antaisi positiivista pohjaa tutkimuksellemme, mutta niin ei kuitenkaan ole. Hallintovirkamiehen vapaan harkinnan yksityiskohtainen selvittäminen kykenee ainoastaan osoittamaan, millaista tuomarin harkinta *ei ole*: on täysin hyödytöntä keskittyä moisen tämän tutkimuksen kannalta negatiivisen kysymyksen pohtimiseen, niin kiintoisa kuin se itsessään onkin. Rafael Erich on hallintovirkamiehen ja tuomarin harkinnan erosta lausunut sattuvasti: »vapaa harkinta lainkäytön alalla on olemukseltaan pääasiallisesti jotakin toista kuin hallinnolle ominainen vapaa harkinta. Edellisessä sen ensisijaisesti tulee olla *oikeuden* etsimistä, oikeusaatteen konkretisointia, jälkimmäisessä se on tarkoituksenmukaisuuden arviointia, jonka tosin tulee pysyä oikeuden puitteissa» (Suomen valtio-oikeus II, s. 423). Raselli samoin toteaa,⁶ että hallintoharkinta tähtää yksinomaan konkreettisen valtionintressin tyydyttämiseen vapaan harkintavallan puitteissa, kun taas tuomarin harkinta tähtää oikeellisuuden toteuttamiseen ja yhteiskunnallisten intressien harmoniaan. Hallintovirkamiehen »potere discrezionale» lähtee kokonaan konkreettisten julkisten intressien pohjalta, sillä hallintomenettely merkitsee juuri näiden intressien välitöntä edistämistä. (Vrt. Ståhlbergin tunnettu määritelmä: »Hallinnolla tarkoitetaan sitä, kun valtio voimassa olevan lain, oikeusjärjestyksen rajoissa toimii tehtävänsä ja tarkoitustensa toteuttamiseksi». Ranskalainen doktriini usein määrittelee hallinnon positiivisesti tähän tapaan, kun sensijaan saksalaiset taipuvat negatiiviseen määrittelyyn).⁷

Käydessämme nyt tarkastelemaan eräitä oikeudenkäytöstä annettuja määritelmiä, kiinnitämme tietenkin huomiota vain niihin esitettävien teoriain puoliin, jotka saattavat tavalla tai toisella hedelmöittää tutkimustamme: muun syrjäytämme. Aluksi todettakoon taaskin kielellinen erittäin kiintoisa seikka. Termit sellaiset kuin »jurisdictio», »acte juridictionnel» viittaavat oikeuden *sanomiseen*: huomaamme kohta, miten tärkeä tosiasia tähän sisältyy. — — Ranskassa ovat viime vuosikymmeninä julkisen oikeuden syvällisimmät tuntijat, henget sel-

⁶ Il potere discrezionale del giudice civile I s. 228—229. — — Raselli muuten erinomaisen perusteellisesti selvittää mainittua probleemaa.

⁷ Vrt. myös R. L a u n: Le pouvoir discrétionnaire (Paris 1934).

laiset kuin Maurice Hauriou, Léon Duguit, Jèze ja Caré de Malberg kaikki keskittäneet huomionsa oikeudenkäytön olemuksen selvittämiseen. Siksi ranskalainen tiede on tässä kysymyksessä poikkeuksellisen kiintoisa. Kelsen ja ennen muuta Merk1 ovat niinkään esittäneet painavia ajatuksia.

M. Hauriou lähtee oikeushistorialliselta pohjalta: tämä on aina muistettava, jos haluamme ymmärtää hänen teoriaansa.⁸ Yhteiskunnallisesti katsoen, niin Hauriou lausuu, on oikeusjuttu riita, jonka asiapuolet ovat suostuneet alistamaan julkisen tuomarin käsiteltäväksi, jotta tämä siitä antaisi rauhanomaisen ratkaisun. Ennen muuta tahdotaan siis turvata yhteiskuntarauha, halutaan palauttaa se, jos se on häiriintynyt. Oikeusjuttu siis edellyttää ensinnäkin ristiriitaisia vaatimuksia (une contestation), jotka uhkaavat rauhaa. Toiseksi se edellyttää, että riitapuolet suostuvat alistamaan erimielisyytensä puolueettoman elimen ratkaistavaksi. Ja kolmanneksi, että ratkaisija juuri on yhteiskunnan julkinen elin, tuomari. Mainitun teorian johdosta tietenkin on huomautettava, että se lähinnä soveltuu vain siviiliprosessiin: rikosprosessi ja n.s. juridisdiction voluntaria eivät ilmeisestikään ole olleet Hauriou'n mielessä hänen luodessaan oppiaan. Meidän tutkimuksemme kannalta on erityisen tärkeätä lisäksi korostaa, että riitojen rauhallinen ratkaisu ei nykyisessä järjestyneessä oikeusyhteisössä yleensä (vrt. kuitenkin kansainvälistä oikeusyhteisöä) ole riippuvainen asianosaisten vapaaehtoisesta tahdosta: riittää, kunhan toinen asianosainen haluaa turvautua tuomioistuimeen. Toista vastaan voidaan silloin käyttää prosessuaalisia pakkokeinoja tai voidaan ratkaisu eräin edellytyksin antaa häntä kuulematta. Ei myöskään ole välttämätöntä, että oikeusjuttu perustuu riitaan: voihan vastaaja myöntää kanteen. Kaikista näistä huomautuksista huolimatta Hauriou'n suureksi ansioksi kuitenkin on luettava, että hän oikeushistoriallista taustaa vastaan osoittaa, miten järjestynyt oikeudenkäynti vähitellen on syntynyt.

Jèzen mukaan »acte juridictionnel» on lailliseen kompetenssiin pohjautuva tahdonilmaus, jonka tehtävänä on oikeusvoimaisesti todeta

⁸ »Les éléments du contentieux» (Recueil de Législation de Toulouse 1905, 1907). — Valitettavan laiminlyönnin johdosta emme tästä teoksesta omista suoranaisista muistiinpanojen, vaan on meidän pakko turvautua prof. Vizioz'n laajaan referaattiin aikakauskirjassa *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence* 1929 s. 161 ss.

oikeustilanne tai tosiasioita.⁹ Lainsäätäjä määrää suvereenisesti, *mihin* julkisiin toimenpiteisiin liittyy oikeusvoima (s. 49). Tuo kysymys on selvitettävä tarkalla tekstien tulkitsemisella: toimenpiteen suorittaja, muodot ja kohde ovat toisarvoiset, ne ovat vain mahdollisen oikeusvoiman indisioidia (s. 254). Oikeudenkäyttöä ei tietenkään voida määrittellä »tuomarin suorittamaksi aktiksi», sillä ketkä ovat tuomareita? Lisäksi tuomarit suorittavat muitakin tehtäviä kuin oikeudenkäyttötoimia: esim. *jurisdictio voluntariaa* (s. 49). Ja onhan viranomaisia, jotka vain poikkeustapauksissa harjoittavat oikeudenkäyttöä. — Toimenpiteen *muoto* ei vaikuta asiaan: tavallisesti oikeudenkäyttötoimi tapahtuu julkisesti ja vastapuolia kumpaakin kuulemalla. Tämä saattaa poliittisesti olla suotavaa, koska se asianosaisille antaa varmat taheet, mutta oikeudenkäytön olemukseen nuo muodollisuudet eivät kuulu. Onhan muitakin julkisoikeudellisia toimenpiteitä, joissa mainitut muodot esiintyvät: esim. lainsäädäntö, virkamiesten nimittäminen. — Tavallisesti tuomarin suorittamaan toteamiseen liittyy päätös (*une décision*), joka on itse oikeudenkäyttöaktista eroava tahdonilmaus. Tuo tahdonilmaus ei siis kuulu itse oikeudenkäyttöaktiin. Kiinteistön kauppahintaa koskevassa jutussa tuomarin on oikeusvoimaisesti todettava, että vastaaja on kantajalle velkaa määrätyn summan: tämä on itse oikeudenkäyttöakti. Mutta tavallisesti siihen liittyy vastaajan velvoittaminen maksamaan: itse täytäntöönpanomääräyksen antaminen taasen ei kuulu tuomioistuimelle, vaan tasavallan presidentille (s. 50). Rikosprosessissa taasen valamiehistö oikeusvoimaisesti toteaa syyllisyyskysymyksen. Itse tuomion anto sensijaan kuuluu tuomioistuimelle. Ennakkokysymysten käsittelystä oikeudekäynnissä ilmenee selvästi, että tuomari vain konstatoi. Poliittisesti on tosin tarkoituksenmukaista, että tuomari todettuaan oikeusvoimaisesti tilanteen, myös antaa toteamiseen liittyvän velvoittavan tahdonilmaisun: mutta oikeudenkäytön olemukseen ei sellainen kuulu (s. 52—53).

Tapa, jolla J è z e erottaa »*acte juridictionnel*»in ja siihen liittyvän tahdonilmauksen, tuntuu meistä luonnottomalta. Mahdotonta on saada käsitystä oikeudenkäytöstä, jos tuollainen väkivaltainen halkominen toimitetaan. Ankaran teoreettiselta kannalta arvostellen ei tietenkään

⁹ Les principes généraux du droit administratif I s. 48: »L'acte juridictionnel est la manifestation de volonté, en exercice d'un pouvoir légal, qui a pour objet de constater une situation juridique (générale ou individuelle) ou des faits, avec force de vérité légale.»

mikään estä tutkijaa paloitlemasta havainto-objektiaan tarpeelliseksi katsomallaan tavalla. Mutta paloitlemista, joka särkee itse kohteen yllämainitulla tavalla, emme saata pitää tarkoituksenmukaisena. Duguit onkin kiinnittänyt juuri tähän huomiota määritellessään »acte juridictionnel» in tuntuimerkit seuraavasti: 1. tuomarille esitetään tai hän esittää itselleen ratkaistavan oikeuskysymyksen, 2. tuomari ratkaisee oikeusvoimaisesti tuon oikeuskysymyksen, 3. tehden ratkaisustaan loogillisesti välttämättömän johtopäätöksen hän ryhtyy toimeen, joka tähtää edellä käyneen ratkaisun tosiasialliseen toteuttamiseen.¹⁰ Jèze'n teorian suurin puute Duguit'n mukaan on siinä, ettei pelkkä konkreettisen oikeustilanteen »toteaminen» aikaansaa minkäänlaisia muutosta, joten se yhtä hyvin olisi voinut jäädä suorittamatta. (Siihen vuorostaan vastaa Jèze, että oikeusvoimainen toteaminen on täytäntöönpanon edellytyksenä, joten sillä on tärkeä merkitys.) Oikeudenkäyttöäkin Duguit'n mukaan ei suinkaan ole pelkkä intellektuaalinen toimi, vaan tahdonpäättös (s. 430), joka tosin loogillisesti on sidottu edelläkäyneeseen toteamiseen.

Jèze ja Duguit eivät kumpikaan pidä riitaisuutta oikeudenkäytön tunnusmerkkinä, mutta R. Bonnard lukee »fonction juridictionnel»iin seuraavat tunnusmerkit: 1. sen synnyttää oikeudellisesti relevantti riitakysymys, 2. se pannaan alulle asianosaisten pyynnöstä, 3. sen tehtävänä on riidan lopullinen ratkaisu, joka tapahtuu »acte juridictionnel»'n avulla, minkä taasen muodostavat yhteenliittyneet ja toisiinsa alistussuhteissa olevat alkutekijät: toteaminen ja päätös.¹¹ Riitaisuuden käsite Bonnardilla on kuitenkin tavattoman epämääräinen: ei vaadita että vastustaja asianosaisena edes osallistuu oikeudenkäyntiin, riittää »une résistance ou une opposition» sellaisenaan (s. 24). Vizioz'n mukaan »acte juridictionnel»'n tunnusmerkkinä on, että julkinen viranomaisen pyynnöstä ryhtyy ratkaisemaan konkreettista oikeuskysymystä, ryhtyy antamaan lausuntoa oikeusvaatimuksesta. Riitaisuus sensijaan ei ole oikeudenkäytön edellytys. Tuomari ratkaisee oikeuskysymyksen toteamisella. Mainittua toteamista seuraa tavallisesti päätös (décision) joka, lähtien toteamisesta, tähtää sen käytännölliseen läpiajamiseen, pyrkii takaamaan sille käytännöllisen tehon.¹²

¹⁰ Traité de droit constitutionnel II s. 431.

¹¹ Le contrôle juridictionnel de l'administration s. 21.

¹² Revue gén. du droit 1929 s. 23.

Meidän tutkimuksemme kannalta on kiinnitettävä erityistä huomiota siihen kaikissa edellämainituissa teorioissa esiintyvään näkökohtaan, että tuomari *toteaa* konkreettisen vaateen oikeudenmukaisuuden tai oikeudenvastaisuuden. Tietenkään ei mainittua toteamista saa sekoittaa itse tuomitsemiseen, ratkaisuun, joka aina on *tahdonakti*.¹³ Mutta meidän tutkimuksemme kohteenahan juuri on ratkaisua edeltävä *harkinta*: raja-alueella, joka on tutkimusobjektinamme, tuo harkinta saa poikkeuksellisen tärkeän merkityksen. Mainittu harkinta asettaa vastakkain konkreettisen tapauksen (siinä esitetyn vaateen) ja oikeusjärjestyksen kokonaisuudessaan. El. Kaila tähdentää sitä määrittellessään oikeudenkäytön seuraavasti: »Oikeudenkäyttö on se valtion toiminta, joka tarkoittaa oikeusjärjestyksen toteuttamista riitaisissa yksityistapauksissa ilmaisemalla sitovasti ja velvoittavasti mikä on oikeutta» (Siviilioikeudellisen ennakkoturvaamisenmenettelyn käsite s. 5). R. A. Wrede niinkään korostaa: »Det ändamål, som med civilprocessen avses, uppnår staten genom att dess myndigheter fastställa och, i fall av behov, med tvång genomföra det som i det enskilda fallet är rätt» (Civilprocessrätt I s. 21). Aukkoteoriain suurimpana heikkoutena on ollut, että ne eivät tietoisesti ja selvästi ole lähteneet *konkreettisten* oikeustapausten pohjalta: tulemme seuraavassa luvussa näkemään, mitä haittoja siitä aiheutuu. Kaikki oikeudenkäytön aineelliseen määrittelyyn pyrkivät teoriat korostavat yhtäpitävästi, mitä eroja niissä muuten lieneekin, että tuomarin konkreettisessa tapauksessa on todettava mikä siinä on *oikeutta*: tämä on erinomaisen tärkeätä pitää mielessä, kun liikutaan raja-alueella, jossa tuomarilla ei ole nimenomaista säädännäistä tai tavanomaista oikeusnormia ratkaisunsa pohjaksi pantavaksi. Silloinkin tuomarin aina on *sovellettava oikeutta*, tämä kuuluu olennaisesti tuomarin tehtävään (mielivallan välttämisen takeista ks. yksityiskohtaista esitystä VI luvussa). »Domarens uppgift är att *skipa rätt i det särskilda fallet*» lausuu Kallenberg.¹⁴

¹³ Kognitiivisia tuomioteorioja vastaan sattuvasti El. Kaila: Siviilioikeudellisen ennakkoturvaamisenmenettelyn käsite, kehitys ja pääperiaatteet roomalaisessa oikeudessa, Porvoo, 1926 s. 6. — Vahvistuomioakaan ei ole kognitiivinen.

¹⁴ Svensk civilprocessrätt I s. 20. — Vrt. mainittu teos, andra bandet, VI, 1. häftet s. 1140: »... alla domar innehålla en fastställelse, och hvarje särskild dom innehåller en fastställelse angående det rättsförhållande, som kändanden genom anhängiggörande af sin talan gjort till processföremål.» — s. 1141: »... fastställelsen får icke vara godtycklig utan bör tillgodose kravet på, att processen skall leda till ett materiellt riktigt resultat.» — F. W. Jerusalem: Die Staatsgerichtsbarkeit s. 4 määrittelee oikeudenkäytön »staatliches Handeln, durch welches grund-

On esitetty kanta, jonka mukaan tuomari, ellei hän ratkaisunsa pohjaksi löydä valmiiksi formuloituja säädännäisen tai tavanomaisen oikeuden normeja, ei lainkaan saata harjoittaa »oikeudenkäyttöä», vaan hänen ratkaisunsa on puhtaasti poliittinen. Hugo Kellein määrittelee näet »Gerichtsbarkeit»-käsitteen seuraavasti: »richterlich unabhängige Feststellung bestrittenen Rechtes, die besteht in der Überprüfung auf seine Rechtmässigkeit durch Subsumtion unter eine Rechtsnorm»,¹⁵ ja hän jatkaa (s. 27): »Wo diese Rechtsnorm fehlt, kann von Gerichtsbarkeit, von Rechtsentscheidung nicht mehr gesprochen werden». Torjumme jyrkästi tämän käsityksen, joka johtaa mielivaltaan: tulemme tarkoin osoittamaan, mitkä tekijät aiheuttavat, että tuomarin ratkaisu sellaisessakin tapauksessa on »oikeudenkäyttöä».

Oikeudenkäytön aineellinen määrittely on erinomaisen vaikeata: ehdotetut tuntomerkit osoittautuvat tavallisesti lähemmin tarkasteltaessa epätasällisiksi.¹⁶ Sentähden esim. A. Merkl, pohdittuaan perusteellisesti aineellisia oikeudenkäyttöteorioja, päätyy tulokseen, että on toivotonta yrittää määritellä oikeudenkäyttöä sen »sisäisten tunnusmerkien» mukaan, siis aineellisesti. Ainoa pätevä tuomiovallan käytön ja hallinnon erotuskriteerio on siinä, etteivät tuomarit ole velvolliset noudattamaan konkreettisissa tapauksissa annettuja ylemmän viranomaisen käskyjä: tuomarien »riippumattomuus». ¹⁷ On tarkoin huomattava, ettei Merkl teoksessaan lainkaan ryhdy määrittelemään »oikeudenkäytön» käsitettä, koska se hänestä on liian epämääräinen (s. 22). Hän

sätzlich ein bestimmtes Verhalten an dem Massstabe von Normen gemessen und das Ergebnis als Bestimmung der Rechtslage den Beteiligten gegenüber autoritativ festgestellt wird». — — Muista oikeudenkäytön määritelmistä ks. esim. Ståhlberg: Suomen hallinto-oikeus, yleinen osa s. 3, Hermanson: Anteckningar enligt prof. R. F. Hermansons föreläsningar öfver inhemsk förvaltningsrätt s. 9, O. H. Granfelt: Kort framställning av Finlands civilprocessrätt s. 11, Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 195, Hans Kelsen: Reine Rechtslehre s. 79 ss.

¹⁵ Die Verfassungsgerichtsbarkeit s. 19.

¹⁶ Tässä tutkimuksessa ei meillä ole aihetta ryhtyä pohtimaan mainittua laajakantoista problemaa. — — Kun esim. E. Kaila määrittelee, kuten edellä havaitsimme, oikeudenkäytön valtion toiminnaksi, joka tarkoittaa oikeusjärjestyksen toteuttamista riitaisissa yksityistapauksissa, ei tuo määritelmä meistä näytä soveltuvan niihin tapauksiin, joissa vastaaja myöntää kanteen, eikä myöskään rikosprosessiin. — — Jurisdictio voluntariaa Kaila (Lm 1925 s. 84) pitää valtion toimintalajina sui generis, joka kuitenkin on lähempänä oikeudenkäyttöä kuin hallintoa.

¹⁷ Allgemeines Verwaltungsrecht s. 36—37, 40.

haluaa ainoastaan selvittää, mikä ero on käsitteillä »Justiz» ja »Verwaltung»: »Justiz wird im folgenden synonym mit Gerichtsbarkeit verstanden» (s. 21). Täten jo itse kysymyksenasettelu lähtee ulkokoh-taiselta organisatooriselta pohjalta, ja tulos on myös organisatooriin näkökohtiin nojaava teoria: »Als einziges Unterscheidungsmerkmal zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung bleibt somit ein *organisatorisches*: Es ist die Rechtsstellung der Organe, ihr Verhältnis zu anderen Organen desselben Organkomplexes. — — — Die Justizorganisation ist ein durch Koordination gekennzeichneten Organkomplex, die Verwaltungsorganisation eine durch Subordination gekennzeichnete Organ-hierarchie».¹⁸ Merklin oppi on saanut eurooppalaisessa oikeustie-teessä arvovaltaisia kannattajia: niinpä Weyr (Studi Del Vecchio II s. 423 ss.) näyttää yhtyvän hänen varauksettomasti, kun taasen Kel-sen »Gerichtsbarkeitin» ja »Verwaltungin» erosta lausuu: »... besteht ein Unterschied nur in der organisatorischen, lediglich historisch er-klärbaren Stellung der Richter, nämlich in ihrer Unabhängigkeit, die den Verwaltungsorganen zumeist (wenn auch keineswegs immer) fehlt» (Reine Rechtslehre s. 80—81). Jo ennen Merkliä esitti Carré de Malberg Ranskassa samansuuntaisen teorian, jolla hän joutui val-litsevia julkisen oikeuden auktoriteetteja vastaan (niinpä Duguit ni-mittää Carré de Malbergia »antipoodikseen», jonka kanssa väittelykin on täysin mahdoton). Carré de Malbergin mukaan oikeudenkäytön hallinnosta erottavat ennen muuta sen *muodollisuudet*, joiden tehtävänä on taata kansalaisille mahdollisimman puolueeton ja asiallinen ratkaisu. Näistä muodollisuuksista on tärkein tuomarin eh-doton velvollisuus ratkaista, kun prosessinedellytykset ovat olemassa, tarkan prosessimenettelyn noudattaminen, oikeudenistuntojen julki-suus, vastapuolen kuuleminen, tuomioiden perustelu, instanssijärjestys. Nämä takeet syntyivät ensin yleisissä tuomioistuimissa, mutta on ne koe-tettu omaksua myös hallintoprosessiin.¹⁹ Tulemme (aukkoharkinnan yleisiä edellytyksiä käsittelevässä luvussa) havaitsemaan, että kaikilla edellämainituilla näkökohdilla on ratkaisevan tärkeä merkitys tutki-muksemme kannalta. Kiintoisaa on tässä yhteydessä todeta, että oi-keushistoriamme tuntema kyselyinstituutti heikensi tuomarien riippu-mattomuutta, ja velvoitti heidät noudattamaan ylempää annettuja kon-

¹⁸ m.t. s. 36—37. — — Meidän on ollut pakko siteerata Merkliä alkukielellä, koska suomennos ei saata antaa oikeata ja tarkkaa kuvaa hänen ajattelustaan.

¹⁹ Contribution à la théorie générale de l'Etat I s. 782.

kreettisiä hallintokäskyn luontoisia määräyksiä.²⁰ Merkll siis korostaa tuomiovallan käytön riippumattomuutta, ja Carré de Malberg itse prosessin rakenteeseen sisältyviä takeita, mutta se ei suinkaan merkitse, että he etsisivät tuomiovallan käytön ja hallinnon erotuskriteerioita konkreettisissa tapauksissa pelkästään siitä, onko asia positiivisen oikeuden mukaan »tuomioistuimen» vaiko »hallintoviranomaisen» käsiteltävä: onhan tuomioistuimille uskottu oikeushallinnollisia tehtäviä ja hallintoviranomaisille vuorostaan oikeudenkäyttötehtäviä.²¹

Tässä yhteydessä todettakoon, että Suomessa oikeusministeriön tuomioistuimille osoittamat kiertokirjeet velvoittavat tuomaria ehdottomasti vain mikäli niiden määräykset lankeavat oikeushallinnon alaan. Jos sensijaan kiertokirje tulkitsee epäselvää lainkohtaa tai antaa ohjeita tapausten varalle, joissa säädännäiset ja tavanomaiset oikeusnormit puuttuvat, ei tuomari ole oikeutettu eikä myöskään velvollinen kirjettä sokeasti noudattamaan.²² Mutta tuomari ei saa jättää kiertokirjeitä huomiotta: ne palvelevat valtakunnan oikeudenkäytön yhtenäisyyttä. Koska lisäksi on oletettava, että oikeusministeriö antaa kiertokirjeensä vasta huolellisen valmistelun ja tarkan asiantuntemuksen pohjalla, ei tuomari ole oikeutettu poikkeamaan niistä ilman päteviä syitä. Tähän sisältyy, että hän on velvollinen ne tuntemaan. Esitetyt näkökohdat soveltuvat myös oikeuskanslerin kiertokirjeisiin.²³

²⁰ Tuomarin riippumattomuudesta Karl Heinsheimer: Von der Unabhängigkeit der Gerichte s. 7 ss., J. Schlesinger: Rechtsanwendung in Justiz und Verwaltung ZföR 1934 s. 570. — — Historiikka: G. Aubin: Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit (Karlsruhe 1906).

²¹ Vrt. Walter Jellinek: Verwaltungsrecht s. 5 ss. — — Sattuvasti myös El. Kaila: Ennakkoturvaamisenmenettelyn käsitteestä Lm 1925 s. 72. — — Oikeudenkäytön ja hallinnon erosta Roscoe Pound: An introduction to the philosophy of law s. 103 ss., M. Hauriou: Précis de droit constitutionnel s. 380 ss., Joseph-Barthélemy et Paul Duez: Traité de droit constitutionnel, 1933, s. 848, 862.

²² Tässä ei ole kysymys oikeusministeriön päätöksistä, jotka ovat syntyneet valtiosäännönmukaisen delegation pohjalla ja jotka jo tällä perusteella ovat tuomaria velvoittavat. Tavallisesti ne lankeavat oikeushallinnon piiriin. Esim. oikeusministeriön päätös rangaistusmääräyksestä annetun lain käyttämisestä 25/5 1934 (muutettu 26/11 1937), Rikosrekisteriasetus 8/11 1929 35 §.

²³ Esim. oikeusministeriön kiertokirje 21/3 1932 MK 11:2 johdosta, oikeuskanslerin kiertokirje 23/7 1929 RL 7:5 johdosta. Perin kiintoisaa on todeta, että viimeksimainittu kiertokirje tähdentää samoja näkökohtia kuin KKO:n päätös 6/6 1924: KKO ja oikeuskansleri siis kumpikin tässä yhtenäistävät valtakunnan oikeudenkäyttöä samaan suuntaan. — Ks. lisäksi As. oikeusministeriöstä 30/1 1933 2 §:n 4 ja 15 kohdat.

III. OIKEUSAUKON KÄSITE.

Aukon käsitettä sellaisenaan ovat pohtineet miltei yksinomaan italialaiset ja saksalaiset ajattelijat: pohjoismaainen, ranskalainen sekä anglo-amerikkalainen tiede sivuuttaa aukon käsitteeseen sisältyvän problematiikan ja käy suoraan selvittämään »aukkojen täyttämistä», s.o. tuomarin harkintaa aukkotapauksissa. Kenties tämä johtuu kansallisuonteesta: italialaiset ja saksalaiset ovat spekulatiivisempia kuin pohjoismaalaiset, ranskalaiset ja anglosaksit. Aukon käsitettä pohtivat teoriat avaavat kuitenkin niin poikkeuksellisen kiintoisat ja laajat näköalat puhtaasti käytännöllisiinkin kysymyksiin, että syvennymme niihin mahdollisimman perusteellisesti. Pinnallisesti tarkasteltuina nuo teoriat ovat skolastiikkaa, mutta jos tunkeudumme karun ulkokuoren alle, muuttuu vaikutelma.

Ensin on meidän tutustuttava suuntiin, jotka haluavat poistaa aukon käsitteen juriidisen ajattelun piiristä. Tällä kannalla ovat ennen muuta Donati ja Kelsen. Edellisen lähtökohtana on väite, että oikeusjärjestys ja lakien muodostama kokonaisuus ovat identtiset:¹ on väärin pitää oikeusjärjestystä, niin hän sanoo, *laajempana* käsitteenä kuin säädännäisten oikeusnormien muodostama kompleksi (la *legislazione*); lait eivät *sisälly* oikeusjärjestykseen, vaan ne muodostavat sen tyhjentävästi. Perustuslaillinen valtio tunnustaa nimittäin ainoastaan elintensä asianmukaisessa järjestyksessä säätämän oikeuden (s. 31). Ranskan vallankumouksesta alkaen on voimassa periaate, että oikeus voi syntyä vain kansan myötävaikutuksella (s. 262). Yksityiset oikeusjärjestykseen sisältyvät normit (*disposizioni particolari*) säännöstelevät lukumäärältään rajoitettuja tapauksia (s. 32).² Entäpä jos sattuu

¹ Lacune s. 29. — — Seuraavassa Donatin esittelyssä viittaamme lyhyiden vuoksi ja alimuistutusten välttämiseksi mainitun teoksen sivuihin, itse sen nimeä mainitsematta.

² Mainittu väite sisältää ilmeisen loogillisen epätarkkuuden: oikeusnormithan juuri säännöstelevät lukumäärältään periaatteessa rajoittamatonta samanlaisten

tapaus, joka ei kuulukaan niihin. Onko meillä silloin aukko? Ei. *Yksityisten* oikeusnormien muodostamasta kokonaisuudesta (*complesso*) johtuu *yleisnormi*, jolla on seuraava sisältö: kaikissa muissa tapauksissa ei ole minkäänlaista rajoitusta — nim. luonnolliseen toimivapauteen nähden (s. 35). Yksityiset oikeusnormit eivät ainoastaan säännöstele määrättyjä tapauksia, vaan säännöstelevät ne *eksklusiivisesti*, t.s. ne sisältävät yleisnormin joka säättää, että kaikki muut tapaukset ovat säännöstelystä vapaat. Lainsäätäjä siis tahtoo, ettei muita rajoituksia kansalaisten vapauteen ole olemassa kuin yksityisten oikeusnormien säätämät (s. 42). Näinollen ei voi olla olemassa aukkotapauksia, tapauksia, joita lainsäätäjä ei olisi ottanut huomioon: ovathan ne — ellei muuten — ainakin huomioidut yleisnormissa. Tietysti lainsäätäjä saattaa sellaisten tapausten varalle, jotka eivät ole yksityisten oikeusnormien ennakolta tarkoittamia, osoittaa tuomarin turvautumaan analogiaan ja yleisiin oikeusperiaatteisiin: mutta tämä merkitsee vain poikkeusta tuosta yleisnormista (s. 44 ss.), eikä suinkaan sisällä aukkojen tunnustamista. Rikosoikeuden tunnettu nullum crimen sine lege periaate ei ole poikkeusluontoinen ja yksin rikosoikeudellisista näkökohdista johtuva, vaan ilmaisee oikeuden loogillisesta rakenteesta johtuvan välttämättömyyden (s. 36). Erityisen tärkeätä on Donatin mukaan, että yleisnormi todella käsitetään *positiivisena* oikeussäännöksenä, eikä vain negatiivisena yksityisen oikeussäännöksen *puuttumisena* (s. 38: tämä Zitelmannia vastaan). Puhtaasti negatiivinen normi ei saata »sulkea oikeusjärjestystä», siis tehdä siitä aukkotonta. Kun siis sattuu tapaus, joka ei ole minkään yksityisen oikeusnormin tarkoittama (noudatamme tässä Donatin loogillisesti epätarkkaa sanontaa: ks. aliv. 2), on meillä kaksi mahdollisuutta: tapaus on ratkaistavissa analogiaa käyttäen taikka se voidaan ratkaista vain yleisnormiin nojautumalla. Mutta analogiaan turvautuminen voi tapahtua ainoastaan lainsäätäjän luvalla (s. 46). Oikeusnormit voidaankin oikeastaan jakaa kolmeen eikä kahteen ryhmään (s. 56): oikeusjärjestykseen kuuluvat ensinnäkin yksityiset tavalliset normit, toiseksi niitä

tapausten luokkaa (ks. lähemmin analogiaa koskevaa esitystä): Donatin epätarkka sanonta ei kuitenkaan vaikuta ratkaisevasti nyt esiteltävään aukkot teoriaan. — — Erinomaisen kiintoisaa on muuten todeta, että Donati kyllä itsekin huomaa puhuvansa epätarkasti: s. 32—33 hän lausuu, että yksityiset oikeusnormit asettavat velvollisuuksia per determinati casi, da esse »preveduti». Hän siis kirjoittaa preveduti-sanan lainausmerkein: eihän oikeusnormi tosiaanakaan milloinkaan saata »ennakolta nähdä» konkreettisia tapauksia.

täydentävät yksityiset normit (esim. analogian nimenomaan sallivat), ja kolmanneksi kaikkea edellämainittua täydentävä yleisnormi (norma generale complementare), jolla on ensiksimainittuihin normeihin verraten vastakkainen sisältö. Oikeustapauksen sattuessa tuomari ensin toteaa, soveltuuko siihen yksityinen normi: ellei, saattaa oikeusjärjestyksestä löytyä yksityinen normi, joka esim. julistaa analogian yleisesti sallituksi. Tuomio annetaan silloin, mikäli analogian edellytykset muuten ovat olemassa, analogian nojalla. Mutta jos analogiasta konkreettisessa tapauksessa ei ole apua, taikka jos oikeusjärjestys kenties ei salli analogiaa yleensäkkään, silloin tapahtuu ratkaisu yleisnormiin nojautuen. Täten tuo yleisnormi on todellinen »norma generale fondamentale».

Donatin mukaan, toistamme tämän vielä, aukkojen olemassaolo siis on loogillisesti mahdotonta. Samalla kannalla on Alfredo Bartolomei:³ »aukkojen olemassaolo oikeudessa on loogillinen mahdottomuus». Jokainen oikeusjärjestys on näet normijärjestelmä, oikeuksien ja velvollisuuksien muodostama organismi. Sentähden jokainen oikeusjärjestys »potentiaalisesti» sisältää normin jokaista tapausta varten: tuo normi saadaan, ellei suorastaan lain sanoista, ainakin yleisistä oikeusperiaatteista jotka rakentuvat rajoittavan yleisnormin pohjalle (norma generale limitatrice): Bartolomei siis hänkin olettaa yleisnormin koko oikeusjärjestyksen pohjana.

Ennenkuin käymme arvostelemaan edellä esitettyjä oppeja on vielä mainittava, että Donati teoriastaan tarkkaan eliminoi pois kysymyksen, onko oikeusjärjestyksessä sitä de lege ferenda tarkastettaessa kenties puutteita ja aukkoja (Lacune s. 28—29). Että yksityiset oikeussäännökset saattavat olla vähemmän tarkoituksenmukaiset, että oikeusjärjestyksestä puuttuu yksityisiä normeja, joiden olemassaolo olisi suotavaa, sitä ei Donati kiistä. Mutta nämä kysymykset kuuluvat hänen mukaansa lainsäädäntöpolitiikkaan eivätkä oikeustieteeseen. Hän haluaa vain selvittää, onko oikeusjärjestyksessä sellaisenaan — olipa se sitten hyvä tai huono — normit *kaikkia* mahdollisia tapauksia varten.

Donati samastaa, kuten edellä totesimme, oikeusjärjestyksen ja säädännäisten oikeusnormien muodostaman kokonaisuuden. Tästä virheellisestä perusnäkemyksestä johtuu koko hänen aukottomuusteorian sa: mainittu näkemys on tietenkin saattanut syntyä vain valtiossa, jossa huomattava osa oikeudesta on kodifioitu. Donatin teoria rakentuu

³ Lezioni di filosofia del diritto s. 171.

yleisnormin *olettamiselle* (vrt. Kelsenin »hypoteettiseen perusnormiin»), mutta realistinen tarkastelu ei saata myöntää tuollaisen yleisnormin olemassaoloa. Se seikka, että yksityiset oikeusnormit säännöstelevät määrätynlaisia tapauksia ei suinkaan vielä merkitse, kuten Donati väittää, että näiden yksityisten normien pohjalta mystillisellä tavalla kasvaisi esiin valtava yleisnormi. Donati lausuu, että kansalaisten vapautta voidaan rajoittaa vain nimenomaisilla säädännäisillä yksityisillä oikeusnormeilla: mutta eihän tämä ole *loogillinen* välttämättömyys, vaan tyypillinen annetun historiallisen aikakauden vaatimus, nimittäin liberalistisen ideologian perusteeksi, jonka Donati täten yrittää absolutisoida. Koko hänen oppinsa pohjana näyttää olevan aikoinaan hyvinkin kuuluisan kansansuvereenisuusdogmin väärinkäsittäminen, ja sen absolutisointi. Se seikka, että perustuslaillisessa valtiossa — esim. meidän päiviemme Suomessa — kansa valittujen edustajainsa kautta saattaa säätää oikeusnormeja, ei merkitse oikeusmonopoolin tunnustamista. Voimassaoleva oikeus kasvaa esiin yhteiskunnan tosiasiallisista valtasuhteista: ei sitä voida sitoa »yleisnormiin». Sellainen olisi elämälle vierasta juristeriaa. On kummaa, että Donati valtiosääntöoikeuden tuntijana ei ole huomannut, kuinka itse valtiosääntö kenties enemmän kuin muut oikeusnormit on kokonaan riippuvainen faktillisista valtasuhteista: kirjoitettu ja todella voimassaoleva valtiosääntö saattavat olla kaksi aivan eri asiaa. Hänen mukaansa yleisnormi kieltää rajoittamasta kansalaisten vapautta muuta kuin yksityisnormien säätämässä rajoissa. Mutta mihin tämä käytännössä johtaa: konkreettisesti oikeusjutussa, jossa nimenomainen soveltuva säädännäinen oikeusnormi puuttuu, sekä kantaja että vastaaja vetoavat »luonnolliseen vapauteensa»: lopulta siis puhdas sattuma (ja väkivalta) ratkaisee. Se joka on onnistunut pääsemään edulliseen »tosiasialliseen asemaan» vastapuoleensa nähden (vrt. Lundstedtin »faktisk position»-käsitettä) hän saa sinä pysyä, koska vapautta ei voida, Donatin mukaan, häiritä. Oikeusjärjestyksen tehtävänä on kuitenkin määrätä kansalaisten toimipiirien rajat, ja tuomarin täytyy konkreettisesti tapauksessa tuo rajankäynti toimittaa silloinkin, kun hänellä ei ole nimenomaista säädännäistä (edes analoogisesti soveltuva) oikeusnormia käytettävänä. Jos hän vain riistii kätensä ja viittaa luonnolliseen vapauteen, kaivaa hän perustan oikeusvaltion alta: syntyy kaikkien sota kaikkia vastaan.

Ennen Donatia esitti jo Brinz Saksassa ohimennen ilman laa-

jempaa perustelua samantapaisen teorian:⁴ ellei laki sisällä nimenomaista tai analoogisesti ratkaistavaan tapaukseen soveltuva normia, on aukko olemassa »vain oikeutta etsivän asianosaisen kannalta katsoen». Tuomarille ei sensijaan aukkoa tässä ole: hän vain yksinkertaisesti hylkää kanteen, loukatkoonpa sellainen ratkaisu asianosaisen oikeustajuntaa tai ei.

Kelsen ja hänen oppilaansa kiistävät myös aukkojen olemassaolon formalistisin perustein. Onhan ratkaisu *aina* loogillisesti mahdollinen, Kelsen⁵ huomauttaa, onhan esitetyn vaatimuksen hylkääminenkin ratkaisu joka perustuu lakiin. Sillä velvoittaessaan kansalaiset määrätynlaiseen toimintaan (tai toimimattomuuteen) oikeusjärjestys samalla takaa »jenseits dieser Rechtspflichten die Freiheit». Aivan sama luonnonoikeudellis-liberaali perustelu siis kuin Donatilla. »Aukkotapauksen» ratkaisu perustetaan negatiiviseen normiin, lausuu Kelsen (m.t. s. 101): »Diese negative Norm ist es, die in einer Entscheidung zur Anwendung kommt, mit der ein Anspruch abgewiesen wird» (Donatilla tuo olematon normi oli *positiivinen*). Kun sitten Kelsen jatkaa: »Niinsanottu aukko on ainoastaan positiivisen oikeuden ja parempana, oikeellisempänä, oikeampana pidetyn järjestyksen välinen ero» (s. 101—102), hän siis edellyttää, että tuomarin säädännäisen normin puuttuessa todella tulee ilman muuta antaa hylkäävä ratkaisu. Vaatiihan sitä positiivinen oikeus, kuten hän juuri sanoo. (Aukkoharkinnan yleisiä edellytyksiä käsittelevässä luvussa palaamme lähemmin formalistisiin oppeihin). Alf Ross, joka kuten tunnettua on Kelsenistä saanut vahvoja vaikutteita, lausuu, (TfR 1931 s. 249) ettei voida puhua *aukosta* laissa siinä mielessä, ettei lakia muka voitaisi konkreettiseen tapaukseen soveltaa. Lakiahan voidaan *aina* soveltaa, ainakin antamalla hylkäävä päätös, ellei esitettyä oikeusvaatimusta voida perustaa lakiin. Pohjoismaisessa tieteessä tämä kamari-filosofinen kanta lienee aivan yksinäinen: eihän tuomarin toiminta ole loogillista leikkittelyä. Väitöskirjassaan »Theorie der Rechtsquellen» s. 348 Ross taasen katsoo, että aukosta voidaan puhua kahdesta eri näköpisteestä käsin: *ennen* oikeuden soveltamista sillä tarkoitetaan lain abstraktisesta rakenteesta johtuvaa epämääräisyyttä, joka pakottaa tuo-

⁴ Sit. H. Herrfahrdt: Lücken im Recht s. 6. — — Bergbohm ei suinkaan ole näin mahdotonta teoriaa esittänyt, vaikka hänet tavallisesti harhaanjohtavasti mainitaan aukottomuuden pääedustajana.

⁵ Reine Rechtslehre s. 100.

marin luomaan konkreettisen normin lain antamien ylimalkaisten puitteiden rajoissa (»aukkojen täyttö» merkitsee siis tässä mielessä yksinkertaisesti tulkintaa). Soveltamisen *jälkeen* voidaan todeta, ettei ratkaisu kenties perustukaan lakiin. Mutta puhtaasti muodollis-loogilliset näkökohdat ovat hedelmättömät, mikäli haluamme saada syvemmän käsityksen n.s. aukkotapausten olemuksesta: joka, kuten Ross, toisaalta julistaa, ettei aukkoja ole, ja toisaalta lukee ne yksinkertaisesti tulkintaan, hän menettää näköpiiristään erään käytännöllisen oikeuselämän kiintoisimmista probleemoista. Se haihtuu loogilliseen usvaan.

Havaitsimme edellä Donatin ottavan huomioon mahdollisuuden, että positiivinen oikeus sallii analogian (Italian siviililakikirjan 3 artikla säättääkin: »Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe . . . »): tämä muodostaa hänen mukaansa poikkeuksen yleisnormista. Analogia ei näet Donatin mukaan suinkaan seuraa oikeusjärjestyksen rakenteesta sinänsä (tulemme osoittamaan tämän kannan vääräksi). Merkillistä on nyt todeta, että toinen erittäin terävä italialainen tutkija, Raselli, perustaa oppinsa Italian positiivisen oikeuden aukottomuudesta juuri siihen, että tuo oikeusjärjestys »aukkotapausten» varalle säättää analogian ja yleisiin oikeusperiaatteihin turvautumisen.⁶ Seikka, joka Donatin mukaan oli poikkeus aukottomuuden perustavasta yleisnormista, on Rasellin mukaan aukottomuuden perustana. Rasellin oppi olisi arvokas, jos analogia ja yleiset oikeusperiaatteet todella aina antaisivat ratkaisulle pohjan: mutta tulemme edempänä (analogiaa koskevassa luvussa) näkemään, ettei — päinvastoin kuin mitä vanhempi doktriini yleensä oletti — näin ole laita. Suomen positiivinen oikeus kyllä OK 1:11 §:ssä nimenomaan oikeuttaa tuomarin turvautumaan analogiaan (sekä lainanalogiaan että oikeusanalogiaan), mutta positiivisen oikeutemme aukottomuutta OK 1:11 ei perusta. Hyvin tärkeänä erona Donatin ja Rasellin aukottomuusopin välillä on, että edellinen pitää aukottomuutta loogillisena oikeusjärjestyksen rakenteesta johtuvana välttämättömyytenä, kun sensijaan jälkimmäinen ratkaisee probleeman kunkin positiivisen oikeusjärjestyksen kohdalta erikseen. (Raselli muuten samoin kuin Donati virheellisesti katsoo, ettei analogia ole luvallinen muuten kuin lainsäätäjän nimenomaisella luvalla: op. cit. s. 73).

⁶ Il potere discrezionale del giudice civile I s. 69—70, 75—76 ja erit. s. 141.

Mario Rotondi haluaa niinikään ratkaista aukkoprobleeman kunkin positiivisen oikeusjärjestyksen kohdalta erikseen, mutta hänen mukaansa ei riitä Rasellin kriteerio, nimittäin että positiivinen oikeusjärjestys *viittaa* analogiaan ja yleisiin oikeusperiaatteihin: oikeusjärjestyksen tulee todella de facto sisältää riittävät yleiset periaatteet, vain silloin se on »täydellinen oikeusjärjestys», muuten meillä on vain irrallisten oikeusnormien rykelmä (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 1932 s. 10).

Samanlainen käsitys on W. Fuchsilla: »Lainsäätävä voi, jos hän tahtoo, jokaisella käsiteltävällä erikoisalalla saavuttaa aukottomuuden. Mutta myös järjestys, joka käsittää inhimillisen tai juriidisen henkilöllisyyden kokonaisuudessaan, voi samaa menettelyä noudattaen päästä aukottomuuteen, ja tällöin on yhdentekevää, julistaako se alamaaisensa periaatteellisesti vapaiksi (suvereenisiksi) vaiko periaatteellisesti epä-vapaiksi (orjiksi) ... Edellisessä tapauksessa sallii se kaiken poikkeuksin, jälkimmäisessä tapauksessa päinvastoin».⁷ Rotondia ja Fuchsia vastaan huomautamme, ettei heidän kuvittelemaansa aukottomuutta ja täydellisyyttä voida koskaan saavuttaa: lainsäätävä itse saattaa kylläkin hetkellisesti olla tuollaisen harhaluulon vallassa, mutta yhteiskunnan alituinen kehittyminen särkee illusiot. Fuchsilla muuten kummitelee Donatin teoriasta tuttu »luonnollisen vapauden tila», mutta Fuchs toki ei pidä sitä selviönä ja loogillisena välttämättömyytenä: huomauttaa vain, että lainsäätävä voi, jos tahtoo, sellaisen järjestää.⁸

Georg Jellinek on koettanut perustella aukottomuusoppia sillä, että tuomari on velvollinen ratkaisemaan jokaisen hänen eteensä joutuvan tapauksen, kunhan prosessinedellytykset ovat olemassa (Allgemeine Staatslehre s. 356). Mutta mainittu kanta näyttää sotkevan yhteen normatiivisen ja faktillisen. Se seikka, että tuomari esim. Suomen positiivisen oikeuden mukaan on velvollinen aina ratkaisemaan, ei vielä lausu mitään siitä, millä tavalla tuollaisen ratkaisun pohjaksi pantava normi muodostetaan siinä tapauksessa, että sekä säädännäinen kuin myös tavanomainen oikeus-vaikenevat ratkaistavasta tapauksesta. Aukottomuusdogmia ei voida johtaa tuomitsemispakosta.

⁷ Lex permissiva, Indifferenzstandpunkt, rechtsleerer Raum, Lückenfrage, s. 200 IZTR 1926—27.

⁸ Anglo-amerikkalaisessa oikeudessa esiintyneistä aukottomuusopeista ks. John Dickinson: The problem of the unprovided case (Mélanges Gény II s. 507 ss.).

Edellämainitut teoriat siis väittivät, ettei oikeusaukkoja voida ajatella, tai että positiivinen oikeus saattaa olla aukoton. Niiden äärimmäisenä vastakohtana ovat opit, joiden mukaan joka ainoa konkreettinen oikeustapaus on aukkotapaus, jossa tuomarin on luotava ratkaisunorminsa itsenäisellä synteisillä. Kelsen haluaa, kuten edellä havaitsimme, poistaa aukon käsitteen oikeusteoriasta (samoin Ross). Mutta toisaalta Kelsen ja hänen oppilaansa korostavat, että abstraktiset oikeusnormit eivät koskaan saata tuomarille antaa muuta kuin ylimalkaisia kaavoja: kelseniläisethän näkevät oikeuden juuri alati jatkuvana konkretisoimisprosessina, jossa siirtyminen yhä suurempaan konkreettisuuteen tapahtuu luovien ajatusaktien avulla (esim. Kelsen: *Reine Rechtslehre* s. 91,94—95). Näinollen he toisaalta haluavat poistaa aukon käsitteen, mutta toisaalta laajentavat sen in absurdum. Italian uusidealismisen oikeusfilosofia, joka lähtee Crocen ja Gentilen oppien pohjalta, pitää niinkään jokaista tuomiota luovana aktina, »atto creativona»: tämäkin suunta korostaa voimakkaasti, että abstraktiset oikeusnormit ovat vain yleisiä kaavoja, joiden elävöittäminen on oikeuden soveltajan tehtävänä. Onpa suorastaan väitetty, että oikeus on »una lacuna sola», yhtä ainoata aukkoa. Crocehan (*Filosofia della pratica* s. 307) määrittelee lain nimenomaan »volitiivisena aktina, jonka sisältönä on tekojen sarja tai luokka»: konkreettista tapausta ei abstraktinen normi sentähden koskaan voi saavuttaa, normi on vain »ohjelma», sitä voidaan verrata rakennustelineisiin: kun talo (s.o. tuomio) on valmis, ei kukaan enää kysy sen telineitä, ne revitään. Ei oikeusnormeja voida »soveltaa» konkreettisiin tapauksiin: niin voi puhua vain koulumestari. Tuomari yhtä vähän kuin taiteilija ei »sovelta» normeja, vaan ratkaisee käytännöllisen näkemyksensä ohjaamana. Lakimiehen muisti saattaa kyllä olla abstraktisia oikeusnormeja täynnä, sanoo Croce, mutta juristi vain kumartaa niille kohteliaasti, ja toimii mielensä mukaan.⁹ Abstraktiset oikeusnormit eivät pohjaudu todelliseen tahtomiseen, joka saattaa ilmetä vain konkreettisisissa teoissa (op. cit. s. 328). Kaukaa ja pinnallisesti katsoen lakien soveltaminen saattaa näyttää yhdenmukaiselta ja varmalta, mutta lähempää tarkastellen huomaamme tuhannet vivahdukset (s. 330). *Kaikkeen* tuomitsemiseen sisältyy näinollen luovaa henkistä toimintaa. Samoja näkökohtia tuo tarmokkaasti esiin myös Giovanni

⁹ *Filosofia della pratica* s. 329.

Gentile, jos mahdollista vieläkin kärjistetympin kääntein:¹⁰ hänen mukaansa abstraktiset oikeusnormit syntyvät konkreettisella tahdonaktilla elävästä elämästä ja palaavat siihen jälleen tuomitsemisaktin välityksellä, joka on tuomarin kokonaispersoonallisuudesta lähtevä konkreettinen *luova teko*. Oikeus on meidän sisässämme (s. 8), se on »eterno momento della vita dello spirito» (s. 15), ja sen soveltamisessa ihmishenki ilmentää vapauttaan. Oikeus ei ole staattista, vaan jatkuva prosessi (s. 21), henki ei ole kyky vaan *teko* (s. 36). On selvää, että tällaisen käsityksen pohjalta on turhaa lainkaan kysyä, onko oikeusaukkoja vai ei: koskaan oikeuden soveltaja ei saa ehdotonta tukea abstraktisesta normistaan, aina hänen tulee luoda ratkaisunsa itsenäisellä ponnistelulla. Mainittu käsitys, niin syvälinen ja nerokas kuin se onkin, ampuu nähdäksemme kuitenkin yli maalin: käytännöllisesti katsoen on ero olemassa niiden tapausten välillä, jolloin tuomari »soveltaa» säädännäistä tai tavanomaista oikeusnormia konkreettiseen tapaukseen, ja niiden tapausten välillä, jolloin hänen on vaivalloisesti käytävä etsimään ja muodostamaan ratkaisunsa pohjaksi pantavaa normia. Vain jälkimmäisiä voidaan kutsua aukkotapauksiksi. (Tulemme aukkoharkinnan yleisiä edellytyksiä pohtivassa luvussa osoittamaan, ettei tuomari edes aukkotapauksissa »luo» normia tämän sanan varsinaisessa mielessä).

Konkreettisen tuomitsemisaktin perustavaa merkitystä on tarmokkaasti korostanut G. Perticone.¹¹ Abstraktiset oikeusnormit eivät perustu todelliseen tahtomiseen, sillä todellinen tahtominen on konkreettinen teko (Crocce muuten nimenomaan samastaa teon ja tahtomisen), kun taas oikeusnormien kohteena on ajateltu tekojen luokka. Ei voida sanoa, että lainsäätäjää »tahtoo tekojen luokan», hän asettaa vain yleiset periaatteet, jotka ohjaavat tuomarin tahtomista, jotka kehystävät, kaavoittelevat, ennakoivat yleispiirteisesti tuomarin konkreettisen tahtomisaktin. Abstraktiset oikeusnormit asettavat vain *tyyppejä*, joiden takana on täyteläinen elävä todellisuus, jonka tuomari näkee ja hahmottelee ratkaistessaan.¹² Ratkaisussa käsite elävytyy, abstraktio konkretisoituu, kaavasta tulee elävä *teko*. Aktualisoitunut

¹⁰ I fondamenti della filosofia del diritto: urauurtava teos Italian oikeusfilosofiassa.

¹¹ Dualismo e trascendenza. Il diritto come concretezza — huomaa kuvaava nimi (Studi Del Vecchio II s. 263 ss.), Analisi della norma giuridica (AG 1934 s. 210 ss.), Scienza, filosofia e diritto (RIFD 1927 erit. s. 282 ss.).

¹² Dualismo e trascendenza s. 266.

normi on »norma-azione»: hyvin kuvaava käsite. Syyttä ei Max Ascoli tunnusta, että aukko-opin problemat italialaisen uusidealismien pohjalta lähdettäessä »ratkeavat tavattoman helposti»: ¹³ aukkokysymys on yksinkertaisesti mieletön, koska koko oikeus yrittäessään ennakoita ennakoimatonta on pelkkä aukkojen järjestelmä: olisihan merkillistä, Ascoli lausuu, jos oikeus voisi ennakolta säännöstellä ainoakaan konkreettisen tapauksen. Se on mahdotonta, sillä oikeus seuraa tai edeltää konkreettista elämää, mutta ei koskaan voi sitä voittaa. ¹⁴ Perticonen ja Ascolin johdosta on sanottava samaa kuin Crocesta ja Gentilestä: he laajentavat aukkokäsitteen in absurdum, ja estävät meitä siten näkemästä todella erikoislaatuista käytännöllisesti tärkeätä oikeusproblemaa. Teoreettinen kysymyksenasettelu, ne *käsitteet* joita käytämme tai joita emme käytä, vaikuttavat nimittäin ratkaisevasti todellisuudenkuvaamme. Aukkoprobleema voidaan, kuten olemme havainneet, eliminoida kahdella vastakkaisella tavalla: joko kiistetään aukkojen olemassaolo yleensä tai määrätysässä positiivisessa oikeudessa, tai sitten selitetään, että oikeusjärjestys ei ole muuta kuin pelkkiä aukkoja: silloinkin probleema haihtuu. Olisi perin kiintoisaa laajemmin *verrata* toisiinsa Croce-Gentilen koulua ¹⁵ ja Kelsenin ajattelua, osoittaa kuinka niiden perussävy on aivan *vastakkainen*: edellinen suunta on voimakkaan taiteellisen inspiration sanelema, kun taas jälkimmäinen lähtee matematisoivasta loogillisesta erittelystä. Ja kuitenkin ne aukkoprobleemaan nähden

¹³ La interpretazione delle leggi s. 39.

¹⁴ Emme tässä laajemmin saata syventyä italialaiseen uusidealistiseen kouluun: liioittelustaan huolimatta se on poikkeuksellisen kiintoisa, koska se lähtee syvälliseltä nerokkaasti nähdyltä filosofiselta pohjalta: Croce ja Gentile ovat painaneet siihen leimansa. — — Saksalaisen vapaaoikeuskoulun suurin heikkous aikoinaan oli juuri siinä, että siltä puuttui syvempi filosofinen perusta: kirjoitettiin kyllä tavattomasti vihkosia, väiteltiin loppumattomiin, mutta puhuttiin ristiin ja tulos oli masentavan kaoottinen. — — Ranskalla on myös ollut harvinainen onni sikäli, että François Géný, ranskalaisen oikeustieteen suuri uudistaja, niin-ikään lähti syvällisen, todella perinpohjaisen tutkimuksen pohjalta: ovathan hänen teoksensa jo ulkonaisestikin monumentaaliset. Hänet esittämänsä aineiston edessä on turhan kinastelun täytynyt jäädä syntymättä: arvosteluja tietenkin on esitetty, mutta perusta on horjumattomasti laskettu.

¹⁵ Väärinkäsitysten välttämiseksi korostettakoon, että Crocen ja Gentilen opit eivät suinkaan ole identtiset: mutta tässä tutkimuksessa kiinnitimme huomiota vain niiden pohjalta syntyneeseen yhtenäiseen perusnäkemykseen, joka Italiassa on luonut kokonaisen koulun.

päättyvät samaan käytännölliseen tulokseen: mitä näköaloja avaisikaan tällainen vertailu! Meidän on kuitenkin kuljettava eteenpäin.¹⁶

Edellä arvioitujen suuntien lisäksi on esitetty kanta, että oikeus on aukollinen tai aukoton, riippuen näköpisteestä josta sitä tarkastellaan. Näin ennen muita *Ascarelli*:¹⁷ oikeutta voidaan tarkastaa joko tulkinnallis-dogmaattiselta tai historiallis-filosofiselta kannalta. Edellisestä näköpisteestä katsoen on oikeusjärjestys aukoton. Eikä yksin oikeusjärjestys: myös säädännäisten normien muodostama kokonaisuus (*ordinamento legislativo*) jo sellaisenaan on tältä kannalta aukoton. Sillä tuomari on velvollinen aina antamaan ratkaisun; lisäksi säädännäinen oikeus nimenomaan velvoittaa turvautumaan analogiaan, yleisiin oikeusperiaatteisiin, ja edellyttää siten olevansa aukoton (s. 247). Jos sensijaan oikeusjärjestystä tarkastellaan historiallis-filosofiselta kannalta jättämällä syrjään juriidiset näkökohdat, on ensinnäkin säädännäisten normien muodostama kokonaisuus aukollinen (s. 247), ja lisäksi itse oikeusjärjestyskin (s. 251). Sen aukollisuus häviää vasta »jokapäiväisen oikeuselämän konkreettisuudessa» (s. 247): aukoton oikeus ei ole ajateltavissa, sillä lain olemuksena on abstraktisuus, siis aukollisuus (*ibidem*). Meillä on siis kiintoisa antinomia, joka johtuu näköpisteiden erilaisuudesta (s. 249): filosofiselta kannalta *kaikki* tulkinta on luovaa, sillä jokainen henkinen akti on luova ja konkreettinen, mutta juriidiselta kannalta oikeuden soveltaminen on sidottua: myös aukkoratkaisut ovat sitä. Samaan tapaan kuin *Ascarelli* ajattelee *Del Vecchio* (*Die Grundprinzipien des Rechts* s. 7—8), lausuaan että oikeuskäytäntö ei voi tunnustaa aukkojen olemassaoloa, mutta *kyläkin tiede*. Kelseniläisyyttä lähellä oleva *Julius Moór* taas katsoo: »Vom Standpunkte des Systems aus gesehen, kann es im Recht keine Lücken geben»:¹⁸ jostakin toisesta näköpisteestä katsoen siis voi

¹⁶ Kriittinen kanta uusidealisteihin nähden: *Alessandro Gropalli*: *La interpretazione della legge e le nuove correnti del pensiero filosofico* (*Studi Del Vecchio* I s. 328 ss.). Ei mitenkään saa luulla, että uusidealistinen koulu harjoittaisi diktatoorista valtaa Italian oikeusteoriassa: päinvastoin useat ensiluokkaiset tutkijat vastustavat sitä, ja menestyksellisesti. *Gropalli* kehoittaa avaamaan minkä tahansa prejudikaattikokoelman: harvat ratkaisut siinä ovat aukkotapauksia, valtavasti suurin osa päinvastoin nojaa säädännäisiin oikeusnormeihin tulkinnan tietä (s. 333). Tämä jo todistaa, ettei oikeusjärjestys voi olla »una lacuna sola». Suomen KKO:n ratkaisuihin tiedonantoina julkaistut tuskin nimeksikään sisältävät aukkotapauksia, kun sensijaan seloituksissa niitä on runsaasti.

¹⁷ Il problema delle lacune (AG 1925).

¹⁸ Das Logische im Recht s. 168.

olla aukkoja? A. La d y z e n s k i toteaa: »Oikeusjärjestelmä on suljettu ja aukoton muodolliselta kannalta katsoen ja täynnä aukkoja sisällölliseltä kannalta tarkastellen. Virkamiehen jokaisen toimen tulee muodollisesti perustua lakiin, mutta sen sisältöä ei voida johtaa abstraktisista normeista» (*Voluntarismus und Intellektualismus in der Rechtstheorie* s. 145). A s c a r e l l i n kantaa lähellä on H. J a h r r e i s s, jonka mukaan jokainen »järjestys» on aukollinen, aina on enemmän ennakkolta laskemattomia faktoja kuin todennäköisyysperustein ennakoitavia. Mutta oikeuden soveltaja voidaan velvoittaa »die Lückenlosigkeit durch Interpretation und Analogien wahr zu machen»: merkittävästi sanottu — eihän totuutta väkisin tehdä.¹⁹

Kaikkia viimeksi mainittuja aukoteorioja vastaan huomautamme, että ne dualistisilla »näköpisteillään» *mutkistavat* tieteellisen ajattelun. Tieteellisen ajattelun perusprinsippejään on yksinkertaisuuteen pyrkiminen: jos julistetaan, että oikeus on sekä aukollinen että aukoton — näköpisteistä riippuen — rikotaan mainittua periaatetta vastaan. Jos aukon käsite kerran tahdotaan oikeusteorian ajatusapparaatissa pitää, määriteltäköön se täsmällisesti. Erityisen kiintoisat ovat ne mainituista teorioista, jotka korostavat oikeussysteemin aukottomuutta.²⁰

Laajalle levinnyt mielipide pitää oikeusjärjestystä sellaisenaan aukottomana, mutta lakeja aukollisina. Niinpä E. l. K a i l a lausuu: »Jos siis oikeusjärjestys tahtoo olla täydellinen niin merkitsee se, että joka ainoan teon, jolla ihminen tulee suhteisiin tai tekemisiin kanssaihmissensä kanssa, täytyy olla oikeudelliselta näkökulmalta tarkastettavissa»;²¹ toisaalta edellytetään tapauksia, joissa »lain käyttäjä ei voi vedota positiiviseen lakiin siitä syystä, että tapaukseen soveltuvaa sääntöä ei ole (aukko- eli lain vaikenemistapaus)».²² Selitettyään, että

¹⁹ Das Recht (Mélanges Gény I s. 165 ja 168).

²⁰ Ascarellin teoriassa ansaitsee taasen huomion käsite »historiallis-filosofinen näkökulma»: Crocen ajattelussa historiallisella näkemyksellä on keskeinen asema, tämä yleisnero on historioitsijana yhtä tunnettu kuin filosofina. Historiallisen ja filosofisen metoodin yhtyminen oikeusteoreettisessa tutkimuksessa on ainakin meidän henkilökohtainen ihanteemme. Vasta historiallis-konkreettinen tausta antaa eloa abstraktisille teorioille, vasta laajat aatteelliset synteesit vuorostaan todella avaavat meille menneisyyden.

²¹ Oikeuslogiikka I s. 262, vrt. myös s. 268, 269, 270.

²² Oikeuslogiikka I s. 172. — s. 22: »...inhimillisestä vajavaisuudesta johtuu, että laki äärettömän monissa tapauksissa ei sisällä kelvollista ylälausetta (aukotapaus) ...».

oppi itse *oikeusjärjestyksen* aukollisuudesta johtuu »aus der Verwechslung von Existenz und Evidenz des objektiven Rechts»,²³ Karl Bergbohm jatkaa: »Mikään lakikirja ei ole aukoton, mikään ei ole tyhjentävä, kaikki lakikirjat yhdessäkään eivät sitä ole. — — Lait eivät ole samaa kuin oikeus, ne vain merkitsevät oikeusajatuksia» (Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I s. 382). On siis täysin harhaanjohtavaa, kuten usein näkee tehtävän, esittää Bergbohm jonkinlaisena fanaattisena aukon käsitteen vastustajana. Hans Reichel yhtäpitävästi lausuu: »Jos laki olisi identtinen oikeusjärjestyksen kanssa, ei laissa olisi aukkoja.»²⁴ Sillä oikeusjärjestys on aina aukoton. Mutta lait ja oikeusjärjestys eivät peitä toisiaan. Siksi voi laki olla aukollinen, tosin ei itsessään, mutta suhteessa koko oikeusjärjestykseen» (EinlZGB) s. 323). Samalla kannalla on Stämmler: oikeus ei voi olla aukollinen, eikä edes määrätty positiivinen oikeusjärjestys kokonaisuutena arvostellen, vaan aukollista saattaa olla vain »muotoiltu oikeus», siis nimenomaisten oikeuslauseiden muotoon kielellisesti formuloitu oikeus (Theorie der Rechtswissenschaft s. 388). Jaakko Forsman pitää oikeutta itsessään aukottomana, aukot saattavat esiintyä vain »i rättnens yttre form lagen» (Straffrättens allmänna läror s. 459). Ludwig Spiegel huomauttaa, että kysymys itse oikeuden aukollisuudesta on turha (müssig): »Lücken können überhaupt nur in Frage kommen bei einem formulierten, artikulierten, regelhaften Recht, also bloss dann, wenn Rechtsregeln auf Vorrat gearbeitet werden. Dann kann man im Bedarfsfall sagen: Der Vorrat ist mangelhaft.»²⁵ Eugen Huberin mukaan on itse oikeusjärjestyksen aukottomuus selvä, joka on pohjana kaikelle yhteiskuntaelämälle. Mutta säädännäinen ja tavanomainen oikeus eivät yhdessäkään tyhjennä oikeuden piiriä: ne ovat aukolliset (Recht und Rechtsverwirklichung s. 352).²⁶

²³ Samaa muuten ohimennen korostaa aukkokäsitteen kerrassaan kiistävä Bartolomei: Lezioni di filosofia del diritto s. 172: »aukko on todellisuudessa subjektiivinen elämys, se koskee tietoaamme oikeudesta, ei itse oikeutta».

²⁴ Vrt. muuten tähän Donatin teoriaa.

²⁵ Gesetz und Recht s. 119.

²⁶ Samoin W. Sauer: Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, 1929, s. 240, H. Elze: Lücken im Gesetz s. 20 (huomaa jo teoksen nimi): aukottomuus sisältyy jo itse oikeusjärjestyksen käsitteeseen, Pacchioni: I principii generali di diritto AG 1924 s. 145, H. Hildebrandt: Rechtsfindung im neuen deutschen Reiche s. 76: die Lücke ist nicht Rechtslücke, sondern nur Rechtserklärungs-, kurz Gesetzeslücke. — — Sensijaan katsoo Ekström: Privaträttens allmänna läror I s. 69, että »rättsordningen har faktiskt luckor».

Käydessämme arvostelemaan viimeksi esitettyjä teorioja, jotka pitävät oikeusjärjestystä aukottomana, mutta lakeja aukollisina, kysymme ensin: mitä tarkoittaa sana »oikeusjärjestys»? Sana »järjestys» viittaa yhteiskunnallisiin valtasuhteisiin, sana »oikeus-» lisättynä saanaan »järjestys» korostaa, että valtasuhteet on puettu oikeuden muotoon. Oikeusjärjestys on yhteiskunnan tosiasiallisten valtasuhteiden kompleksi. Mutta huomattakoon tarkoin: oikeusjärjestys ei ole yhtenäisen suunnitelmallisen ajattelun tulos, vaan se kasvaa pala palalta »irrationalisten voimain ajamana» esiin historiallisen todellisuuden pohjalla. Näinollen ei mielestämme voida edes kysyä, onko oikeusjärjestys »aukoton, täydellinen»: sehän edellyttäisi, että oikeusjärjestys on systemaattisen *suunnittelun* tulos. Kokonaisuus, jonka muodostavat yhteiskunnan faktilliset oikeudelliseen muotoon verhotut valtasuhteet, ei voi olla aukollinen eikä myöskään aukoton: yhtähyvin voitaisiin väittää siitä, onko rakkaus sininen vai ei. Mistä siis johtuu, että teoria on taipuvainen pitämään oikeusjärjestystä aukottomana? Siitä, ettei oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän käsitteitä eroteta selvästi toisistaan. Kun puhutaan oikeusjärjestyksestä, väikkyä aina harhauttavana mielessä oikeussysteemin käsite, joka on *kokonaan* eri asia. Oikeusjärjestys viittaa vakiintuneisiin valtasuhteisiin, *oikeusjärjestelmä* teoreettiseen ajatteluun, jonka kohteena on oikeus (ks. myös lukua »Oikeustiede»). Tieteellisessä järjestelmässä ei luonnollisestikaan saata olla aukkoja, sehän olisi loogillinen mahdottomuus, vastoin itse järjestelmän käsitettä. Kun *tiedemiehet* tarkastelevat oikeusjärjestystä, se heidän ajattelussaan esiintyy systeemin muodossa: näin on selitettävissä väite, että oikeusjärjestys muka olisi »aukoton». (Yhtä mieletöntä on tietysti väittää, että se on aukollinen.) Jos huomattavat osat positiivisesta oikeudesta on *kodifioitu*, on tämä omiaan vahvistamaan yllämainittua harhakäsitystä. Kodifikatiohan juuri on *järjestelmällinen* yhtenäisesti *suunniteltu* kokonaisuus. On selvää, että kodifioidun oikeuden vallitessa koko oikeusjärjestystä helposti aletaan tarkastella systemaattikon silmin.²⁷ Katsomme siis, ettei oikeusjärjestykselle mielekkäästi voida antaa predikaattia »aukoton» yhtä vähän kuin predikaattia »aukollinen». Mutta miten on yksityisten lakien laita? Laki on kodifikatio pienoiskoossa, *suunnitelmallinen* kokonaisuus: siksi siinä saattaa olla aukkoja.

²⁷ Niinpä Elzen harvinaisen terävä tutkielma »Lücken im Gesetz» tietoisesti lähtee Saksan siviililakikirjan pohjalta, joka on systemaattinen jos mikään.

Italiassa on G. Brunetti niinkään tullut siihen, ettei oikeusjärjestyksestä mielekkäästi voida käyttää määreitä »aukollinen, aukoton»: mutta aivan eri perustein kuin me. Kysymys oikeusjärjestyksen täydellisyydestä tai epätäydellisyydestä on mieleton, Brunetti sanoo,²⁸ koska kysymys voidaan asettaa vain objekteihin nähden, joita voidaan ajatella osiin jaetuiksi: tiedustellaan, ovatko kaikki osat olemassa. Täydellinen on objekti, jolla on kaikki siihen olennaisesti kuuluvat osat. Mutta lisäksi kysymys oikeusjärjestyksen aukottomuudesta, täydellisyydestä, on mieleton silläkin perusteella, että »täydellisyys» on *suhde*-käsite: objektia verrataan ideaalityyppiin joka edustaa täydellisyyttä. Jos kysytään onko »oikeusjärjestys sellaisenaan» täydellinen, ei mitään vertailua toimiteta, joten koko kysymys on mieltä vailla. Jos sensijaan kysytään, onko oikeusjärjestyksessä kaikki instituutit, joita oikeellisuus tai talouselämä vaativat, on kysymys mielekäs (siis *de lege ferenda*). Niinkään voimme tutkia, onko määrätty laki tai säädännäisen oikeuden muodostama kokonaisuus aukoton vai ei (s. 12).²⁹ Aukkoprobeemassa on aina kysymys määrätyn oikeuslähteen tai määrätyn oikeuslähteiden lajin täydellisyydestä (*Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico* s. 169): kysymys kuuluu oikeuslähteoppiin. Vielä voidaan kysymys määrätyn objektin täydellisyydestä esittää epävarsinaisessa mielessä: tutkitaan onko sillä kaikki ne tunnusmerkit, jotka takaavat sen kuulumisen määrättyyn luokkaan. *Tässä* mielessä oikeusjärjestys on täydellinen, sillä ellei sillä olisi kaikkia oikeuden oleellisia tuntomerkkejä, ei se olisi oikeusjärjestys (*Il senso del problema*... s. 13—14). On outoa, että Brunettin luokkaa oleva tutkija saattaa esittää näin törkeän kehäpäätelmän.

Edellä esitetyn jälkeen voimme määrätä kantamme teoriaan, joka perustaa opin oikeuden aukottomuudesta oikeusnormeihin sisältyvään loogilliseen laajenemisvoimaan. Käsitelainoppi aikoinaan rakentui kokonaisuudessaan tälle oletetulle mystilliselle ekspansiolle: n.s. »konstruktio» lähti siitä, että oikeusnormeihin sisältyy laajenemisvoima, joka analogiaa käyttämällä voidaan ulottaa kaikkiin uusiin tapauksiin. Heijastuma tästä pandektologisesta kannasta on meidän oikeustieteessämme Wreden lausunto vuodelta 1894: »Men då lagen är en *allmän rättsnorm*, är det otänkbart att den skulle lämna en del mänskliga förhållanden, hvilka äro i behof af rättslig reglering, utan sådan, att den

²⁸ *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* s. 3, 6, 7, 21.

²⁹ Ks. myös Brunetti: *Ancora sul senso del problema delle lacune* s. 31 ss.

för konflikter, hvilka påkalla rättslig lösning, icke skulld erbjuda någon lösning, med ett ord, att lagen skulld innehålla luckor».³⁰ Sanottu kanta perustuu juuri siihen, että oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän käsitteet sotketaan toisiinsa: koko käsitelainopillinen suunta pohjaltaan oli tieteellisen systeemiajatuksen korostamista väärällä tavalla. Se ei huomannut, että tieteen juuri vaivalloisella tutkimustyöllä tulee rakentaa ajatuksellinen järjestelmä, se kuvitteli että tuo järjestelmä oli »valmiina» itse oikeusjärjestyksessä. Brunetti on sattuvasti huomauttanut, ettei realistinen oikeusteoria mitenkään saata myöntää oikeusnormeihin kätkeytyn loogillisen laajenemisvoiman olemassaoloa, mutta että käytännölliset tarkoituksenmukaisuussyyt pakottavat tuomarin turvautumaan analogiaan, ellei hän muuten saa ratkaisunsa pohjaksi sopivaa normia.³¹ Puhtaasti loogilliselta kannalta katsoen ei ole ristiiriitaa siinä, että lainsäätävä kieltää tuomaria koskaan turvautumasta analogiaan, mutta sosiaaliset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat estäisivät moisen formalismin. Brunettin huomautukseen lisäämme omasta puolestamme, että ankaran loogillisista premisseistä juuri näyttää johtuvan kanta, joka ei salli oikeusnormien laajentamista analogiisesti yli niiden ajatuksellisen sisällön: on siis todella aivan nurinkurista johtaa analogian käyttö loogillisista premisseistä (ks. lähemmin analogiaa käsittelevää lukuamme).

Todellisia aukottomuusteorioja eivät tietenkään ole ne, jotka myöntävät aukkojen olemassaolon, mutta pitävät aukottomuusdogmia käytännöllisesti suotavana *fiktiona*. Oikeudenkäytön arvovalta ja yhteiskuntarauha vaativat, näin sanotaan, etteivät kansalaiset tiedä, *miten* epävarma ja vaikeasti perusteltava tuomarin ratkaisu monasti todellisuudessa saattaa olla.³² Mutta ennen muuta tulee tuomarin itsensä uskoa oikeuden aukottomuuteen: hänen tulee viimeiseen asti säilyttää aukottomuuden ennakkoluulo (J. C r u e t: La vie du droit et l'impuissance des lois s. 82). Emme ymmärrä, miksi sitten C r u e t paljastaa sa-

³⁰ Försök till tolkning af 1 kap. R.B. s. 38. — — Grunddragen av Finlands rätts- och samhällsordning s. 26 sekä Civilprocessrätt I s. 12 W r e d e sensijaan nimenomaan myöntää, että laissa saattaa olla aukkoja.

³¹ Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico s. 174 ss.

³² Wurzel: Das juristische Denken s. 95, F. Mallieux: Doctrine de l'idéalisme juridique s. 179: kuvaa hienosti ratkaisujen perusteluissa käytettäviä fiktioita. B. C. Carlsonin mukaan oikeuden järjestelmällisyys ja siis aukottomuus on oikeusvarmuudelle ja oikeustieteelle välttämätön *fiktio* (Luckor i rätten JFT 1937 s. 589 ss., 602).

laisuuden: kuinka voivat esim. ranskalaiset tuomarit enää uskoa aukottomuuteen, kun Cruet julistaa sen ennakkoluuloksi? Tulemme tässä tutkimuksessa yksityiskohtaisesti osoittamaan, ettei aukkojen olemassaolon tunnustaminen suinkaan vaaranna oikeusvarmuutta, vaan että takeet mielivaltaa vastaan silti säilyvät.

Jokaista teoriaa voidaan arvostella sen ajatuksellisen totuuden kanalta, mutta voimme myös koettaa sitä *ymmärtää*, selvittämällä historialliset ja psykologiset syyt, jotka siihen ovat johtaneet: tällöin ei ole kysymyksessä teorian totuusarvo. Aukottomuusoppi on ilmauksena määrätystä konkreettisesta historiallisesta kehitysvaiheesta. Hermann Heller lausuu: »Allerdings ist die der heutigen Zivilrechtsdogmatik fast zur Selbstverständlichkeit gewordene Vorstellung von der Rechtsordnung als einem einheitlichen, geschlossenen, lückenlosen System von Rechtssätzen eine historisch-soziologisch höchst voraussetzungsvolle Denkweise; sie konnte nicht konzipiert werden, bevor nicht im 16. bis 19. Jahrhundert das Staatsgebiet zum einheitlichen Rechtsgebiet und die Staatsgewalt zur Entscheidungs- und Wirkungseinheit auf ihrem Gebiet geworden war. Der Gedanke eines einheitlichen positiven Rechtssystems (*huomaa* tässä sana »System«) konnte erst gefasst werden, nachdem die gesellschaftlichen Interessen eine planmäßige, berechenbare Ordnung des Zusammenwirkens auf dem ganzen Herrschaftsgebiet erforderlich und dank der bürokratischen Organisation ein solches auch möglich gemacht hatten».³³ Th. Sternberg korostaa, että aukottomuusoppi saattoi syntyä vain suhteellisen staattisen yhteiskuntajärjestyksen vallitessa. Uusia ennakolta laskeuttomia tapauksia esiintyi vähän. Meidän päivinämmä sensijaan tekniikan aavistamattomat, alati jatkuvat ja yhteiskunnan rakenteeseen mullistavasti vaikuttavat edistysaskeleet pakottavat luopumaan staattisesta näkemyksestä ja siihen liittyvästä aukottomuusdogmista.³⁴

Edellä olemme kriittisesti tarkastaneet erilaisia aukottomuusteorioja sekä oppeja, jotka laajentavat aukon käsitteen in absurdum. Olemme myös todenneet, ettei oikeusjärjestys sellaisenaan saata olla aukoton eikä aukollinen. Käymme nyt kriittisesti tutkimaan oppeja, joita nimitämme dualistisiksi aukkoteorioiksi, arvostelemme monistiset

³³ Staatslehre s. 265. — — Samoja näkökohtia korostaa E. Ehrlich: Die juristische Logik.

³⁴ Einführung in die Rechtswissenschaft I s. 130—131.

teoriat, perustelemme oman kysymyksenasettelumme ja tutkimme »Rechtsleerer Raum»-käsitettä.

E. Zitelmann (Lücken im Recht s. 24, 27) erottaa »echte» ja »unechte» Lücken. Edellinen tapaus on silloin, kun »laki jää vastausta vaille, ei tee ratkaisua mahdolliseksi, vaikkakin ratkaisu on annettava». Laki antaa kyllä positiivisen säännöksen, jonka mukaan on ratkaistava, mutta jättää tuon säännöksen puitteissa yksityisen kohdan epämääräiseksi, t.s. lainsäätävä tahtoo määrätynlaisen oikeudellisen käsittelyn, mutta näiden puitteiden sisäpuolella on useita mahdollisuuksia, eikä laki ilmaise, minkä niistä se tahtoo. »Unechte Lücke» taasen on olemassa, kun abstraktinen oikeusnormi ei sisällä poikkeusmääräyksiä erikoislaatuista sen yleistyyppistä poikkeavia tapauksia varten, jotka kielellisloogillisesti lankeavat normin piiriin. Normin soveltaminen niihin johtaa asiallisesti huonoon, oikeustajuntaa loukkaavaan tulokseen.

L. Spiegel omaksuu Zitelmannin terminologian, mutta kääntää sen merkityksen aivan vastakkaiseksi: »echt ist gerade die Lücke, die Z. als unecht bezeichnet». Puhuessamme aukoista tarkoitamme, että laki jättää määrätty tapaukset käsittelemättä, että siinä on »stoffliche Lücken». Zitelmannin n.s. »echte Lücken»-tapauksissa ei säännöstely puutu, mutta säännöstely on epämääräinen. Sellaista tapaus-ta ei voida pitää todellisena lain aukkona.³⁵

H. Herrfahrdt erottaa niinkään »echte und unechte Lücken». Edellinen tapaus on olemassa, kun me »im Gesetz überhaupt keine Erklärung finden», jälkimmäinen taasen silloin, kun »im Gesetz eine Erklärung enthalten ist, die aber zu dem Standpunkt des Gesetzgebers in Widerspruch steht».³⁶

F. Somló erottaa »Anwendungslücken» ja »kritische Lücken»: edellinen tapaus »ergibt sich für denjenigen, der das Recht anzuwenden hat, wenn es sich ohne vorhergehende Ergänzung durch den Anwesenden nicht anwenden lässt». Jälkimmäinen tapaus: oikeutta tosin sovelletaan sitä täydentämättä, mutta »es wird gegen seine Bestimmungen auf Grund irgend eines Massstabes die Forderung erhoben, dass

³⁵ Gesetz und Recht s. 134.

³⁶ Lücken im Recht s. 91. — — Meidän on pakko seuraavassa siteerata saksankielistä alkutekstiä, sillä vivahdukset ovat monasti niin hienoja, ettei suomennos saata antaa oikeata käsitystä esiteltävästä teoriasta.

das Recht auch noch irgend eine fehlende Bestimmung enthalten sollte».³⁷

Hans Reichel samoin on dualistisella kannalla: hän erottaa avoimet ja peitetyt aukot. Avoin aukko on olemassa, kun laki kerrassaan vaikenee »d.h. nicht nur eine Regel nicht enthält, sondern nicht einmal den Schein einer Regelung dadurch vortäuscht, dass der Tatbestand, rein begrifflich genommen, sich als Unterfall eines durch generelle Gesetzesnorm geregelten Tatbestandes präsentiert». »Eine verdeckte Lücke dagegen ist da vorhanden, wo das Gesetz in umfassend abstrakter Ausdrucksweise eine generelle Norm aufgestellt, für eine gewisse Kategorie von Sondertatbeständen aber, die dem Wortlaute nach unter den Tatbestand der allgemeinen Norm fallen, die Aufstellung einer ausdrücklichen Ausnahmenorm unterlassen hat».³⁸

W. Burckhardt erottaa »eigentliche und uneigentliche Lücken». Varsinainen aukko on olemassa kahdessa tapauksessa. Ensinnäkin saattaa »in der Rechtsordnung als planmässiges Ganzes aufgefasst, ein Loch bestehen, eine unbeantwortete, obschon notwendig zu stellende Frage».³⁹ Toiseksi saattaa itse oikeuslause kylläkin olla olemassa, mutta laki ei lausu kaikkea, mitä tähän oikeuslauseeseen kuuluu (s. 46). »Die logische Struktur des Problems ist also in beiden Fällen dieselbe: die Antwort des Gesetzgebers muss dem Umfang der ihm gestellten Frage entsprechen; tut sie es nicht, so leidet sie an einem logischen Fehler; das ist die *eigentliche Lücke*, im Gegensatz zur uneigentlichen, wo das Gesetz an einem *praktischen* Mangel leidet, indem er zwar eine vollständige Antwort erteilt, aber eine unrichtige, inhaltlich unzulängliche» (s. 55).

F. Schreier erottaa transsendenttiset ja immanenttiset aukot. Transsendenttinen aukko on olemassa, »wenn irgend ein sozialer Tatbestand nicht als Rechtstatbestand erscheint», konkreettisesti oikeusjutussa on aukko olemassa, »wenn die Rechtstatbestände nicht alle Phänomene des Streites decken».⁴⁰ Immanenttiset aukot esiintyvät sensijaan »innerhalb der Rechtsordnung». »Sie fallen mit den von Zitelmann charakterisierten echten Lücken zusammen» (s. 49).

K. Petraschek erottaa »Systemlücken» ja »Anschauungslücken».

³⁷ Juristische Grundlehre s. 404.

³⁸ EinlZGB s. 324.

³⁹ Die Lücken des Gesetzes s. 8.

⁴⁰ Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte s. 47.

Edellisiä hän kuvaa seuraavasti: »Wenn also vom Gesetz Vollständigkeit seiner Bestimmungen verlangt wird, so kann das nur heissen, dass es innerhalb der sozialen Materie, die grundsätzlich und ausdrücklich seiner Regelung zugewiesen ist, die Forderung *erschöpfender* Regelung erfülle, den Gedanken systematischer Geschlossenheit verwirkliche. So würde z.B. ein Gesetz, das Bestimmungen bloss über den Inhalt und den Erwerb von Rechten, aber keine über den Verlust von solchen enthielte, an einer empfindlichen Lücke seines Systems leiden».⁴¹ Anschauungslücken sensijaan syntyvät yhteiskunnallisen todellisuuden muuttuessa.

H. Heller erottaa »logische Lücken», »Wertungslücken» ja »absolute Rechtslücken»: viimeksimainittu laji esiintyy valtio-oikeudessa, kun ratkaiseva instanssi puuttuu, muut Hellerin aukkolajit vastaavat Zitelmännin jakoa »echte und unechte Lücken».⁴²

Edellä esitetyistä teorioista käy ilmi, että lukuisien tutkijain mielessä väikkyi dualistinen näkemys, jonka he kuitenkin tuovat kukin omalla tavallaan esiin. »Unechte», »verdeckte» Lücke on olemassa, kun oikeusnormi kielellisloogillisesti kylläkin käsittää ratkaistavan tapauksen, mutta ratkaisu johtaa oikeustajunnan vastaiseen tulokseen jos normia tapaukseen sovelletaan. »Varsinainen» aukko sensijaan on olemassa, kun ei tapaukseen edes näennäisesti soveltuvaa normia löydy säädännäisestä oikeudesta, tai kun sopivasta normista »jotakin puuttuu». Kaikkia näitä tapauksia kutsutaan aukoiksi. Mutta eikö olisi tarkoituksenmukaisempaa vähemmän korostaa tuota termoniloogista dualismia »echte und unechte Lücken», käytettäisiin yhtenäistä termiä, johon kuitenkin sisällytettäisiin molemmat aukkolajit? Näin ajattelevat nähdäksemme esim. Van der Eycken, Heck ja Isay. Viimeksimainittu lausuu: »Eine 'Lücke' liegt nicht nur dann vor, wenn es keine Norm gibt, unter deren Tatbestand sich der Tatbestand des zu entscheidenden Falles unterbringen lässt, sondern auch dann, wenn der Tatbestand der Norm zu weit, zu allgemein gefasst ist, so dass ihre Regelung nicht für alle Fälle, die unter ihren Tatbestand fallen, als angemessen zu betrachten ist».⁴³ Heck samoin hyväksyy Zitelmännin dualismin, mutta ei kiinnitä siihen sen enempää huomiota,

⁴¹ System der Rechtsphilosophie s. 304.

⁴² Staatslehre s. 266 ss.

⁴³ Rechtsnorm und Entscheidung s. 223.

eikä pane sitä terminologisen kahtiajaon pohjaksi,⁴⁴ ja Van der Eycken, joka niinkään erinomaisen selvästi huomaa dualismin, ei myöskään silti tunnusta *terminologista* jakaantumista (*Méthode positive de l'interprétation juridique* s. 98 ss.).

Dualististen teoriain vastapainona ovat opit, joiden mukaan aukkoja on vain yhtä lajia. Niinpä Binder lausuu: »Wir behaupten, wenn wir eine Lücke feststellen, dass wir einen Rechtssatz oder eine Einrichtung *vermissen*, die durch das Rechtsganze oder durch die wirtschaftlichen oder sittlichen Verhältnisse der Gesellschaft und dergleichen mehr gefordert werde, die also sein *sollte*. — — Eine Lücke im Recht liegt vor, wenn eine durch unsere gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv begründete Forderung an das Recht in ihm keine Erfüllung findet».⁴⁵ Julius Moór toteaa: »Oikeusaukon käsite on kriittinen, arvottava, oikeuspoliittinen» (Das Logische im Recht s. 169). Päinvastaisella, joskin monistisella, kannalla on E. Ehrlich: »Oikeusaukko merkitsee vain oikeuslauseen puuttumista siellä, missä se olisi tarpeen. Korostettakoon nimenomaan, että on kysymys oikeuslauseen eikä sopivan oikeuslauseen puuttumisesta. Jos oikeuslause on olemassa, on sitä sovellettava, sopikoon tai ei».⁴⁶ Carre de Malbergin mukaan aukko on olemassa, kun sattuu tapauksia »joita laki ei lainkaan ole säännöstellyt», ja joista laki ei sisällä katkettuyäkään määräystä (virtuellement le règlement: hämää, mitä tekijä tarkoittaa sillä).⁴⁷ Bierling taas määrittelee aukon seuraavasti: oikeus vaatii itse määrätyn tunnusmerkistön oikeudellista käsittelyä, joskaan oikeus ei sisällä »eine bereits anerkannte Norm, unter die jener Tatbestand sich ohne Künstelei subsumieren lässt. Von einer Rechtslücke kann immer nur die Rede sein, wo die bestehenden (gesetzlichen, vertragsmässigen oder gewohnheitsrechtlichen) Normen der allgemeinen, auf Regelung bestimmter Rechtsverhältnisse oder Gruppen von Rechtsverhältnissen gerichteten Intention des Rechts nicht vollständig genügen.»⁴⁸ Hans Elze määrittelee aukon seuraavasti: »Eine Lücke im Gesetz liegt vor, wenn ein Tatbestand, welchem die Verbindung mit einer Rechtsfolge im Gesetz fehlt, nach aussergesetz-

⁴⁴ Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 169.

⁴⁵ Philosophie des Rechts s. 983, 984. — — Samoin W. Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung ... s. 177.

⁴⁶ Die juristische Logik s. 339.

⁴⁷ Contribution à la théorie générale de l'Etat I s. 702.

⁴⁸ Juristische Prinzipienlehre IV s. 383.

lichem zwischen den Parteien geltendem und vom Gesetz geduldetem Recht mit einer bestimmten Rechtsfolge verbunden ist».⁴⁹ Elze ei tunnusta »uneigentliche Lücken»-käsitettä: »müssen wir auch die Fälle der »unechten» Lücke als nicht geregelt ansehen, so dass dieses Unterscheidungsmerkmal zwischen »unechten» und »echten» Lücken entfällt (s. 59)».

Taivallettuamme nyt läpi saksalaisten aukko-teoriain aarniometsän esitämme omana kantanamme seuraavaa: Jos aukkoprobleemaa ollenkaan halutaan tyydyttävästi käsitellä, on aukon käsite koetettava määritellä mahdollisimman täsmällisesti, itse kysymys on asetettava hedelmällisellä tavalla. Tässä tutkimuksessa ensinnäkin tarkastelemme vain *tuomarin* harkintaa *konkreettisten* oikeustapausten ratkaisua valmistettaessa. On perustavan tärkeätä nimenomaan rajoittaa aukko-probleema konkreettisiin oikeustapauksiin, muuten eksymme aarniometsän pimentoon. Konkreettisen tapauksen sattuessa tuomari tavallisesti löytää *kaikki* tapauksen ratkaisuun tarpeelliset normit säädännäisen ja tavanomaisen oikeuden normivarastosta. Mutta *voi* sattua, etteivät säädännäiset ja tavanomaiset normit annakaan *riittävää* perustaa konkreettisen tapauksen ratkaisulle: puuttuu vielä jokin normi tai joitakin normeja. Silloin meillä on aukkotapaus. Tavallisesti esitetään »echte Lücke» siten, että normi muka puuttuu (tai että normista jotain puuttuu). Tämä ei kuitenkaan ole *tarkkaa* puhetta. Ei ole ainoatakaan konkreettista oikeustapausta, johon *ei mikään* normi soveltuisi: soveltuvathan siihen ainakin prosessuaaliset normit, jotka velvoittavat tuomarin asiallisesti harkitsemaan tapausta ja välttämään mielivaltaa. Mutta n.s. materiaalisia normeja ei kenties ole *tarpeeksi* tapauksen varalle valmiina: silloin tuomarin on käytävä niitä muodostamaan. Tätä tarkoitetaan, kun puhutaan »normin puuttumisesta». (Tietenkin myös prosessioikeudelliset normit saattavat olla aukolliset).

Voi sattua, että ratkaistava konkreettinen tapaus ensi näkemältä näyttää »tavalliselta» tulkintatapaukselta: tarpeelliset säädännäiset ja tavanomaiset normit ovat valmiina olemassa. Mutta kun sitten yritetään soveltaa näitä normeja tapaukseen, havaitaan, että tulos jyrkästi sotii vallitsevaa oikeusvakaumusta vastaan. Miksi? Sentähden, että abstraktisesti formuloidut oikeusnormit ovat vain karkeita ennakolta veistettyjä kaavoja, jotka eivät saata ottaa huomioon konkreettisten ta-

⁴⁹ Lücken im Gesetz: lopullinen määritelmä.

pausten hienoja vivahduksia: sehän on mahdotonta, koska abstraktisen oikeusnormin luojalla *ei* ole edessään tulevia konkreettisia tapauksia sellaisenaan, vaan ainoastaan ylimalkainen kaavamainen mielikuva niiden *tyypistä*. Mitä tekee silloin tuomari? Jos aiotun ratkaisun ja vallitsevan oikeusvakaumuksen ristiriita on kyllin huutava (tämän toteamisesta ks. yksityiskohtaista esitystämme luvussa »Aukon toteaminen»), hän kieltäytyy soveltamasta esilläolevaan konkreettiseen tapaukseen siihen näennäisesti sopivaa oikeusnormia. Mitä tämä kieltäytyminen todellisuudessa merkitsee? Tuomari toteaa, että hänen edessään onkin aukkotapaus, vaikka se ensin *näytti* lankeavan määrätyn abstraktisen oikeusnormin alle: sellaista kutsumme »kätkeytyksi aukkotapaukseksi» (Reichelin erinomaisen kuvaava sanonta »verdeckte Gesetzeslücke» on meillä silloin esikuvana). Perustavan tärkeätä teoreettisen selvyyden ja yhtenäisyyden kannalta on korostaa, että tällaiset »unechte Lücken» (Zitelmann) olemukseltaan eivät millään tavoin eroa »echte Lücken»-tapauksista: vain aukon olemassaolon *toteaminen* on erilaista. Avoin aukko pistää heti tuomarin silmään juuri aukkona, kun sensijaan »kätkeyty aukko» ensin on *paljastettava* huolellisella kriittisellä harkinnalla. Voisimme näinollen kuvaannollisesti sanoa, että »unechte Lücken» muuttuvat »echte Lücken»-tapauksiksi heti kun tuomari luotettavasti on *todennut*, ettei määrätty abstraktinen oikeusnormi sovel-lukaan konkreettiseen tapaukseen, että hän ei ole oikeutettu eikä velvollinenkaan sitä soveltamaan.

Voisimme kuvata yhtenäistä näkemystämme myös seuraavasti: abstraktiset oikeusnormit saattavat niitä konkreettiseen tapaukseen verrattaessa olla »sopivia, liian suppeita tai liian laajoja». Normaalitytapauksissa kunkin konkreettisen oikeustapauksen varalle löydetään sopivat valmiit normit (»tulkitatapaus», siihen tietenkin luettuna n.s. selvät, evidenttiset tapaukset, joissa soveltaminen *tottuneelle* tuomarille on silmänräpäyksessä selvää). Mutta saattaa sattua, ettei konkreettista oikeustapausta voidakaan tyhjentävästi vangita ennakolta asetettuihin normeihin: vaikka mobilisoidaan kaikki positiivisen oikeusjärjestyksen formuloidut säädännäiset ja tavanomaiset normit, ei niistä kuitenkaan saada riittävää pohjaa tuon tapauksen ratkaisulle. Normit ovat silloin liian »suppeita» tapaukseen, tai kenties olisi asianmukaisempaa sanoa, että normeja on »liian vähän». Vaikka normeja tulkittaisiin kuinka laajentavasti, ei niitä sittenkään voida venyttää rajattomiin. Mutta kolmaskin mahdollisuus on olemassa: oikeusnormit ovat kon-

kreettista ratkaistavaa tapausta varten liian laajat. Tapaus näyttää olevan niiden avulla ratkaistavissa, mutta oikeusvakaumus panee esteen.

Sekä avonaisten että kätkeytyjen aukkojen olemassaolo johtuu siitä, että oikeusnormit yhteiskunnallisen todellisuuden valtavana *rationalisoi*misyrityksenä eivät voi elävää historiallista tapahtumista tyhjentävästi ennakoida. Oikeusnormien edellytyksenä tosin on säännösteltävien ilmiöiden edes jonkinasteinen säännöllisyys, mutta täysin eksaktisti emme saata yhteiskunnallisia ilmiöitä ennakolta arvioida. Eikä moinen täysin tarkka ennakointi ole loogillisesti edes ajateltavissakaan. Sillä menneisyyden perustalla voidaan tulevaisuuteen nähden esittää korkeintaan todennäköisyysarviointeja: saattaisivathan kaikki luonnonlaitkin huomispäivänä olla kokonaan toisenlaiset kuin tänään, joskin induktiopäätelmämme osoittavat sen vähemmän todennäköiseksi.⁵⁰

Edellä havaitsimme, että esim. Burckhardt »echte Lücken»-käsitteeseen nähden esittää alajaon: *normi* saattaa puuttua tai *normista* puuttuu jotakin. Jälkimmäinen tapaus on nyt kriittisesti tutkittava. Kaksi tapausta: normin »puutteellisuus» on sen luojaan tahtoma; näin ei ole. Jos oikeusnormin »puutteellisuus» on tarkoituksellinen, merkitsee tämä: on olemassa joukko elämänilmiöitä, joita ei tarkoituksenmukaisesti voida vangita ennakolta laadittuihin täsmällisiin kaavoihin, mutta joita ei myöskään tahdota jättää kokonaan oikeudellista säännöstelyä vaille. Silloin turvaudutaan seuraavaan teknilliseen menetelyyn: säädetään oikeusnormi, jonka tunnusmerkistö tai oikeusseuraamus tai molemmat formuloidaan niin ylimalkaiseen muotoon (»joustava normi»), että tuomari aina in casu on pakotettu yhteiskunnallisiin realiteetteihin nojaten täsmentämään ylimalkaisuuden, saadakseen konkreettisen tapauksen ratkaisuun kelpaavan normin.⁵¹ Tietysti lainsäätäjä voi mennä vieläkin pitemmälle: hän jättää tahallisesti koko normin antamatta (n.s. »tahallinen aukko»). — Jos taas oikeusnormin »puutteellisuus» ei ole tarkoituksellista, on erotettava kaksi tapausta. Puute saattaa olla senlaatuinen, ettei voida katsoa velvoittavan oikeusnormin olevan olemassa. Mutta silloinkaan tuomari ei saa jättää »kelvotonta normiyritystä» huomiotta: hänen tulee oikeusjärjestyksen kokonaisuuden pohjalla kiteyttää ratkaistavaa konkreettista

⁵⁰ Säännöllisyyden käsitteestä ks. Eino Kaila: Über das System der Wirklichkeitsbegriffe s. 15.

⁵¹ Ei ole asianmukaista pitää tällaista normia puutteellisenä: sehän päinvastoin on nykyaikaisen lainsäädäntötekniikan huippusaavutus.

tapausta varten normi, jossa nuo mainitsemamme puutteelliset elementit on otettu huomioon. Jos taas ei-tahallinen puute yksityisessä oikeusnormissa on merkitykseltään niin vähäinen, ettei se vaaranna itse normin olemassaoloa, tulee tapaus asiallisesti lähelle niitä tapauksia, joissa puute oli tahdottu. Tuomarin tulee siis noudattaa normin antamia yleisluontoisia suuntaviivoja konkreettisen tapauksen ratkaisua harkitessaan, ja tällöin hän täsmentää yleiskaavoittelua.

Aukkoteoreettiselta kannalta normissa olevat ylimalkaisuudet ja puutteellisuudet ovat erityisen kiintoisat. *Kaikki* abstraktiset normitahan ovat enemmän tai vähemmän ylimalkaisia kaavoja (ks. edellä Croce-Gentilen ja Kelsenin oppeja): missä kulkee raja tulkinta- ja aukkotapausten välillä, onko sitä edes olemassakaan? Nyt ymmärrämme, miksi Croce-Gentile ja Kelsen laajentavat aukkokäsitteen yli koko oikeusjärjestyksen, käsitämme, miksi oikeusnormit sattuvasti on luonnehdittu *kehyksiksi*, joiden sisäpuolella tuomarille aina jää liikkumisalaa. Kuitenkaan emme saata kieltä eroa tulkinta- ja aukkotapausten välillä. Tulkintatapauksessa tuomari liikkuu määrättyjen ennakolta annettujen abstraktisten oikeusnormien asettamien kehysten *sisäpuolella*, aukkotapauksessa hän liikkuu niiden *ulkopuolella*. Vaikka normit ovatkin ylimalkaiset, on toki selvä ero niiden konkreettisten tapausten välillä, jolloin tuomari *soveltaa* ennakolta annettuja säädännäisiä ja tavanomaisia oikeusnormeja tapauksen ratkaisuun, ja niiden välillä, jolloin tuollainen soveltaminen ei ole mahdollista, vaan tuomarin on käytävä itse, laajan ja huolellisen harkinnan pohjalla, muodostamaan normia vartavasten tuota tapausta silmälläpitäen, minkä jälkeen hän vasta soveltaa *sit*ä. (Analogian ja tulkinnan erosta ks. lähemmin analogiaa käsittelevää lukuamme). Tämän käsityksen korollaariona on, ettei ole asianmukaista puhua »aukkotapauksista» silloin, kun tuomari soveltaa ennakolta säädettyä normia, joka tahallisesti on muotoiltu joustavaksi ja ylimalkaiseksi. Jos sensijaan oikeusnormin ei-tahdottu puutteellisuus on niin olennainen, ettei todellisuudessa velvoittavaa normia lainkaan ole olemassa⁵² on meillä aukkotapaus. Zitelmannin »echte Lücken»-käsite on, kuten edellä havaitsimme, erinomaisen epäilyttävä juuri siksi, että hän siihen sekottaa joustavat normit: Spiegel aivan oikein polemiikis-

⁵² Tarkka kielenkäyttö ei tietenkään silloin saata puhua »puutteellisesta oikeusnormista», koska normia ei ole.

saan Zitelmannia vastaan on tämän huomannut. Burckhardtin kanta johtaa niinikään epäilyttäviin tuloksiin.⁵³

Miten tärkeätä on täsmentää aukon käsite siten, että se tulee koskemaan vain *konkreettisia* ratkaistavia oikeustapauksia, käy ilmi seuraavasta seikasta: kätkeyty aukko on meidän mukaamme olemassa; kun tuomari konkreettisesti tapauksessa toteaa abstraktisen säädännäisen tai tavanomaisen normin soveltumattomuuden ratkaistavaan tapaukseen, joskin tuo tapaus kielellis-loogillisesti arvostellen ensi katsannolta lankeaakin normin piiriin. (Kuten aukon toteamista käsittelevässä luvussa tulemme havaitsemaan, se tapahtuu vanhastaan tunnettua *supistavaa tulkintaa* käyttämällä). Jos määrätty oikeusnormi sellaisenaan, konkreettisesti tapauksesta riippumatta, kenties on käynyt »vanhentuneeksi», epätarkoituksenmukaiseksi, ei tämä riitä luomaan kätkeytyä aukkoa. Binder, kuten edellä havaitsimme, sotkee juuri tämän tapauksen aukon käsitteeseen, mutta me erotamme ne jyrkästi. Jos vähemmän tarkoituksenmukainen oikeusnormi on voimassa (ks. voimassaolon käsitteestä teoksemme alkulukua) on sitten aivan eri kysymys, onko kenties konkreettisesti tapauksessa tuon normin soveltaminen siinä määrin ristiriidassa vallitsevan oikeusvakauksen kanssa, että meillä todella on »kätkeyty aukko». Normin yleis-

⁵³ Tässä tutkimuksessa emme saata ryhtyä pohtimaan sen laajemmin n.s. joustavien oikeusnormien rakennetta, niin erinomaisen kiintoisa kuin kysymys itsessään onkin, sillä *aukkotapausten* kanssa ei niillä ole mitään tekemistä. El. Kaila: Oikeuslogiikka I s. 172 niinikään erottaa »puitelakitapaukset» ja »laatusanatapaukset» aukkotapauksista; vrt. s. 23 aliv. 2. — — Perustava tutkimus joustavista oikeusnormeista: Marcel O. Stati: Le standard juridique, lisäksi Al-Sanhoury: Le standard juridique (Mélanges Gény II s. 144 ss.), Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 181 ss., R. Pound: An introduction to the philosophy of law s. 114 ss.: rakentaa koko tuomitsemisoppinsa standardi-käsitteen varaan. — B. C. Carlson, Luckor i rätten (JFT 1937, s. 584—585) lukee aukoksi myös lakitekniillisen järjestelyn, jossa laki »hänvisar till skälighetsprövning» (esim. useat Avioliittolain ja Sopimuslain kohdat), samoin kuin mahdollisuuden »då i lagbudet ingår ett mer eller mindre svävande empiriskt begrepp». Mutta täten aukkoprobleema mielestämme leviää niin laajaksi, ettei *tarkoituksenmukainen* tieteellinen analyysi ole mahdollinen. Joustavat oikeusnormit (puitelakitapaukset), joissa siis tuomari on »hänvisad till skälighetsprövning» muodostavat itsenäisen probleeman, johon liittyy *käytännöllisestikin* katsoen erinomaisen kiintoisia spesiaalinäkökohtia. Aikomuksemme oli alun perin käsitellä näitä normeja teokssamme, mutta aineiston karttuessa ja tutkimuksen edistyessä näytti meistä tarkoituksenmukaisemmalta käsitellä puitelakitapauksia perusteellisesti eri monografiana. Huomattakoon esim., että tuollainen joustava oikeusnormi, joka —

luontoinen epätarkoituksenmukaisuus *sinänsä* ei siis milloinkaan riitä konstituoimaan aukkotapausta.

»Aukkotapaus» tarkoittamassamme mielessä *ei ole* olemassa pelkäämään sen nojalla, ettei tuomari saa konkreettisen tapauksen ratkaisulle riittävää pohjaa säädännäisistä oikeusnormeista: vaaditaan *lisäksi*, ettei tavanomainenkaan oikeus anna johtoa. Saksalainen teoria on taipuvainen puhumaan »Gesetzeslückestä», mutta meidän tutkimuksemme kannalta sellainen käsite ei olisi *hedelmällinen*. Jos tuomari saa konkreettisen tapauksen ratkaisemiseen tarpeellisen perustan ennakoita valmiista tavanomaisen oikeuden normista, ei hän siis itse joudu harkintansa perusteella *muodostamaan* ratkaisun pohjaksi pantavaa normia. Tämän tutkimuksen päätehtävänä on juuri monipuolisesti valaista sitä harkintaa, jonka pohjalla tuomari ratkaisunorminsa muodostaa. Sentähden meidän on määriteltävä »aukkotapauksen» käsite yllämainitulla tavalla. (Kansainvälisessä oikeudessa vastaavat säädännäistä oikeutta oikeuttaluovat sopimukset).

Aukon käsite, mikäli sitä ei kiinteästi sidota konkreettisen oikeustapauksen käsitteeseen (jolloin siitä tulee »aukkotapaus»), on irrallisena, kuten edellä annetusta aukkotekoriain kriittisestä esittelystä käynee selville, niin hämärä, ettei sitä mitenkään saateta asettaa tieteellisen tutkimuksen pohjaksi. Jos meiltä näinollen kysytään: »Missä nuo

kun sitä tarkastellaan in abstracto — on erinomaisen ylimalkainen, *konkreettiseen oikeustapaukseen* sovellettaessa sensijaan tavallisesti antaa täysin yhtä tarkkaa johtoa kuin »tavallinen» oikeusnormi. Tuomarin kädessä nämä joustavat oikeusnormit eivät olekaan sen epämääräisempiä kuin muut: siksi niistä onkin muodostunut nykyaikaisen lainsäädäntötekniikan hienostunein väline. Emme näinollen saata yhtyä Carlsoniin, kun tämä Avioliittolain ja Sopimuslain joustavista normeista lausuu: »Det är i så påfallande stor omfattning lagstiftaren uti nämnda lagar avstätt från att reglera förhållandena, att man frågar sig huruvida icke sådant innefattar förtidig resignation inför svårigheter» (JFT 1937 s. 597 aliv. 1). — Tavalisia tulkintaa aiheuttavia normeja (»då i lagbudet ingår ett mer eller mindre svävande empiriskt begrepp»: Carlson) emme missään tapauksessa saata pitää aukkoprobleemaan kuuluvina. Toistamme: tutkimuksen kannalta lienee hedelmällisintä erottaa kolmeksi eri probleemaksi aukkokysymys, joustavat oikeusnormit ja tavallisten normien tulkinta (= tulkintaoppi sanan ahtaassa mielessä). Mutta on täysin ymmärrettävää, että Carlson käytännöllisen oikeuselämän suvereenina tuntijana suppeassa esseessään haluaa käsitellä *yhtenäisesti* näitä probleemoja, jotka itse asiassa kaikki ovat teleologisen oikeusajattelun ilmenemismuotoja. Samoin on ymmärrettävä Kivimäen lause: »Tulkitseminenhan ei ole muuta kuin lakiin jääneen aukon täyttämistä» (Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä, Lm 1937 s. 476).

aukot loppujen lopulta oikein ovat, *mikä* on aukollista tai aukotonta?», on meidän pakko myöntää, että kysymys kiinnostaa meitä äärimmäisen vähän. Olemme tarkasti määritelleet mitä tarkoitamme *aukkotapauksella*: kun konkreettisen oikeustapauksen ratkaisuun tarpeellista sopivaa säädännäistä tai tavanomaista oikeusnormia ei ole olemassa. Myönämme avoimesti, että olisimme saattaneet kirjoittaa tutkimuksemme mainitsematta kertaakaan sanaa »aukko», jos olisimme löytäneet toisen sopivan *lyhyen* ilmaisutavan niille probleemoille, jotka ovat tämän tutkimuksen kohteena. Brunetti Italiassa haluaisi hyljätä koko aukon käsitteen, ja korvata sen »dubbion» käsitteellä:⁵⁴ mainittua termiähän Italian siviililakikirjan 3 artikla juuri käyttää kuvatessaan tapauksia, jolloin tuomari ei lainanalogiastakaan saa apua: Mutta toisaalta on huomattava, että länsimainen oikeusteoria »aukkoprobleeman» nimisenä ja siihen liittyen on käsitellyt käytännöllisesti ensiluokkaisien tärkeitä ongelmia (tulemme sen havaitsemaan siinä tutkimuksemme osassa, joka selvittelee itse tuomarin aukkoharkintaa): siksi olemme tahtoneet jo terminologisestiinkin liittyä tähän perinteeseen, välittämättä siitä, että itse aukon käsitettä pohtivat teoriat ovat uskomattoman riitaiset ja eri suuntiin käyvät.

Kaiken edellä esitetyn perusteella määräämme kantamme »Kollisionslücken»-probleemaan nähden. Sellainen tapaus on olemassa, kun useat yhteensopeutumattomat oikeusnormit kielellis-loogillisesti tarkastellen näyttävät soveltuvan saman konkreettisen oikeustapauksen ratkaisuun. Onko tämä aukkotapaus? Tavallisesti ei, sillä *joku* tarjoutuvista normeista osoittautuu useimmiten tapausta koko oikeusjärjestyksen tarkoitustaustan valossa harkittaessa ratkaisun pohjaksi kelpaavaksi. Tietysti on puhtaasti teoreettisesti ajateltavissa sellainenkin tapaus, ettei yksikään tarjoutuvista normeista niitä lähemmin tarkastettaessa sovellu ratkaisun pohjaksi: silloin on siis jokaiseen normiin nähden erikseen todettava kätkeytyn aukon olemassaolo. Mutta mainittu mahdollisuus on pieni. Lisäksi se ei suinkaan muodosta itsenäistä aukkotapauksen lajia, vaan on ainoastaan erikoislaatuinen kätkeyty aukkotapaus. Useiden oikeusnormien yhteentörmäys ei siis sellaisenaan koskaan vielä merkitse aukkoa: päinvastoin aukon olemassaolon mahdollisuus käy pieneksi jo senkin tähden, että useita normeja tarjoutuu; todennäköisesti niistä aina *joku* sopii. Epätietoista on aluksi ainoastaan, *mikä* niistä oi-

⁵⁴ Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza s. 152.

keusjärjestyksen kokonaisuuden kannalta arvostellen on *sopivin*. Sel-
laista epätietoisuuden tilaa emme voi nimittää aukkotapaukseksi.

Käymme nyt kriittisesti arvioimaan »rechtsleerer Raum»-teoriaa, joka aukkodoktriinissa on näytellyt huomattavaa osaa. Perustava on Karl Bergbohm'n esitys teoksessa »Jurisprudenz und Rechtsphilosophie». Hänen ajatuksenkehittelynsä on pääkohdittain seuraava (s. 375—379): Positiivinen oikeus ei milloinkaan ole katsonut välttämättömäksi ja tarkoituksenmukaiseksi säännöstellä kaikkea mahdollista oikeusmateriaalia joka kuuluu sen valtapiiriin, vaan se jättää aina suuren osan syrjään. Positiivinen oikeus määrää konkreettisen alueensa laajuuden säännöstelyllä, joka koskee käskettyä ja ei-käskettyä, sallittua ja ei-sallittua j.ne., ja samalla se implicate määrää lopusta, ettei sitä oikeudellisesti säännöstellä. Vedämme näinollen ajatuksissamme oikeudellisesti säännöstelykelpoisessa tosiasiaain maailmassa rajalinjan: ne ulkonaiset suhteet ja teot, jotka jäävät rajalinjan sisäpuolelle, ovat positiiviseen oikeuteen kuuluvaa ainesta, kaikki muut sensijaan, riippumatta säännöstelyn tarpeellisuudesta, kuuluvat oikeustyhjään tilaan. Siellä vallitsee mielivalta juriidisessa merkityksessä, tarkemmin: nyt voimassaolevan oikeuden kannalta, sillä tuo rajalinja siirtyy kaikkialla ja alati, kuten kokemus osoittaa. Jos ratkaistava tapaus kuuluu oikeustyhjään tilaan, ei se ole *oikeustapaus*. Gmür on niinkään »rechtsleerer Raum»-teorian kannalla: tuomarin ratkaistavia ovat vain oikeuskysymykset, siis kysymykset, joiden kohteena on *probleema*, missä määrin ja millä tavoin inhimilliset intressit ovat oikeudellisesti säännösteltävät. Poissuljettuja ovat siis puhtaasti sisäistä laatua olevat ihmisten keskeiset suhteet. Vain ulkonaiset elämänsuhteet ovat oikeusjärjestyksen alaiset, eivätkä edes kaikki ne. Monet niistä jätetään tarkoituksenmukaisemmin moraalin ja tavan säännösteltäviksi. Tuomarin on ratkaistava vapaalla aukkoharkinnallaan vain ne suhteet, jotka lainsäädännön kannalta ansaitisivat tulla oikeudellisesti säännösteltyiksi. Mutta rajalinja on epämääräinen ja yksityisissä tapauksissa vaihteleva.⁵⁵ Zitelmann jättää aukkotutkimuksensa ulkopuolelle kaikki ne tapaukset, jolloin laki asettaa »ganze Bereiche von Lebens-tatsachen ausserhalb seiner Ordnung» sillä perusteella, että mainittujen ilmiöiden säännöstely kuuluu »anderen Mächten». Miten laajasti valtion on laeillaan säännösteltävä, se on lainsäädäntöpolitiikan tärkein kysymys. Zitelmann haluaa tutkia vain tapauksia »wo das Gesetz

⁵⁵ Die Anwendung des Rechts s. 104.

innerhalb der Aufgaben, die es sich selbst gestellt hat, Lücken lässt» (Lücken im Recht s. 8—9). Elze taasen moittii Zitelmannia siitä, ettei tämä tarkemmin määrittele oikeustyhjän tilan rajoja: Elze siis itsekin rakentaa tuolle käsitteelle (Lücken im Gesetz s. 61). Bierling kiistää aukkojen olemassaolon siellä, missä oikeusnormeja luotaessa on harjoitettu tietoista pidättyvääsiisyyttä. Tämä on tärkeätä, hän jatkaa, erityisesti silloin, kun laki tahtoo sulkea määrättyt ilmiöt oikeusjärjestyksen ulkopuolelle ja haluaa jättää niiden arvostelemisen tai säännöstelemisen yksinomaan toisille mahdeille, kuten uskonolle, moraalille tai kauneudentunteelle.⁵⁶ Karl Petraschek samoin omaksuu »rechtsleerer Raum»-käsitteen (System der Rechtsphilosophie s. 303, 305.). Viggo Bentzon perustelee tuon opin liberaalisen maailmankatsomuksen pohjalta (Almindelig Retslaere s. 15). Hans Reichel lakoonisesti toteaa ilman minkäänlaista perustelua: »oikeustyhjän tilan kummitusta ei ole» (Gesetz und Richterspruch s. 108). Platon taas perustelee »rechtsleerer Raum» olemattomuuden sillä, että tuomari aina on velvollinen ratkaisemaan.⁵⁷ Sama perustelu esiintyy Gjelsvikillä (Innledning i rettsstudiet s. 43). Raselli kiistää oikeustyhjän tilan, koska sallitut teot eivät suinkaan lankea oikeuden ulkopuolelle (Il potere discrezionale del giudice civile I s. 77 ss.).⁵⁸

Oikeudesta tyhjän tilan käsite on fyysillisestä maailmasta lainattu vertauskuva, jolta emme saa odottaakaan täsmällisyyttä. Mutta onko tuo käsite edes tarkoituksenmukainen? Voitaisiin ajatella, että se helpottaa tuomarin aukkoharkintaa: jos kokonaisesta elämänalasta saateetaan varmuudella todeta, että se »lankeaa oikeuden ulkopuolelle», niin eivätkö kaikki siihen sisältyvät yksityiset ilmiötkin silloin lankea oikeuden ulkopuolelle? Mielestämme on kuitenkin vaarallista lähteä siitä,

⁵⁶ Juristische Prinzipienlehre IV s. 383.

⁵⁷ Retskildernes Theori s. 255—256.

⁵⁸ Rechtsleerer Raum-teorian kannattajista mainittakoon vielä F. Schreier: Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte s. 47: absolut rechtsfremde Tatbestände, F. Jerusalem: Die Staatsgerichtsbarkeit s. 95, Peters: Die Gerechtigkeit s. 29, F. Castberg: Den konstruktive Metode TFR 1922 s. 313, F. Hagerup: Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse TFR 1915 s. 51. — Teorian vastustajia: Brunetti: Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico s. 210 ss., Ascarelli: Il problema delle lacune s. 229, Donati: Lacune s. 76 ss. (laajasti). — Radbruch: Rechtsphilosophie lausuu diplomaattisesti: »Ein rechtsleerer Raum ist... überhaupt nicht im strengen Sinne rechtsleer...».

että määrätty elämänala »lankeaa oikeuden ulkopuolelle»: tuomari ei saa tuollaisesta postulaatista ilman vallitsevaan oikeusvakaumukseen nojaavaa in casu tehtävää tarkistusta dedusoida johtopäätöksiä konkreettiseen ratkaistavaan tapaukseen nähden. Päinvastoin on tuomarin ennakkoluulottomasti ja erikseen harkittava jokainen hänen kompetenssiinsa kuuluvassa oikeusjutussa esitetty vaade. Erityisesti muistetakoon, ettei konkreettiseen esilläolevaan tapaukseen soveltuvien säädännäisten ja tavanomaisten oikeusnormien puuttuminen suinkaan merkitse, että tapaus kuuluisi »oikeudettomaan tilaan»: saattaahan tapaus ratketa yleisiä oikeusperiaatteita soveltamalla. Mutta vaikka *nekin* ratkaistavassa tapauksessa jättäisivät tuomarin pulaan, ei vielä tämäkään merkitse tapauksen kuulumista »oikeudettomaan tilaan»: tulemme edempänä havaitsemaan, että tuomari silloinkin on velvollinen ja oikeutettu tapausta huolellisesti harkitsemaan (ks. »Analogia»-luvun loppua).

On tapana sanoa, että puhtaasti »sisäiset faktat» (mielipiteet, tunteet) sinänsä olemuksensa pakosta sisältyvät oikeudettomaan tilaan. Mutta keskiajalla uskonnollisten harhaoppisten polttaminen oli yhtä yleistä kuin valtiollisten harhaoppisten surmaaminen ja »keskitysleiriin sijoittaminen» nykypäivien totalitaarisessa valtiossa. Tällaisia henkilöitä vastaan sovelletut *oikeusreaktiot* nojaavat juuri uhrien vääräuskoisuuteen sinänsä: heidät likvidoidaan tai otetaan »turvasäilöön» ei tekojen, vaan mielipiteiden nojalla. Teesi, jonka mukaan »sisäiset faktat» sinänsä lankeavat oikeuden ulkopuolelle, näyttää meistä vain määrätyn poliittisen ideologian, nimittäin liberaalisen valtiokäsityksen ilmaukselta (vrt. »nulla poena sine lege»): se ei siis johdu oikeuden olemuksesta. Eri asia on, että sisäiset faktat voidaan näyttää toteen vain ulkonaiseen käyttäytymiseen (esim. keskustelussa lausuttu mielipide: urkinta) vetoamalla.⁵⁹

Zitelmann, vaikka lähteekin »rechtsleerer Raum»-opin pohjalta, on kuitenkin täysin selvillä opin puuttellisuuksista (Lücken om Recht s. 43). Ensinnäkään ei voida riittävän tarkasti erottaa oikeudesta tyhjää tilaa, hän lausuu, siitä tosiasiaa piiristä, johon nähden lainsäätäjä ta-

⁵⁹ Rechtsleerer Raumista myös E. L. Kaila: Oikeuslogiikka I s. 278 ss. Lisäksi E. L. Kaila: Iso Tietosanakirja, hakusanat »Oikeustapahtuma», »Oikeusteko». — Oikeudettoman tilan käsite lienee lainsäädäntötekniikassa hedelmällisempi kuin tuomitsemisopissa. Ks. A. Suomen lipun virallisesta käyttämisestä sekä julkisesta liputuksesta muunlaisilla lipuilla 27/4 1934, L. kiellosta käyttää poliittisia tunnusmerkkejä eräissä tilaisuuksissa 30/12 1936.

hallisesti sulkee pois määrätyn oikeusseurauksen. Toiseksi saattaa seikka olla määrätynlaisten oikeuslauseiden säännöstelemä, kun taasen toisenlaiset oikeuslauseet jättävät sen huomiotta (esim. siviilioikeudellinen vahingonkorvaus ja rikosvastuu). Meidän olisi lopulta pakko olettaa yhtä monenlaisia »tiloja» (Räume), kuin on olemassa oikeudellista säännöstelyä. Nämä Zitelmannin lausunnot ovat kylläkin erinomaisen hämävät, mutta osoittavat, ettei hän itsekään pidä »rechtsleerer Raum»-oppiaan muuta kuin koristuksena. Gmür taas esittää seuraavan herkkuisen kääntein: »Der Richter . . . hat nur über Rechtsfragen zu urteilen, also über Fragen, wo es sich darum handelt, ob und wie menschliche Interessen rechtlich geregelt werden sollen» (Die Anwendung des Rechts s. 104). Mutta jos tuo »ob» kuuluu tuomarin oikeudellisen harkinnan piiriin, merkitsee se juuri »rechtsleerer Raumin» kieltämistä: Gmür siis joutuu ristiriitaan oman teorian kanssa.

Kun tuomarin eteen tuodaan konkreettinen oikeustapaus, on hänen ensi tökseen todettava tapaus sellaiseksi, että hän on oikeutettu ja velvollinen sen asiallisesti käsittelemään ja ratkaisemaan (ennen muuta on kompetenssi todettava). Kun tuomarin on vastattava tähän kysymykseen, saattaa osoittautua, etteivät säädännäinen ja tavanomainen oikeus annakaan vastauksen pohjaksi kelpavaa normia, vaan että jo prosessinedellytysten toteaminen on aukkotapaus. Muodollisjuriidiselta kannalta katsoen voidaan sanoa, että tuomari »ratkaisee» oikeustapauksen myös silloin, kun hän absoluuttisen prosessinedellytyksen puuttuessa jättää sen tutkittavaksi ottamatta. Mutta asiallisesti katsoen hän silloin toteaa, ettei hän ole oikeutettu eikä velvollinen konkreettista hänelle tarjottua intressikonfliktia ratkaisemaan. Kun tässä tutkimuksessa käymme selvittämään »tuomarin harkintaa aukkotapauksissa», edellytämme, että hän on oikeutettu ja velvollinen *aineellisesti* harkitsemaan ja ratkaisemaan tapauksen. Yhtenäisyyden vuoksi näyttää meistä tarkoituksenmukaiselta rajoittaa tutkimusobjekti täten. Materiaalisessa aukkoharkinnassa huomioonotettavat näkökohdat soveltuvat kuitenkin — kunhan samalla pidetään silmällä prosessioikeudellisten normien asemaa oikeusjärjestyksessä kokonaisuudessaan — myös siihen aukkoharkintaan, jossa tuomari pohtii kompetenssiaan.

Teoriassa on pohdittu kysymystä saattavatko aukot esiintyä kaikilla oikeuden aloilla, vai onko tässä suhteessa kenties erilaisuutta olemassa esim. n.s. yksityisoikeuden ja julkisen oikeuden välillä. Jos aukkota-

paus nimenomaan määritellään konkreettisena tuomarin ratkaistavana oikeustapauksena, on selvää, että myös hallinto- ja valtiosääntöproses-
sissa saattaa esiintyä tapauksia, joissa annettavan ratkaisun pohjaksi
eivät riitä valmiit säädännäiset ja tavanomaiset oikeusnormit, vaan
joissa tuomari on pakoitettu huolellisen harkinnan perusteella muodos-
tamaan puuttuvan normin. Jos kerran tuomitseva instanssi positiivi-
sen oikeuden mukaan on olemassa, tulee sen ratkaista *kaikki* sen kom-
petenssiin kuuluvat konkreettiset tapaukset. (Että aukkoharkinta eri
oikeuden aloilla noudattaa samoja yleisiä suuntaviivoja, siitä ks. VI
lukua.⁶⁰

⁶⁰ Enme saata ryhtyä kriittisesti esittämään viimeksimainittuja probleemoja
koskevia teorioja, koska siten joutuisimme kauas oikeuden spesiaalihaarain alalle.
Ks. esim. Anschütz: Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen
(Verwaltungsarchiv 1906), Herrfahrdt: Lücken im Recht s. 34 ss., Burck-
hardt: Die Lücken des Gesetzes s. 15 ss., H. Heller: Staatslehre s. 268,
Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 81 ss., 193 ss., Donati:
Lacune s. 70 ss., 94, 107, 121, Zitelmann: Lücken im Recht s. 32 ss.: F. W.
Jerusalem: Die Staatsgerichtsbarkeit s. 93 ss., E. Schrupp: Deutsche
Staats-, Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit s. 33, 45, Carré de Mal-
berg: Contribution à la théorie générale de l'Etat I s. 747 ss.

IV. OIKEUSAUKON TOTEAMINEN.

Avointen ja kätkeytyneiden aukkojen ero on niiden toteamistavassa. Emme kuitenkaan saa erehtyä luulemaan, että »avoimen aukon» toteaminen on kenelle tahansa ilman muuta mahdollista. Päinvastoin siihen vaaditaan koko oikeusjärjestyksen tarkkaa tuntemista. Vain tältä pohjalta voidaan luotettavasti selvittää, että konkreettisen oikeustapauksen ratkaisuun tarpeellista säädännäistä tai tavanomaista normia ei ole. Ero avointen ja kätkeytyneiden aukkojen toteamisen välillä on siis vain aste-ero.

Emme saata sanoa, että avoimen aukon toteaminen tapahtuu yksityisen oikeusnormin »tulkinnalla» sanan varsinaisessa mielessä: tämähän edellyttäisi, että normi *prima facie* soveltuisi ratkaistavaan konkreettiseen tapaukseen, jolloin meillä siis olisi »kätkeyty aukko». Sen sijaan kätkeytyneiden aukkojen toteaminen juuri tapahtuu n.s. restriktiivisellä tulkinnalla. Ankaran loogillisesti ei siitä seikasta, että määrätty oikeusnormi todetaan konkreettiseen tapaukseen soveltumattomaksi, vielä välttämättömästi seuraa aukkotapauksen olemassaolo. Saattaaahan olla, että jokin toinen säädännäinen tai tavanomainen oikeusnormi kelpaa ratkaisun pohjaksi. Jos alunperin oli olemassa n.s. yhteentörmäystapaus (*Kollisionsfall*), johon *prima facie* soveltuivat useat keskenään yhteensopeutumattomat oikeusnormit, tai jos poikkeusnormia tulkitaan supistavasti, ei yhden normin restriktiivinen tulkinta aiheuta aukkoa. Mutta tämä on harvinainen mahdollisuus.

Kaikkein useimmat käytännöllisessä oikeuselämässä esiintyvät aukot ovat restriktiivisellä tulkinnalla todettuja kätkeytyviä aukkoja. Avoimet aukot ovat harvinaisemmat. Näinollen tutkijat, jotka kieltäytyvät tunnustamasta kätkeytyneiden aukkojen käsitettä, siten eliminoivat käytännöllisesti tärkeimmät ja lukuisimmat aukkotapaukset teoriasaan. Restriktiivinen tulkinta viattomasta nimestään huolimatta sisältää *perustavan tärkeän probleeman*: se on sama ongelma kuin kuu-

luisa contra legem-tuomitsemisen probleema. Alf Ross toteaa, että supistava tulkinta itse asiassa merkitsee poikkeuksen tekemistä karkeasti veistetyistä oikeussäännöksistä, se on contra legem tuomitsemista.¹ Ja hän lisää, että mainitut tapaukset ovat käytännöllisesti monin verroin tärkeämmät kuin »den subsidiaere Analogidannelse paa lovtomme Gebeter» (s. 261: siis »avoimet aukot»). Saman huomion on tehnyt Hans Reichel.

Mutta supistavan tulkinnan probleema ei ainoastaan ole identtinen contra legem-tuomitsemisen tärkeän ongelman kanssa: vasta siinä *kohtuuden* probleema voidaan täsmällisesti käsitellä. Kohtuusratkaisuhan merkitsee, että tuomari konkreettisesti tapauksessa toteaa abstraktisen oikeusnormin soveltumattomuuden (vaikka tuo normi ensi näkemältä näytti »sopivan»). Oikeusteoriassa on havaittavissa se merkillisyyys, että kohtuuden ja contra legem-tuomitsemisen sekä restriktiivisen tulkinnan probleemoja käsitellään kaikkia erillään, vaikka ne itse asiassa ovat sama ongelma. (Yhtäläinen ilmiö on esim. oikeuden aatteen ja oikeellisuuden erillinen käsittely saksalaisessa oikeusfilosofiassa). Jos kohtuuden problemaa käsitellään erillisenä, on tavallisesti tyydyttävä aivan ylimalkaisesti fraaseihin oikeusnormien riittämättömyydestä »elämän moninaisten muotojen hallitsemiseen», ja viitataan siten siihen, että tuomarit kaikkina aikoina de facto ovat kohtuusnäkökohtia noudattaneet. Mutta tieteellistä täsmällisyyttä ei mainitun kysymyksen käsittelyssä voida saavuttaa, ellei sitä nimenomaan yhdistetä restriktiivisen tulkinnan ja contra legem-tuomitsemisen edellytysten tarkkaan yksityiskohtaiseen selvittelyyn.

Nehrmann määrittelee supistavan tutkinnan: »Restrictiva interpretatio eller then inskränkiande uthtolkningen brukas när Lagens ord sträcka sig längre, än thes rätta mening, grund och uppsåth varit»,² Lind lausuu: »Inskränkande Lagtolkning, interpretatio restrictiva, är den, då Lagens mening anses icke innefatta allt hvad orden annars i sin vidd kunde utmärka»,³ ja Caloniuss määrittelee: »Interpretatio quae his legum vitiis medetur dicitur rationalis ... Patet autem illam esse vel restrictivam, quae ostendit casum adparenter lege comprehensum revera ob cessantem in illo legis causam, exceptum et tanquam

¹ Retskilde- og Metodelaere i realistisk Belysning TfR 1931 s. 260.

² Inledning til then svenska jurisprudentiam civilem s. 74.

³ Domarens pröfning efter Sveriges Lag s. 115.

non comprehensum haberi debere . . . ».⁴ Montgomeryn mukaan supistavassa tulkinnassa »rättsbudet, om ock ordalagen äro mera omfattande, antages blott inom den begränsning samma grunder (nimitäin »de logiska tolkningsgrunderna») påkalla».⁵ Ekström lausuu: » . . . det kan inträffa, at tolkningen giver vid handen, att de använda orden måste tagas i en annan betydelse — trängre eller vidare mening — än de egentligen äga. Detta kan framgå t. ex. av en jämförelse med andra stadganden i samma lag.» Hagerupin mukaan lainkohdan järjellisen perusteen selvittäminen monasti johtaa siihen, että lainkohdalle on annettava suppeampi sovellutusalue, kuin mitä se kielellisesti sinänsä ilmaisee.⁷ Gareis jakaa tulkinnan »nach dem Verhältnisse zwischen Wortlaut und Wortsinn: extensive und restriktive».⁸ Raskellin määrittelee supistavan tulkinnan »in cui la parola della legge non ha corrisposto alla volontà da esprimere, riuscendo troppo . . . larga».⁹ Edellä mainitut esimerkit riittänevät osoittamaan, että supistavan tulkinnan *määritelmään* nähden vallitsee vanhemmassa ja uudemmassa, sekä kotimaisessa että ulkomaisessa tieteissä huomattava yksimielisyys.

Supistavan tulkinnan *perusteena* mainitaan tavallisesti ratio legis, mutta ellei mainittua sanontaa pyritä täsmentämään, emme saa tarkkaa käsitystä supistavan tulkinnan edellytyksistä. Totesimme jo, että Nehrmannin määritelmässään viittasi käsitteisiin »lagens rätta mening, grund och upsåth». Ja hän selittää: »Then gör emot Lagen som gör emoth Lagens mening, ändoch han synes giöra, som orden lyda 18 Dom. Regl. Grundreglen här til är thenna: Cessante ratione legis, cessat quoq. ipsa legis dispositio, thet är, När Lagstiftaren icke anset the, eller lika omständigheter, som i thetta måhlet finnes, så kan thet ey heller thefter afdömmas» (Inl. til then svenska jurisprudentiam civilem s. 75). Nehrmannin siis viittaa tuomarinohjeisiin, joista 18. ilmeisesti on roomalaisen oikeuden esikuvan mukaan laadittu: »Then gör emot Lagen,

⁴ Praelectiones III 6 §.

⁵ Handbok i Finlands allmänna privaträtt s. 94.

⁶ Privaträttens allmänna läror I s. 65.

⁷ Retsencyclopaedi s. 36.

⁸ Gareis—Wenger: Rechtsenzyklopädie s. 62.

⁹ Il potere discrezionale del giudice civile I s. 130. — Ks. lisäksi Sternberg: Einführung in die Rechtswissenschaft I s. 124, Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 208, Van der Eycken: Méthode positive de l'interprétation juridique s. 98, Isay: Rechtsnorm und Entscheidung s. 347.

som gör emot Lagsens Mening, ändoch han synes göra som Orden lyda i Lagen».¹⁰ Calonius lausuu lyhyesti: »Fundamentum interpretationis restrictivae est regula: cessante ratione legis, cessat etiam legis dispositio. Non enim praesumitur legis lator voluisse aliquid sine ratione» (Praellectiones III 7 §). Hagerup, Raselli ja Van der Eycken niinkään vetoavat ratio legikseen, sitä millään tavoin tämentämättä. Jos ratio legiksellä tarkoitetaan oikeussäännöksen perustana olevaa käytännöllistä tarkoitusta, sitä järjestistä päämäärää, jota säännös palvelee, on meistä ilmeistä, ettei mainittua tarkoitusta ja päämäärää voida selvittää muuta kuin *koko* oikeusjärjestyksestä, sen pohjana olevasta tarkoitussysteemistä käsin. (Lyhyiden vuoksi käytämme tässä sanaa »tarkoitussysteemi», vaikka oikeusjärjestyksen pohjana olevat tarkoitukset eivät muodosta »järjestelmää» sanan ankaran tieteilisessä mielessä, vaan ainoastaan mielekkään kokonaisuuden, jonka osia ei voida ymmärtää irrallisina.) Yksityinen lainkohta voidaan syvemmin ymmärtää ainoastaan koko lain puitteissa, ja laki vuorostaan ainoastaan koko oikeusjärjestyksen osana: tapaamme jo tässä *kokonaisuuden peruskäsitteen*, jolla teoksessamme tulee olemaan keskeinen merkitys.

Pandektologinen teoria yritti perustella supistavaa tulkintaa *loogillisilla* näkökohdilla: tämä merkitsi Nehrmaniin ja Caloniukseen verraten selvää taka-askelta. Niinpä Montgomery, kuten hänen määritelmästään jo havaitsimme, perustaa supistavan tulkinnan »*loogillisiin* tulkintaperusteisiin»: jakaahan hän tulkinnan kielipilliseen ja loogilliseen, joista jälkimmäinen on korkeampi muoto.¹¹ Pandektologien »loogilliset perusteet» sisälsivät kuitenkin todellisuudessa kaikkea muuta, mutta ei pelkkää muodollista logiikkaa, joka tietenkään ei saata antaa *minkäänlaista* pohjaa supistavalle tulkinnalle. Jos todella logiikkaan nojaututtaisiin, olisi kai juuri sokeasti noudatettava oikeussäännöksen kielellis-loogillista kaavaa, käytännöl-

¹⁰ Paulus: »Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit» (L 29 D). — — Huomaamme, että supistavan tulkinnan probleema on yhteydessä lain kiertämisen probleeman kanssa.

¹¹ Handbok i Finlands allmänna privaträtt s. 85 ss. — Tässä suhteessa Montgomery vain heijasti oman aikansa saksalaista tiedettä. Mutta hän ei suinkaan ollut pelkkä saksalaisen doktriinin tyrkyttäjä: päinvastoin Montgomeryn oikeusteoreettinen ajattelu on huomattavan itsenäistä ja terävää. On vahinko, jos hänen tutkimuksensa vaipuvat unhoon.

lisiin seurauksiin katsomatta.¹² Rudolph Sohm in »Institutionissa» ilmenee pandektologian jälkivaikutus niinkään: »Die Auslegung ist einerseits grammatische Auslegung, d.h. Auslegung des Wortlautes (des Buchstabens), andererseits sogenannte logische Auslegung, d.h. Auslegung des Sinnes nach Zusammenhang, Ursprung, Absicht des Rechtssatzes. — — — Für die logische, dem Sinn zugewandte Auslegung ist an erster Stelle das »Zweckmoment» d.h. der praktische Wert des Rechtssatzes, von Bedeutung».¹³ Sohm lausuu nimenomaan, että supistava tulkinta on tuota »loogillista» tulkintaa (s. 27): mutta hän luettelee edellämainituissa sitaateissa seikkoja, joita ei ikinä voida pakottaa pelkän muodollisen logiikan puitteisiin. Asiallisesti hän on tar koitus- ja intressilainopin, siis modernin oikeustieteen, kannalla, mutta kunnioituksesta pandektologiaa kohtaan hän säilyttää sen sanaston, ja johtaa supistavan tulkinnan »loogillisista näkökohdista».

Epäonnistuneena on niinkään pidettävä kantaa, joka johtaa supistavan tulkinnan oikeutuksen konkreettisessa tapauksessa »lainsäätäjän tahdosta»:¹⁴ useimmissa tapauksissa jouduttaisiin silloin turvautumaan pelkkään fiktion. Tuota käsitettä lienee yleensäkin syytä karttaa oikeustieteellisissä perusteluissa.¹⁵

E. H. Perreau perustaa supistavan tulkinnan siihen, että lainkohdan soveltaminen loukkaisi törkeästi kohtuutta tai olisi yleisen edun vastaista (Technique de la jurisprudence en droit privé I s. 342). W. Sauer niinkään oikeuttaa tuomarin ratkaisemaan jopa vastoin lainsäätäjän todettavaa tahtoakin, jos »valtion etu ilmeisesti sitä vaatii».¹⁶ Perreaut ja Saueria vastaan huomautamme, että »yleinen etu» ja »valtion etu» ovat maailman epämääräisimpiä käsitteitä, ja johtavat

¹² »Loogillisista tulkintaperusteista» Montgomery mainitsee vertailun toisiin lainkohtiin tai samaa oikeusinstituuttia koskeviin muihin säännöksiin, samantlaisia tapauksia tarkoittaviin oikeussäännöksiin, sekä historialliset realiteetit: tämä on painavaa ja oikeata puhetta, mutta miksi koristaa se mahdottomalla »loogillisen perusteen» etiketillä?: s. 88.

¹³ Sohm—Mitteis—Wenger: Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts, 1924, s. 26.

¹⁴ Esim. Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 130. Montgomerykin lausuu: »...dylka inskränkningar eller utvidgningar af hvad ett stadgande utsäger få endast antagas på grund af lagstiftarens tydliga afsigt»: Handbok s. 94.

¹⁵ Vrt. Aatos Alanen: Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia, Lm 1926.

¹⁶ Rechts- und Staatsphilosophie s. 428. — — Sauerin ja Rasellin kriteerio siis joutuvat ristiriitaan.

täydelliseen mielivaltaan. Ei ole ainoatakaan suurta rikosta, lausuu Hans Reichel, jota ei olisi niiden nimeen tehty (näistä käsitteistä ks. tarkemmin oikeuden aatetta selvittelevää lukua). Jos aukon olemassaolo konkreettisessa tapauksessa on luotettavasti todettu, saattaa näistä käsitteistä tuomarille olla — tosin minimaalinen — hyöty. Silloinhan pienikin oljenkorsi on tervetullut. Mutta mainitunlaiset puhtaasti poliittis-demagoogiset käsitteet eivät oikeuta poikkeamaan selvästi säädännäisen tai tavanomaisen oikeuden normista.

Hermansonin kanta supistavan tulkinnan perusteisiin nähden on varsin epäselvä. »Oikeus ja uskonnolliset totuudet» teoksessaan hän contra legem-tuomitsemisesta lausuu: »Voi olla vaarallista, että tuomarilla on niin vapaa harkintaoikeus, mutta voi olla sekä vaarallista että mieltä kuohuttavaa, jos tuomari niissäkin tapauksissa, joita laki ei voi tarkoittaa, olisi pakoitettu tuomitsemaan niin, että tuomio ilmeisesti on valistuneen oikeustajunnan vastainen» (s. 222). Kun hän kuitenkin s. 230 toteaa: »Mutta oikeuden kannalta täytyy pysyä siinä, että laillinen järjestys on velvoittava, vaikkakin se todellisuudessa olisi ankara ja rasittava. Pyrittäköön silloin laillisessa järjestyksessä muuttamaan laki, mutta siihen asti, kunnes sellainen muutos on saatu aikaan, on ankarakin laki kuitenkin laki, ja oikeaa on, että sitä noudatetaan», näyttää tämä viittaavan siihen, että Hermanson asettaa supistavalle tulkinnalle ahtaat rajat. Jälkeenjääneessä tutkielmassa »Det Rätta och Staten» hän sensijaan lausuu selvemmin: »Endast om mänsklig lag påbjöde, vad gudomlig lag förbjöder eller om mänsklig lag förbjöde vad gudomlig bjuder, skulle sådan lag icke vara förpliktande» (JFT 1929 s. 289). Viimeksimainitun lausunnon johdosta on huomautettava, että »jumalalliseen lakiin» vetoaminen on erinomaisen vaarallista, sillä puhtaasti taloudelliset intressit helposti verhoutuvat pyhyiden vaippaan, jolloin niitä ryhdytään puolustamaan fanaattisella uskonnokiihkolla. Lisäksi ei ole minkäänlaista mahdollisuutta objektiivisen tie-teellisesti todeta, mitä »jumalallinen laki» kussakin tapauksessa määrää, vaan kukin yksilö joutuu turvautumaan omaantuntoonsa, joka tietenkin helposti muovautuu hänen intressiensä mukaan. Näinollen katsonne, että Hermansonin ehdottama supistavan tulkinnan metafyyssillinen kriteerio on vieläkin epämääräisempi kuin »yhteiskunnan ja valtion etu», eikä sitä oikeusturvallisuuden nimessä saateta hyväksyä. (Metafyyssillisistä oikeellisuusteorioista vertaa oikeuden aatetta koskevaa lukuumme).

Aatos Alanen esittää, siteerattuaan Carl Schmittiä, seuraavan säännön: »Jos tuomari, joka vedotessaan päätöksessään oikeustajuntaan tuomitsee näennäisesti *contra legem*, on vakuutettu siitä, että jokainen »järkevä tuomari» menettelisi samalla tavoin, ei hänen menettelynsä loukkaa oikeusvarmuutta» (Lm 1926 s. 105 aliv. 2). Epätietoista on kuitenkin, voidaanko mainittua kriteeriota pitää riittävänä *contra legem* tuomitsemisen edellytyksenä Suomen positiivisen oikeuden mukaan, joskin myönnämme, että se sisältää tärkeän ja vaarinotettavan näkökohdan.

W. Burckhardtin mukaan tuomari saa poiketa laista, jos oikeusnormin soveltaminen konkreettiseen tapaukseen olisi ilmeisesti järjetöntä, eettisesti mieletöntä (*handgreiflich unvernünftig oderbarer Unsinn; ethisch sinnlos*).¹⁷ Tämäkin peruste on kovin epämääräinen ja subjektiiviselle tulkinnalle altis.

Edellä olemme havainneet, miten vaikeata on antaa supistavalle tulkinnalle riittävän täsmällisiä kriteerioita. Ennenkuin käymme perustelevaan omaa kantaamme, on meidän kiinnitettävä huomio eräisiin näkökohtiin, jotka tosin eivät yritä antaa *contra legem* tuomitsemisen kriteerioita, mutta jotka selittävät, miksi sellainen tuomitseminen ylimalkaan saattaa olla välttämättömyys.

Calonius jo totesi supistavaa tulkintaa käsitellessään: »*Leges feruntur secundum id quod ut plurimum fit. Ad ea quae raro eveniunt, regulariter non adtendunt*».¹⁸ Ja Stämmler huomauttaa: »Da es sich um die Rechtfertigung einer rechtlichen *Regel* handelt, die in ihrer allgemeinen Fassung eine Menge von Einzelfällen umspannt, so gibt man mit der Behauptung der grundsätzlichen Richtigkeit der *Regel* ein Urteil über *Massenerscheinungen* ab, die in ihrer wesentlichen Eigenart den Voraussetzungen jener *Regel* entsprechen. — — — Bei einer solchen Zusammenfassung wird unvermeidlich gar manches von den Besonderheiten dieses oder jenes Falles unbeachtet bleiben müssen. Je stärker aber in einer aufgegebenen Frage die *Besonderheiten* gerade dieses Falles hervortreten, um so gewisser wird ihre Abschätzung nach der Harmonie mit dem sozialen Ideal auf dem Wege der Grundsätze des richtigen Rechtes sein».¹⁹ Rudolf Laun toteaa samoin, että tuomarin jatkuvasti on tarkistettava normien soveltuvaisuus konkreettisiin

¹⁷ Die Lücken des Gesetzes s. 105, 106.

¹⁸ Praelectiones III 5 §.

¹⁹ Theorie der Rechtswissenschaft s. 448.

tapauksiin. Abstraktiset normit ovat vain ehdotuksia tai tarjouksia, jotka tuomarin konkreettisessa tapauksessa on hyväksyttävä.²⁰ Calonius, Stammer ja Laun huomauttavat siis yhtäpitävästi, että oikeusnormit ovat vain *keskimääräiskaavoja*. Mutta erinomaisen tärkeätä on tajuta, että oikeusnormit ovat mahdolliset *vain* sellaisina kaavoina. Jos ennakolta halutaan *säännöstellä* lukumäärältään rajoittamattomia yksityistapauksia, saattaa tämä tapahtua vain luomalla näiden tapausten ajatuksellinen *yleistyyppi*, on karakterisoitava se *luokka*, johon tapaukset kuuluvat. Yleistyyppi on pakko luoda keskimääräistapauksia silmälläpitäen, rajatapaukset on *pakko* jättää huomiotta, jos ollenkaan pyritään *yleisiin* säännöksiin. Kun täten muodostettua oikeusnormia sitten on sovellettava konkreettiseen rajatapaukseen, joka puhtaasti kielellisesti arvostellen näyttää kuuluvan normin tarkoittamaan tapausluokkaan, on meillä mitä kiintoisin ongelma. Säädännäisen oikeuden normit ovat puetut näennäisen täsmälliseen kielelliseen muotoon: kirjoitettu lakiteksti herättää kansalaisissa oikeusvarmuuden illusion, ja palvelee siten tärkeätä yhteiskunnallista intressiä. Mutta tuomari, jonka on säännöksiä konkreettisiin tapauksiin sovellettava, tietää, että normien kielellinen apparaatti on vain kömpelö apukeino järjestyneen yhteiskuntaelämän rakentamistyössä.

Lind huomauttaa sattuvasti käsitellessään supistavaa tulkintaa: »Språket, som vi tale, består icke af annat än allmänna ord. Ämnet, sammansättningen, afsigten, ändamålet utreda deras rätta förstånd».²¹ Tämä koskee kaikkea kielenkäyttöä, ei yksin juriidista: kielellinen muodostelma on ymmärrettävissä vain kokonaistilanteesta käsin. Mikä on juriidisten normien kielenkäyttöä arvosteltaessa tuo »kokonaistilanne»? Oikeusjärjestyksen pohjana oleva tarkoitussysteemi ja sen valossa tarkasteltu konkreettinen ratkaistava tapaus. On korostettu (esim. Radbruch) ettei juriidinen »tulkinta» koskaan ole pelkästään filoloogista. Kun esim. Gareis ja Reichel vaativat erottamaan toisistaan normin sanamuodon ja sen ajatuksellisen sisällön (»Sinn»), merkitsee tämä juuri normin tajuamista kokonaistilanteesta käsin. Syvemmin katsoen ei supistava tulkinta näinollen merkitse tuomitsemista »lakia vastaan», vaan ainoastaan lain erillisesti nähtyä kielellistä ulkokuorta vastaan. »Unsere Voraussetzung ist die, dass die abstrakte Norm, sinngemäss ausgelegt, weniger allgemein ist als ihr

²⁰ L'autonomia del diritto s. 124.

²¹ Domarens pröfning efter Sveriges Lag s. 119.

Wortlaut, oder genauer: dass sie nicht umfassend genug ist, um auch den fraglichen Sondertatbestand zu ergreifen» (Reichel: EinlZGB s. 325). Samoin huomauttaa Maggioro,²² että kysymys: »Saattaako tuomari ilmeisen kohtuuttomuuden uhatessa rikkoa lakia»? tuo esiin vain asian negatiivisen puolen, ja jättää positiivisen varjoon. Jos tuomari konkreettisesti tapauksessa ilmeisen kohtuuttomuuden uhatessa jättää määrätyn oikeusnormin soveltamatta, hän itse asiassa, lausuu Maggioro, toteuttaa lain tahdon, ja lain loukkaus on pelkästään näennäinen. Eihän voida olettaa lainsäätäjän tahtoneen oikeellisuuden vastaista ja oikeustajuntaa jyrkästi luokkaavaa ratkaisua: moinen tahdominenhan merkitsisi oikeusjärjestyksen perustan hävittämistä. Lakia ei saa soveltaa mekaanisesti, vaan oikeellisuuden vaatimusten mukaan: päämääränä ei ole lain soveltaminen sellaisenaan, vaan oikeellinen ratkaisu.

Olemme näinollen joutuneet erääseen supistavan tulkinnan puolesta esitettyyn näkökohtaan, jota varsinkin ranskalaiset Duguit, Hauriou ja Perreau korostavat. Abstraktiset oikeusnormit eivät ole tarkoitus itsessään. Laki on juristille vain *todistuskappale*, eikä mitään muuta, lausuu Duguit.²³ Se on tuomarille apukeino hänen käydessään etsimään annettuna ajankohtana annetussa yhteisössä voimassaolevaa oikeusnormia, mutta laki on erittäin arvokas apukeino. On näinollen väärin asettaa vastakohdiksi oikeus ja kohtuus. Oikeusnormi perustuu aina sosiaaliseen tarpeeseen ja kohtuuden tajuun, sellaisena kuin sen vaistoavat määrättynä ajankohtana elävät ihmiset. Säännös joka ei ole sopusoinnussa kohtuuden kanssa, ei milloinkaan saata olla oikeussäännös. Lain kaava saattaa tosin joutua ristiriitaan kohtuuden kanssa, mutta silloin ei se enää ole oikeusnormi. Saman ajatuksen tuo syvällisesti esiin Hauriou²⁴ lausumalla, että tuomari on lain yläpuolella, mutta oikeusperiaatteiden alainen: siksi tuomari arkailematta mukauttaa lain järjestyksen ja oikeellisuuden vaatimuksiin, mikäli tämä voidaan toimittaa »par une interprétation raisonnement constructive». Supistava tulkinta muodostaa Haurioun »konstruktiivisen tulkinnan» tärkeän osan. Tuomari on oikeuden alainen myös Haurioun kannan mukaan, sillä »oikeuden muodostavat periaatteet eikä niinkään paljon kirjoitettu laki». Henki on asetettava kirjaimen

²² L'equità e il suo valore nel diritto RIFD 1923 s. 282—283.

²³ Traité de droit constitutionnel I s. 175.

²⁴ Précis de droit constitutionnel s. 236.

edelle. Oikeusprinsiipit ovat kokemuksen vahvistamat, sillä niille koko sivistyksemme rakentuu. Perreau toteaa, ettei oikeusnormien noudattaminen sellaisenaan ole tuomarille päämääränä: normit ovat vain väline oikeellisuuden toteuttamisessa ja yhteiskunnan edun valvomisessa.²⁵

Edellämainitut ajatukset voidaan myös lausua siten, että oikeuden loogilliskielellinen aines ei milloinkaan saa muodostua itsetarkoitukseksi: tuomari ei ole pelkkä »päätelyautomaatti», vaan elävä ihminen, jonka ratkaisut vaikuttavat toisten *ihmisten kohtaloon*. Jean Roume²⁶ korostaa, että oikeusnormit ovat yhteiskunnallisen tarpeen vaatima *keinotekoinen* luomus, jonka tehtävänä kuitenkin on vaikuttaa ihmisten toimintaan, siis yhteiskunnalliseen todellisuuteen, jonka keskuudessa oikeus juuri syntyykin. Oikeus liittyy kiinteästi ihmisen kokonaispersoonallisuuteen, se ei suinkaan ole pelkkä loogillinen laskuesimerkki: käsitteellinen yhteiskuntailmiöiden analyysi on aina epätarkka ja antaa meille vain ylimalkaiset kaavat. »Siksi oikeus ei milloinkaan saata irroittautua puhtaasti inhimillisestä». Samaa tarkoittaa G. Renard²⁷ antaessaan intuitiolle keskeisen aseman oikeusajattelussa (Vrt. intuition käsitettä G é n y n oikeusteoriassa).

Supistavan tulkinnan oikeutus on koetettu johtaa siitä tosiasiasta, että positiivinen oikeus sallii lainanalogian, joka — näin väitetään — tavallisesti edellyttää aikaisempaa supistavaa tulkintaa.²⁸ Mainittu kanta perustuu siihen oikeaan havaintoon, että analogian käyttö useimmiten edellyttää kätkeyn aukon edellä tapahtuneen toteamisen: lausummehan tämän luvun alussa, että kätkeyt aukot ovat käytännöllisesti tärkeimmät aukkotapaukset, ja mainittu seikka ilmenee nyt epäsuorasti Heckin edellä siteeratusta perustelusta. Mutta väärin on meistä sittenkin *selittää* supistava tulkinta lainanalogian avulla: käyhän supistava tulkinta analogian edellä Heckin mukaan: onko siis asiallista etsiä edellytyksen perustaa itse seurauksesta? Pikemminkin voi-

²⁵ Technique de la jurisprudence en droit privé I s. 260.

²⁶ A propos de la méthode juridique s. 139 ss.

²⁷ Le Droit, l'Ordre et la Raison, johdanto s. XII ss.

²⁸ Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 211: »Die Zulässigkeit der Gebotsbeschränkung im Sinne einer Randberichtigung ergibt sich auch aus der allgemeinen Anerkennung der Gesetzesanalogie. — Die ausdehnende Auslegung oder analoge Ausdehnung eines gegebenen Rechtssatzes bedingt vielfach, ja fast in der Regel die einschränkende Auslegung eines Obersatzes oder eines das Gegenteil anordnenden Parallelsatzes, der Alternativnorm.»

taisiin sitten analogia selittää supistavasta tulkinnasta käsin, koska lainanalogia käy välttämättömäksi juuri edelläkäyneen supistavan tulkinnan johdosta.

Hans Reichel, joka muuten erinomaisen ansiokkaasti on selvittelyt supistavan tulkinnan edellytyksiä, perustaa sen »kirjoittamattomaan poikkeusnormiin» (Zur Rechtsquellenlehre s. 79). Mutta silloin hän meistä näyttää joutuvan ristiriitaan oman ajattelunsa kanssa. Edellä totesimme, että Reichel ei pidä supistavaa tulkintaa »lainvastaisena»: se on ainoastaan oikeusnormin ulkokohtaista kielellistä muotoa vastaan. Mitä »kirjoittamatonta poikkeusnormia» siis tässä kaivattaisiin? Päinvastoin, jos oletamme tuollaisen mystillisen oikeusnormin olemassaolon, antaa se aihetta luuloon, että supistava tulkinta todella on »oikeusnormin vastaista», koska sen perustaksi tarvitaan nimenomainen poikkeusnormi. Reichel täten »poikkeusnormin» olettamisella pilaa hyvän teoriansa.

Lienee syytä nimenomaan toistaa, että supistava tulkinta ilmenee oikeusnormia atyyppisiin *rajatapauksiin* sovellettaessa.²⁹ Juuri niissä on aluksi epätietoista, soveltuuko oikeusnormi vai ei. Jos sensijaan tapaus selvästi on oikeusnormin rajan sisäpuolella tai sen ulkopuolella, ei epävarmuutta synny.

Käydessämme perustelemaan omaa kantaamme supistavan tulkinnan edellytyksiin nähden on aluksi tehtävä pari välttämätöntä täsmennystä. Nyt ei lainkaan ole kysymys siitä mahdollisuudesta, että oikeusnormi *sellaisenaan* kenties ei enää ole voimassa tai ehkä ei koskaan ole ollutkaan voimassa (koska se alunperin oli vastoin yhteiskunnan tosiasiallisia valtasuhteita). Päinvastoin supistavan tulkinnan lähtökohdiana on edellytys, että tulkittava normi on voimassa, mutta että sen soveltuvaisuus annettuun *konkreettiseen tapaukseen* on epävarmaa. Teoria ei aina pidä näitä tapauksia erillään toisistaan, ja siten aiheutuu loputonta epäselvyyttä; täsmällisiä tuloksia ei voida saavuttaa. — — Supistavassa tulkinnassa ei myöskään ole kysymys siitä, onko tulkinnan alainen oikeusnormi sellaisenaan, konkreettiseen tapaukseen katsomatta, kenties vähemmän tarkoituksenmukainen. Aukon käsitettä selvittelyssä luvussa jo havaitsimme, että tuomari ehdottomasti on velvollinen noudattamaan epätarkoituksenmukaistakin oikeusnormia, kunhan se vain on *voimassa*. Onhan lukemattomia tapauksia, joihin epä-

²⁹ Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 208, 211, 213. G. Cornil: Le droit privé s. 88.

tarkoituksenmukainen normi selvästi soveltuu: siitä ei päästä millään tulkinnalla. Mutta voi sattua, että tällainen epätarkoituksenmukainen normi, joka sinänsä on tuomaria sitova, ei näytäkään soveltuvan konkreettiseen annettuun tapaukseen: silloin nousee eteemme supistavan tulkinnan ongelma. Valitettavan usein sotketaan yhteen epätarkoituksenmukaisten normien ja supistavan tulkinnan probleemat, ja kun tähän vielä kaiken kukkuraksi tuodaan voimassaolon ongelma, on kaaos täydellinen.

Oikeusvarmuudella tarkoitamme konkreettisten oikeudellisten ratkaisujen ennakkotalaskettavuutta. Tutkimuksemme kannalta on tarkoituksenmukaista määritellä oikeusvarmuuden käsite täten. Ennakotalaskettavuus perustuu aina todennäköisyysarviointiin, se ei voi saavuttaa ehdottoman varmuuden astetta. — — Oikeudellisten ratkaisujen ennakkotalaskettavuus on nykyisessä yhteiskunnassa pakottava tarve, oikeusvarmuus on huomattava yhteiskunnallinen intressi. Talouselämän rakenne pohjautuu pitkäjännitteiseen *suunnitteluun*: mitä enemmän julkiset yhdyskunnat puuttuvat talouselämään, sitä keskeisemmän aseman saa siinä suunnitelma (joka jo puhtaan liberaalisen yksityiskapitalismin vallitessa oli talousorganisation keskuskäsitteenä: yritys). Mutta pitkäjännitteinen taloudellinen suunnittelu edellyttää yhteiskunnallisten faktain ennakoimista. Mitä nimenomaan oikeuteen tulee, vaaditaan tuomioistuinten ratkaisujen ennakkotalaskettavuutta.³⁰

Miten on sellainen ennakkotalaskettavuus oikeuden alalla saavutettavissa? Tärkeänä keinona on tuomioistuinten aikaisempien ratkaisujen huomioonotto (ks. siitä lähemmin judikatuuria koskevaa esitystämme). Toisena keinona on mainittava oikeusnormien mahdollisimman täsmällinen kielellinen muotoilu. Tuomioistuimen ratkaisujen ennakointi on loogillisesti mahdollista vain tapausten *typisoivan* käsittelyn pohjalla: *ennakolta* emme milloinkaan saata nähdä itse konkreettisia tapauksia, vaan ainoastaan niiden kuvitellut yleiset tyypit.

Kohtuuden huomioonotto konkreettisissa ratkaisuissa merkitsee taa sen, että *vallitsevaa oikeusvakaumusta ei loukata*. Sentähden kohtuuden huomioonotto on tärkeä yhteiskunnallinen intressi, jonka toteuttaminen lujittaa järjestyneen yhteisön perusteita. Millä keinoilla voidaan kohtuuden huomiointia edistää? Ensinnäkin laatimalla oikeusnormit joustavaan muotoon. Toiseksi positiiviseen oikeuteen otetulla armoinstituutilla: todetaan kohtuuttomuus tapahtuneeksi, ja oikaistaan

³⁰ Vrt. M. E. Mayer: *Rechtsphilosophie* s. 84, H. Heller: *Staatslehre* s. 254.

vääryys (vain rikosoikeudessa meillä tunnustettu). Kolmanneksi soveltamalla oikeusnormeja konkreettisiin tapauksiin joustavasti.

Kun tuomarin on selvitettävä, ovatko annetussa oikeustapauksessa supistavan tulkinnan edellytykset olemassa, hän punnitsee vastakkain oikeusvarmuuden ja kohtuuden intressejä ottamalla huomioon sovellettavan oikeussäännöksen aseman oikeuden koko tarkoituskompleksissa. Mainittuun punnintaan vaikuttaa ratkaisevasti *lain käyttökelpoisuuden näkökohta*. Lain käyttökelpoisuudella tarkoitamme, että oikeusnormeja ilman ylenmääräistä ajan ja henkisen energian hukkaa voidaan soveltaa konkreettisiin ratkaistaviin tapauksiin. Valtionkoineiston joustavan toiminnan kannalta oikeuden käyttökelpoisuus on painava intressi. Modernin yhteiskunnan elämänrytmi vaatii oikeudenkäytöltä joutuisuutta. Lain käyttökelpoisuus voidaan saavuttaa ainoastaan siten, että tuomari ei tarraudu kaikkiin pienimpiin yksityisen ratkaistavan tapauksen vivahteisiin.³¹ Käyttökelpoisuuden vaatimus esiintyy erilaisena oikeuden eri aloilla: kauppaoikeus standardisoituneine kansainvälisine sopimustyypeineen ja perheoikeus hienoine persoonallisine vivahteineen ovat kaksi vastakkaista äärimmäisyyttä.

Olemme jo aikaisemmin tässä luvussa havainneet, että ratio legis-teoria, mikäli se ajatellaan loppuun, itse asiassa perustaa supistavan tulkinnan oikeusjärjestyksen kokonaisuuden huomioonottamiselle. Max Rümelin toteaa: »Bei der Lückenergänzung und Gebotsberichtigung wird das Recht vielfach gefunden auf Grund der Betrachtung des Rechtsganzen, der gesamten im positiven Recht enthaltenen Wertungen und Zwecksetzungen, aus denen sich sehr wohl auch die Berichtigung einer Einzelbestimmung ergeben kann».³² Hän huomauttaa lisäksi, että kysymys supistavan tulkinnan edellytyksien olemassaolosta on ratkaistava in casu tapahtuvalla intressiharkinnalla: toisaalta on otettava huomioon oikeusvarmuudelle aiheutuva vaara, toisaalta vallitsevan oikeusvakaumuksen mahdollisen loukkaamisen kantavuus. Jos aiottu ratkaisu selvästi tulisi olemaan ristiriidassa vallitsevan oikeusvakaumuksen kanssa, tulee tuomarin huolellisesti tarkistaa, eikö hänen päättelyynsä sisälly virhettä, eikö hän ole tulkinnut oikeussäännöstä väärin.

Mitä erityisesti tulee vallitsevan oikeusvakaumuksen loukkaami-

³¹ Käyttökelpoisuudesta ks. Jemolo: Il nostro tempo ed il diritto AG 1932 s. 141 ss., Ascoli: La interpretazione delle leggi s. 53.

³² Die Billigkeit im Recht s. 47.

seen, voimme erottaa asteita. B e r o l z h e i m e r on sattuvasti huomauttanut, että kaikkeen oikeuteen sen abstraktisuuden vuoksi sisältyy kohtuuttomuutta, mutta oikeutta pidetään oikeellisena, jos kohtuuttomuuden aste on hyvin pieni. Jos sensijaan kohtuuttomuuden aste kasvaa, tulee puute tajuikeksi, ja korjauksen tarve muodostuu pakottavaksi. (System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie III s. 91—92). Valaiseva on eräs supistavan tulkinnan edellytyksiä koskeva englantilainen prejudikaatti, joka lausuu: »Tässä säännöksessä lainsäätäjän on käyttänyt niin laajaa sanontaa, että jos sille annetaan täysi kielipillinen merkityksensä, säännös aikaansaa niin valtavan kohtuuttomuuden, että jokaisen järkeväen ihmisen on pakko se torjua (will produce injustice so enormous that the mind of any reasonable man must revolt from it)».³³ Sentähden, jatkaa prejudikaatti, ovat säännöksen sanat merkitykseltään rajoitettavat ottamalla huomioon säännöksen kohteena oleva elämänalä. Toinen englantilainen oikeustapaus (The Duke of Buccleuch — 1889) lausuu: »You are not so to construe the Act of Parliament as to reduce it to rank absurdity», tulkinta ei saa johtaa tuloksiin »which to the ordinary intelligence are absurd», vaan säännöksen sanoille on annettava merkitys, joka johtaa säännöksen käytännöllisen tarkoituksen saavuttamiseen.³⁴

Perustavan tärkeätä on harkita supistavan tulkinnan edellytyksiä kussakin konkreettisessa tapauksessa koko oikeusjärjestyksen ja sen tarkoitukskompleksin valossa. Tunnettu englantilainen tulkintasääntö »the golden rule» lausuukin: »The grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to, unless that would lead to some absurdity, or some repugnance or inconsistency with the rest of the statute, in which case the grammatical and ordinary sense of the words may be

³³ In re Brocklebank (1889), teoksesta Cardinal rules of legal interpretation, collected and arranged by E. Beal, third edition by A. E. Randall, London, 1924.

³⁴ Reg. v. St. John (1862): »To reject words as insensible is the ultima ratio when an absurdity would follow from giving effect to the words of an enactment as they stand.» — — Englantilainen »absurdity» sana viittaa jo korkeanasteiseen kohtuuttomuuteen. Lukuisat prejudikaatit teroittavatkin tuomarien mieleen, etteivät he pienistä aiheista saa poiketa oikeussäännösten sananmuodosta. Esim. Abel v. Lee (1871) lausuu: »No doubt the general rule is that the language of an Act of Parliament is to be read according to its ordinary grammatical construction unless so reading it would entail some absurdity, repugnancy, or injustice.» — — Yates v. Reg (1885) samoin velvoittaa tuomarin supistavaan tulkintaan, jos muuten jouduttaisiin »manifest absurdityyn».

modified».³⁵ Mutta jos lain yksityisen säännöksen sisältö täten on tulkittava koko lain valossa, merkitsee se samalla, että laki vuorostaan on ymmärrettävä koko oikeusjärjestyksen valossa. Ekström on supistavaa tulkintaa käsitellessään viitannut siihen, että mainittu tulkinta *saattaa* perustua lainkohdan vertailuun toisten säännösten kanssa: itse asiassa on *aina* näin.

Kohtuuden ja oikeusvarmuuden suhde on joskus selitetty »antino-mian» luontoiseksi (Radbruch: Rechtsphilosophie), mutta tuo filosofiasta lainattu sana ei tässä näytä tarkoituksenmukaiselta. Viittaa-han se siihen, että kohtuuden ja oikeusvarmuuden välillä muka olisi olemassa *ratkaisematon* ristiriita: todellisuudessa on meillä kaksi intressiä, jotka konkreettisissa ratkaisuissa aina saatetaan sopusointuun keskenään. Kohtuuden probleeman hedelmällinen käsittely edellyttää mielestämme, että kohtuus käsitetään *intressinä* (= vallitsevan oikeusvakaumuksen loukkaamattomuuden intressi), jota konkreettisissa tapauksissa on punnittava vastakkain muiden yhteiskunnallisten intressien kanssa. Sentähden yhdymme täysin Arvo Sipilään, jonka mukaan ei ole paikallaan »että jonkinlainen kohtuuden sanelema oikeustajunta korotetaan sovellettavaksi yleisperiaatteenksi».³⁶

Se seikka, että kohtuuden problemaa oikeustieteessä tavallisesti käsitellään irrallisena vailla kaikkia mielivallan vastaisia takeita, on saanut useat tutkijat kohtuuden käsitteeseen nähden asettumaan täysin torjuvalle kannalle. Donati ilmeisesti pitää silmällä juuri mielivallan vaaraa, mutta omaksuu jyrkkyydessään mahdottoman kannan. Juristi löytää aina tapauksen ratkaisun, hän lausuu, kunhan hänellä vain on oikeusnormi käytettävänä; yhdentekevää millainen tuo normi on ja minkälaiseen käytännölliseen tulokseen sen soveltaminen johtaa: »fiat iustitia, pereat mundus» (Lacune s. 107). Vaikka ratkaisu poliitikon mielestä kenties ei olisi »ratkaisu», on se sitä juriidisesti. Tämä on jo tavatonta formalismia. Bartolomei torjuu niinkään jyrkästi kohtuuden huomioonottamisen tuomarin ratkaisuissa, ellei lainsäätäjä nimenomaan ole valtuuttanut tuomaria kohtuuteen turvautumaan:³⁷

³⁵ Teoksesta »Cardinal rules...»: ks. edellä aliv. 33. — Sana »statute» tarkoittaa sekä yksityisluontoisia että julkisia kirjoitettuja tekstejä (esim. lait). — Maxwell: On the interpretation of statutes s. 372.

³⁶ Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne s. 29 aliv. 63. — Mainittuun teokseen sisältyy erinomainen esitys supistavan tulkinnan probleemista: s. 223—235. Vrt. lisäksi s. 253.

³⁷ Lezioni di filosofia del diritto s. 173.

»il giudice deve alla legge la più assoluta obbedienza». Oikeusvarmuuden kannalta on huonokin laki parempi kuin tuomarin mielivalta, ja vallanjakoperiaatekin kieltää tuomaria poikkeamasta oikeusnormista. Mutta kun Bartolomei vaatii, että tuomarin tulee »mahdollisimman uskollisesti tulkita lainsäätäjän tahtoa sellaisena kuin tämä on konkretisoitunut laissa», saatamme kysyä, tahtooko kukaan järkevä lainsäätäjät, että hänen normejaan ehdottoman matemaattisesti sovelletaan rajatapauksiin, joissa tuo soveltaminen johtaisi huutavaan vääryyteen. Nyt huomaamme, miten tärkeätä on supistavan tulkinnan problemasta erottaa ne tapaukset, joissa oikeusnormi sellaisenaan on epätarkoituksenmukainen. Kun siis esim. Ransson lausuu, ettei tuomari koskaan ratkaistessaan »saa arvostella lakia» (Essai sur l'art de juger s. 141), ei tämä lausunto, Ranssonin suuresta tuomarinkokemuksesta huolimatta, mitenkään saata soveltua supistavaan tulkintaan: »lain arvosteleminen» on niin epämääräinen sanonta, että se soveltuu mitä erilaisimpia probleemoja kätkemään. Jos laki on ristiriidassa tuomarin omantunnon kanssa, lausuu Ransson, erotkoon hän virasta:³⁸ mutta todellisuudessa sattuu lukemattomia tapauksia, joissa lain soveltaminen joutuisi ristiriitaan tuomarin omantunnon kanssa, ja hän yksinkertaisesti tulkitsee lakia supistavasti. Liioiteltuna on näinollen myös pidettävä Ranskan ylimmän oikeusinstanssin jäsenen Fabreguettesin sanontaa, että tuomari saa turvautua kohtuuteen vain lain vaietessa tai kun laki nimenomaan itse valtuuttaa hänet siihen, tuomarin kun näet »tulee tuomita lain mukaan eikä tuomita lakia» (La logique judiciaire et l'art de juger s. 397, 401). Mainittu kanta pitää kohtuutta jonkinlaisena oikeuden ulkopuolella olevana poikkeusluontoisena ilmiönä, mutta Suomen oikeuden kannalta tämä on ehdottomasti väärin.

Päinvastoin jo Tuomarinohjeista käy selvästi ilmi, että kohtuuden huomioonottaminen *sisältyy* kaikkeen tuomitsemiseen: »Hyvä ja älykäs tuomari on parempi kuin hyvä laki, sillä hän voipi asetella kaikki kohtuuden mukaan. — — — Mikä ei ole oikeus ja kohtuus, se ei saata olla lakikaan; sen kohtuuden tähden, joka laissa on, se hyväksytään. — — — Kaikkea lakia on älyllä käytettävä, sillä suurin oikeus on suurin vääryys, ja oikeudessa pitää olla armo mukana».³⁹ Näinollen on A s-

³⁸ M.t. s. 141. — — Samoin Nehrman: Inledning til then swenska processum civilem s. 28.

³⁹ Ks. myös Wrede: Grunddragen s. 15.

carelli aivan oikeassa pitäessään kohtuutta kaikkeen tulkintaan sisältyvänä (Il problema delle lacune s. 254). Oikeushan *elää* juuri siinä, lausuu Croce,⁴⁰ että jatkuvasti saatetaan sopusointuun abstraktiset lait ja yhteiskunnallisen todellisuuden tarpeet.

Brunettin kanta kohtuuteen nähden on varsin merkillinen. Ennen säädännäisen oikeuden valtakautta, hän lausuu, oli luonnonoikeus välittömänä oikeuslähteenä ja tuomari saattoi välittömästi ammentaa kansan oikeustajunnasta. Nyt sensijaan laki on tullut tuomarin ja kansan oikeustajunnan väliin, ja tuomari saa turvautua kohtuuteen vain lain nimenomaisen luvan nojalla.⁴¹ Giannini taas pitää kohtuutta moraalien alaan lankeavana käsitteenä (L'equità AG 1931 s. 84). Brunettia ja Gianninia vastaan korostamme, että kohtuus on *oikeudellinen* käsite, ja lisäksi perustavan tärkeä, ei poikkeusluontoinen.

Emme myöskään saata hyväksyä Maggioren vastakkaiseen äärimmäisyyteen lankeavaa kantaa, jonka mukaan kohtuus »ei ole yksi oikeuslähteistä, vaan oikeuden yleislähde».⁴² Oikeus syntyy Maggioren (ja Gentilen) mukaan moraalista ja palaa siihen konkreettisesti soveltamisaktissa (s. 259). Oikeus saattaa toteutua vain luopumalla yleisyydestä, abstraktisuudesta ja taipumattomuudesta jotka siihen olemuksellisesti kuuluvat; se toteutuu kieltämällä oman abstraktisen luonteensa. Oikeellinen ratkaisu merkitsee palaamista oikeuden moraaliseen alkulähteeseen. Siinä on kohtuuden ydin (s. 261). Tässä dialektisessa kehässä ilmenee elävän oikeuden historiallisuus: abstraktisesta olomuodostaan oikeus muuttuu historiallis-konkreettiseksi. Maggioren teoria ei mielestämme sisällä minkäänlaisia taiteita mielivaltaa vastaan, se jättää kokonaan huomiotta oikeusvarmuuden. Tosin Maggiore, esitettyään loisteliaasti ja terävästi oppinsa kohtuudesta oikeuden yleislähteenä, yhtäkkiä näyttää huomaavan sen vaarat, ja lausuu: »Kohtuus ei saa eikä voi, millään verukkeella, lou-

⁴⁰ Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell' economia s. 51.

⁴¹ Il diritto naturale nella legislazione civile s. 62, 63, 69. — — Samoin koettaa Raselli tehdä kohtuuteen turvautumisen riippuvaksi lain nimenomaisesta luvasta: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 238, II s. 4, mutta myöntää kuitenkin tuomarille oikeuden konkreettisesti tapauksessa olla soveltamatta oikeusnormia, jos soveltaminen johtaisi ristiriitaan oikeusjärjestyksen perusvaatimusten kanssa (contrasto con le esigenze fondamentali dell' ordinamento giuridico): I s. 130: varsin epämääräinen kriteerio.

⁴² L'equità e il suo valore nel diritto RIFD 1923 s. 257.

kata lakia», sillä onhan laki itsekin »kohtuuden ilmenemismuoto» (s. 279). Tämä varaus ei kuitenkaan Maggiorin edelläkäyneen teorian valossa ole ymmärrettävissä, se lankeaa tuohon teoriaan kuin salama kirkkaalta taivaalta. Jos kerran oikeus »elää» ainoastaan palatesaan kohtuuden kautta alkulähteeseensä moraaliin, emme lainkaan käsitä, miten tuomari voisi olla sidottu abstraktisiin oikeuskaavoihin. Kun Maggior selittää, että laki on kohtuuden ilmenemismuoto, eikä sitä *tällä* perusteella siis kohtuuden nimessä saa loukata, on tuo ilmeinen hätäkeino eikä todellinen argumentti. Vielä merkillisemmäksi muuttuu Maggiorin oppi, kun hän (s. 283) selittää, että on olemassa myös ankaria lakeja (mitkä ovat sellaisia?). Niiden kirjaimellinen noudattaminen voi olla raskasta, mutta ei koskaan oikeellisuuden vastaista. Oikeellisuuden ja kohtuuden (Maggior, kuten useimmat italialaiset uusidealitit, samastaa nuo käsitteet)⁴³ vastainen on ratkaisu ainoastaan, jos se sisältää »tarpeettoman uhrauksen» (*sacrificio non necessario*): täten Maggior jo kiistää oman teoriansa. Selittäessään »toista on ankaruus, toista vääryys» ja vakuuttaessaan, että lait vain aniharvoissa poikkeustapauksissa johtavat todelliseen vääryyteen (s. 283—284), emme enää ymmärrä, miksi Maggior ollenkaan lähti taisteluun abstraktioiden kuolleita kaavoja vastaan. Itse asiassa hänen teoriansa todistaa, miten hedelmätöntä on käsitellä kohtuuden problemaa irrallisena, intressipunninnasta välittämättä.⁴⁴

Supistava tulkinta sisältää puhtaasti negatiivisen toteamuksen: oikeustapaukseen ensi näkemältä soveltuva normi osoittautuu lähemmin tarkasteltaessa sopimattomaksi. Kun kätketyn aukon olemassaolo täten on selvitetty, on tuomarin muodostettava ratkaisunsa pohjaksi pantava normi. Mainittua muodostamismenettelyä kutsumme »tuomarin harkinnaksi aukkotapauksissa»: käymme nyt sanottua harkintaa selvitlemään.

⁴³ Ks. esim. Ascoli: *La giustizia*.

⁴⁴ Kohtuudesta KKO 1926 sel. 10 (rahanarvon lasku), 1932 Sel. 49.

B. TUOMARIN HARKINTA AUKKOTAPAUKSISSA.

V. HISTORIICKIA.

Edellä olemme selvittelleet aukon käsitettä sekä aukon toteamista. Kun aukko on todettu, ovat seuraavat mahdollisuudet käytännöllisesti ajateltavissa: 1. tuomari *siirtää* oikeusjutun ratkaisemisen ylemmälle instanssille (siirtojärjestelmä), 2. tuomari *kysyy* ylemmältä instanssilta neuvoa, ja ratkaisee sitten saadun neuvon mukaan (kyselyjärjestelmä), 3. tuomari on oikeutettu ja velvollinen *itse omalla vastuullaan harkitsemaan ja ratkaisemaan* aukkotapauksen (harkintajärjestelmä). Ankaran teoreettisesti katsoen on tietenkin vielä neljäs mahdollisuus olemassa: 4. tuomari yksinkertaisesti toteaa, että aukko on olemassa, ja katsoo ettei päätöstä voida antaa. Järjestyneessä oikeusyhteisössä tällainen kanta kuitenkin on käytännöllisesti mahdoton. — — Ruotsi-Suomen oikeushistoria tuntee kaikki edellä mainitut kolme järjestelmää, niistä kolmas, harkintajärjestelmä, on voimassaolevaa oikeutta. Kyselyjärjestelmän rakenteen tutkiminen paljastaa erityisen elävästi ne reaaliset yhteiskunnalliset intressit, jotka liittyvät aukkoproblemaan: mainitun järjestelmän tunteminen on välttämätön, jos haluamme syvemmin ymmärtää nykyistä harkintajärjestelmää.

Siirtojärjestelmä: Kuningas Kristofferin *maanlaki* sääsi: »Nu kommer Bonde til Tings och bedhis aff Häradzhöffdingia lagha doma: sigher han sigh ey wita lagh om thet måål, thå må han thet upsättia och huxa sigh om til näste Tingsdag: thå ägher Häradzhöffdinge honom Lagh döma — uthan han for Tinge svär medh een eedhe sinom, at han ey Lagh weet om thet maal. Sidhan sätti thet up under Laghman sin» (Thgm. B. 25). *Kaupunginlaki*¹ taasen mainitsi tapauksen, että joku »komber til Rådhestufwu och bedhis lagha doma aff Foghatanum, Borgmestarum och Rådmannum öfwer thet han kärir», mutta että oikeus ei edes kolmantena tai viimeistään neljäntenä istuntopäivänä kykene

¹ Siirtojärjestelmästä ks. erit. J. J. Nordström: Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia II s. 586 ss.

antamaan ratkaisua. Silloin tuli oikeuden jäsenten joko maksaa sakkoa »eller swäri thet, at the thet Lagh eigh wita eller at the i therä laghum eigh stände skrifvet» (Rdst B 13). On kuitenkin erittäin epätodennäköistä, että raastuvanoikeus todella olisi saanut jättää jutun sillensä, ja Nordström viittaa tässä kohdin Wisbyn kaupunginlain säännöksen, jonka mukaan aukkotapauksessa *koko kaupunginraadin* tuli antaa siitä päätös, joka oli merkittävä lakikirjaan ennen julistamista (Gotl. St. L. I: 1 § 9). (Huomautettakoon tässä ohimennen siitä tavatoman kiintoisasta seikasta, että aukkoratkaisu oli merkittävä lakikirjaan: tällä tahdottiin korostaa, että aukkoratkaisun pohjaksi oli pantava todellinen tapausta varten muodostettu *oikeusnormi*. Sitoiko lakikirjaan merkitty aukkonormi tuomareita toisissa samanlaisissa vastedes ilmaantuvissa aukkotapauksissa?). Siirtojärjestelmän poisti oikeudestamme vuoden 1614 oikeudenkäyntiordinantia, ja sentähden Abrahamsson saattoikin maanlain kommentaarissaan todeta siirtojärjestelmästä: »Detta som tilförene warit tilläteligit, är intet nū mera i bruk, ty at Domaren bör weta Lagen. Dom. Regl. § 1».²

Kyselyjärjestelmä: Jo 1500-luvun alkupuolella syntyneissä, siis *siirtojärjestelmän* aikana laadituissa, Tuomarinohjeissa mainitaan eräänlainen kyselyinstituutti aukkotapauksissa, tosin ei alemmasta instanssista ylempään. »När nogon twifwelachtigh Saak framkommer ther man haffuer intet om skrifwit, antingen i Stadz eller Landz Lagen, ey är heller Landzseedh ther man kan döma effter, ther må man höra godhe Mäns Råd, och döma effter sitt yttersta Förstånd och Samwit . . .» (39. tuomarinohje).

Tarkemmin säännöstelty kyselyjärjestelmä mainitaan kuitenkin vasta vuoden 1614 oikeudenkäyntiordinantiassa: onhan selvää, että todellinen kyselyjärjestelmä on mahdollinen vain tarkoin säännöstellyn kiinteän *instanssijärjestyksen* puitteissa, joka juuri luotiin vuoden 1614 oikeudenkäyntiordinantialla. (Miten vaikeata kiinteän instanssijärjestyksen luominen oli, sen osoittavat epätoivoiset toimenpiteet 1500- ja 1600-luvun vaihteessa. Kansan oikeusvakaumus ei ottanut tottuakseen instanssijärjestykseen. Niinpä 25/2- 1598 annettu »Stadga om Rättegång» valittaa, että säädettyä instanssijärjestystä, jonka mukaan oikeusjutut, ennenkuin ne voitiin saattaa kuninkaan tutkittaviksi, ensin oli kihlakunnan- ja laamanninkäräjissä tutkit-

² Swerikes Rijkes Lands-Lag... nu å nyo andra gången med Anmärckningar uplagd, Stockholm 1726. ThgmB 25 kohdalla.

tava, ei noudatettu, koska kansalta puuttui luottamus kihlakunnan- ja laamannioikeuksien pätevyYTEEN, näissä kun usein tuomitsivat lainlukijat, jotka eivät osanneet lukea eivätkä kirjoittaa ja joiden laintunteus oli keho. Säädettiin, että kihlakunnantuomarien ja laamannien tuli itse toimia oikeuden puheenjohtajina »synnerligen the tree laga timar om åhret». Lisäksi säädettiin, että laamannien ja kihlakunnantuomareiden oli kerran vuodessa kokoonnuttava Upsalaan kuninkaantuomioita antamaan. Linköpingin valtiopäiväpääTös 19/3- 1600 määräsi, että kihlakunnantuomarien sekä laamannien tuli kerran tai kahdesti vuodessa kokoonTua Upsalaan ja Linköpingiin kuninkaantuomioita antamaan: »ther skole tå alle the saker, som elliest för Häredzhöfdinge eller Lagmän icke hafwa kunnat åthskilde warda, förhöras och slijtas». Siis ilmeisesti myös aukkotapauksissa sinne ratkaisua varten siirretyt jutut. Alituomarit eivät tällöin saaneet osallistua sellaisten juttujen käsittelyyn, joissa he jo aikaisemmin olivat antaneet päätöksen. Samoja näkökohtia terottaa »Öppet mandat ahnliggiende Rättere-Ting om Distingen 4/12- 1602. — Oli luonnollista, ettei tällainen instanssijärjestelmä, jossa ylemmän oikeuden jäsenenä juuri olivat alituomarit, saattanut kotiutua kansan oikeusvakaumukseen. Parannus saatiin aikaan vasta vakinaisen hovioikeuden perustamisella 1614). Oikeudenkäyntiordinantian 2. kohta sääsi, että kihlakunnantuomarien, laamannien sekä kaupunkien pormestarien ja raatimiesten tuli tapauksissa, joissa he »märckie sigh icke wete i thet fall hwad lagh är, så länge opsättia Domen, at the sigh hoos oss och wåre förordnade öfwerste Doom (=hovioikeus) förspörja måge». Jo vanhastaan kuului kuninkaalle valtakunnassa ylin tuomiovalta,³ ja kun vuonna 1614 valtakuntaan perustettiin vakinainen kuninkaallinen tuomioistuim, hovioikeus, tuli siitä samalla velvoittavia neuvoja antava elin aukkotapauksissa. Kansan oikeusvakaumukseen oli kuitenkin syvälle juurtunut käsitys, että oikeudenetsijät voivat kääntyä kuninkaan puoleen henkilökohtaisesti: heti alusta alkaen jätettiin hovioikeuden ohi suoraan kuninkaalle oikeusjuttuja ratkaistavaksi (ks. Fahlbeck), ja jo 1615 tämä nimenomaan eräin edellytyksin selitettiin luvalliseksi (oikeudenkäyntiprosessi, 35. kohta). Kun sitten Svean hovioikeuden lisäksi oli perustettu

³ J. J. Nordström: Bidrag till den svenska samhälls-författnings historia II s. 589 sekä I s. 51 ss. — P. Fahlbeck: Regeringsformen i historisk belysning, 17 §:n kohdalla, Jaakko Forsman: Suomen lainsäädännön historia s. 294 ss.

mutakin hovioikeuksia (ensiksi Turkuun 1623), eivät hovioikeudet tietenkään enää saattaneet toimia ylimpänä kyselyinstanssina aukkotapauksia ratkaistaessa. Päinvastoin syntyi automaattisesti sellainen käytäntö, että *hovioikeudet* vuorostaan nekin, aukkotapausten sattuessa, olivat oikeutetut ja velvolliset kysymään neuvoa, ja silloin tietenkin kuninkaalta. Vähitellen vakiintui kyselyjärjestelmä siihen muotoon, että alempi instanssi aukkotapauksen sattuessa kääntyi kyselylään sen yläpuolella olevan seuraavan oikeusasteen puoleen, ja jos tämäkään ei löytänyt laista tai tavanomaisesta oikeudesta ratkaistavaan tapaukseen soveltuvaa normia, kulki kysely edelleen seuraavaan instanssiin. Kuninkaan vastaus hänelle tehtyihin (kirjallisiin) kyselyihin annettiin kysyjälle (esim. hovioikeudelle tai kamarioikeudelle: jälkimmäisen kyselyoikeudesta ks. Kunink. asetus 29/11 — 1689) osoitetun kirjeen muodossa. Täten syntyivät nuo lukemattomat *kuninkaalliset lainselitykset*, jotka oikeutemme kehittämisessä ovat näytelleet tärkeätä osaa. Ne eivät suinkaan, kuten nimityksestä saattaisi erehtyä luulemaan, koskeneet vain epäselviä *tulkintatapauksia*, vaan yhtä paljon varsinaisia aukkotapauksia. (Huomattakoon siis *perustavan* tärkeä seikka: myös aukkotapauksissa annettuja kuninkaallisia kirjeitä kutsuttiin *lainselityksiksi*. Kuningas oli t.s. sidottu oikeusjärjestyksen kokonaisuuteen, hän vain kiteytti ulkonaisesti havaittavaan muotoon ne normit, jotka tavallaan kätkeytyinä sisältyivät yhteiskunnan struktuuriin ja oikeusjärjestyksen kokonaisuuteen. Sanassa »lainselitys» esiintyvä alkuosa »lain-» tarkoitti siis oikeutta kokonaisuudessaan, eikä suinkaan vain säädännäistä oikeutta.) Kysely tehtiin tavallisesti konkreettisessa oikeusjutussa, mutta se saatettiin myös tehdä irrallisesta abstraktisesta oikeuskysymyksestä sellaisenaan: toisinaan hovioikeuden kyselykirjelmä sisälsi *sekä* konkreettisia että abstraktis-irrallisia kyselyjä. Vastaus annettiin tavallisesti kysyjälle, *mutta* usein se samalla osoitettiin laajemmalle piirille (määrätyn hovioikeuden kyselyn johdosta annettu vastaus oli usein osoitettu valtakunnan *kaikille* hovioikeuksille). Usein velvoitettiin myös vastauksen saaja tai saajat tiedottamaan vastauksen sisältö alaisilleen oikeuksille.⁴ Tärkeätä on

⁴ Kaikki nämä seikat ilmenevät kuninkaallisia selityksiä järjestelmällisesti tutkittaessa ja toisiinsa verrattaessa: emme kuitenkaan, asian laatuun nähden, katso tässä voivamme *esittää* sitä laajaa todistusaineistoa, jolla väitteemme lepäävät. Huomautettakoon vain siitä, että kuninkaallisten kirjeiden johdannot ovat yhtä tärkeät kuin itse kirjeen sisällys.

muistaa, että tulkinta- ja aukkotapauksissa tehtyjen kyselyjen johdosta annetut kuninkaalliset selitykset *eivät olleet tuomioita*: päinvastoin tuomion anto aina kuului kyselyn tehneelle instanssille, joskin tämä oli velvollinen antamaan tuomionsa selityksen mukaan, ollen tuomiossa myös mainittava, että se perustui saatuun selitykseen.⁵ Mutta joskaan kuninkaan vastaukset tehtyihin oikeuskysymyksiin eivät olleet tuomitsemista, oli selitysten anto tosiasiallisesti läheisesti liittynyt kuninkaan harjoittamaan ylimpään tuomiovaltaan: selityksillään kuningas edisti valtakunnan oikeudenkäytön yhtenäisyyttä.

Nyt herää itsestään kiintoisa probleema: muodostivatko konkreettisessa oikeusjutussa tehdyn kyselyn johdosta annetut kunninkaalliset vastaukset sitovan normin myös *tulevaisuudessa* sattuvia samanlaisia tapauksia varten? Ilman muuta on selvää, että ne *saattoivat* velvoittaa tuomioistuimia vain siinä tapauksessa, että tuomioistuimilla oli mahdollisuus saada nämä selitykset tietoonsa. Se tuomioistuin, joka oli kyselyn tehnyt, ja jolle vastaus oli osoitettu, tietenkin helposti sai tietoonsa tämän vastauksen myös vuosien kuluttua, sillä luonnollisesti kuninkaan vastaukset säilytettiin tuomioistuimen arkistossa. Mutta tuomioistuimet eivät yleensä, puhtaita onnellisia sattumia lukuunottamatta, saattaneet saada tietoonsa *toiselle* oikeudelle osoitettuja selityksiä, *ellei*, ja tämä on perustavaa, kuningas itse selitystä antaessaan ryhtynyt toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena oli tällaisen tiedon antaminen laajemmille piireille. Nyt ymmärrämme, *miksi* konkreettisen kyselyn johdosta annettu kuninkaallinen vastaus usein osoitettiin laajemmalle, miksi vastauksen saaja usein velvoitettiin antamaan vastaus tiedoksi sen alaisille oikeuksille.⁶ Kaikki tämä viittaa siihen, että kuninkaallisten lainselitysten katsottiin olevan velvoittavaa oikeutta ei

⁵ Kongl. Bref til Swea Hofrätt, huru Resolutioner böre utfärdas uti saker, som warit till Kongl. May:t refererade 16/12-1698.

⁶ Esim. kirje Turun hovioikeudelle ennen avioliittoa tehdyn velan maksamisesta 17/11 1669: »Thet är förthenskul Wår nådige wilje och befallning, at I uti dömande rättte Eder här efter, såsom ock communicere thet Underrätterne å landet, at the sig jämwal thet samma til underdånig efterrättelse ställa.» Ks. lisäksi Kongl. Swar til Swea Hofrätt angående proclama de cessione bonorum 17/2 1695 (huomattakoon selityksissä kosketeltujen kysymysten *tärkeys*): »... är Wår nådige wilie, at I icke allenast sielfwe thet efterlefwa, utan ock, at I anbefalle the under Eder Jurisdiction hörande Domstolar, at the thet samma noga och granneligen i acht taga.» Kuninkaallinen kirje kaikille hovioikeuksille puolisisarusten ja puolisisarusten lasten perintöoikeudesta 13/9 1686: hovioikeudet velvoitettiin tiedottamaan kuninkaan selitys kaikille alaisilleen oikeuksille.

yksin sitä konkreettista tapausta varten, jossa ne olivat annetut, vaan että ne olivat todellista säädännäistä oikeutta, joka velvoitti myös vastedes sattuvissa samanlaisissa tapauksissa. Tätä kantaa vahvistaa seuraava seikka: niissä julkaisuissa, joissa kuninkaallisia kirjeitä on painettu, tapaa varsin usein rubriikkeja sellaisia kuin: »Kongl. Bref til N. N. Hofrätt angående . . .»: ei ole siis pidetty tarpeellisena mainita, mille konkreettiselle tuomioistuimelle kuninkaan kirje oli osoitettu, *koska* kuninkaalliset lainselitykset velvoittivat myös muita valtakunnan oikeuksia.⁷ Kantaamme tukee lisäksi seuraava seikka: Kongl. May:tz Resolution och Förklaring uppå under-Lagmannens N. N. förfrågan . . . 17/2 — 1652 lausuu: ». . . Såsom hennes Kongl. May:t will framdeles sig så i thenne som mång annor stycken i Wår lag ex professo förklara, när hennes Kgl. Maj:t kan få lägenhet at låta Lagboken öfwersee. Altså låter hennes Kongl. May:tt med en fullkomlig Resolution thär til beroo», mutta kuninkaallinen majesteetti katsoi kuitenkin »för gott och nyttigt» antaa pyydetyn selityksen. Kuninkaallinen kirje Svean hovioikeudelle eräässä perinnönjakoa koskevassa kyselyssä 22/11 — 1689 taasen kuuluu: ». . . ther uppå Eder til nådigt swar länder, at Wij hafwe pröfwat skiäligt, til thes någon wiss Lag häröfver blir författat och stadgad, at uti thenne Casu . . . (seuraa selitys)». Askenmainitut kaksi kuninkaallista kirjettä lausuvat siis, että kuningas, oikeuden perinpohjaisempaa uudistusta odoteltaessa kuitenkin antaa jo nyt väliaikaisen normin kyselyissä tarkoitettuja tapauksia varten: mutta tuo väliaikainen normi tietenkin tuli olemaan yleisesti voimassa kunnes aiottu laajempi oikeusreformi pantaisiin toimeen.

Nyt nousee eteemme toinen mitä kiintoisin kysymys: entäpä jos kuninkaan antama selitys olikin ristiriidassa positiivisen oikeuden kanssa? Kuninkaallinen kirje Svean hovioikeudelle 20/5 — 1654 »at Kongl. May:tz Bref ey skola praejudicera någon i thes rätt» lausuu: »Nu såsom Rätten är och bör wara allom öppen, jämwäl utan något wårt special tillstånd, efter som wij ey heller någrom uti sin rätt, med wåre bref hafwa welat praejudicera . . .»,⁸ ja niinikään Svean hovioi-

⁷ Ks. esimerkkejä Schmedemanin toimittamasta »Kongl. Stadgar och Förordningar angående Justitiae Wercket», Tukholma 1706; sekä »Finlands författningssamling» I—II, Helsinki 1855. — Näiden teosten *julkaiseminen* tarkoitti juuri kunink. kirjeiden saattamista laajempien piirien tietoon: tämäkin vahvistaa kantaamme.

⁸ Vrt.: kuninkaall. kirje samalle hovioikeudelle 12/12 1660 »at Kongl. May:tz Bref ey skola praejudicera någon i dess Rätt».

keudelle 18/4 — 1676 osoitettu kirje »huru wida Kongl. May:tz Remisser böra attenderas» selittää: »...ty hafwe Wij nådigt här med welat förklara, at Wij i ingen mätto hafwom warit sinnade med Wåre bref och Resolutioner at hindra justitiens rätta lop eller med them betaga Dommaren then friheten efter lag och bästa sitt förstånd och samvete at säga och sluta hwad rätt pröfwas, och befallom Eder förthenskul nådeligen och alfwarligen, at I, efter lag, och laga Process, acta & probata och bäste Edert wett och samwete fälla Dom.... på thet hwarken then ene eller then andre må hafwa orsak at klaga sig rättlös...». Maintutujen kirjeiden ajatussisältö on hieman hämärä, mutta kirje Svean hovioikeudelle 24/1 — 1682 on aivan selvä: »Wij märcke at the Remissorialer eller Resolutioner... blifwa stundom hos Eder ansedde och uttydde helt annorledes än orden lyda och Wår mening kan eller bör wara såsom wore the sielfwe Justicens rätta och fria lopp til hinder och förfång... Wij förr emot Eder hafwe skrifteligen förklarat at Wij intet wele thet Wåre bref eller Resolutioner, fast än de med klare både ord och mening mot Lag och ens eller annans wälfångne Rätt skulle något förmåla och befalla, skole ansees eller attenderas; Althenstund under tiden kan hända, at Oss genom ofullkomlig berättelse af alt förtragne Sollicitanter någon Resolution lika som aftwingas i ärenden, som fuller kunna hafwa sken til rätten... Wij befalle Eder förthenskul nådeligen at I Wåre Resolutioner och Remisser intet anseen såsom utfärdade Justicen til förfång och Eder til hindern uti Edre Embeten...». Nämä kirjeet ilmaisevat sen *tärkeän* valtio-oikeudellisen periaatteen, että kuningas myös lainselityksiä antaessaan periaatteessa oli oikeuden alainen eikä sen yläpuolella, ja että siis, jos kuninkaan antama selitys oli ristiriidassa voimassaolevan oikeuden kanssa, tuomioistuimet olivat oikeutetut ja velvolliset olemaan sitä noudattamatta. Eri asia on, että kuninkaan selitykset antajansa persoonan nojalla nauttivat niin suurta auktoriteettia, että tuomioistuimet tuskin helposti de facto kieltäytyivät niitä noudattamasta: onhan kuninkaallisilla selityksillä paljonkin *muutettu* voimassaolevaa oikeutta (esim. kuuluisa mäansaannon moittimista koskeva lainselitys 14/5 — 1805). Mutta *periaate*, että oikeudenvastaiset kuninkaalliset selitykset eivät velvoittaneet tuomioistuinta, vahvistaa sen perustavan tosiasian, että kuninkaan ei katsottu aukkotapauksissa luovan mielivaltaisesti oikeutta omasta päästään, vaan hän ainoastaan kiteytti ulkonaisesti havaittavaan muuttoon sen, mikä sisältyi kätkeytyneenä oikeusjärjestykseen kokonaisuudessaan ja yhteiskunnallisiin realiteetteihin.

On muistettava, että kyselyjärjestelmä Ruotsissa toimi ainakin vuoteen 1809 ja Suomessa vieläkin kauemmin, aina 1860-luvulle saakka. Mutta, kysyttäneen, miten on selitettävissä, ettei 1734 vuoden laki sisällä säännöksiä siitä? *Mainittua järjestelmää pidettiin selviönä.* Tämä käy ilmi tarkastaessamme 1734 vuoden lain esitöitä. Lakikomission ehdotus raastuvankaareksi vuodelta 1688 sääsi 4 §:ssään: »Men är dät måhl, som dömas skall, så mörkt, sällsamt och wändfullt, att dät till någon landzens beskrefne lag fogligen ej kån lämpas och däreffter rättas, då må dät tillåtas, att domaren om sitt betänkiande däröfwer uthi konungens håfrätt sig förfrågar och des sluut och meening däruthinnan afbijdar». Lakikomission ehdotus oikeudenkäymiskaareksi vuodelta 1717 sääsi 1. luvun 2 §:ssä: »ther något mål förekommer som är mörkt eller swårt at genast utreda, må han (tuomari) saklöst thet uppskiuta til thes han sig wäl betänkt och omhygsat. Men skulle ingen effterrätelse i lagen finnas, tå bör han sig theröfwer förfråga, innan dommen afsäijes». Ja lakikomission ehdotus oikeudenkäyntikaareksi vuodelta 1723 sääsi vihdoin 2 §:ssään: »Nu kan något mål förekomma, som är mörkt eller swårt at genast utthröna; tå må han thet uppskjuta och huxa sig om til nästa rättegångsdag. Wet han äntå ej lag om thet måhl, förfråge sig ther som tilbör». Vuoden 1734 valtiopäivillä, lopullista lakiehdotusta käsiteltäessä, teki syvälinen oikeuden tuntija P. Abrahamsson valtavan joukon huomautuksia lakiehdotuksen johdosta: niinpä hän ahdisti lakikomissiota ehdotetun oikeudenkäymiskaaren 24 luvun 3 §:n johdosta huomauttaen: »Det här står, at all domb bör fästas på skiäl och lag och ej på godtyckio, är i billigheet grundat. Men som ibland händer, at domarne, som i en rätt sitta, ej komma öfwerens om lagens och förordningars rätta förstånd; altså lærer wara nödigt att uthsättias måtte, hwad i sådant fall må stå at giöra. När sådant händer i Hoffrätten, är medelst förordningar faststält, at sådant bör berättas till Konungen, på det hwar och en må hafwa wisshet om lagens rätta förstånd, och alla wederfaras lijka och enahanda rätt, som orden lyda. (Huomaa oikeuspoliittinen perustelu). Men som deraf mycket uppehåld uti twistige måls afgjörande kan förorsakas i det at då en eller annan af rättens ledamöter taga lagen mörk, och dhe öfrige ledamöter taga lagen för klar, skall sådant till Konungen refereras, och med saken afstadna, till dess at swar däruppå inkommit, synes i öfwerwägande kunna tagas, om icke sådant refererande kunde innehållas, då allenast en eller annan scrupulerar öfwer lagens förstånd, och ej till Konungen refereras, med mindre at största delen af rättens ledamöter

håller lagen för mörk och otydelig». — Lakikomissio vastasi lyhyesti: »Som pluraliteten af rösterna gör i alla saker decision, så följer af sig sielf, at om pluraliteten finner lagen mörk, rätten då förfrågar sig. Och altså när ingen pluralitet går ut på at göra förfrågning, så skider den ej». Abrahamssonin ja lakikomission välinen repliikinvaihto koski etupäässä epäselvissä tulkintatapauksissa tehtäviä kyselyjä, mutta lausuttu mielipiteet soveltuvat täysin myös aukkotapauksiin (tulkintaa ja aukkojen harkintaa ei siihen aikaan yleensä teoriassakaan toisistaan erotettu: ks. lukua »Analogia»). Lausunnoista käy ilmi, että sekä Abrahamsson kuin myös lakikomissio *pitivät selviönä kyselyinstituutin voimassaoloa myös 1734 vuoden lain astuttua voimaan*. Itse asiassa 1700-luvulla harjoitettiin ahkerasti kyselyä epäselvissä tulkinta- ja aukkotapauksissa, seikka, joka ilmenee lukemattomista kuninkaallisista kirjeistä, jotka sisälsivät vastauksia tehtyihin kyselyihin.

Hallitusmuoto toukokuun 2 päivästä 1720 sääsi 2. kohdassaan, että kuninkaalla oli oikeus »med Råds Råde... uppå förfrågningar Lagen, til des rätta förstånd förklara, och i sådane särskilte mål, öfwer hwilcka ingen Lag finnes, at likmätigt 4 § stadga och förordna». (Mainituksessa 4 §:ssä säädettiin, että kuninkaan antamat lainselitykset, jäädäkseen voimaan, vaativat säätyjen hyväksymisen ensitulevilla valtiopäivillä. Faktillisesti säädetyt eivät aina ennättäneet läpikäydä näitä selityksiä, jolloin ne tosiasiallisesti jäivät voimaan ilman säätyjen suostumusta: Herlitz: Grunddragen av det svenska statsskickets historia s. 160.) Vuoden 1719 hallitusmuoto sisälsi 2. ja 4. kohdissaan vastaavat säännökset. Merkillistä kyllä, vuoden 1772 hallitusmuoto vaikenee kyselyinstituutista ja kuninkaan lainselitysvallasta, mutta instituutti oli edelleen voimassa, joka ilmenee kyselyoikeuden harjoittamisesta.⁹ Havaitsimme edellä, että 1719 ja 1720 vuosien hallitusmuodot myönsivät kuninkaalle vain *ehdollisen* lainselitysoikeuden: hän sai antaa selityksiä vain »emellan Riksdagar», ja selitykset vaativat — ainakin periaatteessa, joskin tuo säännös jäi suureksi osaksi paperille — säätyjen *hyväksymisen* jäädäkseen pysyvästi voimaan. Aikaisemmin ei kuninkaan lainselitysoikeus ollut tällä tavoin rajoitettu: rajoitus on ilmauksena yleisestä pyrkimyksestä kuninkaan vallan supistamiseen, joka luonnollisena reaktiona seurasi onnetonta Kaarle XII:n kautta. Ruotsin hallitusmuoto vuodelta 1809 säilytti kuninkaan lainselitysoikeuden *valtio-*

⁹ J. Ph. Palmén: Rättshistorisk tolkning af ordet »Lag» i §§ 40—43 af 1772 års Regeringsform, JFT 1865 s. 180.

päiväin väliaikoina, mutta lainselitys, jonka kuningas korkeimman oikeuden välityksellä on antanut, raukeaa, jos se »af riksens ständer ogillas». (V:n 1720 HM:n lykkäävä ehto muutettiin purkavaksi.) Mainittu hallitusmuoto sisältää 88 §:ssään *nimenomaisena* määräyksenä sen tärkeän periaatteen, että lainselitys on *lainsäädäntöä*, jonka tulee tapahtua yleisessä lainsäätämisyjärjestyksessä, ja kuninkaalle myönnetty lainselitysoikeus on vain hätäkeino valtiopäiväin väliaikoina. Kun valtiopäiviä Ruotsissa sittemmin alettiin pitää säännöllisesti, jäi kuninkaan lainselitysoikeus tarpeettomana pois käytännöstä.¹⁰ Sama kehitys tapahtui myös Suomessa. Kun valtiopäivät vuodesta 1809 vuoteen 1863 eivät kertaakaan kokoontuneet, täyttivät keisarin antamat lainselitykset kipeän käytännöllisen tarpeen (Finlands författningssamling, Helsinki 1855, sisältää näitä selityksiä runsaan määrän). Kun sensijaan valtiopäivät alkoivat säännöllisesti kokoontua, jäivät keisarilliset selitykset pois käytännöstä.¹¹ Oliko hallitsijalle vuoden 1772 hallitusmuodon mukaan kuuluva lainselitysoikeus ehdollinen, siis sidottu säätyjen hyväksymiseen (kuten oli laita vuoden 1719 ja 1720 hallitusmuodoissa), vaiko ehdoton? Se seikka, että vuoden 1772 hallitusmuoto vaikenee lainselityksestä viittaa kenties siihen, että Kustaa III tahtoi palauttaa kuninkaallisen *ehdottoman* lainselitysoikeuden, sellaisena kuin tämä oli ollut voimassa ennen kuninkaan vallan ankaraa rajoittamista vuoden 1719 ja 1720 hallitusmuodoilla. (Vrt. Calenius: Praelectiones III § 15: ehdollinen oikeus?) Kukaan ei meillä liene väittänytkaan, että 1800-luvun alkupuoliskolla tuomioistuinten kyselyjen johdosta annetut lukuisat keisarilliset lainselitykset olisivat kaivanneet valtiopäiväin jälkihyväksymistä tullakseen lopullisesti sitoviksi. (Tärkeätä on kuitenkin heti todeta, että jos kuninkaan lainselittämisoikeus vuoden 1772 hallitusmuodon mukaan katsottaisiinkin ehdolliseksi, 1800-luvun alkupuoliskolla annetut keisarilliset selitykset kuitenkin ilman säätyjen hyväksymistäkin tavanomaisena oikeutena vähitellen olivat tulleet *lopullisesti* voimaan.) Vuoden 1869 valtiopäiväjärjestyksen 34 §:n mukaan tuli lakivaliokunnan antaa lausuntonsa niistä säätyjen sinne lykkäämistä ehdotuksista, jotka koskivat perustuslain, sekä yleisen riita-, rikos-, kirkko- ja merilain säätämistä, muuttamista, *selittämistä* tahi

¹⁰ P. Fahlbeck: Regeringsformen i historisk belysning 19 §:n kohdalla.

¹¹ J. Ph. Palmén: JFT 1865 s. 180: »Hvad beträffar verkliga lagförklaringar — — — —, är monarkens befogenhet redan tillräckligt motiverad af det allmänna rättstillståndets påträngande behof, som emellan riksdagar kan inträffa och icke medgifver uppskof genom ständernas hörande i ämnet».

kumoamista. Mainittu lainkohta (vrt. valtiopäiväjärjestyksen vahvistussanat) selvensi siis 1772 vuoden hallitusmuodossa olevaa aukkoa siten, ettei hallitsijalla ainakaan valtiopäiväin ollessa koolla ollut oikeutta lainselitysten antoon: lain selittäminen kun silloin kuului hallitsijalle ja säädyille yhteisesti. Mutta olisimme taipuvaiset antamaan mainitulle säännökselle vieläkin tärkeämmän merkityksen: se ilmaisee meistä *muuttuneen oikeusvakaumuksen*, jonka mukaan lainselittäminen itse asiassa on lainsäädäntöä, ja sitä näinollen voidaan harjoittaa ainoastaan valtiopäiväin ja hallitsijan yhteistoiminnalla. Näinollen katsoimme, ettei hallitsijalla vuoden 1869 jälkeen enää ollut oikeutta edes valtiopäiväin väliaikoina selittää lakia, ja että hänelle siis *ei* laillisesti voitu esittää aukkotapauksien ratkaisemista koskevia kyselyjä. (Vrt. vuoden 1906 valtiopäiväjärjestyksestä: 40 §:n 1 mom. ja 41 §). Kun sen tähden R. A. Wrede vuonna 1894 ilmestyneessä artikkelissaan lausuu: »Är lagen mörk och otydlig, så att domaren icke kan tolka dess mening, äger han därom förfråga sig hos högre domare, således underdomare hos hofrätten, hvilken det åter tillkommer att hemställa saken till regenten (Senatens justitiedepartement)», on mainittua kantaa pidettävä vääränä.¹²

Voimassaolevan oikeutemme mukaan tuomari ei aukkotapauksessa saata kääntyä kyselyllään ylemmän instanssin puoleen, eikä valtionpäämiehellä ole oikeutta selittää epäselvää lakia tai vastata aukkokyselyihin, vaan on selittäminen toimitettava lainsäädäntöteitse. Vuoden 1928 valtiopäiväjärjestyksestä ilmenee selvästi (§§ 46; 1 sekä 47), että sekä perustuslain kuin myös tavallisen lain selittäminen tapahtuu samassa järjestyksessä kuin sen säätäminen (esim. Laki köyhäinhuoltolain 78 §:n selittämisestä 6/11 1936). Laki Korkeimmasta oikeudesta heinäkuun 22 päivältä 1918 säätää 5 §:ssään: »Korkeimman oikeuden tulee antaa Hallitukselle lausuntonsa kysymyksistä, jotka koskevat perustuslain taikka siviili- tai rikoslainsäädännön alaan kuuluvien lakien säätämistä, muuttamista, *selittämistä* tahi kumoamista. Korkeimman oikeuden asia on, kun se katsoo tarvittavan lain taikka asetuksen muutosta tai *selitystä*,

¹² Försök till tolkning af 1 Kap. R. B. s. 45. — — Rafael Erich: Suomen valtio-oikeus II s. 228 lausuu: »Useat syyt puhuivat... sen puolesta, että lainselityksiä ei enää katsottu voitavan antaa hallinnollista tietä.» Erich huomauttaa siitä, ettei valtiopäivillä 1869 ja 1906 valtiopäiväjärjestyksen mukaan ollut esitysoikeutta lainselityksiin nähden, mutta tämä oikeushistorian pohjalla selitettävä seikka ei suinkaan merkinnyt, että hallitsijalla, joskin hänellä oli yksinomainen *esitysoikeus* lainselityksiin nähden, olisi ollut oikeutta antaa niitä ilman valtiopäiväin myötävaikutusta.

tehdä Hallitukselle esitys sellaiseen lainsäädäntötoimenpiteeseen ryhtymisestä». (Vrt. laki Korkeimmasta hallinto-oikeudesta samalta päivältä, 7 §).

Ennenkuin lopetamme historiallisen katsauksen, on meidän kosketettava eräitä kyselyinstituutin rakenteessa esiintyneitä, aukkoprobleemaa yleensä valaisevia puolia, sekä selvitettävä tuon instituutin pohjana olleita oikeuspoliittisia syitä.

Kyselyjärjestelmän vallitessa tuomari aukkotapauksen sattuessa ei ollut ainoastaan oikeutettu, vaan myös velvollinen kysymään neuvoa. Kuninkaallinen kirje eräälle hovioikeudelle 13/4-1695 lausuu selostettuaan oikeustapauksen: »... uppå hwilket alt om I ännu ingen wiss Lag hade, Eder bordt hos Oss uti underdånighet förfråga heller än at I skulle således efter Eder godtycko dömma (hovioikeus oli näet ratkaissut aukkotapauksen kysymättä neuvoa); Förthenskul är Wår nådige wilja och befallning, thet I altid wid sådane händelser noga uti acht tagen, at I uti brist af klar och tydelig Lag Oss ther om wederbörligen förståndige, tå uppå Eder underdånige Relation thet nådige swar skal blifwa meddelt, som sakzens beskaffenhet fordrar...». Ja N e h r m a n toteaa:¹³ »När något mål förekommer, som hwarken står nämnt i Lag och Kgl. Förordningar, ej eller kan afgöras efter Analogia Juris, eller thet, som i andra mål stadgas uti Lagen, och kan lempas til thet som nu förehafwes; Thetta är icke eller af then beskaffenheten, at thet, får afdomas efter then naturliga Lagen: bör Under Domaren förfråga sig i Hofrätten». Calonius taasen lausuu: »Ubi lex deficit, decisio caussae ex naturali aequitate erit petenda: et absurdum foret ad legislatorem recurrere, cum sana ratio judicandi normam suppeditat»:¹⁴ sekä Nehrman että Calonius korostavat siis, ettei tuomari ole oikeutettu kyselemään turhanpäiten: jos hän löytää ratkaisun selvällä analogialla, ei hän saa vaivata ylempää instanssia. Muuten saattoi hänelle käydä kuten Götan hovioikeudelle (Kunink. kirje 6/5-1689), jolle kuningas huomautti: »... och såsom Wij ther af (kyselystä) icke utan missnöje förnimme the onödige subtiliteter, som förmedelst thenne förfrågan på banen föras, emot thet som så klarligen i Lagen uttryckes...»; Svean hovioikeuden erään kyselyn johdosta kuningas myös lyhyesti ja kylmästi vastaa: »Skal förhållas såsom för detta är observerat» (Kirje 14/3 — 1662). N e h r m a n huomauttaakin hovioikeu-

¹³ Inledning til then swenska processum civilem s. 28. — Vrt. myös Inledning til then swenska processum criminalem s. 236 ja 250.

¹⁴ Praelectiones III § 16 k. 5.

den kyselyjä käsitellessään: »Men är målet förr i Lagen afgjort, swarar Hans Maj:tt, at Lagen bör följas. Samma swar kan ock then underdomaren wänta från Hofrätten, som förfrågar sig uti slika i Lagen afgjorda mål. Hvilket röjer antingen okunnighet i Lagen eller misströstan til egen skickelighet» (Proc. civ. s. 29). (Huomattakoon, että Nehrman viimeisessä lauseessaan koskettelee tärkeätä psykologista ehkäisyä, joka oli takeena kyselyoikeuden ylenmääräistä käyttöä vastaan). Kysely oli aina tehtävä kirjallisesti (Kirjeessään Svean hovioikeudelle 24/11-1684 kuningas moittii hovioikeutta siitä, ettei tämä aina kysele kirjallisesti kuten muut hovioikeudet, vaan suullisestikin, josta aiheutuu haittaa oikeusvarmuudelle), ja kyselyn tuli sisältää *valmiiksi perusteltu tuomioehdotus*, joka kollegiaalisessa tuomioistuimessa oli äänestyksen perusteella laadittava, ollen kyselykirjelmässä myös mainittava vähemmistöön jääneiden kanta perusteluineen.¹⁵

Toisinaan kuningas yhtyi hovioikeuden tuomioehdotukseen. (Esim. Svean hovioikeudelle 8/2 — 1695: »Hwilken Eder mening och betänkiande Wij också i nåder bifalle och gille», kirje samalle oikeudelle 17/2 — 1695: »Hwilken Eder mening Wij alldeles gille — —»). Erikoisen tärkeätä on todeta, että *kuninkaan vastauksia tehtyihin kyselyihin usein mitä huolellisimmin valmisteltiin*. Niippä kuningas Turun hovioikeuden tekemän kyselyn johdosta 17/11 — 1669 antamassaan vastauksessa mainitsee: »... Wij efter gjord communication med alle Wåre Hofrätter och andre lagfarne män samt ett noga öfwerwägande med Wåre och Wårt Rijkes Råd, hafwe ändteligen för godt funnit att resolvera ...». Eräässä aviopuolisoiden velkaa koskevassa selityksessä 30/5 — 1682 kuningas lausuu: »... hafwandes Hans Kongl. May:t ock inhämtat thes Hofrätters betänckiande och hwad af them framdragit är, med Lagens ther til hörige Rum noga jämfört och öfwerlagt...». Huolellista harkintaa todistaa myös kaikille hovioikeuksille osoitettu lainselitys 13/9 — 1686: »... ehuruwäl I andragen åtskillige sannelike skiäl och omständigheter på bägge sidor til styrckio af Edre differente meningar; Så finne Wij likwäl the senares mening på bättre och krafvigare skiäl grundat»: siihen kuningas itse yhtyykin. (K. kirje 23/3 — 1738: kuningas tiedustellut hovioikeuksien ja lakikomission kantaa.)

Käydessämme tarkastamaan kyselyinstituutin pohjana olevia oi-

¹⁵ Kirje Svean hovioikeudelle 14/11 1684, kirje samalle oikeudelle 19/7 1688, kirje samalle 30/1 1690: huomattakoon, miten erinomaista huolta Kaarle XI piti oikeuslaitoksesta. — — Abrahamsson: Swerikes Rijkes Lands-Lag, Ting-målalbalkerin 25 luvun kohdalla; Nehrman: Proc. crim. s. 250.

keuspoliittisia intressejä, on meidän heti aluksi todettava, että senaikainen lainsäädäntö luonteeltaan kokonaan erosi meidän päiviemme parlamentarisesta lainsäädännöstä. Uuden lain säätämiseen ryhdyttiin 1600- ja 1700-luvulla vain pakottavissa poikeustapauksissa: silloisen *oikeusvakaumuksen* mukaan oli lain arvon mittana sen korkea ikä; kun sensijaan meidän päivinämme lain arvon mittapuuna useinkin pidetään sen uutuutta. Tämä ero johtunee siitä, että meidän päiviemme yhteiskuntarakenteen tekniikan valtavien ja laskemattomien saavutusten johdosta on menettänyt stabiiliteetin ja paikoillaan pysymisen luonteen, joka oli ominaista yhteiskunnalle, mikä ei tuntenut höyrykonetta, sähkövoimaa eikä muitakaan nykyaikaiseen teollisuustekniikkaan mullistavasti vaikuttaneita tekijöitä. Talouselämälle on teknillinen kehitys avannut laskemattomat mahdollisuudet: uudet polttavat yhteiskunnalliset probleemat ovat sen vaikutuksesta kasvaneet esille. Yhteiskunnan taloudellinen struktuuri on meidän aikanamme jatkuvassa dynaamisessa kuohumistilassa; kun sensijaan 1600- ja 1700-luvun taloudellinen struktuuri (nykyaikaan verrattuna, ei tietenkään *absoluuttisessa* mielessä) oli staattista. Kaikki tämä saa aikaan, että lainsäädäntökoneiston meidän aikanamme on *pakko* työskennellä aivan toisenlaista intensiivisyyttä osoittaen kuin »vanhaan hyvään aikaan». (Juristipiireissä tätä usein valitetaan, ja oikeusvarmuuden kannalta valitteluun saattaa-kin olla syytä, mutta on pinnallista valitella välttämättömyyttä, ja kenties *syytellä* siitä parlamenttia.) Jos meidän aikanamme säädännäisessä tai tavanomaisessa oikeudessa havaitaan aukko, voidaan se varsin joustavasti lainsäädäntöteitse poistaa: nykyisen *oikeustajunnan* vastaista olisi, jos pitemmän aikaa havaitun puutteen johdosta ei ryhdyttäisi toimenpiteisiin. Toisin 1600- ja 1700-luvulla: silloinen oikeustajunta vain vastahakoisesti suostui tunnustamaan selvästi *uusia* oikeusnormeja: aukkotapausten täyttäminen verhottiin — tämä on silloiselle oikeustajunnalle kuvaavaa — »*lainselitysten*» vaippaan.

Kuninkaalliset kyselyjen johdosta annetut *lainselitykset* täyttivät saman käytännöllisen tehtävän kuin meidän päivinämme korkeimpien oikeusinstanssien lainkäyttö. Tuo lainkäyttö julkaistaan nykyään *systematisoituna* painosta; tuomareilla on mahdollisuus tutustua siihen. Entisaikaan ei sensijaan näin tapahtunut: alemmat oikeudet saivat tietoonsa ylimmän instanssin antamat ratkaisut vain aivan sattumalta. Oikeudenkäytön yhtenäisyyden tärkeä intressi (oikeusvarmuus) oli käsittääksemme kyselyinstituutin perimmäisenä syynä. Siihen vetoavat nimenomaan useat kuninkaalliset kirjeet. Niinpä Kongl. May:tz Re-

solution och Förklaring öfwer Lagsens rätte förstånd uti åtskillige mål, angående giäldz betalning emellan Ähta Folck, samt Debitorers sökte anstånd och befrielse 28/5 — 1687 lausuu: »Sedan Hans Kongl. May:t hafwer förstätt, at uti Domstolarne och hos Executorerne förefallit skilliachtige meningar om efterföljande ärender: Så hafwer Hans Kongl. May:t til förekommande af slikt twifwelsmål och olikhet . . . ».¹⁶

Valaisevia ovat jälkeen vuoden 1809 keisarille tehtyjen kyselyjen johdosta annetut vastaukset, niistä kun selvästi ilmenee, että hovioikeudet perustelivat kysymyksiään juuri oikeudenkäytön yhtenäisyyden intressiin vetoamalla. Niinpä keisari Turun hovioikeudelle 29/5 — 1835 osoitetussa vastauskirjeessä, selostettuaan mitä kysymys koski, jatkaa: »Och hafwen I, i anseende dertill, samt då genom sådan stridighet i meningarne skulle inträffa, att I, uti lika beskaffade mål, haden, angående berörde omständighet, stannat i olika slut, till winnande af enhet i Lagskipningen (harv. meidän) i underdånighet hemställt, huru . . . ».¹⁷ Oikeudenkäytön yhtenäisyyden tehostamisella kyselyinstituutti edisti kansalaisten tasa-arvoa lain edessä, jota Ruotsi-Suomessa vanhastaan pidettiin tärkeänä intressinä. Kunink. kirje Svean hovioikeudelle 14/11 — 1684 lausuu tehdyn kyselyn johdosta: » . . . wilje Wij Oss theröfwer straxt uti nåder förklara, på thet hwar och en måtte hafwa wisshet om lagsens rätta förstånd, och alle Wåre trogne undersåtare wederefahras lijka och enahanda rätt . . ». Samaa näkökohtaa korostaa A b r a h a m s s o n maanlain kommentaarissaan.

Oikeudenkäytön yhtenäisyyden tarmokkaaseen tehostamiseen kyselyjärjestelmän avulla oli sitäkin enemmän aihetta, koska säädännäisten oikeuslähteiden tila ennen 1734 vuoden lain voimaantuloa teki oikeudenkäytön pirstoutumisen vaaran hyvin suureksi. Vuonna 1729 ilmestyneessä Inledning til then svenska jurisprudentiam civilem-teoksessaan N e h r m a n (s. 63) lausuu: »Finnes hwarken i Lagboken

¹⁶ Ks. lisäksi esim. kirjettä eräälle (tuntemattomalle: »N. hofrätt») hovioikeudelle 17/8 — 1738, jossa todetaan, että hovioikeus on huomauttanut havainneensa erilaisuutta niitä rangaistaessa, jotka juopuneina häiritsevät jumalanpalvelusta; Kunink. selitys 23/3 — 1807 mainitsee johtolauseessaan, että kuningas on koettanut »widtaga sådane författningar, hwarigenom Wi förmodat werksamhet, ordning och säkerhet kunna utspridas til alla delar af Lagskipningen».

¹⁷ Keis. selitys 1/10 — 1839: » . . . till winnande af enhet i Lagskipningen . . . »; Keis. selitys (Turun hovioikeuden kyselyn johdosta) 11/12 — 1829: » . . . hafwen I, för att winna enhet och öfwerensstämmelse i de åtgärder I uti dylike mål framdeles kunnen komma att widtaga, i underdånighet öfwerlämnat i frågawarande ämne till Wår Nådiga pröfning . . . »

heller i Kongl. Förordningar något föreskrefwit om thet ärendet man för händer hafwer («Lagboken» = maanlaki tai kaupunginlaki), är thet lofgifwit, at taga sin tilflycht til gamla Lagarna (siis maakuntalait: huomaa partikularismin vaara): Ty ehuruväl K. Christopher i sin Stadfästelse på Landz Lagen förbudit at dömma efter thessa gamla Lagar: så äro the likwäl wid then händelsen, som nyss sades, åter wordne antagne uthi Carolii IX. Stadfästelse på Landz Lagen d. 20. Decemb. 1608». (Vrt. myös Bergman: Översikt av svensk rättsutveckling s. 11). Partikularismin vaaraa tosin jonkun verran vähensi, että tuomioistuimet maanlain vaietessa olivat oikeutetut ja velvolliset turvautumaan kaupunginlakiin,¹⁸ mutta valtakunnan oikeudenkäyttö kaipasi kuitenkin kuninkaan lujaa yhtenäistävää valvontaa, jota tämä harjoitti kyselyjen johdosta antamiensa vastausten, lainselitysten, avulla.

Tuomarin itsenäinen harkintaoikeus ja -velvollisuus, sellaisena kuin voimassaoleva oikeutemme sen tunnustaa, edellyttää *ammattitaitoisen tuomarikunnan*. Ruotsin ja Suomen oikeudenkäyttöön oli tässä suhteessa päässyt pesiytymään vaikeasti voitettavia epäkohtia: surullisenkuuluista lainlukijajärjestelmä teki kyselyinstituutin välttämättömäksi, sillä valtakunnan oikeudenhoito olisi muuten joutunut sietämättömään kaaokseen. Kuningas koetti valtakunnan oikeudenkäytön ylimpänä valvojana tehdä parhaansa tuomarikunnan ammattitaidon kohottamiseksi, mutta kyselyinstituutti oli silti edelleen tarpeellinen.¹⁹

¹⁸ Kunink. kirje Turun hovioikeudelle 28/1—1654. — — Ks. myös Abrahamsson: Maanlain kommentaari.

¹⁹ Kuninkaallinen plakaatti kihlakunnantuomarien viransijaisista 25/5—1678 sääsi, ettei kihlakunnantuomari saanut määrätä itselleen sijaista ellei sijainen sitä ennen »uti någonthera af Wåre Hofrätter är presenterader, och utaf then samma til Domare-ämbetet förfaren och dugelig bepröfwad blefwen». Kaikille hovioikeuksille osoitettu kirje 30/6—1681 sääsi, että kihlakunnantuomarilla oli oikeus käyttää sijaista vain laillisen esteen sattuessa: näin viran menettämisen uhalla. Svean, Götan ja Turun hovioikeuksille 18/11—1684 osoitettu kirje määräsi, että laamannit ja kihlakunnantuomarit saivat käyttää sijaista vain laillisen esteen sattuessa. Kaikille hovioikeuksille osoitettu kuninkaallinen kirje 21/11—1694 sääsi, että kihlakunnantuomarien sijaisia määrättäessä oli otettava huomioon *yksinomaan* näiden pätevyys. Kuninkaallinen asetus 10/3—1749 sääsi, että opiskelijat, jotka aikoivat oikeudenkäyntilaitoksen palvelukseen, olivat velvolliset hankkimaan yliopistosta todistuksen taidostaan. Kirje kaikille hovioikeuksille 11/2—1774 laamannien ja kihlakunnantuomareiden virkavapaudesta määräsi, että virkavapautta saatiin myöntää vain laillisen esteen sattuessa, ja tuli lääkärintodistuksen, jolla virkavapauspyyntöä perusteltiin, olla valalla vahvistettu. Kirje kaikille hovioikeuksille 3/12—1799 sääsi, etteivät kihlakunnantuomarien viransijaiset saaneet olla 21 vuotta nuorempia. — — Ks. lisäksi J. Forsman: Suomen lainsäädännön historia.

VI. YLEISIÄ NÄKÖKOHTIA: MIELIVALLAN VÄLTÄMINEN JA HARKINTAPAKKO.

Mielivalta ja sen välttämisen takeet: Tuomarin aukkoharkinnan perusohjeena on mielivallan välttäminen. Tuolla prinssiipillä on oikeudessamme vankat syvälle historian maaperään imeytyvät juuret. Jo keskiajalla oli tuomaria nimenomaan kielletty harjoittamasta mielivaltaa.¹ Tuomarinohjeet puhuvat tuomarista joka »haffuer wilia til at döma Rätt, och ransakar grant effter sitt yttersta Förstånd om Rätten»,² ja ne velvoittavat tuomarin aukkotapauksissa, kuultuaan uskottujen miesten neuvoa, ratkaisemaan »effter sitt yttersta Förstånd och Samwit».³ Tuomarinvalain kaavat 1600-luvulta ovat niinikään valaisevat. Oikeudenkäyntiprosessi vuodelta 1615 vannotti tuomareita: »wij wele efter wårt bäste, ytterste och högste Förstånd — — — och uthan något anseende til Personen, optaga, ransaka, skärskoda och dömma alle the Saker som för Rätta komma kunna.» Hovioikeuksille osoitetussa kuninkaallisessa kirjeessä helmikuun 11 päivältä 1687 kuuluu tuomarinvala: »... jag wil efter mitt bästa, yttersta och högsta förstånd döma». Lakikomission ehdotus oikeudenkäymiskaa-reksi vuodelta 1723 sääsi 1 §:ssä: »Domare äger wete lag och rätt, och eed thenna swärja: Jag låfwar och swär att jag will och skall uti alla domar rätt giöra och döma effter Gudz och Sweriges lag och stadgar och efter mitt bästa samwete . . .». Lakiehdotus lisäsi vielä samassa pykälässä: »Och ej må han effter egen godtyckjo döma», sekä määritteli 17 luvun 1 §:ssä *tuomiovirheen* seuraavasti: »Thet är domwilla, när man fäller sådan dom, som i lag och rätt ingen grund hafwer, och således ej bestånd äga kan». (Vrt. myös kunink. kirjettä

¹ J. J. Nordström: Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia II s. 586.

² Johdanto.

³ Ohjeiden 39 kohta.

Svean hovioikeudelle 18/4 — 1676: »efter lag och bästa sitt förstånd och samvete . . »).

Mielivallan estämiseksi velvoitettiin tuomarit tarkoin *perustelevaan* ratkaisunsa: tätä teroitettiin useissa kuninkaallisissa kirjeissä 1600-luvulla. Kaikille hovioikeuksille ja muille ylioikeuksille osoitettu kunink. kirje tammikuun 13 päivästä 1685 määräsi »at alle skiäl införas i Domar och Resolutioner», ja kunink. kirje kesäkuun 30 päivästä 1687 velvoitti hovioikeudet valvomaan, että kaupunkien pormestarit ja neuvosmiehet perustelivat tuomionsa: »alla skiälens uti theras Domar och Resolutioner böra införas . . »). Kuninkaallinen asetus marraskuun 29 päivästä 1689, joka vahvisti kamari- ja kauppakollegioissa, kamari-revisiossa sekä tulli- ja aksiiioikeuksissa noudatettavan prosessijärjestyksen, velvoitti tarkoin perustelevaan päätökset: »alla rationes dubitandi och decidendi med klara och tydelige ord», »domen med Skiälens ther i . . »).⁴ Mielivallan ehkäisemistä edisti myös aikaisemmin selostamamme kyselyinstituutti. Lisäksi useat kuninkaalliset kirjeet 1600-luvulta kieltävät tuomioistuimia »arbitroimasta». Lakikommission ehdotus oikeudenkäymiskaareksi vuodelta 1717 sääsi 1 luvun 2 §:ssä: »Lag är dommarens rättesnöre, therför skal han icke döma efter eget godtyckio . . »).

Voimassaolevan oikeutemme mielivaltaa koskevat säännökset sisältyvät 1734 vuoden lain oikeudenkäymiskaaren 1 lukuun, jonka 11 § säättää: »Domaren skal noga pröfva Lagens rätta mening och grund, och ther efter döma; men ej theremot, efter egen godtycko.» Saman luvun 7 §:ään otetussa tuomarinvalassa vannoo tuomari: »... at jag vil och skal, efter mitt bästa förstånd och samvete, i alla domar rätt giöra . . »).

Käydessämme edellä esitetyn perusteella selvittämään *mitä mielivallalla on ymmärrettävä*, toteamme aluksi merkillisyytenä, että eurooppalainen oikeusteoria varsin vähän on kiinnittänyt huomiota itse mielivallan käsitteen selvittämiseen. Kielellisesti näyttää meistä sana »mielivalta», »godtycke» viittaavan subjektiiviseen, enemmän tai vähemmän tunnepitoiseen kannanottoon kysymyksessä, joka oman laatusensa nojalla olisi ratkaistava objektiivisten kriteerioiden nojalla. (Kuten myöhemmin tulemme näkemään, on tällaisena kriteeriona aukkotapausta harkittaessa oikeusjärjestys ja yhteiskunnallinen todelli-

⁴ Ks. myös W. Uppström: Öfversigt af den svenska processens historia, Stockholm 1884 s. 144 sekä Kongl. Bref til Dorpts Hofrätt 26/1 — 1683.

suus kokonaisuudessaan). Näin käsittäänee mielivallan myös Donati (Lacune s. 255): »personale subiettivo senso del giusto»; hän siis korostaa subjektiivisuutta ja tunnetta (senso). Burckhardt (Lücken s. 94) kuvaa mielivaltaa: »die subjektive Willkür (oder das subjektive Werturteil)», ja K. Heinsheimer⁵ lausuu tuomarista: »er muss sich frei halten von Meinungen und Wollungen, Neigungen und Abneigungen, kurz von Vorurteilen, die ihn im subjektiven befangen halten würden».

Lars Fr. Lind määrittelee erinomaisessa teoksessaan »Domarens pröfning efter Sveriges Lag» (s. 14) mielivallan seuraavasti: »Att döma efter godtycke sker, då man går utom de gränser Lagen utstakat för Domarens pröfning. Ehvad sådant förorsakas af passioner, såsom kärlek eller hat, fruktan eller djerfhet, högmod eller förakt, medlidande eller hårdhet, girighet efter egen vinning eller frikostighet med sin embetsförvaltning m.m.; eller af okunnighet, vårdslöshet eller andra sinnets oförmögenheter — — —» (Vrt. s. 22). R. A. Wrede lausuu OK:n 1:11 tulkitessaan:⁶ »Sin subjektiva uppfattning af det rätta och sin naturliga känsla af billighet får han (tuomari) icke ställa öfver lagens tydliga mening.»

Miksi tuomari ei saa harjoittaa mielivaltaa? Tutkijat pitivät tavallisesti itsestään selvänä, ettei tuomari saa aukkotapauksissakaan harjoittaa mielivaltaa, mutta eivät kysy, *miksi* näin on. Donatin mukaan (Lacune 260) mielivaltainen tuomitseminen johtaa siihen, että samanlaiset tapaukset ratkaistaan erilaisten normien mukaan, ja tämä on *oikeellisuuden* vastaista, joten mielivalta ei ole sallittu. Samaa tarkoittanee Hermanson⁷ lausuessaan, että mielivaltakiellon »voimassaolemisen perusteena on, että tämän vaatimuksen täytyy katsoa kuuluvan objektiiviseen pyhään järjestykseen, joka on kaikkien elämän ja toiminnan ehto».

Erityisen kiintoisa pohjoismaiselta kannalta on Gmür'in ja Reichel'in perustelu, joka lähtee sveitsiläisen oikeuden pohjalta. Heidän mukaansa *demokraattisen* yhteiskunnan oikeusjärjestys ei voi sallia mielivaltaa. Tässä mielessä he myös ymmärtävät Sveitsin siviililakikirjan kuuluisan 1 §:n toisen momentin, jonka mukaan tuomarin, säädännäisen ja tavanomaisen oikeusnormin puuttuessa, tulee ratkaista

⁵ Von der Unabhängigkeit der Gerichte s. 34.

⁶ Försök till tolkning af 1 kap. R.B. s. 45.

⁷ Oikeus ja uskonnolliset totuudet s. 221.

sellaisen säännöksen mukaan, jonka hän lainsäätäjänä tapausta varten asettaisi. »Maassa jossa kuten meillä laajat kansankerrokset osallistuvat hallintoon ja lainsäädäntöön, tietää jokainen järkevä mies ja ennen muuta jokainen oikea tuomari, mistä lainsäädännössä on kysymys», lausuu G m ü r,⁸ viitaten sillä sveitsiläiseen kansanäänestysinstituuttiin. H a n s R e i c h e l huomauttaa samasta Sveitsin siviililakikirjan kohdasta: »Se ei luonnehdi ainoastaan siviililakikirjaa, vaan sveitsiläisen valtion henkeä yleensä. — — Niistä saksalaisista, jotka ylvästellen tuomitsevat kansanvaltaisen tasavallan, vain anihärvät edes aavistavat, mitä demokratia ylimalkaan merkitsee.»⁹ Meistä on ilmeistä, että Gmürin ja Reichelin esittämä perustelu pätee myös Ruotsin ja Suomen oikeudessa: oikeushistoria osoittaa, että Suomen ja Ruotsin kansat eivät ole alistuneet diktaattorin mielivaltaisista piiskaniskuja sietämään. Ruotsin kuningas ei milloinkaan, ei edes lyhyen n.s. itsevaltiuden aikana, katsonut olevansa lain *yläpuolella*, vaan *lain alainen*.¹⁰ Kun kuningas tuomiovallan ylimpänä haltijana oli oikeuden alainen eikä sen yläpuolella, oli *selviö*, että alemmat tuomiovallan harjoittajat samoin olivat oikeuteen sidottuja, t.s. että he eivät saaneet harjoittaa mielivaltaa.

Paitsi edellä esitettyjä oikeellisuuteen ja demokratian olemukseen nojaavia mielivallan kieltämisen perusteluja voidaan tuota kieltoa perustella sillä, että tuomari oikeusyhteisön orgaanina on velvollinen orgaaniasemassaan torjumaan subjektiiviset mielijohteet ja tuomitsemaan objektiivisten mittojen mukaan. Sellaisissa diktatuurijärjestelmissäkin, joissa valtiovalta on kokonaan keskittynyt yksiin käsiin, tulee tuomarien, jotta ei valtiokoneisto joutuisi sekasorron valtaan, ratkaisuisissaan noudattaa objektiivisia kriteerioita. (Eri asia on, että diktatuurijärjestelmä voi velvoittaa tuomarin noudattamaan valtionjohdon antamia hallintokäskyjä, ja siten toimimaan valtionjohdon harjoittaman mielivallan välikappaleena.) R a s e l l i¹¹ johtaa mielivallan

⁸ Die Anwendung des Rechts s. 108.

⁹ Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches s. 341.

¹⁰ Mainittu perustavan tärkeä oikeusprinsiippi ilmenee selvästi edellä kyselyinstituutin historiaa selostettaessa referoiduista kuninkaallisista kirjeistä, joissa kuningas nimenomaan teroitti, että hänen lainselityksiään oli noudatettava *ainoastaan* mikäli ne *eivät* olleet ristiriidassa voimassaolevan oikeuden kanssa. Kuningas tunnusti siis olevansa erehtyväinen. — — Ks. myös J. J. Nordström: Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia I s. 51: »Konungens makt var ... inskränkt. Godtycket blott som sådant erkändes icke.»

¹¹ Il potere discrezionale del giudice civile I s. 194.

kieltämisen juuri siitä, että tuomari on valtion elin: valtioelämän perusvaatimuksiin kuuluu, että valtion orgaanit eivät harjoita mielivaltaa virkatoiminnassaan. Samoin ajattelee Heilbron:¹² »Der Begriff der Pflichtgemässheit ist überall einzusetzen, wo überhaupt von Staats-tätigkeit die Rede ist», ja Viggo Bentzon (Almindelig Retslaere s. 55) toteaa, että tuomari, samoin kuin muutkin virkamiehet, on velvollinen *virkasuhteensa* nojalla toimimaan oikeusjärjestyksen hengen mukaisesti. Suomen positiivisen oikeuden kannalta huomattakoon Hallitusmuodon 92 §:n 1 momentti, jonka mukaan kaikessa virkatoiminnassa on laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin lakia noudatettava: tämä lainkohta lausuu julki *oikeus*valtion perusperiaatteen (jota 2. mom. ei järkytä).

Tarkasteltuamme edellä mielivallan käsitettä ja mielivallan kieltämisen syitä, ryhdymme selvittämään *mielivallan välttämisen takeita*. Ensi sijalla on mainittava tuomaria vastaan ajettava virkasyyte, josta 1734 v:n lain oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 12 § sääsi: »Fåller Domare orätt dom af uppenbar vårdslöshet, eller oförstånd; miste embetet aldeles, eller til viss tid, eller böte med penningar til treskiftes, alt efter omständigheterna, och fyller allan skada. Gör han thet upsåteliga, af hat och illvilja, eller för vänskap, eller muto och vinning; miste embetet, och få thet aldrig åter, gälde ock skadan, och muta gånge til the fattiga.» Rikoslain 40 luvun 2 §:n 1 mom. sensijaan säättää: »Jos tuomari tahi muu virkamies *tahallansa* tekee vääryyttä tuomitessaan tai päättäessään, erotettakoon . . .». Vuoden 1734 laki rankaisi myös *tuottamuksellisen* tuomiovirheen, joskin tuottamuksen tuli olla »uppenbar» (tietenkään ei 1734 vuoden lain tahallisuus- ja tuottamuskäsitteitä saa identifioida nykyisen rikosoikeustieteen vastaavien käsitteiden kanssa, vaan on 1734 vuoden lain rikosoikeudelliset peruskäsitteet selvitettävä tarkan oikeushistoriallisen tutkimustyön avulla). Mutta joskaan tuottamuksellinen tuomiovirhe nykyisen rikoslakimme mukaan ei ole rangaistava, on tuomari sellaisessa tapauksessa vahingonkorvausvelvollinen. Takaavatko OK 1: 12 ja RL 40: 2; 1 vääryyttä kärsineelle todella tehokkaan oikeusturvan kaikissa tapauksissa? Jos tuomari *aukkotapauksessa* on antanut mielivaltaisen ratkaisun, niin miten voidaan häntä vastaan ajetussa virkasyyte- ja vahingonkorvausjutussa *näyttää toteen*, että tuomio on oikeudenvastainen? Jos tapaus olisi »tavallinen», siis ei aukkotapaus, olisi suhteellisen helppoa todis-

¹² Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters s. 37; vrt. 38, 39, 42, 55, 88.

taa, että tuomari on ratkaistessaan rikkonut määrättyä säädännäisen tai tavanomaisen oikeuden normia vastaan. Mutta aukkotapauksessaan määrättyä formuloitua säädännäisen tai tavanomaisen oikeuden normia *ei ole* olemassa. Kuinka siis voidaan luotettavasti *todeta*, että tuomari on »tehnyt vääryyttä» tuomitessaan, että hänen ratkaisunsa on »orätt Dom»? Siihen *ei* riitä, että näytetään tuomarin aukkotapausta harkitessaan menetelleen mielivaltaisesti, sillä voihan itse ratkaisu silti — onnellisen sattuman johdosta — tulla oikea. *Itse tuomion* tulee olla väärä, *ei* riitä, että sen harkinnassa on menetelty oikeudenvastaisella tavalla. Tuomari *ei* siis RL:n 40 luvun 2 §:n nojalla voi tulla langetetuksi rangaistukseen vain sen perusteella, että hän on aukkoharkinnassaan harjoittanut mielivaltaa. Mutta jos voidaan näyttää, että *aukkoratkaisu* on vastoin luotettavaa lainanalogiaa tai vastoin yleisiä positiivisen oikeuden periaatteita, on tuomari korvausvelvollinen, sekä — jos ratkaisun oikeudenvastaisuus oli tahallinen — myös rangaistukseen syypää. (Judikatuurin ja tietoisopin vastaisista aukkoratkaisuista ks. asianomaisia teoksemme lukuja.)

Mielivallan välttämisen takeena toimii myös OK 24:3, jonka mukaan tuomiot ovat *perusteltavat*. »All dom bör fästas på skiäl och lag, och ej på godtycko», ja on tuomiossa mainittava »then lag, ther å slutet grundas.» Erittäin tärkeätä on *todeta*, että mainittu lainkohta koskee *myöskin aukkotuomioiden* perustelua.¹³ Sana »lag» on tässäkin (vertaa Tuomarinohjeet, johdanto) tulkittava laajassa mielessä, *oikeutta yleensä* merkitsevä. Oikeusjärjestyksemme hengen vastaista on tulkita OK 24:3:n säännöstä tuomioiden perustelusta siten, että mainittu lainkohta muka määrää perustelemaan tuomion vain siinä tapauksessa, että formuloitu säädännäisen tai tavanomaisen oikeuden normi tapausta varten todella on olemassa, ja että näinollen aukkotapauksissa, joissa tuollainen formuloitu normi puuttuu ja siis »then lag, ther å slutet grundas» muka *ei ole* olemassa, tuomari saisi jättää ratkaisunsa perustelematta. Totesimme edellä, että oikeutemme *aina* on kieltänyt mielivallan harjoittamisen tuomittaessa, ja tämä oikeushistoriallinen näkökohta johtaa meidän omaksumaamme tulkintaan. Juuri aukkotapauksissa mielivallan harjoittamisen vaara on suurin, aukkotapauksissa enemmän kuin muulloin vaaditaan takeita mielivaltaa vas-

¹³ O. Hj. Granfelt ja U. J. Castrén: Yleisen alioikeuden, maanjako-oikeuden ja välimiestuomioistuimen ratkaisuja, pöytäkirjoja ja prosessitoimia s. 7—8.

taan. Tulkintaamme eivät siis tue yksin oikeushistorialliset näkökohdat, vaan yhtä paljon nykytärkeät järjestyneen oikeusyhteisön tarpeet.

Käytännössä on kuitenkin huomattavissa vastakkainen ja täysin ymmärrettävä tendenssi. Oikeudet eivät halua *sitoo* käsiään tulevien tapausten ratkaisuun nähden. Jos tuomioistuin aukkotapauksen ratkaisun perustelussa yksityiskohtaisesti formuloi sen (muodostamansa) normin, jonka perusteella ratkaisu tapahtui, on saman tuomioistuimen *de facto* vaikeata poiketa tuosta oikeusnormista uuden samanlaisen tapauksen sattuessa. Poikkeaminen ei yksin vaarantaisi tuomioistuimen arvovaltaa, vaan loukkaisi myös vallitsevaa oikeustajuntaa, jonka mukaan samanlaiset tapaukset ovat samalla tavalla tuomittavat. Tästä johtuu, että esim. KKO aukkotapauksia ratkaistessaan hyvin usein jättää ratkaisunorminsa nimenomaan formuloimatta. Sensijaan KKO tällaisissa tapauksissa referoi ratkaisun pohjana olleet *faktat* niin tarkoin ja nimenomaan *sellaisella tavalla*, että referaatista voidaan päätellä, *mikä* oli ratkaisun pohjaksi pantu normi. Mutta mainittu päätely ei sisällä ehdotonta varmuutta: KKO ei siis ole sitonut itseään tulevien tapausten varalta. KKO haluaa täten yhdistää oikeudenkäytön joustavuuden ja oikeusvarmuuden.

Kun laki välimiesmenettelystä 4 p:ltä helmikuuta 1928 18 §:ssään säätää, että välimiehet toimivat tuomarin vastuulla, ja että heidän on perustettava ratkaisunsa siihen, minkä he harkitsevat oikeuden ja kohtuuden vaativan, merkitsee tämä mielivallan ehdotonta kieltämistä. Sanat »oikeuden ja kohtuuden» on luettava *yhdessä*, nimenomaan merkityksessä »oikeuden *sekä samalla* kohtuuden», ei suinkaan merkityksessä »oikeuden *tai* kohtuuden». Välimieslaki antaa suuremmat mahdollisuudet kohtuusnäkökohtien huomioonottoon in casu kuin mitä oikeusjärjestyksemme myöntää vakinaiselle virkamiestuomarille. Mutta, kuten laki sanoo, välimiehet toimivat tuomarin vastuulla, he toimivat siis *tuomareina*, valtion orgaaneina, joilta mielivallan harjoittaminen on kielletty. Välimiesoikeuksien ratkaistavista asioista on huomattavan suuri osa aukkotapauksia (kauppa-oikeutemme esim. on tavattoman aukollista). Että välimiehet *soveltavat* voimassaolevaa, joskin usein formuloimatonta *oikeutta*, ilmenee epäsuorasti siitä, että välimiesoikeuksien päätökset toisinaan julkaistaan painosta kuin pre-judikaattikokoelma ainakin (esim. Keskuskauppakamarin välityslautakunnan valaisevat ratkaisut).

Tärkeänä mielivallan välttämisen takeena on vihdoin mainittava

itse *prosessin rakenne*. Oikeudenkäynnin tarkka säännösteleminen suureksi osaksi pakottavilla ja ankaran muodollisilla normeilla tarkoittaa juuri mielivallan estämistä. Tämä ei koske vain nykyaikaista prosessia, vaan aivan yhtä suurella, kenties suuremmassakin määrässä vanhaa tavattoman muodollista germaanista ja muinaisruotsalaista oikeudenkäyntiä. Nykyaikaisessa prosessissa pyrkimys aineelliseen totuuteen esiintyy korostetumpana kuin muinaisruotsalaisessa (syynä muutokseen ennen muuta yhteiskunnan taloudellisen struktuurin muuttuminen), mikä on omiaan lieventämään muodollisuutta. — — On kuitenkin tarkoin huomattava, ettei prosessinormien noudattaminen aukkotapauksen käsittelyssä vielä sellaisenaan ole ehdottomana takeena mielivaltaista päätöstä vastaan. On ajateltavissa, että tuomari täysin laillisen käsittelyn jälkeen, huomattuaan ettei ratkaistavaa tapausta varten ole olemassa formuloitua säädännäistä tai tavanomaista oikeusnormia, antaakin mielivaltaisen (esim. pelkkään »kohtuuteen» nojautuvan) päätöksen. Prosessin rakenteen merkitys mielivaltaisten päätösten estämisen takeena on etupäässä *psykologista* laatua: jos tuomari aukkotapauksen käsittelyssä noudattaa laillisia muotoja, hän jouuu sellaisen henkisen *asennoitumisen* valtaan, että mielivaltaisen päätöksen antaminen on psykologisesti epätodennäköistä. Mielivaltaisen päätös merkitsisi tällaisessa tapauksessa hyppäystä objektiivisesta oikeudellisesta harkinnasta subjektiivisuuteen. Sentähden onkin Rudolf Laun¹⁴ oikeassa huomauttaessaan, että jo kaikessa virkatoiminnassa noudatettavat muodollisuudet ja ennen muuta kompetenssinormien tarkka seuraaminen ovat takeena valtion elinten harjoittamaa mielivaltaa vastaan. Erityisesti tämä pitää paikkansa prosessiin nähden.

Olemme edellä tarkastelleet eräitä takeita tuomarin mielivaltaa vastaan: virkasyytettä, tuomioiden perustelemispakkoa sekä oikeudenkäynnin rakennetta. Mainitut takeet eivät kuitenkaan ole riittävät: eikö niiden lisäksi voida osoittaa muita tekijöitä, jotka nykyajan oikeusyhteisössä ehkäisevät mielivallan harjoittamista aukkotapausten ratkaisussa?

Donato Donati katsoo,¹⁵ että jo tuomitsemisaktin *loogillinen* rakenne sellaisenaan (päätelmä) on takeena mielivallan harjoittamista vastaan. Samaa näkökohtaa korostavat voimakkaasti O. H. J. Granfelt ja U. J. Castrén (»Ratkaisuja», johdanto). Uudemmat tutki-

¹⁴ Le pouvoir discrétionnaire s. 40.

¹⁵ Lacune s. 189; vrt. s. 192.

mukset oikeuden soveltamisen loogillisesta luonteesta (esim. Benedetto Croce ja Horváth) ovat vahvasti horjuttaneet syllogismitheoriaa. Omasta puolestamme emme katso, että muodollisloogilliset näkökohdat sellaisenaan takaisivat mielivallan estämisen. Hedelmättömänä on pidettävä W. Jellinek'in ehdottamaa taetta (Verwaltungsrecht s. 155), jonka mukaan tuomarin aukkotapauksessa on kysyttävä itseltään: »Wie würde sich wohl nach den herrschenden Anschauungen und Strömungen ein Gewohnheitsrecht über den Fall gebildet haben, wenn dazu Gelegenheit gewesen wäre?» Epäkäytännöllisempää ehdotusta tuskin voidaan kuvitella. Paljonkaan parempi ei ole H. Nawiaskyn ehdotus,¹⁶ jonka mukaan tuomarin aukkotapauksessa on ratkaistava »so, wie seiner nach bestem Wissen und Gewissen geschöpften Überzeugung nach sein Auftraggeber bestimmt hätte»; miten voidaan todeta, mitä tuo mystillinen toimeksiantaja »olisi» määrännyt? Liian epämääräisenä on myös pidettävä K. Gareis'in ehdottamaa taetta: tuomarin on aukkotapauksessa seurattava »das soziale Massenempfinden»iä.¹⁷

Oman ryhmänsä muodostavat ne tutkijat, jotka kokonaisuuden edusta tai oikeellisuudesta etsivät takeita aukkotapauksissa harjoitettavaa mielivaltaa vastaan.¹⁸ Tulemme myöhemmin yksityiskohtaisesti osoittamaan, että yhteiskunnan etu ja oikeellisuus ovat liian epämääräisiä käsitteitä kelvatakseen tuomarin aukkoharkinnan pohjaksi.

Toiset etsivät mielivallan vastaisia takeita niistä näkökohdista, joiden ilmauksena Sveitsin siviililakirjan 1 artiklan 2 mom. on. Olemme jo edellä maininneet, että tuomarin tuon lainkohdan mukaan aukkotapauksissa tulee ratkaista normin mukaan, jonka hän lainsäätäjänä sellaista tapausta varten asettaisi. Sveitsin siviililakirjan henkinen isä Eugen Huber katsoo (Recht und Rechtsverwirklichung s. 354—355), että tuon säännöksen tarkoituksena juuri on mielivallan

¹⁶ Norm, Idee, soziale Tatsache im Recht s. 332.

¹⁷ Vom Begriff Gerechtigkeit s. 34. — Mainitun takeen riittämättömyydestä sattuvasti Kivimäki DL 1921 s. 383—384.

¹⁸ Yhteiskunnan etuun turvautuvista on ennen muita mainittava Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 230; häntä vastaan sattuvasti Jèze sit. A. Piot: Droit naturel et réalisme s. 22. Oikeellisuudesta taasen etsivät taetta esim. W. Burckhardt: Lücken s. 94, Hans Reichel EinlZGB s. 332 ss. sekä suomalaisista tutkijoista Sipilä: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne s. 254: »oikeuden aineellinen tarkoitus». Sipilällä tuo käsite kuitenkin esiintyy vahvalle sosiologiselle pohjalle rakentuvana (s. 252), onpa metafyyssillinen aines — tätä pidämme erinomaisena ansiona — suorastaan turgettu taka-alalle.

estäminen. Jos tuomari ei aukkotapauksessa saa vakiintuneesta oikeuskäytännöstä eikä oikeustieteestäkään johtoa, »so kann er nur noch seiner Überzeugung folgen, und was hiefür ihm als Anweisung gegeben zu werden vermag, besteht einzig darin, dass gesagt wird, er habe den Fall *nicht* nach Willkür, nach dem augenblicklichen Eindruck der Umstände, nach Mitleid, Entrüstung oder persönlicher Neigung zu entscheiden, sondern so, als würde er gleich dem Gesetzgeber den Satz formulieren, um ihn dann auf den Fall anzuwenden, der seines Urteils harrt.» Ja Huber jatkaa: »Ist nun hiemit etwas gewonnen? Für die Fassung der konkreten Rechtsregel gar nichts, aber für die formale Klärung und Festlegung des Verhaltens des Richters alles, was möglich ist. — — — Vor allem ist im Gedanken festzuhalten, dass der Richter formell *nur Recht und stets Recht* anzuwenden hat.»¹⁹ Käytännöllisen oikeuselämän tarpeita herkästi vaistoava Heck toteaa niinikään, että Sveitsin siviililakikirjan aukkotapauksia varten omaksuma normi ja sen pohjana olevat näkökohdat ovat arvokkaana takeena mielivaltaa vastaan. Katsoopa hän, että sveitsiläinen normi »der Sache nach» on myös saksalaisia tuomareita velvoittava (Interessenjurisprudenz s. 21). Lucien-Brun²⁰ lausuu Gmür'iin yhtyen, että useinmainittu säännös on Kantin kategoorinen imperatiivi oikeuden alalle siirrettynä (Eugen Huber oli saanut vahvoja vaikutteita Kantin filosofiasta ja oli henkisessä vuorovaikutuksessa Stammler'iin). Toinen sveitsiläisen oikeuden perinpohjainen tuntija Alfred Martin toteaa niinikään, että mainitsemamme säännös »sisältää hyvin syvällisen ajatuksen» tähdätessään mielivallan ehkäisemiseen.²¹

Näinollen ei ole ihmeteltävää, että Karl Heinsheimer puhuu »tuomarinviran kategoorisesta imperatiivistä», ja formuloi tuon imperatiivin seuraavasti: »Tuomitse siten, että voit tahtoa tuomiosi perustana olleen ohjeen kaikkia tuomioistuimia velvoittavaksi.»²² Tuo sana onta vie ajatuksemme välittömästi Carl Schmitt'in tunnettuun sääntöön, jonka mukaan mielivallan välttämisen kriteeriona on pidettävä huolelliseen harkintaan perustuvaa vakaumusta siitä, että jokainen muukin tuomari samassa asiassa antaisi samanlaisen päätöksen.

¹⁹ Samoin Gmür: Die Anwendung des Rechts ... s. 107.

²⁰ Le rôle et les pouvoirs du juge dans le code civil suisse s. 24.

²¹ A. Martin: Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le code civil suisse s. 20.

²² Von der Unabhängigkeit der Gerichte s. 35.

Tätä tarkoittaa H a g e r u p (Oikeus ja kulttuuri s. 31) sanoessaan, että tuomarin »täytyy koettaa asettaa sellainen sääntö, että se sopii sovelutettavaksi kaikkiin samanlaisiin tapauksiin». Carl Schmittin säännön johdosta on tietenkin todettava, ettei tuomari koskaan voi luotettavasti *selvittää*, miten toiset tuomarit esilläolevassa aukkotapauksessa ratkaisivat. Mutta tuo sääntö vaatii tuomarilta määrättyä *hengenasetusta*, pyrkimystä mahdollisimman suureen objektiivisuuteen: siksi sääntö ei ole arvoton.

Kaikki edellä selostamamme takeet: virkasyytteen uhka, tuomion perustelemispakko, virkatoiminnassa noudatettavat muodollisuudet sekä tuomaria velvoittava kategorinen imperatiivi vähentävät miellivallan vaaraa aukkotapauksissa. Mutta ratkaisevana takeena pidämme tuomarin luonteeseen ja ammattikasvatukseen nojautuvaa oikeusjärjestyksen *kokonaisuuden* huomioimista yhteiskunnallisten realiteettien tarkan tuntemisen pohjalta. Tuomarin persoonalliset, synnynnäiset ja hankitut, ominaisuudet tietenkin ovat kaikessa oikeudenkäytössä tärkeitä, mutta aukkoharkinnassa niillä on poikkeuksellisen suuri merkitys. Sentähden on niihin luotava lyhyt katsaus. (Vrt. myös teoksemme loppulukua.)

Johdannoksi huomautettakoon siitä sosiaalipsykologisessa suhteessa kiintoisasta seikasta, että tuomarin toiminnalle sinänsä kaikissa yhteisöissä on annettu *ylevä* leima. Lausuvathan jo Tuomarinohjeet: »En Domare skal först besinna, at han är en Gudz Befalningsman, och thet Embete han förer, thet hörer Gudh til, och icke honom sielffuom.» F a b r e g u e t t e s toteaa: »Oikeudenkäyttö on pyhä toimitus; sen tehtävän suuruus, sille uskottujen intressien tärkeys — — kaikki tämä syövyttää virkamieheen tietoisuuden painavista velvollisuuksista» (La logique judiciaire et l'art de juger s. 437—438). Vaikka emme haluaisikaan perustella tuomarintoimen ylevyttä uskonnollis-metafyysillisin argumentein, on mainittuun toimeen liittyvä kunnioitus puhtaasti teelliseltä kannaltakin täysin selitettävissä. Tuomari on järjestyneen rauhallisen yhteiskuntaelämän symboli. Kun häntä kunnioitetaan, kun hänen virkaansa liitetään ylevyys, kunnioitamme itse järjestyntä yhteiskuntamuotoa, kaiken inhimillisen kulttuurin perustaa. Tuomarinohjeitemme johdantosain taakse siis kätkeytyy painava yhteiskunnallinen realiteetti. T r y g g e r on sattuvasti huomauttanut, että juuri meidän päivinäimme, jolloin auktoriteettiusko yhteiskunnassa on heikentynyt, tuomarin tulee olla lujana kalliona, johon yhteis-

kuntaa hajoittavat voimat kilpistyvät (Domaren och hans uppgift s. 390). Mutta tähän vaaditaan, että tuomarilla todella on auktoritatiiviset ominaisuudet. Jos kansasta häviää kunnioitus oikeuden majesteettia kohtaan, silloin on vain ajankysymys, milloin kansalaiset lyövät pirstaleiksi oman yhteisönsä (s. 399). Ei siis voida kuvitella ylevämpää tehtävää kuin tuomarin. Hänen tulee valvoa oikeamielisyyden temppeliä, pyhättöä, jonka turvin kuohuva ihmisjoukko pyrkii yhä suurempaan henkiseen ja aineelliseen kulttuuriin.

Ymmärrämme nyt, miksi juuri tuomarilta vaaditaan erikoislaatuiset persoonalliset ominaisuudet — vieläkin suuremmassa määrässä kuin muilta virkamiehiltä. Nuo ominaisuudet voidaan johtaa hänen yhteiskunnallisesta tehtävästään. Niiden synteesinä voimme käyttää sanaa »tuomitsemistaito» (Ransson: Essai sur l'art de juger s. 28). Lind määrittelee hyvän tuomarin ominaisuudet seuraavasti: »En god och beskedlig Domare måste vara upplyst menniska, upprigtig Christen, trogen undersäte, redlig medborgare; dygdig och ordentlig i allt sitt förhållande; oböjlig för alla intryck som ligga utom Lagens, sunda förnufkets, och den sanna ärans rämärken; ovilkorligen tillgifven sanningen; öm om både egen och andras samvetsfrid; fri och ledig från både passioner och fördomar; skarpsinnig, flitig, oförtruten, outtröttlig.»²³ Ransson esittää niinkään oman pitkäaikaisen tuomarinkokemuksensa perusteella seuraavat vaatimukset: tuomarilla olkoon turmeltumaton omatunto, hän olkoon ehdottoman riippumaton, kylmäverinen, avaraälyinen; nämä ovat lähinnä synnynnäisiä ominaisuuksia. Lisäksi hänen tulee hallita perinpohjin oikeustiede, kyetä sitä myös soveltamaan, hänen on jatkuvasti tarkkailtava yhteiskuntaa ja itseään avarakatseisen yhteiskuntanäkemyksen pohjalta, hän ei saa yliarvioida kykyään (Essai sur l'art de juger s. 28—29). Ihering toteaa, että oikeudenkäytön yhteiskunnallinen arvo rakentuu tuomarin henkilökohtaisille ominaisuuksille, joita on kahta laatua. Älylliset edellytykset merkitsevät tietoja ja kykyä niiden käyttämiseen, siis lyhyesti oikeuden teoreettista ja käytännöllistä hallitsemista. Moraaliset edellytykset, luonteenominaisuudet, merkitsevät tahdonlujuutta ja siveelistä rohkeutta *oikeuden* toteuttamiseen vihasta ja ystävyydestä, säälistä ja ihmistenpelosta riippumatta (sit. Walder: Grundlehre jeder Rechtsfindung, Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1927—28 s. 261—262).

²³ Domarens pröfning efter Sveriges Lag s. 146.

Tässä luvussa emme yksityiskohtaisesti ryhdy selvittämään tuomarin todellisuudentajua, sillä mainitun ominaisuuden analyysi tapahtuu hedelmällisimmin yhteiskuntatietoa koskevassa luvussa: oikeat kehukset saadaan vasta siinä. Nyt keskitymme pääasiassa eetillisiin ominaisuuksiin, jotka aukkoharkinnan kannalta ovat perustavat. Lind, Ranson ja Ihering yhtäpitävästi korostavat, että tuomarin tulee olla riippumaton eräistä tunnetekijöistä, jotka ratkaisevasti vaikuttavat ihmisiin yleensä. Fabreguettes tuomarinkokemuksensa nojalla kiteyttää vaatimuksen: »Tuomari ei saa tuntea omaa etua, ei itserakkautta eikä intohimoa.» Hän ei saa liehitellä vallassaolijoita päästäkseen virkauralla etenemään. Hänen tulee vapautua vastenmielisyydestä, vihasta ja kiintymyksestä: jos hänen luonteensa on sellaiseen taipuvainen, on hänen tuomitessaan nuo taipumukset voitettava (La logique judiciaire s. 437, 438, 440). Sternberg on sattuvasti todennut, miten vieraat tuomarilta vaadittavat ominaisuudet ovat maallikon oikeustunteelle. Kansan oikeustunteen olemus on puolueellisuudessa, mutta tuomitsevan oikeellisuuden puolueettomuudessa (Einführung in die Rechtswissenschaft I s. 115). Vasta vähitellen hitaalla vaivalloisella kasvatuksella hyvä tuomari saattaa syntyä. Sentähden maallikot eivät koskaan syvemmin saata ymmärtää tuomarin ajattelua.

Mutta toisaalta tuomarin tulee säilyä elävänä *ihmisenä*: vain siten hän syvällisesti voi hallita yhteiskunnallisia ilmiöitä, *ymmärtää* niitä. Tähän sisältyy perustava probleema, jota tiede kovin vähän on käsitellyt. Miten voidaan yhdistää subjektiivisista vaikutteista vapautuminen ja elävä ihmisyyys? Trygger lausuu aivan oikein, että tuomarin tulee olla »lihaa ja verta», sillä muuten ei hän kykene elämään ymmärtämään (Domaren och hans uppgift s. 393). Mutta syventyessään elämän rikkauteen, sen vastakohtiin, sen heikkouksiin tulee tuomarin noudattaa yksin oikeutta johtotähtenään, hän ei saa langeta subjektiivisuuteen. Elämän ymmärtäminen edellyttää kuitenkin *myötätuntoista* suhtautumista ihmisiin (en varm känsla för människorna): huomaamme, mikä dialektiikka tähän sisältyy. Max Rümelin toteaa, että hyvältä tuomarilta vaaditaan muutakin kuin älyllisiä ominaisuuksia. Vaaditaan rakkautta oikeuteen ja ihmisiin, osanottoa heidän kohtaloonsa (Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein s. 76). Mutta toisaalta tuomari ei saa antautua säälin vietäväksi, sellainen olisi yhtä oikeuden vastaista kuin vihan vallassa suoritettu ratkaisu. Tuomarin on voitettava nämä tunneailahtelut. »Ein starkes und sicheres Rechtsgefühl schreibt man dem zu, der unbeirrt von solchen Motiven seinen Weg

geht»: vahvan oikeustunteen edellytyksenä on siis subjektiivisten tunnetekijöiden rajoittaminen. Kun R ü m e l i n lausuu, että rakkaus oikeuteen ja ihmiskuntaan sinänsä pitävät tasapainossa myötätunnon yksilöihin, on tämä vain problematiikan peittelyä. Tunnustaahan hän, että subjektiivisten tunne-elämysten ehkäiseminen on paperilla helpompaa kuin käytännössä (s. 78). Tuomarilta vaaditaan »ein gewisses Mass von Zentralität, das die Selbstbehauptung gegenüber den andrängenden Triebreizen, die geistige Verarbeitung und Ueberwindung der Gefühlslockungen ermöglicht». Lisäksi vaaditaan abstrahomiskykyä, joka suuntaa katseen yleiseen. Kaikki tämä voidaan saavuttaa vain harjoituksella (s. 79).

Olemme joutuneet tuomarin *puolueettomuuden* tärkeään problemaan. Aukkoharkinnan edellytyksiä selvittävän tutkimuksen on siihen kiinnitettävä aivan erikoista huomiota. Sillä aukkoharkinnassa puolueellisuuden tuhot ovat uhkaavammat kuin muussa tuomarin toiminnassa. Kun L u c i e n - B r u n huomauttaa, että paraskin oikeus turmeltuu kelvottomien tuomarien käsissä, mutta sensijaan hyvä, tietorikas ja järkevä tuomari voi lieventää puutteellisen lain haittoja, kun M a r t i n korostaa, että tuomarin valta de facto on tavattoman suuri, että hänen siis — voidakseen harjoittaa tuota valtaa yhteiskuntaa hyödyttävällä tavalla — tulee älyllisesti ja siveellisesti olla korkealla tasolla, kun G m ü r pitää oikeudenkäytön ainoana varmana takeena tuomarin persoonallisuutta (Die Anwendung des Rechts s. 142), ja siihen sisältyvää vastuuntunnetta, oikeuden syvällistä tajuamista ja yhteiskunnallisen todellisuuden näkemistä, kun P a r e s c e lausuu, että oikeusjärjestys toteutuakseen edellyttää *ihmisiä*, jotka yhdistävät sen *eläväksi* synteesiksi silti harjoittamatta mielivaltaa (Diritto, norma, ordinamento RIFD 1935 s. 23), voimme lisätä: juuri aukkoharkinnassa tämä pätee monin verroin.²⁴

»Puolueellisuus» samoin kuin »mielivalta» on mitä epämääräisin käsite. Puolueellisuus oikeuskäsitteenä on mielivallan laji. Jos tuomarin harjoittama mielivalta ilmenee siten, että hän subjektiivisin, ei oikeusjärjestykseen kokonaisuudessaan nojautuvin perustein suosii määrättyjä henkilöitä toisten kustannuksella, on hän puolueellinen. Asianosaiset asetetaan mielivaltaiseen oikeudenvastaiseen arvojärjestykseen. — — Puolueettomuuden probleema on oikeusteorian syvälli-

²⁴ Vrt. H o n k a s a l o: »Nulla poena sine lege», joka korostaa ammattitaitoisen riippumattoman tuomarikunnan merkitystä (teoksen lopputiivistelmä).

simpiä: siinä joutuvat vastakkain valta ja oikeus. Teoksemme alkuluvussa totesimme, että oikeusjärjestys ilmentää konkreettisen historiallisesti annetun yhteiskunnan rakennetta, se perustuu faktillisille valtasuhteille. Nyt tulemme näkemään, miten järjestynyt yhteiskunta oikeutensa avulla *samalla* rajoittaa vallanharjoittamista.

Puolueettomuuden ongelman hedelmällisen käsittelyn tulee mielestämme lähteä kysymyksestä: »Mitkä tekijät vaarantavat tuomarin puolueettomuuden?» Rakkaus ja viha, myötätunto ja vastenmielisyys ovat toisarvoisia tekijöitä: tärkein on *valta*. Tuomarinohjeet korostavat väsymättä, että tuomarin ylimpänä ohjeena on oleva »then *menige* Mans bästa». Uuden ajan alussa syntyneinä²⁵ nämä ohjeet voimakkaasti kuvastavat senaikuksia sosiaalisia vastakohtia, ne puolustavat *kansan* oikeuksia silloisia ylimyksiä ja mikä on erityisen kiintoisaa, myös *valtiota* vastaan. Neljäs ohje lausuu: »Lagen är icke giffuin för Saköre skuld, uthan för Rätt skuld, then *menige* Man til nytto och gagn, och icke til olagligh Beskattning, Skada och Fördärf. Och the Fougter och Befalningzmän som alt sökia ther effter at the skola draga theas Herrar stora Saköre til handa, the äro Herrens skadeligha Fiender.»

Tuomarin puolueettomuutta tavallisesti pidetään selviönä, mutta me kysymme: »*Miksi* hänen on oltava puolueeton?» Jo se seikka, ettei tuota kysymystä tavallisesti aseteta, on mielekäs. Tuomarin puolueettomuus näet on järjestyneen yhteiskunnan säilymisen perusedellytys; sentähden sitä pidetään *selviönä*. Kaikkeen oikeuteen sisältyy vallanharjoittamista, joskin usein kätkeytynä. Itse oikeusjärjestys on historiallisesti muodostuneiden valtasuhteiden kiteytymä. Puolueellinen tuomio merkitsee vakiintuneen yhteiskuntarakenteen kieltämistä: ratkaisun pohjana *eivät* ole valtasuhteet *sellaisina* kuin ne ilmenevät oikeusjärjestyksessä, vaan oikeudelle vieraat valtatekijät. Tämä jos mikään järkyttää oikeusjärjestyksen pyhyyttä ja vaarantaa yhteiskunnan stabiilitietin: sentähden tuomarin puolueellisuus on järjestyneen yhteiskunnan negaatio.

Tuomarin puolueettomuus ei suinkaan merkitse, että hän asettuisi yhteiskunnan yläpuolelle, irralliseen »ilmasta tyhjään tilaan», ja korkeuksista käsin jakelisi ratkaisujaan. Hans Fehr pitää tällaista harhakäsitystä silmällä lausuessaan: »Saksalaiselle tuomarille on tätä

²⁵ Tuomarinohjeiden synnystä Holmbäck: Festskrift för Axel Hägerström 1928.

nykyä (siis v. 1927) asetettu tehtävä, joka on miltei mahdoton ratkaista. Häneltä vaaditaan objektiivista tuomiota, ennen muuta siinä merkityksessä objektiivista, että hänen on katsottava asiaa eikä ihmisiä. — Hän täytyy riisua omat ihmisverhonsa pukeutuakseen viileän asiallisuuden teräsasuun. Kuinka se on mahdollista? Kuinka tämä vaatimus soveltuu jokaisen oikeusopin ylimpään sääntöön: oikeuskatsomus ja maailmankatsomus ovat erottamattomasti toisiinsa yhtyneitä?» (Oikeus ja todellisuus s. 123). Fehr in syystä ruoskima puolueettomuuskäsitys voi syntyä vain yhteiskunnassa, jossa valtasuhteet ovat joutuneet tilapäiseen kriisiin, jossa yhteiskunnan struktuuri ohimenevästi on epämääräinen. *Todellinen* realistisesti käsitetty puolueettomuus merkitsee tosiasiallisen yhteiskuntarakenteen pohjalle asettumista, ja sentähden Fehr aivan oikein lausuu: »Vain se mies saa olla tuomarina, joka maailmankatsomuksensa puolesta voi asettua valtiosäännön kannalle» (m. t. s. 127). »Valtiosäännöllä» ei Fehr tietenkään tarkoita formaalis-juriidista käsitettä, vaan historiallisesti esiinkasvanutta yhteiskuntajärjestystä. Velvoittaessaan tuomarin maailmankatsomuksellisesti asettumaan juuri faktillisen historiallisen *todellisuuden* pohjalle Fehr samalla ehkäisee arveluttavan harhakäsitoksen, joka saattaisi aiheutua hänen sanoistaan »oikeuskatsomus ja maailmankatsomus ovat erottamattomasti toisiinsa yhtyneitä». Tuomari ei suinkaan saa ratkaisunsa pohjaksi panna maailmankatsomustaan, *ellei* se juuri ole konkretisoitunut, muuttunut lihaksi ja vereksi, yhteiskunnallisessa todellisuudessa. Jokainen faktillinen yhteiskunta on määrätyn maailmankatsomuksen ruumiillistuma: niinpä demokraattisessa oikeusvaltiossa tuomarilta *ehdottomasti* on vaadittava, että hän ratkaisuisaan lähtee demokraattisen oikeusvaltion ideologian pohjalta, *koska* se on yhteiskunnallista todellisuutta.

Kun sentähden piirit, jotka asettuvat nykyiseen yhteiskuntajärjestykseen nähden jyrkän kielteiselle kannalle, moittivat tuomareita siitä, että nämä lähtevät faktillisten valtasuhteiden pohjalta (esim. Laski: *Grammaire de la politique* s. 180 ss., 274, 289, 303), eivät moittijat lainkaan näytä ymmärtävän, mikä on tuomarin yhteiskunnallinen tehtävä. »Puolueettomuus», jota *he* tuomareilta vaativat, sisältää, että tuomarin tulisi kieltää historiallinen perusta, jolla koko oikeusjärjestys lepää. Mutta moitteissa on myös perää: valitettavasti taloudelliset valtatekijät (sanomalehdistön välityksellä: esim. suhtautuminen työlakkoon) saattavat harjoittaa tuomariin sellaista painostusta, joka houkuttelee hänet poikkeamaan oikeusjärjestyksestä. Yhteiskunnallinen

valtataistelu ei milloinkaan lakkaa, aina valtasuhteiden stabiilisuus on epätäydellinen. Tuomariin, samoin kuin kaikkiin muihinkin kansalaisiin vaikuttaa alati jatkuva pyrkimys yhteiskunnan struktuurin muuttamiseen suuntaan tai toiseen. Eihän tuomari voi eikä saakaan eristyä yhteiskunnallisesta elävästä todellisuudesta: mutta siihen *sisältyy* valtataistelua, jota järjestyneessä yhteisössä suoritetaan rauhallisin keinoin. Lambert ja Pinto ovat erinomaisen kiintoisissa tutkimuksissaan valaisseet Yhdysvaltain korkeimman oikeusinstanssin asemaa taloudellisessa valtakamppailussa: he ovat vastaansanomattomasti osoittaneet, miten vaikeata tuomarin on säilyttää puolueettomuus, kun häneen kaikin keinoin johtavien talouspiirien taholta koetetaan vaikuttaa.²⁶ Pinto on kriittisesti tutkinut Yhdysvaltain korkeimmassa oikeudessa sosiaalisesti tärkeissä jutuissa *vähemmistöön* jääneiden tuomareiden perusteluja ja verrannut niitä enemmistön perusteluihin (vuodet 1900—1933); Lambertin teoksen nimi jo ilmaisee, että hänen mukaansa Yhdysvaltoja hallitsevat korkeimman instanssin tuomarit, tai pikemminkin heidän takanaan olevat valtavat taloudelliset yhteenliittymät (keinona uusien lakien valtiosäännön mukaisuuden kontrolli). Tuomarinvirkoihin nimitetään Yhdysvalloissa useinkin ansioituneita asianajajia, jotka koko elämänsä ovat edustaneet suurten taloudellisten yhtymäin intressejä, ja jotka näinollen tuomareina eivät saata vapautua juurtuneesta ahtaasta katsomuksestaan yhteiskunnallisissa kysymyksissä. (Ks. myös Max Rümelin: *Die Billigkeit im Recht* s. 78: »die hinter einem angeblichen Vernunftrecht sich versteckende kapitalistische und individualistische Anschauungsweise der Richter».)

Näinollen Trygger on oikeassa pitäessään tuomarin henkistä riippumattomuutta yhteiskunnallisessa valtataistelussa perustavana intressinä (Domaren och hans uppgift s. 390 ss.). Jos tuomarista tulee valtapyyteiden välikappale, ei kansa saata kunnioittaa oikeusjärjestystä. *Erityisesti* Trygger korostaa sanomalehdistöstä aiheutuvaa vaaraa tuomarin puolueettomuudelle. Tuomarin tulee tuntea niin syvää kunnioitusta oikeusjärjestystä kohtaan, etteivät mitkään sivuvaikutteet pääse hänen ratkaisussaan määräämään (s. 393). Trygger katsoo, etteivät ruotsalaiset tuomarit ainakaan tietoisesti ole puolueel-

²⁶ E. Lambert *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* (Paris 1921), R. Pinto: *Des juges qui ne gouvernent pas* (Paris 1934).

lisia, ja samaa voimme huoleti väittää suomalaisista tuomareista. Sen sijaan Trygger ansiokkaassa tutkielmassaan jättää kokonaan huomiotta oikeusjärjestyksen pohjana olevat faktilliset valtasuhteet: kenties siten, lisätäkseen oikeusjärjestyksen kunnioitettavuutta. Mutta meidän mielestämme oikeuden arvo ei kärsi, jos avoimesti myönnetään sen valtaperusta, mutta *samalla* korostetaan stabilisoituneiden valtasuhteiden merkitystä järjestyneen yhteiskunnan rakentamisessa. Vielä on meidän Tryggerin esityksen johdosta lausuttava, että tuomarin *tiedoton* puolueellisuus on monin verroin vaarallisempi ja yleisempi kuin tietoinen, mutta Trygger kiinnittää huomion vain jälkimmäiseen. Ne sosiaalipsykylliset tekijät, jotka koettavat johtaa tuomarin oikeusjärjestyksestä poikkeamaan, siis puolueellisuuteen, harvoin tulevat hänelle *tajuisiksi*: siinä niiden suurin vaara (esim. epämääräinen kauna työväenliikettä kohtaan). Tuomarin tulee aina olla *erinomaisen* varovainen laajakantoisissa yhteiskunnallisissa kannanotoissa, hänen tulee etsiä pohja oikeudesta *eikä* aamulehtensä keinotekoisesti luomasta »yleisestä» mielipiteestä.²⁷

Diktatoorisissa valtiojärjestelmissä valtiovallan keskittyminen vaarantaa tuomarin puolueettomuuden. Niinpä O. Weber kansallissosialistiselta pohjalta lähtien lausuu: »Tietysti tuomarin tulee olla objektiivinen. Mutta objektiivisuuden rajat käyvät siellä, missä koko kansakuntaa koskevat kysymykset ovat pohdittavina. Kansakunnan elinintressit on tuomarin häikäilemättä asetettava muodollisen oikeuden yläpuolelle» (Stellung und Aufgaben des Richters im neuen deutschen Staat s. 18). Pohjoismaiselta kannalta on tämä mielipide jyrkästi torjuttava, sillä se avaa ovet mielivallalle. »Kansakunnan elinintressit» on puhtaasti poliittinen käsite, jota valtiovallan kulloisetkin haltijat tulkitsevat mielensä mukaan. Kun taasen Tiggess lausuu, että tuomarin riippumattomuus »tosin on valtio-oikeudellisessa mielessä poistettu», mutta säilytetty oikeusfilosofisessa (!) »durch die Einheit von oberstem Führer und Richter» (Die Stellung des Richters im modernen Staat s. 175), on tämä tieteellisesti aivan arvoton fiktio, jonka *tarkoituksena* juuri on mielivallan häikäilemätön mahdollistuttaminen. Tunustaahan Tiggess hallitukselle oikeuden antaa tuomarille käskyjä

²⁷ Yleisen mielipiteen vaarallisuudesta tuomarille: Gény: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II s. 81, Donati: Lacune s. 252 ss., Harper: The forces behind and beyond juristic pragmatism in America (Mélanges Gény II s. 256 ss.), Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 239.

konkreettisissa oikeustapauksissa (s. 173). Näiden oppien pohjana tietenkin on määrätty poliittinen todellisuus, määrätty valtasuhteet, jotka meidän yhteiskunnallemme ovat vieraat. Ruotsin ja Suomen oikeudessa tuomari ei koskaan ole saanut asettaa epämääristä »valtion etua» oikeusjärjestyksen yläpuolelle.

Tuomari siis ei saa antautua taloudellisten ja poliittisten hetkellisten valtapyyteiden käskyläiseksi, mutta toisaalta hän ei myöskään humaniteetti- tai maailmankatsomussyistä saa puoltaa yhteiskunnassa varjopuolelle jääneitä faktillisen yhteiskuntarakenteen, oikeusjärjestyksen, kustannuksella. Kansansuosion tavoitteleminen tällaista menettelytapaa käyttäen on oikeudenvastaista: tuomarin tulee asettua faktillisten olojen pohjalle, sellaisina kuin ne ovat kiteytyneet voimassaolevassa oikeusjärjestyksessä. (Vrt. kuitenkin teoksen loppulukua). On helppoa olla jalomielinen toisten rahoilla, mutta silloin unohtuu helposti, etteivät tuomioistuimet ole hyväntekeväisyyslaitoksia, lausuu Ransson (Essai sur l'art de juger s. 35). Tuomari voi olla »kansanomainen» ja »sympaattinen», hän oikein toteaa, vain laiminlyömällä virkavelvollisuutensa (s. 36). Sentähden oikeudellisessa mielessä hyvä tuomari yhteiskunnassa varjopuolelle jääneiden tajunnassa useimmiten esiintyy »säälimättömänä», koska hän ei halua vastoin virkavelvollisuuttaan murtaa yhteiskunnan struktuuria heidän hyväkseen.

Edellä olemme todenneet, mitkä ovat tuomarilta vaadittavat persoonalliset ominaisuudet, ja nyt lisättäköön: niitä voidaan tietoisesti kehittää. Siihen tähtää lakimiesten teoreettinen ja käytännöllinen koulutus nykyaikaisessa yhteiskunnassa. Lakimieskasvatus antaa tulevalle tuomarille kokonaiskuvan oikeusjärjestyksestä ja sen pohjana olevista yhteiskunnallisista realiteeteista. Siten luodaan parhaat takeet mielivaltaa, puolueellisuutta vastaan.²⁸ Täten olemme joutuneet käsitteeseen, jonka merkitystä aukkoharkinnalle ei voida yliarvioida. Aukon toteamista selvittelevässä luvussa jo havaitsimme, että oikeusjärjestyksen kokonaisuuden jatkuvalla tarkkailulla on tuomarille perustava merkitys. Tulemme havaitsemaan, että oikeusjärjestyksen kokonaisuuden tarkkailu myös ohjaa tuomaria jo todettujen aukkotapausten ratkaisua harkittaessa. Kokonaisuuden käsitettä voidaan näinollen pitää oikeudel-

²⁸ Lakimieskasvatuksen merkityksestä sattuvasti Aatos Alanen: Eräitä lain-
tulkintaopillisia näkökohtia LM 1926 s. 112 ss., Max Rümelin: Die Gerechtig-
keit s. 7. — — Lainlukijajärjestelmä oikeushistoriassamme opettaa niinikään laki-
mieskasvatuksen merkityksen. Ks. Jaakko Forsman: Suomen lainsäädännön
historia s. 318 ss.

lisen ajattelun peruskategoriana, joka *symbolisoi järjestynyttä yhteiskuntaelämää*. Mielivallan ja puolueellisuuden välttäminen voidaan siitä johtaa: tätä voitaisiin kutsua kokonaisnäkemysten negatiiviseksi funktioksi.

Mainittu negatiivinen funktio ilmenee siinä, ettei tuomari milloinkaan saa nähdä yksityistä oikeustapausta erillisenä yksilönä, vaan aina oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta käsin. Aukkotapausten harkinnassa mainittu periaate on poikkeuksellisen tärkeä. Juuri se seikka, että tuomari *ei saa* nähdä konkreettista oikeustapausta muuta kuin kokonaisuudesta käsin, erottaa jyrkästi hänen ajattelunsa maallikon ja ennen muuta *taiteilijan* ajattelusta. Tämä on tärkeätä pitää mielessä, sillä monet tutkijat korostavat, että oikeuden soveltaminen on »taidetta», mutta eivät näe perustavaa eroa taiteilijan ja tuomarin suhtautumisen välillä. Taiteilija näkee esim. rikostapauksen plastillisena suljettuna kokonaisuutena kaikessa *erillisyydessään*. Hän vaistoa äärimmäisen herkästi kohtuusnäkökohdat, hän tuntee *sääliä* ja usein rajatonta myötätuntoa onnetonta rikollista kohtaan ja *sentähden* tuomari taiteilijan silmin nähtynä on kova tunteeton loogillinen automaatti. A. C. Jemolo²⁹ on huomauttanut, että lakimiehet *poikkeuksesta* kirjallisuudessa ja taiteessa kuvataan epäsympaattisina: taiteilija ei ollenkaan voi *ymmärtää* tuomarin ajattelun erikoislaatua, hän ei voi käsittää, että tuomarin on *pakko* oikeusjärjestyksen toteuttajana aina nähdä yksityinen tapaus *koko* oikeusjärjestyksen valossa, kun taasen taiteilija ajattelee ja näkee toisella tavalla. On turhaa luetella maailmankirjallisuudesta esimerkkejä: ne ovat lakimiehille musertavat. Ajateltakoon vain Dostojevskin nerokkaasti piirrettyjä hirvittäviä juristintyypppejä »Rikoksessa ja rangaistuksessa» sekä »Karamazovin veljeksissä», ajateltakoon Wassermannin »Mauriziuksen oikeusjuttua». Taiteilijäkäsityksen mukaan elävästi ajattelemaan pyrkivä *ihminen* ei »voi olla *oikea juristi*», kuten erinomaisen kuvaavasti kuulee lausuttavan.

Oikeusjärjestyksen kokonaisuuden alituinen huomioonotto konkreettista oikeustapausta ja erityisesti *aukkotapausta* harkittaessa ei erota tuomaria vain taiteilijasta, vaan yhtä paljon maallikoista yleensä. Jemolo on korostanut, että kansan silmissä »hyvä» tuomari on jotain kokonaan muuta kuin oikeudellisessa mielessä hyvä, s.o. ammattimiehenä etevä tuomari. Kansan ihanteena on aina ollut ja on aina oleva lempää, anteeksiantava kohtuusratkaisuja jakeleva, sanalla sanoen

²⁹ Il nostro tempo ed il diritto (AG 1932, s. 137 ss.).

mielivaltaa harjoittava tuomari. Kutsuttiinhan Ranskan kuuluisaa tuomari Magnaudia, joka ällistyi kaikkia oikeudenvastaisilla kohtuustuomioillaan, nimellä »le bon juge», hyvä tuomari. Mainitunlainen arvostelu ei rajoitu, kuten Jemolo huomauttaa, vain rahvaan piiriin, vaan kuten hän ilkeästi toteaa, »se on ominaista kaikille yksinkertaisille, lapsille ja naisille». Jos Jemolo luulee, että sivistyneet miehet, joilla ei ole lainopillista koulutusta, tässä kodin ajattelevat huomattavasti toisin kuin »yksinkertaiset», siis rahvas, naiset ja lapset, on se ilmeinen erehdys. Kaikki maallikot, sivistystasosta ja älystä riippumatta, näkevät yksityisen oikeustapauksen *eristettynä* (joskin heiltä puuttuu taiteilijan luova intuitiivinen hahmottamiskyky) *siksi*, että tällainen näkemys on *luonnollinen*. Tuomarin pitkäjännitteisen avara ajattelutapa on määrätietoisien kasvatuksen tulos: nyt esiintyy meille *lakimieskoulutuksen* merkitys täydessä valossaan. Jos tuomari näkisi yksityisen oikeustapauksen eristettynä, kuten taiteilija ja maallikko, ei hän voisi täyttää keskeisen tärkeätä tehtäväänsä *järjestyneen* yhteiskuntaelämän symbolina ja toteuttajana.

Olemme selvittäneet, *ettei* tuomari saa nähdä konkreettista oikeustapausta erillisenä (kokonaisnäkemys negatiivinen funktio). Käymme nyt pohtimaan, *miten* hänen siis tulee oikeustapaukseen suhtautua. Kokonaisnäkemys positiivinen funktio tulee tosin tarkoin selvitetäväksi aukkoharkinnan yksityisiä apukeinoja tutkittaessa, mutta yhtenäisyyden vuoksi lienee kuitenkin tarkoituksenmukaista jo tässä antaa lyhyt yleiskatsaus *pääperiaatteisiin*, jotka muodostavat mielivallan välttämisen kestävimmän takeen.

Oikeusjärjestyksen kokonaisuuden tunteminen on tärkeätä kaikessa tuomitsemisessa, mutta *perustava* merkitys sillä on *aukkotapausten* harkinnassa. Nehrman lausuu: »Ty som jag, genom lång förfarenhet, lärdt, at hwart rum i Lagen kan aldrabäst förklarar af andra stäl- len theruti, och at et wälgrundadt och til Domsyslor skickeligit Lagwet säkrast kan thermed förwärfwas, at man lærer Lagens rätta sammanhang, och i tid wänjer sig wid, at med the thertil tjenande hjelpemedel, sluta af the mål i Lagen afgjorde äro, hwad i the öfriga, som thermed hafwa sammanhang, rättwist wara mände . . . ».³⁰ Lind niinikään (Domarens pröfning efter Sveriges Lag s. 112 ss.) velvoittaa tuomarin soveltamaan 1734 vuoden lain periaatteita tapauksiin, joita ei lakia laa-

³⁰ Then swenska jurisprudentia civilis efter Sweriges Rikes år 1734 antagna Lag förbättrad, esipuhe.

dittaessa ole voitu ottaa huomioon. Sitä hän kutsuu »jurisprudentia argumentativaksi», ja tämän edellytyksenä luonnollisestikin on koko oikeusjärjestyksen tarkka tunteminen. Wrede on erityisen tarmokkaasti korostanut oikeusjärjestyksen kokonaisuuden merkitystä:⁸¹ »... laintulkinnan tärkeäksi säännöksi voidaan asettaa, ettei yksityistä lakia tai yksityistä lainkohtaa koskaan saa tulkita erillisenä, vaan ainoastaan koko lainsäädännön yhteydessä». On selvää, ettei Wreden esittämä periaate rajoitu vain tulkintatapauksiin, vaan että se erikoisesti koskee aukkotapausten harkintaa. Puhuessaan »koko lainsäädännön» huomioimisesta, hän tarkoittanee koko oikeusjärjestystä. Aatos Alanen huomauttaa sattuvasti: »Juristi, joka tuntee ainakin suurin piirtein katsoen koko oikeusjärjestyksen sisällön, arvostelea in casu ratkaistavana olevaa oikeuskysymystä kokonaisuuden osana, jollaisena sitä on arvosteltava» (Lm 1926 s. 112).

Bentzon pitää oikeuselämän kokonaisuuteen eläytymistä ja sen hallitsemista oikeuslähteenä tämän sanan syvällisimmässä ja yleisimmässä mielessä (»objektiv Indlevethed»),⁸² ja Platon velvoittaa tuomarin aukkotapauksissa säilyttämään »oikeusjärjestelmän harmonian», hän ei saa asettaa sääntöä, joka tuon harmonian rikkoo (Retskildernes Theori s. 233). Brunettin mukaan oikeusjärjestystä ei voida edes ajatella osiin jaettuna.⁸³

Myös anglosaksilaisen oikeuden piirissä on kokonaisnäkemyksen perustavaan merkitykseen kiinnitetty huomiota. Niinpä C. K. Allen korostaa, että tuomari aukkotapauksissa (Englannin oikeudessa siis: kun hän ei sitovista prejudikaateista eikä säädännäisestä oikeudestakaan saa johtoa) nojaa luonnolliseen oikeustunteeseensa eli terveeseen järkeensä, jonka hänelle on antanut oikeuden opiskelu, ja jonka hän katsoo olevan sopusoinnussa Englannin oikeuden yleisten periaatteiden kanssa. »Ratio» johon tuomari aukkotapauksessa vetoaa, ei ole maallikon käsitys, vaan ammattimiehen oikeusvaisto, joka rakentuu hänen koko ammattisivistykselleen (Law in the making s. 172). Fifoottaasen toteaa, että tuomarin on sovitettava jokainen uusi taloudellinen ilmiö olemassaolevaan oikeusjärjestykseen, hänen tulee sovittaa se yhteen satojen yhteiskunnallisten näkökohtain kanssa, ja sentähden hän

⁸¹ Försök till tolkning af 1 kap. R.B. s. 37.

⁸² Retskildeproblemet SJT 1929 s. 535 ja 537.

⁸³ Il senso del problema delle lacune dell' ordinamento giuridico s. 6, 11.

on varovaisempi harkitessaan ratkaisuaan kuin »likinäköinen» maallikko (English law and its background s. 249).⁸⁴

Aukkotapausta harkitessaan tulee siis tuomarin lähteä koko oikeusjärjestyksen pohjalta. Mutta oikeusjärjestyksen perinpohjainen tunteminen ei ole mahdollista ilman niiden yhteiskunnallisten realiteettien tuntemista, jotka ovat oikeuden pohjana. On aivan väärin Kelsenin tavoin sijoittaa oikeus aavemaiseen »Sollen»-maailmaan, joka leijailee todellisuuden, »Sein»-maailman yläpuolella, mutta kuitenkin — käsitättämättömällä tavalla — vaikuttaa tuohon todellisuuteen. Olemme teoksemme alkuluvussa havainneet, että oikeus samoinkuin muutkin yhteiskunnallista käyttäytymistä säännöstelevät normit kuuluu yhteiskunnalliseen todellisuuteen, mutta muodostaa yhdessä toisten normien kanssa tuossa todellisuudessa erikoislaatuisen osan, yhteiskunnallisen todellisuuden normatiivisen osan. Jos näin ajatellaan, käsitämme myös, miksi tavan, moraalien ja oikeuden normeja ei voida syvällisesti ymmärtää muusta yhteiskunnallisesta todellisuudesta keinotekoisesti irroitettuina, vaan ainoastaan koko yhteiskunnallisen todellisuuden osana. Jos taas yrittäisimme syvällisesti ymmärtää yhteiskunnallista todellisuutta eliminoimalla siitä pois normit, olisi tämäkin mahdotonta: Lundstedtin norminkammo ja Kelsenin normifanaattisuus ovat yhtä yksipuoliset, ja hedelmällinen oikeusajattelu on pakotettu kieltämään kummankin äärimmäisyssuunnan.

Näinollen torjumme jyrkästi Alf Rossin formalistisen kannan, jonka mukaan tuomari matemaattis-loogillisen systeemin muotoon ajattelusta oikeusjärjestyksestä deduktiolla ja induktiolla löytää kaikki tarpeelliset ratkaisut.⁸⁵ Olemme jo edellä aukon käsitettä pohtivassa

⁸⁴ Emme saata laajemmin esitellä muita tutkijoita, jotka eurooppalaisessa oikeustieteessä ovat korostaneet kokonaisnäkömyksen ratkaisevaa merkitystä aukkoharkinnassa. Ks. esim. Isay: Rechtsnorm und Entscheidung s. 362, Binder: Philosophie des Rechts s. 993, Max Salomon: Grundlegung zur Rechtsphilosophie s. 151—152, F. Hagerup: Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse TfR 1915 s. 61, M. Nast: Du rôle de l'autorité judiciaire dans la formation du droit positif s. 151, P. Oertmann: Gesetzeszwang und Richterfreiheit s. 14, Max Rümelin: Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein s. 78. — Rudolf Stammlerin ajattelu korostaa voimakkaasti oikeuden ykseyden merkitystä, mutta Stammler esittää näkömyksensä metafysisilliseen vaippaan verhotuna.

⁸⁵ Theorie der Rechtsquellen s. 281 ss. — »Das Ideal für die normative Erkenntnis ist ein vollständiges, zusammenhängendes System, wo alle Elemente sich im Verhältnis zu einer obersten Norm — der Grundnorm — ableiten lassen. Das

luvussa osoittaneet, mihin tällainen formalismi johtaa. Kelsen erottaa tarkoin »Rechtsnormerkenntnisin» ja »Rechtssoziologien» (Reine Rechtslehre s. 9 ss.), ja päätyy täten aukkoharkinnan kannalta täydelliseen hedelmättömyyteen. Oikeusteorian tulee hänen mukaansa tutkia vain oikeusnormeja sellaisenaan »als spezifische Sinngehalte» (s. 10), mutta ei mitenkään saa huomioida yhteiskunnallista todellisuutta, se kun ei enää olisi »oikeuden itsensä huomioimista», sen kohteena olisivat vain »eräät luonnon rinnakkaisilmiöt». Niin erinomaisen suuren arvon kuin omasta puolestamme annammekin Kelsenin loogillisille selvittelyille, on meidän tässä nimenomaan korostettava: jos »oikeusjärjestys» käsitetään Ross'in ja Kelsen'in tapaan puhtaasti formalistisena muusta yhteiskunnallisesta todellisuudesta irrallisena, ei sellaisella systeemillä ole minkäänlaista käytännöllistä merkitystä tuomarin aukkoharkinnalle.³⁶

Torjumme myös »lainsäätäjän tahdon» fiktiivisen käsitteen: jo tulokinnassa tuon käsitteen hyödyllisyys on kyseenalainen, ja aukkoharkinnassa ei siitä ole saatavissa minkäänlaista tukea. Herrfahrdtin tutkimus »Lücken im Recht» pitää lainsäätäjän tahdon selvittämistä aukkoharkinnan universaalikeinona, ja joutuu siten aivan hedelmättömille raiteille. Kaikkialla hän pyrkii selvittämään, mitä »lainsäätäjä olisi(!) tahtonut», jos aukkotapaus olisi hänen eteensä tuotu. Eikä siinä kyllin: aukkoharkinnan apukeinot ovat luvalliset ainoastaan, mikäli ne pyrkivät tuota tahtoa selvittämään.³⁷ Eihän voida ajatella, lausuu Herrfahrdt, että lainsäätäjä, joka on kodifioinut niin tavattoman huolellisesti suuren osan Saksan oikeudesta, ei olisi näihin kodifikaatioihin katkenyt kantaansa myös mahdollisiin aukkotapauksiin nähden: ainakin tuo katketty kanta voidaan todennäköisyyspäätelmällä selvittää (s. 52). Ja tekijä pitää suorastaan tärkeänä, että tuomari kiinteästi uskoo lainsäätäjän tahdon aina olevan selvitettävissä (s. 73), onhan

ist auf die beste Weise in Kelsens System zum Ausdruck gekommen» (s. 281). — »Das Kriterium dafür, ob das eine oder das andere (nim. mielivalta vai ei) vorliegt, liegt in der möglichst grossen Korrelation der Handlungen in einem System» (s. 284).

³⁶ Sattuvasti E. Ehrlich: Die juristische Logik s. 270: »Das Recht ist in Wahrheit wohl eine Einheit, aber keine Einheit von Rechtssätzen. Die Rechtssätze bilden eine Einheit nur im Zusammenhange der Gesellschaft, in der sie wirken.»

³⁷ Lücken im Recht s. 51, pohtiessaan ovatko muut apukeinot kuin analogia sallitut, tekijä lausuu: »meidän on käytettävä muita apukeinoja, mikäli ne ovat omiaan välillisesti selvittämään lainsäätäjän kannan.»

lainsäätäjä lausunut kodifikatioissa julki maailmankatsomuksensa (s. 71). Sekä avoimissa että kätkeydyssä aukkotapauksissa on tuomarin aina ratkaistava sen mahdollisuuden mukaan, »joka on lainsäätäjän kantaa lähinnä» (s. 91, 92). Mutta tuomari, joka moisille fiktioille rakentaa, ja jättää yhteiskunnallisten realiteettien huomioon toiselle sijalle tai kenties kokonaan syrjään, hän on mielestämme *kehno* tuomari. Psykologisesti on kyllä ymmärrettävää, että vuosisadan alkupuolella Saksassa suurten kodifikatioiden vaikutuksesta saatettiin luulla, että lainsäätäjä tieteellisessä huolellisuudessaan omaa ihmeelliset ennustajalahjat tuleviin aukkotapauksiin nähden. Mutta pohjoismaiseen oikeuteen nähden sellainen kanta on ehdottomasti väärä, eikä sitä nytemmin enää Saksassakaan hyväksytä: perustetaanhan oikeus kansalliseen oikeustajuntaan (ks. esim. W. Sauer: Rechts- und Staatsphilosophie s. 392 ss.).

Hedelmättömänä torjumme myös Elzen mielipiteen, jonka mukaan aukkotapaukset on ratkaistava »asianosaisten hyväksymän normin mukaan».³⁸ On tosin muistettava, että Elze rajoittuu tutkimaan vain yksityisoikeuden aukkoja, mutta kysymme: entäpä jos tuollaista asianomaisten hyväksymää normia ei voida näyttää olevan olemassa? Ratkaistahan tuomarin silloinkin täytyy: onko hän silloin siis pakotettu ja oikeutettukin turvautumaan puhtaaseen mielivaltaan? Julkisen oikeuden alalla Elzen kriteerio on ilmeisen mahdoton, sehän edellyttää, että asianomaisilla on riidan esineeseen nähden dispositiovalta.

Olemme alkuluvussa lyhyesti hahmotelleet kantamme: oikeus kuulu elimellisesti historiallisesti muodostuneeseen yhteiskuntaan, oikeus *ilmentää* sen rakenteen velvoittavien normien muodossa. Aukkotutkimuksen kannalta tällainen näkemys on hedelmällinen seuraavasta syystä: ellei tuomari kykene löytämään »valmista» oikeusperiaatetta tapauksen ratkaisun pohjaksi, on hänen käytävä itse huolellisen harkintansa nojalla muodostamaan tarpeellinen normi. Tällöin hän rakennuskivinä käyttää yhteiskunnalliseen todellisuuteen sisältyviä aineksia. Mutta säädännäiset ja tavanomaiset oikeusnormit sekä yleiset oikeusperiaatteet ovat niinkään sellaisista rakennuskivistä luodut, nekin ovat *kasvaneet* esiin yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Näinollen tuoma-

³⁸ Elze: Lücken im Gesetz s. 86: »Der alleinige Massstab der Richtigkeit der Entscheidung eines Lückenfalles ist, dass die Entscheidung einer über den Parteien stehenden, einer von den Parteien anerkannten Norm entspricht. Nur wenn sie dies tut, ist die Entscheidung eine Entscheidung nach geltendem Recht.»

rin aukkoharkinta ja muunlainen oikeusnormien muodostuminen saadaan *yhtenäisten* näkökohtain alaisiksi. Tuomarin aukkoharkinta ei periaatteellisesti eroa siitä tavasta, jolla oikeusnormit yleensä kasvavat yhteiskunnallisesta todellisuudesta esiin. Jos tälle kannalle asetumme, ymmärrämme, miksi tuomarin aukkoharkinta ei saa olla mielivaltaista.

Että oikeusjärjestyksen syvälinen hallitseminen edellyttää yhteiskunnallisen todellisuuden tuntemista kokonaisuudessaan, sen ovat jo nerokkaat *Nehrman* ja *Calonius* täysin selvästi tajunneet. *Nehrman* lausuu:³⁹ »Öfwerhetens Lag och Förordningar är allenast en del af ämnet til et rätt Lagwärk; Statsklokheden, Naturliga Lagen, en tilräckelig kunskap om Riket och Undersåterna, hwars Lagar man förklarar, och andra Wetenskaper . . . höra ock hit», ja *Calonius* toteaa tuomarista: »Rationes autem legum cum iudicio investiget. Historia legum: cognitio status rei publicae subacta ac pragmatica: et multa rerum humanarum experientia veras illi suggerent rationes».⁴⁰ *Bentzonin* ajattelussa taas »selve *Retslivet*»-käsite näyttelee aivan keskeistä osaa, *Hagerup*⁴¹ toteaa sattuvasti, että aukkoharkinnan lopullisena kriteeriona ovat »*Retslivets reale Behov*». *Gaston Jèze*, ranskalaisten oikeustieteilijöiden nerokkaimpia henkiä, on lausunut: »Todettuaan oikeussäännöksen, tulee lakimiehen selvittää, onko se sopusoinnussa yhteiskunnallisen, taloudellisen ja poliittisen todellisuuden kanssa; tarkoitan tällä ensi sijassa *objektiivista* yhteiskunnallista ympäristöä (*milieu*), mutta myöskin sosiaalisia, taloudellisia ja poliittisia aatteita, jotka vallitsevat määrättyssä maassa määrättynä ajankohtana, sekä oikeellisuuden tunnetta, sellaisena kuin sen tuntee kysymyksessäolevan maan asujamiston enemmistö... Voidakseen suorittaa tämän vaikean työn, käyttää lakimies tieteellistä havaintojentoon metoodia».⁴² *Geiler* ilmaisee samanlaisen ajatuksen sanomalla, että oikeusnormit ovat yhteisön integraatio (*Rechtsnorm und Entscheidung* s. 563). *Gényn* oikeusfilosofinen ajattelu on yhteiskunnallisten reali-

³⁹ Then swenska jurisprudentia civilis, efter Sweriges Rikes år 1734 antagna Lag förbättrad, esipuhe.

⁴⁰ Praelectiones in jurisprudentiam civilem III § 16, kolmas kohta. — — Ks. I § 42, jossa *Calonius* oikeustieteen aputieteinä luettelee m.m. historian, taloustieteen jopa fysiikan ja kemiankin. — — Ks. myös *El. Kaila*: Lainopillisten ja muiden oppiaineiden suhteesta toisiinsa s. 27, 28.

⁴¹ Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse TfR 1915 s. 63.

⁴² Les principes généraux du droit administratif, préface s. 35.

teettien jatkuvaa itsepintaista korostamista,⁴³ ja Perreau, joka perusteellisesti on selvittänyt oikeuskäytännön merkitystä nykyajan oikeuselämässä, toteaa yhteiskunnallisen todellisuuden ratkaisevan merkityksen tuomarin aukkoharkinnassa.⁴⁴ Jemolon mukaan tuomari, joka elää keskellä yhteiskunnallisia realiteetteja, on velvollinen niitä myös tarkoin tutkimaan ja tulkitsemaan yhteiskuntansa tarpeita ratkaisuihinsa: tällöin on erityinen paino pantava taloudellisiin ja poliittisiin realiteetteihin; Perassin mukaan oikeusjärjestys on »una sovrastruttura di una determinata società», ja tätä ylärakennelmaa ei tietenkään voida ymmärtää ilman allaolevien yhteiskunnallisten realiteettien tajua; Bonaccorso samoin rakentaa tuomarin harkinnan kokonaan yhteiskunnallisten realiteettien havaitsemisen pohjalle.⁴⁵ Luonnollista on, että E. W. Pattersonn anglo-amerikkalaisen oikeuden pohjalta tarmokkaasti korostaa yhteiskunnallisen todellisuuden perustavaa merkitystä tuomitsemisessa.⁴⁶

Selvitelyämme edellä mielivallan välttämisen takeita saatamme valaista kysymystä: »*Luoko* tuomari aukkotapauksissa ratkaisun pohjaksi

⁴³ Ennen muuta: *Méthode d'interprétation* II s. 74 ss. — — Bonnecasea on tässä suhteessa pidettävä Gényn oppilaana.

⁴⁴ *Technique de la jurisprudence en droit privé* I s. 25.

⁴⁵ Jemolo: *Il nostro tempo ed il diritto* s. 157, Perassi: *Introduzione alle scienze giuridiche* s. 20, Bonaccorso: *In tema di interpretazione giuridica* s. 129, — — Kuten havaitsemme, on sosiologinen virtaus modernissa eurooppalaisessa oikeusteoriassa erinomaisen vahva.

⁴⁶ *Judicial freedom of implying conditions in contracts* s. 379. — — Emme saata selostaa muita oikeusteoreetikoita, jotka erikoisesti ovat korostaneet yhteiskunnallisten realiteettien merkitystä tuomarin aukkoharkinnalle. Ks. esim. Undén: *Juridiken som vetenskap* s. 30, Max Rümelin: *Die Gerechtigkeit* s. 57, *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein* s. 73, 74, Gagni: *Il problema delle lacune nel diritto privato* s. 167—168, Van der Eycken: *Méthode positive de l'interprétation juridique*: koko teos, kuten jo nimikin sanoo, on vahvan positivistisen, *realistisen* hengen läpitunkema: erittäin painava teos, josta Bonnecase, sanaakaan mainitsematta, on kopioinut tulkintaoppinsa perusajatuksat. — — P. Cuche: *Conférences de philosophie du droit*: todellisuudentajuinen ajattelija, ks. erit. s. 39. — — H. Heller: *Staatslehre* s. 255, Raselli: *Il potere discrezionale del giudice civile* I s. 230, de Page: *De l'interprétation des lois I—II*: terävä tutkija, joka todellisuudentajussa ja sosiologisen näkemyksen voimassa täysin voidaan rinnastaa maamieheensä, belgialaiseen Van der Eyckeniin, ks. erit. I s. 20 ss. — — Eugen Huber *Recht und Rechtsverwirklichung*, Horváth: *Rechtssoziologie*, erit. s. 285, Allan Serlachius: *Lainopin alkeet*: vahva todellisuudentaju kauttaaltaan, Lucien Brun: *Le rôle et les pouvoirs du juge dans le code civil suisse* s. 7, 25, 163, Martin: *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le code civil suisse* s. 11.

pantavan normin?». Kuten useat näennäisen skolastiset probleemat tämäkin kysymys, siihen syvemmälle tunkeuduttaessa, johtaa käytännöllisestikin ensiluokkaisen kiintoisiin perspektiiveihin. Aukon käsitettä selvittelevässä luvussa havaitsimme, että italialaiset uusidealitit pitävät *kaikkeaa* oikeudenkäyttöä »luovana», oikeusjärjestys on »una lacuna sola», yhtä ainoata aukkoa. Nyt tarkastamme lyhyesti, mihin käytännöllisiin seurauksiin tällainen käsitys johtaa. Silloin on tarkoituksenmukaista lähemmin tutkia Gentilen ajatuksenjuoksua, jota aukon käsitettä pohtiessamme vain sivusimme. Gentilen mukaan moraali on aktuaalista tahtomista (volere attuale) ja oikeus jo tahdottua (il già voluto).⁴⁷ Oikeus ei enää ole tahtomista, vaan edelläkäyneen tahtomisen jähmettynyt sisällys, se ei ole itse laki, vaan lain sisällys, se ei ole vapauden ja vallan elävä synteesi, vaan vapaudetonta valtaa (s. 79). Mutta oikeus elää konkreettisissa soveltamisakteissa, jotka merkitsevät moraalin ja oikeuden synteesiä. Jo tahdottu (siis abstraktinen oikeusnormi) sisältyy tällöin uuteen aktuaaliseen tahtomiseen — sentähden Gentilen kantaa kutsutaankin »aktualismiksi» (s. 81). Moraaliseen sovellutusaktiin sisältyvänä momenttina oikeus »palaa» moraaliin (dialettica), ei moraalia kieltävänä, vaan myöntävänä. Oikeudessa tahto saa universaalisen, hetkellisyyden yläpuolelle kohoavan merkityksen, mutta moraalinen sovellutusakti merkitsee hengen aktuaalista elämää, hetkeä, jossa yleinen konkretisoituu ja konkreettinen yleistyy (s. 82). »Jo tahdottu» (siis aikaisemman tahtomisen produkti) muodostaa aktuaalisen tahtomisen rautaisen ja ikuisesti läsnäolevan alkutekijän. Oikeus toteutuu aktuaalisissa tahtomisissa, jotka ovat vapaita, joissa Minä ilmentää itseään (s. 92). Ja toisaalta oikeus syntyy eetillisenä aktina, henkisen vapauden ilmennyksenä (s. 94). Oikeuden ja moraalin ykseys elävän hengen ilmenemismuotoina muodostaa oikeushistorian.

Crocen ja Gentilen ajattelusta huomaamme heti, että sitä kannattaa nerokas *taiteellinen* näkemys: ovathan nämä filosofit eurooppalaisen maineen omaavia esteetikoita. Sentähden »luomisen» käsite heillä on keskeinen. Sehän on tyypillinen taiteilijäkäsité. Mutta mielivallan välttämiseen tuomarin aukkoharkinnassa tuo käsite ei anna minikäänlaisia takeita. Jos kerran oikeus, kuten Croce (ks. lukua »Au-

⁴⁷ I fondamenti della filosofia del diritto s. 79. — Verrattakoon seuraavaan Maggiioren teoriaa kohtuudesta, jonka esitimme kriittisesti aukon toteamista koskevan luvun lopussa.

kon käsite») ja G e n t i l e yhtäpitävästi julistavat, voi toteutua vain dialektisesti kieltämällä itsensä, palaamalla moraaliin, missä ovat silloin takeet mielivaltaa vastaan? Häikäisevä taitelijanäkemys ei aina järjestyneen yhteiskuntaelämän kannalta ole *hedelmällinen*.

Tarkastellessamme kelseniläisiä mielivallan välttämisen kannalta näemme, että R o s s (Theorie der Rechtsquellen s. 436—437) pitää laintulkintaa, analogiaa ja kaikkea muutakin aukkoharkintaa »luovana»: »All dies sind nur Ausdrücke, die gebraucht werden, um die rechtschaffende Tätigkeit des Richters zu verbergen». Kaikki tuomarin toiminta on oikeutta luovaa (s. 283), ja kiistäessään tämän selviön teoria vain pelkää tuomarin puolueettomuusfiktion ja valtio-oikeudellisten lempidogmien järkkymistä (s. 284). W e y r niinkään hyvänä kelseniläisenä vakuuttaa, että oikeuden soveltaminen ja luominen ovat saman asian kaksi puolta, sisältyyhän »Rechtsverfahreniin» aina nuo ainekset kumpikin,⁴⁸ ja M o ó r (Creazione e applicazione del diritto RIFD 1934 s. 653 ss.) huomauttaa, että »uudet suunnat pyrkivät voitamaan tai kieltämään perinnäisen eron oikeuden luomisen ja soveltamisen välillä». Sillä itse asiassa »luominen ja soveltaminen sulautuvat toisiinsa» ja muodostavat »il processo di positività del diritto» (s. 671), joka merkitsee oikeusnormien ja empiirisen todellisuuden välistä kosketusta. Joskin tuohon positiivisuusprosessiin aina sisältyy sekä luovia että soveltavia toimintoja (s. 676), on luomisen ja soveltamisen välillä kuitenkin se ero, että edellisessä normien sisältö muodostuu todellisuuden mukaan, mutta jälkimmäisessä todellisuus normien sisällön mukaan (s. 672). K e l s e n itse toteaa (Reine Rechtslehre s. 82), että useimmat oikeusaktit ovat samalla sekä oikeutta luovia että soveltavia. »Mit jedem dieser Rechtsakte wird eine Norm höherer Stufe vollzogen und eine Norm tieferer Stufe erzeugt». Oikeusnormi muodostaa vain kehykset, joiden sisäpuolella on useita ratkaisumahdollisuuksia, ja nämä ovat kaikki samanarvoiset (m.t.s. 94—95: »alle gleichwertig sind»). Viimeksi siteeratut sanat paljastavat, mihin kelseniläisyys johtaa. Eliminoidessaan tarkoituksen oikeudesta se katkoo yhteyden sosiaalisiin realiteetteihin, ja mielivalta on edessä. Jos jo tulkinnessa kaikki ratkaisumahdollisuudet ovat »samanarvoiset» (kunhan pysyvät normikehyksen sisällä), ei meillä tietenkään aukkotapauksissa enää ole minkäänlaista pohjaa (ellemme halua turvautua muodollis-loogilliseen

⁴⁸ La notion de »processus juridique» dans la théorie pure du droit (Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio II s. 414 ss.)

kanteen hylkäämiseen: tämän mahdollisuuden torjuimme jo aukon käsitettä koskevassa luvussa, ja palaamme siihen kohta yksityiskohtaisesti). Kelseniläinen kaavoitteleva ja »hinnalla-millä-hyvänsä» yhtenäistävä näkemys poistaa oikeusteoriasta huolellisesti kaikki käytännöllisesti tärkeät (teleologisiin näkökohtiin perustuvat) erot — eron tulkinna ja aukkoharkinnan, eron soveltamisen ja luomisen välillä — ja jättää ihailtavaksemme harvinaisen elegantin ja harvinaisen käyttökeltvottoman käsiteluurangon.

Isa y (Rechtsnorm und Entscheidung) rakentaa oikeuskäsityksensä tuomarin luovien ratkaisujen varaan. Tuomari on vain »periaatteessa» sidottu oikeusnormien noudattamiseen, »todellisuudessa», »käytännössä» hän aina keinottelee itsensä tuosta sidonnaisuudesta irti (s. 207). Kyllähän oikeustieteellisesti sivistynyt tuomari helposti jälkeinpäin löytää ratkaisujen »perustelut», kykenee johtamaan ne oikeusnormeista. Tuomarien ratkaisut ovat oikeusyhteisön kokoava symboli (integraatio), yhteisö elää niissä (s. 210). »Die Ableitung der Entscheidung von einer Norm bedeutet ihrer *nachträgliche* Ableitung. Die Entscheidung ist nicht in dieser Weise *entstanden*, sondern es wird nur kontrolliert, ob sie in dieser Weise *hätte entstehen können*. — — Die »Begründung» ist also eine Fiktion» (s. 177). Tuomari ei paljasta todellisia ratkaisuperusteitaan, vaan kirjoittaa päätöksen siihen muotoon, että se näyttää oikeusnormista johdetuksi. Todellisuudessa suhde on käännetty: normi johdetaan yhdestä tai useammasta ratkaisusta. »War sie (nim. normi) schon vorhanden: aus früheren Entscheidungen; ist sie zum erstenmal in der Entscheidung formuliert, aus der vorliegenden Entscheidung». Viimeisiin sanoihin kiinnitämme erikoisen huomion: aukkotapauksessa siis ratkaisu muka kulkee oikeusnormin edellä. Normi saadaan vasta tapahtuneesta ratkaisusta. Ihanteellinen teoria mielivaltaa ja puolueellisuutta harjoittavalle tuomarille: oli ratkaisu millainen tahansa, normin siitä aina löytää jälkeinpäin. Isa y siteeraa teoksessaan runsaasti anglo-amerikkalaisia auktoireita, mutta on käsittänyt englantilaisen prejudikaattisysteemin *kokonaan väärin*. Judikatuuria pohitivassa luvussa tulemme havaitsemaan, että Isa y:n oppi on jyrkässä ristiriidassa englantilais-amerikkalaisen oikeuskäsityksen kanssa. Kuvaavaa on, että iskusana »judge made law», tuomarin luoma oikeus, jolla tietämättömät ovat koettaneet karakterisoida anglo-amerikkalaista oikeutta, arvovaltaisten englantilaisten ja amerikkalaisten auktorien taholta on saanut osakseen mitä ankarinta arvostelua. Yleensä englantila-

lainen teoria ei tahdo myöntää tuomarille »luovaa» voimaa edes aukko-tapauksissa, puhumattakaan muista. Vuosisatoja englantilainen teoria on katsonut, että tuomari vain selittää, lausuu julki, mikä on oikeutta (declare law), mutta ei sitä luo (G. W. Keeton: The elementary principles of jurisprudence s. 68). Tuomarin harjoittama »luominen» merkitsee vain olemassaolevien oikeussäännösten kehittelyä ja se on aina sopusoinnussa oikeusjärjestyksen yleisten periaatteiden kanssa. »To this extent the Common Law in England is adequate for all occasions. Additions to it are extensions and developments, not innovations» (Keeton m.t. s. 68). Allen lausuu tuomarista (Law in the making s. 174), että hänen tehtävänsä on olennaisesti *tulkitseva*. Tietysti tulkintaakin voidaan pitää, Allen jatkaa, »toissijaisessa mielessä luovana», mutta se ei suinkaan ole »an original act of creation». Tuomioistuinten luovaa toimintaa rajoittavat voimassaolevan oikeuden käskyt. Ainoastaan jos sattuu tapaus, jonka varalle ei ole olemassa aikaisemmissa prejudikaateissa eikä säädännäisissä lähteissä julki lausuttua oikeusnormia, tulee tuomarin »make the law», mutta silloinkin hän on ankarasti sidottu positiivisen oikeuden yleisiin periaatteisiin (s. 172). Joskin tuomari sellaisessa tapauksessa myötävaikuttaa oikeuden syntymiseen, ei hän siihen tuo kokonaan uutta ainesta.

Arvioituamme italialaisten uusidealisten, kelseniläisten ja Isayn opit, joiden mukaan tuomari *aina* »luo», tarkastakaamme vastakkaista kantaa, jonka mukaan tuomari *ei milloinkaan* luo. On selvää, että tutkijat, jotka — eri perustein — kiistävät aukkojen olemassaolon, myös ovat taipuvaiset kiistämään tuomarin luovan toiminnan. Niinpä Donati (Il problema delle lacune s. 186—187) selittää, että tuomarin toiminta on »puhtaasti älyllistä, puhtaasti deklaratiivista» eikä koskaan »luovaa tahtomistoimintaa». Raselli niinikään katsoo, ettei tuomari milloinkaan saata harjoittaa »luovaa» toimintaa. Ellei määrätty oikeusnormi tapaukseen sovellu, eikä positiivisen oikeuden yleisistä periaatteista ja lainanalogiasta lähde apua, on tuomarin »tunnustettava asianosaisten yhtäläinen vapaus», siis käsittääksemme hyljättävä harkinnan alainen oikeudenkäynnissä esitetty vaatimus (Il potere discrezionale del giudice civile I s. 167). Bartolomei selittää, ettei oikeudenkäyttö ole pelkkiä loogillisia operaatioita, vaan tarkoitusharkintaa. Mutta »luovaa» toimintaa tuomari ei milloinkaan saata harjoittaa (Lezioni di filosofia del diritto s. 174). Tuomari ei saa toteuttaa omia subjektiivisia toiveitaan, sillä häntä rajoittaa laki, ja hänen on

turvauduttava yhteisön oikeustajuntaan sisältyviin objektiivisiin kriteerioihin (s. 175). Brunettin mukaan tuomari ei saata »luoda» oikeutta, sillä joka tuomitsee, hän ei samalla voi luoda. Ratkaisu edellyttää toisaalta yleisen eli abstraktisen oikeusnormin, toisaalta faktillisen tilanteen: kumpaakaan niistä ei tuomio voi luoda, koska se edellyttää ne molemmat. (Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell' ordinamento giuridico s. 58—59). Huomaamme edelläolevasta, etteivät uusidealitit suinkaan ole Italiassa yksinvallitsevina.

Kiintoisan ryhmän niitten tutkijain joukossa, jotka kokonaan kiistävät tuomarin luovan toiminnan, muodostavat *Sveitsin* oikeuden perinpohjaiset tuntijat G m ü r ja R e i c h e l. Edellinen lausuu aukkoratkaisun pohjaksi pantavasta normista: »Sie ist nicht ein Rechtssatz, der neu geschaffen, neu erzeugt worden ist, sondern ein solcher, der — wenn auch vielleicht unerkannt — schon vorhanden war, und nur gefunden und bestätigt werden musste» (Die Anwendung des Rechts s. 110—111). Reichel niinikään jyrkästi väittää: »Immer entscheidet der Richter nach einer Rechtsnorm, die er nicht aufstellt, sondern nur feststellt» (Gesetz und Richterspruch s. 108). Myös aukkotapauksissa on näin. Sillä niissäkään tuomari ei luo oikeusnormia tyhjästä, vaan soveltaa sitä, koska katsoo sen latenttisesti jo olevan olemassa. Tuomari ei milloinkaan luo oikeusnormeja konkreettista tapausta varten, hän soveltaa aina yleisiä oikeusnormeja konkreettiseen tapaukseen. Voi olla, että hän sukeltajan tavoin ensimmäisenä tuo normin syvyydestä päivänvaloon: mutta hän vain kohottaa sen esiin, ei sitä luo (s. 109). H u b e r on vähemmän jyrkkä. Tösin hänkin korostaa, että tuomari aukkotapauksessa aina soveltaa oikeusnormia, sillä oikeudenkäyttö jo käsitteellisesti sitä edellyttää (Recht und Rechtsverwirklichung s. 355). Mutta H u b e r myöntää, että tuomari »muodostaa» ratkaisun pohjaksi pantavan normin, samoja näkökohtia noudattaen kuin lainsäätäjä. Tällöin tuomari nojautuu kaikkiin asiaanvaikuttaviin tietoihinsa. Niihin kuuluu lainsäädäntötaito sanan laajimmassa merkityksessä, lisäksi oikeustieteen ja oikeuskäytännön tarkka tuntemus, huolellinen intressien punninta ottamalla huomioon, että muodostettavasta oikeusnormista on tuleva yleispätevä (s. 356).

Mitä G m ü r in ja R e i c h e l in jyrkkään kantaan tulee, saatamme tietenkin hyljätä sen fiktiivisenä, mutta on tarkoin muistettava, että tuo teoria juuri liioittelunsa vuoksi palvelee tärkeätä yhteiskunnallista intressiä. Se koettaa asettaa mahdollisimman tehokkaan sulun tuo-

marin mielivallalle: siksi se korostaa, että hänen tulee *löytää* ratkaisun pohjaksi pantava normi yhteiskunnallista todellisuutta huolellisesti tarkkaamalla. Tällaisen teorian *oikeuspoliittinen* arvo on siis paljon suurempi kuin italialaisten uusidealisticien ja kelseniläisten oppien.

Kansallissosialistisen oikeuskäsityksen mukaan tuomari ei myöskään luo ratkaisunsa pohjaksi pantavaa normia, vaan löytää sen kansakunnan oikeustajunnasta. Germaanolais-saksalaisen käsityksen mukaan lainsäätävä ja tuomari eivät milloinkaan »luo oikeutta», he ainoastaan löytävät sen, lausuu *Hildebrandt* (*Rechtsfindung im neuen deutschen Staate* s. 44—45). Tuomari ja lainsäätävä ovat vain voimassaolevan oikeuden *tulkkeja* (*Nicolai*, sit. *Tiggess: Die Stellung des Richters im modernen Staat* s. 168). Tämä kanta on huomattavasti lähempänä totuutta kuin positivistinen, ja antaa takeet mielivaltaa vastaan. (Mainitusta oikeuden olemusta koskevasta käsityksestä näyttää seuraavan, ettei valtionjohto saa sekaantua konkreettisen oikeusjutun käsittelyyn, eikä »valtion etu» horjuttaa tuomaria poikkeamaan oikeudesta: tätä johtopäätöstä eivät kansallissosialistiset teoreetikot kuitenkaan tee). — Nimenomaan mielivallan välttämiseen vetoaa myös *Gangi* (*Il problema delle lacune nel diritto privato AG 1923* s. 169) selittäessään, ettei tuomari aukkotapauksissa luo normia, vaan johtaa sen »asian luonnosta», jolla *Gangi* tarkoittaa yhteiskunnallisia realiteetteja (s. 163).

Perustelut, joilla *Zitelmann* ja *Burckhardt* kiistävät tuomarin luovan toiminnan, paljastavat erityisen selvästi teorian pohjana olevat oikeuspoliittiset vaikuttimet. *Luoko* tuomari, kun hän analogialla tai muuten löytää uuden oikeuslauseen, ja soveltaa sitä tapaukseensa, todella uutta oikeutta?, kysyy *Zitelmann* (*Lücken im Recht* s. 25). Tuomari ei voi eikä tahdokaan luoda uutta oikeutta, hän tahtoo vain ratkaista konkreettisen tapauksen. Myös analogiatapauksissa tuomari antaa ratkaisunsa siinä mielessä, että se on voimassaolevan oikeuden mukainen, oikeuden, jonka olemassaolon hän ajattelullaan on *havainnut*. Eli toisin sanoen: tuomarin toiminta nojaa kuvitelmaan, että hänen soveltamansa oikeuslause jo on oikeutta. *Burckhardtin* mukaan oikeudenkäytön olemukseen kuuluu, että tuomari soveltaa jo olevaa oikeusnormia. Aukkotapauksessa joudutaan silloin paradoksiin, jota ei voida »loogillisesti ratkaista» (*Die Lücken des Gesetzes* s. 93), mutta pulma on pakko »voittaa käytännöllisesti», s.o. aukkoratkaisun pohjaksi pantu normi katsotaan lakiin sisältyväksi (*rechtlich*

dem Gesetze selbst zugeschrieben wird: s. 96). Teoreettisesti on meidän pakko myöntää lain epätäydellisyys, mutta »käytännöllisesti katsoen» on laki aina täydellinen ja ristiriidaton. Zitelmann ja Burckhardt pyrkivät teorioillaan nähdäksemme siihen, että tuomarin ratkaisu *kansalaisten* silmissä ei koskaan näyttäisi mielivaltaiselta. Onhan tämäkin tärkeä yhteiskunnallinen intressi: luottamus oikeudenkäyttöön. Mutta saavatko Zitelmann ja Burckhardt ketään *lukijaansa* vakuutetuksi siitä, ettei tuomari koskaan »luo», sitä uskallamme epäillä, koska he juuri peitellysti tunnustavat, että ei-luomisen teoria on vain käytännöllisten syiden aiheuttama fiktio.

Tarkasteltuamme teorioja, joiden mukaan tuomari »aina luo» sekä oppeja, joiden mukaan hän »ei koskaan luo», tutustumme vielä lyhyesti välittävään kantaan: tuomari »luo» aukkotapauksissa, mutta ei muulloin. Carré de Malbergin mukaan on tuomarin aukkotapauksessa luotava oikeusnormi, koska hän kerran on velvollinen tapauksen ratkaisemaan (*Contribution à la théorie générale de l'Etat* I s. 719, vrt. s. 701—702). Tämä luomisvalta siis, hän lausuu, johtuu itse asian luonnosta. Mutta tietenkään ei tuomarin luoma normi velvoita vastedes sattuvissa samanlaisissa tapauksissa, eikä luominen myöskään saa tapahtua lakia vastaan (s. 742, 744). Samalla kannalla lienee Groppali (*La interpretazione della legge e le nuove correnti del pensiero filosofico, Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio* I s. 330): vain lainanalogiaa ja oikeusanalogiaa sovellettaessa tuomarin toiminta lähenee lainsäätäjän luovaa työtä. Oikeudenkäytön normaalitapauksissa sensijaan minkäänlaista luomiseen viittaavaa ei esiinny. Uusidealisten opit ovat vain »brillanti paradossi» (s. 332). Bierling ei myöskään hyväksy kantaa, jonka mukaan tuomari aukkotapauksissakin vain »löytää» normin: »die Vorstellung, dass der angewandte Satz bereits Recht sei, schliesst die gleichzeitige Annahme einer Rechts-Lücke notwendig aus» (*Juristische Prinzipienlehre* IV s. 398). Tuomari »formuloi» uuden oikeusnormin, jolla tietenkään ei ole velvoittavaa vaikutusta yli ratkaistun tapauksen (s. 397).⁴⁹

Omasta puolestamme haluaisimme oikeusteoriasta kokonaan poistaa »luomisen» käsitteen. Ensinnäkin se on mitä epämääräisin, ja toiseksi se suorastaan johtaa ajatuksen *harhaan*. Se herättää meissä mie-

⁴⁹ Ks. myös H. Kellein: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, München 1934, s. 28, Lucien-Brun: *Le rôle et les pouvoirs du juge dans le code civil suisse* s. 25, 63, V. Bentzon: *Skön og Regel* s. 68—69.

likuvan tuomarista, jonka ratkaisut pilventakaisina aivosalamoina, taiteellisen luomisen kaltaisina, sinkoutuvat yhteiskunnalliseen todellisuuteen. Mutta perustavan tärkeitä on päinvastoin muistaa: myös aukkotapausten harkinnassa muodostetut normit *kasvavat esiin* huolellisesti havaitusta yhteiskunnallisesta todellisuudesta, kaikki niiden rakennuskivet on etsittävä tuosta todellisuudesta. Muuten joudumme mielivaltaan, järjestyneen yhteiskunnan kieltämiseen. Tosin emme G m ü r i n ja R e i c h e l i n tavoin saata väittää, että tuomari *aina* aukkotapauksessa *löytää* valmiin, yhteiskunnalliseen todellisuuteen »kätkettyvän» normin. Näin on kyllä silloin, kun tuomari perustaa aukkoratkaisunsa yleiseen oikeusperiaatteeseen, jonka olemassaolo hänen ensin luotettavasti on todettava. Positiivisen oikeuden pohjana olevia yleisiä periaatteita tuomari ei tietenkään »muodosta», hän vain ne toteaa. Myös lainanalogia, kuten tulemme havaitsemaan, liittyy niin läheisesti jo olemassaolevaan oikeusnormiin, että tuomari *näyttää* vain »löytävän» ratkaisunsa pohjaksi pantavan normin (tulemme osoittamaan, että hän todellisuudessa muodostaa uuden normin). Mutta epäilemättä on aukkotapauksia, joissa tuomari ei huolellisimmallakaan harkinnalla kykene »löytämään» valmista yhteiskunnalliseen todellisuuteen sisältyvää, tapauksen ratkaisun pohjaksi soveltuvaa oikeusnormia. Silloin on hänen tuo oikeusnormi itse muodostettava, mutta *rakennuskivet* hän saa yhteiskunnallisesta todellisuudesta, turvautumalla niihin apukeinoihin, joita kohta käymme yksityiskohtaisesti selvittelemään. Sen seikan tunnustaminen, että tuomari täten saattaa joutua itse muodostamaan ratkaisun pohjaksi pantavan oikeusnormin, ei johda mielivaltaan, *kunhan* tuomarin harkinta kiinteästi ankkuroidaan historiallisesti muodostuneisiin yhteiskunnallisiin realiteetteihin.

Edellä esitetyn pohjalla saatamme valaista kysymystä tulkinnan ja aukkoharkinnan suhteesta. Ensin on kuitenkin lyhyesti kosketettava erästä sivukysymystä, joka sopivasti johtaa pääprobleemaan. N e h r m a n määrittelee tulkinnan seuraavasti: »En i Lagen förekommande mörk meningz förklaring, effter sannolika regler och gissningar»,⁵⁰ V a n d e r E y c k e n osoittaa yksityiskohtaisesti, ettei tulkinta edes yhteiskunnallisiin realiteetteihin kiinteästi liittyvänä voi saavuttaa ehdottoman varmoja, vaan ainoastaan todennäköisiä tuloksia.⁵¹ F e r n a n d M a l l i e u x samoin rakentaa koko tulkintaoppinsa to-

⁵⁰ Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem s. 70.

⁵¹ Méthode positive de l'interprétation juridique s. 120, 125, 127.

dennäköisyssharkinnalle (Doctrine de l'idéalisme juridique s. 176 ss.), ja Tripiccione vihdoin yhtäpitävästi toteaa, että tuomarin harkinnan pohjana ovat todennäköisyysperusteet, hän valitsee useasta mahdollisesta ratkaisusta »il più probabile». ⁵² Kun siis säädännäisten ja tavanomaisten oikeusnormien tulkinta rakentuu todennäköisyssharkinnalle, on tämä omiaan hälventämään eroa tulkinnan ja aukkoharkinnan välillä.

Analogiaa käyttävässä luvussa tulemme selvittämään niiden välisen eron, ja tässä rajoitumme pohtimaan seuraavaa ongelmaa: onko mielivallan välttämisen kannalta tarkoituksenmukaista laajentaa tulkinnan käsitettä niin, että siihen mahtuu myös aukkoharkinta? Ensinäkemältä myöntävä vastaus tuntuu olevan paikallaan. Merkitseehän »tulkinta» juuri tuomarin kiinteätä *sitomista* positiivisen oikeuden normeihin; on siis tärkeätä, että aukkoharkintaakin katsotaan tästä näkökulmasta. Mutta lähemmin kysymykseen syvennyttäessä heräävät epäluulot. Jos esim. Burckhardtin tavoin koetamme johtaa kaikki aukkoratkaisutkin nimenomaan *laista*, joudumme pakosta turvautumaan puhtaaseen *fiktioon*. Tällainen fiktio saattaa kenties kansalaisten silmissä herättää luottamusta tuomarin puolueettomuuteen, mutta todellisuudessa se enemmän vaarantaa kuin turvaa puolueettomuutta. Koettaessaan fiktiivisin keinoin johtaa ratkaisunsa *laista* tuomari helposti laiminlyö yhteiskunnallisen todellisuuden mahdollisimman huolellisen tutkimisen. Hän suuntaa henkisen energiansa fiktiivisen johtelun löytämiseen, ja silloin avautuvat ovet mielivallalle. Croce on terävästi huomauttanut, että tuollainen lainpalvonta sumentaa tuomarilta johtavat oikeusperiaatteet ja yhteiskunnallisen todellisuuden: hänelle jää lopultakin ohjeeksi vain oma mielivalta, mielivalta joka ei merkitse todellista ohjausta, vaan ohjauksen puuttumista, joka ei johda hedelmälliseen toimintaan, vaan ristiriitaiseen hapuiluun, joka ei ilmennä järkevyyttä, vaan typeryyttä (Filosofia della pratica s. 338). Havaitsemme siis sen paradoksaalisen tuloksen, että teoria, joka tähtää oikeusvarmuuden saavuttamiseen ja mielivallan välttämiseen, saattaa johtaa päinvastaiseen.

Edellä esitetyn perusteella saatamme myös määrätä kantamme n.s. voluntaristisiin ja intellektualistisiin tuomitsemisteorioihin nähden, mikäli ne kohdistuvat aukkotapauksiin. Ennen vapaa-oikeuskoulun hedelmöittävää vaikutusta Saksassa ja Ranskassa (Italiassa ja Pohjois-

⁵² L'equità nel diritto s. 36—37.

maissa ei sellaista reaktiota tarvittu) oli tuomitsemisteorioilla vahvasti intellektualistinen leima: korostettiin, että jokainen tuomio on loogillinen päätelmä, ja että juriidinen ajattelu yleensäkin on perusluonteeltaan kognitiivis-loogillisten näkökohtien hallitsema. Tällä kaikella tahdottiin ennen muuta *luoda takeet tuomarin mielivaltaa vastaan*: ymmärrettiin täysin, että jos tuomitseminen käsitettäisiin puhtaaksi tahdonaktiksi, avautuisivat ovet mielivallalle, sillä tahtoa ei voida sitoa normeihin, se on pohjaltaan individuaalista, hetkellistä, impulsiivista (vrt. italialaisten uusidealisticien analyysia tahtomisesta). Sinänsä oikeutettu mielivallan välttämisen pyrkimys johti siis siihen, että kiellettiin tuomitsemiseen sisältyvä vahva volitiivinen arvottava aines: itse asiassa juuri aukkotuomio erikoisen selvästi sisältää sekä volitiivisia että kognitiivisia aineksia.⁵³ Että tuomitsemiseen aina sisältyy volitiivinen, tahdomista ilmaiseva aines, johtuu meidän mukaamme jo siitä, että oikeusjärjestyksen pohjana ovat yhteiskunnan tosiasialliset *valtasuhteet*. Jokainen kansalaisen tai viranomaisen teko, joka tarkoittaa oikeusjärjestyksen soveltamista konkreettiseen tapaukseen, sisältää, koska oikeus on valtajärjestys, volitiivisia aineksia.

El. Kaila lausuu tuomarin toiminnasta aukkotapauksissa: »Hän toimittaa ensin yleisen konstitutsioonin, vaativan arvonormin säätämisen, sen jälkeen yksityiskonstitutsioonin, soveltuttamisen, *lex specialis*» (Oikeuslogiikka I s. 175). On erittäin tärkeätä, että aukkotapauksen ratkaisun kaksi vaihetta täten selvästi toisistaan erotetaan: on tutkijoita, jotka sotkevat aukkonormin *muodostamisen* (formuloimisen) sen *soveltamiseen*, jolloin kysymys muuttuu sekavaksi, ja mielivallan vaara ratkaisussa kasvaa. Mutta toisaalta haluamme korostaa, että tässä tutkimuksessa selvittelemme aukkonormin muodostamista, tuomarin *harkintaa* aukkotapauksissa, ei sen soveltamista itse tuomitsemisaktissa. Aukkoharkintaa seuraava tuomitsemisakti, muodostetun normin soveltaminen, *lex specialis*, ei millään tavoin eroa tavallisia tulkintatapauksia seuraavasta tuomitsemisaktista.⁵⁴

Tuomarin harkitsemispakko: Historiallinen katsaus osoitti, että oikeutemme aukkotapauksiin nähden on tuntenut kolme erilaista systeemiä:

⁵³ El. Kaila: Oikeuslogiikka I s. 173. — — Tuomitsemisaktin volitiivisia aineksia korostavat, niitä silti vapaaoikeuskoulun tavoin liioittelematta, esim. Alf Ross: TFR 1931 s. 254 ss. ja F. Castberg: TFR 1922 s. 315. Vrt. A. Ladyzenski: Voluntarismus und Intellektualismus in der Rechtstheorie IZTR 1929/1930.

⁵⁴ Aukkotapauksen ratkaisemisen vaiheista ks. myös V. Bentzon: Skön og Regel s. 68 sekä K. Heinsheimer: Von der Unabhängigkeit der Gerichte s. 35.

alemmanasteinen tuomari *siirsi* aukkotapauksen ylemmän instanssin harkittavaksi ja ratkaistavaksi tai hän *kysyi* neuvua ylemmältä instanssilta tai hän on oikeutettu ja velvollinen *oman itsenäisen harkintansa nojalla ratkaisemaan* tapauksen. Myös kyselyjärjestelmän vallitessa tuomari oli velvollinen *ratkaisemaan* tapauksen, mutta ratkaisun sisällön *harkitsemiseen* hänellä ei ollut oikeutta eikä velvollisuuttakaan (poikkeuksena selvät analogiatapaukset). Vanhimman *siirtojärjestelmän* aikana tuomarille ei kuulunut aukkotapauksen harkinta eikä myöskään sen ratkaisu. Mutta nykyisen systeemin mukaan hän on oikeutettu ja velvollinen itsenäisesti harkitsemaan *sekä* ratkaisemaan aukkotapaukset. Vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaaren 24 luvun 3 § säättää: »Domaren skal ej gå något mål förbi, som käranden efter stemningen i saken förrestäldt, eller svaranden i en eller annor måtto ther emot invänt, utan utslag ther öfver gifva, efter som thet beskaffadt finnes». Ja OK:n 2 luvun 3 §:ssä säädetään: »gifve Härads höfding i hvar sak utslag, efter thy thet ske kan, innan han ifrån tingsstad reser» (vrt. myös OK 3: 3 ja 4). Historiallisessa suhteessa on erinomaisen kiintoisaa se seikka, että OK 25: 3 on »peittänyt», jos saamme niin sanoa, kaksi aivan erilaista aukkojärjestelmää: kyselyjärjestelmän ja nykyään voimassaolevan. Kun Ruotsissa ja meillä siirryttiin kyselyjärjestelmästä nykyiseen harkitsemis- ja ratkaisemispakkojärjestelmään, ei OK:n mainittua kohtaa tarvinnut muuttaa. OK 24: 3 säättää ainoastaan, että tuomari on velvollinen *ratkaisemaan* jokaisen asianmukaisesti vireillepannun, hänen kompetenssiinsa kuuluvan jutun, antamaan lausunnon jokaisesta esitetystä vaatimuksesta, mutta häntä ei kielletty kysymästä neuvua aukkotapauksissa, siis siirtämästä *harkintaa* ylemmän instanssin tehtäväksi. Aina 1860-luvulle saakka suomalaisella tuomarilla aukkotapauksissa oli ratkaisemispakko, mutta ei *harkitsemispakkoa* eikä oikeuttakaan. *Tuomitsemispakko* on järjestyneen oikeusyhteisön rakenteesta johtuva käytännöllinen välttämättömyys: se on nykyisenkin valtiosääntöoikeuden perusperiaatteja. (Donati: Lacune s. 19: »problema di diritto costituzionale», vieläpä »problema costituzionale per eccellenza».) Omankädenoikeuden kieltäminen järjestyneessä oikeusyhteisössä johtaa välttämättömyydellä tuomitsemispakkoon: Jos yhteisön jäseniä kielletään turvautumasta väkivaltaan, ja heidät veloitetaan oikeuksiensa toteuttamiseksi kääntymään julkisen viranomaisen, tuomioistuimen, puoleen, on oikeusyhteisön myös annettava jäsenilleen takeet siitä, että tuomioistuin todella kaikissa tapauk-

sisä jakaa heille oikeutta.⁵⁵ Muuten omankädenoikeuden kielto jää tehottomaksi. Siirtojärjestelmänkin aikana olivat *kaikki* aukkotapaukset ratkaistavat, mutta ratkaisu siirtyi ylemmälle instanssille.

Olettakaamme, että tuomari aukkotapauksen sattuessa hylkää oikeudenkäynnissä esitetyn vaatimuksen, koska sillä ei ole suoranaista perustaa formuloidussa säädännäisessä tai tavanomaisessa oikeusnormissa. Toimiiko tuomari silloin oikeudenmukaisesti? Onhan hän ratkaissut oikeustapauksen, tuomitsemispakkoa on siis noudatettu, saatettaisiin ajatella. Ei voida kyllin jyrkästi korostaa, että mainittu formalistinen kanta on ehdottomasti väärä, ja joutuu ristiriitaan yhteiskunnallisten realiteettien ja niille rakentuvan vallitsevan oikeusvakaumuksen kanssa. Aukon käsitettä selvitellessämme havaitsimme, että arvovaltaisetkin tutkijat mainitulla formaalisella perusteella kiistävät aukkojen olemassaolon (esim. Donati). Osoitimme, että tuon kannan takana on todellisuudelle vieras ahdas käsitys oikeudesta (Donatihan suorastaan samastaa »oikeuden» ja »säädännäiset oikeusnormit»). Tuomari, joka pelkää muodollisin perustein, siis koska oikeudenkäynnissä esitetty vaatimus ei perustu määrättyyn säädännäiseen tai tavanomaiseen oikeusnormiin, hylkää vaatimuksen, hän *menettelee* oikeudenvastaisesti, ja on — mikäli *päätöksen sisältö* täten muodostuu oikeudenvastaiseksi — virkasyytteen alainen (tällaisesta virkasyytteenä katso edellä mielivalan välttämisen takeiden kohdalla).⁵⁶ Kun siis meillä joskus näkee hyl-

⁵⁵ E. Kallenberg: Svensk civilprocessrätt I s. 17, J. Skeie: Den norske civilproces I s. 1 ss. — Omankädenoikeutta koskeva kiintoisa prejudikaatti: KKO 1935 Sel. 49. Kihlakunnanoikeuden päätökseen ja perusteluun yhtyen KKO, vastoin HO:n päätöstä, katsoi, ettei myyjä ole vastoin ostajan kieltoa oikeutettu ottamaan myytyä esinettä takaisin, vaikka kaupassa onkin myyjälle pidätetty tällainen oikeus ostajan jättäessä täyttämättä maksuvelvollisuutensa. Päätöksessään KO lausui selvitetyn, että E. V. R. oli omavaltaisesti vastoin O. ja L. N:n kieltoa ottanut heiltä pois kanteessa mainitun auton, minkä vuoksi, ja kun ei se seikka, etteivät O. ja L. N., kuten oli selvitetty, olleet noudattaneet kauppakirjan määräyksiä kauppahinnan maksusta ja että kauppakirjassa oli myyjäosakeyhtiölle sen varalta pidätetty oikeus ottaa auto pois laillisia muotoja noudattamatta, ollut oikeuttanut E. V. R:aa menettelemään kerrotuin tavoin, KO rikoslain 16 luvun 14 §:n nojalla tuomitsi E. V. R:n omankädenoikeudesta sakkoon.

⁵⁶ Carré de Malberg: Contribution à la théorie générale de l'Etat I s. 703 katsookin aivan oikein, että tällainen menettely on rinnastettava siihen tapaukseen, jolloin tuomari kieltäytyy tuomitsemasta, mitä Ranskassa samoin kuin muissakin oikeusvaltioissa on pidettävä erinomaisen törkeänä virkavirheenä. (Code civil 4 art.). — Samaa mieltä kuin Carré de Malberg on myös F. Génys: Méthode d'interpr. I s. 118. — HM 13 §.

käävän päätöksen perusteluissa, että »vaatimus hyljätään lakiin perustumattomana», tarkoittaa sana »laki» oikeusjärjestystä kokonaisuudessaan.

Mitkä psykologiset syyt ovat johtaneet edellämainittuun formalistiseen kantaan? E. I. Kaila lausuu tuomarin erikoisasemasta: »Tuomarihan esiintyy eräin tavoin enemmän passiivisena kuin sekä yksityishenkilö että hallintomies. Tuomarihan vain odottaa, ikäänkuin hämähäkki verkossaan, että hänen ratkaistavakseen tuodaan erilaisia oikeusriitoja, ja tuomarin tarvitsee näihin vain suhtautua klassillisen ohjeen mukaan: si liqvét, damnabo, si non liqvét, absolvam — eli lyhyesti sanottuna: kyllä tai ei. Aivan toisessa asemassa ovat sekä yksityishenkilö että hallintomies. Heidän täytyy itsensä aktiivisesti ottaa aloite, eikä heidän toimintansa rajoitu vain valmiina tarjotuista vaihtoehtoista jonkin valitsemiseen...» (Lainopillisten ja muiden oppiaineiden suhteesta toisiinsa s. 27). Vertailu on satuttu, mutta jos siinä mainittua erilaisuutta korostetaan in absurdum, päädytään tuomariformalismiin. Kuten tulemme havaitsemaan, edellyttää tuomarin tehokas aukkoharkinta mitä suurinta henkistä joustavuutta ja aktiivisuutta.

Miten voidaan selvittää, onko konkreettisessa prosessissa esitetty vaade, jolla ei ole tukenaan säädännäistä tai tavanomaista oikeusnormia, oikeuteen perustuva? Kysymystä valaisevat aukkoharkinnassa käytettävät apukeinot, jotka yksitellen tulevat tutkimuksessamme analysoitaviksi. Eräitä yleisiä näkökohtia esitämme kuitenkin jo tässä. Oikeudenkäynnissä esitetty vaade on joko oikeudenmukainen tai oikeudenvastainen.⁵⁷ Jos vaade on oikeudenmukainen, on tuomari vel-

⁵⁷ Edellytämme, että on kysymys vaateista, jotka tuomioistuin on velvollinen aineellisesti tutkimaan. Jos absoluuttinen prosessinedellytys puuttuu, vaatii järjestyneen oikeudenkäytön intressi yleensä, että tuomari jättää vaatimuksen tutkimatta, hän ei kohtuussyistä saa ruveta sitä aineellisesti tutkimaan. Mutta huomattakoon: tässäkin eivät ratkaise muodollis-loogilliset näkökohdat, vaan asema, joka prosessioikeudellisilla normeilla on oikeusjärjestyksen kokonaisuuden puitteissa. Jos asianosainen siviiliprosessissa tekee väitteen dispositiivisen prosessinedellytyksen puuttumisesta, ja tuomari havaitsee väitteen paikkansapitäväksi, on hän niinkään ehdottomasti velvollinen, kohtuusnäkökohdista riippumatta, jättämään aineellisen vaateen tutkimatta: mutta *loogilliset* näkökohdat eivät tähän velvoita, vaan prosessin asema järjestyneessä oikeusyhteisössä. Ainoastaan intressipunninta voi myös selittää, *miksi* prosessinedellytysten puuttuminen toisinaan ei aiheuta kanteen tutkimatta jättämistä, vaan saa aikaan lykkäyksen oikeudenkäynnissä (Wrede: Civilprocessrätt I s. 324): muodollis-loogillinen näkemys ei kykene näitä poikkeuksia yleisestä säännöstä selittämään. Vrt. O. H. J. Granfelt: Finlands civilprocessrätt s. 55.

vollinen, mikäli vaateen perustana olevat faktat näytetään toteen, antamaan vaateen mukaisen päätöksen; muussa tapauksessa päätös on hylkäävä.

Vallitsevan oikeusvakaumuksen kanta siihen nähden, mitä on pidettävä oikeudenmukaisena vaateena, mitä oikeudenvastaisena, vaihtelee, koska oikeuden pohjana oleva yhteiskunnallinen todellisuus on jatkuvan historiallisen muuttumisen alainen. Saksassa voitiin menestyksellä ajaa kannetta aviovaimon velvoittamiseksi harjoittamaan sukupuoliyhteyttä aviomiehensä kanssa (»eheliche Pflicht»), mutta nykyaikaisen pohjoismaisen oikeusvakaumuksen mukaan, sellaisena kuin tämä ilmenee avioliittolainsäädännössä, olisi tuollainen kanne hyljättävä aviopuolisoiden tasa-aryoa ja ihmisarvoa loukkaavana. Työsopimusta koskeva oikeusvakaumus on, työväen poliittisesti ja ammatillisesti järjestäytyttyä, ja valtasuhteiden tämän kautta muututtua heille edullisempaan suuntaan, huomattavasti kehittynyt. Työsopimuslakimme kiskomispykälä (12 §) on tässä suhteessa erityisen kuvaava. Jos työläinen viisikymmentä vuotta sitten oikeudenkäyntiteitse olisi vaatinut nälkäräpälle perustuvan työsuhteen purkamista tai lisäpalkkaa, olisi tällainen kanne heti oikeudenvastaisena hyljätty. Nyt sensijaan tuomioistuimien on velvollinen tarkoin harkitsemaan, onko purku- tai lisäpalkkavaatimukseen suostuttava. Maanvuokralainsäädännön alalla yhteiskunnan muuttuneet valtasuhteet myös ilmenevät erittäin selvästi: 1734 vuoden lain mukaan (MK 16: 7 ja 8) sai maanomistaja väkivalloin noutaa tilalleen takaisin karanneen lampuodin (kuin eläimen), ja jos lampuodi tällöin vastarintaa tehdessään sai vamman, ei maanomistajaa voitu siitä tuomita rangaistukseen. Väkivaltainen palauttaminen, joka nykyisen oikeuskäsityksen mukaan olisi mitä törkeintä rangaistavaa pakottamista, (RL 25: 12) oli silloisten valtasuhteiden ja oikeusvakaumuksen pohjalla oikeudenmukaista, eikä maanomistajan toimittama pahoinpitely ollut rangaistava teko (huomaa verotuspoliittinen näkökohta). Laki varallisuus-oikeudellisista oikeustoimista kesäkuun 13 päivästä 1929 kuvastaa myös III luvussaan avartunutta pohjoismaista oikeusvakaumusta: erikoisen kiintoisa on mainitun lain 33 §.

On väitetty, että oikeudenkäynnissä esitetty vaade aina on hyljättävä, jos sen tarkoittama suoritus lankeaa n.s. oikeustyhjään tilaan.⁵⁸

⁵⁸ Niinkin terävä tutkija kuin G é n y on tuollaisen väitteen esittänyt: *Méthode d'interprétation* II s. 148, mutta hän ei tee siitä minkäänlaisia käytännöllisiä johtopäätöksiä, epäilemättä koska »rechtsleerer Raumia» ei ole olemassakaan.

Olemme aukon käsitettä selvitellessämme todenneet, ettei »rechtsleerer *Raumia*» voida edes ajatella, jos kysymys tarkoin asetetaan.

Myös on huomautettu, ettei tuomari aukkotapausta harkitessaan saa muodostaa normia, joka olisi ristiriidassa oikeusjärjestyksen yleisten periaatteiden kanssa (G é n y: Méthode d'interprétation II s. 147): tähän on itsestään selvää, ja johtuu meidän mukaamme jo siitä, että tuomari aukkotapausta harkitessaan juuri lähtee oikeusjärjestyksen kokonaisuuden pohjalta, johon yleiset oikeusperiaatteet sisältyvät.

On myös korostettu, ettei tuomari aukkotapausta harkitessaan saa muodostaa kokonaan uutta oikeusinstituuttia.⁵⁹ Tämäkin on selvää, jos lähdetään siitä, että aukkoharkinnan pohjana on yhteiskunnallinen todellisuus, oikeusjärjestys siihen luettuna. Jos instituutti ei sisällä tuohon todellisuuteen, ei tuomari tietenkään voi sitä ruveta tyhjästä luomaan, *mutta* (tämän tulemme yksityiskohtaisesti osoittamaan oikeuskäytännön merkitystä selvitellessämme) tuomari voi ja hänen tulee joskus toimia »kättilönä», s.o. hän kiteyttää aukkoratkaisullaan juriidiseen muotoon yhteiskunnallisen instituutin, joka paraikaa vasta on lopullisesti hahmottumassa, mutta joka jo tällä perusteella määrättyssä mielessä on yhteiskunnallista todellisuutta.

Moderni oikeudellinen ajattelu suuntautuu tietoisesti oikeuden pohjana olevien reaalisten yhteiskunnallisten intressien selvittämiseen (ks. lukua »Yhteiskuntatieto»). Näiden yhteiskunnallisten intressien valossa on myös ratkaistava kysymys, ansaitseeko säädännäiseen ja tavanomaiseen oikeusnormiin perustumaton konkreettisesti oikeudenkäynnissä esitetty vaatimus oikeusturvan vai ei. Tarvitaan siis ennen muuta yhteiskunnallista reaalitietoa. Sattuvasti toteakin Roscoe Pound, että oikeudellisen ajattelun meidän päivinämmä tulee selvittää »what claims, what demands are involved (hyvä sana!) in the existence of the society in which these individual demands are put forward; how far may these individual demands be put in terms of these social interests, in so far as they may be so treated, what will give the fullest effect to those social interests with the least sacrifice» (The spirit of the common law s. 203). Ja toinen anglosaksilainen juristi, H. E. Willis, toteaa: »Milloin uusi yhteiskunnallinen intressi on oikeudellisesti tunnustettava, sen määrää kansa edustajainsa, lainsäätäjänsä ja tuomariensa, välityksellä. Uuden yhteiskunnallisen intressin tunnustaminen onkin vaikeasti ratkaistava kysymys. Yhteiskunnan

⁵⁹ Binder: Philosophie des Rechts s. 985.

muodostavat monet keskenään taistelevat ryhmät, kuten pääomanomistajat, työläiset, maanviljelijät, kuluttajat, tuottajat... Kansanedustajia ohjaavat kenties itsekkäät päämäärät, ja tuomarit kenties ovat ennakoluulojen ja harhakäsitysten vallassa: miten sellaisissa oloissa voidaan todeta uusi yhteiskunnallinen intressi? ... On kuitenkin monia yhteiskunnallisia intressejä, joiden turnustamisesta ei voi olla epäilystä. Oikeus on yhteiskunnallisen kontrollin kaava sellaisten yhteiskunnallisten intressien suojelemiseksi, joita yhteiskunta pitää suojelemisen arvoisina» (Introduction to anglo-american law s. 16). Willisin lausunnossa kiintyy huomiomme ennen muuta siihen, että hän rinnastaa parlamentin ja tuomarikunnan yhteiskunnassa elävän oikeuden kiteyttäjinä. Tämä näkemys on realistinen, eikä sen pätevyys suinkaan rajoitu vain anglo-amerikkalaiseen prejudikaattijärjestelmään.^{59a}

Näkee joskus väitettävän, että tuomarin aukkoharkintaa hallitsevat periaatteet eri oikeudenaloilla ovat kokonaan erilaiset, joten yhtenäisiä näkökohtia ei voida esittää. (Samaahan on väitetty myös tulkintaopista: kiistetään yhtenäisen tulkintaopin mahdollisuus.) Mitä ensinnäkin valtiosisäiseen oikeuteen tulee, muodostaa oikeusjärjestys yhtenäisen kokonaisuuden, jonka haaroja ei voida ymmärtää toisistaan ja yhteiskunnan muusta todellisuudesta eristettyinä. Se seikka, että oikeusjärjestyksen »haarat» kokonaisuuden puitteissa täyttävät erilaisia tehtäviä, ei suinkaan oikeuta erottamaan niitä jyrkillä raja-aidoilla. Päinvastoin jokaisen haaran erikoistehtävä on mielekäs, sitä voidaan ymmärtää, *ainoastaan* oikeusjärjestyksen kokonaisuuden puitteissa. Että tieteellinen tutkimus ja oikeuden opetus yliopistoissa jakaantuu eri haaroihin, johtuu pelkästään käytännöllisistä työn järjestelyä koskevista näkökohdista: aineiston valtava lisääntyminen pakottaa erikoistumaan.

Valtiosisäisen oikeuden ykseydestä johtuu aukkoharkintaan nähdessä se tärkeä periaate, että tuomarin kaikilla oikeuden aloilla on harkittava esiintyviä aukkotapauksia samojen yleisten näkökohtien mu-

^{59a} Oikeuselämän tarpeiden herkkä ymmärtäminen leimaa myös Kivimäen esitelmän »Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä», jossa aukkotapauksista lausutaan: »Oikeana tuomiona on tällaisissa tapauksissa pidettävä sellaista tuomiota, joka edistää yhteiskunnallista suojaa kaipaavia etuja vahingoittamalla niin vähän kuin mahdollista muita tärkeitä etuja. Kokeneella tuomarilla tuomitseminen näillä perusteilla, joita voidaan nimittää sosiologisiksi, tapahtuu vaistomaisesti. Kokeneelle tuomarille eivät elävän elämän vaatimukset olekaan vieraita» (Lm 1937 s. 477; ks. myös s. 481, 482).

kaan, ellei oikeusjärjestyksen kokonaisuuden pohjalla voida näyttää, että määrätyn oikeudenhaaran tehtävä tuon kokonaisuuden puitteissa lisäksi vaatii erikoisnäkökohtien huomioimista. Erilaisuutta ei siis saa olettaa, vaan se on vastoin yhtenäisyysolettamusta in casu näytettävä.

Mitä erityisesti tulee julkisen oikeuden ja yksityisoikeuden väliseen eroon tässä kohdin, huomattakoon: Jos tuo ero myönnetään — ja yksityiskapitalistisessa talousjärjestyksessä se lankeaa luonnostaan — on se pyrittävä karakterisoimaan hedelmällisellä käytännöllisiä näköaloja aukovalla tavalla. Nykyaikainen oikeusteoria suuntautuu nimenomaan yhteiskunnallisten intressien huomioimiseen, ja mainitusta syystä julkisen oikeuden ja yksityisoikeuden eroa määriteltäessä on mielestämme koetettava saada intressinkäsité lähtökohdaksi. Muuten jako helposti saa skolastisen ja todellisuudelle vieraan sävyn. Näinollen yhdyimme E. L. Kailan modernisoimaan roomalaiseen määritelmään, jonka mukaan »julkinen oikeus on se oikeusala, jolla julkiset intressit ovat etusijassa määräävinä, yksityisoikeus se ala, jolla yksilöintressit saavat, sillä tavoin kuin julkiset intressit sen myöten antavat, olla määräävinä» (Oikeuslogiikka I s. 78).⁶⁰ Erityisen tärkeätä on huomata, että kysymys tuomarin aukkoharkinnasta aina on julkisoikeudellinen prosessi-oikeuteen kuuluva probleema, silloinkin, kun itse ratkaistava oikeuskonflikti aineellisesti kuuluu yksityisoikeuteen. Tuomarin aukkoharkintaa ohjaavat yleiset näkökohdat, joita tässä tutkimuksessa pyrimme selvittämään, ovat johdettavissa *tuomarin tehtävästä järjestyneen yhteiskuntaelämän mahdollistuttajana*.

Mitkä kunkin oikeudenhaaran tehtävät oikeusjärjestyksen kokonaisuuden puitteissa ovat, sen määrää konkreettisen yhteiskunnan historiallinen kehitysvaihe, sellaisena kuin tämä ilmenee yhteisön taloudellisen-poliittisessa rakenteessa. Että esim. periaate »nulla poena sine lege»

⁶⁰ Julkisen oikeuden ja yksityisoikeuden välistä eroa pohtii perusteellisesti G. A. Walz: Vom Wesen des öffentlichen Rechts (Stuttgart 1928). Sivulla 55 hän lausuu omana kantanaan: »So weit das individualistische Streitverhältnis herrscht, so weit herrscht sein spezifischer sozialer Normenkomplex des Koordinationsrechts, des egoistisch forderungsheischenden Privatrechts. So weit aber der Geist des herrschaftlichen Machtverhältnisses die sozialen Beziehungen beherrscht, ersteht das Subordinationsrecht, das vom Geist der Über- und Unterordnung erfüllte, von imperialer Machtfülle getragene öffentliche Recht». Paitsi että hänen karakteristiikkansa on tavattoman epämääräinen se herättää käsityksen, että yksityisoikeuden taustana muka ei olisi valtaa. — Ks. lisäksi Benvenuto Donati: L'unità del diritto e l'unità della scienza del diritto a proposito della distinzione del diritto in pubblico e privato IZTR 1926/27.

on vain määrätyn poliittisen ideologian ja määrätyn kehitysvaiheen ilmaus, se on käynyt ilmeiseksi sitä mukaa kuin liberaalin ideologian suhteellisuus historiallisen kehityksen kautta paljastuu. Mainittu periaate ei suinkaan sisällä, että »rikosoikeuden olemus» vaatisi rikostuomarin aukkoharkintaa kokonaan poikkeamaan niistä yleisistä periaatteista, jotka muuten tuomarin harkintaa ohjaavat. Se merkitsee ainoastaan, ettei tuomari liberaalissa valtiossa saa oikeusanalogialla luoda uutta *rikostyyppiä*, koska rikostyypit *tällaisessa* valtiossa ovat rikoslain erikoisessa osassa tyhjentävästi karakterisoidut. Sensijaan rikosoikeuden yleinen osa on täynnä joustavia, *prima facie* epämääräisiä käsitteitä sekä tahallisesti jätettyjä aukkoja: lainsäätäjä ei ole halunnut yksityiskohtaisesti säännöstellä rikosoikeuden yleisten oppien perusperiaatteita, vaan on pitänyt tarkoituksenmukaisempaan jättää niiden kiteyttäminen tieteen ja oikeuskäytännön varaan. Rangaistavuuden yleiset edellytykset on tuomari pakotettu täsmentämään tietoisopin ja käytännön pohjalla, ja tätä harkintaa harjoittaessaan hän on velvollinen seuraamaan samoja näkökohtia kuin muidenkin oikeus-alain puitelakitapauksia ja aukkoja harkittaessa. Tämä selittää, miksi rikosoikeuden yleisten oppien *perusteellinen* hallitseminen on tuomarille välttämätön, mikäli hän tyydyttävästi haluaa täyttää tehtävänsä.⁶¹

Hallinto- ja valtiosääntöprosessin alalla tuomari on velvollinen tuomitsemispakon nojalla ratkaisemaan myös ne oikeuskonfliktit, joiden varalta ei ole olemassa nimenomaista säädännäistä tai tavanomaista oikeusnormia, ja tällöin hänen on harkinnassaan noudatettava aukkoharkinnan yleisiä näkökohtia. Jos nimittäin oikeusjuttu kuuluu tuomarin abstraktisesti määritellyyn kompetenssiin, olisi järjestyneen yhteiskuntaelämän kannalta tuhoisaa, jos tuomari aukkotapauksen sat-

⁶¹ Aukkoharkinnasta rikosoikeudessa ennen muuta Honkasalo: Nulla poena sine lege. Vrt. myös Hans Reichelin arvostelua Drostin teoksesta »Das Ermessen des Strafrichters» aikakauskirjassa Zeitschrift für Rechtsphilosophie 1930/1931, J. Forsman: Straffrättens allmänna läror s. 460, A. Serlachius: Suomen rikosoikeuden oppikirja I s. 36 ss., J. Hagströmer: Svensk straffrätt I s. 48 ss., J. C. W. Thyren: Förberedande utkast till strafflag, Kap. I—XIII (allmänna delen), Lund 1916, Oluf H. Krabbe: Borgerlig Straffelov af 15. April 1930, Köbenhavn 1931, s. 21, Hagerup: Strafferettens almindelige del, tredje utgave, Oslo 1930 s. 60 ss., Kjerschow: Förslag till strafflag... TFR 1925 s. 8 ss., Aatos Alanen: Lainkäyttäjän harkintavalta Saksan uudessa rikosoikeudessa DL 1936 erit. s. 290; M. Gégout: L'interprétation littérale des lois pénales (Mélanges Gény III). — Antti Tulenheimo: Tuleeko uuden rikoslakimme pyrkiä ratkaisemaan n.k. teoreettisia kysymyksiä Lm 1930 s. 200 ss.

tuessa voisi kieltäytyä ratkaisemasta esim. sillä perusteella, että ratkaisusta muodostuisi »poliittinen».⁶² Kokonaan eri asia on, että eräitä oikeuskonfliktien lajeja varten positiivisen oikeusjärjestyksen mukaan kenties ei ole olemassa tuomitsevaa instanssia: silloin ei kysymystä tuomarin harkinnasta näissä konflikteissa lainkaan voi esiintyä. Mutta jos sensijaan — ja tämä riippuu yhteiskunnan vallitsevasta poliittisesta järjestelmästä — valtiosääntöoikeudellinen ja hallinto-oikeudellinen tuomioistuininstituutti on määrättyssä laajuudessa järjestetty, on tuomari velvollinen ratkaisemaan kaikki kompetenssinormien mukaan hänen toimivaltaansa kuuluvat oikeuskonfliktit, ja siis tarpeen tullen harjoittamaan aukkoharkintaa.⁶³

Kansainvälinen oikeus eroaa valtiosisäisestä oikeudesta oikeusjärjestystä kannattavaan yhteisöön, oikeuslähteisiin, sanktioihin ja tuomioistuininstituutin järjestelyyn nähden. Mutta kansainvälinenkin oikeus on *oikeutta* tämän sanan täydessä mielessä, jonka voimassaolo rakentuu kansainvälisessä oikeusyhteisössä vallitsevalle oikeusvakaukselle. Se seikka, että kansainvälistä oikeutta (samoin kuin valtiosisäistä oikeutta) *de facto* — varsinkin *suurvaltain n.s. »elinetu-* *jen»* ollessa kysymyksessä — *rikotaan*, ei suinkaan tee tyhjäksi sen

⁶² Vrt. kuitenkin Kellein: Die Verfassungsgerichtsbarkeit s. 28: tuomari ei valtiosääntöprosessissa saa harjoittaa aukkoharkintaa, koska se ei enää olisi *oikeudenkäyttöä*, vaan puhtaasti poliittista toimintaa. Mutta tällä perusteellahan voitaisiin kieltää tuomarin aukkoharkinta kaikilla oikeuden aloilla; että kaikkeen oikeuteen liittyy poliittinen valtapuoli, siitä ks. teoksemme johdantolukua ja »Yhteiskuntatieto»-lukua. — — Ks. lisäksi Jerusalem: Die Staatsgerichtsbarkeit s. 85, Hugo Blomberg: Ur föreläsningar i svensk statsrätt, andra uppl., Uppsala 1911 s. 38 ss., Nils Herlitz: Grundlinjer till föreläsningar i svensk statsrätt, Stockholm 1928 s. 1, Knud Berlin: Den danske Statsforfatningsret I, Köbenhavn 1916 s. 74, Rafael Erich: Suomen valtio-oikeus I s. 114—115, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, Berlin und Leipzig 1929 (valtiosääntöprosessista), Gaston Jèze: Les principes généraux du droit administratif I s. 48 ss., Adolf Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht s. 369 ss., H. Heller: Staatslehre s. 266 ss., G. Brunetti: Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico (polemiikki Rómánoa vastaan) s. 60 ss., Donati: Lacune s. 107, Stammer: Theorie der Rechtswissenschaft s. 391, Burckhardt: Lücken s. 54.

⁶³ Demokraattinen oikeusvaltio on taipuvainen laajentamaan tuomioistuininstituutin myös julkisen oikeuden »poliittisävyisille» aloille, kun sensijaan totalitaarisen valtion johto ei yleensä siedä, että ainakaan n.s. hallitusakteja (actes de gouvernement) alistettaisiin tuomioistuinten arvosteltavaksi. — — On ajateltavissa, että positiivisoikeudelliset kompetenssinormit *erottavat* aukkotapaukset pois hallinto- ja valtiosääntötuomarien toimivallasta: mutta tätä ei saa presumoida.

voimassaoloa: usein rikkoja nimenomaan etsii kansainvälisestä oikeudesta verukkeen rikkomukselleen, tunnustaen siten kansainvälisen oikeuden velvoittavuuden. *Järjestynyt elämä* kansainvälisen yhteisön piirissä on yhtä pakottava välttämättömyys kuin jokaisessa muussakin yhteisössä, ja tämän oikeusrauhantarpeen ilmauksena on kansainvälinen oikeus.⁶⁴ Kuten valtiosisäisessä oikeudessa soveltavat kansainvälis-täkin oikeutta sekä oikeusyhteisön jäsenet että myös jäsenten yläpuo-
lella ovat puolueettomat oikeusyhteisön elimet, tuomioistuimet.⁶⁵ Tarkastaessamme aukkoprobelemaa kansainvälisoikeudellisen oikeu-
denkäytön ongelmana, on erotettava toisistaan välitysoikeudet ja pysy-
vät kansainväliset tuomioistuimet. Edellisistä Erich lausuu: »Velvol-
liseksi alistamaan riita-asian välitysoikeudellisesti ratkaistavaksi valtio
joutuu vain sen johdosta, että se itse on siihen sitoutunut tai sitoutuu.
Tavanomainen kansainvälinen oikeus ei vielä ole tällä alalla luonut mi-
tään yleistä velvoitusta» (Kansainliiton oikeusjärjestys s. 185). Kan-
sainvälisen välitystuomioistuimen asema aukkotapauksessa riippuu
tuomioistuimen pohjana olevan välityssopimuksen tulkinnasta.⁶⁶ Jos
välitystuomioistuin on sopimuksella asetettu *konkreettista* aukkota-
pausta ratkaisemaan, on se mielestämme velvollinen ja oikeutettu an-
tamaan päätöksen, muutenhan välityssopimus olisi kokonaan merki-
tyksetön. Jos sensijaan välitystuomioistuimen kompetenssi käsittää
abstraktisesti laadultaan ennakoita määrättyjä oikeusriitoja, ja näiden
joukkoon ilmestyy konkreettinen aukkotapaus, riippuu tuomioistuimen
suhtautuminen sellaiseen tapaukseen taaskin välityssopimuksen tul-
kinnasta. Jos välityssopimuksen tarkoituksena voidaan pitää, että myös
tällaiset aukkotapaukset kuuluvat välitysoikeuden ratkaisuvallan pii-
riin, on tuomioistuin oikeutettu ja velvollinen aukkotapauksen harkit-
semaan ja ratkaisemaan. Olettamus puhunee sen puolesta, että kon-
kreettinen aukkotapaus, joka laadultaan muuten kuuluu välityssopi-
muksessa edellytettyihin oikeusriitoihin, myös perustaa tuomioistui-
melle ratkaisuoikeuden ja -velvollisuuden. Samat näkökohdat pitävät

⁶⁴ Kansainvälisen oikeuden ja muun oikeuden olemuksellisesta yhtäläisyydestä
sattuvasti Erich: Kansainliiton oikeusjärjestys s. 194, 206. — Vrt. myös Björk-
sten: Kansainvälinen oikeus, 1. luku.

⁶⁵ Ketä on pidettävä kansainvälisoikeudellisena subjektina, on laaja probleema,
jonka selvittely ei kuulu teoksemme puitteisiin. Ks. esim. Karl Strupp: Grund-
züge des positiven Völkerrechts, Bonn 1928 s. 21 ss. sekä Björksten: Kansain-
välinen oikeus s. 47 ss.

⁶⁶ Politis: Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel
(Mélanges Gény III) erit. s. 378.

paikkansa valtionsisäiseen välimiesinstituuttiin nähden Suomen positii-visessa oikeudessa: Välim. L. 4/2 — 1928 1 §:n 2 mom. verr. 21 §:n 3-kohtaan.⁶⁷

Mitä taasen tulee Pysyvään kansainväliseen tuomioistuimeen, on sekin oikeastaan vain erikoislaatuinen välitysoikeus, sillä sen kompetenssi konkreettiseen oikeusriitaan nähden perustuu aina kansainvälisoikeudellisten subjektien väliseen sopimukseen: eiväthän edes Kansainliiton jäsenvaltiot ole ehdottomasti velvolliset alistamaan riitojaan sen ratkaistaviksi (Pysyvän kansainväl. tuomioistuimen perussäännön 36 artiklan 1 mom. verrattuna Kansainliiton peruskirjan 12 artiklan 1 mom:iin), elleivät ne nimenomaan ole tähän määrättyssä laajuudessa sopimuksella sitoutuneet (mainittu perussääntö: 36 art:n 2 mom.). Pysyvän kansainvälisen tuomioistuimen oikeus ja velvollisuus ratkaista konkreettinen aukkotapaus on sentähden selvitettävä sen sopimuksen tulkinnalla, jolla riitapuolet — laajemmissa tai ahtaaammissa rajoissa — ovat tunnustaneet sen tuomiovallan itseensä nähden. (Vrt. kuitenkin Björkstén: Kansainvälinen oikeus s. 312: aukkotapauksissa non liquet.)

Näinollen voimme kansainvälisoikeudellista oikeudenkäyttöä varten asettaa sen yleisen säännön, että tuomioistuimen (olipa kysymyksessä välitysoikeus tämän sanan varsinaisessa mielessä tai pysyvä kansainvälinen tuomioistuin) harkintavallan ja -velvollisuuden aukkotapauksissa aina määrää kansainvälisen sopimuksen tulkinta.

Kansainvälisessä oikeudessa valtionsisäisen oikeuden^o säädännäisiä normeja lähinnä vastaavat kansainväliset oikeuttaluovat sopimukset ja valtionsisäistä tavanomaista oikeutta kansainvälinen tapa todistuksena velvoittavaksi oikeudeksi tunnustetusta yleisestä käytännöstä.⁶⁸ Auk-

⁶⁷ R. Erich: Kansainliiton oikeusjärjestys s. 183 edellyttää, tosin lähemmin täsmentämättä, että kansainvälisoikeudellinen välitystuomioistuin saattaa joutua ratkaisemaan aukkotapauksia. Castberg: Mellefolkelig rettspleje s. 37 huomauttaa, että jos välitysoikeuksilta periaatteessa kiistetään kompetenssi aukkotapauksiin nähden, jäävät useat tärkeimmät kansainväliset oikeuskonfliktit tuomioistuin käsittelyn ulkopuolelle. Vrt. myös A. Möller: Folkeretten I s. 67 ss. Mutta ks. toisaalta Politis: La justice internationale s. 170 ss. — Björkstén: Kansainvälinen oikeus s. 301: aukkotapauksissa voivat välitystuomarit tuomita kohtuuden mukaan.

⁶⁸ Pysyvän kansainvälisen tuomioistuimen perussäännön 38 artiklan 1. ja 2. kohdat. Kansainvälisen oikeuden lähteistä ks. myös C. A. Reuterskiöld: Folkrätt (Uppsala 1928) s. 5 sekä K. Strupp: Grundzüge des positiven Völkerrechts s. 9 ss. — Björkstén: Kansainvälinen oikeus s. 13 ss.

koharkinnassa huomioonotettavina apukeinoina Pysyvän kansainvälisen tuomioistuimen perussäännön 38 artiklan 3. ja 4. kohdat mainitsevat sivistysvaltioiden tunnustamat^o yleiset oikeusperiaatteet, oikeudelliset ratkaisut sekä etevimpien tutkijain opit. Tämä osoittaa selvästi, ettei valtionsisäisen oikeudenkäytön ja kansainvälisoikeudellisen oikeudenkäytön välillä ole ylitsepääsemätöntä olemuksellista eroa, seikka joka osaltaan vahvistaa käsitystämme kaiken oikeuden yhtäläisestä perusrakenteesta.

Vallitseva oikeusvakaumus, kohtuus ja luonnonoikeus aukkoharkinnan suunnanosoitajina: Usein näkee väitettävän, että tuomarin aukkoharkinnassa tulee nojautua vallitsevaan oikeusvakaumukseen. Tutkimuksemme alkuluvussa koetimme osoittaa, että tuo vakaumus kasvaa esiin yhteiskunnan faktillisesta rakenteesta, ja on ymmärrettävissä vain *koko* yhteiskunnallisen todellisuuden valossa. Sentähden ei mielestämme ole syytä pitää vallitsevaa oikeusvakaumusta *sellaisenaan* tuomarin aukkoharkinnan itenäisenä apulähteenä. On tarkoituksenmukaisempaa suunnata katse suoraan yhteiskunnalliseen todellisuuteen kokonaisuudessaan, jolloin vallitsevaa oikeusvakaumusta voidaan käyttää kontrollivälineenä ratkaisuehdotuksen tarkistamisessa.

Toisinaan kehoitetaan tuomaria aukkoharkinnassaan turvautumaan *kohtuuteen*. Niinpä Caloni^{us} (Praellectiones III 16 § 5 k.) lausuu: »Ubi lex deficit, decisio caussae ex naturali aequitate erit petenda», ja Wrede: »Såsom en tredje rättskälla kan visserligen uppställas naturlig billighet. Ty då domaren jämväl i sådana fall, i vilka rättsnormen företer luckor, så att varken lag eller landssed giver ledning, likväl ej får lämna saken oavgjord, måste han vid dess avgörande följa vad han, oberoende av skrivna och oskrivna rättsatser, anser vara rätt» (Civilprocessrätt I s. 12 aliv. 2). Saman näkökohdan on Ranskassa esittänyt Fabreguettes.⁶⁰ Kuten edellä olemme koettaneet osoittaa, esiintyy kohtuuden probleema kätkeytyjen aukkojen toteamisessa (ks. sitä koskevaa lukua). Kohtuuden tehtävä on näinollen yksinomaan negatiivinen: se osoittaa, että määrätty oikeusnormi *ei* sovellu konkreettisen annetun oikeustapauksen ratkaisun pohjaksi. *Positiivista* johtoa aukkoharkinnalle kohtuus sensijaan ei saata antaa. Päinvastoin

⁶⁰ La logique judiciaire et l'art de juger s. 397, 401.

siihen vetoaminen tällöin helposti johtaa subjektiiviseen mielivaltaan. Niinpä Wreden ylläsiteerattu lausunto on erinomaisen arvelluttava.

Nehrman ja Caloniuss panevat suuren painon luonnonoikeudelle, ja osoittavat siten olevansa täysin oman aikansa eurooppalaisista kulttuurivirtauksista perillä. Luonnonoikeuden vaikutus eurooppalaiseen ja nimenomaan myös Ruotsi-Suomen oikeuskehitykseen odottaa vielä historioitsijaansa. Tiedämme, että luonnonoikeus esiintyi humanisuuden ja useinkin aivan nykyaikaisten oikeusajatusten esitaistelijana uutta luovalla 18:nnella vuosisadalla. Kun sentähden Caloniuss (Prael I 42 §) lausuu: »Ubi deficit jus civile, ex jure naturae sententia erit ferenda», hän tahtoi sillä avata eurooppalaiselle kulttuuritajunnalle oven myös meidän oikeuteemme.

Tuomari ei voi »täyttää» aukkoja: Edelläolevassa olemme vältäneet sanontaa »tuomari täyttää aukon», sillä mannermaisen oikeuden mukaan aukkojen täyttö voi tapahtua vain säädännäisen tai tavanomaisen oikeusnormin muodostumisella. Tuomari ei esim. Suomen positiivisen oikeuden mukaan saada välittömästi päätöksellään kiteyttää sellaista oikeutta, joka velvoittaisi häntä ja muita tuomareita tulevissa samanlaisissa tapauksissa. Sentähden Brunetti kieltää tekemästä aukkoprobleemasta tulkintaopin keskuskysymystä: siitä aiheutuisi vain sekaannusta ja erehdyksiä. Aukkoprobleeman käsittely on legistatiivinen ongelma.⁷⁰ Huomautamme tämän johdosta, että aukkoprobleema juuri tuomarille käytännöllisesti katsoen on keskeisen tärkeä, ja että sen hedelmällinen käsittely sittenkin parhaiten tapahtuu tuomitsemisopin yhteydessä.

Anglo-amerikkalaisessa oikeudessa tuomari sensijaan eräin edellytyksin todella »täyttää» aukon tulevia samanlaisia tapauksia sitovalla tavalla. Mannermaalla olemme taipuvaiset katsomaan, että uusi laki poistaa aukkotapausten edellytyksiä määrättyltä alalta: onhan silloin olemassa tarvittavat säädännäiset normit. Anglo-amerikkalaiset juristit sensijaan katsovat asiaa aivan päinvastaiselta kannalta: uusi laki luo lukemattomia aukkoja, joita oikeuskäytäntö käy täyttämään. Niinpä Pound oikeuskäytännöstä lausuu: »Meidän on siihen turvauduttava täyttääksemme lainsäädännössä olevat aukot», ja John Dickinson huomauttaa: »Kaikki lakimiehet tietävät kokemuksesta, että tärkeän

⁷⁰ Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza s. 152.

lain säätämisen jälkeen ilmaantuu lukemattomia epäilyjä, kunnes tuomioistuimet ovat antaneet ratkaisuja, jotka saattavat toimia prejudikaatteina». ^{71 72}

⁷¹ R. Pound: The spirit of the common law s. 174, Dickinson: The problem of the unprovided case (Mélanges Gény II s. 503 ss.). G. W. Keeton lausuu: »Precedents develop the law rather than reform it. Thus the function of case-law is, generally speaking, to fill in the gaps left by the legislature» (The elementary principles of jurisprudence s. 67). — — Vrt. lisäksi J. C. Hutcheson: The judgment intuitive sekä J. G. Rogers: A scientific approach to free judicial decision (kummatkin artikkelit Mélanges Gény II).

⁷² Emme ryhdy tässä selostamaan eri poliittisten aatesuuntain vaikutusta tuomarin harkintaan, vaan viittaamme Honkasalon teokseen »Nulla poena sine lege», jossa kysymyksestä annetaan suppea, mutta valaiseva ja luotettava esitys.

VII. ANALOGIA.

Analogian käsitteestä ja lajeista vallitsee eurooppalaisessa oikeusteoriassa huomattavan suuri yksimielisyys, mutta sen rakenteen tarkemmasta selittämisestä ja sen oikeutusperusteesta päinvastoin mitä suurin erimielisyys. Lähemmin tarkasteltaessa ilmenee, että analogia on oikeusteorian vaikeimpia ja vähimmin käsiteltyjä probleemoja. Lähtökohdaksi valitsemme Brynolf Honkasalon¹ määritelmän: »Analogiassa eroitetaan yleisesti lainanalogia ja oikeusanalogia. Ensiksimmäinillä ymmärretään rikoslainsäännöksen soveltamista tapaukseen, johon se ei sanamuotonsa puolesta sovellu, mutta johon säännöksen perustana oleva ratio vaatii sitä sovellettavaksi. — Oikeusanalogia lähtee paljon yleisemmistä näkökohdista. Se ottaa aina tarkasteltavakseen useampia säännöksiä tai koko rikoslainsäädännön. Oikeusanalogia pyrkii selville saamaan ne yleiset periaatteet, joiden ilmauksia positiiviset säännökset ovat, voidakseen soveluttaa niitä käytännössä esiintyviin tapauksiin. Oikeusanalogia eroaa lainanalogiasta siinä, että oikeusperiaatteet, joita se soveluttaa, eivät ole saadut yhdestä rikoslainsäännöksestä vaan useista sellaisista tai rikoslain yleisestä hengestä».² Eurooppalaisessa oikeustieteessä tuo kahtiajako lain- ja oikeusanalogiaan on nykyään yleisesti tunnustettu. Terminologiselta kannalta sana »lainanalogia» on epäselvä ja vähän valaiseva. Vallitsevan teorian mukaan lainanalogian lähtökohtana on yksityinen oikeusnormi, eikä laki. Sana »oikeusanalogia» sensijaan on valaiseva: oikeusanalogia vallitsevan teorian mielessä lähtee todella, kuten tulemme havaitsemaan, koko oikeusjärjestyksen pohjalta (mutta osoittamme, että myös lainanalogia lähtee tältä pohjalta).

¹ Nulla poena sine lege s. 70—71. Honkasalon määritelmä on luotu rikosoikeuden pohjalta, mutta on yleispätevä.

² Vrt. Nehrman: *Inl. til jur. civ.* s. 75, *Calonius: Praelectiones III* §§ 8, 10, 16.

Analogia saattaa perustua ei yksin säädännäiseen oikeuteen, vaan myös tavanomaiseen. Tämähän on ilmeistä oikeusanalogiassa, koska se lähtee koko oikeusjärjestyksen pohjalta, johon perustavan tärkeänä osana sisältyvät myös tavanomaiset normit. Mutta analogia voi ulko- naisesti havaittavaksi lähtökohdakseen myös valita *yksityisen* tavan- omaisen oikeusnormin: termi »lainanalogia» on siis paitsi epätarkka myös suorastaan harhaanjohtava. — — Toisinaan laki nimenomaan sää- tää, että joitakin sen määräyksiä »on vastaavasti sovellettava» määrä- tynlaisiin tapauksiin: tämä on puhtaasti lakiteknillinen keino, jota ei saa sekoittaa varsinaiseen analogiaan.

Positiivisen oikeutemme analogiaa koskeva perussäännös sisältyy OK:n 1 luvun 11 §:ään, jonka mukaan »Domaren skal noga pröfva La- gens rätta mening och grund, och ther efter döma; men ej theremot, efter egen godtycko».³ Mainittu säännös koskee tietenkin myös tul- kintaa, mutta samalla analogiaa, jota — kuten heti tulemme näkemään — vanhempi käsitys ei erottanut tulkinnasta. Jo Tuomarinohjeissa vaa- dittiin, että hyvän tuomarin tuli tuntea »hwad Laghen inneholder, och hwad Grund och Mening ther uthi är» (1. ohje), ja useat kuninkaalliset kirjeet teroittivat samaa. Kuten 1734 vuoden lain vahvistuksessa sano- taan, oli tarkoituksena »at i thenna Lag alle the nödigaste stycken måge finnas, som til thet enskildta lefvernet i ett väl beställt Rike höra», ja kuninkaallinen vahvistus tunnusti nimenomaan »at någre besynnerlige mål, som sällan förefalla, äro efter noga öfvervägande utelemnade». Lainsäätäjä siis ei sälyttänyt lakiin tarpeetonta painolastia, vaan luot- ti lainkäyttäjän terveeseen järkeen. Tästä johtuu, että analogialla on 1734 vuoden lain soveltamisessa ollut tärkeä tehtävä. Tosin on väärin liioitella lakikirjan tarkoituksellista aukollisuutta: varmaankin Wil- helm Sjögren on nähnyt asian syvemmin todetessaan, että vuoden 1734 lainsäätäjä kyllä pyrki mahdollisimman täydelliseen järjestelmäl- lisyyteen, joka vastasi silloisia — meidän kannaltamme — yksinkertai- sia oloja (TfR 1916 s. 335). Mutta lainsäätäjällämme oli tervettä järkeä, eikä langennut sellaiseen epäkäytännölliseen ja hedelmättömään syste- matisoimisvimmaan, jonka tuloksina ovat olleet esim. Preussin maan- oikeus sekä Saksan voimassaoleva siviililakikirja. Syvällinen oikeushis- torioitsijamme Julian Serlachius on tieteellisellä elämäntyöllään

³ Calonius: Praelectiones III 10 §, Haataja: Vuokran käsite s. 18, C. G. Björling: Lärobok i civilrätt för nybegynnare s. 7—8.

osoittanut, miten hedelmällisiä tuloksia 1734 vuoden lain pohjalta lähtevä analogia saattaa tuottaa.⁴

Lainanalogia: Vanhempi teoria ei erottanut analogiaa ja tulkintaa, vaan sisällytti tulkinnan käsitteeseen myös analogian. Näin esim. Nehrman, Calonius ja Lind,⁵ jotka samastavat analogian ja interpretatio extensivan. Nykyisessä oikeustieteessä näkee joskus mainittua kantaa edustettavan. Niinpä Elze (Lücken im Gesetz s. 82) lausuu: »Jedes Subsumieren unter eine gesetzliche Regel — wie überhaupt unter jede generelle Norm — beruht auf einem Analogieschluss. Alle konkreten Fälle, auf die man eine gesetzliche Regel anwendet, sind nur teilweise gleich, und trotz der nur teilweisen Gleichheit werden die gleichen Rechtsfolgen an sie geknüpft». Elze on terävästi vaistonnut *kaiken* oikeudellisen ajattelun pohjana olevan samanlaisuusrelation, mutta tämä ei vielä oikeuta samastamaan analogiaa ja tulkintaa. Radbruch (Rechtsphilosophie s. 111) toteaa kylläkin oikein, että raja tulkinnan ja analogian välillä on huomaamaton: on vaikeata tarkoin *todeta*, missä tulkinta kulloinkin loppuu ja analogia alkaa,⁶ mutta mielestämme tieteellisen analyysin on usein pakko vetää raja sinne, missä rajalinja käytännössä helposti kasvaa umpeen. Tulkinnan ja analogian eroa on omiaan peittämään epätarkka sanonta: puhutaan määrätyn oikeusnormin »analoogisesta soveltamisesta». Itse asiassa tuomari lainanalogiaan turvautuessaan aluksi toteaa, *ettei* hänellä ole tapauksen ratkaisuun sopivaa säädännäistä tai tavanomaista normia käytettävänä, mutta että määrätty säädännäinen tai tavanomainen oikeusnormi tarkoittaa sellaisten tapausten luokkaa, jotka ovat enemmän tai vähemmän samanlaiset kuin ratkaistava konkreettinen oikeustapaus. (Mitä tuo »samanlaisuus» analogiassa merkitsee, tulee tässä luvussa tarkoin selvitettäväksi). Ratkaistava tapaus *ei* siis kuulu siihen tapausten luokkaan, jota normi tarkoittaa (säädännäisen tai tavanomaisen oikeuden normi tarkoittaa aina ajatuksellisesti määrättyä abstraktisesti ilmaistavaa *tapausten luokkaa*; tuomio sensijaan

⁴ Totuuden nimessä on kuitenkin lausuttava, että Serlachius monasti analogisoinnillaan on ampunut yli maalin ja johtanut 1734 vuoden laista periaatteita, joita mikään analogia ei siitä kykene löytämään: varsinkin velvoiteoikeuden yleisiä oppeja käsittelevässä nerokkaassa teoksessaan hän analogiana esittää monia periaatteita, jotka itse asiassa voidaan johtaa vain yhteiskunnallisen todellisuutemme (talouselämän struktuuri) tarpeista, mutta ei 1734 vuoden laista.

⁵ Nehrman: *Inl. til jur. civ.* s. 75 ss., Calonius: *Praelectiones* III 8 §, Lind: *Domarens pröfning efter Sveriges Lag*, 3. luku.

⁶ Vrt. Honkasalo: *Nulla poena sine lege* s. 70.

asettaa normin in casu: esim. »A. velvoitetaan maksamaan B:lle X markkaa»). Mutta ratkaistava aukkotapaus muistuttaa oikeudellisesti relevanteilta tunnusmerkeiltään tuon normin tarkoittaman tapausten luokan tunnusmerkkejä. Että täten yksityistä konkreettista tapausta ja toisaalta tapausten luokkaa ajatuksellisesti voidaan toisiinsa verrata, on mahdollista *koska* yksityinenkin oikeustapaus aina tuomarin silmissä on abstraktio. Olemme aikaisemmin todenneet, ettei tuomari koskaan näe eikä saa nähdä yksityistä tapausta erillisenä, ehdottoman yksilöllisenä, vaan että hänen tulee nähdä se oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta käsin. Tämä merkitsee juuri, että tuomari konkreettisessa tapauksessa näkee edessään tapauksen ajatuksellisen rakenteen, sen luokan, jota tapaus *edustaa*.

Selvennykseksi seuraava esimerkki: Lainanalogiaa käsitellessään Wrede (Grunddragen av Finlands rätts- och samhällsordning s. 26) lausuu »... böra stadgandena om klander å fastighet, i 11 kap. JB, tillämpas även för klander å lösöre, varom föreskrifter saknas i lagen». Kun siis tuomarin on ratkaistava konkreettinen irtaimiston moitetta koskeva oikeustapaus, hän ensin toteaa, ettei säädännäinen eikä myöskään tavanomainen oikeutemme ole kiteyttänyt siihen sopivaa normia, mutta että MK:n 11 luku sisältää normeja kiinteistönmoitteen varalle, siis oikeusnormeja, jotka ajatuksellisesti tarkoittavat kiinteistönmoitetausten luokkaa. Tämän jälkeen hän käy vertaamaan mainittua luokkaa ja ratkaistavan *irtaimistomoitetautapauksen edustamaa luokkaa*, todeten — koko oikeusjärjestyksen tarkoitukskompleksin pohjalta — että mainitut luokat ovat (oikeudellis-teleoloogisessa mielessä) »samanlaiset», t.s. että kiinteistönmoitetausten varalle säädetyt oikeusreaktiot soveltuvat myös irtaimistonmoitetautapauksiin. Hän ei siis näe ratkaistavaa irtaimistonmoitetautapausta irrallisena, vaan koko luokkansa edustajana. Todettuaan luokkien välillä vallitsevan oikeudellisen samankaltaisuuden hän *muodostaa* konkreettisen irtaimistonmoitetautapauksen ratkaisua varten tarpeellisen normin kiinteistönmoitetta säännöstelevien normien pohjalla, minkä jälkeen konkreettinen hänen edessään oleva tapaus ratkaistaan.

Kun tuomio pohjautuu tulkintaan, merkitsee tämä että tuomari on, verratessaan ajatuksissaan toisiinsa ratkaistavaa tapausta ja tulkinnan pohjaksi pantavaa normia, todennut tapauksen *edustaman* luokan ja normin *tarkoittaman* tapausluokan olevan identtiset, t.s. että tapaus kuuluu tuon normin tarkoittamien tapausten luokkaan. Lainanalo-

giassa nuo luokat sensijaan eivät ole identtiset. Lainanalogiassa ei sen tähden tarkkaan katsoen tuomari koskaan »sovellla analogisesti» määrättyä oikeusnormia, vaan hän *muodostaa* tuon normin pohjalla tapauksen ratkaisun perustaksi pantavan normin. Mainitusta syystä erotamme toisistaan tulkinnan ja lainanalogian.⁷

Lainanalogian ja nimenomaan *laajentavan* tulkinnan suhde on teoriassa ollut vilkkaan pohdinnan alaisena, mutta siihen soveltuu tietenkin, mitä edellä analogian ja tulkinnan suhteesta ⁸lausuimme. Laajentava tulkinta toteaa, että määrätyn oikeusnormin tarkoittama tapausten luokka on laajempi kuin mitä normin pelkästään kielellisestä ensivaikutelmasta saattaisi olettaa: mainittu toteaminen tapahtuu tarkastelemalla normia oikeusjärjestyksen koko tarkoituskompleksin eli lyhyemmin: koko oikeusjärjestyksen valossa. Kun normin tarkoittaman tapausluokan tunnusmerkit täten on teleologisesti todettu, havaitaan samalla, että ratkaistava konkreettinen oikeustapaus kuuluu tuohon luokkaan, minkä jälkeen normia sovelletaan tapaukseen, t.s. pannaan ratkaisun pohjaksi. Tuomari ei tässä, yhtä vähän kuin muussakaan tulkinnassa, *muodosta* oikeusnormia tapauksen *ratkaisua varten* (joskin itse ratkaisu sisältää *lex specialiksen*, konkreettisen normin).^{8 9}

⁷ Että analogia on erotettava tulkinnasta katsovat esim. H. Reichel: Gesetz und Richterspruch s. 103, Herrfahrdt: Lücken im Recht s. 39, F. W. Ekström: Privaträttens allmänna läror I s. 68, Ehrlich: Die juristische Logik s. 351, Bierling: Juristische Prinzipienlehre IV s. 385, Carré de Malberg: Contribution à la théorie générale de l'État I s. 717, A. von Tuhr: Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil s. 4.

⁸ Olemme edellä aukkoharkinnan yleisiä edellytyksiä käsittelevässä luvussa maininneet, että italialaiset uusidealitit samoin kuin kelseniläiset voimakkaasti korostavat, että tuomari aina *luo* oikeusnormin ratkaistessaan tapauksen. Meistä näyttää tämä virheellinen kanta perimmiltään johtuvan siitä, ettei se kykene näkemään eroa 1. tuomion pohjaksi pantavan abstraktisen oikeusnormin ja 2. tuomion itsensä asettaman konkreettisen oikeusnormin välillä. Jälkimmäisen normin tuomari kyllä aivan oikein »luo», mutta ei koskaan — ei edes aukkotapauksissa — edellistä.

⁹ Analogian ja laajentavan tulkinnan erottavat toisistaan esim. Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 132, O. Platou: Retskildernes Theori s. 262, N. Gjelsvik: Innledning i rettsstudiet s. 45—46, R. Knoph: Oversikt over Norges rett s. 15, C. A. Reuterskiöld: Grunddragen av den allmänna rätts- och samhällsläran s. 139, Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft s. 387. — Sensijaan Donati: Lacune s. 165 lukee analogian tulkintaan. Sipilä: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne s. 253 aliv. 74 erottaa laajentavan tulkinnan analogiasta, mutta katsoo, että analogiaa samoin kuin muita aukkoharkinnan apukeinoja voidaan nimittää tulkinnaksi laajemmassa merkityksessä.

Lasketaanko lainanalogia tulkintaan kuuluvaksi vai ei, on lopulta-kin terminologinen tarkoituksenmukaisuussyillä ratkaistava kysymys. Mutta jos analogiakin luetaan tulkinnan piiriin, muodostaa se siinä omalaatuisen, myös laajentavasta tulkinnasta tarkoin erotettavan osan. Syy miksi analogiaa itsepintaisesti on tahdottu pitää tulkintana, on nähdäksemme oikeuspoliittinen: on tahdottu korostaa, että tuomari analogiaan turvautuessaan on kiinteästi *sidottu* oikeusjärjestykseen, ja tuo sidonta on pyritty ilmaisemaan epäonnistuneella sanalla »tulkinta».

E. Kallenberg (Svensk civilprocessätt I s. 81 aliv. 3) katsoo, että analogian tehtävänä on oikeuden — säädännäisen ja tavanomaisen — *välillisen sisällön* selvittäminen. Meistä on vähemmän onnistunut puhua oikeuden välillisestä *sisällöstä*, mutta jos tahdotaan, voidaan kylläkin puhua oikeuden *sisällön* välillisestä tai välittömästä *selvittämisestä*. Tulkintatapauksissa (niihin luettuina n.s. selvät tapaukset, joissa tulkinta *tottuneelta* tuomarilta käy intuitiivisen nopeasti) tuomari välittömästi määrätystä säädännäisestä tai tavanomaisesta oikeusnormista saa ratkaisunsa pohjan, kun hänen sensijaan aukkotapauksissa on koko oikeusjärjestyksen ja yhteiskunnan muun todellisuuden pohjalla käytävä *muodostamaan* tarvittavaa ratkaisunormia. Epäselvänä pidämme myös Hans Reichelin sanontaa, että analogiaratkaisu »vain välillisesti nojautuu lakiin» (Gesetz und Richterspruch s. 103): ratkaisu joko nojautuu lakiin tai ei nojaudu.

R. A. Wrede lausuu aukkotapauksesta:¹⁰ »Då bör domaren först tillse, huruvida lagen innehåller något stadgande för andra fall, som äro av samma beskaffenhet som det föreliggande. Om så förhåller sig, är han vanligen (men icke alltid) berättigad att tillämpa stadgandet på det fall, varom lagen iakttar tystnad». Mitä tarkoittaa tämä »samanlaisuus»? On merkillistä havaita, että mainitun kysymyksen perustavan tärkeä merkitys on jäänyt monelta tutkijalta huomaamatta. Jos pelkästään tyydytään sanomaan, että lainanalogia perustuu tapausten samanlaisuuteen, ei sillä todellisuudessa ole mitään selitetty.¹¹ Lisäksi tällöin tutkijoilta tavallisesti jää sekin huomaamatta, ettei analogiassa

¹⁰ Grunddragen av Finlands rätts- och samhällsordning s. 25.

¹¹ Probleeman syrjäyttävät esim. Allan Serlachius: Lainopin alkeet s. 36 (»samankaltaisia tapauksia»), Donati: Lacune (vaikka D. laajasti ja monessa kohdin terävästi käsittelee analogiaa, ei hän näytä huomaavan itse ydinproblemaa), Carré de Malberg: Contribution à la théorie générale de l'Etat I s. 717 (»du même genre», »identité de nature»), Knoph: Oversikt s. 15, Reuterskiöld: Grunddragen s. 139: »juridiskt likartadt».

koskaan verrata toisiinsa kahta »tapausta» (joiden välillä muka todetaisiin samanlaisuussuhteen olevan olemassa), vaan konkreettista ratkaistavaa aukkotapausta ja määrätyn oikeusnormin tarkoittamaa tapausten luokkaa (miten tämä on *loogillisesti mahdollista*, sen olemme edellä tässä luvussa osoittaneet). Kun siis Wrede sanoo, että tuomarin aukkotapauksessa on tarkastettava »huruvida lagen innehåller något stadgande för andra fall, som äro av samma beskaffenhet», sisältää tämä sananmukaisesti käsitettynä ilmeisen mahdottomuuden, sillä abstraktinen oikeusnormi ei milloinkaan saata ajatuksellisesti tarkoittaa konkreettisia tapauksia.

Esitysteknillisistä syistä on tarkoituksenmukaisinta, että esitämme oman kantamme heti tässä väittämänluontoisena, ja käymme sitten perustelemaan. Lainanalogian pohjana oleva »samanlaisuus» merkitsee, että ratkaistava konkreettinen aukkotapaus *oikeusjärjestyksen koko tarkoitukskompleksin valossa* nähtynä osoittautuu kuuluvaksi tapausluokkaan, joka on sellaisessa suhteessa määrätyn säädännäisen tai tavanomaisten oikeusnormin tarkoittamaan tapausluokkaan, että sama oikeusreaktio kuin tuon normin säätämä on tapausta varten paikallaan. Tuomari muodostaa silloin aukkotapausta varten normin, jossa oikeusseuraamuksena on tuo reaktio. Sanoilla »oikeusjärjestyksen tarkoitukskompleksi» haluamme korostaa, että oikeuden takana ei ole yhtenäistä tarkoitussysteemiä. Oikeuden tarkoitussysteemi on *tehtävä*, saavuttamaton ihanne, johon yhteiskunnallista elämää organisoiva ja rationalisoiva oikeusajattelu väsymättä pyrkii. Lainanalogiaan turvautuva tuomari jatkaa organisoimisprosessia, jonka säädännäisten ja tavanomaisten oikeusnormien kiteyttäjät ovat aloittaneet, lainanalogia rakentaa kivi kiveltä *oikeusjärjestelmää*. Mutta tämä on mahdollista vain koska lainanalogia *lähtee* postulaatista, että oikeustarkoitukset muodostavat mielekkään kokonaisuuden (jota *vertauskuvallisesti* voidaan kutsua »tarkoituusjärjestelmäksi»). Lainanalogiassa suoritettava tapausluokkain vertailu koko oikeusjärjestyksen taustaa vastaan on korkeanasteista organisoivaa ajattelua (vrt. tutkimuksemme alkulukua).

Että oikeusjärjestyksen kokonaisuudella lainanalogiassa on ratkaiseva merkitys, sen ovat monet tutkijat vaistonneet, mutta he eivät aina kyllin selvästi ole korostaneet, että analogian pohjana oleva samanlaisuus ei ole mitään muuta kuin *kokonaisnäkemys konkreettiseen tapaukseen sovellettuna*. Wrede (Grunddragen av Finlands rätts- och samhällsordning s. 26) lausuu analogiasta: »Att en sådan tolkning är till-

lâten beror därpå, att den i en stat gällande rätten bildar ett sammanhängande helt eller ett system, och att i följd därav domaren vid tillämpning av ett stadgande bör beakta ej blott detta ensamt, utan rätts-systemet i dess helhet.» Samoin toteaa Binder,¹² että analogia tarkoittaa »den systematischen Vernunftzusammenhang des Rechtes zu wahren», ja Ph. Heck puhuu »lain kaukovaikutuksesta» (Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 230).

Oikeusteoriassa on tapana korostaa, että analogian pohjana oleva samanlaisuus perustuu arvottamiseen, teleologiseen harkintaan, eikä suinkaan ole muodollisloogillisin kriteerioin ratkaistavissa. Mutta tämän toteamisella ei vielä ole paljoa voitettu. Sillä välittömästi herää kysymys arvottamisperusteesta. Kun yleensäkin modernissa oikeusteoriassa aina puhutaan siitä, että oikeudellinen ajattelu on teleologista luonteeltaan, on tämä tyhjää puhetta ellei samalla ilmaista, mikä on arvottamisen mittapuut. Tietysti teleologian pelkkä korostaminen jo sellaisenaan, virheellisen »käsiteläinopin» vastapainona, on positiivinen saavutus, mutta jäädään puolitiehen ellei todeta, että teleologisen ajattelun arvottamisperusteena on oikeusjärjestys kokonaisuudessaan, t.s. koko sen tarkoitukskompleksi. Lainanalogiaan turvautuminen on vain tämän yleisen kaikkea oikeudellista ajattelua hallitsevan periaatteen soveltamista.

Sellainenkaan ajattelija kuin Van der Eycken, joka kenties terävämmin kuin kukaan muu eurooppalainen tutkija on selvittänyt oikeudellisen ajattelun teleologista olemusta,¹³ ei ole korostanut oikeudellisen kokonaisnäkemyksen perustavaa merkitystä tuossa ajattelussa. Ja Raselli, joka niinikään perusteellisesti on pohtinut lainanalogian olemusta, syrjäyttää vaikenemalla kokonaisuuden kategorian.¹⁴ Oikeaan viittaava kanta esiintyy sensijaan Gényllä,¹⁵ joka perustaa lainanalogian oikeussuhteiden harmoniaan kokonaisuuden puitteissa (epäselvää). Wilhelm Sauer taas tyrkyttää samanlaisuuden kriteerioksi lempiajatustaan »yhteiskunnan edusta», joka tietenkin on aivan liian epämääräinen antaakseen johtoa.¹⁶ Heck korostaa oikein,

¹² Philosophie des Rechts s. 993—994.

¹³ Méthode positive de l'interprétation juridique.

¹⁴ Il potere discrezionale del giudice civile I, erit. s. 132.

¹⁵ Méthode d'interprétation II s. 121.

¹⁶ Lehrbuch der Rechts und Sozialphilosophie s. 239. Tulemme yhteiskunnan etua käsittelevässä luvussa yksityiskohtaisesti osoittamaan tuon kriteerion ideologisen luonteen ja asiallisen kelvottomuuden aukkoharkinnan pohjaksi.

että lainanalogian pohjana on intressien samanlaisuuteen, siis teleologiseen harkintaan, perustuva näkökohta, mutta — ja siinä on eräs hänen intressilainoppinsa suurimmista heikkouksista — hän ei kyllin tarmokkaasti alleviivaa oikeusjärjestyksen kokonaisuuden perustavaa merkitystä intressiharkintaa harjoitettaessa. Niinpä H. Isäy saattoi Heckin intressilainoppia vastaan tehdä sen painavan muistutuksen, ettei siinä selvästi ilmaista arvottamisen mittapuuta (AcPr 1933). Sipilä taas lausuu: »Milloin analogiapäätelmäkään ei täytä laissa olevaa aukkoa, tuomari on velvollinen koko asianomaisen oikeusjärjestyksen periaatteet ja yksittäistapauksen olosuhteet huomioonottaen itse asettamaan käsittelynalaiseen tapaukseen sovellettavan normin». Lausunto saattaa antaa aihetta siihen väärinkäsitykseen, että analogian perusteenä muka ei olisi koko oikeusjärjestys. (Sipilä määrittelee lainanalogian seuraavasti: »... lainsäädännös ulotetaan muihinkin kuin laissa nimenomaan mainittuihin olosuhteisiin, mikäli niillä on tarpeellista yhtäläisyyttä laissa mainitun kanssa...». Mutta mitä »yhtäläisyydellä» tällöin on ymmärrettävä, siitä hän vaikenee. Sensijaan on erittäin ilahduttavaa todeta, ettei Sipilä puhu »laissa nimenomaan mainituista tapauksista», vaan »olosuhteista», joka juuri viittaa abstraktiseen *tapausluokkaan*.) Aivan mahdoton käsitys analogian pohjana olevasta samanlaisuudesta on Stammlerilla:¹⁷ »Die Voraussetzungen zweier Rechtssätze sind dann einander ähnlich, wenn in ihnen die gleichen rechtlichen Grundbegriffe in einer übereinstimmenden Art des Eingreifens zum Teil zu beobachten sind». Kun tietää, että Stammlerin »oikeudelliset peruskäsitteet» eli »oikeuskategoriat» (m.t. s. 110 ss.) ovat puhtaasti formaalisloogillisella analyysillä luodut, merkitsee Stammlerin kanta teleologisen aineksen poistamista analogiasta. (Ihmetellä täytyy, että Stammlerin oppilas Elze on opettajaltaan omaksunut näin ilmeisen hedelmättömän ja skolastisen kannan analogiaan nähden). Jos analogia todella olisi mitä Stammler väittää sen olevan, olisi lainsäätäjän ensimmäisenä velvollisuutena oikeusturvallisuuden ja yhteiskunnallisten realiteettien suojaamiseksi ankarasti *kieltää* tuomareita harjoittamasta sellaista ajatusvoimistelua. Walter Jellinekin ehdottama samanlaisuuden kriteerio lähtee kylläkin arvottamisen pohjal-

¹⁷ Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne s. 244, aliv.

¹⁸ Theorie der Rechtswissenschaft s. 385.

ta, mutta on tavattoman epäkäytännöllinen: tuomarin tulisi muka selvittää, miten lainsäätäjä arvostelisi ratkaistavan aukkotapauksen.¹⁹

Usein sanotaan, että lainanalogian pohjana on ratio legis,²⁰ ja tämä onkin aivan oikein, mutta ratio legiksen huomioonotto ei merkitse mitään muuta kuin ratkaistavan oikeustapauksen tarkastelua *koko oikeusjärjestyksen tarkoitukskompleksista käsin*. Myös varsinaisessa laintulkinnassa merkitsee ratio legiksen huomiointi juuri tätä: yksityinen lainkohta on syvemmin ymmärrettävissä vain lain kokonaisuuden valossa, ja laki vuorostaan vain koko oikeusjärjestyksen valossa. Tässä on syy, miksi maallikot eivät saata pätevästi tulkita yksityisiä oikeusnormeja, vielä vähemmän harjoittaa lainanalogiaa: he eivät tunne oikeutta kokonaisuudessaan. Jos mainitsemaamme näkökohtaa ei korosteta, jää ratio legiksen käsite helposti niin epäselväksi, ettei sitä voida panna lainanalogiassa ilmenevän samankaltaisuussuhteen selityspäätteeksi.²¹

Edellä esittämämme valossa on myös ymmärrettävissä, miksi lainanalogia kuvataan menettelynä, jossa tuomari yksityisen oikeusnormin takaa etsii esiin sen perustana olevan yleisemmän periaatteen, ja soveltaa sitä ratkaistavaan aukkotapaukseen. Kuvailu on aivan oikea, *mutta* ei suinkaan saa luulla, että tuomari löytää oikeusnormin perustana olevan periaatin *ainoastaan tarkastelemalla tuota yksityistä normia eristettynä*: se olisi puhdasta noituutta. Kun siis esim. Ekström (Privaträttens allmänna läror I s. 67) lausuu: »Man uppsöker den allmänna princip, av vilken förstånämnda rättssats skall anses utgöra en följd», mutta ei lainkaan selitä *miten* tämä periaatti löydetään, syntyy helposti harhakäsitys, että tuomari muka löytää periaatin vain tuijottamalla tarpeeksi kauan ja intensiivisesti yksityiseen oikeusnormiin.

¹⁹ Gesetz, Gesetzesanwendung... s. 167. Että »lainsäätäjä» Jellinekin tarkoitamassa mielessä on vain fiktio, siitä ks. A. Alanen *Im* 1926: Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia, johdanto.

²⁰ Esim. Honkasalo: Nulla poena sine lege s. 70. Vanhempi kanta, joka ei erottanut analogiaa tulkinnasta, korosti erityisesti ratio legiksen merkitystä. Näin Nehrman: Jurisprudentia civilis s. 73–74, Lind: Domarens pröfning s. 135 ss., Calonijs: Praelectiones III 8 §.

²¹ Onkin ymmärrettävää, että O. Platou: Retskildernes Theori s. 256 on pakotettu lausumaan: »Det er ikke tilstraekkeligt for at begrunde Analogi, at man finder Muligheden for samme ratio legis, thi det samme Oiemed kan jo realiseres paa flere forskjellige Maader». Hän toteaaakin (s. 256), että analogiapäätös annetaan »i Harmoni med det gjældende Retssystem». Sattuvasti huomauttaa myös Gjelsvik: Innledning i rettsstudiet s. 47: »Det hjelper ikkje stort her, um ein segjer, at ratio juris skal vera den same, for kunsten er aa finna ut, naar det er tilfellet.»

Mutta yksityisen oikeusnormin perustana olevaa periaatetta ei koskaan voida löytää muuta kuin oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta käsin.

Vain omaksumamme kanta kykenee myös vastaamaan kysymykseen, milloin tuomari on oikeutettu ratkaisemaan lainanalogian perusteella, ja milloin hän päinvastoin on velvollinen nojautumaan argumentum a contrarioon. Jokainen lainanalogian olemusta selittävä teoria, joka ei nimenomaan rakennu oikeusjärjestyksen kokonaisuuden huomioimisen pohjalta, on aina oleva täysin kykenemätön selittämään, miksi ja millä perusteella tuomari toisissa tapauksissa on velvollinen ratkaisemaan analogian nojalla, toisissa argumentum a contrarion nojalla. Kun esim. Brunetti lausuu, että analogiaa on sovellettava, kun argumentum a contrario johtaisi kohtuuttomaan tulokseen,²² ja Munch-Petersen,²³ että analogiaa on käytettävä »for saa vidt den almindelige Betingelse for denne, vaesentlig Lighed i de praktiske Grunde, er til Stede, og den ikke i følge Lovens udtømmende Ordning af vedkommende Forhold saerlig maa anses for at vaere udelukket», on tämän johdosta huomautettava, että aiotun ratkaisun kohtuuttomuus ja se seikka, onko analogian pohjaksi pantava laki tarkoitettu tyhjentäväksi ja analogian poissulkevaksi vai ei, voidaan luotettavasti ratkaista vain oikeusjärjestyksen kokonaisuuden pohjalta. Usein väitetään, ettei poikkeuslakia saa panna lainanalogian pohjaksi, mutta milloin laki on »poikkeusluontoiseksi» katsottava, se taaskin on ratkaistavissa ainoastaan oikeusjärjestyksen kokonaisuutta huomioimalla.²⁴ Hans Reichel (Gesetz und Richterspruch s.103—104) päätyykin siihen tulokseen, että epäselvä »samanlaisuuden» käsite olisi analogian teoriasta kokonaan poistettava, koska se on kyvytön antamaan todellista johtoa. (Reichel huomauttaa samassa yhteydessä sattuvasti, että argumentum a contrario on puhtaasti negatiivinen toteamus: se sanoo, ettei määrättyä oikeusnormia voida panna analogian pohjaksi, mutta positiivista ohjausta tapauksen ratkaisuun se ei anna.)

²² Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza s. 141.

²³ Den danske Retspleje I s. 39. — A. von Tuh r: Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil s. 4.

²⁴ Kun Julius Moór: Das Logische im Recht s. 194—195 väittää, että valinta analogian ja argumentum a contrarion välillä saattaa tapahtua vain tarkoitusharkinnan nojalla, on tämä kyllä oikein, mutta ei anna minkäänlaista todellista johtoa. H. Isay taas: Rechtsnorm und Entscheidung s. 149 vetoaa tässä kohdin »Rechtsgefühl und praktische Vernunftiin: tyhjiä fraaseja nekin. E. Riezler: Das Rechtsgefühl s. 145 ei yritäkään antaa ohjausta, sanoo vain että on arvoitettava.

Esittämämme kannan perusteella ymmärrämme myös, miksi monet syvälliset oikeuden tuntijat ovat korostaneet, että lainanalogian harjoittamisen pohjana on tuomarin *intuitio*. Kuten moderni filosofia (esim. Salomaa: Totuus ja arvo) sekä estetiikka (esim. Croce: Estetica) ovat todistaneet, intuitio on *kokonaisnäkemystä*. Tuomari oppii ajattelemaan intuitiivisesti vasta monivuotisen *kokemuksen* terästämänä: ja mitä merkitsee tämä kokemus? Sitä, että tuomari saa yhä syvällisemmän käsityksen oikeusjärjestyksestä kokonaisuudessaan ja sen pohjana olevista tarkoituksista. Nyt ymmärrämme mitä Robert Hermanson tarkoittaa lausueessaan:²⁵ »När det är som man bör och när man icke bör tillämpa lagens analogi är en svår fråga. En god domare med uppövat rättsinne finner i förekommande fall svaret ofta så att säga intuitivt.»

Omaksumamme kanta yksinkertaistuttaa lainanalogian rakenteen teoreettisen selittämisen, koska meidän kannaltamme lähdettäessä on tarpeetonta erikseen ja uudelleen tutkia, mihin perustuu lainanalogian sallittisuus positiivisissa oikeusjärjestyksissä. Jos sensijaan selitetään, että lainanalogian pohjana on ratio legis, oikeussäännösten pohjana olevien periaatteiden etsintä j.n.e. tai jos kerrassaan viitataan vain »samanlaisuuteen» asiaa sen enempää selvittämättä, herää heti kysymys: miksi tuomari sitten on oikeutettu rakentamaan ratkaisunsa samanlaisuuden tai ratio legiksen tai oikeusnormin pohjana olevan yleisemmän periaatteen varaan? Tähän kysymykseen on mielestämme mahdotonta tyydyttävästi vastata, ellei lähdetä siitä, että lainanalogia perustuu oikeusjärjestyksen kokonaisuuden määrätietoiseen huomioimiseen. Sillä itsestään selvää ei suinkaan ole, että tuomari saisi ruveta etsimään oikeusnormien takana olevia periaatteita ratkaisunsa pohjaksi, tai vedota ratio legikseen tai samankaltaisuuteen. Mutta, kysyttäessä, miten on selitettävissä, että tuomari on oikeutettu ja velvollinen aina nojaamaan oikeusjärjestyksen kokonaisuuteen ja sen pohjana olevan intressijärjestelmän kokonaisuuteen? Eikö tämän näkökohdan väsyttävä ja alituinen toistaminen teoksessamme ole täysin perustelematon? Ei, sillä oikeusjärjestyksen kokonaisuuden tietoinen huomioonotto tuomittaessa merkitsee juuri, että tuomari toimii *järjestyneen yhteiskunnan* ja oikeusrauhan elimenä ja symbolina: lainanalogiassa oikeusajattelun pitkäjännitteinen organisoiva luonne (vrt. teoksemme 1. lukua) erityisen selvästi

²⁵ Det Rätta och Staten JFT 1929 s. 290.

ilmenee. Tuomarin tehtävänä on yhteiskuntajärjestyksen jatkuva lujittaminen, ja vain kokonaisnäkemyksensä avulla hän kykenee luomaan kaaoksesta kosmoksen.

F a d d a ja B e n s a osittain tähtäävät samaan, kun he johtavat analogian oikeutuksen siitä, että yhteiskunnallinen kehitys on orgaanista ja tasajatkua, eikä tapahdu hyppäyksiin,²⁶ ja samaa tarkoittaa myös sosialisti A n t o n M e n g e r vastustaessaan kiivaasti analogian käyttöä porvarillisessa valtiossa, koska yhteiskunnassa varjopuolelle jääneiden asema sillä vain pahenee.²⁷ Mutta V. L u n d s t e d t toteaa tämän johdosta sattuvasti, ettei sosialistinen tuomari yksityiskapitalistisessa porvarillisessa valtiossa saa ruveta tuomitsemaan vastoin oikeusjärjestyksen henkeä, koska silloin koko oikeuskoneisto joutuisi sekasortoon.

Vakavan huomion ansaitsee teoria, joka johtaa analogian oikeutuksen ja välttämättömyyden *oikeellisuudesta*, sillä oikeellisuustunteen loukkaamattomuus on yhteiskunnan stabiileetin kannalta tärkeä intressi. (Tulemme oikeellisuutta käsittelevässä luvussa havaitsemaan, ettei oikeellisuuselämys kykene antamaan aukkoratkaisua harkitsevalle tuomarille suurtakaan asiallista johtoa, mutta tämä ei suinkaan merkitse oikeellisuuden tärkeän ideologisen tehtävän kieltämistä. Päinvastoin tulemme osoittamaan, että oikeellisuuden korostaminen lujittaa tosiasiallisia valtasuhteita, edistää näinollen yhteiskuntarauhaa ja elimellistä kehitystä, joten oikeellisuuden tunteen loukkaamattomuus on tärkeä yhteiskunnallinen intressi.) H o n k a s a l o (Nulla poena sine lege s. 74) perustaa analogian välttämättömyyden juuri siihen oikeellisuuden vaatimukseen, että »yhtäläisistä teoista on tuleva yhtäläinen seuraus».²⁸ Mutta oikeuden alalla esiintyvän analogian *oikeutusta* ei mielestämme voida riittävästi perustella oikeellisuuteen vetoamalla. Eihän lainanalogian epäminen konkreettisessa tapauksessa suinkaan aina loukkaa vallitsevaa oikeusvakaumusta, vaikkakin se saattaa loukata sellaisen tuomarin tajuntaa, joka ajattelussaan lähtee oikeusjärjestyksen kokonaisuuden pohjalta. Lainanalogian pohjana oleva samanaisuus on useinkin sen laatuinen, ettei maallikko siinä samanaisuutta edes huomaa. Jos lainanalogian oikeutusperuste etsitään siitä, että

²⁶ Sit. D o n a t i: Lacune s. 134 aliv. 1.

²⁷ Sit. B e r g b o h m: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, s. 398, aliv. 11.

²⁸ Sama perustelu: H a g s t r ö m e r: Svensk Straffrätt I s. 48, H a g e r u p: TFR 1915 s. 54; B r u n e t t i: Il domma della completezza dell' ordinamento giuridico s. 177.

»yhtäläisistä teoista on tuleva yhtäläinen seuraus», on samanlaisuuden olemassaolo konkreettisesti tapauksessa kuitenkin *todettava* koko oikeusjärjestyksen pohjalta.

Omaksumamme kanta sisältää myös vastauksen kysymykseen onko analogia sallittu vain nimenomaisella säädännäisen tai tavanomaisen oikeusnormin antaman valtuutuksen nojalla. Kysymykseen on ehdottomasti kieltäen vastattava, sillä analogian käyttö perustuu pitkäjänteiseen ihmisyhteyteen ja siitä johdettavaan järjestyneen oikeusyhteisön olemukseen, eikä siis kaipaakaan tämän yhteisön antamaa erikoisvaltuutusta.²⁹ Lainanalogian täydellinen kieltäminen olisi siinä määrin ristiriidassa järjestyneen yhteiskunnan tarpeiden kanssa, että tuollainen kieltäminen säädännäiseen oikeuteen otettuna erinen pitkä tavanomaista tietä lakkaisi olemasta voimassa, mikäli sitä koskaan olisi voitu voimaan saattaakaan. Sensijaan voi määrätty poliittinen järjestelmä hyvinkin kieltää analogian jollakin rajoitetulla oikeuden alalla määrättyissä tarkoin rajoitetuissa kysymyksissä, mutta tällöinkin on käytännöllä taipumus kulkea omia teitään.

Kantamme sisältää niinikään vastauksen kysymykseen, onko tuomari, lainanalogian edellytysten ollessa olemassa, oikeutettu ja velvollinen turvautumaan analogiaan vai ainoastaan siihen oikeutettu: jos lainanalogian edellytykset ovat olemassa, on tuomari aina velvollinen siihen turvautumaan.³⁰ Kokonaan eri asia on, että lainanalogian edellytysten toteaminen konkreettisesti oikeustapauksessa perustuu toden-

²⁹ Donati: Lacune s. 45—46 katsoo analogian mahdolliseksi vain säädännäisen oikeuden nimenomaisella luvalla, ja Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 71 pitää analogiaa luvallisena vain lainsäätäjän nimenomaisen tai konkludenttisen tahdonilmauksen nojalla. — Positiivisen oikeutemme kannalta problema tietenkin on turha, koska kerran OK 1:11 nimenomaan tunnustaa analogian.

³⁰ Hans Reichel: EinlZGB s. 343: lainanalogiaa sovellettava mikäli tuomari harkitsee sen olevan sopusoinnussa *richtiges Recht*in kanssa. Mutta tuo kriteerio on täysin mielivaltaan johtava. — On muuten merkittävä todeta, miten syvä vaikutus nerokkaalla *Stammler*illa on ollut sveitsiläisen oikeuden tutkijoihin *Huberiin*, *Gmüriin* ja *Reicheliin*. — H. Hildebrandt: *Rechtsfindung im neuen deutschen Staate* s. 86 taas koettaa poliittisista syistä rajoittaa analogian käytön mahdollisimman vähäiseksi, jotta kansallissosialistinen oikeuskäsitys pääsisi aukkotapauksissa tehokkaasti esiin.

näköisyysarviointiin, joten lainanalogian käyttö, kuten kaikki aukkoharkinta, on enemmän tai vähemmän todennäköisysharkintaa.^{31 32}

Jos kaiken edellä esittämämme perusteella tarkastamme lainanalogian lähtömääritelmää, sellaisena kuin *Honkasaloon* yhtyen sen esitimme, ja jonka mukaan lainanalogialla »ymmärretään lainsäännöksen sovelluttamista tapaukseen, johon se ei sanamuotonsa puolesta sovellu, mutta johon säännöksen perustana oleva ratio vaatii sitä sovellettavaksi», sekä vertaamme tuota määritelmää *Honkasalon* lauseeseen: »Lainanalogia ottaa aina lähtökohdakseen määrätyn säännöksen» (Nulla poena sine lege s. 71), on huomattava seuraavaa: Kun sanotaan, että lainanalogian lähtökohtana on *määrätty* oikeussäännös, tarkoittaa sana »lähtökohta» lainanalogian ulkonaisesti silmiinpistävää perustaa, sitä oikeusnormia, joka pannaan aukkotapauksen ratkaisua varten muodostettavan normin pohjaksi. Tässä mielessä voidaan todella väittää, että lainanalogian »lähtökohtana» on määrätty kirjoitetun tai tavanomaisen oikeuden säännös. Mutta kun on *todettava* kelpaako määrätty oikeusnormi lainanalogian lähtökohdaksi, tapahtuu tämä aina *koko oikeusjärjestyksen pohjalta*: t.s. lainanalogian *perustana* tämän sanan varsinaisessa mielessä ei milloinkaan saata olla yksityinen oikeussäännös, se on vain ulkonaisena lähtökohtana. — — Tämä ei tietenkään tarkoita, että tuomarilla hänen turvautuessaan lainanalogiaan olisi yhdellä kertaa tietoisuudessaan koko oikeusjärjestys kaikkine detaljisäännöksineen, vielä vähemmän sitä, että hän perättäisesti ajattelisi läpi kaikki oikeusjärjestyksen yksityiset normit, vaan ainoastaan, että hän näkee ratkaistavan oikeustapauksen ja lainanalogian lähtökohdaksi pantavan oikeusnormin ei irrallisina, vaan oikeuden tarkoituksokokonaisuuden mielekkäinä osina.

Oikeusanalogia: Johan Hagströmer määrittelee lainanalogian ja oikeusanalogian eron seuraavasti: lainanalogiassa lainasäännöstä sovelletaan tapaukseen, joka on juriidisesti aivan samanlainen kuin säännöksen käsittelemä tapaus (»alldeles likartadt med det, hvarom lagbudet handlar»), kun taas oikeusanalogiassa sovelletaan yleistä periaatetta, joka on positiivisen oikeuden pohjana (»lain henki»), joskaan ei voida osoittaa sen soveltamista tapaukseen, joka olisi aivan

³¹ Calonius: Praelectiones III 16 § 7 k.: »Si lex deficit nec manifesta adsit juris analogia, caussa ad legislatorem erit referenda.» (Harv. meidän.)

³² Emme tässä saata ryhtyä selvittämään lainanalogian käyttöä eri oikeudenaloilla, vaan viittaamme siinä suhteessa aivan suppeaan katsaukseen edellisessä luvussa.

samanlainen kuin ratkaistava (»ehuru man ej kan påvisa dess användning å ett fall, alldeles likartadt med det nu föreliggande«).³³ Näihin lausuntoihin sisältyy se perustava *loogillinen virhe*, jota vastaan lainanalogiaa koskevassa esityksessämme tarmokkaasti taistelimme: abstraktinen oikeusnormi ei ikinä voi tarkoittaa tai »käsitellä» konkreettista tapusta, analogiassa ei ikinä verrata toisiinsa kahta konkreettista tapusta. *Honkasalo* määritteli, kuten jo tämän luvun johdannossa totesimme (rikosoikeuden pohjalta) lainanalogian ja oikeusanalogian eron siten, että jälkimmäinen ei lähde määrätystä oikeusnormista, vaan ottaa aina tarkasteltavakseen useampia säännöksiä tai koko rikoslainsäädännön. Oikeusanalogia pyrkii selville saamaan ne yleiset periaatteet, joiden ilmauksia positiiviset säännökset ovat, voidakseen soveluttaa niitä käytännössä esiintyviin tapauksiin. Oikeusanalogia eroaa lainanalogiasta siis siinä, lausuu *Honkasalo*, että oikeusperiaatteet, joita se soveluttaa, eivät ole saadut yhdestä rikoslainsäädännöksestä, vaan useista sellaisista tai rikoslain yleisestä hengestä. *Hagerup* pitää oikeusanalogian tunnusmerkkinä, että tuomari nojaa ratkaisunsa niihin järjellisiin periaatteisiin, joilla koko oikeusjärjestys lepää (erityisesti huomioonottaen tarkoitukset, joiden toteuttamiseen oikeus pyrkii),³⁴ ja hän korostaa, ettei oikeusanalogian lähtökohtana ole yksityinen oikeussäännös, vaan koko oikeusjärjestys. *Reuterskiöld* niinkään pitää oikeusanalogian tunnusmerkkinä, että se — päinvastoin kuin lainanalogia — ei lähde määrätystä normista, vaan perustuu kirjoitetun oikeuden periaatteeseen,³⁵ ja *Wrede* korostaa (*Grunddragen av Finlands rätts- och samhällsordning* s. 26—27), että tuomarin, joka ei lainanalogiasta saa johtoa, tulee ratkaista ottamalla huomioon voimassaolevan oikeuden yleiset periaatteet.³⁶

Kaikki edellä mainitut oikeusanalogian määritelmät siis korostavat *yleisiä oikeusperiaatteita*. Mitä ovat nämä periaatteet? Käydessämme sanottua tärkeätä probleemaa selvittämään, on varottava, ettei sanonta »yleiset oikeusperiaatteet» johda meitä harhaan. Jokaisen täl-

³³ Svensk straffrätt I s. 48. — — Del Vecchio: Les principes généraux du droit (*Mélanges Gény* II) s. 70 myös täysin harhaanjohtavasti: »cas prévus à l'origine».

³⁴ Retsencyclopaedi s. 11.

³⁵ Grunddragen av den allmänna rätts- och samhällsläran s. 139.

³⁶ Oikeusanalogian määritelmästä ks. vielä esim. Carré de Malberg: Contribution à la théorie générale de l'Etat I s. 717, Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 229.

laisen periaatteen täytyy, jos se kerran on oikeusperiaate, kuulua määrättyyn positiiviseen oikeusjärjestykseen, sen tulee olla voimassa määrättyssä konkreettisessa oikeusyhteisössä. Ei voida ajatella oikeusperiaatteita, jotka olisivat voimassa oikeusjärjestysten yläpuolella, enemmän tai vähemmän yleispätevinä ja ajattomina. N.s. »luonnonoikeuden» periaatit eivät olleet oikeusperiaatteja, koska luonnonoikeudelta puuttui kannattava konkreettinen oikeusyhteisö, vaan positiivisille oikeuksille osoitettuja toivomuksia.³⁷ Mutta eri oikeusyhteisöillä saattaa olla sisällöltään yhtäpitäviä oikeusperiaatteja. Näin on todella laita länsimaaisessa verrattain yhtenäisessä kulttuuripiirissä, ja Maurice Hauriou onkin aivan oikeassa huomauttaessaan, että nämä periaatit ovat koko länsimaisen sivistyksen perustana.³⁸ Valaiseva on myös Pysyvän kansainvälisen tuomioistuimen perussäännön 38. artiklan 3. kohta, jonka mukaan tuomioistuimen ratkaisuihin on nojaututtava, paitsi kansainvälisiin sopimuksiin ja oikeudellisesti velvoittavaan kansainväliseen tapaan, myös sivistysvaltioiden tunnustamiin yleisiin oikeusperiaatteisiin. Meistä on ilmeistä, että säännös tarkoittaa kansainvälisen oikeuden periaatteja (koska soveltaminen juuri säädetään kansainvälisoikeudellisen tuomioistuimen velvollisuudeksi). Mutta näiden periaatteiden tulee olla sivistysvaltioiden tunnustamat: t.s. niiden tulee olla voimassa konkreettisessa kansainvälisoikeudellisessa yhteisössä. Sitä käsitteäksemme tarkoittaa tuo »tunnustaminen»: niiden tulee perustua kansainvälisessä oikeusyhteisössä vallitsevaan oikeusvakaumukseen.³⁹ Länsimaisen kulttuuripiirin yhtenäisyys selittää myös, miksi useat tutkijat pitävät kiinni siitä virheellisestä käsityksestä, että olisi olemassa ylipositiivisia oikeusperiaatteita: sosiologiselle tosiseikalle annetaan metafyyssinen väritys, ja näin tullaan absoluuttisesti velvoittaviin yleisiin oikeusperiaatteisiin (tuo käsitys on esim. Giorgio del Vecchio'n oikeusfilosofisen ajattelun johtoaatteena). Mainittu virheellinen

³⁷ Terävästi ajatteleva Hermann Heller: Staatslehre s. 222, 224 korostaa voimakkaasti yleisten oikeusperiaatteiden eettillistä pohjaa, mutta toteaa samalla, ettei eettinen velvoittavuus vielä sinänsä kykene tekemään niistä oikeusperiaatteita.

³⁸ Précis de droit constitutionnel s. 237.

³⁹ Mainitun säännöksen erilaisesta tulkitsemista ks. esim. Louis Le Fur: La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public, A. Verdross: Les principes généraux du droit comme sources du droit des gens, Ch. de Visscher: Contribution à l'étude des sources du droit international (kaikki: Mélanges Gény III).

kanta johtunee osittain myös siitä, että positiivisoikeudelliset prinssiipit ovat loogilliselta rakenteeltaan vieläkin abstraktisemmat kuin oikeusnormit yleensä, joten ne monen tutkijan silmissä lopulta kokonaan irtaantuvat niiden perustana olevasta konkreettisesti oikeusyhteisöstä ja sen taloudellisista sekä poliittisista realiteeteista.

Yleiset oikeusperiaatteet saattavat olla positiivisen oikeuden säädännäisissä normeissa nimenomaan formuloituina, tai saattavat ne sisältyä oikeusjärjestykseen formuloimattomina. Ruotsin ja Suomen oikeus vältti aikaisemmin yleensä abstraktisten oikeusperiaatteiden nimenomaista formulointia: tunnettuhän on tässä suhteessa 1734 vuoden lain metoodi.⁴⁰ Mainitun ilmiön syitä emme tässä saata ryhtyä laajemmin pohtimaan: todennäköisesti siihen vaikutti ennen muuta se seikka, ettei abstraktinen ajattelu yhteiskunnallisella alalla ollut saavuttanut sitä astetta kuin nykyään, mikä taasen johtui ennen muuta senaikuisen talousstruktuurin yksinkertaisuudesta nykyaikaiseen korkeanasteisen rationalisoituneeseen talouselämään verrattuna (rahalaitoksen kehitys metallikannasta täysin abstraktiseen paperikantaan, maailmankaupan ja teollisuuden rationaalinen organisointi j.n.e.). Uudet virtaukset tässä kysymyksessä ilmenevät laissa varallisuus oikeudellisista oikeustoimista, joka 3. luvussaan formuloi joukon yleisiä oikeusperiaatteita. Oikeus-analogiaa tutkittaessa tulevat tietenkin kysymykseen ainoastaan *formuloimattomat* yleiset oikeusperiaatteet, jotka analogialla juuri ovat esittävätsi esiin.

Mihin perustuu formuloimattomien positiivisoikeudellisten yleisten periaatteiden velvoittava voima? Samaan yhteiskunnalliseen tekijään kuin kaikkien muidenkin oikeusnormien voimassaolo, siis yhteisössä valitsevaan oikeusvakaumukseen. Yleisissä oikeusperiaatteissa on tuo voimassaolon peruste erikoisen selvästi havaittavissa: onhan aivan mahdotonta *selittää* niiden velvoittavaa voimaa, ellei lähdetä tältä pohjalta. Säädännäiset oikeusnormit voivat saada näennäisen voimassaoloperusteen jo siitä, että ne ovat valtiosäännönmukaisella tavalla muodollisesti oikein syntyneet, mutta yleisten oikeusperiaatteiden voimassaoloa ei voida täten virheellisesti ja idealisoiden perustella. Yleisten oikeusperiaatteiden voimassaolo rakentuu siis välittömästi yhteiskunnalliselle todellisuudelle, ja toisaalta nämä periaatteet paremmin kuin mitkään muut yhteiskunnalliset faktat kuvastavat konkreettisen yhteisön tosiasiallista rakennetta. Jos tunnemme määrätysssä yhteisössä voimassa-

⁴⁰ C. G. Björling: *Läröbok i civilrätt* s. 7 ss.

olevat yleiset oikeusperiaatteet, on meillä samalla tiedossamme tämän yhteisön rakenteen peruslinjat, ja kääntäen: jos kuinkakin tarkoin tunnemme yhteisössä voimassaolevat yksityiset formuloidut oikeusnormit, mutta emme sen yleisiä oikeusperiaatteita, emme myöskään tunne sen tosiasiallista rakennetta.

Brunetti määrittelee yleiset oikeusperiaatteet seuraavasti: »kaikki ne periaatteet, jotka perimätiedon ja järjen valaisema kansan yleinen käsitys tunnustaa ja johtaa asian luonnosta, siis yhteiskunnallisista suhteista».⁴¹ De Page lausuu yleisistä oikeusperiaatteista: »Nämä säännökset ovat aksioomia, postulaatteja, periaatteita joiden absoluuttisuutta (objektiivisuutta »in abstracto») ei voida näyttää toteen, mutta joiden todellisuus (objektiivisuus »in concreto») on ilmeinen, ja jotka näinollen säännöstelevät yhteisöjä niiden määrättyllä kehityksen asteella». Torjuttuaan virheellisenä kannan, jonka mukaan yleiset oikeusperiaatteet olisivat konkreettisesta yhteisöstä riippumattomat ja yleispätevät de Page jatkaa: »niiden stabiliteetti ei milloinkaan ole ehdoton edes rajoitettuna ajanjaksona. Nämä periaatteet ovat sidotut muuttuviin yhteiskunnallisiin tosiasioihin... Juuri oikeusperiaatteissa yhteiskunnallinen todellisuus ilmenee jatkuvasti kehittyvänä». Tämä onkin de Pagen mukaan perimmäinen syy siihen, miksi lainsäätäjät välttävät yleisten oikeusperiaatteiden nimenomaista formulointia säädännäisten normien muotoon: periaatteiden tulee säilyä joustavina ja elävinä.⁴² Samaa tarkoittaa E. Wolf huomauttaessaan, ettei oikeuden yleisiä periaatteita voida ymmärtää systemaattis-teoreettisista näkökohdista, vaan yksinomaan yhteiskunnan käytännöllisistä realiteeteista.⁴³ Nikolaus

⁴¹ Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza s. 155. — Opetusministeriön päätös sisältävä ohjeet elokuvien tarkastusta varten 30/10 1935 1 §: Filmejä, jotka ovat uskonnollista tai siveellistä tunnetta tahi yleisiä oikeudellisia periaatteita loukkaavia... ei saa hyväksyä esitettäväksi (harv. meidän).

⁴² De l'interprétation des lois II s. 97, 112, 133. — De Page osoittaa yksityiskohtaisesti, miten sopimusvapauden, culpattoman vahingonvastuun ja omistusoikeuden rajoittamisen periaatteet ovat ymmärrettävissä vain konkreettisesta yhteiskunnallis-taloudellisesta struktuurista käsin: m.t. s. 106 ss. — Samoin Roscoe Pound: The spirit of the common law s. 185 ss.

⁴³ Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze (Zeitschrift für schweizerisches Recht 1932 s. 54). — Siitä, onko yleisten oikeusperiaatteiden formulointi säädännäisten normien muotoon de lege ferenda suositeltavissa ja kulkeeko kehitys tähän suuntaan ks. F. O. Lilius: Lainsäädännön luonteesta ja tekniikasta sananen (Valvoja 1922) s. 15 ss.

Gjelsvik korostaa myös erityisesti oikeusperiaatteiden tosiasiallista yhteiskunnallista pohjaa (Innleiding i rettsstudiet s. 51).⁴⁴

Täysin virheellisenä on sentähden pidettävä Del Vecchion kantaa, jonka mukaan on olemassa ylipositiivisia oikeusprinsiippejä, mitkä johtavat sisältönsä »olennon olemuksesta».⁴⁵ Alessandro Levi taasen väittää yleisten oikeusprinsiippien olevan puhtaasti muodollisten, »puramente formali», ja ne voidaan muka johtaa »dalla stessa forma logica del diritto», oikeuden loogillisesta rakenteesta, mutta merkillistä kyllä Levi niihin lukee esim. ihmisoikeudet, jotka selvästi olivat määrätyn historiallisen kehitysvaiheen tunnuksia.⁴⁶ Ja vaikka, kuten B. Brugi on koettanut osoittaa, yleisten oikeusperiaatteiden käsite olisi-kin peräisin skolastisesta filosofiasta (AG 1923 s. 161 ss.), todistaa tämä vain, että skolastinenkin ajattelu kykeni tajuamaan yhteiskunnallisia realiteetteja ja antamaan niille teoreettisen muodon. Hedelmättömänä pidämme näinollen Max Ascolin kantaa (La interpretazione delle leggi s. 15), jonka mukaan yleisten oikeusperiaatteiden selvittäminen ei lainkaan saata kuulua positiiviselle oikeustieteelle, vaan yksinomaan oikeusfilosofialle, joka pohtii »oikeuden olemusta»: oikeuden olemuksesta voi jokainen johtaa suunnilleen ne periaatteet, jotka vastaavat hänen maailmankatsomustaan ja etujaan, ja tuomari, joka tällaisten prinssiippien nojalla ratkaisee, harjoittaa mitä törkeintä mielivaltaa. Aivan oikein huomauttaakin A. Checchini yleisistä oikeusperiaat- teista, että niiden pelkästään loogillis-filosofinen johtelu on sekä hyö- dytöntä että vaarallista, ja että ainoan luotettavan pohjan antaa historia (AG 1923 s. 218).⁴⁷

⁴⁴ Samoin François Géný: Méthode d'interprétation II s. 132 ss; Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 130—144 antaa perusteellisen esityksen yleisistä oikeusprinsiipeistä Italian *positiivisen* oikeuden pohjalta ja korostaa, että yleiset oikeusperiaatteet aina ovat konkreettisen oikeusyhteisön prinssiippejä.

⁴⁵ Mélanges Géný II s. 73. Del Vecchio ei siis edes tyydy puhumaan ihmisen »olemuksesta», koska kai pitää sitäkin vielä kovin konkreettisena, vaan johtaa yleiset oikeusprinsiippinsä »olennon» (minkä?) olemuksesta (de l'essence même de l'être). Siitä johtuvat »juriidisen totuuden periaatteet» (ib. s. 73): mahdoton käsite-hirviö.

⁴⁶ Saggi di teoria del diritto s. 107.

⁴⁷ Kuten havaitsemme, ovat erityisesti italialaiset tutkijat kiinnittäneet huomionsa yleisten oikeusperiaatteiden käsitteen selvittämiseen. Tähän on luullaksemme aivan ulkokohtainen syy: Italian siviililakikirjan kolmas artikla näet säättää, että tuomarin aukkotapauksessa, lainanalogian puutteessa, tulee ratkaista »secondo i principii generali di diritto», yleisten oikeusperiaatteiden mukaan: tie-

Yleisten oikeusperiaatteiden olemassaolosta on tietenkin erotettava niiden olemassaolon toteaminen, johon liittyvät laajakantoiset tärkeät kysymykset. Hyvin tavallinen on mielipide, että yleiset oikeusperiaatteet muka aina todetaan indusoimalla yksityisistä (harvemmista tai lukuisammista) oikeusnormeista. Tämä kanta on väärä.⁴⁸ Todisteeksi yleisen oikeusprinsiipin voimassaolosta konkreettisessa yhteisössä kelpaavat muutkin faktat kuin säädännäiset ja tavanomaiset oikeusnormit, joskin nämä luonnollisesti muodostavat erittäin *tärkein* todistuskeinon: seikka, mikä selittää yllämainitun virheellisen kannan syntymisen. Raselli⁴⁹ huomauttaakin, että yleisten oikeusperiaatteiden johtelu pelkällä induktiolla yksityisistä oikeusnormeista on riittämätön menetely: ne ovat selvitettävät lavealla *historiallisella* pohjalla ottamalla erityisesti huomioon myös yhteisön henkiset virtaukset. Vanhat kunnianarvoiset Tuomarinohjeemmehan 16. kohdassaan nimenomaan lausuvat: »Allmannelige Ordseeder brukas offta för Lagh, hvilka äre och så Lagh», ja lueteltuaan joukon tällaisia sananparsia, jatkavat: »Och monge andra sådana uppenbarlige och allmannelige Ordseder, pläga brukas för Lagh, så at ther må dömas efter. Förty sådana allmanneliga Ordspråk äro såsom andra Regler och en Grund ther Lagen är uthdragen aff, hwilke en Domare bör wetta» (harvennus meidän). Tuomarinohjeet vetoavat siis aivan oikein niihin yleisiin oikeusperiaatteisiin, jotka sisältyvät kansan oikeusvakaumukseen, ja ovat ulkonaisestikin sananlaskujen muodossa havaittavissa. (Useat 16. tuomarinohjeen mainitsemista oikeusperiaatteista ovat myöhemmin säädännäiseen muotoon formuloidut. Lueteltujen prinsiippien joukossa on sellainenkin koko järjestyneen yhteiskuntaelämän peruskäsky kuin »Man ägher Lagh och ey slag med androm haffua»: omankädenoikeuden kieltö). Theodor Sternberg on yrittänyt todistaa, että oikeustieteelle

tenkin italialainen oikeusteoria haluaa selvittää, tarkoittaako edellämainittu lainkohta Italian positiivisen oikeuden periaatteita, vai ylipositiivisia prinsiippejä. Positivistit lienevät ainakin lukumäärältään voitolla: ks. Gagni: AG 1923 s. 143, ja erit. Raselli: Il potere discrez, I s. 130 ss.

⁴⁸ Sitä edustavat esim. Sipilä: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne s. 254 aliv., F. Castberg: Mellemfolkelig rettspleje s. 37, M. O. Stati: Le standard juridique s. 56—57, A. L. Sanhoury: Le standard juridique (Mélanges Gény II) s. 146, P. Van der Eycken: Méthode positive de l'interprétation juridique s. 237 ss.

⁴⁹ Il potere discrezionale del giudice civile I s. 76 aliv. 1. — — Samoin Checchini: AG 1923 s. 218, Donati: Lacune s. 169—170.

nykyisessä rationalisoituneessa ja nopeasti muuttuvassa yhteiskunnassa kuuluu yleisten oikeusperiaatteiden kiteyttäminen,⁵⁰ mutta tämän johdosta on erinomaisen tarmokkaasti korostettava, ettei oikeustiede suinkaan saa ruveta luomaan omasta päästään oikeusperiaatteita (Sternberg puhuu epäilyttävästä »Wissenschaftsrechtistä»: s. 158 ss.): se voi ainoastaan ne todeta yhteiskunnallisten realiteettien, niin aineellisten kuin henkistenkin pohjalta.

Näinollen ovat Brugi ja Checchini oikeassa korostaessaan historiallisen tutkimusmetodin tärkeyttä: molemmat tähdentävät niinkään yhtäpitävästi, että tuo tutkimus voi lähteä vain *oikeusjärjestyksen kokonaisuuden* perusteellisen tuntemisen pohjalta, juriidisen ja historiallisen metoodin tulee hedelmällisesti yhtyä.⁵¹ Lisäksi Brugi tekee sen mielestämme tärkeän lisäyksen, että hän yleisten perinoppien selvittäjältä myös vaatii filosofista näkemystä: ilman sitä tämä ei voi herkästi vaistota ja syvästi ymmärtää aikansa ja yhteiskuntansa henkisiä virtauksia. Nyt käsitämme, miksi oikeusanalogia voi lähteä joko useammista yksityisistä oikeussäännöksistä tai koko lainsäädännöstä (Honkasalo: Nulla poena sine lege s. 71): edellisessä tapauksessa oikeusanalogia perustuu induktioon useammista yksityisistä oikeusnormeista, mutta jälkimmäisessä se rakentuu suorastaan oikeuden koko tarkoituskompleksin ja sen pohjana olevien yhteiskunnallisten realiteettien tarkalle tuntemiselle. Tärkeätä on kuitenkin muistaa, että oikeusanalogia silloinkin, kun se lähtee useammasta *yksityisestä* normista, ylimpänä johtotähtenään, aivan kuten lainanalogiakin, käyttää oikeusjärjestyksen tarkoituskompleksia kokonaisuudessaan: muuten induktio oikeusnormeista saattaa johtaa vaaralliseen mielivaltaan (Checchini: AG 1923 s. 218).

Eugen Huber katsoi, että yleiset oikeusperiaatteet ovat liian epämääräiset kelvataksien tuomion perustaksi,⁵² ja tämä kenties selittää, miksi niitä ei mainita Sveitsin siviililakikirjan johdantösäännöksissä. Totta onkin, että tuomarin aukkoharkinta on vielä suuremmassa määrässä todennäköisyysarkintaa kuin tulkinta, mutta jos aukkohar-

⁵⁰ Einführung in die Rechtswissenschaft I s. 150, 158.

⁵¹ Brugi: I principii generali del diritto e il diritto naturale (AG 1923 s. 164), Checchini; ks. edellämainitut sitaatit. — — G. Pacchioni: AG 1924 s. 139: yleiset oikeusperiaatteet ovat etsittävät *tuomioistuinten ratkaisuksista*.

⁵² Recht und Rechtsverwirklichung s. 353. — — Vrt. myös Van der Eycken: Méthode positive de l'interprétation juridique s. 240 ss. — — H. Heller: Staatslehre s. 222.

kinnan apukeinot hyljättäisiin sillä perusteella, etteivät ne anna täysin varmaa johtoa konkreettisen aukkotapauksen ratkaisulle, jouduttaisiin ojasta allikkoon. Aukkoharkinnassa käytettävät apukeinot tarkoittavat kaikki mielivallan vaaran vähentämistä, ja tuon tarkoituksen valossa niitä on arvosteltava. Sveitsin lainsäätäjän aukkotapauksia varten omaksuma yleiskeino on, kuten edellä olemme maininneet, että tuomarin on ratkaistava oikeusnormin mukaan, jonka hän lainsäätäjänä sellaisia tapauksia varten muodostaisi, ja on hänen tällöin otettava huomioon vakiintunut (»bewährt»: sanan tulkinnasta eri mielipiteitä) tieteisoppi ja oikeuskäytäntö. Mutta antaako mainittu säännös *paremmat* takeet tuomarin mielivaltaa vastaan kuin analogia? Emme sitä usko, päinvastoin luulemme mielivallan vaaran siitä kasvavan.⁵³

Suomen positiivisen oikeuden mukaan analogia on kaikista aukkotapausten harkinnassa käytettävistä apukeinoista tärkein: minkäänlaista arvoeroa ei voida tehdä lainanalogian ja oikeusanalogian välillä (poikkeuksena rikosoikeus, mutta vain rikostyyppeihin nähden). Torjumme siis Huberin ja Sveitsin lainsäätäjän kielteisen kannan analogiaan nähden, mutta yhtä päättävästi torjumme R. A. Wreden vastakkaiseen äärimmäisyyteen lankeavan mielipiteen, jonka mukaan analogia (viime kädessä oikeusanalogia) aina riittää perustelevaan aukkoratkaisun.⁵⁴ Tuo kanta oli aivan yleinen pandektitieteessä viime vuosisadan lopulla: n.s. »käsitelainopin» päätunnusmerkkejä oli analogian ylenmääräinen suosiminen. Pidettiin selvänä, että sen avulla kaikki oikeustapaukset voidaan ratkaista. Käsitelainopin surullisenkuuluisat »konstruktiot» ovat vain in absurdum johdettua ja riittämättömältä (yksipuolisen loogilliselta) pohjalta lähtevää analogisointia. A priori ei ole suinkaan selvää, että jokainen konkreettinen aukkotapaus voidaan ratkaista lainanalogian tai yleisen oikeusperiaatteen nojalla, niin *toivottavaa* kuin tämä oikeusvarmuuden kannalta olisikin. Analogian pingoitettu ja luonnoton käyttö vaarantaa oikeusvarmuuden

⁵³ Samaa mieltä lienee Wrede: Grunddragen av Finlands rätts- och samhällsordning s. 27, todetessaan, ettei suomalainen tuomari lainanalogian puuttuessa saa ratkaista sen oikeussäännöksen mukaan, jonka hän mahdollisesti lainsäätäjänä asettaisi, vaan on velvollinen tuomitsemaan voimassaolevan oikeuden yleisten periaatteiden mukaan. Kivimäki: Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä (Lm 1937 s. 477).

⁵⁴ Grunddragen s. 27 ja vielä jyrkemmin Försök till tolkning af 1 kap. R.B. s. 38, jossa Wrede selittää, ettei aukkoja voida edes ajatella.

enemmän, kuin jos tuomari analogian puuttuessa tietoisesti turvautuu muihin aukkoharkinnassa käytettäviin apukeinoihin, siis oikeuskäytäntöön, oikeustieteeseen ja empiriseen yhteiskuntatietoon. Kyselyinstituuttia koskevassa historiikissa totesimme, että tuomarin kysely-oikeus ja -velvollisuus oli säädetty sellaisia aukkotapauksia varten, joissa analogia ei antanut riittävää johtoa. Kuvaaavaa on myös asema, jonka *Nehrmann* ja *Calonius* aukkotapauksissa antavat luonnonoikeudelle: seikka joka niinikään osaltaan todistaa, ettei analogiaa pidetty riittävänä.⁵⁵ Käytännössä ero *Wreden* edustaman kannan ja meidän kantamme välillä ei muodostu suureksi: jos analogialle annetaan hyvin laaja tehtävä, on ilmeistä, että tuomarin on pakko turvautua oikeuskäytäntöön, oikeustieteeseen ja muuhun yhteiskuntatietoon harkitessaan, ovatko analogian edellytykset konkreettisesti aukkotapauksessa olemassa. (Havaitsimmehan juuri edellä, että yleisten oikeusperiaatteiden toteamisen tulee tapahtua lavealla empiris-yhteiskunnallisella pohjalla). On vain aina muistettava, ettei tuomari yleisten oikeusperiaatteiden puuttuessa suinkaan saa antaa mielivaltaista (esim. »kohtuuteen» perustuvaa) ratkaisua, vaan tulee ratkaisun silloinkin nojautua yhteiskunnan tosiasialliseen rakenteeseen, sellaisena kuin tämän tuomarille ilmentävät oikeuskäytäntö, oikeustiede ja muu empirinen yhteiskuntatieto.⁵⁶

⁵⁵ Ks. *Nehrmann*: Inledning til then swenska processum civilem s. 348: Thet som naturliga Lagen påbudit, och hwar wid Öfwerheten ej stadgadt något vidare, tager man ther til grund: dock likwäl, som en egensinnig part ej altid wil låta öfvertyga sig, Ty uprepar Lagen ofta thet samma; tå bör thenna Lagen nämnas...». Luonnonoikeuden suhteesta kyselyinstituuttiin *Nehrmann* samassa teoksessa (s. 28) lausuu, että »tuomarin tuli kysyä ylemmältä instanssilta neuvoa vain, ellei analogia antanut johtoa, eikä ratkaistava asia myöskään ollut senlaatuinen »at thet får af dömas efter then naturliga Lagen»: milloin näin on, sitä tekijä ei lähemmin selvitä. *Calonius*: Praelectiones I 42 § 1 k.: »Ubi deficit jus civile, ex jure naturae sententia erit ferenda»: *Calonius*kin katsoo, että kyselyoikeutta on harjoitettava vain milloin sekä analogia että luonnonoikeus jättävät tuomarin pulaan: *Prael.* III 16 § 5 k. — — *Lars Fr. Lind*'in kannasta on vaikea päästä varmuuteen. Teoksessaan »Domarens pröfning efter Sveriges Lag» hän käsittelee tavalista samoin kuin laajentavaa ja supistavaa tulkintaa, lukien analogian laajentavaan tulkintaan. Mutta tämä ei vielä osoita, että *Lind* olisi katsonut kaikkien tapaus-ten olevan ratkaistavissa tällaisten tulkintamenetelmän avulla: teoksen nimenä-hän on »Domarens pröfning efter Sveriges Lag»: kenties tekijä juuri rajoittui selvittämään niitä tapauksia, jolloin tuomarin harkinta *tapahtuu lain pohjalla*, mutta jättää teemansa ulkopuolelle kysymyksen, voiko muunkinlaisia tapauksia esiintyä.

⁵⁶ Yleisten oikeusperiaatteiden kiteyttäminen »näkyvään» muotoon kuuluu tärkeältä osaltaan ylimmälle oikeusinstanssille. Tunnustaessaan *ostosopimuksen* (si-

toumus tietyn automäärän ostamiseen vastaisuudessa) pätevyyden sillä perusteella, ettei tuota sopimusta oltu näytetty lainvastaiseksi (1932 Sel. 24), KKO käsitteäksemme lähtee *sopimusvapauden periaatteesta*. Samoin on takaussitoumus, jossa henkilö on mennyt omavelkaiseen takaukseen toisen henkilön maksettaviksi tuomittujen sakkojen suorittamisesta sekä menetetyksi julistetun tavarain korvaamisesta, julistettu päteväksi, koska »K. oli myöntänyt takaussitoutuksensa oikeaksi, voimatta esittää mitään perustetta, joka tekisi tuon sitoumuksen pätemättömäksi» (1928 Sel. 7). Kiinteistöä koskevan *myyntisopimuksen*, joka oli tehty kiinteistökaupasta säädetyn muodon, KKO niinkään on julistanut päteväksi (1928 Sel. 50): perustelussa mainitaan sopimuksen tekoon liittyneet faktat, minkä jälkeen päätös velvoittaa vastaajan antamaan kantajalle sopimuksen mukaisen kauppakirjan. (*Perintösopimus* julistettu sitovaksi: KKO 1932 Sel. 45).

Perintö- ja holhousoikeuden alalta on KKO kiteyttänyt useita oikeusperiaatteita. Niinpä *perintösopimus*, jossa lapsi luopuu hänelle vanhempiensa jälkeen tulevasta perinnöstä, ei sido, lapsen kuoltua ennen vanhempiansa, hänen lastansa, koska tällä »on itsenäinen perintöoikeus» isovanhempainsa jälkeen (1932 Sel. 32). *Keskinäisen testamentin valvonnasta* on viime vuosilta olemassa prejudikaatteja, joissa todetaan, että viimeksikuolleen puolison perillisten ei tarvitse valvoa testamenttia ensiksi kuolleen jälkeen, kunhan jälkeensäjäänyt puoliso valvonnan on toimittanut (KKO 1935 Sel. 24; 1936 Sel. 3). Aika, jonka kuluessa *alaikäisen hyväksi tehty testamentti* on valvottava, on, holhoojan edun ollessa ristiriitainen holhokin testamenttiin perustuvan edun kanssa, luettava siitä, kun alaikäiselle on määrätty uskottu mies valvomaan hänen mainittua etuaan (1935 Sel. 56). Alaikäiset eivät ole velvollisia huolehtimaan *perunkirjoituksen toimitamisesta*, eikä tässä kohdin tapahtunut laiminlyönti voi tuottaa heille velvollisuutta omalla omaisuudellaan vastata kuolinpesän veloista (DL 1935, liite s. 16—19: kaksi yhtäpitävää KKO:n päätöstä). *Perinnönjako*, jossa kaikki jako-osakkaat eivät olleet läsnä, on mitätön, eivätkä PK 13:1 säännökset ole sellaiseen jakoon soveltuvat (1932 Sel. 83). *Alaikäiselle tehty lahjoitus* on pätemätön, ellei uskottu mies alaikäisen puolesta ota lahjaa vastaan (KKO 1930 Sel. 68, 1932 Sel. 84: epävarmaa on kuitenkin, voidaanko mainittujen päätösten perusteluista johtaa ylläformuloitu yleinen periaate; kenties on rajoitettava toteamaan, että holhoojan lahja alaikäiselle on pätemätön holhoojan velkoihin nähden, ellei uskottu mies holhotin puolesta ole ottanut lahjaa vastaan).

Ks. lisäksi *työurakka* 1926 Sel. 4, *valekauppa* 1927 Sel. 97, *lahja kuoleman varalta* 1928 Sel. 84, *jakamattoman pesän edustus* 1928 Sel. 26, 1932 Sel. 80, *avoimen yhtiön osakkaan edustamisvalta ulospäin* (on rajoittamaton) 1932 Sel. 35; *ulosmittaus avoimen yhtiön pesään* 1926 Sel. 23, *dolus* 1928 Sel. 16, *negotiorum gestio* 1927 Sel. 61. — — — KKO:n prejudikaattien merkityksestä tuomarin aukkoharkinnalle ks. lähemmin lukua »Tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut».

VIII. TUOMIOISTUINTEN AIKAISEMMAT RATKAISUT.

Oikeushistoriallinen johdanto: Mikä osuus prejudaateilla on ollut Ruotsin ja Suomen oikeuskehityksessä? On tapana korostaa, että tuomarit eivät milloinkaan ole saaneet ratkaista prejudaattien nojalla:¹ kuninkaallinen kirje Götan hovioikeudelle vuodelta 1682 lausui nimenomaan: »Efter blotta praejudicata, som icke sedermera äro publicerade såsom universella, må icke dömas»,² kuninkaallinen kirje 1/4 — 1790 samoin sääsi, että »prejudicater ej fingo antagas såsom grund till beslut», ja N e h r m a n (Proc. crimin. s. 236) lausuu aukkotapauksista: »Ther äger ej Domaren frihet at döma efter prejudicater. Ty hwar sak har någon särskild beskaffenhet» (huomaa perustelu). Toisaalta on tunnettua, että tuomioistuinten käytäntö on näytelty ratkaisevaa osaa oikeutemme kehityksessä:³ tunnustaahan N e h r m a n k i n: »Lika som Landz sed kan förwandlas i Lag, så kan ock sedwänja förklara Lagen och thetta kallas interpretatio usualis. Wid Domstolarne finner man många exempel...» (Inl. til jurispr. civ. s. 72) ja C a l o n i u s lausuu: »Si explicatio legis fiat ex usu recepto fori ab imperante tacite adprobando (huomaa perustelu), tum interpretatio illa dicitur usualis».⁴ Miten on selitettävissä se ristiriita, että tuomari toisaalta, kuten erikoisesti W r e d e on tähdentänyt, ei saanut ratkaista

¹ Esim. W r e d e: Försök till tolkning af 1 kap. R. B. s. 51.

² W. Sjögren: Den svenska processrättens historia s. 209, vrt. myös U p p - ström: Öfversikt af den svenska processens historia s. 144.

³ Ks. siitä esim. B e r g m a n: Översikt av svensk rättsutveckling s. 12, 15; K. G. Westman: De svenska rättskällornas historia s. 40: »... synnerligen stort inflytande på rättsbildningen...», W. Sjögren: Domaremakten och rättsutveckling TfR 1916 s. 335, 336.

⁴ Praelectiones III 11 §. — — Muistettakoon: C a l o n i u s ja N e h r m a n lukevat aukkoharkinnan tulkintaan: analogia on heidän teoriassaan interpretatio extensiva.

prejudikaattien mukaan, mutta prejudikaateilla kuitenkin on ollut painava osuus oikeutemme kehityksessä? Selitys on siinä, ettei tuomaria koskaan kielletty *tuntemasta ja ottamasta huomioon* prejudikaatteja: kiellettyä oli ainoastaan *tuomion perustaminen yksinomaan prejudikaatteihin*. Ellemme tätä seikkaa huomaa, saamme kokonaan väärän kuvan vanhemman oikeutemme suhtautumisesta tuomioistuintenkäytännöön. Tosin kyselyinstituutti vähensi prejudikaattien merkitystä: tuomari oli aukkotapauksissa oikeutettu ja velvollinen kysymään ylemmältä instanssilta neuvoa, sillä kuningas tahtoi viime kädessä itse valvoa valtakunnan oikeudenkäytön yhtenäisyyttä (siitä prejudikaattikielto). Lisäksi on *perustavan* tärkeänä seikkana huomattava, että kun prejudikaatteja ei painosta julkaistu, täytyi niiden merkityksen muodostua pienemmäksi kuin nykyisissä oloissa. Mutta silti prejudikaattien merkitys saattoi suorastaan ilmetä kuinkaallisista lainselityksistäkin. Niinpä kuninkaallinen kirje Turun hovioikeudelle 25/4 — 1667 lausuu hovioikeuden kyselyn aiheena olleesta oikeusprobleemasta »at then (nim. »lagen») ingen annan uttydning tillåter, än then som med praxi och praejudicatis i Wår Hofrätt här i Stockholm illustrerad och stadfäst är», minkä vuoksi kuningas velvoittaa Turun hovioikeuden vastedes sellaisissa kysymyksissä tuomitsemaan lain mukaan »och hwad derefter så wähl wid the andre Hofrätterne i Rijket finnes dömt wara, på thet een likhet i Justitiens administration, emellan samtliga Domstolarne må wara stiftat . . .» (huomaa perustelu). Kuninkaallinen selitys 30/5 — 1682 lausuu perustellessaan kuninkaan päätöstä: »... finnandes Hans Kongl. May:t skäligt giöra i thetta måhl then Förklaring öfwer Landzlagen, at then wid Domstolarne här til mästedels öfwade Praxis för Lagsens rätta mening hållas bör». Olemme edellä kyselyinstituutin historiaa selvitellessämme nähneet, että kuningas ennenkuin hän lainselityksensä antoi, usein kysyi neuvoa valtakunnan hovioikeuksilta, ja tämä kysely tietenkin osaksi juuri koska hovioikeuksien harjoittamaa tuomitsemispraksista (niinpä äskenmainittussakin tapauksessa kuningas oli »inhämtat thes Hofrätters betänckande»). Kunink. kirje 31/1 — 1706 sääsi, että joskaan oikeusjuttua ei saa ratkaista prejudikaattien mukaan, koska jokaisella jutulla on oma yksilöllinen luonteensa, niin on kuitenkin oikein ja kohtuullista, että aivan samanlaisissa asioissa ratkaistaan samalla tavoin, jotta kansalaiset tuntisivat olevansa tasa-arvoiset lain edessä.

Prejudikaattien merkitys riippuu olennaisesti siitä, ovatko ne tuo-

marin *saatavissa* sekä siitä, ovatko ne systemaattisesti *järjestetyt*, niin että tuomari helposti voi niistä löytää tarpeelliset tukikohdat. Ennen vuotta 1895 ei Suomessa ylimpien oikeusinstanssien ratkaisuja säännöllisesti julkaistu painosta, vaan tuomari saattoi saada ne tietoonsa ainoastaan sattumalta (esim. juriidisten aikakauslehtien, juriidisen kirjallisuuden, henkilökohtaisen keskustelun kautta). Sensijaan julkaistiin JFT:ssä vuodesta 1895 alkaen aikakauskirjan liitteen muodossa Senaatin oikeusosaston ratkaisut.⁵ Kun Juridiska Föreningen'in vuosikokouksessa 19/12 — 1893 neuvoteltiin Senaatin oikeusosaston päätösten julkaisemisesta, tähdennettiin sitä epäkohtaa, että alemmat tuomarit vain sattumalta voivat saada tietoonsa ylimmän instanssin ratkaisut, ja että näinollen mainittujen ratkaisujen systemaattinen julkaiseminen edistäisi *oikeudenkäytön yhtenäisyyttä* (JFT 1894 s. 171). Suunniteltiin prejudikaattien julkaisemista samaa järjestelmää noudattaen kuin Ruotsissa Holm'in »Nytt juridiskt arkiv» seurasi julkaistessaan Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisuja.⁶ Valitettavasti ei meillä sittemmin kuitenkaan seurattu mainittua suunnitelmaa, vaan julkaistiin Senaatin oikeusosaston ratkaisut verrattain primitiivistä ja epätäydellistä selostusmenetelmää käyttäen: kenties siihen oli syynä taloudellinen pakko, prejudikaattikokoelman järjestely ja painatus kun tuli kalliiksi ja Lainopilliselle Yhdistykselle vaikeaksi kantaa (valtionavusta huolimatta: JFT 1912 s. 543). Täten jouduttiin paradoksaaliseen lopputulokseen: ennen vuotta 1894 oli JFT julkaissut hyvät yksityiskohdaiset selostukset erityisen tärkeistä ylimmän oikeusinstanssin ratkaisuista; nyt nämä hävisivät aikakauskirjasta, ja tilalle tuli huono massaselostus. Etu, mikä voitettiin kaikkien Senaatin Oikeusosaston ratkaisujen selostamisella menetettiin suureksi osaksi epätäydellisen selostustekniikan ansiosta. Kun Senaatin Oikeusosasto vuodesta 1917

⁵ Aivan kuten Englannissa yhäti siis prejudikaattien julkaiseminen oli yksityisen yhdistyksen hoidettavana, mutta Juridiska Föreningen sai valtiolta vuotuisen apurahan painatus- ja järjestelykustannusten osittaiseksi peittämiseksi. Miten mainittu, oikeuskulttuurillemme perustavan tärkeä prejudikaattien painatus Juridiska Föreningenissä pantiin alulle; ja tällöin käydyistä neuvotteluista ks. JFT 1895 s. 438 (selostus yhdistyksen edellisestä vuosikokouksesta), JFT 1894 s. 170—171 (selostus valmistavista neuvotteluista vuoden 1893 vuosikokouksessa), JFT 1912 s. 543 (Julius Grotenfeltin laatima yhdistyksen historiikki).

⁶ »Nytt juridiskt Arkiv, utgifvet af G. B. A. Holm» noudatti seuraavaa järjestelmää (NJA 1874 esipuhe): jos korkeimman oikeuden ratkaisema tapaus oli juriidisesti tärkeä, oli se aikakauslehdessä selostettava niin laajasti kuin tapauksen oikea käsittäminen vaati, muuten annettiin siitä vain lyhyt tiedonanto.

alkaen itse ryhtyi painosta julkaisemaan ratkaisujaan (viimeinen JFT:n liite käsittää vuoden 1915 ratkaisut), seurasi se samaa lakoonista julkaisutekniikkaa. Vasta vuonna 1928 oikeusministeriön esityksestä hyväksytty Korkeimman oikeuden ratkaisujen julkaisusuunnitelma (jota sovellettiin ensi kerran vuoden 1926 judikatuuria painosta julkaistaessa) loi rationaalisen järjestelmällisen pohjan. Korkeimman oikeuden kaikkia ratkaisuja ei enää julkaista, vaan ainoastaan tärkeimmät. Näitä on kahta laatua: sellaisia joiden arvellaan valaisevan mielenkiintoisia tai tärkeitä laintulkintakysymyksiä tahi ilmaisevan mielenkiintoisia näytteitä oikeuskäsityksen suunnasta tai kehityksestä (aukkotapaukset!), ja sellaisia, joilla ei ole ensiksimmäinnettujen kantavuutta, mutta joista kumminkin harkitaan olevan opastusta lainkäyttäjille. Edelliset julkaistaan perusteellisina »selostuksina», joissa myös kerrotaan eriävät mielipiteet, jälkimmäiset sensijaan lyhyehköinä »tiedonantoina». Onko Korkeimman oikeuden ratkaisu julkaistava ja onko se tapahtuva selostuksen vai tiedonannon muodossa sekä, jälkimmäisessä tapauksessa, onko äänestyksestä tehtävä selkoa, määrää jaoston puheenjohtaja, joka myös vahvistaa selostuksen otsakkeen sanamuodon. (Vrt. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen julkaisemisessa noudatettua menetelmää). Viralliset prejudikaattikokoelmat eivät tietenkään tee tarpeettomiksi oikeustapausten julkaisemista juriidisissa aikakauslehdissä: aikakauslehti saattaa julkaista ratkaisuselostuksen pikemmin kuin hieman rasakaasti liikuteltava virallinen kokoelma (mikä tosin, ilahduttavaa kylläkin, ilmestyy vuoden kuluessa useina vihkoina: nopeampi julkaisu). Lisäksi lainopillisissa aikakauslehdissä julkaistut referaatit voidaan varustaa *pätevien ammattimiesten kommentaareilla*. Suomessa on siis nykyään rinnan voimassa virallinen ja yksityistä tietä tapahtuva prejudikaattien painatus.

Olemme edellä laajahkosti selostaneet prejudikaattien julkaisemista, sillä mainitulla tekniikalla on *perustava merkitys koko prejudikaattiooppiin nähden*. Se seikka, että tuomareillamme nykyään on virallinen, luotettava ja järjestelmällinen prejudikaattikokoelma käytettävänä, jota arvokkaalla tavalla täydentävät lainopilliset aikakauskirjat, pakottaa meidät perusteellisesti arvioimaan uudelleen traditionaalisen opin, jonka mukaan tuomari ei ole edes velvollinen *tuntemaan* ylimmän oikeusinstanssin ratkaisuja.⁷

⁷ Englantilainen prejudikaattisysteemi on *mahdollinen* ainoastaan tuomioistuinten ratkaisujen painosta julkaisemisen kautta, ja se kehittyi 16. vuosisadalta alkaen, jolloin mainittua painatusta alettiin harjoittaa: C. H. S. Fifoot: English law and

OK:n 30 luku, sellaisena kuin se muutettuna kuuluu 19/12 1922 annetussa laissa, säättää 6 §:ssä: »Jos asianosainen arvelee, että *lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa* olisi tärkeätä saat-
taa hovioikeuden ratkaisu, johon muutosta ei saa hakea, korkeimman oikeuden tutkittavaksi, olkoon hänen sallittu pyytää korkeimmalta oikeudelta lupaa muutoksen hakemiseen». Mainittu lainkohta edellyttää selvästi, että korkeimman oikeuden ratkaisulla on reaalinen merkitys samanlaisten tapausten vatedes sattuessa, muutenhan tapauksen saattaminen korkeimman oikeuden käsiteltäväksi ei olisi tärkeätä lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa. Prejudikaattien merkitys on siis mainitussa lainkohdassa nimenomaan tunnustettu.

OK 1:11 säättää tuomarista: »Landssed, som ej har öskiäl med sig, må han ock rätta sin dom efter, ther beskrifven lag ej finnes». Tarkoittaako lainkohta sillä myös tuomioistuinten ratkaisujen muodossa ilmenevää käytäntöä? Oikeushistoriallinen pieni katsaus selvittää tilannetta. Vuoden 1615 oikeudenkäyntiprosessin tuomarinvala velvoitti ratkaisemaan »*effter Sweriges Lagh, Rijkens Stadgar, Affhandlingar och Besluth, godhe loflige Bruk, och Sedwaner...*», vuoden 1687 tuomarinvala (Kun. kirje hovioikeuksille 11/2 1687) mainitsi niinkään »*goda loflige bruk och sedwaner*» (vrt. 15 tuomarinohje). Lakikomissionin ehdotus oikeudenkäymiskaareksi vuodelta 1717 sääsi 1 luvun 2 §:ssä, että tuomari oli velvollinen ratkaisemaan »*effter lag och stadgar, samt landsens skälige sedwänja*», vuoden 1723 ehdotus ei lainkaan maininnut maantapaa, ja vuoden 1734 ehdotus lausui miltei sananmukaisesti kuten voimassaoleva OK 1:11.⁸ Edellämainitut tekstit tuntuvat lähinnä viittaavan siihen, että »*maantavalla*» tarkoitettiin kansalaisten piirissä (nimenomaan jossakin maakunnassa) syntyntä oikeustapaa, eikä tuomioistuinpraksista,⁹ mutta kuten Wrede oikein huomauttaa, on säännöstä sovellettava myös tuomioistuinpraksikseen

its background s. 24, E. Jenks: The new jurisprudence s. 102, C. K. Allen: Law in the making s. 191. — — Tällä emme *tietenkään* tarkoita, että meillä muka samanlainen järjestelmä nyt alkaisi kasvaa esiin. Mutta Kivimäki lausuu sattuvasi ylimmän instanssin aukkoratkaisuista: »Niiden itsenäistä, oikeutta kehittävää funktiota ei voida kylliksi korostaa» (Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä, Lm 1937 s. 378).

⁸ Vrt. myös Abrahamssonin ja Lakikomission keskustelua maantavan johdosta vuoden 1734 valtiopäivillä: Sjögren: Förarbetena.

⁹ Näin myös Wrede: Försök till tolkning af 1 kap. R.B. s. 50 sekä Kallenberg: Svensk civilprocessrätt I s. 85.

(tietysti edellyttäen, että praksis on todella tavanomaiseksi oikeudeksi kiteytynyt). Tuomioistuinten käytäntöhän on meidän päivinämmä tärkeimpiä tavanomaisen oikeuden alkulähteitä.

Mitkä näkökohdat puhuvat prejudikaattien huomioimisen puolesta, ja mitkä sitä vastaan? Olemme edellä, aukkoharkinnan yleisiä näkökohtia selvittelevässä luvussa koettaneet osoittaa, että oikeusnormit sisältyvät yhteiskunnalliseen todellisuuteen, muodostavat sen normatiivisen osan. Mutta abstraktiset oikeusnormit *elävät*, muuttuvat lihaksi ja vereksi, vasta niitä konkreettisiin tapauksiin sovellettaessa: silloin normin pohjalta syntyy *historiallista* todellisuutta sanan tehostetussa mielessä, tapahtuu siirtyminen normatiivisesta faktilliseen. Erityisen tärkeätä osaa oikeuden elävöittämisprosessissa näyttelevät tuomioistuimet: ratkaisullaan ne muovavat historiallisen todellisuuden. Aukkotapauksissa tuomioistuimet yhteiskunnallisen todellisuuden pohjalta *muodostavat*, formuloivat, ratkaisun perustaksi pantavan normin, ja ratkaisulla tuo normi *vaikuttaa takaisin* yhteiskunnalliseen todellisuuteen: tuomioistuimet rakentavat yhteiskunnallista todellisuutta täten kivi kiveltä. Siinä on prejudikaattien arvon syvin peruste.

Verratessaan anglosaksilaista oikeuskäsitystä mannermaiseen C. K. Allen toteaa, että oikeuden syntymiseen nähden on vastakkain kaksi sovittamatonta kantaa. Toisen mukaan oikeuden lähteenä on yhteiskunnan yläpuolella oleva suvereeninen tahto, toisen mukaan oikeus syntyy yhteiskunnassa itsessään. Edellisen käsityksen mukaan oikeus tulee yhteiskunnan yläpuolelta laskeutuen alas kansalaisten piiriin, jälkimmäisen mukaan se kasvaa alhaalta yhteiskunnallisesta todellisuudesta käsin ylöspäin, käskevästä tahdosta riippumatta. Jälkimmäinen kanta ei kiellä valtiovallan taholta tapahtuvan sanktion merkitystä, mutta itse valtiolta on sekin kasvanut esiin oikeudesta, siis yhteiskunnallisesta todellisuudesta.¹⁰ Totesimme mielivallan käsitettä selvittäessämme, että valtionpäämies meillä aina on ollut oikeuden alainen eikä sen yläpuolella: pohjoismainen oikeuskäsitys näinollen muistuttaa englantilaista. Roscoe Pound pitää anglo-amerikkalaisen oikeuden suurimpana ansiona sen empiirisyyttä: se luotiin kivi kiveltä samaan aikaan jolloin muu maailma etsi Roomasta itselleen oikeutta.¹¹ Mannermaisessa (var-

¹⁰ Law in the making s. 2.

¹¹ The spirit of the common law 173. — Pound ei kenties tiedä, että Ruotsi-Suomen oikeus niinikään on kasvanut esiin yhteiskunnallisista realiteeteista, ja

sinkin saksalaisessa ja ranskalaisessa) oikeustieteessä näkee toisinaan Pohjoismaiden oikeutta rinnastettavan anglosaksilaiseen järjestelmään: joskin tämä on ilmeisen liioiteltua, on mainittu rinnastus kuitenkin mielekäs. Pohjoismaainen oikeus on todella elimellisemmin kasvanut esiin yhteiskunnallisesta todellisuudesta kuin roomalaisen oikeuden ja absoluuttisen valtionjohdon leimaama mannermainen.¹²

Että realistinen oikeuskäsitys myös Ranskassa voittaa alaa osoittavat sellaiset ensiluokkaiset tutkijat kuin Louis Jossierand ja Gaston Jèze. Edellinen lausuu »Cours de droit civil positif français» (1930) nimisen teoksensa johdannossa: »Tutkimuksemme kohteena on ennen muuta tuomioistuinten ratkaisuihin sisältyvä oikeus, siis toteutuva oikeus: aikomuksemme on harjoittaa tieteellistä tutkimusta eikä kirjoittaa romaania», ja jälkimmäinen: »Oikeus on niiden ratkaisujen muodostama kokonaisuus, jotka määrättyssä maassa määrättyinä ajankohtana ovat tuomioistuinten tunnustamina sosiaalisen käytäytymisen sääntöinä.» (Les principes généraux du droit administratif I, johdanto). Marcel Nast huomauttaa, että vain säädännäinen oikeus ja tuomioistuinten ratkaisut yhdessä antavat todellisen kuvan oikeudesta. Jonkun maan positiivisen oikeuden tuntemiseen ei näinollen riittä lakitekstien hallitseminen, sillä oikeus elää vasta tuomioistuinten ratkaisuissa. Oikeus kasvaa esiin yhteiskunnallisista realiteeteista, ja olisi järjetöntä painosta julkaista prejudikaattikokoelmia, ellei niillä olisi painavaa merkitystä yhteiskunnallisen todellisuuden ilmentäjinä.¹³ Syvälinen oikeusfilosofi ja julkisen oikeuden tuntija Maurice Hauriou on niinkään todennut, että positiivisen oikeuden muodostavat tuomioistuinten ratkaisut ja säädännäiset normit: »il y a l'élément primaire des moyens discrétionnaires d'administration du droit et il y a l'élément secondaire du contrôle par la loi écrite» (huomaa arvojärjestys!).¹⁴ François Géný, joka toisaalta varoittaa liioittele-

että sen edustajat Ruotsin suurvalta-aikana itsetietoisesti torjuivat roomalaisen oikeuden, jonka vaikutus sentähden jäikin vähäiseksi. Kun Pound lausuu: »The common-law doctrine is one of reason applied to experience» (m.t. 183), pitää tämä paikkansa myös pohjoismaiseen oikeuteen nähden.

¹² Anglosaksilaisen oikeuden realistis-empiirisestä luonteesta ks. myös A. Kocourek: *Libre recherche in America* (Mélanges Géný II s. 463 ss.) sekä A. Goodhart: *Le précédent en droit anglais et continental* (AnnPD s. 37 ss.).

¹³ Du rôle de l'autorité judiciaire dans la formation du droit positif s. 145, 149, 154 y.m. — Vrt. myös Nast: *La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française*, erit. s. 8, 9.

¹⁴ Aux sources du droit s. 183.

masta prejudikaattien arvoa, tunnustaa kuitenkin, että ne ovat »elävintä todellisuutta».¹⁵

Toinen näkökohta, joka puoltaa prejudikaattien huomiointia, on *oikeudenkäytön yhtenäisyyden* ja oikeusvarmuuden intressi. W. Jelinek on aivan oikein lausunut: »Lainkäytön ylimpänä päämääränä on yksimielisyys»: hän on myös kuvaillut sitä sietämätöntä ja oikeusvakaumusta loukkaavaa tilaa, johon keskenään ristiriitaiset oikeudelliset ratkaisut järjestyneessä oikeusyhteisössä johtavat.¹⁶ Anglo-amerikkalaisessa oikeusjärjestelmässä tälle näkökohdalle pannaan hyvin suuri paino. Useat arvonantoa nauttivat prejudikaatit tähdentävät perusteluissaan sitä. Niinpä »*Mirchouse v. Rennell* (1833)» nojaa prejudikaattien sitovaisuuden oikeuden yhtenäisyyteen ja varmuuteen, »*Moorsom v. Kymer*» (1814) lausuu: »it is extremely dangerous to shake the authority of decided cases», vuonna 1883 annettu ratkaisu »*In re Wright*» korostaa, että prejudikaatit kiteytyvät oikeudeksi, jota kansalaiset jokapäiväisessä elämässään noudattavat, samoin »*Smith v. Keal*» (1882) vetoaa siihen, että kansalaiset ovat pitäneet prejudikaatteja oikeutena ja toimineet sen mukaan, »*West Ham Union v. Edmonton Union*» (1908) lausuu: »Great importance is to be attached to old authorities, on the strength of which many transactions may have been adjusted and rights determined», ja eräässä 1908 annetussa ratkaisussa todetaan (Earl of Halsbury), että kansalaiset ovat toimineet pitäen prejudikaattien sisältämiä prinssiippejä oikeutena, joten niistä ei saa poiketa.¹⁷ Oikeudenkäytön yhtenäisyyden ja oikeusvar-

¹⁵ Méthode d'interprétation II s. 141, vrt. s. 37 ss. — — Muita tutkijoita, jotka korostavat prejudikaattien merkitystä yhteiskunnallisen todellisuuden ilmentäjinä: Reuterskiöld: Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran s. 145: prejudikaatit »återspegla det konkreta rättslifvet och den däri förverkligade rätten», H. Isay: Rechtsnorm und Entscheidung s. 29: »Das Recht wird nicht durch die Gesamtheit der Normen, sondern durch die Gesamtheit der Entscheidungen dargestellt», M. Djuvara: Sources et normes du droit positif (AnnPD s. 95), V. Ganeff: Les sources du droit positif (ibid. s. 157), G. Pacchioni: I principii generali di diritto (AG 1924) s. 138 ss.: hänen mukaansahan yleiset oikeusperiaatteet voidaan löytää vain judikatuurista, Max Ascoli: La interpretazione delle leggi s. 75—76, F. V. Harper: The forces behind and beyond juristic pragmatism in America (Mélanges Gény II s. 254 ss.).

¹⁶ Verwaltungsrecht s. 149.

¹⁷ Kaikki edellämainitut prejudikaatit teoksesta Cardinal rules of legal interpretation, collected and arranged by E. Beal, third edition by A. E. Randall, London 1924. — — Ks. myös A. Goodhart: Le précédent en droit anglais et continental (AnnPD s. 55 ss.).

muuden intressi esiintyvät jokaisessa järjestyneessä yhteiskunnassa, joskin anglo-amerikkalainen järjestelmä korostaa sitä erityisen voimakkaasti. Pohjoismaisessa oikeustieteessä ovat ennen muita F. O. Lilius, Aatos Alanen, C. G. Björling, Viggo Bentzon, C. J. Arnholm sekä Axel Hägerström tuoneet tämän näkökohdan esiin.¹⁸ Oikeudenkäytön yhtenäisyyttä korostaneista ranskalaisista ajattelijoina mainittakoot tunnettu sivistä René Demogue, valtio-oikeuden tutkijat Carré de Malberg ja Duguit sekä oikeusfilosofi Dabin.¹⁹

Edellä esittämämme näkökohtien lisäksi puoltaa judikatuurin huomioonottoa se seikka, että tuomari vapautuu joka kerta perinpohjin uudelleen harkitsemasta tapauksia, joiden kanssa olennaisesti yhtäpitävät tapaukset jo aikaisemmin tuomioistuimissa perusteellisesti on harkittu: tämä keventää tuomarin työtaakkaa varsinkin aukkotapauksissa ja edistää siten oikeudenkäytön joutuisuutta.²⁰ Prejudikaattien huomioonotto lisää kansalaisten tasa-arvoa lain edessä: horjuva oikeudenkäyttö samanlaisissa tapauksissa herättää oikeusyhteisön jäsenissä

¹⁸ Lilius: Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin s. 320—321, Alanen: Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia Lm 1926 s. 102, Björling: Lärobok i civilrätt för nybegynnare s. 9, Bentzon: Retskildeproblemet SJT 1929 s. 537, 535, Arnholm: Prejudikaters betydning for rettsutviklingen Tfr 1933 s. 168. — — Ks. myös O. Platou: Retskildernes Theori s. 120: »Det store Argument for, at Domstolene skal fastholde sine aeldre Afgjorelser, lyder i tre Ord: det er nødvendigt for Retshaandhævelsens Enhed og den dermed følgende Sikkerhet for Retslivet», s. 124: »Almenheden har indrettet sig derefter», vrt. s. 126. — — Hägerström: Till frågan om begreppet gällande rätt Tfr 1931 s. 86.

¹⁹ Demogue: Les notions fondamentales du droit privé s. 218 ss, Carré de Malberg: Contribution à la théorie générale de l'Etat I s. 740, Duguit: Traité de droit constitutionnel I s. 172, Dabin: Le droit privé (La Belgique judiciaire 1924) sit. Bonnet: Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire s. 162. — — Ks. lisäksi Gaston May: Introduction à la science du droit s. 40 ss., Julien Bonnet: Introduction à l'étude du Droit s. 96 ss., Sama: Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire s. 80 ss.: teos on kokonaisuudessaan valaiseva, E. H. Perreau: Technique de la jurisprudence en droit privé I s. 5, Donati: Lacune s. 158, Ph. Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 191, Gmür: Die Anwendung des Rechts s. 125, Max Rümelin: Die Rechtssicherheit s. 23.

²⁰ Goodhart: AnnPD s. 48 ss.

ehdottomasti sen käsityksen, että tuomari harjoittaa mielivaltaa.²¹ Prejudikaattien huomiointi perustuu siis myöskin *oikeellisuuteen*, joka vaatii samanlaisten tapausten samanlaista käsittelyä.

Käydessämme nyt pohtimaan näkökohtia, jotka puhuvat prejudikaattien huomiointia vastaan, on meidän muistutettava siitä, että tutkimuksemme aiheena on tuomarin harkinta *aukkotapauksissa*. Useat huomautuksista, joita voidaan esittää prejudikaattien noudattamista vastaan yleensä, eivät ole todistusvoimaiset, kun on kysymyksessä prejudikaattien noudattaminen aukkotapauksissa. Niinpä väite, että prejudikaattijärjestelmä vaikeuttaa yleiskatsauksen saamista oikeudesta, ja loputtomalla kasuistiikallaan jättää maallikot kokonaan lakimiesten (asianajajain) armoille, ei sovellu aukkoprejudikaatteihin. Niinikään väite, että prejudikaattijärjestelmän tuoma oikeusvarmuus ja oikeudenkäytön yhtenäisyys suureksi osaksi ovat fiktiiviset, koska taitava tuomari aina valitsee mielensä mukaisen prejudikaatin, ei sovellu aukkotapauksiin. Onhan aivan ilmeistä, että joskaan prejudikaattien noudattaminen aukkotapauksissa ei voi antaa *ehdottomia* takeita oikeusvarmuudesta ja mielivallan välttämisestä, arvovaltaisen prejudikaatin olemassaolo kuitenkin antaa tuomarille jonkinlaisen kiinnekohdan, jonkinlaisen *olettamuksen* siitä, mitä yhteiskunnalliset realiteetit tällaisessa tapauksessa vaativat. Sensijaan ansaitsee vakavan huomion väite, että prejudikaatteihin nojautuminen kangistaa oikeudenkäytön kaavoihin, estää ottamasta huomioon muuttuneet yhteiskunnalliset realiteetit ja tekee tuomareista epäitsenäisiä automaatteja. *Oikeudenkäytön joustavuus* on yhtä tärkeä intressi kuin sen *yhtenäisyys*, ja sentähden männermaiset oikeusjärjestelmät eivät halua omaksua anglo-amerikkalaista kankeata, yksipuolisesti oikeusvarmuutta ja oikeudenkäytön yhtenäisyyttä korostavaa järjestelmää.²² Eugen Huberin laatimassa Sveitsin siviililakikirjan ehdotuksessa säädettiin (1 art.) »Jos lain säännös puuttuu, ratkaisee tuomari tavanomaisen oikeuden mukaan, ja senkin puuttuessa, vakiintuneen tietoisopin ja oikeuskäytännön

²¹ Mainittua näkökohtaa korostaa erit. F. O. Lilius: Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin s. 320; P. Lucien—Brun: Le rôle et les pouvoirs du juge dans le code civil suisse s. 15—16, Goodhart: Le précédent en droit anglais et continental AnnPD s. 53 ss., W. Jellinek: Verwaltungsrecht s. 149.

²² Amerikan Yhdysvalloissa prejudikaattien sitovaisuus ei ole yhtä ankara kuin Englannissa: Goodhart: AnnPD s. 63, Kocourek: Libre recherche in America s. 463.

mukaan.» Tuomari olisi siis aukkotapauksissa ollut ehdottomasti sidottu vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, sillä ehdotuksen mukaan (1 art. 3 mom.) tuomari vasta siinä tapauksessa *ettei* vakiintunut tieteisoppi eikä oikeuskäytäntökään antanut johtoa, sai ratkaista sen normin mukaan, jonka hän lainsäätäjänä asettaisi. Ehdotus ei kuitenkaan tällaisena mennyt läpi, sillä tuomarille tahdottiin jättää vapaamat kädet, ja voimassaoleva Sveitsin oikeus säättää, kuten jo edellä olemme todenneet, että tuomarin tulee ratkaista aukkotapaukset sellaisen säännöksen mukaan, jonka hän lainsäätäjänä asettaisi, ja on hänen tällöin otettava huomioon vakiintunut tieteisoppi sekä käytäntö. (Ranskalainen teksti erityisen selvästi: »Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».)²³ Myös pohjoismaisen oikeuden kannalta on meidän tarmokkaasti korostettava oikeudenkäytön joustavuuden ja kehityskelpoisuuden intressiä.

Prejudikaattien merkitys Suomen positiivisessa oikeudessa: Edelläolevan historiallisen johdannon ja esitettyjen yleisten näkökohtien valossa käymme nyt pohtimaan Suomen positiivisen oikeuden kantaa prejudikaatteihin nähden. Totesimme jo, että säädännäisen oikeutemme normit ovat niukat. Heti alussa on tehtävä perustava jako: kun käydään selvittämään, onko tuomari velvollinen *tuntemaan* ja kenties määrätyin edellytyksin myös *noudattamaan* prejudikaatteja, saattaa tämä velvollisuus koskea vain sellaisia aikaisempia ratkaisuja, jotka tuomari *aina voi saada tietoonsa*. Sellaisia ovat ensin näkin tuomioistuimen omat aikaisemmat ratkaisut sekä ylimpien oikeusinstanssien ratkaisut (seuraavassa kiinnitetään yksinkertaisuuden vuoksi huomio vain KKO:n ratkaisuihin, mutta esitettävät näkökohdat soveltuvat myös KHO:n antamiin ratkaisuihin). Ylimmän oikeusinstanssin ratkaisut nimittäin julkaistaan säännöllisesti painosta systematisoituina. Teoreettisesti on tietenkin ajateltavissa, että tuomari kyselyllä kääntyisi ylemmän instanssin puoleen saadakseen tietää sen jo antamia ratkaisuja, mutta positiivisen oikeutemme mukaan tällainen outo menettely olisi jo siitäkin syystä mahdoton, koska kysymyksen saaja ei ole *velvollinen* siihen vastaamaan: riippuu kokonaan valtionorgaanina toimivien henkilöiden hyvántahtoisuudesta, suostuvatko he kenties kysyjälle antamaan (yksityisluontoisen) vastauksen. Näinollen on heti

²³ Ks. esim. H. Reichel: EinlZGB s. 347, A. Martin: Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le code civil suisse s. 25 ss.; Lucien—Brun: Le rôle du juge... s. 30 ss.

alkuunsa todettava, että tuomari *ei* ole velvollinen tuntemaan (eikä siis myöskään noudattamaan) alemmanasteisten, samanasteisten instanssien eikä myöskään ylemmänasteisten väli-instanssien ratkaisuja. (Jos hovioikeuden tärkeä periaatteellinen ratkaisu on yksityistä tietä lainopillisessa aikakauskirjassa julkaistu, ei se perusta alituomarille tuntemisvelvollisuutta).

Mitä taas tulee tuomioistuimen omiin aikaisempiin ratkaisuihin, on sillä aina *mahdollisuus* saada ne tietoonsa tuomioistuimen arkistosta, riippumatta siitä, toimivatko tuomioistuimen jäseninä samat henkilöt kuin prejudikaatin antamisen aikaan. Oikeudenkäytön yhtenäisyyden intressi ja oikeudenkäytön arvo kansalaisten silmissä (tärkeä intressi) vaativat, ettei tuomioistuin *ilman pätevää syytä* poikkea omasta aikaisemmasta käytännöstään. Sensijaan voivat *pätevät syyt* vaatia tällaista poikkeamista. Sellaisia syitä on vallitsevan oikeusvakaumuksen muuttuminen (yhteiskunnan poliittisen ja taloudellisen struktuurin muuttuessa), itse ratkaisun kohteena olevien yhteiskunnallisten ilmiöiden muuttuminen sekä ennen muuta luotettavasti todettu virheellisyys aikaisemmassa ratkaisussa. Kaikissa näissä tapauksissa oikeudenkäytön arvo *ei salli* aikaisemman ratkaisun mukaan tuomitsemista: jos erehdys aikaisemmin on tapahtunut, ei oikeudenkäytön arvoa sillä pelasteta, että erehdyistä jatketaan, jos taas yhteiskunnallinen todellisuus on muuttunut, on tuomari velvollinen lähtemään uuden todellisuuden pohjalta. Jos näiden yleisluontoisten ajatusten pohjalta käymme vastaamaan kysymykseen, missä määrin suomalainen tuomioistuin on sidottu omiin aikaisempiin *aukkoratkaisuihinsa*, on meidän erotettava ylin oikeusaste ja muut instanssit. Ylimmältä oikeusasteelta on, koska sen ratkaisut painosta julkaistuina tulevat yleiseen tietoon, vaadittava, ettei se ilman erityisen päteviä syitä poikkea aikaisemmista ratkaisuisista: sentähden tuo instanssi on velvollinen myön tuntemaan omat aikaisemmat *aukkoratkaisunsa*. Ylimmän instanssin *aukkoratkaisuilla* juuri on tärkeä tehtävä valtakunnan oikeudenkäytön yhtenäistyttämisessä, seikka joka ilmenee OK 30:6:sta sekä siitä, että KKO:n seloituksissa tapaa verrattain lukuisasti aukkotapauksia, kun sensijaan tiedonannot suurimmaksi osaksi ovat tulkintatapauksia: KKO itsekin siis pitää *aukkoratkaisujaan* oikeudenkäytölle *tärkeinä*. Alempi oikeusinstanssi, siis alin oikeusaste ja väliaste, lieenee niinikään oikeudenkäytön yhtenäisyyden lujittamiseksi velvollinen tuntemaan omat aikaisemmat *aukkoratkaisunsa* eikä saa niistä poiketa ilman pätevää syytä. Pätevänä syynä saattaa tällöin olla myös ylimmän oikeusasteen poikkea-

va aukkoratkaisu: vastakkain joutuvat silloin oikeudenkäytön yhtenäisyys regionaalisisessa ja valtakunnallisessa mielessä: ne ovat in casu vastakkain punnittavat, yleistä abstraktista ohjetta sen varalle ei voitane antaa. Että ali- ja väli-instanssit eivät ilman pätevää syytä saa poiketa omasta aikaisemmasta aukkoratkaisustaan johtuu paitsi oikeudenkäytön yhtenäisyydestä myös siitä, että on pyrittävä luomaan takeet tuomarin aukkoharkinnassa harjoittamaa *mielivaltaa* vastaan: aikaisemmat aukkoratkaisut antavat kansalaisille kiinnekohdan.

Siirtyäksemme pohtimaan alempien oikeusasteiden suhdetta ylimmän instanssin aukkoratkaisuihin, vaatii valtakunnan oikeudenkäytön yhtenäisyys, että alemmat instanssit tuntevat periaatteellisesti tärkeimmät ylimmän instanssin antamat ratkaisut, siis KKO:n *selostukset*.²⁴ Jos KKO:n »tiedonannoissa» referoidaan varsinaisia aukkotapauksia, ei alemmalla instanssilla voida katsoa olevan ehdotonta *velvollisuutta* niiden tuntemiseen (joskin »tiedonantojen» tunteminen on *suotavaa*). Mutta ylimmän oikeusasteen aukkoratkaisujen tunteminen ei suinkaan vielä merkitse, että alempi instanssi olisi velvollinen ja oikeutettu niitä sokeasti seuraamaan. Päinvastoin niiden arvo riippuu useista yhdessä vaikuttavista tekijöistä, joita tuomarin on vastakkain punnittava. Ennenkuin käymme niitä tarkastamaan lienee syytä huomauttaa, että prejudikaatin tuntemisen perusedellytyksenä tietenkin on, että siitä annettu selostus on oikea. KKO:n ratkaisujen julkaisusuunnitelmassa säädetään, että julkaisun toimittajan määrää KKO: täten saadaan jonkinlaiset takeet julkaisun pätevästä ja luotettavasta toimittamisesta. Käydessämme selvittämään tekijöitä, jotka vaikuttavat ylimmän oikeusasteen antamain aukkoratkaisujen arvoon, on ensinnäkin mainittava niiden lukumäärä. Yksi ainoa aukkoratkaisu painaa tietenkin vähemmän kuin useat yhtäpitävät: yhtäpitävien ratkaisujen muodostama vakiintunut käytäntö saattaa lopulta muuttua tavanomaiseksi oikeudeksi. Useat yhtäpitävät ratkaisut ovat painavana todisteena yhteiskunnallisesta todellisuudesta sellaisena kuin se ilmenee vakiintuneen oikeustajunnan muodossa; oikeusvarmuus niinikään vaatii panemaan erikoista painoa useille yhtäpitäville ratkaisuille. Useat keskenään ristiriitaiset ratkaisut pakottavat alemman oikeuden tutkimaan niitä päteviä syitä,

²⁴ F. O. Lilius: Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin s. 320 vaatii, että alemman instanssin tulisi tuntea ylimmän oikeusasteen antamat ennakkopäätökset erotuksesta: sellainen vaatimus on liioiteltu ja lienee käytännössä mahdoton.

jotka ovat saaneet KKO:n poikkeamaan aikaisemmasta kannastaan: syiden selvittäminen pelkästään lyhyen tapausreferaatin nojalla lienee kuitenkin hyvin vaikeata. Oletamus puhunee sen puolesta, että tuomarin on myöhemmille ratkaisuille annettava suurempi arvo kuin vastakkaisille vanhemmille: voidaan näet olettaa, että KKO on myöhemmissä ratkaisuisaan ottanut huomioon muuttuneet yhteiskunnalliset realiteetit tai mahdollisesti tarkistanut aikaisemman virheelliseksi havaitun kantansa. Prejudikaatin arvoon vaikuttaa niinikään, onko se annettu täysistunnossa vai ei. Yksimielinen päätös painaa enemmän kuin äänestyksellä syntynyt: jos erimielisyys koski vain perusteita, vähentää tämäkin huomattavasti ratkaisun arvoa myöhemmälle aukkoharkinnalle. Myöhempi ratkaisu lienee arvokkaampi kuin vanha, koska yhteiskunnallisen todellisuuden muuttumisen vaara on pienempi. Ratkaisuun osallistuneiden henkilöllisyys painaa myös vaakakupissa (Englannissa hyvin tärkeä tekijä).

Ylimmän oikeusasteen antaman aukkoratkaisun arvoa määrättäessä on siis tuomarin punnittava vastakkain kaikkia lueteltuja näkökohtia: hän suhtautuu prejudikaattiin *kriittisesti*. Tätä tarkoittaa Sveitsin siviililakikirjan 1 art:n useinmainittu 3 mom. säätäessään tuomarista: »*Il s'inspire des solutions consacrées par la jurisprudence*».²⁵ Myös anglo-amerikkalaisessa oikeudessa, jossa jo yksi ainoakin ylemmän instanssin ratkaisu periaatteessa sitoo alempia tuomioistuimia, korostetaan tuomarin kriittisyyttä, sillä ei ole suinkaan varmaa, että prejudikaatin ratkaisema tapaus ja esilläoleva konkreettinen tapaus ovat oikeudellisesti joka suhteessa *samanlaiset*. On tavattoman tärkeätä muistaa, ettei tuomari prejudikaattiin nojautuessaan koskaan vertaa toisiinsa kahta konkreettista oikeustapausta, vaan abstraktista ja ylimalkaista prejudikaattikokoelmaan painettua aikaisemmin sattuneen tapauksen *selostusta* ja hänen edessään olevaa konkreettista oikeustapausta. Nyt ymmärrämme myös, miksi prejudikaattien tarpeeksi laaja ja perusteellinen selostaminen on välttämätön: kaavojahan selostukset aina ovat, mutta tärkeästä prejudikaatista annettu *perusteellinen* selostus antaa kuitenkin tuomarille edes jonkinlaista yleistä johtoa. (Tapa, jolla meillä vuodesta 1895 vuoteen 1928 selostettiin ylimmän oikeusinstanssin

²⁵ Tuomarin kriittisyyttä korostaa myös F. O. Lilius: Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin s. 320. — — G m ü r: Die Anwendung des Rechts s. 126, C. J. Ar n h o l m: Prejudikaters betydning for rettsutviklingen TFR 1933 s. 169.

ratkaisuja, ei vastannut edellämainittuja vaatimuksia). Prejudikaattia tutkiessaan tuomari vertaa toisiinsa prejudikaatin pohjana ollutta oikeusnormia ja ratkaistavaa konkreettista tapausta: oikeusnormin luotettava selvittäminen voi tapahtua vain hyvän prejudikaattiselostuksen pohjalla. Anglo-amerikkalainen teoria korostaa tarmokkaasti, että tuomarin on etsittävä esiin *ratio decidendi*, prejudikaatin pohjana ollut normi.²⁶ Naulan kantaan osuu sentähden R. Knoph (Oversikt over Norges rett s. 16) lausuessaan »... det er prejudikat for en rettssetning...»: prejudikaatti ilmaisee sen pohjana olleen oikeussäännöksen. Sentähden emme hyväksy C. J. Arnholmin määritelmää, jonka hän O. Platouh on yhtyen antaa (TfR 1933 s. 163): »Om et prejudikat taler man i almindelighet når der foreligger en dom, hvis resultat kun kan forklares ved anvendelse av en bestemt rettssetning»: tämä edellyttäisi, että on olemassa tuomioistuinten ratkaisuja, jotka eivät ollenkaan perustu oikeusnormiin, vaan ainoastaan ratkaisevat »et rent konkret spørsmål» (TfR 1933 s. 163). Suomen oikeuden mukaan on ehdottomasti vaadittava, että aukkoratkaisunkin tulee perustua oikeusnormiin, eikä se suinkaan saa olla vain »konkreettisen tapauksen ratkaisu» sellaisenaan, irrallisena (onko Arnholm kenties saanut vaikutteita A. Hoelin kestävämmistä teorioista?).

Kokonaan eri asia on, ettei KKO aina nimenomaan formuloi aukkoratkaisunsa pohjana ollutta normia (aikaisemmin olemme osoittaneet, miksi KKO ei tahdo sitoa itseään: ks. VI lukua): prejudikaattiin no-

²⁶ Useat arvonantoa nauttivat englantilaiset *prejudikaatit* korostavat tätä perusteluissaan. Niinpä »Reid v. Reid» (1886) lausuu, että prejudikaattien oikea käyttö merkitsee sen *prinsiipin* tutkimista, jolle ne rakentuvat, samoin kuuluisa »Lord Walpole v. Earl of Cholmondeley» (1797) toteaa: »the principle is the thing which we are to extract from cases, and to apply it in the decision of other cases». »Browning v. Wright» (1799) huomauttaa, ettei tuomari saa soveltaa prejudikaatin pohjana ollutta prinssiippiä mekaanisesti, koska tapaukset kenties eivät ole tarkalleen samanlaiset, »Merry v. Nickalls» (1872) lausuu, että tuomaria sitoo aikaisemman ratkaisun prinssiippi, eikä suinkaan sääntö, että samanlaisissa tapauksissa on samalla tavoin ratkaistava, »Fischer v. Prince» (1763) toteaa yleisesti: »The reason and spirit of cases make law; not the letter of particular precedents». — — Kaikki sitaatit teoksesta »Cardinal rules of legal interpretation...» — — Emme tässä saata enempää syventyä erinomaisen kiintoisaan englantilaiseen *ratio decidendi*-teoriaan, joka syvällisesti valaisee prejudikaattien olemusta. Allen: *Law in the making* s. 148, Fifoot: *English law and its background* s. 25 ss., s. 257, Willis: *Introduction to anglo-american law* s. 226 ss., Kocourek: *Libre recherche in America* (Mélanges Gény II s. 464 ss.), F. Pollock: *The genius of the common law* s. 113 ss., R. Pound: *The spirit of the common law* s. 182 ss.

jautuva tuomari on silloin pakotettu todennäköisyyspäätelmillä (referraatin nojalla: esim. prejudikaatissa mainitut *faktat*) muodostamaan itselleen käsityksen siitä, mikä oikeusnormi on ollut KKO:n ratkaisun perustana. Kun ranskalainen oikeustiede erottaa *décisions de principe* ja *décisions d'espèce* ²⁷ sen mukaan, onko ylimmän instanssin ratkaisulla yleisempi merkitys vai rajoittuuko sen merkitys konkreettiseen ratkaistuun tapaukseen, on meidän sen johdosta todettava, että ainakin suomalaisen oikeuden mukaan jokaisen ratkaisun tulee olla ilmaus yleisestä oikeusnormista, ja siis yleispätevä. Ei voida jaoitella KKO:n ratkaisuja perinsiippiratkaisuihin ja yksityistapausratkaisuihin: kaikki ovat perinsiippiratkaisuja, joskaan perinsiipin löytäminen ei aina ole helppoa. Nils Alexanderson huomauttaa, että Ruotsin korkein oikeus toisinaan jättää tuomioperusteet verrattain epämääräisiksi: usein Ruotsin korkein oikeus tullessaan samaan ratkaisuun kuin alempi instanssi, ei ryhdy muovailemaan ratkaisun *perusteita* uuteen asuun, vaikka korkein oikeus kenties pitääkin alemman instanssin perustelua vähemmän onnistuneena. ²⁸ Syynä tähän saattaa olla ylimmän instanssin ylenmääräinen työtaakka: varsinkin ennen vuotta 1916 Alexandersonin mukaan tilanne oli huolestuttava. Mitä tulee Suomen KKO:n ratkaisuihin, havaitaan niistä, että KKO kiinnittää perusteluihin suuren huomion, joskin KKO *tahallisesti* toisinaan laatii perustelunsa ylimalkaiseen muotoon. Hyvin tavallista on, että KKO hyväksyessään alemman instanssin ratkaisun silti esittää yksityiskohtaisen uuden perustelun.

On sanottu, että prejudikaattijärjestelmä kauttaaltaan nojaa *analogiaan*, ²⁹ mutta mielestämme on erotettava kaksi tapausta. Tavallisesti prejudikaattien nojalla ratkaiseva anglo-amerikkalainen tuomari toteaa, että prejudikaatin tai prejudikaattien pohjana ollut *ratio decidendi*, oikeusnormi, suorastaan *soveltuu* ratkaistavaan konkreettiseen tapaukseen: tämä tilanne vastaa siis tulkintatapauksia mannermaisessa oikeudessa.

²⁷ Esim. J. Bonnecase: *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire* s. 99. — — Perreau'lla on suorastaan kolmijako: *Technique de la jurisprudence en droit privé I* s. 36 ss. — — Suomen oikeuden kannalta Kivimäki (Lm 1937 s. 478): »Ylimmän tuomioistuimen vastuu ei nyttemmin rajoitu siihen, että tuomio on in casu lopputuloksestaan oikea. Jokainen tuomio voi tulla kunkin samanlaatuudessa asiassa vastedes annettavan tuomion tosiasialliseksi pohjaksi ja velvoittaa kiinnittämään huolellisen huomion perustelujen kestävyYTEEN ja täydellisyYTEEN.»

²⁸ N. Alexanderson: *Ett par skadeståndsproblem i svensk rättskipning* (Nordiska juriststämman 1926, Stockholm 1926) s. 25.

²⁹ R. Pound: *The spirit of the common law* s. 173.

Mutta tuomari saattaa myös olla pakotettu toteamaan, *ettei* prejudikaatin ratio decidendiä suorastaan voida soveltaa konkreettiseen ratkaistavaan tapaukseen: jos tuomarilla silloin ei ole tapaukseen sopivaa säädännäistäkään oikeusnormia (statute law) käytettäväänään, on olemassa aukkotapaus. Silloin tuomari todella turvautuu *analogiaan*, joka lähtee yhden tai useamman prejudikaattinormin tai koko oikeusjärjestyksen pohjalta. Suomalainenkin tuomari saattaa joutua ratkaisemaan aukkotapauksen *prejudikaatteihin* nojautuvan analogian pohjalla, mutta analogian *varmuusaste* on silloin alhainen. Totesimme analogiaa käsittelevässä luvussa, että analogia aina perustuu *todennäköisyysharkintaan*: jos analogia lähtee prejudikaattien pohjalta, on tuomarin ensinnäkin arvioitava kriittisesti prejudikaattinormien sitovaisuus (ja sisältö): vasta tämän jälkeen hän voi ryhtyä niille rakentamaan analogiaa. Mielestämme on suomalainen tuomari kuitenkin velvollinen ottamaan kriittisesti huomioon KKO:n periaatteellisesti tärkeät ratkaisut myös siinä tapauksessa, että ratkaisuja ei suorastaan (»tulkinalla») voida soveltaa tuomarin edessä olevaan konkreettiseen aukkotapaukseen, vaan tuomarin on pakko turvautua prejudikaattien pohjalta lähtevään analogiaan.

Edellä totesimme, *ettei* suomalainen tuomioistuin ole velvollinen tuntemaan alemman tai samanasteisen oikeuden eikä myöskään ylemmänasteisen väli-instanssin antamia aukkoratkaisuja. Mutta jos tuomioistuin saa ne tietoonsa, tulee sen niitä asiallisesti harkita ottamalla huomioon, että ne ovat yhteiskunnallista todellisuutta, ja että oikeudenkäytön yhtenäisyyden intressi kieltää niitä ilman muuta syrjäyttämästä. Alioikeudet ovat elävää elämää lähinnä: sentähden niiden aukkoratkaisut saattavat ylemmille instansseille antaa arvokasta opastusta yhteiskunnallisesta todellisuudesta.³⁰

Kun suomalainen tuomioistuin siis on velvollinen tuntemaan sekä kriittisesti arvioimaan omat aikaisemmat aukkoratkaisunsa sekä ylimmän instanssin painosta julkaistut aukkoratkaisut, kysymme: onko *takeita* siitä, että todella näin tapahtuu? Virkasyytteen uhka on tehoton tässä. Virkasyytejutussa tuomari aina voi vedota siihen, *ettei* hän missään tapauksessa olisi ollut ehdottomasti velvollinen noudattamaan syrjäyttämäänsä prejudikaatteja. Jos tuomari taas *tunnustaa*, *ettei* hän ratkaistessaan tuntenut omia aikaisempia eikä KKO:n antamia tapaukseen soveltuvia ratkaisuja, eikä kenties haluakaan tuntea, tun-

³⁰ G m ü r: Die Anwendung des Rechts s. 140.

nustaa hän tosin menettelleensä *oikeudenvastaisesti*, mutta RL:n 40 luvun 2 § ei yksin mainitulla perusteella häneen sovellu. Se seikka, ettei tuomari ratkaisua harkitessaan tuntenut prejudikaatteja, ei merkitse, että itse ratkaisun sisältö välttämättä muodostuisi oikeudenvastaiseksi: voihan ratkaisu silti olla sisällöltään täysin oikeudenmukainen. Prejudikaattien oikeudenvastainen ei-tunteminen siis *sinänsä* ei riitä perustamaan tuomarille vahingonkorvausvelvollisuutta, vielä vähemmän tekemään häntä rangaistukseen syyppääksi.

Prejudikaattien huomioimisen takeet ovatkin psykologista laatua. Mitä tulee tuomioistuimen omiin aikaisempiin aukkoratkaisuihin, ovat ne useinkin annetut niin perusteellisen harkinnan jälkeen, että tuomioistuin — mikäli siinä jäsenenä osaksi tai kokonaan ovat samat henkilöt kuin aikaisemmin — uuden samanlaisen tapauksen sattuessa heti *muistaa* ennen antamansa aukkoratkaisun ja myös käyttää hyväkseen tuon aikaisemman ratkaisun harkinnassa selvitettyjä näkökohtia. Oikeudenkäytön joutuisuus jo vaatii tätä.³¹ Lisäksi kansalaisten taholta tuleva psyykillinen paine, joka vaatii samanlaisten tapausten samanlaista ratkaisua (kansalaisten tasa-arvo oikeuden edessä, oikeellisuus), vaikuttaa tuomioistuimeen.³² Ylimmän oikeusinstanssin nauttima faktillinen arvovalta edistää sen antamain aukkoratkaisujen huomiointia. Arvovalta ei perustu yksin ylimmän oikeusasteen jäsenten henkilökohdaisiin ominaisuuksiin, vaan yhtä paljon siihen, että ylin instanssi lopullisesti voi joutua ratkaisemaan useimmat alemmassa oikeudessa viireilläolevat aukkotapaukset (OK 30:6). On *todennäköistä*, että ylin oikeusaste silloin jälleen antaa samanlaisen päätöksen kuin aikaisemmissa samankaltaisissa aukkotapauksissa: olisi siis »järjetöntä härkäpäisyyttä» (Arnholm: TfR 1933 s. 167), jos alempi tuomioistuin ei piittäisi ylimmän instanssin prejudikaateista. Mutta jos ylimmän oikeusasteen ratkaisut ovat eri suuntiin meneviä, eivät ne saata psykologisesti vaikuttaa yhdistävästi alempien oikeusasteiden ratkaisuihin. Ylim-

³¹ R. Knoph: Oversikt over Norges rett s. 16, Carlo Gray: La funzione pratica ed ideale della giurisprudenza in relazione alla genesi e ai riflessi etico-psicologici del singolo giudicato AG 1926 s. 73: senso di coerenza ja inerzia spirituale, Goodhart: Le précédent en droit anglais et continental AnnPD s. 48. — Oikeuskäytännön yhtenäisyyden problemaa on erityisen perusteellisesti pohtinut Esmein: Revue trimestrielle de droit civil 1902, vrt. myös Bonnet: Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire s. 56 ss.: Esmein'in kriittillinen arviointi.

³² Axel Hägerström: Till frågan om begreppet gällande rätt TfR 1931, s. 85.

män oikeusasteen päätösten nauttimia arvovalta riippuu sen judikatuurin yhtenäisyydestä.³³

Kun vallitseva oikeusvakaumus alkaa pitää määrättyjä vakiintuneeseen tuomioistuinkäytäntöön sisältyviä normeja velvoittavana oikeutena, on judikatuurin pohjalta syntynyt tavanomaista oikeutta, joka velvoittaa tuomaria ehdottomasti, ilman että hänellä siihen nähdessä on harkintavaltaa.³⁴ Suomalaisetkin tuomioistuimet joutuvat täten varsinkin aukkokysymyksissä *kehittämään oikeutta*. Onko vakiintunut tuomioistuinten käytäntö määrättyissä kysymyksissä todella valitsevan oikeusvakaumuksen velvoittavaksi oikeudeksi tunnustama, siihen on usein erinomaisen vaikeata antaa täsmällistä vastausta: tuomarin on kyettävä herkästi *vaistoamaan* vallitsevaan oikeusvakaumukseen sisältyvät *arvoratkaisut*. Täysin kestämaton on Brunettin ja Ascarellin kanta, että mannermaisessa oikeudessa judikatuuri ei muka saata luoda oikeutta, koska yksityinen tuomiokaan ei sitä tee, ja judikatuuri on »kokoonpantu» yksityisistä tuomioista.³⁵ Yhtä pätevästi voitaisiin väittää, ettei tiilistä saateta rakentaa taloa, koska yksi tiili ei voi saada taloa aikaan. Brunetti ja Ascarelli eivät huomaa, että vakiintunut tuomioistuinkäytäntö on aivan toisenasteinen *yhteiskunnallinen realiteetti* kuin yksityinen ratkaisu: yhtenäisen pitemmän ajan jatkunut judikatuuri on niin painava yhteiskunnallisen *todellisuuden* osa, että vallitseva oikeusvakaumus (joka, kuten olemme osoittaneet, perustuu yhteiskunnan tosiasialliseen rakenteeseen) helposti suo sille velvoittavan oikeuden arvon. Näinollen ei ole pienintäkään ristiriitaa siinä, että mannermainen *oikeuskäytäntö* saattaa auk-

³³ Useissa valtioissa onkin koetettu järjestää *juriidiset* takeet ylimmän instanssin oikeudenkäytön yhtenäisyydestä, esim. siten, että ylin oikeusaste saa poiketa aikaisemmasta ratkaisustaan vain täysistunnossa tehtävällä päätöksellä: m.m. Saksa, Ruotsi, Sveitsi. Tämä sisältää, että ylin instanssi on velvollinen tarkoin *tuntemaan* omat aikaisemmat ratkaisunsa. — — Ranskalaisesta järjestelmästä ks. yksityiskohteisesti Gény: *Méthode d'interprétation*... II s. 208 ss.

³⁴ R. A. Wrede: *Grunddragen av Finlands rätts- och samhällsordning* s. 18, 49, F. W. Ekström: *Privaträttens allmänna läror* I s. 34—35. — — OK:n 1 luvun 11 §:n mukaan saa tuomari säädännäisen oikeuden puuttuessa turvautua maantapaan »som ej har oskiäl med sig»: mutta tuomioistuinkäytäntö on syntynyt oikeuksien jatkuvan kontrollin alaisena: ei voida ajatella, että sillä olisi »oskiäl med sig» (tuo varaus tarkoittanee paikallisten oikeustapain kritiikkiä valtakunnan kokonaisuuden kannalta).

³⁵ Brunetti: *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico* s. 59, Ascarelli: *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato* AG 1925 s. 272.

kotapauksissa kehittää oikeutta, mutta ei yksityinen ratkaisu sellaiseen (toisin anglo-amer. järjestelmä).³⁶ Väärin on myös kiistää judikatuurin oikeutta kehittävä luonne vallanjakoprinsiippiin nojautuen (siihen suuntaan A. Bartolomei: *Lezioni di filosofia del diritto* s. 173—174), sillä aukkokysymyksissään lainsäätäjää ei ole antanut normia, joten judikatuurin oikeutta kehittävä toiminta on järjestyneen yhteiskuntaelämän pakottava vaatimus. Vallanjakoprinsiippi on lisäksi sisällöltään mitä epämääräisin: sehän oli aikoinaan tärkeäkin poliittinen tunnuslause, mutta ainakaan Suomen positiiviseen oikeuteen nähden ei vallanjakoperiaatteesta saateta johtaa judikatuurille kieltoa oikeuden kehittämiseen.³⁷

Judikatuurin aukkotapauksissa kiteyttämän oikeuden suurin ansio säädännäiseen oikeuteen verrattuna on siinä, että edellinen välittömämmin kasvaa esiin yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Tuomari, jolla on edessään konkreettinen tapaus, on lähempänä yhteiskunnallista todellisuutta kuin lainsäätäjää, joka korokkeeltaan käsin luo abstraktiset norminsa. Tuomarin harkintaa kahlitsevat poliittiset teorialat vähemmän: ne eivät sanottavasti pääse sumentamaan hänen *todellisuudentajuunsa*.³⁸ Erinomaisen tärkeätä on, että mannermainen tuomari (toisin kuin englantilainen) jatkuvasti saattaa *tarkistaa* oikeudenkäyttöään: hän ikäänkuin kokeilee (Nast), huomioi yhteiskunnallisia realiteetteja yhä syvällisemmin: vasta tarkistuksen jälkeen tuomioistuimen käytäntö saa niin vakiintuneen suunnan, että tavanomainen sitova oikeus sen pohjalta nousee. Judikatuurin horjuvaisuus on usein merkinä paraikaa käynnissä olevasta tarkistuksesta: se ei siis suinkaan pelkästään todista heikkoutta (kuten maallikko saattaisi aja-

³⁶ Henri de Page: *De l'interprétation des lois* I s. 197, L. Duguit: *Traité de droit constitutionnel* I s. 161 ss., K. Heinsheimer: *Lebendiges Recht* s. 6, E. Lambert: *La fonction du droit civil comparé* I s. 802 ss., 813 ss., 824, 800 ss.: perustava esitys, E. H. Perreau: *Technique de la jurisprudence en droit privé* I s. 17 ss., G. Pacchioni: *I principii generali di diritto* AG 1924 s. 134 ss., Benedetto Croce: *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* s. 50 ss., Max Ascoli: *La interpretazione delle leggi* s. 39.

³⁷ Maintusta periaatteesta ks. R. Erich: *Suomen valtio-oikeus* I s. 152 ss., La Bigne de Villeneuve: *La fin du principe de Séparation des Pouvoirs*, Krabbe: *Kritische Darstellung der Staatslehre* s. 174 ss., H. Heller: *Staatslehre* s. 273 ss., Laski: *Grammaire de la politique* s. 176 ss., M. Delle Donne: *Per una revisione delle prime nozioni del diritto pubblico* (Studi Ranelletti I s. 300 ss.).

³⁸ Jean Cruet: *La vie du droit et l'impuissance des lois* s. 73 ss. G. Cornil: *Le droit privé* s. 75 ss.

tella). Jos tuomari *koneellisesti* seuraa omia aikaisempia ratkaisujaan tai ylemmän instanssin päätöksiä, on tämä pettämätön merkki puuttuvasta todellisuudentajusta.³⁹

Ylimpien oikeusinstanssien antamien ratkaisujen järjestelmällinen painosta julkaiseminen on lisännyt prejudikaattien merkitystä Suomen positiivisessa oikeudessa. Ilmiö ei ole erillinen: päinvastoin terävät huomioitsijat ovat havainneet, että judikatuurin merkitys kasvaa kaikissa Euroopan mantereen oikeusjärjestyksissä.⁴⁰

³⁹ G. Ransson: *Essai sur l'art de juger* s. 39 ja 101; toteaa sokean prejudikaattienpalvonnan oikeudenvastaisuuden, M. Stati: *Le standard juridique* s. 150 ss., Lucien—Brun: *Le rôle et les pouvoirs du juge* s. 15, M. F. I. Mohanna: *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés* s. 150 ss.: tutkii perusteellisesti judikatuurin jäätymistä anglo-amerikkalaisen järjestelmän mukaan. — Englantilaisista prejudikaateista, joiden havaitaan olevan ristiriidassa positiivisen oikeuden yleisten periaatteiden kanssa, lausuu C. K. Allen: *Law in the making* s. 165: »On olemassa eräitä Englannin oikeuden pääperiaatteita, jotka ovat tärkeämmät kuin minkään tuomioistuimen antamat ratkaisut, ja jotka »sitoavat» tuomareita lujemmin kuin mitkään yksityiset prejudikaatit. Käytännössä sellainen ratkaisu, joka sivuuttaa selvän ja positiivisen oikeusperiaatteen tai loukkaa sitä, ei ole mikään prejudikaatti (is no precedent)»: huomattakoon, että englantilainen tuomari täten voi vapautua prejudikaattijärjestelmän liiallisesta kaavamaisuudesta selittämällä, että määrätyt prejudikaatit ovat vastoin yleistä oikeusperiaatetta. Ks. Allen m.t. sivu 192, Fifoot: *English law and its background* s. 27, F. Pollock: *The genius of the common law* s. 113, H. E. Willis: *Introduction to anglo-american law* s. 227 ss.

⁴⁰ H. de Page: *A propos du gouvernement des juges* s. 13 ss., G. Cornil: *Le droit privé* s. 87, Perreau: *Technique de la jurisprudence en droit privé I* s. 18 ss., M. Hauriou: *Aux sources du droit* s. 189 ss., A. Costin: *L'interprétation du Droit civil d'après la jurisprudence roumaine* (Mélanges Gény II s. 311—312), Meynial (sit. Bonnecase: *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire* s. 60), E. Jenks: *The new jurisprudence* s. 97.

»Analogia»-luvussa esitimme näytteitä KKO:n suuntaaosoittavista aukkoratkaisuista, ja »Yhteiskuntatieto»-luvussa tulemme niinikään tutustumaan KKO:n periaatteellisesti tärkeisiin aukkoratkaisuihin. Tässä viittaamme lyhyesti eräisiin vahingonkorvausoppia ja bona fideksen problemaa koskeviin ratkaisuihin, jotka osoittavat, miten keskeisiä ongelmia KKO:n aukkojudikatuuri selvittelee. Osakeyhtiö, jonka puolesta ja hyväksi sen toimeenpaneva johtaja oli tehnyt rangaistuksenalaisen teon, velvoitettiin sen johdosta nostetussa rikosjutussa maksamaan korvausta rikoksella saatetusta vahingosta (KKO 1932 Sel. 44) »koska A. A. K. oli tehnyt kanteenalaisen tekonsa A. A. K. Osakeyhtiön puolesta ja hyväksi». Kun kaupungilta vaadittiin korvausta siitä, että kellarissa säilytetty tavaravarasto oli vahingoittunut vedestä, jota kaupungin vesijohtoverkkoon kuuluvan, kadun alle pannun johtoputken rikkouduttua oli valunut kellariin (1930 Sel. 75 A ja B), perusteli KKO hylkäävää päätöstään: »... koskei oltu näytetty puheena olevan,

Helsingin kaupungin vesijohtoverkossa syntyneen vuodon johtuneen kaupungin asianomaisten toimihenkilöiden, laiminlyönnistä valvoa vesijohtoverkon kuntoa tai muusta heidän tuottamuksestaan niin ja kun Helsingin kaupunki lain mukaan ei ollut muulla perusteella vastuussa vuodon Suomen Karjakeskuskunnalle aiheuttamasta vahingosta...». Käsitellessään *asianajajan korvausvelvollisuutta* toimistonsa palveluksessa olevan lakimiehen rikollisella teolla toimiston asiakkaalle tekemästä vahingosta (1933 Sel. 19) KKO perustelussaan lausuu principaalista, että tämä »asianajotoimiston omistajana oli vastuussa puheenalaisesta K:lle aiheutusta vahingosta siitäkin huolimatta, että varatuomari G. rikollisella menettelyllään oli sen tuottanut.» Ratkaistessaan kysymyksen, onko *hätävahingon lioittelija*, vaikka pääsee rangaistuksesta, korvausvelvollinen, KKO (1932 Sel. 74) referoituaan faktat velvoitti vastaajan suorittamaan korvausta. Vuonna 1933 (Sel. 73) annettulla tuomiolla säästöpankin hallituksen jäsenet, jotka olivat laiminlyöneet heille hallituksen jäseninä kuuluvat velvollisuudet säästöpankin kamreerin toimen valvontaan nähden, velvoitettiin säästöpankille korvaamaan kamreerin säästöpankilta kavaltamat määrät huolimatta siitä, että heille oli myönnetty *tilivapaus* niiltä vuosilta, jolloin kavallukset olivat tapahtuneet.

Bona fideksen ongelmaan liittyvistä KKO:n aukkoratkaisuista mainittakoon ennen muita prejudikaatit, jotka koskevat *kiinteistökaupan johdosta ajettua actio quanti minorista*. KKO on useissa perusteluissaan lausunut, että hinnannävennyskanne kiinteistökaupan johdosta edellyttää myyjän mala fideksen tai nimenomaisen takuun (1927 Sel. 30; 1928 Sel. 10; 1936 Sel. 14. — — Ks. lisäksi 1934 Tied:t 514 ja 539). Täysistunnossa, mutta äänestyksen jälkeen, on KKO katsonut, että *kiinteistön moiteriidan aikana lähtenyt tuotto* on tuleva vilpittömässä mielessä olevalle kiinteistön haltijalle, eikä moittijalle (1929 Sel. 27): perustelussa nimenomaaan vedotaan siihen, että tilaa on hallittu vilpittömässä mielessä. Ratkaistessaan, kenelle kuuluvat vuokraoikeuden päätyttyä, mutta ennen lopullista häätötuomiota *vuokratilalta saadut tuotteet*, KKO (1932 Sel. 99) katsoi, »ettei S. L:llä, kun hänen vuokraoikeutensa oli päättynyt ennenkuin puheenaolevat tuotteet oli talolta saatu, ollut noihin tuotteisiin oikeutta». Vastatessaan kysymykseen, onko se, joka ilman laillisesti pätevää saantoa on saanut omistajana hallittavakseen toisen maakiinteistön, velvollinen oikealle omistajalle *korvaamaan kiinteistöstä ennen vindikatoriidan vireillepanoa tai riidan kestäessä myymänsä metsäntuotteiden hintaa*, KKO vapautti »hyvässä luottamuksessa hallinneet» vastaajat korvausvelvollisuudesta (1933 Sel. 20). — — Ks. lisäksi 1936 Sel. 39 (nimitetylle henkilölle asetetun osakkeen väärennetty siirto), 1928 Sel. 63 (blankonimikirjoituksen väärinkäyttö), 1926 Sel. 26 (hankintasopimuksen purkaminen ja siirto).

Tärkeitä aukkoratkaisutyyppisiä ovat myös seuraavat: *sopimukset kolmannen hyväksi* (KKO 1926 Sel. 20; 1928 Sel. 34; 1929 Sel. 35; 1932 Sel. 93; 1933 Sel. 6: vastuu myydyin asianajotoimiston veloista; 1934 Sel:t 10 ja 40.), *perusteettoman edun palautus* (DL 1931 oikeustapaus n:o 61; ks. Y. J. Hakulisen kommentaaria; Lm 1933 s. 308—310; DL 1936 oik. tap. n:o 8), *ennen osakeyhtiön rekisteröintiä tehdyt sitoumukset* (1926 Sel. 16; 1929 Sel:t 25, 46; 1933 Sel. 95).

On erinomaisen kiintoisaa verrata KKO:n aukkoratkaisujen perusteluja alempien instanssien perusteluihin sekä tarkastella äänestyksissä ilmeneviä eriäviä kantoja. Yksityiskohtainen esitys näistä seikoista ei kuitenkaan sovi tutkimuksemme puitteisiin.

IX. OIKEUSTIEDE.

Yleisiä näkökohtia: Positivistinen oikeustiede tutkii määrättyssä yhteisössä voimassaolevaa oikeusjärjestystä yhteiskunnallisen todellisuuden osana. Oikeushistoria selvittelee tuon oikeusjärjestyksen syntyvaiheita yhteiskunnan kokonaiskehityksen valossa. Vertaileva oikeustiede tutkii toistensa valossa useita voimassaolevia tai voimassa-olleita oikeusjärjestyksiä ja niiden instituutteja. Positivistinen oikeustiede, oikeushistoria ja vertaileva oikeustiede yhdessä muodostavat »oikeustieteen» tämän sanan laajassa mielessä. Käytännöllisessä tieteellisessä tutkimustyössä ei edellämainittuja oikeustieteen haaroja voida erottaa jyrkillä raja-aidoilla: niinpä voimassaolevaa oikeutta selvittelevässä positivistisessa tutkimuksessa tavallisesti on mukana oikeushistoriallisia ja vertailevia aineksia.

Tuomarille on ylläolevista positivistinen oikeustiede tärkein, sen kohteena kun on voimassaoleva oikeusjärjestys, jonka soveltaminen on tuomarin tehtävänä. Mutta voimassaolevan oikeuden syvälinen ymmärtäminen on mahdollista vain oikeushistorian pohjalla ja vertailevan oikeustieteen avulla. Tuomarilla on harvoin aikaa omakohtaiseen tieteelliseen tutkimustyöhön: hän turvautuu — varsinkin aukkotapauksissa — toisten oikeustieteellisen ajattelun tuloksiin. Tieteellinen elävä tutkimustyö ei siis välittömästi ole tuomarin aukkoharkinnassa apuna, mutta tieteellisen tutkimuksen kiteyttämät *opit* muodostavat kriittisesti arvioitavan apukeinon (»tieteisoppi»). Sveitsin siviililakikirjan useinmainittu johdantoartikla säättää, että tuomari aukkotapauksissa »s'inspire des solutions consacrées par la *doctrine* et la *jurisprudence*»: ei siis sanota »par la science»: doktriini on juuri tieteen oppi, ei elävä tieteellinen tutkimustyö, tiede, itse.¹

Positivistinen oikeustiede: Tiedettä, joka tutkii määrättyssä yhteiskunnassa voimassaolevaa oikeusjärjestystä, on tapana kut-

¹ J. Bonnet: Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire s. 79, Martin: Observations... s. 23.

sua dogmaattiseksi oikeustieteeksi, oikeusdogmatiikaksi. Mutta *tiede* ei koskaan saata olla dogmaattista: se on ennakkoluulotonta totuuden etsimistä. Lisäksi mainittu termi antaa aihetta siihen täysin nurinkuriseen käsitykseen, että oikeustiede pääasiassa rakentuisi pyhien tekstien tulkitsemiselle teologisen dogmatiikan tapaan. Mainittu pandektologinen kanta (*Corpus jurishan* oli »ratio scripta») on jo kaikkialla hyljätty, mutta sen muisto elää yhä terminologiassa. On kuitenkin vaikeata löytää sopivaa sanaa »oikeusdogmatiikan» tilalle: sitä ei voida nimittää yksinkertaisesti oikeustieteeksi (näin kylläkin epätasällinen kielenkäyttö), sillä mitä on silloin »vertaileva oikeustiede»? Eihän se ole oikeusdogmatiikan haara. On koetettava saada esiin se tosiseikka, että »oikeusdogmatiikka» tutkii määrättyä voimassaolevaa, positiivista, oikeusjärjestystä (siitä sen *ensiluokkainen* käytännöllis-poliittinen arvo oikeusyhteisön valtavan koneiston voiteluaineena). Siksi olemme tois-
taiseksi — paremman suomalaisen vastineen puutteessa — valinneet nimityksen »positivistinen oikeustiede».

Positivinen oikeustiede on yksi yhteiskuntatieteistä: sen kohteena on yhteiskunnallisen todellisuuden osa, nimittäin yhteiskunnan voimassaoleva oikeus. Väittämästämme seuraa ensinnäkin, että tuo tiede on kiinteässä vuorovaikutuksessa muihin yhteiskuntatieteisiin; yhteiskunnallisen todellisuuden osia ei voida ymmärtää toisistaan keinoitekoisesti irroitettuina.² Toiseksi seuraa siitä, ettei positivinen oikeustiede ole »muototiede» sanan varsinaisessa mielessä. Kun näinollen E. L. Kaila (*Lainopillisten ja muiden oppiaineiden suhteesta toisiinsa* s. 27) lausuu: »Oikeus on eräs muoto, jonka sisällä elämä liikkuu, rajoja, joiden sisäpuolella inhimillisen toiminnan tulee pysytteleä. Mutta ei ole muo-

² Caloni: *Praelectiones* I 42 §, H. Cairns: *Law and the social sciences*, Ph. Heck: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* s. 130 ss., Marcel de la Bigne de Villeneuve: *Traité général de l'Etat* II s. 11 ss., Sama: *La crise du »sens commun» dans les sciences sociales* s. 93 ss., K. Haataja: *Vuokran käsite* s. 12, Maa- ja maanvuokrapoliittikkamme vaiheita s. 47 ss., erit. s. 49. Haatajan metoodiopilliset lausunnot ansaitsevat mitä suurinta huomiota. Kivimäki lausuu oikeustieteen hedelmällisestä metoodista (*Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä*, *Lm* 1937 s. 482): »Käsitteiden oikeusaineistoa ei ole yksipuolisesti etsittävä toisia oloja edellyttävistä oikeussäännöksistä, vaan enemmän kansakunnan sosiaalisessa rakenteessa ilmenneistä tai ilmenevistä muutoksista». Emme hyväksy B. C. Carlsonin vetämää äärimmäisen jyrkkää rajaa sosiologisen ja oikeustieteellisen metoodin välillä: *Några anmärkningar om rättsvetenskap och sociologi* (*JFT* 1924) ja viimeksi Luckor i *rätten* (*JFT* 1937).

toa ilman sisältöä eikä sisältöä ilman muotoa. Oikeustiedekin on sentähden sellainen muototiede, joka täydentää sisällöllisiä ammattitieteitä», emme varauksitta saata tähän yhtyä. Oikeuden tieteellinen käsittely ei ole mahdollista ilman yhteiskunnallista reaalityötä (taloudellista, poliittista, historiallista), *reaalityö liittyy elimellisesti itse oikeustieteen tutkimusmetodiin*. Oikeustiede ei saata antaa elävää, monipuolisesti valaisevaa kuvaa voimassaolevasta oikeudesta, ellei *jatkuvasti* pidetä silmällä muodollisten normien takana olevaa tarkoituskompleksia, siis yhteiskunnallista reaalityötä. Nykyaikaisen lainsäätäjän on tosin teknillisistä syistä pakko pusertaa ajatuksensa äärimmäisen abstraktisiin ja verettömiin kaavoihin, mutta oikeustieteen on puhallettava muotoihin elämä. Tässä mielessä voimme kutsua oikeustiedettä »muototieteeksi», muotojen elävöittäjäksi.

Positivistisen oikeustieteen kohde *muuttuu jatkuvasti*: tämä pakottaa oikeustieteellisen tutkimuksen alati tarkistamaan kannanottojaan. Objektin jatkuva muuttuminen ei oikeuta kieltämään positivistiselta oikeustieteeltä tieteen nimeä (K i r c h m a n n): mutta epäilemättä kohde on erikoislaatuinen. Jos oikeustiedettä pidetään tekstien dogmaattisena tulkintana, eikä pyritäkään selittämään muuttumisten syitä yhteiskunnallisesta todellisuudesta käsin, saa oikeustieteen kohde katkonaisen ja käsittämättömän leiman. Jos sensijaan oikeus nähdään yhteiskunnallisen todellisuuden osana, havaitaan, että sen kehityksessä tapahtuvat hyppäykset ovat vain näennäisiä: yhteiskunnallisen kehityksen vaiheet voidaan aina elimellisesti johtaa toisistaan (onnistunut vallankumouskin rakentuu yhteiskunnassa itsessään olleille syille). Nyt ymmärrämme myös, miksi positivistinen oikeustiede välttämättä edellyttää pohjakseen oikeushistorian. Sosiologiaa on moitittu siitä, ettei sillä ole tarjottavana paljonkaan valmiita ehdottoman varmoja tuloksia oikeustieteelle annettaviksi, mutta sosiologia antaa monin verroin arvokkaamman lahjan: *yhteiskunnallisen näkemyksen*, hedelmällisen oikeustieteellisen metoodin.³ Oikeustieteen todellisuuspohjaisuudesta seu-

³ Ranskankielisessä oikeustieteessä, varsinkin belgialaisessa, edustavat sosiologista metodia useat ensiluokkaisen terävät ajattelijat: esim. Duguit, Jèze, M. de la Bigne de Villeneuve, Henri de Page, P. Van Der Eycken, G. Cornil (kolme viimeainittua belgialaisia). — — Varsinaisten sosiologien joukossa on taasen lukuisasti tutkijoita, jotka ovat keskittyneet oikeudellisten probleemien selvittämiseen: hyvä yleiskatsaus C. Bouglé: *Bilan de la sociologie française contemporaine*, 5. luku: *sociologie juridique*. — — Sellaisetkin tutkijat

raa, että se on velvollinen tarkoin huomioimaan tuomioistuinten ratkaisut: kuten Benedetto Croce sattuvasti huomauttaa (*Filosofia della pratica* s. 356), ei lakien tunteminen suinkaan ole elävän oikeuden tuntemista. Positivistisen oikeustieteen ikuisena tehtävänä on abstraktisten oikeusnormien saattaminen sopusointuun yhteiskunnallisen todellisuuden tarpeiden kanssa,⁴ ja judikatuuri jos mikään on todellisuutta, elävää oikeutta. Abstraktiset oikeusnormit sinänsä ovat vain kuolleita kaavoja.

Gény erottaa oikeustieteen, joka tutkii oikeuden pohjana olevia yhteiskunnallisia realiteetteja, ja oikeustekniikan, joka tutkii oikeusnormien ajatuksellista rakennetta (*Science et technique en droit privé* positif I—IV). Mutta mainittu jaoittelu johtaa mielestämme helposti harhaan, se synnyttää käsityksen, että oikeusnormien ajatuksellisen rakenteen tutkiminen muka ei kuuluisi oikeustieteelle. Eri asia on, että tuo ajatuksellinen rakenne voidaan ymmärtää vain yhteiskunnallista todellisuutta jatkuvasti tarkkailemalla.

Saksalainen intressilainoppi tähdentää samoin yhteiskunnallisen todellisuuden perustavaa merkitystä oikeutieteelliselle ajattelulle, mutta metoodisessa suhteessa siihen liittyy pahoja puutteita. Heckin ajattelu on kasvanut esiin tulkintaopin pohjalta (erinomainen »*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*»), mutta siitä nähdäksemme ovat aiheutuneet eräät valitettavat metoodiset harhaantumiset. On vaikeata enää tunnustaa Heckin intressilainopille *tieteen* nimeä, siksi merkillisellä tavalla hän sen hahmottelee. »Die neuere Methode muss die beiden Aufgaben, die Normgewinnung und die Ordnung scharf unterscheiden. — Natürlich braucht auch die neuere Methode *Übersicht* und *Ordnung*. — Es handelt sich um Formulierungsprobleme und nicht um Probleme der Erkenntnis...».⁵ Jos täten intressilainopin

kuin syvälinen F. Gény ja J. Bonnet, joiden ajatteluun on kietoutunut vahvasti metafyyllisiä ideologioita aineksia, saavat kuitenkin hedelmällisiä virikkeitä sosiologiasta. Samoin M. Hauriou.

⁴ B. Croce: *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* s. 51. Carlsonin mukaan (Luckor i rätten, JFT 1937 s. 601) aukkojudikatuurin käsittely kuuluu oikeustieteeseen tämän sanan varsinaisessa mielessä vain mikäli oikeuskäytäntö on kiteytynyt tavanomaiseksi oikeudeksi. Tätä rajoitusta emme hyväksy.

⁵ Heck: *Interessenjurisprudenz* s. 27—28: mainittu teos sisältää keskitetyn esityksen intressilainopin metoodista. Laajemmin »*Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*». Oikein sensijaan Kivimäki, Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä (Lm 1937 s. 480): »Lainoppi ei nykyajan elämässä pe-

käsitemateriaalilta kiistetään kaikki tietoarvo, ja pidetään mainittua apparaattia vain yleiskatsauksen ja järjestyksen halpana palvelijana, emme lainkaan enää ole tekemisissä *tieteellisen* ajattelun kanssa, jonka ajatusmateriaalilla aina on suurempi tai pienempi totuusarvo. Kun Heck lausuu (m.t.s. 26): »Die Rechtswissenschaft ist eine praktische Wissenschaft, wie die Medizin», on huomautettava, ettei tiede koskaan saata olla välittömän käytännöllistä. Se mitä jokapäiväinen kielenkäyttö kutsuu »lääketieteeksi», on määrättyjen tieteiden (fysiologia, anatomia, orgaaninen kemia y.m.) soveltamista annetun käytännöllisen päämäärän, nimittäin »terveyden» saavuttamiseksi. Positivistinen oikeustiede ei välittömästi tähtää käytännöllisiin päämääriin: se ei ole valtion renki. Jos positivistinen oikeustiede omaksuu ahtaan utilitaristisen näkemyksen johtotähdexseen, ei se enää ole tiedettä, eikä se myöskään saata käytännölle antaa syvennettyä näkemystä ja uusia virikkeitä. Yhteiskunnallisen todellisuuden syvällisestä tutkimisesta se muuttuu valtiokoneiston vaatimattomaksi hammasrattaaksi: mainittu käsitys karkoittaa etukäteen lahjakkaat opiskelijat lainopin alalta. Jos sensijaan oikeustiede ottaa tehtäväkseen voimassaolevan oikeusjärjestyksen ankaran *tieteellisen* selvittämisen *yhteiskunnallisen todellisuuden pohjalla*, osallistuu se kansakunnan henkisen kulttuurin rakentamiseen ja avaa käytännölle laajat perspektiivit.

Käydessämme nyt selvittämään positivistisen oikeustieteen merkitystä voimassaolevan oikeutemme mukaan, ja erityisesti tuomarin aukkoharkintaa silmälläpitäen, on aluksi todettava oikeustieteen ratkaiseva osuus oikeutemme historialliseen kehitykseen.⁶ Nehrman lau-

rusteiltaan voi olla muuta kuin käsitelainoppia. Yhtä vähän kuin lainsäädäntö voi enää olla kasuistista, yhtä vähän voidaan oikeustieteessä saavuttaa tuloksia deskriptiolla ja eksegeesillä». Oikeustieteen ajatusapparaatin tietoarvon puolesta niinkään tarmokkaasti Carlson, Luckor i rätten (JFT 1937 s. 600, aliv. 1): »Såvida juridiken vill uppträda såsom vetenskap, icke såsom konst eller ett utslag av auktoritetstro, kan jag ej tänka mig någon annan form för den än den konstruktiva rättsvetenskapens... en vetenskap, som opererar med regler och begrepp, icke med subjektiva meningar».

⁶ Jaakko Forsman: Suomen lainsäädännön historia s. 429 ss., C. G. Bergman: Översikt av svensk rättsutveckling s. 12, 15, K. G. Westman: De svenska rättskällornas historia s. 40: toteaa että oikeustiede varsinkin ennen vuotta 1736 vaikutti tuomioistuinten ratkaisuihin; vaikutus oli vahvempi ylemmissä instansseissa (s. 53): aivan kuten meidän päivinämme. Westman huomauttaa, että tuomioistuimet usein sovelsivat oikeussäännöksiä, joita ei voitu johtaa senaikuisista laeista, vaan jotka ilmeisesti olivat peräisin tieteestä. — Mainittu seikka käy mielestämme

suu, että Stiernhöökin, Locceniuksen, Rålambin, Lundiuksen ja Abrahamssonin elämäntyö todistaa »att Swea Rike haft Lagwittra Män, som ägt både lust och skickelighet, wilja och förmåga, at förbättra Swenska Lagfarenheten» (Inl. til jurisprudentiam civilem s. 65), mutta Nehrman lisää, että paljon vielä on systematisoimatta ja tutkimatta, joten hänkin osaltaan haluaa »rydhia något litet». Epäilemättä 1734 vuoden lain valmistustyöt suuresti hyötyivät senaikuisen ruotsalaisen oikeustieteen selvittelyistä: tämä ilmenee esitöitä tarkastettaessa.⁷ Sellainen perustava oikeustieteellinen tutkimus kuin esim. Nehrmanin vuonna 1729 ilmestynyt »Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem» säilytti täysin arvonsa myös uuden lakikirjan tultua voimaan, ja syystä Nehrman lausuukin vuonna 1746 ilmestyneen »Then swenska jurisprudentia civilis efter Sweriges Rikes år 1734 antagna Lag förbättrad» nimisen teoksensa johdannossa oikeustieteen harjoittajasta: »Han har sina Grundsatser, som aldrig kunna ändras och ombytas, fast tillämpningen warder annorlunda inrättad».⁸ Että valtiolta nimenomaan tunnusti oikeustieteen merkityksen ilmenee esim. kuninkaallisesta kirjeestä 10/3 — 1749, jonka mukaan oikeuslaitoksen palvelukseen hakeutuvien nuorukaisten tuli »ifrån Academien warda försedde med behörigt witnessbörd om theas skickelighet».

Aukkoharkinnan yleisiä näkökohtia selvitellessämme kävi ilmi, että kaiken asiallisen ja mielivallan välttämiseen pyrkivän aukkoharkinnan tulee lähteä oikeusjärjestyksen kokonaisuuden pohjalta. Positivistisen oikeustieteen kohteena on juuri mainittu *kokonaisuus*: voimassaolevan oikeuden *systemaattinen* selvittely on näet mahdollista vain oikeusjärjestyksen kokonaisuuden tarkan tuntemisen pohjalta. Siinä pääsyy,

myös ilmi kuninkaallisten lainselitysten kielenkäytöstä, jossa vilisee latinankielisiä tieteellisiä termejä. Useat kuninkaalliset kirjeet korostivat kyllä (kuten 1734 vuoden laki: OK 24:3), ettei *tuomioissa* saanut käyttää ulkomaan kieltä (siis latinaa), mutta hovioikeuksille osoitetut kuninkaalliset kirjeet *edellyttävät*, että niiden vastaanottajat ovat oikeustieteellisesti sivistyneitä, ja siis ymmärtävät tieteellisiäkin termejä.

⁷ Emme tässä voi antaa yksityiskohtaisia esimerkkejä.

⁸ Tämä ei suinkaan merkitse sen seikan kieltämistä, että oikeustieteen kohde on jatkuvain muutosten alainen. Päinvastoin Nehrman mainitussa johdannossa on selvästi korostanut: »En Lagklok har ej samma förmon, som the lärde, hwilke arbeta uti sådana Wetenskaper, ther satserna blifwa altid oombytelige och kunna ej tåla några ändringar». Mutta syvällinen yhteiskunnallisen todellisuuden tunteminen antaa oikeustieteelle, korostaa Nehrman, pysyvän arvon.

miksi tuomari aukkoharkinnassaan saa arvokasta apua oikeustieteestä. Kun puhutaan »oikeussysteemistä» on tarkoin muistettava, että sen saattaa luoda *vain* tiede. »Järjestelmän» käsite kuuluu yksinomaan tieteellisen ajattelun piiriin: järjestelmään *pyrkiminen* erottaa tieteellisen ajattelun muusta asiallisesta totuuteen pyrkivästä ajattelusta. On erotettava toisistaan »oikeusjärjestelmän» ja »oikeusjärjestyksen» käsitteet. Oikeusjärjestys-sana ilmaisee sattuvasti, että kaiken oikeuden pohjana ovat verrattain stabiilit *valtasuhteet*: järjestys on aina valan ilmaus (vastakohtana anarkia, jossa valtasuhteet eivät ole stabilisoituneet). »Järjestyksen» käsite on volitiivinen, »järjestelmän» sensijaan kognitiivinen, tietämisprosessiin viittaava. On sentähden väärin esittää oikeustieteen *luoma* järjestelmä jonkinlaisena kätkeytyneenä aarteena, jonka tuo tiede vain kaivaa maan uumenista esiin.⁹ On tosin myönnettävä, että jo »oikeusjärjestys» sellaisenaan, stabilisoituneiden valtasuhteiden ilmauksena, on määrättyssä mielessä yhtenäinen (tarkoitukskompleksi), mutta vasta positivistinen oikeustiede luo siitä ajatuksellisen järjestelmän.¹⁰

⁹ Hyvin tavallinen harhakäsitys. Esim. Del Vecchio: *Mélanges Gény* II, s. 71, Raselli: *Il potere discrezionale del giudice civile* I s. 164—165, K. Larenz: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 1932—1934 s. 39. — Oikein sensijaan V. Voipio: Ilman ja virtaavan veden oikeusasema s. 222. B. C. Carlsonin mukaan oikeuden järjestelmällisyys on oikeustieteelle välttämätön *fiktio* (JFT 1937 s. 602). Myös oikeusvarmuus, mielivallan välttäminen, vaatii tuon fiktion (s. 589 ss.). Kun lisäksi oikeusnormien voimassaolokin Carlsonin mukaan on *fiktio* (JFT 1924 s. 284: en fruktbar osanning; JFT 1937 s. 602), tuntuu siltä, että tämä terävä ajatteli ja itse asiassa hajottaa pohjan oikeustieteen alta. Olemme tässä tutkimuksessa koettaneet kehittää ei-fiktiivisen voimassaoloteorian (I luvussa) ja ei-fiktiiviset mielivallan välttämisen takeet (VI luvussa). Fiktionalismia edustavat myös Aatos Alanen: *Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinona* s. 33—34, A. von Tuhr: *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil* s. 4. Metoodisesti oikein sensijaan F. O. Lilius: *Tietosanakirja* 1913, hakusana »Lakitiede»: »Kaikkien tieteiden tavoin se koettaa ilmiöiden moninaisuudesta löytää johtavat aatteet, muodostaa sitä varten oikeuskäsitteitä ja liittää nämä yhteen oikeusjärjestelmäksi». Yhtäpitävästi El. Kaila, *Iso Tietosanakirja*, hakusana »Lakitiede». Allen Vannérus: *Logik och vetenskapslära* (Stockholm 1918) s. 350: »En utförd och fullbordad vetenskap är ett system». — Jos oikeustiede todella perustuisi fiktiin, merkitsi tämä, että oikeustieteilijät rakentavat elämäntyönsä tietoiselle valheelle: traagillinen ja syvästi alentava lopputulos. — Vaihingerin »Als ob»-filosofiaan sisältyy nihilistinen tendenssi. Ks. myös J. E. Salomaa: *Nykyajan filosofeja* (Porvoo 1924) s. 95, 103 ss.

¹⁰ Ks. esim. C. K. Allen: *Legal duties and other essays in jurisprudence* s. 22 ss., Donati: *Lacune* s. 17—18, P. Van der Eycken: *Méthode positive de l'inter-*

Mutta vaikka jättäisimme oikeustieteen järjestelmällisyyden huomiotta, on mainitulla tieteellä merkitystä tuomarin aukkoharkinnalle jo senkin nojalla, että se antaa hänelle objektiivista pätevää tietoa yhteiskunnallisista realiteeteista. Pacchionin syvällisen ajatuksen mukaan oikeustiede on yhteiskunnan elin (AG 1924 s. 146): kaikki tieteellinen ajatteluhan tosin on sidottu siihen yhteisöön, josta se kasvaa esiin, mutta positivistinen oikeustiede selvittäessään *voimassaolevaa* oikeutta kuvastaa aivan erikoisessa määrässä sitä yhteisöä, jossa se elää. Tietenkin tämä koskee vain todellisuuspohjaista oikeustiedettä (dogmatisoivaa askartelua ei voida tieteenksi kutsuakaan): vain sillä on tuomarin aukkoharkinnalle jotain annettavaa. Että pandektologia sai niin todellisuudelle vieraan sävyn, johtui tietenkin siitä, että se oli pakotettu tutkimaan tekstejä, joiden takana ei enää ollut yhteiskunnallista todellisuutta (se oli jäänyt lähes 2000 vuoden päähän): tästä pandektologian useinkin aivan fantastinen leima. Tietenkin *koetettiin* ottaa huomioon myös aktuaalisen todellisuuden vaatimukset, mutta ne oli puserrettava muumiomaisiin kaavoihin. (Mutta vrt. roomalaisen ja uuden ajan *kapitalistisen talouselämän* suuria rakenteellisia yhtäläisyyksiä: siitä roomalaisen oikeuden arvo.)^{10a}

Näinollen väite, että oikeustieteen huomioonotto loitontaa tuomarin käytännöllisen todellisuuden tarpeista, perustuu väärinkäsitykseen, johon valitettavasti oikeustieteilijät eivät aina ole olleet täysin syyttömät. Syvällinen tieteellinen tutkimus lähentää aina meitä todellisuuteen, mutta pinnallinen tieteilijä etäännyttää todellisuudesta, koska tutkija sotkeutuu omaan käsiteverkkoonsa. Caloni^{10a}: »Qui theoriā juris probe digestam non possident, sed soli praxi operam dederunt,

prétation juridique s. 123 ss., Paul Kretschmar: Grundfragen der Privatrechtsmethodik (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, zweite Folge, 31 Band, 1917) s. 238, 243, 255, 263 ss., Karl Petraschek: System der Rechtsphilosophie s. 282, Eugen Huber: Recht und Rechtsverwirklichung s. 404.

^{10a} Ahtaasti tekstien pohjalla dogmatisoivan lainopin vaaroista Kivimäki, Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä (Lm 1937 s. 481–482). Arveluttavan pandektistiset sympatiat Carlsonilla, joka esim. tuomitsee nykyaikaisen pohjoismaisen oikeustieteen (Luckor i rätten, JFT 1937 s. 600 aliv. 1: subjektiva meningar). Aivan väärin on väittää, ettei todellisuuspohjaisesti orientoitunut uusi oikeustiede muka käytä käsitteitä ja sääntöjä. Eri asia on, että ne pyritään muodostamaan *hedelmällisemmiksi* kuin yksipuolisen deduktiivisessa pandektologiassa, joka kaikkialla Euroopassa jo on kuollut, joskin sen muisto edelleen viehättää syvälle pyrkiviä filosofisia henkiä (»konstruktio» luovan ajattelun ilmennyksenä; vrt. matematiikka).

quam primum casus incidit, qualem ante decisum non viderunt (huomaa erit. aukot) aut in terminis quod ajunt expressum inveniunt, mox anxii haerent, quo se vertant».¹¹ Mutta kykeneekö tuomari, jolla ei ole aikaa omakohtaiseen tieteelliseen tutkimustyöhön, pätevän *kriittisesti* arvioimaan oikeustieteen hänelle aukkotapauksissa tarjoaman avun? Eikö se edellyttäisi jatkuvaa aktiivista osallistumista itse tieteelliseen tutkimustyöhön. Epäilemättä mainituissa väitteissä on jonkun verran perää, mutta toisaalta tuomarin oikeustieteellinen pohjakoulutus antaa hänelle verrattain suuret kritiikin mahdollisuudet. Oikeudenkäytölle on sittenkin edullisempaa, että tuomari aukkotapauksissa ottaa huomioon oikeustieteen tarjoaman avun, kuin että hän teorian pelosta jättää sen huomiotta. Mainitsimme jo, ettei tieteellisen ja muun totuuteen pyrkivän ajattelun välillä ole kuilua: jos tuomari oikeustieteessä tapaa lausumia, jotka terveen järjen kannalta arvostellen tuntuvat käsittämättömiltä ja elämälle vierailta, ovat ne tavallisesti myös ankarana tieteellisesti arvostellen vääriä, ja hän voi huoletta jättää ne huomiotta.

Onko tuomari Suomen positiivisen oikeuden mukaan *velvollinen* aukkotapauksissa tuntemaan tieteisopin? ¹² Sveitsin oikeudessa, kuten olemme havainneet, tuomarilla on siihen ehdoton velvollisuus, hänen kun tulee aukkotapauksissa »ottaa huomioon vakiintunut käytäntö ja tieteisoppi». Että positiivisoikeudellinen tieteisoppi ei voimassaolevan oikeutemme mukaan ole merkitystä vailla, ilmenee jo siitä, että yliopistossa suoritettu oikeustieteellinen tutkinto — muiden vaatimusten lisäksi — on ehdottomana edellytyksenä tuomarinvirkaan pääsemiselle. Pinnallisesti ajatellen saattaisi näyttää asianmukaiselta rinnastaa judikatuuri ja tieteisoppi aukkotapausten harkinnassa (näin Sveitsin lainsäätäjä), ja siis katsoa, että tuomari Suomen positiivisen oikeuden mukaan on velvollinen aukkotapauksissa tuntemaan kotimaisen tieteisopin. Erinomaisen tärkeätä on korostaa, ettei tuomaria missään tapauksessa voitaisi velvoittaa tuntemaan ulkomaista tieteisoppia: se on kasvanut esiin toisenlaisen yhteiskunnallisen todellisuuden pohjalta, on *vaarallista* soveltaa sitä omaan yhteiskuntaamme. Jos-

¹¹ Praelectiones I 41 §. Samoin Wrede: Grunddragen s. 27.

¹² Korostamme nimenomaan, kuten prejudikaattien merkitystä selvittäessämme, että pohdimme ainoastaan tuomarin harkintaa aukkotapauksissa: laajemmat tutkimukset prejudikaattien ja tieteisopin arvosta yleensä lankeavat tutkimuksemme aiheen ulkopuolelle.

sain määrin toisin on asian laita mitä tulee skandinaaviseen tieteisoppiin: Skandinaavian valtiot muistuttavat yhteiskunnalliselta rakenteeltaan siinä määrin toisiaan, että yhtäpitävä lainsäädäntökin tärkeillä aloilla on ollut mahdollinen. Yhteiskunnallisen rakenteen samankaltaisuus asettaa skandinaavisen tieteisopin erikoisasemaan, joskaan sitä ei täysin voida rinnastaa kotimaiseen. — Judikatuurin ja tieteisopin välillä on kuitenkin oikeusjärjestyksen kokonaisuuden kannalta huomattavia eroja. Oikeudenkäytön yhtenäisyyden saavuttamiseksi on aukkojudikatuuri tunnettava: eihän voida pyrkiä yhtenäisyyteen, ellei *tunnetta* aikaisempia ratkaisuja. Lisäksi tuomioistuinten faktilliset ratkaisut sisältyvät yhteiskunnalliseen todellisuuteen kiinteämmin kuin oikeusyhteisön tieteisoppi: ratkaisut ovat historiallisen todellisuuden kiistämättömiä osia toisessa mielessä kuin teoria. On perustavan tärkeätä taaskin korostaa, että myös määrätystä yhteiskunnassa esiin kasvanut positivistinen tieteisoppi on osa yhteiskunnallisesta todellisuudesta: se kuuluu yhteisön henkiseen kulttuuriin. Mutta sittenkään emme saata pitää tieteisoppia ja judikatuuria samanarvoisina. Lisäksi on muistettava, että tieteisopin perusteellinen hallitseminen vaatii tuomarilta monin verroin enemmän aikaa kuin tärkeimmän judikatuurin oppiminen: tuomareilta, joiden varsinaiset virkatehtävät oikeusjärjestyksen toteuttamisen kannalta ovat mitä vaativimmat, ei virka-ajan ulkopuolella voida odottaa suuria aikoja ja *voimia* vieviä ponnistuksia. Eri tuomioistuimissa on tässä suhteessa erilaisuutta havaittavissa: ylemissä oikeuksissa jo tuomioistuimen työtapo ja kokoonpano suo tuomareille paremman tilaisuuden ratkaistavien aukkotapausten valaisemiseen tieteisopin avulla. Alioikeuksissa, varsinkin kihlakunnanoikeuksissa, tuomarin työtaakka sensijaan on niin raskas, että tieteisopin jatkuva seuraaminen käy ylivoimaiseksi. Maamme korkeimmissa oikeuksissa otettaneen oikeustieteen tulokset varsin laajassa mitassa aukkoratkaisuja harkittaessa huomioon. Niinpä KKO:ssa sen esittelijöillä on käytettävissä KKO:n laaja kirjasto, ja ainakin aukkotapauksissa he ovat velvolliset tieteisopin kantojen esittelyyn. Emme kuitenkaan katso, että suomalainen *tuomari* missään instanssissa olisi velvollinen tuntemaan, vielä vähemmän seuraamaan, kotimaistakaan tieteisoppia, niin *suotavaa* kuin sen tunteminen onkin.

Tieteisopin arvo aukkotapausta harkittaessa riippuu useista tekijöistä. Totesimme jo, että kotimaisen ja ulkomaisen tieteisopin välillä

on ero olemassa.¹³ Toisena tietoisopin arvoon vaikuttavana tekijänä on mainittava sen yhtenäisyys. Jos oikeustieteessä määrätystä probleemasta vallitsee täydellinen tai ainakin verrattain suuri yksimieliisyys, on sillä tietenkin tuomarin aukkoharkinnalle suurempi arvo kuin keskenään ristiriitaisiin kantoihin pirstoutuneella tietoisopilla. Tarmokkaasti on kuitenkin korostettava, ettei erimielinen tietoisoppi suinkaan silti ole tuomarille arvoton: usein päinvastoin tieteellinen polemiikki monipuolisesti *valaisee* käsiteltävää problemaa. Tietoisopin arvoon vaikuttaa myös sen *ikä*: olemme jo todenneet, että positivistisen oikeustieteen tutkimusobjekti on jatkuvien muutosten alainen, ja että tietoisoppia sentähden uhkaa alituinen vanhenemisen vaara. Vanhentunut tietoisoppi ei enää kuvasta yhteiskunnallisia realiteetteja, vaan menneisyyteen kuuluvia realiteetteja. Jos tietoisopin ikä on vähänkään vanhempi, on varovaisuus tarpeen, sillä yhteiskunnallisen todellisuuden muuttuminen on todennäköistä: oletamus puhuu sen puolesta (varsinkin nykyisen dynaamisen talousjärjestyksen vallitessa, joka joustavasti seuraa luonnontieteille rakentuvan tekniikan mullistavia muutoksia). Tietoisopin arvo aukkoharkinnalle riippuu samaten sen takana olevan ajattelijan henkilöllisyydestä, hänen todellisuudentajustaan ja huolellisuudesta.

Kaikkia edellämainittuja tietoisopin arvoon vaikuttavia tekijöitä tuomarin on punnittava vastakkain: tätä kutsutaan *kriittisyydeksi*. On pidettävä mielessä, ettei tietoisoppi, yhtä vähän kuin judikatuuriakaan, koskaan saata tuomarille antaa konkreettisen tapauksen ratkaisuehdotusta valmiina. Positivistinen oikeustiede pohtii kuviteltuja abstraktisia aukkotapaustyypp^{pe}jä, kun sensijaan tuomarilla on ratkaistavanaan konkreettinen elävä oikeustapaus. Tieteen »aukkoratkaisut» sisältävät näinollen vain ylimalkaisia ehdotuksia aukkotapaustyyppien varalle: siinä on syvin syy miksi tuomarin täytyy suhtautua kriittisesti tietoisoppiin. Yksimielisin ja luotettavinkaan tietoisoppi ei tässä

¹³ Sveitsin siviililakikirjan ehdotusta käsiteltäessä tunnettu lakimies Speiser esitti epäilyn, että tuomari ollessaan velvollinen tuntemaan tietoisopin, joutuu riippuvaiseksi *Saksan* tietoisopista, joka monessa suhteessa on kasvanut esiin kokonaan toisenlaiselta maaperältä. Sama vaara uhkaa suomalaista tuomaria: kotimainen tietemme ei ole voinut — työvoiman puutteessa — tyhjentävästi käsitellä edes kaikkia tärkeimpiä oikeusprobleemoja. Lisäksi saksalaista oikeustiedettä meillä on tapana pitää »Tieteenä». Syrjäytetään ranskalainen, anglo-amerikkalainen, italialainen ja usein myös *skandinaavinen* tietoisoppi, jotka ovat yhtä syvälliset sekä pätevät kuin konsanaan saksalainen doktriini.

suhteessa muodosta poikkeusta.¹⁴ On tapana sanoa, että tieteisopissa tuomaria sitoo ainoastaan sen ajatusten sisäinen arvo: tämä on varsin epämääräistä puhetta, ja edellä olemme koettaneet osoittaa, *mitkä* tekijät määräävästi vaikuttavat tieteisopin arvoon.

Edellä esitetyn jälkeen on selvää, ettei tieteisoppi, olipa se miten arvovaltainen ja yksimielinen hyvänsä, *sinänsä* saata luoda velvoittavia oikeusnormeja, vaan siihen vaaditaan tavanomaisen oikeuden yleiset edellytykset.¹⁵ Usein tieteisoppi kiteytyy velvoittavaksi oikeudeksi judikatuurin välityksellä. Mutta aukkokysymyksiä selvittelevä tieteisoppi saattaa myös joutua lainsäädännön pohjaksi (samoin kuin judikatuuri): tuomioistuinten ratkaisut, tieteisoppi ja lainsäädäntö täten kaikki yhdessä osallistuvat oikeusjärjestyksen kehittämiseen.¹⁶ Oikeustieteen ei tule kieltäytyä harkitsemasta kysymyksiä *de lege ferenda*, kuten *Donati* vaatii (*Lacune* s. 18), sillä tuo tiede on mainittuun tehtävään *pätevin* asiantuntija: tulevaisuus on kivi kiveltä rakennettava nykyisyyden pohjalle, ja positivistinen oikeustiede tuntee perusteellisesti voimassaolevan oikeuden.¹⁷

¹⁴ G. Maggiore: *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica* (RIFD 1926) s. 377, B. Croce: *Filosofia della pratica* s. 329, Raselli: *Il potere discrezionale del giudice civile I* s. 89, Géný: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II* s. 79, Cruet: *La vie du droit et l'impuissance des lois* s. 73 ss., Reichel: *EinlZGB* s. 345, F. O. Lilius: *Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin* s. 315 ss.: painavia näkökohtia Suomen positiivisen oikeuden kannalta. Huomattavia näkökohtia Carlson: *Luckor i rätten* (JFT 1937 s. 603 ss.).

¹⁵ Wrede: *Grunddragen* s. 18.

¹⁶ E. Kallenberg: *Svensk civilprocessrätt I* s. 86 aliv. 10: oikeustiede saat-
taa vain välillisesti luoda oikeutta, Axel Möller: *Folkeretten* s. 68: erinomai-
nen esitys tieteisopin tehtävistä kansainvälisoikeudellisissa aukkotapauksissa; valai-
see myös valtionsisäistä oikeutta, Pacchioni: *I principii generali di diritto* AG
1924 s. 134, 146, Th. Sternberg: *Einführung in die Rechtswissenschaft* s. 147 ss.:
hänen »Wissenschaftsrecht»-teoriansa ampuu aivan yli maalin, Hans Reichel:
Gesetz und Richterspruch s. 101—102, O. Platou: *Retskildernes Theori* s. 93 ss.,
Carré de Malberg: *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*
(*Mélanges Géný I* s. 197—198): tämän omaperäisen tutkijan syvällisimpiä ajatuksia.
— — Englantilaisen tuomarin suhteesta tieteisoppiin ks. C. K. Allen: *Legal duties*
and other essays in jurisprudence s. 22 ss., G. W. Keeton: *The elementary prin-*
ciples of jurisprudence s. 77—78.

¹⁷ Undén: *Juridiken som vetenskap* s. 32, Hans Reichel: *EinlZGB* s. 345,
K. Petraschek: *System der Rechtsphilosophie* s. 282. B. C. Carlsonin mu-
kaan (*Luckor i rätten* JFT 1937 s. 599; mutta vert. s. 600 aliv. 1, loppuosa) oikeus-
tiede on oikeutettu turvautumaan lainanalogiaan ja oikeusanalogiaan, mutta ei suo-

Kaikkien oikeusalojen n.s. »yleisten oppien» alalla tieteisopin merkitys tuomarin aukkoharkinnalle on aivan erityisen suuri: yleisten oppien pukeminen säädännäisten normien muotoon on vaikeata ja lisäksi usein epätarkoituksenmukaista.¹⁸

Oikeushistorian ja vertailevan oikeustieteen merkitys tuomarin aukkoharkinnalle: Oikeushistorian arvo tuomarin aukkoharkinnalle riippuu vuorostaan historiallisista tosiasioista. Niissä yhteisöissä, joissa oikeuden kehitys on tapahtunut elimellisesti (esim. Skandinaavian maat) ilman sanottavia väkivaltaisia mullistuksia, on oikeushistorian arvo tuomarille suurempi kuin yhteisöissä, joissa tasajatkuihin kehitys on vallankumouksen katkoma (esim. Venäjä). Mutta vallankumouksen merkitys voi rajoittua pääasiassa johonkin tai joihinkin oikeuden haaroihin: niinpä Ranskan vuoden 1789 vallankumous ei vaikuttanut yksityisoikeuteen mullistavasti. Fascistinen »vallankumous» Italiassa ja kansallissosialistinen Saksassa taas pääasiassa ovat tähänneet olemassaolevan oikeus- ja talousjärjestyksen lujittamiseen vallankumouksellisia pyrkimyksiä vastaan: historiallinen kontinueetti on säilynyt.

Oikeusnormien syvällinen ymmärtäminen edellyttää ei ainoastaan tietoa niiden takana olevista nykyhetken yhteiskunnallisista realiteeteista,¹⁹ vaan myös tietoa niiden historiallisesta synnystä. Ilman historiallisen pohjan selvittämistä jäävät normit ikäänkuin ilmaissa riippumaan: vasta normeja valottava yhteiskunnallinen reaalityö ja normien historia yhdessä antavat täyteläisen kuvan oikeudesta. Oikeusnormien takana oleva tarkoituskompleksi on historiallisen kehityksen vähitellen hahmottama; siksi oikeushistorian tunteminen on tuomarille jo tavallisessa laintulkinnassa suotavaa. Aukkotapauksissa, kun tuomarin on käytävä kiteyttämään ratkaisun pohjaksi pantava oikeusnormi,

rittamaan siitä yli menevää aukkotyyppien harkintaa. Niinpä se ei saa antaa osviittoja »vad tro och heder anses fordra». Emme hyväksy Carlsonin asettamaa rajaa. Ks. myös Kivimäki, Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä (Lm 1937 s. 480), jossa oikeustieteestä todetaan, että se meillä on kiteyttänyt jopa uusia instituutteja. »Jos lainoppi täyttää tehtävänsä oikein, voi se tulla tärkeäksi tekijäksi oikeuden kehittäjänä, niinkuin se meillä on monia aikoja ollutkin näistä tekijöistä tärkein» (s. 484).

¹⁸ Antti Tulenheimo: Tuleeko uuden rikoslakimme pyrkiä ratkaisemaan n.k. teoreettisia kysymyksiä? Lm 1930 s. 200 ss. — Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista, erit. 3 luku.

¹⁹ Ks. edellä positivistisen oikeustieteen metodista ja lisäksi lukua »Yhteiskuntatieto».

vaaditaan häneltä koko voimassaolevan oikeusjärjestyksen syvällistä tuntemista, ja se vuorostaan saattaa rakentua vain oikeushistorialliselle pohjalle.

Pinnallisesti katsoen tosin voitaisiin kiistää oikeushistorian merkitys tuomarin aukkoharkinnalle. Eikö aukkotapaus ole merkinä siitä, että yhteiskunnallinen kehitys on synnyttänyt *uusia* ilmiöitä, joihin säädännäiset ja tavanomaiset oikeusnormit eivät sellaisenaan sovellu? Mitä johtoa saattaisi näinollen antaa menneisyyteen tuijottaminen? Tämä kanta ei huomaa, että kestävä tulevaisuus on kivi kiveltä rakennettava menneisyyden pohjalle. Lisäksi on muistettava, etteivät kaikki aukkotapaukset aiheudu yhteiskunnallisen todellisuuden muuttumisesta: kätketyt aukot päinvastoin ovat sääntönä (ks. lukua »Oikeusaukon toteaminen«).

Toisinaan on vaikeata ratkaista, onko jokin vanha oikeusnormi edelleen voimassaolevaa oikeutta. Jos se on lakannut olemasta voimassa desuetudon vaikutuksesta (eikä siis myöskään vallitseva oikeusvakumus sitä enää kannata), syntyy konkreettisesti oikeustapauksessa aukkotilanne, elleivät säädännäinen tai tavanomainen oikeus ole luoneet uutta tapaukseen sopivaa normia. Jos lainsäädännöllinen reformi käsittää kokonaisen (laajan tai suppean) oikeusalan, lienee yleensä oletettava, että uusi lainsäädäntö on kumonnut aikaisemmin voimassa olleet oikeussäännökset, *vaikkakin* nämä olisivat olleet yksityiskohteisemmat kuin uudet säädännäiset oikeusnormit. Niinpä 1734 vuoden lain testamenttia koskevat säännökset ovat perin niukat verrattuina vuoden 1686 testamenttisäännön normeihin, mutta testamenttisäännön normien ei voitane katsoa olevan edes subsidiaarisesti 1734 v:n lain rinnalla voimassa. Tällaiset kysymykset on ratkaistava mitä huolellisimman harkinnan jälkeen ja kuhunkin oikeusalaan nähden erikseen. Olemmehan historiallisesta katsauksesta havainneet, että kyselyinstituutti 1734 vuoden lain vahvistamisen jälkeen yhäti vuoden 1614 oikeudenkäyntiordinantian nojalla jäi voimaan, vaikka 1734 v:n laki sivuuttaa tuon instituutin vaikenemalla. (Toivottiinko lakia säädettäessä, että kysely vähitellen jäisi pois käytännöstä? Lakikirjan esityöt eivät tähän vastaa.)²⁰

²⁰ Oikeushistorian merkityksestä Nehrman: Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem s. 7, 12, 73, 74, Calonius: Praelectiones I 42 §, Kyösti Haataja: Vuokran käsite s. 18, 19, F. Gény: Méthode d'interprétation II s. 13 ss. — Oikeushistorian käsitteestä ja metoodista J. Forsman: Suomen lainsäädän-

Vertailevan oikeustieteen arvo tuomarille perustuu länsimaisen kulttuuripiirin yhtenäisyyteen. Tämän piirin sisällä voidaan Suomen kannalta erottaa suppeampi oikeusyhteisöjen ryhmä, jossa yhtenäisyys on erityisen korkeanasteista: Skandinaavian maat. — Oikeusvertailun käyttämisestä tuomarin aukkoharkinnan apukeinona on sanottava samaa kuin ulkomaisen positiivisoikeudellisen tietoisopin käytöstä: *varovaisuus* on tarpeen, sillä vieraat oikeussäännökset ja -instituutit ovat kasyaneet esiin meille vieraasta historiasta ja sille rakentuvasta yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Yhtä vähän kuin kasvi voidaan mieltä valtaisesti siirtää maastosta ja ilmanalasta piittaamatta, yhtä vähän voidaan oikeusnormi täten kiskaista irti kasvupohjastaan. Suomalainen tuomari ei saata kyllin monipuolisesti havaita niitä lukemattomia siteitä, jotka liittävät vieraan oikeusnormin sen omaan historian pohjalla muodostuneeseen poliittis-taloudelliseen perustaan. Suomalainen tuomari liian helposti näkee normin *irrallisena*, »pelkästään juriidisena» muotona, koska hän ei kyllin syvällisesti tunne vierasta yhteiskuntaa.

Skandinaavian oikeusyhteisöt, Suomi niihin luettuna, ovat erikois-asemassa: niiden rakenteellinen yhtäläisyys oikeuttaa niiden tuomarit aukkoharkinnassaan luottamaan skandinaaviseen oikeusvertailuun enemmän kuin muuhun vertailuun. Mutta tässäkin on varovaisuutta noudatettava: näennäiset yhtäläisyydet saattavat peittää perustavia (historiasta, maantieteellisestä asemasta ja kansanluonteesta johtuvia) eroja. Suomalaisen tuomarin on aukkoharkinnassaan viime kädessä aina lähdettävä kansalliselta pohjalta; yhteiskuntamme erikoislaatu on tunnettava ja tunnustettava.²¹

nön historia s. 1 ss., J. Binder: Philosophie des Rechts s. 1041 ss., R. Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft s. 455 ss.: nerokas mutta yksipuolinen esitys. — Historian käsitteestä ja metoodista Benedetto Croce: Teoria e storia della storiografia: syvälinen ja näköaloja aukova.

²¹ Vertailevan oikeustieteen käsitteestä, metoodista, merkityksestä ks. esim. Mario Rotondi: Dogmatik und Rechtsvergleichung (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 1932), Edouard Lambert: La fonction du droit civil comparé I, erit. s. 44 ss., Sama: Mélanges Geny III s. 494, Raselli: Il potere discrezionale del giudice civile I s. 64 ss.

X. YHTEISKUNTATieto.

Analogia, tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut sekä oikeustiede antavat aukkotapausta harkitsevalle tuomarille tietoa nimenomaan oikeudesta yhteiskunnallisen todellisuuden osana. »Yhteiskuntatiedolla» tarkoitamme tässä luvussa tietoa, joka kohdistumatta välittömästi voimassaolevaan *oikeuteen* silti avaa tuomarille ovet yhteiskunnalliseen todellisuuteen. Yhteiskuntatietoon sanan laajimmassa merkityksessä sisältyvät myös analogian, judikatuurin ja oikeustieteen tuomarille antamat faktat, mutta tässä luvussa vähennämme ne pois, ja kutsumme jäljelle jäävää osaa »yhteiskuntatiedoksi». Heti on kuitenkin korostettava, että yhteiskuntatieto tuomarin aukkoharkinnassa on vain väline ratkaisun pohjaksi pantavan *oikeusnormin* muodostamisessa: emme selvittele aukkotapauksen konkreettisten faktain toteennäyttämistä, siis todistusoikeudellisia kysymyksiä.

François Gén y, joka kenties syvällisemmin kuin kukaan muu eurooppalainen ajattelija on valaissut yhteiskunnallisten realiteettien merkitystä tuomarille, lausuu: »Positiivisen yksityisoikeuden muodolliset lähteet... ovat tulkitsijan varmimpana suunnanosoittajana. Mutta olipa näiden oikeuden positiivisten ilmenemismuotojen tulkinta miten terävää ja hienoa tahansa, ei se kuitenkaan yksin saata tyydyttää oikeuselämän kaikkia vaatimuksia».¹ Sattuu tapauksia, joissa tuomarin, voimatta turvautua muodollisen oikeuslähteen tukeen, tulee luottaa vain itseensä ratkaisua harkitessaan (s. 75). Tällä Gén y tarkoittaa aukkotapauksia, sillä »muodolliset oikeuslähteet» ovat hänen mukaansa säädännäinen ja tavanomainen oikeus. Luonnehtiessaan tuomarin aukkoharkintaa Gén y käyttää sanoja »libre recherche scientifique»,² vapaa tieteellinen tutkimus. Vapaus merkitsee tässä, ettei tuomari saa tukea muodollisista oikeuslähteistä. Mielestämme Gén y:n näkemys helposti

¹ Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II s. 74.

² Méthode d'interprétation II s. 74—190.

johtaa harhaan: syntyy käsitys, että tuomarin muka vain aukkotapauksissa tulisi perusteellisesti huomioida yhteiskunnallisen todellisuuden eri puolia. Käsitellessään »Méthode d'interprétation»-teoksensa ensi osassa laajasti varsinaista tulkintaa, pohtiessaan tämän jälkeen oikeustieteen ja judikatuurin merkitystä, ja siirtyessään vasta sitten selvittämään yhteiskunnallisen todellisuuden tutkimista G é n y ei ole kyennyt täysin irtaantumaan vanhentuneesta lakitekstien palvonnasta. Psykologisesti on ymmärrettävää, ettei hän saattanut jyrkästi rikkoa viime vuosisadalla vallinnutta dogmia itse lakitekstien maagillisesta merkityksestä. Sentähden hän sijoittaa yhteiskunnallisia realiteetteja koskevan esityksensä aukkoprobleeman yhteyteen. Mainittua käsitystä vastaan huomautti jo vuonna 1907 V a n d e r E y c k e n, että G é n y n mukaan tuomarin tulee etsiä lainsäätäjän tahto esille, mikäli säädännäiset oikeusnormit ratkaistavan tapauksen varalle ovat olemassa. Hän ei siis, kuten V a n d e r E y c k e n aivan oikein toteaa, edellytä yhteiskunnallisen todellisuuden tieteellistä tarkastelua varsinaisissa tulkintatapauksissa. »Se näyttää hänestä välttämättömältä vain silloin, kun oikeuden objektiiviset ilmaisukeinot (= muodolliset oikeuslähteet) eivät anna ratkaisua; hän myöntää vapaalle tutkimukselle vain viimeisen sijan».³ V a n d e r E y c k e n sensijaan asettaa yhteiskunnallisen todellisuuden monipuolisen ja tarkan tuntemisen *kaiken* oikeuden soveltamisen, myös tulkinnan, pohjaksi. Tämä merkitsee ratkaisevaa näkemyksen muutosta. Itse asiassa V a n d e r E y c k e n jo paljon ennen saksalaisen intressilainopin kehittymistä loi yksityiskohtaisesti perustellun, erinomaisen todellisuudentajuksen oikeusteoriaansa.⁴

Luodessaan käsitteen »libre recherche scientifique», vapaa tieteellinen tutkimus, G é n y halusi »tieteellinen»-sanalla alleviivata objektiivisuutta, mielivallan estämistä. Tähän sisältyy syvälinen ajatus. Tieteellinen tutkimus pyrkii vapautumaan subjektiivisista emotionaalisista aineksista, se pyrkii »asiallisuuteen», tuloksiin, jotka periaatteessa jokaisen järjellisen ihmisen todentamisen jälkeen on pakko hyväksyä. Jos G é n y aukkoharkinnasta olisi karakteristiikkana käyttänyt vain sanoja »vapaa tutkimus», olisi korko helposti keskittynyt sanaan »vapaa», ja mielivallan takeita saisimme turhaan etsiä. Itse asiassa tuomarin ja tiedemiehen henkisessä asennoitumisessa on merkillistä yhtä-

³ Méthode positive de l'interprétation juridique s. 373.

⁴ Olisi kiintoisaa verrata toisiinsa V a n d e r E y c k e n i n ja H e c k i n ajatusapparaattia, mutta tässä yhteydessä emme saata tuohon laajaan vertailuun ryhtyä.

läisyyttä (joka ei tietenkään saa peittää eroja). Maallikolle ovat tiedemiehen ja tuomarin objektiivisuus, mielivallan tarkka välttäminen, vieraat. Maallikon ajattelua hallitsevat hetkelliset subjektiiviset virikkeet paljon suuremmassa määrässä.

Mutta kuitenkin emme muistutuksesta saata hyväksyä G é n y n »libre recherche scientifique»-käsitettä. Se aiheuttaa harhaluulon, että tuomarin harjoittamassa tulkinnassa ja aukkoharkinnassa muka vain *tieteellinen*, siis järjestelmällinen, yhteiskuntatieto olisi käyttökelpoinen apulähde. Tämä käsitys on aivan nurinkurinen: päinvastoin tuomarille epäsystemaattinen kokemustieto yhteiskunnallisista realiteeteista (varsinkin omaan havaintoon perustuva) on monin verroin tärkeämpi kuin varsinaisten yhteiskuntatieteiden antama apu, ja niiden metoodin mukaan suoritettu tarkastelu. Yhteiskuntatieteiden nousuhan on verrattain myöhäisen ajan ilmiö. Entisaikaan tuomari miltei yksinomaan sai tyytyä epäsystemaattiseen yhteiskunnalliseen kokemustietoon, ja yhäti *tällainen* kokemustieto on tärkein. Että G é n y korostaa juuri *tieteellistä*, systemaattisuuteen pyrkivää, yhteiskuntatietoa, johtunee psykologisesti siitä, että »Méthode d'interprétation»-teoksen ensi painos luotiin vuosisadan vaihteessa, jolloin yhteiskuntatieteet olivat voimakkaassa nousussa. G é n y on siis mielestämme herkästi vaistonnut tämän länsimaiselle sivistykselle kuvaavan kehitystendenssin, mutta liioitellut sitä. On kylläkin täysin ymmärrettävää, että esim. Yhdysvalloissa, joissa yhteiskuntatieteellinen tutkimus meidän päivinämmä on poikkeuksellisen korkealla tasolla, tarmokkaasti korostetaan yhteiskuntatieteiden perustavaa merkitystä oikeudelliselle ajattelulle. »No aspect of present legal thinking is more marked than its tendency to levy upon all fields of knowledge for assistance in the analysis of fundamental problems».⁵ Oikeustiede on itsekkin yhteiskuntatiede, ja voi kasvaa täyteen voimaansa vain liittymällä muihin yhteiskuntatieteisiin selvittääkseen näille kaikille pohjaltaan yhteisiä probleemoja, lausuu sattuvasti Cairns (m.t. s. 266). Mutta *tiedemies*, kuten G é n y ja Cairns, helposti unohtaa, että tuomarille eivät sittenkään ole tärkeimmät systemaattiset yhteiskuntatieteet, vaan vuosien kuluessa kertynyt elämäkokemus.

Yhteiskuntatieteiden arvoa tuomarille vähentää se seikka, ettei niiden metoodikysymyksistä tahdota päästä edes suhteelliseenkaan yksimielisyyteen. Kuuluisean fyysikkoon ja matemaatikkoon Poincarén yhtyen saattaa Cairns täydellä syyllä valittaa, että luonnontie-

⁵ Huntington Cairns: *Law and the social sciences* (1935) s. 1.

teilijäin pohtiessa itse tutkittavia probleemoja, käyttävät yhteiskuntatieteilijät aikansa metoodin pohtimiseen (s. 6). Tämä johtuu yhteiskuntatieteiden tutkimusesineen rakenteellisesta kompleksisuudesta, mutta myös mainittujen tieteiden nuoruudesta.⁶

Tuomari saa yhteiskuntatietonsa omakohtaisen havainnon tai toisten henkilöiden välityksellä, mutta käytännössä nämä kaksi haaraa yhtyvät. On erittäin vaikeata tarkasti osoittaa, minkä verran esim. tuomarin tieto yhteiskunnan taloudellisesta rakenteesta perustuu välittömiin omakohtaisiin havaintoihin, minkä verran se taasen rakentuu luetuun ja kuultuun. Tuomarihan elää henkisessä vuorovaikutuksessa yhteiskunnan jäseniin: omat havainnot yhteiskunnan struktuurista kutoutuvat toisten hänelle ilmoittamiin havaintoihin, täten vähitellen syntyy perustavan tärkeä »elämäkokemus». Avoimin silmin yhteiskuntailmiöiden keskellä liikkeessaan tuomari ilman erikoista ponnistelua saa yhteiskuntatietonsa arvokkaimman osan, joka siis on ei-systemaattista, ei-tieteellistä. On kylläkin *ajateltavissa*, että tuomari saattaa varsinaisen virkatoimintansa ohella sivuharrastuksena harjoittaa yhteiskuntatieteellistä tutkimusta. Jos tuomarilla on sellaiseen halua ja voimia, on yhteiskunnallisen todellisuuden rajoitetun osan systemaattista tarkastelua pidettävä erittäin hedelmällisenä. Ei niinkään paljon itse saavutettavien tieteellisten tulosten vuoksi sellaisenaan (joskin myös ne saatavat välittömästi edistää tuomarin aukkoharkintaa), vaan sentähden, että tuomari saa *omakohtaista* kokemusta tieteellisen ajattelun metoodista, ja kykenee siten tehokkaasti kritisoimaan oikeustieteen sekä muiden yhteiskuntatieteiden aukkoharkinnalle tarjoamaa apua. Vasta kun yhteiskuntatieteet tuomarin omassa ajattelussa täten elävoityvät, ne saattavat täysin määrin hyödyttää oikeudenkäyttöä.

Toisilta saatava epäsystemaattinen ja systemaattinen tieto on tuomarin aukkotapausta harkitessaan aina *kriittisesti arvioitava*. Epäsystemaattisen tiedon kriittinen arviointi on sitä varmempaa, mitä monipuolisempaa tuomarin oma elämäkokemus on, tieteellisen tiedon arviointi sitä tehokkaampaa, mitä paremmin tuomari tuntee tieteellisen metoodin, sen edellytykset ja varmuusasteet. On esitetty epäilyjä siitä,

⁶ Saksalaisessa sosiologiassa metodikysymysten fanaattinen vavominen esiintyy huipussaan. Tällaiset selvittelyt tietenkin ovat mitä avartavimmat, mutta aukkotapausta harkitsevalle tuomarille ne eivät anna tukea. Sellainenkin poikkeuksellinen kiintoisa tutkimus kuin Eduard Schmidt'in »Das Verhältnis von Soziologie und Philosophie nach der neueren deutschen soziologischen Literatur» (Hilchenbach 1930) on oikeuskäytännölle arvoton.

että tuomari dilettanttina ei kykene asiallisesti arvioimaan eri yhteiskuntatieteiden tarjoamaa apua, vaan että niistä aukkoharkinnalle on enemmän vahinkoa kuin hyötyä. Niinpä Kleinfeller lausuu: »Voraussetzung der Unabhängigkeit ist Bildung, aber nicht ein Allerleiwissen, das neuerdings befürwortet wird. Kein noch so umfassendes Wissen schützt gegen Irrtum; Vielwisserei dagegen ist eine Gefahr für die Wahrheitserforschung, wenn der Richter auf Grund seiner eigenen Kenntnisse irrtümlich glaubt, fremde Hilfe entbehren zu können».⁷ Kun tuomarin oma tieto ei riitä, tulee hänen Kleinfellerin mukaan turvautua asiantuntijoihin. Tämän johdosta huomautamme, että tuomarin tietenkin tulee kriittisesti arvioida asiantuntijain lausunnot, mikä taasen edellyttää edes jonkinlaisia tietoja arvioitavalta alalta. On siis kehässä kiertämistä, jos tuomaria ankarasti varoitetaan luottamasta omiin yhteiskunnallisiin tietoihinsa, ja velvoitetaan hänet käyttämään asiantuntijoita. Emme tällä suinkaan tarkoita, että asiantuntijain käyttö aukkoharkinnalle olisi arvoton: nykyisen yhteiskunnan äärimmilleen kehittynyt monisäikeisyys, spesialisoituminen eri elämänaloihin, päinvastoin korottaa asiantuntijainstituutin merkitystä. Mutta väärin on käyttää tuota instituuttia argumenttina tuomarin yhteiskuntatieteellistä sivistystä vastaan.

Bierling taas lausuu Gényn »libre recherche scientifique» johdosta: »...erweckt mir die schliessliche Beschwörung einer fast unabsehbaren Fülle von Hülfswissenschaften von vornherein Bedenken».⁸ Bierlingin mielestä Gény vahvasti liioittelee yhteiskuntatieteiden merkitystä tuomarin aukkoharkinnalle, sekottaa todellisuuden ja toiveet. Kenties yhteiskuntatieteet joskus, kehittyttyään metoodisesti, saattavat apua antaa, mutta toistaiseksi niiden arvo on minimaalinen. Lisäksi on muistettava, ettei tuomari saata näitä tieteitä perinpohjin hallita, vaan helposti joutuu vaaralliselle »harrastelijan» tielle. Hän luulee tietävänsä, eikä suostu kuulemaan asiantuntijoita.⁹ Bierlingiäkin vastaan huomautamme, että asiantuntijalausunnon tehokas kriittinen hyväksikäyttö oikeudenkäynnissä juuri edellyttää, että tuomarilla itsellään on mahdollisimman laajat tiedot yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Lisäksi ei mielestämme ole suinkaan varmaa, että omakohtainen perehtyminen yhteiskuntatieteiden eri haaroihin lisäisi tuomarin

⁷ Gerechtigkeit und Rechtsgang s. 9.

⁸ Juristische Prinzipienlehre IV s. 421.

⁹ Juristische Prinzipienlehre V s. 19.

itsevarmuutta in absurdum: päinvastoin pidämme todennäköisenä, että hänen *kriittisyytensä* siten kasvaa, koska hän on eläytynyt tieteellisen tutkimuksen henkeen. Yhteiskuntatieteellisen sivistyksen merkitystä tuomarille ei mielestämme koskaan voida yliarvioida. Tärkeintä on itse *hengensuunta*, tuomarin tulee ymmärtää, että oikeus on syvästi hallittavissa vain koko yhteiskunnallisesta todellisuudesta käsin. Sitä hän G é n y juuri teroittaa. Selvää on kylläkin, ettei tuomari aktiivitutkijana mitenkään saata hallita kaikkia yhteiskuntatieteitä. Mutta onko oikeudenkäytölle *enemmän* hyötyä siitä, että tuomari tästä syystä omaksuu kokonaan kielteisen ja välinpitämättömän kannan yhteiskuntatieteisiin nähden, kuin että hän kykynsä mukaan koettaa niitä kriittisesti aukkoharkinnassaan käyttää? Meidän tarvitsee vain asettaa kysymys: vastaus on silloin myös annettu. Nykyisessä monisäikeisessä yhteiskunnassa tuomari ei yksinkertaisesti tule toimeen ilman yhteiskuntatieteiden aukkoharkinnalle tarjoamaa apua.¹⁰

Tosin yhteiskuntatieteiden apua voidaan oikeudellisessa ajattelussa väärinkäyttää. Niiden puoskarimainen huolimaton soveltaminen »johdattaa halpahintaisiin yleistyksiin, jotka ovat tieteellisesti arvottomat, ja analogioihin, jotka eivät edistä vaan jarruttavat ajattelun kehittymistä».¹¹ Niinpä biologiasta saatua elimistön käsitettä on sovellettu fantastisella tavalla esim. S p e n c e r i n ajattelussa.

El. Kaila on huomauttanut tuomarin ammattikasvatuksesta, ettei häntä käytännöllisistä syistä voida kasvattaa »kaikkien muiden alojen ammattimieheksi», vaan että tuomarin kasvatus on ollut pakko rajoittaa (kenties joitakin poikkeuksia, maanjako-, kauppariitatuomaria y.m. lukuunottamatta) muototieteen, oikeustieteen, tuntemiseen (Lainopillisten ja muiden oppiaineiden suhteesta toisiinsa s. 28). Nykyiseen yliopistokasvatukseen nähden lausunto ehdottomasti pitää paikkansa, ja ymmärrämme samalla, miksi teoreettiset yliopisto-opinnot tuomarin ammattikasvatuksessa muodostavat vain alkuepisoodin. Tuomarin ammattikasvatus jatkuu käytännön koulussa, vasta siellä *elävöityy* teoreettinen painolasti. Sama ilmiö voidaan havaita monilla ammatti-

¹⁰ Ehrlich: Die juristische Logik s. 437 vaatiikin syystä, että modernin tuomarin tulee olla »mit dem ganzen gesellschaftswissenschaftlichen Rüstzeug ausgerüstet». Mutta tämä ei mielestämme suinkaan saa merkitä kuolleen tietoaaineiston kasaamista, vaan *asennoitumista*, yhteiskunnallisen todellisuuden eri puolten jatkuvaa tarkkaa huomioimista.

¹¹ Cairns: Law and the social sciences s. 4.

aloilla, mutta tuomarin kasvatus on erikoisen suuressa määrin *alati* jatkuvaa yhteiskuntakokemuksen syventämistä. Tuomari määrää ihmiskohtaloista: siksi hänen elämäntuntemuksensa ei koskaan saata olla kyllin syvä.

Ennenkuin ryhdymme yksityiskohtaisesti tarkastelemaan yhteiskuntatiedon eri haarain merkitystä tuomarin aukkoharkinnalle, on meidän tutkittava *tuomarin todellisuudentaju*n tärkeätä problemaa. Todellisuudentaju ei merkitse vain vastaanottavaisuutta yhteiskuntatietoon nähden, vaan myös kykyä tiedon hedelmälliseen soveltamiseen. Lisäksi todellisuudentaju tuomarilla ei ilmene ainoastaan taipumuksena välittömien omakohtaisten havaintojen tekoon, vaan myös kykynä käyttää toisten havaintoja oikeudenkäyttöä hedelmöittävällä tavalla. Tuomarin todellisuudentajuun vaikuttavista tekijöistä ovat tärkeimmät hänen psyykillinen rakenteensa sekä yhteiskunnan taholta tulevat vaatimukset.

Nykyajan erinomaisen differentioitunut ja alati kehittyvä yhteiskunta asettaa tuomarin todellisuudentajulle korkeat vaatimukset. Mekaaninen subsumtiokone ei dynaamisessa yhteisössämme ole ajateltavissa. Yhtä mahdotonta olisi kuvitella lainlukijajärjestelmää: se saattoi (huonosti) toimia vain rakenteeltaan yksinkertaisessa ja stabiilissa yhteisössä. Rationaalisen ajattelun tunkeutuminen tuotantotekniikan ja sitä tietä kaiken yhteiskunnallisen suunnittelun alalle on terästännyt kansalaisten kriittillistä silmää. Jos tuomari antaa todellisuudelle vieraita ratkaisuja, vaipuu kaavamaisuuteen, suuntautuu häneen heti yhteiskunnan taholta moite. Jos hän haluaa säilyttää arvovaltansa, on hänen pakko tarkoin tuntea yhteiskunnallinen todellisuus. Mutta toisaalta nykyinen kiihtynyt elämänrytmi lisää oikeustapauksia ja tuomarin työtaakkaa. Jos siinä mennään yli määrätyn rajan, kärsii tuomarin todellisuudentaju, sillä liikarasituksen vaivaama tuomari ei kykene kyllin joustavasti havaitsemaan yhteiskunnallisia realiteetteja.

Käydessämme nyt tutkimaan tuomarin todellisuudentajuⁿ psykologisia edellytyksiä, lienee tarkoituksenmukaista ensin kriittisesti tarkastella muutamia arvovaltaisia todellisuudentajusta esitettyjä mielipiteitä. Zitelmann korostaa, ettei tuomarille riitä kamariopinnoilla saavutettu laintuntemus, vaan että siihen lisäksi tarvitaan »eine breite Kenntnis auch des Lebens und ein heller Wirklichkeitssinn». Tarvitaan miehiä, jotka soveltavat lakeja avarasti, humanisesti, yhteiskunnallista ymmärtämystä osoittaen, jotka kykenevät lakeja tar-

peen tullen täydentämään ja edelleen kehittämään.¹² Fabreguetesin mukaan tulee tuomarin ennen muuta vapautua ennakkoluuloistaan, hänen tulee ajatella avarasti;¹³ Ransson vaatii tuomarilta »avaaraa yhteiskunnallista näkemystä» (Essai sur l'art de juger s. 28—29). Mitä on ymmärrettävä näiden tutkijain julistamalla »avarakatseisuudella»? Mielestämme yhteiskunnallisen todellisuuden monipuolista tuntemista, oikeuden koko tarkoitukskompleksin hallitsemista yhteiskunnallisesta todellisuudesta käsin. Trygger karakterisoi »det juridiska skarpsinnet»-käsitteensä seuraavasti: »Det juridiska skarpsinnet har gemensamt med allt skarpsinne, att det innebär förmågan att skilja mellan huvudsak och bisak, mellan väsentligt och oväsentligt. Det innebär särskilt förståndets styrka att genomtränga de yttre skal, inom vilka rättsbestämmelserna föra sin tillvaro».¹⁴ Mutta tuon ulkokuoren puhkaisuinen edellyttää mielestämme tarkkoja *tietoja* yhteiskunnallisesta todellisuudesta, ei siihen riitä synnynnäinen vaisto, joskin vaisto helpottaa tietojen soveltamista.

Aukkoharkinnan yleisiä edellytyksiä pohtivassa luvussa havaitsimme, että kokonaisuuden kategoriolla on tuomarin ajattelussa hallitseva asema: hänen tulee nähdä yksityinen oikeustapaus ja yksityinen oikeusnormi oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta käsin. Mutta se ei riitä: konkreettinen oikeustapaus on myös tajuttava mielekkäänä kokonaisuutena, vain siten tuomari saa siitä todellisen »otteen». Hänen tulee siis nähdä sekä yksityinen oikeustapaus että oikeusjärjestys jäsentyneinä kokonaisuuksina, ja vasta nämä kaksi intuitiota yhdessä luovat hyvän, ammattimiehenä etevän, tuomarin. Ellei hän kykene näkemään konkreettista oikeustapausta kokonaisuutena, hajoaa se pirstaleiksi, kaaokseksi. Aukkotapauksissa tämä on erikoisen kohtalokasta, sillä niissä säädännäiset ja tavanomaiset oikeusnormit eivät anna tapaukselle kiinteitä ääri viivoja. Nyt ymmärrämme, miksi oikeudenkäyttöä pidetään *taiteena*: *tapaus* hahmottuu tuomarille vasta hänen luovalla synteessillään. Mutta olemme aukkoharkinnan yleisiä näkökohtia pohtiessamme myös todenneet, että tuomarin ja taiteilijan ajattelu syvällisesti eroavat toisistaan: kun taiteilija *pysähtyy* plastillisen elävästi nähtyyn konkreettiseen tapaukseen, on tuomarin avarrettava katseensa yli koko oikeusjärjestyksen.

¹² Lücken im Recht s. 37.

¹³ La logique judiciaire et l'art de juger s. 441.

¹⁴ Domaren och hans uppgift s. 398.

Kaikki tieto, myös omalla havainnolla hankittu, on enemmän tai vähemmän yleistävää, abstrahoivaa: tämä kuuluu käsitteellisen ajattelun olemukseen. Miten tuomari soveltaa yhteiskuntatietoaan konkreettisen aukkotapauksen harkintaan? Tehokas soveltaminen edellyttää ennen muuta, että tuomarilla on n.s. *tervettä järkeä* (se kuuluu hänen todellisuudentajuunsa). Tämä kiintoisa käsite tarkoittaa, että abstraktista tietoa konkreettiseen tapaukseen sovellettaessa tuomari on valmis tekemään tarpeelliset *korrektiot*. Abstraktinen tieto antaa vain keskimääräiskaavoja, joiden taitamaton ja väkivaltainen soveltaminen elävään konkreettiseen tapaukseen on tuhoisaa. Tuomari, joka ei huomaa harkittavan oikeustapauksen hienoja vivahduksia, vaan soveltaa yhteiskuntatietoaan mekaanisesti, ei ole hyvä tuomari. Nyt ymmärrämme myös missä yhteiskuntatieteiden suurin vaara oikeudenkäytölle piilee: ei se niinkään paljon ole siinä, etteikö tuomari kykenisi kriittisesti arvioimaan tieteellisten lausumien paikkansapitäväisyyttä, vaan siinä, että tervettä järkeä vailla oleva tuomari ryhtyy soveltamaan itsessään kenties oikeita lausumia sellaisiin konkreettisiin tapauksiin, joihin ne eivät todellisuudessa sovellu. Hagerup huomauttaa sattuvasti, että oikeudenkäyttö edellyttää muutakin kuin tietoja, se vaatii myös kyvyn terävästi havaita konkreettisten oikeustapausten erikoisuudet (Retsencyclopaedi s. 32). Ja Knoph lausuu, etteivät hyvää tuomaria luo yksin logiikka ja juriidiset tiedot; vaaditaan lisäksi »et godt judicium, som setter dommeren i stand till straks å se kjernen i en sak, og intuitivt gripe den riktige avgjørelse».¹⁵

Knophin sanojen johdosta on meidän kuitenkin huomautettava, että tuomarille eivät riitä pelkkä intuitiivinen hahmottamiskyky ja terve järki; häneltä vaaditaan myös *huolellisuutta*. Tämäkin kuuluu tuomarin todellisuudentajuun sanan laajassa merkityksessä. Ensi intuitio saattaa olla pettävä. »Domaren skal icke wara förhastigh til at döma, för än han Saken wäl begrundat haffuer, ty en hastigh Dom är sällan godh och rätter» (24. tuomarinohje). Nopea käsittämiskyky saattaa käydä kohtalokkaaksi, ellei sitä täydennetä huolellisella kritiikillä. Sen tähden Trygger »juriidisesta teräväpääisyydestä» sanookin erinomaisen sattuvasti: »Man torde möjligen riktigt angiva det juridiska skarpsinnets innebörd, om man säger, att det innefattar förmågan att med förståndet arbeta vidare på den väg, som den juridiska takten anvisat såsom den prima facie riktiga» (Domaren och hans uppgift s.

¹⁵ Oversikt over Norges rett s. 18.

399). Kun korostetaan, että tuomarin tulee olla *empiristi*, sisältyy siihen myös huolellisuus (huolettomien metafyyssillisten unelmien vastakohtana).¹⁶

Käydessämme nyt tutkimaan oikeutta yhteiskunnallisen todellisuuden osana, on meidän ensin kriittisesti arvioitava G é n y n oppi kaiken oikeuden pohjana olevista yhteiskunnallisista realiteeteista. G é n y on kehittänyt teoriasensa »Science et technique en droit privé positif»-teoksessaan, mutta hänen ajattelunsa kantavuus ulottuu kauas yksityisoikeuden ulkopuolelle. Kenties onkin hedelmällistä, että tutkija lähtee spesiaalihaarasta (jonka hän perinpohjin hallitsee) ja kehittää sieltä käsin yleisluontoiset perspektiivinsä. Oikeuden pohjana olevat yhteiskunnalliset faktat G é n y ryhmittelee seuraavasti: *données réelles ou strictement naturelles, données historiques, données rationnelles, données idéales*.¹⁷ Huomiomme kiintyy heti termiin »donné», se ilmaisee että kysymyksessä ovat *annetut*, pääsemättömät yhteiskunnalliset faktat. Se suuntaa siis katseen yhteiskunnalliseen todellisuuteen, ja tämä seikka on perustavan tärkeä. Kun seuraavassa käymme arvos-telemaan G é n y n oppeja, on meidän aina muistettava, että itse peruskäsitelmänsä hänellä on mitä arvokkain, joskin sen yksityiskohtaisesta kehittelystä saattaa olla eri mieltä.

G é n y luonnehtii »données réelles ou strictement naturelles»-käsitettään seuraavasti: reaalilla eli ankaran luonnollisilla tosiasioilla on ymmärrettävä olosuhteita, joissa ihmiskunta tosiasiallisesti elää (*les conditions de fait, où se trouve placée l'humanité: s. 371*). Niihin on luettava fyysillinen ja moraalinen luonto, joka muodostaa ihmiselämän kehitykset (ilmanala, maaperä tuotteineen, ihmisen anatominen, fysiologinen ja psykologinen rakenne, moraaliset pyrkimykset, uskonnolliset tunteet j.n.e.), taloudelliset olot, jotka vaikuttavat ihmisten toimintaan, sekä faktilliset poliittiset tai sosiaaliset olosuhteet. Tämän johdosta on meidän huomautettava, että jo termi »données réelles» johtaa ajatuksen harhaan, sillä heräähän heti käsitys, että muut yhteiskunnalliset faktat (siis *données historiques, rationnelles ja idéales*) muka ovat *données irréelles*, epätodellisia. Jos kerran pyritään yleiskatsauksellisesti ryhmittelemään oikeudellisesti tärkeitä yhteiskunnallisia faktoja, on nurinkurista koota ensimmäiseen ryhmään jo kaikki ajateltavat tosiasiat: eihän silloin

¹⁶ T. Perassi: *Introduzione alle scienze giuridiche* s. 25, G. Capograssi: B. L. Cardozon esittelyä RIFD 1930 s. 640.

¹⁷ *Science et technique en droit-privé positif* II s. 371 ss.

muihin ryhmiin jää mitään. Lisäksi kiintyy huomiomme rinnastukseen »données réelles ou strictement naturelles». Eihän mitenkään voida väittää, että taloudelliset ja poliittiset faktat olisivat »luonnollisia» samassa mielessä kuin ihmisen biologinen rakenne tai maantieteelliset olot (ilmanala, maaperä). Taloudelliset ja poliittiset tosiasiat kasvat esiin historiallista tietä, eivät ne suinkaan ole »luonnonvälttämättömyyksiä». Jos sensijaan »données naturelles»-käsite rajoitettaisiin biologisiin ja maantieteellisiin faktoihin, saattaisi se muodostua oikeusteorialle hyvinkin hedelmälliseksi.

Eino Kaila on teoksellaan »Persoonallisuus» (1934) vakuuttavasti todistanut, että biologia muodostaa hedelmällisen lähtökohdan psykologiselle tutkimukselle. Alphonse Ménard on samana vuonna julkaistussa tutkimuksessaan »Essai d'un traitement biologique de la notion de droit» luonut biologisen oikeusteorian, joka mielestämme herättää suuria toiveita. Ménard tutkii yhteiskuntaa koossapitäviä ja sitä hajoittavia voimia biologisesta näkökulmasta, hän selvittelee oikeustajuntaa »vitalisena välttämättömytenä» (m.t.s. 99), pohtii johtajain ja johdettujen suhdetta biologisena ilmiönä (s. 79 ss.), analysoi yksityiskohtaisesti tavan biologista pohjaa, selvittää tietoisien ajattelun suhdetta biologiseen perustaan (s. 285 ss.).¹⁸ Kuvaavaa on, että Huntington Cairns oikeuden ja yhteiskuntatieteiden suhdetta käsittelevässä perusteellisessa tutkimuksessaan asettaa antropologian kunniasijalle (ennen taloustiedettä, sosiologiaa, psykologiaa ja valtio-oppia); niinikään hän käsittelee psykologiaa biologisesta näkökulmasta.¹⁹

Mitä erityisesti tulee psykologiaan, ei ihmisen n.s. »henkistä rakennetta» voida ymmärtää sosiaalisesta kentästä irroitettuna, vaan ainoastaan tuohon kenttään kuuluvana ja siihen vaikuttavana. Tässä mielessä kaikki psykologia on sosiaalipsykologiaa. Mutta tietenkin tuomarille ovat erityisen valaisevia ne tutkimukset, jotka nimenomaan suuntautuvat joukkopsykologisiin probleemoihin.²⁰ On vaikeata erot-

¹⁸ Ks. myös M. Blondel: *La pensée* I, II, E. Rabaud: *Les caractéristiques biologiques humaines* (teoksessa »L'Évolution humaine des origines à nos jours» I, Paris 1934), Paul Giran: *Les origines de la pensée* (Paris 1923), E. Forti: *Le point de vue biologique et la vie psychologique consciente* (Paris 1925). — — A. Carrel: *Tuntematon ihminen* (Porvoo 1937). — — DL 1937 oik. tap. n:o 15: veriryhmätutkimus todistuskeinona (negatiivisena).

¹⁹ Law and the social sciences. — — Antropologiaa käsitellään s. 7—48.

²⁰ Esim. Alf Ahlberg: *Social psykologi*, Blondel: *Introduction à la psychologie collective* (Paris 1934) sekä lukuisat englanninkieliset tutkimukset (Mc Dougall, Ellwood, Dunlap).

taa »ihmisen biologis-psykologiseen olemukseen» kuuluvia tosiseikkoja faktoista, jotka vain ilmentävät määrättyä historiallista ympäristöä, yhteiskunnallista kehitysvaihetta. Tämä vähentää *données naturelles*-käsitteen käyttökelpoisuutta. Psykologi on taipuvainen pitämään suhteellisen konstantteina sellaisia tosiasioita, jotka lähemmin tutkittaessa eivät suinkaan ole »ihmiselle sinänsä» tunnusmerkilliset, vaan ainoastaan ilmaisevat määrätyn yhteiskunnallisen, historiallisesti muodostuneen ympäristön vaikutuksen.

Olemme täten joutuneet *Gény*n toiseen tosiasiaryhmään, historiallisiin faktoihin, joita hän kuvailee seuraavasti: ne *kasuvat esiin* reaalista, luonnollisista tosiasioista.²¹ Yhteiskuntaelämän tosiasiat ja olot luovat määrätyn säännöstelyn, joka ajanmittaan muodostuu volyymiltaan huomattavaksi. Säännöstely ilmenee ennen muuta säädännäisenä ja tavanomaisena oikeutena; siihen liittyvät juriidiset tulkintakeinot, oikeustiede, judikatuuri sekä oikeuskäytäntö sanan laajassa merkityksessä. Ei enää ole kysymys yhteiskuntaelämän passiivisesta raaka-aineesta (= *le donné réel*), vaan säännöksistä, jotka ohjaavasti vaikuttavat yhteisön jäsenten toimintaan (s. 376—377). Tärkeimmät oikeudelliset instituutit imevät voimansa historiallisesta maaperästä (s. 379). *Gény*n »*données historiques*»-käsitettä tarkastellessamme havaitsemme ensinnäkin, että hän lukee voimassaolevat oikeusnormit yhteiskunnalliseen todellisuuteen sen historiallisesti muodostuneena osana, eikä *Kelsenin* tavoin sijoita oikeusnormeja erilliseen »Sollen»-maailmaan. Vivahdus saattaa näyttää vähämerkitykselliseltä, mutta todellisuudessa sillä on ratkaiseva merkitys koko oikeudelliseen ajatteluun nähden. Mutta *Gény* rajoittaa »historiallisen tosiasian» aivan liian ahtaasti, lukiessaan tämän käsitteen piiriin etupäässä vain oikeusnormit. Mielestämme oikeudellisen ajattelun tulee tarkoin tuntea yhteiskunnan rakenne kokonaisuudessaan, sellaisena kuin se historialliselta pohjalta on kasvanut esiin. Oikeusnormit ovat vain osa yhteiskunnallisista normeista, ja nämä vuorostaan vain osa koko yhteiskunnallisesta historiallisesti muodostuneesta todellisuudesta. Pääasia on kuitenkin, että *Gény* tarmokkaasti on kiinnittänyt huomion historialliseen näkemykseen, sivuseikka on tämän rinnalla, miten hän yksityiskohtaisesti »historialliset faktat» määrittelee.

Oikeudellinen ajattelu ei kuitenkaan saata kritiikittömästi alistua

²¹ Science et technique en droit privé positif II s. 376: »Sur ce donné réel vient se greffer un donné historique».

luonnollisten ja historiallisten faktojen vietäväksi, vaan ne ovat »alistettavat hengen käskettäväksi, joka yksin voi arvioida vastaavanko ne tarkoitus, joka hallitsee kaikkea oikeudellista organisatiota»²²: täten olemme joutuneet G é n y n kolmanteen tosiasiar ryhmään, les données rationnelles. Itse asiassa, lausuu G é n y, tämä donné rationnel vastaa klassillisen luonnonoikeuden ydintä. Meidän mielestämme »donné rationnel»-käsite tuo mukanaan pelkkää epäselvyyttä. Mikä merkitys on lopultakaan luonnollisilla ja historiallisilla faktoilla, jos oikeudellinen ajattelu aina voi »järkeillä» itsensä niistä irti vetoamalla luonnonoikeudellisiin periaatteisiin tai epämääräisiin oikeellisuuskäsityksiin? Jos kerran oikeudelle koetetaan löytää objektiivinen perusta yhteiskunnallisen todellisuuden luonnollisista ja historiallisista aineksista, miksi on tuo perusta kiellettävä luomalla »donné rationnel»-käsite? Tuntuu siltä kuin G é n y olisi säikähtänyt omaa realismiaan, ja koettanut paeta sitä vanhan luonnonoikeuden helmaan. Täten hänen ajattelunsa jää puolittain metafysiilliseksi. Asiaa ei suinkaan selvennä lausunto, että »le donné rationnel» käsittää vain säännökset, jotka järjellisellä välttämättömyydellä johtuvat ihmisen olemuksesta (»les préceptes, que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme»: s. 381), sillä tähän näyttää viittaavan »données naturelles»-käsitteeseen. Vai tarkoitetaanko, että ihmisellä on kaksi »luontoa», toinen luonnontieteellisbiologista tietä selvitettävä, toinen metafysiillisen elämyksen kautta »nähtävä»?

Viimeisen oikeudellisesti tärkeän tosiasiar ryhmän muodostaa »le donné idéal», jolla G é n y tarkoittaa »oikeuden kehittämiseen tähtäviä toiveita»,²³ tendenssejä, ihanteita. G é n y myöntää, että tämä tosiasia on erittäin epämääräinen (»flottant et vague»), mutta omasta puolestamme pitäisimme »donné idéal» käsitettä hedelmällisenä ja vahvaa todellisuudentajua ilmaisevana. Jos näet jätämme huomiotta yhteiskunnassa elävät aatteet, ihanteet, arvot, saamme perin köyhän ja yksipuolisen kuvan yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Tosin tulevaisuuteen tähtäävät ihanteet nekin kuuluvat historialliseen todellisuuteen, sillä historia on alati jatkuvaa luomisprosessia, mutta on tarkoituksenmukaista erottaa ne erityiseksi yhteiskunnallisten faktain lajiksi. Emme lainkaan käsitä, miksi G é n y tarvitsee »donné rationnel»-mytifi kaationsa, kun hänen teoriassaan kerran on paljon parempi käsite

²² Science et technique II s. 380.

²³ Science et technique II s. 384.

»le donné idéal». Kuvaahan hän »donné idéaliaan» intuitioksi, puutteellista järkeä täydentäväksi kokonaiselämykseksi (»une expérience intégrale»: s. 387): tämä viittaa arvoelämykseen, joka kuitenkin samalla on ankkuroituna luonnollisiin ja historiallisiin realiteetteihin.

Kansainvälisen oikeuden tuntija, oikeusfilosofi Louis Le Fur jaoittelee oikeuden pohjana olevat yhteiskunnalliset tosiasiat seuraavasti: ensinnäkin fyysillisen luonnon faktat kuten ilmasto, alueen maantiede ja taloudellinen rakenne, toiseksi historialliset faktat, traditio, ja kolmanneksi itse ihminen, hänen omatuntonsa ja järkensä (johon sisältyy myös intuitio).²⁴ Havaitsemme, että Le Fur kuten Géný virheellisesti pitää taloudellisia faktoja »luonnonfaktoina» eikä historiallisina: kätkeytyykö mainitun käsityksen taakse yritys absolutisoida tosiasiallinen talousstrukturi? Lisäksi käsitteet »ihmisen omatunto ja järki» itsenäisinä faktoina avaavat takaoven metafysiikkaan.

Julien Bonnecase taas erottaa muodolliset ja reaaliset oikeuslähteet. Reaalisia oikeuslähteitä ovat »l'élément expérimental» ja »l'élément rationnel». Edellinen tekijä luo välittömästi oikeusnormit, mutta tämä tapahtuu rationaalisen tekijän inspiroimana ja sen valvonnan alaisena. Tuo rationaalinen tekijä »ikäänkuin siivilöi kokeellisen tekijän antamat ainekset» (m.t.s. 204). Rationaalinen tekijä merkitsee pyrkimystä yhteiskunnalliseen harmoniaan, joka pyrkimys on lähtöisin yhteiskunnasta itsestään (du milieu social) tai ihmisen pysyvistä olemuksesta: sen ilmauksena on oikeuden käsite. Mielestämme sanonta »l'élément expérimental» on mahdollisimman epäonnistunut, se kun johtaa ajatuksen kokeeseen, jota yhteiskunnallisella alalla vain minimaalisessa määrässä voidaan harjoittaa. Kenties Bonnecase tuolla termillä yksinkertaisesti tarkoittaa kokemusta. »L'élément rationnel» taas on tyypillinen metafyyssillinen käsite ilman pienintäkään tieteellistä arvoa: päinvastoin »rationaalisen tekijän» harjoittama siivilöinti näyttää johtavan täydelliseen mielivaltaan. Sillä »pyrkimys yhteiskunnalliseen harmoniaan» ja »ihmisen olemus» (metafyyssillisessä mielessä) eivät enää ole missään tekemisessä tieteen kanssa. Bonnecase on siis törkeästi huonontanut Génýn teoriaa tunkemalla tieteelliset ainekset mahdottomaan »eksperimentaalisten faktain» käsitteeseen, ja nostamalla kunniasijalle Génýn »donné rationnellin». Mutta

²⁴ Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale (Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 1935 s. 12).

²⁵ Introduction à l'étude du droit s. 204 ss.

toisaalta se seikka, että *Bonnetcase* erottaa muodolliset ja aineelliset oikeuslähteet, osoittaa pyrkimystä realistiseen ajatteluun. Hän koettaa ankkuroida oikeuden lujasti yhteiskunnalliseen todellisuuteen kokonaisuudessaan, mutta huonolla menestyksellä.

Svetsin siviililakikirjan luoja, Eugen Huber, mukaan »lain-säädännön reaaliot» ovat seuraavat:²⁶ ensinnäkin ihminen antropologisena olentona, toiseksi luonnonolot, joiden puitteissa yhteiskunta elää,²⁷ ja kolmanneksi traditio, olevat oikeudelliset olot. Hans Fehr, ilmeisesti Huber'in vaikutusvallan alaisena, erottaa »jokaisen oikeusjärjestyksen perustana olevina rakennuskivinä» ihmisen ruumiillisena ja henkisenä olentona, uskonnon ja kirkon, luonnon voimat ja perinnäisyyden voimat, historian.²⁸

Gény, Bonnetcase, Le Fur, Huber ja Fehr korostavat kaikki, että oikeus voidaan syvästi ymmärtää ainoastaan yhteiskunnallisen todellisuuden perinpohjaisen hallitsemisen pohjalta. Nyt käsitämme, miksi yhteiskuntatiedolla on keskeinen merkitys tuomarin aukkoharkinnassa. Oikeushan on vain määrätyn historiallisesti muodostuneen yhteiskunnallisen todellisuuden ilmaus.²⁹ Jos ryhdytään pohti-

²⁶ Recht und Rechtsverwirklichung s. 281 ss., erit. s. 286—287.

²⁷ »... bieten sich in den natürlichen Verhältnissen, unter denen der einzelne Mensch lebt und mit andern verkehrt, Tatsachen dar, die in irgendeiner Weise zu allen Zeiten und an jedem Orte vorhanden sind, handele es sich um Naturkräfte oder um körperliche Sachen. — In diesen *Naturalien* ist folglich eine zweite Realität für die Gesetzgebung anzuerkennen.» (m.t. s. 287).

²⁸ Oikeus ja todellisuus s. 29 ss. — Huomiota herättää Fehr'in teoriassa, ettei uskonnollis-metafyysillisen tekijän korostaminen silti johda mielivaltaan, sillä Fehr — oikeushistorioitsijana — ankkuroi uskonnon historiallisesti muodostuneeseen kirkkoon. »Ei mikään oikeusjärjestys ole milloinkaan ollut välittämättä kansassa elävistä uskonnollisista käsityksistä» (s. 32). Tämä on kokonaan toista kuin Gény'n ja Bonnetcasen hämärä »donné rationnel». Metafyysillinen tekijä sisältyy Fehrillä historiallisiin faktoihin.

²⁹ Maurice Hauriou: Aux sources du droit s. 128: »Ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions». — — Emme tässä saata ryhtyä selostamaan Hauriou'n poikkeuksellisen kiintoisaa oppia yhteiskunnallisista instituutioista oikeuden pohjana. Tämäkin teoria osoittaa, miten selvästi ranskalainen oikeusfilosofia näkee oikeuden yhteiskunnan kokonaisuuden funktiona. Juriidisen henkilön probleema joutuu puuteen valaistukseen. Gierken ja Hauriou'n oppien vertailu antaisi aihetta moniin mietteisiin, jotka kuitenkin eivät kuulu tutkimuksemme puitteisiin. — — G. Renard on tarmokkaasti koettanut upottaa Hauriou'n opin metafysiikan pimeään kaivoon: »De l'institution à la conception analogique du Droit» (Archives de philosophie du droit 1935).

maan »oikeuden suhdetta talouteen» tai »oikeuden suhdetta politiikkaan», on jo itse kysymyksenasettelu härhaanjohtava. Oikeutta, taloutta ja politiikkaa kuvitellaan jonkinlaisina itsenäisinä »substansseina», jotka ovat määrättyssä »suhteessa» toisiinsa. Itse asiassa oikeus, talous ja politiikka merkitsevät vain eri *näkökulmia*, joista yhtenäistä yhteiskunnallista todellisuutta voidaan tarkastaa. — Tuomarin aukkoharkinnalle tahtoisimme johtosäännöksi asettaa, ettei hän milloinkaan saa tarkastella ratkaistavaa tapausta vain juriidisesta näkökulmasta, vaan aina samalla taloudellisesta ja poliittisesta. Tieteellisen analyysin on tosin pakko keinotekoisesti paloitella yhtenäinen yhteiskunnallinen struktuuri, mutta yhteiskunnan rauhallista kehitystä symbolisoivan tuomarin on suunnattava katseensa »allo spettacolo pieno della vita reale»; todellisen elämän täyteläiseen näytelmään.³⁰

Croce ja Stammler ovat erityisen selvästi nähneet oikeuden ja talouselämän kiinteän toisiinsa kutoutumisen; tehtäkönpä heidän teoriojaan vastaan mitä muistutuksia tahansa, *perus*näkemys on syvälinen ja nerokas. Teoksessaan »Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia» Croce välittää, ettei höyty-, utiliteettiharkintaa ole tähän saakka tunnustettu itsenäisenä hengentoiminnan »momenttina», vaikka juuri siinä on »taloudellisen» suhtautumisen tunnusmerkki.³¹ Oikeus elää Crocen mukaan konkreettisissa teoissa, kuten jo aikaisemmin olemme havainneet. Jokaista ihmistekoa voidaan tarkastella kahdesta näkökulmasta. Puhtaana tekona, tahtona: tämä on taloudellinen näkökulma. Täikö tekona joka on ristiriidassa tai sopusoinnussa ihmisen ylimmän tarkoituksen kanssa: tämä on eettinen näkökulma (Riduzione s. 37—38), siinä on kriteeriona universaalisuus. Oikeudellinen arviointi tarkastelee ihmistekoa juuri määrättyjen rajallisten tarkoitusten näkökulmasta, se ei lähde eettisen universaalisuuden pohjalta. Juriidinen ja taloudellinen toiminta ovat identtiset (s. 41): ne eivät kumpikaan ole moraalisia eivätkä myöskään immoraalisia,

³⁰ Croce: Filosofia della pratica s. 357.

³¹ Riduzione s. 35. — Huomattakoon siis, ettei »talouden» käsite Crocella suinkaan viittaa »materialismiin»; oikeusfilosofian redusointi talousfilosofiaksi merkitsee pohjaltaan vain tarkoitushetken voimakasta korostamista oikeudellisessa ajattelussa. Marxilaisuutta Croce on kiivaasti arvostellut teoksessaan »Materialismo storico ed economia marxistica». — Marxilaisuuden arvosteluista ks. lisäksi Stammler: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Suviranta: Taloudellinen historiankäsitelmä (Helsinki 1924); erit. s. 19 ss.; Del Vecchio: Diritto ed economia (Roma 1935) s. 25 ss.

vaan amoraalisia. Mutta utiliteettikäsitettä ei saa sekottaa egoismiin (s. 42), onhan olemassa myös l'utilità generale (s. 52): tärkeintä on itse näkökulmain välinen ero.

Crocen »utilità«-käsite on tavattoman epämääräinen, siihen mahtuu mitä tahansa: mutta itse pyrkimys talouden ja oikeuden näkemiseen yhtenäisesti on mielestämme kiitettävä. Stammler lähtee niinkään kovin laajan ja epämääräisen talous-käsitteen pohjalta: »Die soziale Wirtschaft ist das Zusammenwirken von Menschen, das auf die Befriedigung von Bedürfnissen gerichtet ist.«³² Koska siis — näin päättelee Stammler — yhteiskuntatalous juuri merkitsee yhteistoimintaa sellaisenaan, sisältyy jokaiseen yhteiskuntataloudelliseen kysymykseen aina kaksi alkutekijää: »die allgemein regelnde Art und Weise und die besondere zusammenstimmende Tätigkeit, die durch jene bedingt ist« (Lehrbuch s. 114). Ja hän jatkaa: »Jene allgemeine Möglichkeit ist die logische Bedingung (= Form), das zweite ist der dadurch logisch bestimmte Bestandteil (= Materie) einer sozialen Betrachtung«. Oikeus on juuri tuo muoto, joka aina esiintyy liittyneenä aineeseen, talouteen. Taloutta ja oikeutta ei voida ajatella toisistaan irrallisina, sillä aine ja muoto kuuluvat loogillisesti yhteen. Voidaan tietenkin olla eri mieltä aine-muoto vastakohdan selvyydestä ja hedelmällisyydestä selityspäristeenä, voidaan arvostella Stammlerin rannattoman laajaa »yhteiskuntatalouden« käsitettä, mutta itse perustendenssi oikeuden ja talouden yhtenäiseen näkemiseen on mielestämme hedelmällinen.³³

Näinollen Kyösti Haataja on aivan oikeassa lausuessaan: »...on ilmeistä, etteivät taloudellisen ja oikeudellisen elämän ilmiöt muodosta kahta erillensä olevaa ilmiösarjaa, joilla kummallakin on oma ominainen kehityksensä ja joita on toisistaan erillään tarkastettava. Päinvastoin ne muodostavat kumpikin eri puolensa samoille konkreettisen elämän ilmiöille, joka saa vasta molempien, sekä taloudellisten että

³² Lehrbuch der Rechtsphilosophie s. 109. — — Mainitussa teoksessa Stammler lyhyenä tiivistelmänä esittää talouden ja oikeuden suhdetta koskevan oppinsa, jonka hän laajasti on kehitellyt »Wirtschaft und Recht«-tutkimuksessaan.

³³ Stammlerin arvostelua: esim. Horváth: Rechtssoziologie 112 ss. — — Horváth muuten monipuolisesti ja perusteellisesti pohtii »Wirtschaft und Recht«-problemaa: s. 98—149. — — El. Kaila: Lainopillisten ja muiden oppi-aineiden suhteesta toisiinsa s. 27: muoto ja sisältö.

oikeudellisten näkökohtien valossa, oikean selityksensä».³⁴ Ja H a a t a - j a jatkaa: »Edellä esitetyt näkökohdat osoittavat siis, kuinka tärkeitä oikeussäännösten oikealle ymmärtämiselle ja tulkinnalle on niiden taloudellisten näkökohtien ja periaatteiden tunteminen, jotka lain säännöksiä laadittaessa ovat olleet määräävinä» (m.t.s 48). Tähän lisäksiimme, että jos taloudellisten realiteettien tunteminen on tärkeitä jo lain-tulkinnalle, on se kaksin verroin tärkeitä aukkotapausten harkinnassa.

Kun nykyaikainen metoodioppi velvoittaa tuomarin tarkoin tuntemaan oikeussäännösten takana olevat intressit, niiden pohjana olevat tarkoitukset, merkitsee tämä kaikkein useimmissa tapauksissa suora-naista viittausta yhteiskunnan *taloudelliseen* struktuuriin. Pedagogi- sessa suhteessa on pidettävä täydellisenä harhauskuna esim. velvoite-oikeuden yleisten oppien tai esineoikeuden esittämistä ilman että edes suppean välähdysmäisesti selostetaan niihin liittyviä taloudellisia näkökohtia. Jos yliopistolliset kurssikirjat ovat pandektologis-skolasti- set, on tuomarin pakko hankkia lainopillinen sivistyksensä tämän sanan todellisessa mielessä yliopiston ulkopuolelta. Ilman että millään tavoin pyrkisimme väheksymään esim. Julian Serlachiuksen tai R. A. Wreden tutkimuksia velvoiteoikeuden yleisten oppien ja esine-oikeuden alalla, rohkenemme väittää, että taloudellisten näkökohtain riittävä huomiointi olisi antanut näille selvittelyille monin verroin suu- remman kantavuuden. Mitä ymmärtää lainopin ylioppilas juoksevista velkakirjoista, suorituksen mahdottomuudesta, viivästyksestä, maan- vuokrasta, kiinnityksestä, ellei hänelle avata kansantaloudellisia per- spektiivejä jo itse juriidisten instituuttien esittelyssä? Kansantalous *erillisenä* tutkintoaineena lainopillisessa tiedekunnassa ei saata korjata juriidisten oppikirjain vanhentunutta metoodia.

Huntington Cairns huomauttaa: »All institutions and asso- ciations are social institutions or social associations but some are at the same time both legal and economic. These legal-economic insti- tutions and associations have occupied the attention of jurists, economists and philosophers for many centuries».³⁵ Ja Cairns suuntaa perus-

³⁴ Maa- ja maanvuokrapolitiikkamme vaiheita (Helsinki 1923) s. 47. — — Myös teoksessa »Vuokran käsite yksityismaan vuokrasta maalla nykyään voimassaole- van Suomen lainsäädännön mukaan» s. 7, 8, 12 H a a t a j a esittää realistisen oikeus- tieteen ohjelman.

³⁵ Law and the social sciences s. 48. — Taloustieteen ja muiden sisältötieteiden merkityksestä juristille E. L. Kaila: Lainopillisten ja muiden oppiaineiden suh- teesta toisiinsa s. 28.

teellisen taloustieteellisen valaisun seuraaviin oikeudellisiin probleemoihin: omistusoikeus, sopimus, perintö, velaksianto, verotus, kauppa, yhtiöt, työväen ammattiliitot (Law and the social sciences s. 50—122). Sattuvasti hän lopuksi toteaa, että monet tuomioistuinten ratkaistavista jutuista ovat sävyltään enemmän taloudellista kuin oikeudellista laatua, joten voidaan vaatia, että tuomari täysin hallitsee yhteiskunnan taloudellisen struktuurin (s. 122—123). — Saksalaista intressilainoppia vastaan on Oertmann huomauttanut, että se muka kiinnittää liian yksipuolista huomiota taloudellisiin intresseihin. Tähän on vastattava, että oikeuden yhteydessä oleviin taloudellisiin realiteetteihin ei koskaan voida kiinnittää liian suurta huomiota; lisäksi raja n.s. taloudellisten ja korkeampien intressien välillä on tavattoman epämääräinen, jos sitä lainkaan voidaan osoittaa.³⁶

Kun aukkotapausta harkitsevalta tuomarilta vaadimme taloudellisia tietoja, emme tällä suinkaan ensi sijassa tarkoita taloustieteen hallitsemista, vaan sen yhteisön taloudellisen struktuurin tuntemista, jonka keskellä tuomari elää.³⁷ Varsinaisella taloustieteellä on tämän rinnalla toissijainen, joskin tärkeä ja avartava tehtävä. Hankkiessaan tietoja yhteiskuntansa taloudellisesta rakenteesta tuomari luonnollisesti käyttää myös asiaa valaisevia tieteellisiä tutkimuksia, eikä yksinomaan

³⁶ Näimme jo edellä Crocen ja Stammerin laajan »talous-käsitteen. Wolfgang Hellerin mukaan »talous on sellainen harkittu toiminta, joka ratkaisee, mitkä keskenään kilpailevista tarpeista on tyydytettävä, kun otetaan huomioon eri tarpeiden tyydyttämiseen käytettävänä olevien välineiden niukkuus» (Teoreettinen kansantaloustiede s. 36, vrt. s. 42—43). G. Cassel lausuu: »Die Gesamtheit der die Bedürfnisbefriedigung ermöglichenden, aber nicht mit ihr zusammenfallenden Tätigkeit bildet die Wirtschaft» (Theoretische Sozialökonomie, 5. Aufl., Leipzig 1932 s. 1), ja von Zwiédineck-Südenhorst toteaa: »Wirtschaften ist geordnetes Entscheiden über die Verwendung von Mitteln, es ist Widmen von knappen Mitteln für menschliche Zwecke nach dem Rationalprinzip» (Allgemeine Volkswirtschaftslehre 1932 s. 2). Tärkeätä on meille näissä lausunnoissa yksinomaan se, etteivät ne pyrikään erottamaan »taloudellisia» tarpeita »korkeammista». — Horváth kylläkin haluaa mainitun eron tehdä, mutta ei yritäkään antaa tarkkoja kriteerioita (Rechtssoziologie s. 113). Del Vecchion mukaan (Diritto ed economia s. 10) taloudellinen toiminta tähtää »aineellisten tarpeiden tyydyttämiseen», sen kohteena ovat »ricchezza». Mutta tämä epämääräinen karakteristiiikka vain osoittaa, miten vaikeata rajan vetäminen on.

³⁷ Gényn: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif II s. 134: »l'organisation économique, envisagée d'un point de vue tout positif, non pas suivant l'idéal de la science...» — Leo Harmaja: Kansantaloudellisten opintojen asema virkamiesten ammattivalmistuksessa (Kansantaloudellinen aikakauskirja 1937 I).

omia havaintoja ja henkilökohtaista kosketusta talouspiireihin, mutta nämä tutkimukset eivät ole teoreettista taloustiedettä sanan varsinaisessa mielessä.³⁸ Aukkoprobleemat sellaiset kuin kultaklausulin pätevyys, rakennukseen sijoitettujen vesi- ja lämpöjohtojen, pesualtaiden, hissien ja koneiden suhde itse rakennukseen, ammattimaisen tavaran-kuljettajan vahingonvastuu voidaan tyydyttävästi ratkaista vain talouselämän rakennetta koskevien monipuolisten ja tarkkojen tietojen avulla. E. I. Kaila on lausunut: »... pääperiaatteena in abstracto on oleva: kultaklausulisitoumukset ovat Suomen oikeuden mukaan päteviä. Näin ollen on lausuttava se toivomus, että tuomioistuimet asettuvat tähän kysymykseen nähdessä sellaiselle järkipäätökselle kannalle, joka ei horjuta tähänastista hypoteekki- ynnä muuta luottoa eikä aiheuta välitöntä vastakkaiseen suuntaan menevää lainsäädäntötoimenpidettä, koska sellainen järjestely välttämättömine taannehtivine vaikutuksineen aiheuttaisi mitä pahimpia häiriöitä rahalaitosten toiminnassa».³⁹ Kun »Juridiska Föreningenissä» keskusteltiin actio-quantiminoriksen mahdollisuudesta (selostettu JFT 1935), perustelivat Erik af Hällström, Lauri Cederberg ja Ilmari Caselius myönteisen kantansa hinnanalennusvaateeseen nähdessä talouselämän tarpeilla. Niinpä Cederberg lausui: »Den fortgående rättsut-

³⁸ Väinö Voionmaa: Suomen talousmaantieto, Suomen talouselämä, Hugo E. Pipping: Finlands näringsliv (Helsinki 1936). — — Lisäksi maailman talouselämää koskevat monografiat ja tieteelliset artikkelit.

³⁹ Kultaklausulin pätevydestä Lm 1932 s. 171. — Ks. myös A. Nussbaum: La clause-or dans les contrats internationaux: Académie de droit international, Recueil des cours, 1933 I, erit. s. 99 ss. — Hyväksyessään kultaklausuliin perustuvan vaateen lisäystä korkosummasta KKO perusteli päätöstään: »koska Vaasan kaupunki oli sitoutunut lunastamaan edellämainitusta lainasta antamansa obligatiot Suomen kultamarkoilla, joilla oli sellainen paino ja hienous, minkä 21/12 1925 annettu rahalaki säättää, ja tuolla maksuehdolla ilmeisesti oli tarkoitettu taloudellisesti epävakana aikana taata obligatioiden ostajille heidän siten antamansa lainan kulta-arvo eli siis oikeus niitä lunastettaessa saada niin paljon enemmän paperirahaa kuin setelien arvo maksupäivänä kultamarkkaan verraten ehkä oli vähentynyt, sen vuoksi ja kun tuollainen sitoumus oli pidettävä pätevänä...» (KKO-1933 Sel. 8). KKO:n kantaan on ratkaisevasti vaikuttanut luotto-organisation kansantaloudellinen tehtävä. — Ks. myös KKO 1934 Sel. 17, Tied. 609; 1935 Tied. 260, 350; 1936 Tied. 512. Lisäksi DL 1934 oikeustapaus n:o 54, DL 1934 s. 121: englantilainen prejudikaatti.

Kiinteistön käsitettä koskevat KKO:n prejudikaatit turvautuvat mitäänsanomattomiin niukkoihin perusteluihin. Niinpä KKO 1932 Sel. 51 lausuu keskusläämityslaitoksen, ilmanvaihtoventtiilien ja vesi- sekä viemärijohtojen suhteesta itse rakennukseen, että nämä esineet, samalla kun ne oli sijoitettu kukin asianomaiseen

vecklingen och nödvändigheten av att teori och praxis nära ansluta sig till omsättningslivets krav betinga min inställning till frågan» (JFT 1935 s. 72. Vrt. kuitenkin B. Godenhielm, s. 59, T. Nilsson, s. 61, Y. J. Hakulinen, s. 195 ss.: laajasti perustellen).^{39a}

Taloustiedon merkitys tuomarille ei ilmene vain yksityisoikeuden alaan kuuluvien aukkotapausten harkinnassa: rikos-, hallinto- ja val-

paikkaansa taloon, »olivat tulleet tuon kiinteistön osiksi». Rakennukseen sijoitetuista kylpyammeista, pesualtaista ja kylpyhuonekamiinoista taasen sanotaan: »medan de i käromålet omförmälda föremålen, som ostridigt anskaffats till stadigvarande bruk för sagda fastighet, genom anbringandet i densamma, vare sig de mer eller mindre oskiljaktigt förenats med fastigheten, vore att anse såsom hörande till densamma...» (KKO 1932 Sel. 64). Rakennukseen kiinnitetyistä hisseistä lausuu KKO (1932 Sel. 70), että »oli katsottava niiden kiinteistöön kiinnittämisen kautta saaneen kiinteistön tarpeiston luonteen». Kaikissa edellämainituissa kiinteistön käsitettä koskeissa aukkotapauksissa on *ratkaisevana* näkökohtana ymmärtääksemme ollut keskenään ristiriitaisten luotonantajaintressien vastakkain punninta ottamalla huomioon rakennustoiminnan kansantaloudellinen merkitys; KKO:n perusteluista ei tämä ilmene. — — Vrt. KKO 1933 Sel. 75 1934 Sel. 43, DL 1936 n:o 25, Lm 1932 s. 119, 177.

Ammattimaisen tavarankuljettajan vastuun KKO perustelee seuraavasti (1932 Sel. 5): »... koska L. P:n ottaessaan autollaan kuljetettavakseen edellämainitut polkupyörät Porista Merikarvialle oli katsottava samalla myös menneen takuuseen siitä että polkupyörät saatettiin perille määräipaikkaansa samassa kunnossa kuin P. oli ne kuljetettavaksi vastaanottanutkin, senvuoksi ja kun P. ei ollut näyttänyt polkupyörien vioittumisen johtuneen sellaisesta tapaturmasta, jota hänen kohtuuden mukaan ei ollut katsottava voineen ennakolta arvata tai estää...» Kun KKO lausuu, että vastaajan »oli katsottava menneen takuuseen», viittaa tämä mielestämme siihen, että KKO on turvautunut fiktiiviseen perusteluun päästäkseen liike-elämän tarpeita tyydyttävään ratkaisuun.

^{39a} Että *actio quanti minoris* hankinnassa on kauppaioikeutemme tunnustama, osoittavat useat Keskuskauppakamarin välityslautakunnan tuomiot. Niilo A. Mannio: II kokoelma Keskuskauppakamarin välityslautakunnan tuomioita (Helsinki 1936), esim. n:ot 6, 11, 23, 39, 43, 44, 59. — — Kiintoisa KKO:n prejudikaatti sisältyy KKO 1936 Tied. 245:een. KKO »fann utrett vara att av de av handlanden B. till E. N. levererade 6.300 stycken begoniaknölar endast 10 procent utvecklat dubbla blommor medan återstoden eller 90 procent vid uppdrivning till plantor utvecklat enkla blommor, samt att N., sedan knölarnas kontraktsvridighet framgått, utan oskäligt uppehåll givit därom meddelande till B., förty och enär N. sålunda borde erlägga det för knölarna till dubbla blommor betingade priset 80 penni för stycket endast för 630 knölar och N., som erkänt att han av begoniorna med enkla blommor kunnat tillgodogöra sig 1000 stycken, vore skyldig att ersätta sistnämnda knölar enligt det av HR beräknade priset 60 penni för stycket...». — *Actio quanti minoris* kiinteistöinkaupassa on KKO:n vakiintuneen käytännön mukaan riippuvainen myyjän mala fideksestä: ks. prejudikaatteja »Tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut»-luvun lopussa.

tio-oikeuden alalla perusteellinen taloudellisten realiteettien tuntemus on yhtä tärkeä. Kansainvälisen oikeuden piiriin kuuluvilla intressikonflikteilla on miltei aina taloudellinen taustansa.⁴⁰

Oikeudelliset, taloudelliset ja poliittiset näkökohdat vasta yhdessä antavat tuomarille täyteläisen kuvan yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Emme tässä saata ryhtyä laajasti pohtimaan »politiikan määritelmää»; riittää, kun toteamme, että poliittinen ja taloudellinen näkökulma erottamattomasti kietoutuvat yhteen.⁴¹ Tuomarin aukkoharkinnan tulee lähteä yhteiskunnan tosiasiallisen poliittisen struktuurin tarkan tuntemisen pohjalta. Teoreettinen valtio-oppi avartaa hänen näköpiiriään, terästä hänen silmäänsä havaitsemaan yhteiskunnallisia realiteetteja, joiden keskellä hän elää, mutta tärkeintä on itse historiallisesti muodostuneen konkreettisen yhteiskunnan tunteminen. Syvennyessään siihen tuomari paitsi omia välittömiä havaintoja ja henkilökohtaista kosketusta poliittisiin piireihin käyttää myös tieteellisiä tuon yhteiskunnan poliittista rakennetta koskevia selvittelyjä. Teoksemme johdantoluvussa jo totesimme, että liberaali ideologia todellisuudenvastaisesti pyrkii peittelemään oikeusjärjestyksen pohjana olevia faktillisia valtasuhteita. Erityisesti koetetaan uskotella, että tuomarin toiminta muka on ja että sen tulee olla »ankaran epäpoliittista». Puolueettomuuden probleemaa selvitellessämme totesimme kylläkin, ettei suomalainen tuomari ole oikeutettu noudattamaan päivänpoliittisia tunnuksia, ja että »valtion edun» käsitteeseen on suhtauduttava varovasti. Mutta tämä ei suinkaan merkitse, että tuomarin toiminta olisi epäpoliittista. Yhteiskunnan tosiasiallinen poliittinen tila heijastuu tuomarin ratkaisuissa, sillä tuomari on yhteisön jäsen, hän ei saata henkisesti irroittautua siitä poliittisesta voimakentästä, johon hän kansalaisena kuuluu. Jos tuomari aukkoharkinnassaan on täysin tietämätön yhteisön poliittisista faktoista, tulee ratkaisusta siinä määrin todellisuudelle vieras, ettei sitä voida panna täytäntöön. Tämä on oikeuden arvovallan kannalta tuhoisaa. Yhteisön sisäpoliittisen tilanteen objektiivinen arviointi on vaikeata, koska »tiedot» tavallisesti ovat määrät-

⁴⁰ Taloudellisten tekijäin merkityksestä valtio-oikeudessa Laski: *Grammaire de la politique* s. 298. Kansainvälisen oikeuden taloudellisesta taustasta s. 320 ss. — Pyrkimys parlamentaarisen demokratian korvaamiseen »kansallisella diktatuurilla» merkitsee yksityiskapitalismin turvaamista marxilaisuutta vastaan.

⁴¹ Ks. esim. J. K. Paasikivi: *Politiikka ja talous* (Porvoo 1933), Cairns: *Law and the social sciences* s. 220 ss.

tyjen intressipiirien (sanomalehdistö) yksipuolisesti värittämiä: eri sanomalehtien ja muiden lähteiden *kriittinen* vertailu on välttämätöntä, jos tuomari pyrkii vähänkään avarampaan näkemykseen. Sisäpoliittista tilannetta ei voida syvällisemmin ymmärtää ilman oikeusyhteisön ulkopoliittisen aseman objektiivista kylmän realistista arviointia; yksipuolisuuden vaara on ulkopoliittisiin tiedonlähteisiin nähden erittäin suuri.⁴²

Yhteiskunnan taloudellisen ja poliittisen struktuurin perusteellinen tunteminen voi lähteä vain *historialliselta* pohjalta. Vasta historia antaa nykyiselle yhteiskuntarakenteelle syvyydsperspektiivin, historia *elää* nykyisyydessä. Sientähden tuomarin aukkoharkinnalle on perustavan tärkeää yhteiskunnan taloudellisen ja poliittisen historian tunteminen. Mutta tunteminen ei riitä: historian tulee myös *elää* tuomarin tajunnassa, vain siten hän ymmärtää omaa aikaansa. Kun siis vaadimme, että tuomarin tulee yhdistää oikeudellinen, taloudellinen ja poliittinen näkökulma, lähtee tuo synteesi historiallisen näkemyksen pohjalta. Kaikki edellä lausuttu voidaan ilmaista lyhyesti sanomalla, että tuomarin tulee aukkotapausta harkitessaan ajatella sosiologisesti. Sosiologiahan merkitsee *yleistä* yhteiskuntatiedettä, jossa oikeudelliset, taloudelliset, poliittiset ja historialliset näkökohdat kiinteästi liittyvät toisiinsa.⁴³ Joskin tämä tiede tutkimusobjektinsa laajuuden vuoksi, pakosta muodostuu jossain määrin ääriviivattomaksi, on itse sosiologin *asennoituminen* kuitenkin tuomarin kannalta tärkeä. Sosiologiaan nähden pitää erityisesti paikkansa mitä edellä lausuimme taloustieteestä ja valtio-opista: *kaikkien niiden tehtävänä on vain stimuloida tuomarin omaa ajattelua ja omaa havaintojen tekoa*. Ne eivät saa muodostua taakaksi, joka ehkäisee tuomarin omaa joustavaa ajattelua. Jos

⁴² Jos pieni maa sijaitsee ristiriitaisten suurvaltaetujen polttopisteessä, suunnataan siihen voimakas eri suuntiin käyvä propaganda, joka tietenkin yksinomaan palvelee asianomaisten suurvaltain eikä kysymyksessä olevan maan etuja. Tällainen suurvaltapropaganda voi käyttää välikappaleenaan esim. pikkuvallion tietotoimistoja, eräitä sanomalehtiä j.n.e.: kaikki sellainen vaikeuttaa tilanteen *objektiivista* arvostelua. Tuomarin on aina harkittava aukkoratkaisujaan *oman* kansakuntansa etujen eikä vieraiden suurvaltaetujen kannalta.

⁴³ Ks. esim. G. Richard: *Notions élémentaires de sociologie* (Paris 1927), R. Hubert: *Manuel élémentaire de sociologie* (Paris 1925), G. Davy: *Sociologues d'hier et d'aujourd'hui* (Paris 1931), C. Bouglé: *Bilan de la sociologie française contemporaine* (Paris 1935), M. Ginsberg: *Sociologi*. (Stockholm 1936).

käsitämme yhteiskuntatieteiden tehtävän täten, ei voi olla puhettakaan siitä, että ne haitallisesti vaikuttaisivat tuomarin aukkoharkintaan.⁴⁴

Yhteiskuntatieteiden merkitys tuomarin aukkoharkinnalle on yritetty kiistää sillä perusteella, ettei tiede kykene antamaan arvotarkkaisuja. Niinpä F. Battaglia (RIFD 1930, s. 131) väittää, että »yhteiskunta on mykkä kuten luontokin», eikä yhteiskunnallisen todellisuuden tunteminen siis saata ohjata tuomarin aukkoharkintaa. (Battaglia hyökkää Bonaccorsoa vastaan, joka samassa aikakauskirjassa s. 129 oli esittänyt väitteen, että tuomarin aukkotapauksissa tulee »vain tarkkaavasti huomioida yhteiskunnallisia suhteita, ja niiden pohjalta tarkoin punnita, mitä oikeellisuus vaatii»). Samoin tähdentää G. Aillet,⁴⁵ ettei pelkkä yhteiskunnallisen todellisuuden tunteminen sinänsä riitä ratkaisun synnyttämiseen: siihen tarvitaan luova tahdonpäättös, arvotarkkaus. Saksalaisella teorialla on niinkään taipumus asettaa »Sein» ja »Sollen» ikäänkuin eri maailmoihin. Meidän mielestämme taasen tieto, jonka kohteena on historiallisesti annetun yhteiskunnan struktuuri, usein samalla sisältää tiedon tuossa yhteiskunnassa vallitsevista arvotarkkauksista. Arvotarkkausethan ilmenevät juuri yhteiskunnan struktuurissa, ne ovat siinä muuttuneet »pelkistä aatteista, vain ihanteista» lihaksi ja vereksi, ihmisten jokapäiväiseen elämään ratkaisevasti vaikuttaviksi tekijöksi. Yhteiskuntaa hallitsevat arvot ja ihanteet eivät leijaile irrallaan sen yläpuolella, vaan ne »materialisoituvat» yhteisön tosiasiallisessa rakenteessa. Kun siis tuomari tarkoin tuntee tämän rakenteen, hän samalla tuntee arvotarkkaukset, jotka hänen on pantava aukkopäätöksen pohjaksi. Tosiasiallinen yhteiskuntarakenne on »arvojen kyllästämä», ja tämä selittää, miksi yhteiskunnan jäsenet ovat valmiit ase kädessä yhteiskuntajärjestystään puolustamaan, ei yksin ulkonaista vihollista, vaan myös yhteisön itsensä piirissä esiintyviä haajoittavia voimia vastaan.

Kantamme saa tukea, jos tarkastelemme oikeusteoriassa vanhaan tunnettua »asian luonnon» käsitettä. Voimme erottaa kaksi pääsuuntaa: toinen näkee »asian luonnon» metafyyssillis-uskonnollisena probleemana, toinen sensijaan pyrkii antamaan asian luonto-käsitteelle

⁴⁴ Ks. edellä polemiikkiämme Bierlingiä ja Kleinfelleria vastaan. — — Yhteiskuntatieteiden arvosta tuomarille ks. myös Pound: The spirit of the common law s. 212 ss.

⁴⁵ Droit et sociologie (Revue de métaphysique et de morale 1923 s. 470). — — Samoin Dickinson: The problem of the unprovided case (Mélanges Gény II s. 522 ss.)

rationaalis-tieteellisen leiman. Metafyysikoista mainittakoon esim. H e r m a n s o n, joka velvoittaa tuomarin aukkotapauksissa ratkaisemaan »så som det Rätta bör anses bjuda i anseende till ett föreliggande falls natur, vilket innebär, att sakens natur är en rättskälla».⁴⁶ P e t r a s c h e k niinikään katsoo, että tuomari Jumalalta on saanut kyvyn nähdä asiain olemukseen,⁴⁷ ja katolinen oikeusfilosofi E h r h a r d johdtaa oikeuden »ihmisen luonnosta», mutta selittää samalla, että ihmisluonto on vain lähin oikeudenlähde, sillä pohjaltaan oikeus ilmentää Jumalan olemusta. Onhan ihmisen luonto osallisuutta jumaluudessa (La philosophie du droit s. 41—42). Kuten edellä havaitsimme, liittyy G é n y n, B o n n e c a s e n ja L e F u r i n »le donné rationnel»-käsitteeseen vahva metafyysillinen vivahdus. Uskonnollisen maailmankatsomuksen ilmennyksinä mainitut asian luontoa koskevat opit ansaitsevat kaiken kunnioituksen, mutta tieteellisesti arvostellen on niitä vastaan huomautettava, etteivät ne anna juuri minkäänlaista *asiallista* johtoa tuomarille: uskonnollis-metafyysillinen elämys sellaisenaan näyttää meistä liian tunnepitoiselta ja epämääräiseltä kelvataksaan tuomarin aukkoharkinnan pohjaksi.⁴⁸ Meidän kannaltamme on kuitenkin tärkeätä: metafyysilliset »asian luontoa» koskevat opit edellyttävät, että yhteiskunnalliset ilmiöt itsessään sisältävät arvottamisperusteet, joiden mukaan niitä on oikeudellisesti arvotettava.

Mainittu tendenssi esiintyy vieläkin selvempänä teorioissa, jotka antavat »asian luonto»-käsitteelle rationalistis-tieteellisen värityksen. Niinpä E k s t r ö m ⁴⁹ lausuu, että tuomarin aukkotapauksessa lähinnä on haettava johtoa »asian luonnosta», ja jatkaa sitten: »Härmed förstås den ordning, som beträffande ett visst rättsinstitut bör råda för att det samma skall motsvara sitt praktiska ändamål». Mutta oikeusinstituutin käytännöllinen tarkoitus selviää juuri yhteiskunnan tosiasiallista rakennetta, koko yhteiskunnallista todellisuutta, huolellisesti tutkimala. G a g n i taas korostaa, että asian luonto on koko positiivisen oikeuden perustana, mutta toteaa samalla, että tuomarin aukkotapauk-

⁴⁶ Det Rätta och Staten JFT 1929 s. 290.

⁴⁷ System der Rechtsphilosophie s. 141: ... kan man sagen, dass das natürliche Recht gleich dem Sittengesetz den Menschen von Gott unmittelbar »in die Herzen geschrieben ist», mithin im tiefsten Grunde als Rechtsgefühl erlebt wird.

⁴⁸ Vrt. esitystämme metafyysillisistä oikeellisuusteorioista seuraavassa luvussa.

⁴⁹ Privaträttens allmänna läror I s. 70.

sisä tulee tuntea »kaikki yhteiskuntajärjestyksen tärkeimmät tekijät».⁵⁰ Kun syvälinen oikeushistorioitsija W. Sjögren puhuu »elämän säännöstä» määritellen sen »det sammanhang, som oberoende av lagstiftningens ingripande föreligger mellan rättsfakta, vilka icke äro godtyckligt valda anknytningspunkter för rätten, utan i sig innehålla en regel, analog med rättens regel»,⁵¹ edellyttää tämä arvojen sisältymistä konkreettiseen historiallisesti annettuun yhteiskuntastrukturiin. Sjögreniä lähellä on Gmür, jonka mukaan tuomarin aukkoratkaisun tulee »vastata elämän vaatimuksia», silloin se on, lisää Gmür, sopusoinnussa asian luonnon kanssa.⁵² Platon tähdentää, että tuomarin seka tulkinta- että aukkotapauksissa tulee nojautua asian luontoon, joka on »objektivt seet saadan, som *Samfundet* opfatter den»,⁵³ ja Björling toteaa, että »asian luonnon» sisällön määrää vallitseva oikeustajunta (*Lärobok i civilrätt* s. 8). Kaikista näistä lausunnoista käy ilmi, että oikeudellisen arvottamisen perusteet ovat löydettävissä yhteiskunnan tosiasiallista rakennetta tarkastelemalla.

⁵⁰ Il problema delle lacune nel diritto privato AG 1923 s. 163: kun elämänsuhteita tarkoin tutkitaan ja yksityiskohtaisesti analysoidaan pitämällä erityisesti silmällä niiden taloudellis-sosiaalista tehtävää ja niihin liittyviä intressejä, paljastuu näistä suhteista normit, jotka parhaiten soveltuvat niiden oikeudelliseen säännöstelyyn.

⁵¹ Domaremakts och rättsutveckling TFR 1916 s. 368 ss.

⁵² Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches s. 108.

⁵³ Retskildernes Theori s. 59.

XI. OIKEUDEN AATE, YHTEISÖN ETU

Antaako järjestyneen oikeusyhteisön olemus jo sellaisenaan joitakin yleisiä suuntaviivoja tuomarin aukkoharkinnalle? Heti korostettakoon: emme saa odottaa yksityiskohtaista ohjausta. Päinvastoin kaikkien oikeellisuusteoriain tunnusmerkkinä on niiden antamien kriteerioiden ylimalkaisuus. Mutta emme tällä perusteella julista niitä arvottomiksi: tahdomme päinvastoin huolellisesti tutkia, ilmaisevatko nämä teoriat kaikessa ylimalkaisuudessaan kenties sittenkin oikeusyhteisön perusominaisuuksia.

Mainittujen teoriain epämääräisyys johtuu osaltaan myös siitä, että ne johtavat meidät tieteen piiristä metafysiillisen ja uskonnollisen elämyksen syvyyksiin. Kysyttäneen: miksi käsitellä teorioja, jotka eivät enää ole puhdasta tiedettä? Vastaamme: koska metafysiilliset-uskonnolliset elämykset ovat *todellisuutta* sanan syvimmissä mielessä: tutkija, joka ne kieltää, ei tunne todellisuutta. — — Näiden teoriain luokittelu on erinomaisen vaikeata, sillä kuhunkin niistä sisältyy erilaisia aineksia: teoriatyypit eivät koskaan esiinny puhtaina. Luokittelu antaa vain karkean yleiskatsauksen. Mutta ilman luokittelua emme saa sitäkään.

Toteamme heti merkillisen seikan: suomenkieli ei tunne vakiintunutta sanaa ilmaistakseen sitä, minkä muut kielet ilmaisevat sanoilla »justitia», justice, Gerechtigkeit, rättvisa». Mikä on tähän puutteeseen syynä? Sekö, että oikeutemme tuotiin vieraasta valtakunnasta miekan voimalla? Mutta pohjoismainen oikeusvakaumus oli monessa suhteessa yhtenäinen, keskiaikainen ruotsalainen talonpoikaisoikeus ei liene kovinkaan jyrkästi poikennut suomalaisen kansan oikeusvakaumuksesta. Miksi suomenkielestä siis puuttuu sana, joka ilmaisisi oikeuden ja uskonnollis-metafysiillisen maailman yhteyden? On koetettu keinotekoisesti *luoda* sopiva sana oikeustieteen tarpeita varten.¹ Sa-

¹ Eri ehdotuksista ks. El. Kaila: Oikeuslogiikka s. 39 aliv. 1.

naa »oikeudenmukaisuus» ei missään tapauksessa voida hyväksyä, se kun viittaa vain positiivisen oikeuden noudattamiseen. Sana »oikeamielisyys» (E. L. Kaila) taas viittaa subjektiiviseen eettisyyteen, hyveeseen: mutta useimmat justitia-teoriat pyrkivät antamaan objektiiviset kriteeriot siitä, millaisen oikeusjärjestyksen tulisi olla. Sana »oikeellisuus» on kovin keinotekoinen ja kenties kielellisestikin heikko, mutta paremman puutteessa on meidän pakko käyttää sitä tässä tutkimuksessa.²

Mikä on oikeuden aatteen suhde oikeellisuuteen? Olisi kiintoisaa yksityiskohtaisesti selvittää, millä tavoin esim. saksalainen oikeusfilosofia esittää suhteen. Julius Binder identifioi nämä käsitteet,³ samoin G. Radbruch:⁴ »Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit». Rudolf Stammler'in ajattelussa mainittujen käsitteiden yhteys niinikään on läheinen: määrittelee hän Stammler oikeellisuuden »Richten einer bestimmten Rechtsfrage im Sinne des Grundgedankens aller rechtlichen Ordnung überhaupt» (Lehrbuch der Rechtsphilosophie s. 201). Mainittu »Grundgedanke» ei voine olla muu kuin oikeuden aate (vrt. s. 171 ss.). Vaikka oikeuden aate ja oikeellisuus täten ovat sama asia, käsittelee saksalainen teoria niitä tavallisesti aivan erillään toisistaan (esim. Binder): täten hämären ja vaikeatajuisten asiain selvittäminen käy epätoivoisen vaikeaksi. Tieteellisen selvyuden nimessä olisi toki vaadittava, että identtiset asiat käsitellään yhtenäisesti. Emme tässä saata ryhtyä pohtimaan oikeuden käsitteen ja oikeuden aatteen suhdetta: saksalainen teoria on kysymystä laajasti selvittänyt.⁵ Tehtävänämmä on ainoastaan selvittää, saattavatko oikeuden aatteesta eli oikeellisuudesta esitetyt teoriat antaa asiallista johtoa tuomarin aukkohätkinnälle: emme siis

² Sanaa käyttävät esim. Brynolf Honkasalo: »Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin» (DL 1937 s. 45 ss.) sekä Kyösti Haataja: »Näkökohtia lain ja oikeuden erosta ja sen merkityksestä nykyisessä yhteiskunnassa» s. 12. — Vakiintuneen termin puuttumisesta suomenkielessä ks. R. Hermanson, Lm 1906 s. 44.

³ Esim. Philosophie des Rechts s. 392: »So liegt also in der Gerechtigkeit, d.h. in der Idee des Rechts— —». Vrt. s. 393: selvitellessään oikeellisuuden olemusta Binder lausuu: »... erheben wir aus der Idee des Rechts... die Forderung...».

⁴ Rechtsphilosophie, s. 30. — Vrt. K. Petraschek: System der Rechtsphilosophie s. 57, 58, 98, 110, 115.

⁵ Esim. J. Binder: Rechtsbegriff und Rechtsidee; R. Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft s. 265 ss.

suinkaan ryhdy pohtimaan oikeuden aatteen problemaa kaikessa laajuudessaan.

Oikeellisuutta ja kohtuutta ei saa samastaa. Kohtuuden ongelma esiintyy abstraktisia oikeusnormeja konkreettiseen tapaukseen sovellettaessa, oikeellisuus sensijaan on koko oikeusjärjestyksen johtoaate.

Ennenkuin käymme kriittisesti pohtimaan nykyisiä oikeellisuusteorioja, on meidän lyhyesti esitettävä Aristoteleen ja roomalaisten juristien kanta oikeellisuuteen nähden, sillä uudempien teoriain ymmärtäminen voi tapahtua vain tältä pohjalta. Aristoteleen mukaan on kahdenlaista oikeellisuutta: *jakavaa* oikeellisuutta harjoittavat yhteiskunnan vallanpitäjät määrätessään kansalaisille etuja, oikeuksia, sekä taakkoja, velvollisuuksia, sen mukaan, mikä arvo kullakin on yhteisölle; *tasoittava* oikeellisuus taas edellyttää yllämainitun jaon tapahtuneena tosiasiana, ja valvoo sen noudattamista: jos jakoa on rikottu, palautetaan jakavaa oikeellisuutta vastaava tilanne.⁶ Mainitulla opilla on länsimaaisessa oikeusfilosofiassa ollut suuri merkitys: skolastiikka ja sille rakentava moderni katolilainen oikeusteoria johtavat oikeellisuuskäsityksensä Aristoteleesta.⁷ Mutta tähdenämme jo tässä, että Aristoteleen oppi nimenomaan viittaa konkreettiseen yhteisöön ja siinä vallitseviin faktillisiin valtasuhteisiin. Ulpianuksen tunnettu määritelmä »*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» on niinkään elänyt aina nykyaikaan saakka: niinpä Wrede (Grunddragen s. 14) lähtee sen pohjalta. Erinomaisen kiintoisaa on todeta, että roomalaiset juristit eivät omaksuneet Aristoteleen oikeellisuusteoriaa, vaan stoaalaisen opin.⁸ Vanhempi kreikkalainen filosofia korosti, että oikeellisuus on *hyve*, ja Platon nerokkaassa »Valtiossaan» juuri lähtee tältä pohjalta. Sensijaan Aristoteles koetti luoda juriidisen, puhtaasti sosiaalisesti perustellun oikeellisuusteorian (Del Vecchio: La giustizia s. 23), jossa ei korostettu *hyveen* luonnetta. Omaksuessaan stoaalaisen oikeellisuusopin roomalaiset juristit siis rakensivat eettillis-meta-

⁶ Giorgio Del Vecchio: La giustizia s. 28 ss., F. Peters: Vom Problem der Gerechtigkeit s. 32–33. — — Del Vecchion antama historiikki on mestarillinen: erityisesti keskiaikaa koskeva osa avaa näköaloja.

⁷ K. Petraschek: System der Rechtsphilosophie s. 85 ss., Ehrhard: La philosophie du droit s. 43 ss., F. Olgiati: La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia s. 15, 33, 117.

⁸ Félix Senn: De la justice et du droit s. 5. — — Vrt. kuitenkin Del Vecchio: La giustizia s. 40.

fyysilliselle teorialle: roomalaisen määritelmän mukaan oikeellisuus on *hyve*, seikka jonka F. Senn valtavalla todistusaineistolla on osoittanut. Cicerolla määritelmä kuului: »Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem» (Senn m.t. s. 3). Ulpianuksen sanat »constans et perpetua voluntas» juuri tarkoittavat *hyveluonteen* korostamista: yhtenäisyys ja jatkuvaisuus olivat stooalaisen filosofian mukaan hyveen oleelliset tuntomerkit.⁹

Roomalainen määritelmä antaa aihetta seuraaviin mietteisiin: Jusitia hyveenä voidaan suomentaa sanalla »oikeamielisyys». Mutta subjektiivisen oikeamielisyshyveen *sisällisyys* on riippuvainen omaksutusta objektiivisen oikeellisuuden mittakaavasta; viittaamme kohta annettavaan yleiskatsaukseen. Kenties olisi hedelmällisintä tietoisesti pyrkiä *irroittamaan* subjektiivisen oikeamielisyyden käsite eettillis-metafyysillisistä mittapuista, ja ymmärtää »oikeamielillä tuomarilla» yksinkertaisesti henkilöä, joka täyttää mielivallan välttämistä ja puolueettomuutta koskevassa esityksessämme annetut tunnusmerkit. *Tällaisella* oikeamielisyyden käsitteellä saattaisi olla tärkeä heuristinen merkitys yhteiskunnan oikeuskulttuurin rakentamistyössä.

Roomalainen määritelmä käskee antamaan »jokaiselle oikeutensa». Viittaako tämä vain positiiviseen oikeuteen, sen normeihin, vai tähtääkö se kenties kauemmas, ylipositiivisiin kriteerioihin? Miten on jälkimmäisessä tapauksessa kriteeriot selvitettävä? Kaikki nämä probleemrat heräävät roomalaisen määritelmän pohjalta. Kun ottaa huomioon määritelmän filosofisen lähtökohdan (Senn: De la justice et du droit s. 1—57), näyttää ilmeiseltä, ettei se tarkoittanut pelkästään positiivisen oikeuden noudattamista. Mutta tämäkin vivahdus sisältyy määritelmään, kuten Stammer sattuvasti huomauttaa.¹⁰ Jos oikeellisuudelle annetaan positiivinen merkitys, ei se tietenkään saata tuomarin aukkoharkinnalle suoda johtoa yli sen, mitä hän analogian, judikaattuurin, oikeustieteen ja muun yhteiskuntatiedon avulla saa.¹¹

Positiivinen oikeellisuuskäsitys saattaa ainoastaan kysyä: onko määrätty teko lainmukainen vai ei? Ylipositiivinen oikeellisuuskäsitys sensijaan kysyy: onko *laki* oikeellinen? Kun Aristoteles perus-

⁹ Senn: De la justice s. 9 ss.

¹⁰ Lehrbuch s. 201. — — Väärässä on sensijaan Binder: Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates s. 24 väittäessään, että roomalaiseen määritelmään ei sisälly muuta kuin tämä.

¹¹ Positiivinen käsitys B. Heilbron: Freies pflichtmässiges Ermessen des Richters s. 45.

taa jakavan oikeellisuutensa siihen, minkä verran kukin yhteisön jäsen hyödyttää kokonaisuutta, ja roomalainen määritelmä antaa jokaiselle »hänen oikeutensa mukaan», on selvää, etteivät mainitut käsitykset hyväksy abstraktista tasa-arvoisuutta ihmisten kesken. W r e d e toteaa-kin aivan oikein, ettei suum cuique suinkaan merkitse kaikkien samanlaista käsittelyä, vaan samanlainen on käsiteltävä samalla tavalla, erilainen eri tavalla (Grunddragen s. 14). Ennenkuin ryhdymme tarkastamaan perusteita, joiden mukaan samanlaisuus ja erilaisuus määrätään, on todettava, että määritelmä jo sellaisenaan, puhtaasti muodollisena, tuo esiin tärkeän, järjestyneen oikeusyhteisön olemusta kuvastavan piirteen. Harvoin kysytään *miksi* samanlainen on käsiteltävä samalla tavoin, erilainen eri tavoin. Asetamme tuon kysymyksen, ja huomaamme silloin: oikeusnormien edellytyksenä on samanlaisuusrelatio; ne edellyttävät toistuvia samanlaisia tapauksia. Mutta samanlaisuusrelatio tuo heti mieleen erilaisuusrelation. Kunkin oikeusnormin edellytyksenä on samanlaisten tapausten sarja. Mutta nämä sarjat ovat monisäikeisessä yhteiskunnassa *keskenään* erilaiset. Oikeusjärjestystä voidaan kuvitella vierekkäin asetettuina samanlaisuussarjoina: eri samanlaisuussarjoihin kuuluvia tapauksia ei voida käsitellä samalla tavalla. Päinvastoin samanlaiset tapaukset ovat käsiteltävät samalla tavalla, erilaiset eri tavalla (oikeellisuus muodollisessa mielessä). *Vain sillä ehdolla on järjestynyt yhteiskuntaelämä mahdollinen*, vain sillä ehdolla on oikeusnormikompleksi ajateltavissa. Muodollinen oikeellisuusprinsiippi on siis meidän mukaamme vain *ilmaus* siitä, että elämme järjestyneessä oikeusyhteisössä: sellaisenaan mainittu periaate ei saata tuomarin aukkoharkinnalle antaa asiallista johtoa.

Sentähden on meistä P e t e r s oikeassa, kun hän johtaa muodollisen oikeellisuuden »sosiologisesta peruslaista»: yhteisön jäsenten suhteet on välttämättä *järjestettävä*, niitä ei voida jättää kaoottiseen tilaan, »die Beziehungen der Individuen in einer Gemeinschaft sind in irgendeiner Weise als Verhältnis von Freiheit zur Ordnung unter den beiden Funktionen der Gleichheit auszugestalten, ihre Befugnisse voneinander abzugrenzen».¹² Sattuvasti korostaa E d v a r d L ö c h e n, että oikeellisuus muodollisessa mielessä johtuu itse ryhmävaistosta: »Som gruppeinstinktet leder inn til orden og regel og legger oss følelsen herav i blodet,

¹² Vom Problem der Gerechtigkeit s. 58, vrt. s. 48: »Aus dem suum cuique war das Verhältnis von Freiheit zur Ordnung als soziologisches Grundprinzip, als Grundlage jeder Gemeinschaft zu entnehmen.»

således har det virkelig også besatt vårt tenkemaskineri slik at dette instinktmessig arbeider efter *prinsippet* likt — likt, ulikt — ulikt som tvingende nødvendighet». ¹³ Horváth taasen lausuu: »Gerechtigkeit reduziert sich also für den Erkennenden auf Ordnung (Identität, Widerspruchslosigkeit, Einheit, System, Gesetzmässigkeit); Ordnung entfaltet sich für den Handelnden zu Gerechtigkeit». ¹⁴

Joskaan muodollinen oikeellisuus ei saata tuomarin aukkoharkinnalle antaa positiivista johtoa, toimii se kuitenkin jonkinlaisena miellivallan estämisen takeena. Sveitsin siviililakikirjan luoja Eugen Huber on oikeustieteestä lausunut: »se ilmaisee, miten nimenomaisten oikeussäännösten puuttuessa oikeusjärjestystä on täydennettävä oikeusjärjestyksestä kokonaisuudessaan, oikeellisuuden mukaan, joka käskää samanlaisessa tapauksessa toimimaan samalla tavalla» (Recht und Rechtsverwirklichung s. 404). Usein sanotaan, että *oikeustajunta* vaatii samanlaisten tapausten samanlaista käsittelyä: ¹⁵ miksi näin on? Siksi, että oikeustajunta kasvaa *järjestyneen* oikeusyhteisön pohjalta. Jos yhteiskunnassa vallitsisi jatkuva kaaos, kaikkien taistelu kaikkia vastaan, ei mainitunlainen vaatimus voisi kasvaa esiin: loogillisesti voimme täysin kuvitella tilaa, jossa samanlaisia tapauksia käsitellään eri lailla ja erilaisia samalla lailla, koska se huvittaa hetkellistä vallanpitäjää. Mutta jos valtasuhteet ovat stabilisoituneet siinä määrin, että ne voidaan ilmaista abstraktisten oikeusnormien muodossa, vaatii itse normikompleksin rakenne samanlaisuusrelation tunnustamista.

Muodollisen oikeellisuuskäsitteen tähdentäminen johtaa meidät yksinkertaisesti positiivisen oikeuden noudattamiseen, siis positivistiseen oikeellisuuskäsitykseen. Sentähden onkin oikeellisuudelle yritetty antaa aineellinen sisällys. Wreden mukaan on oikeusseuraamusten oltava suhteessa teon (tai laiminlyönnin) *siveelliseen arvoon*, niin että jokainen saa ansion mukaan (Grunddragen s. 14). Binderin ajattelussa oikeellisuus ja moraali samoin ovat läheisesti toisiinsa liittyneet: sekä siveyslaki että oikeuden aate sisältävät ihmistoiminnalle osoitetun kategorisen vaatimuksen; niitä ei voida ajatella keskenään ristiriitaisiksi, vaan on oikeuden aatteen tarpeen tullen mukauduttava siveyslakiin. Oikeuden aate on vain kategorisen imperatiivin erikoinen so-

¹³ Hvad er rett? Om det grunnlag som loven bygger på. Tfr 1929 s. 282. — Vrt. O. Mainzer: Gleichheit vor dem Gesetz, Berlin 1929.

¹⁴ Zeitschrift für öffentliches Recht VII s. 539.

¹⁵ E. Huber: Recht und Rechtsverwirklichung s. 56, B. Honkasalo: Nulla poena sine lege s. 74.

veltamistapaus.¹⁶ Oikeellisuuden olemus on samanlaisen samanlaisessa ja erilaisen erilaisessa käsittelyssä; oikeuden aate vaatii, että jokainen asetetaan valtiossa paikalle, jonka määrää hänen persoonallisuutensa, ammattinsa ja arvonsa (Ph. d. R. s. 393). Max Ascolin mukaan oikeellisuus on oikeuteen konkreettisuudessa sovellettu eetillisyyttä, »una sintesi viva e attuale».¹⁷ Oikeellisuus elävöittää kuolleet abstraktiset normit. Oikeellisuus vaikuttaa, kun ihmishenki panee vastalauseen väkivaltaisesti kaavoittelevaa normia vastaan (s. 213), oikeellisuus on hengen aktiivisuutta, jolla ihminen hallitsee itse luomaansa abstraktioiden ja mekaanisuuden maailmaa (s. 214). Toisaalta useat ajattelijat varoittavat sekoittamasta oikeellisuutta moraaliin: oikeuden ja moraalin ero hälvenee silloin.¹⁸ Karl Petraschek määrittelee oikeellisuuden itsetehostuksen ja kieltämyksen synteisinä (System der Rechtsphilosophie s. 110), ja N. Hartmann korostaa niinkään oikeellisuuteen sisältyviä itsekkäitä aineksia: hän kiistää nimenomaan oikeellisuudelta »korkeimman hyveen» arvon (Platon).¹⁹ Jos oikeellisuuden aineellinen sisältö koetetaan johtaa moraalista, seuraava siitä aukkoharkintaan nähden: kun tuomarin aukkotapauksessa on ratkaistava teon siveellinen arvo, saattaa tämä mielestämme tapahtua ainoastaan yhteiskunnallisen todellisuuden pohjalla, siis tosiasialliseen yhteiskunnassa vallitsevaan moraalikäsitykseen nojautuen. Tämä siis edellyttää reaalista yhteiskuntatietoa, jota edellisessä luvussa olemme käsitelleet. Ellei tuomari nojaa vallitsevaan siveys- ja oikeuskäsitykseen, hän ratkaisee oikeudenvastaisesti, olkootpa hänen vaikuttimensa

¹⁶ Philosophie des Rechts s. 265. — — Tähän Binder kuitenkin sisäisesti ristiriitaisella tavalla yhdistää valtionabsolutismin: ks. edempänä.

¹⁷ La giustizia s. 176. Ascolin ajattelussa oikeellisuuden ja kohtuuden ero on olematon: hän lähtee aina konkreettisista ratkaisuista — tyypillinen piirre italialaiselle uusidealismille: s. 175, 193.

¹⁸ Esim. Stammler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie s. 187 ss. — — Emme tässä aukkoproteemaa käsittelevässä tutkimuksessa saada syventyä oikeuden ja moraalin suhdetta pohtiviin teorioihin. Ks. esim. Hjalmar Karlgren: 33 § avtalslagen, SJT 1933, erit. s. 219 ss., Ch. Appleton: Les rapports traditionnels de la morale et du droit (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence 1931), J. Bonnet: Introduction à l'étude du droit s. 297 ss. — — Kaikki oikeusfilosofian systemaattiset esitykset pohtivat mainittua kysymystä perusteellisesti.

¹⁹ Nicolai Hartmann: Ethik (1926) s. 383. — — Oikeellisuuden moraalista riittämättömyyttä korostaa sattuvasti myös F. Paulsen: System der Ethik II (1921) s. 140 ss. Oikeellisuutta on täydennettävä kohtuudella: s. 156 ss.

miten jalot tahansa: tuomari on näet konkreettisen yhteiskunnan elin, hänen tehtävänä on tuon konkreettisen historiallisesti annetun yhteisön oikeuden soveltaminen.²⁰

Oikeellisuudelle on koitettu saada aineellinen sisällys myös johtamalla se *ihmisarvosta*. Mainittu kriteerio on tavattoman epämääräinen. Del Vecchion oikeellisuusteoria rakentuu tälle perustalle, mutta vaikeata on tuomarin siitä saada asiallista johtoa konkreettisen aukkotapauksen harkinnassa.²¹ Sensijaan mainittu käsitys metafyyssillis-uskonnolliselta kannalta on mitä kiintoisin: syvälinen eläytyminen ihmisarvoon saattaa *avartaa tuomarin persoonallisuutta* yleensä, ja täten välillisesti vaikuttaa aukkotapaustenkin harkintaan. Jos tuomari todella aina näkee ratkaisua pyytävät *ihmiset* »sub specie aeterni»,²² silloin »hänen tahtonsa puhdistuu», hänen näkemyksensä muuttuu universaaliseksi. Samaa tarkoittaa pohjaltaan Stammler »oikealla oikeudellaan»: joskin mainittu oppi nyttemmin kai yleisesti tietoteoreettiselta kannalta tunnustetaan virheelliseksi, säilyy sen syvälinen metafyyssillinen arvo koskemattomana. Stammler vaatii hankin meitä näkemään oikeuden sub specie aeterni, ikuisuuden näkökulmasta, kaikki subjektiiviset pyyteet on syrjäytettävä, on kohottava puhtaaseen tahtomiseen sanan kantalaisessa mielessä. Lukemattomin erilaisin vivahduksin hän teoksissaan tuo perusajatuksensa esiin: väsymättä hän vaatii sisäistä avartumista, hiljentymistä, syventymistä.²³ Ainostaan henkisesti vajavainen, syvähenkiselle maailmalle täysin vieras tutkija saattaisi kieltää Stammlerin ja Del Vecchion ajattelulta kaiken arvon sillä perusteella, että he ovat metafyyssikkoja. Sama koskee Robert Hermansonin oikeusfilosofista ajattelua: »Ilman jumalallista järjestystä ei ole selitettävissä se ylevä vakavuus,

²⁰ Etillisiä näkökohtia korostavat esim. B. Horváth: ZföR VII s. 537 ss., Heinrich Maier: Psychologie des emotionalen Denkens s. 721. Samoin katolinen oikeusfilosofia, esim. E. Krebs: artikkeli »Gerechtigkeit»: teoksessa »Staatslexikon, hrsg. von Hermann Sacher, Freiburg 1927»: laaja, valaiseva esitys.

²¹ Del Vecchio: La giustizia s. 42 ss.; yksityiskohtaisesti perustellen myös: Leçons de philosophie du droit s. 336 ss.

²² Del Vecchio: Il concetto della natura e il principio del diritto s. 81.; syvälinen teos.

²³ Emme saata ryhtyä esittämään yksityiskohtaisia sitaatteja: Stammlerin koko tuotanto on saman perusajatuksen korostamista. Ks. kirjoitelmaamme »Oikeellisuudesta» DL 1935: siinä on myös Del Vecchion oppi tarkemmin arvioituna, samoin F. Gény'n oikeellisuuskäsite.

joka kuuluu oikeellisuuden käsitteeseen». ²⁴ Sveitsiläinen oikeusfilosofi Pierre de Tourtoulon puhuu »yksilöllisestä eli metafyy-sillisestä oikeellisuudesta, jonka perustana on suum cuique». ²⁵ Erittäin perinpohjaisesti de Tourtoulon selvittääkin persoonallisuusaatteen kehityksen (s. 43 — 164), päätyen tunnustukseen »Jokainen minä on maailma» (s. 151). Mutta toisaalta oikeellisuus sanan metafyy-sillisessä mielessä edellyttää oman minän ja toisen minän samastamista, niiden täydellisen yhdenarvoisuuden tunnustamista (s. 153): de Tourtoulon lähtee siis samalta pohjalta kuin Del Vecchio. Uskonnollis-metafyy-sillisestä käsitystä edustaa myös Maurice Hauriou (Aux sources du droit s. 29, 30, 42): hänen mukaansa oikeellisuus merkitsee ihmisluvun mukautumista henkiseen voimaan, joka käsittää kaiken olevaisen. Tämä henkinen voima on Jumala, ja oikeellisuus on yksi hänen ilmenemismuodoistaan.

Kaikista metafyy-sillisistä oikeellisuusteorioista (pikemminkin: oikeellisuuskäsitteistä) on sanottava samaa mitä edellä huomautimme Del Vecchion näkemyksestä: asiallista suoranaista johtoa konkreettisen aukkotapauksen harkinnassa ne eivät saata antaa, mutta avartamalla tuomarin henkistä näköpiiriä, syventämällä hänen persoonallisuuttaan, ne välillisesti hedelmöittävät aukkoharkintaa. ²⁶

Edellä esittämämme suunnat löytävät oikeellisuuden aineellisen si-

²⁴ Oikeus ja uskonnolliset totuudet s. 152. — — »Oikeellisuuteen kuuluu, että jokainen saa osakseen, minkä on ansainnut. Ylevä, Jumalan omaan olemukseen perustuva laki määrää näin tapahtuvaksi.»

²⁵ Les trois justices s. 36.

²⁶ Emme saata ryhtyä tutkimaan siltoja, jotka johtavat metafyy-sillisestä persoonallisuuskäsitteestä ehdottoman poliittisen tasa-arvon vaatimukseen, vaatimukseen kaikkien luokkarajain poistamisesta. Marxilaisuus on tässä suhteessa imenyt vaikutteita kristillisestä moraalista ja sen pohjalle rakentuvasta metafyy-sikasta: kenties marxilaisuus sentähden niin ankarasti taistelee sitä vastaan. Marxilaisuuden oma metafyy-sikka tulevine onnen valtakuntineen rakentaa persoonallisuuden tunnustamiselle, mutta tie sinne näyttää monasti johtavan häikäilemättömän sorron kautta. Tämä on historian syvällisimpiä paradokseja: metafyy-sillinen persoonallisuuskäsitteeseen äärimmilleen kehitettynä on siinä määrin ristiriidassa tosiasiallisen yhteiskunnallisen valtasuhdejärjestelmän kanssa, että sen »hinnalla millä hyvänsä»-toteuttaminen johtaa persoonallisuuden ainakin väliaikaiseen täydelliseen syrjäyttämiseen. Nerokas Herman Heller lausuu valtio-opissaan (s. 117): »Porvarillinen ja proletaarinen pyrkimys vapauteen ja tasa-arvoon voidaan ymmärtää vain koko länsimaista kristillistä hengenkehityksen taustaa vastaan.» Vapauden ja tasa-arvon aatteet eivät suinkaan syntyneet vasta Ranskan suuressa val-

sällön moraalista tai metafysiikasta (moraalin ja metafysiikan läheistä suhdetta mainituissa teorioissa emme tässä saata ryhtyä selvittämään). Käydessämme nyt pohtimaan teorioja, jotka johtavat oikeellisuuden aineellisen sisällön *kokonaisuuden edusta*, on korostettava, että tuo käsite saattaa esiintyä mitä erilaisimmin vivahtein. Hyvin usein sille annetaan metafysiillinen vivahdus: voisimme puhua kokonaisuusmetafysiikasta edellä esittelemämme persoonallisuusmetafysiikan täydennyksenä ja vastapainona. Näin tekevät monet katolilaiset tai katolisuutta lähellä olevat tutkijat. Uustomismi rakentaa metafysiillisesti käsitetyn kokonaisedun pohjalle: niinpä J. Dabin selittää, että oikeellisuus on väline yhteisön edun saavuttamiseksi: oikeellisuus antaessaan jokaiselle mitä hänelle kuuluu turvaa yhteiskunnallisen harmonian, joka vuorostaan on yhteisön edun välttämättömänä edellytyksenä.²⁷ Louis Le Fur niinkään sisällyttää oikeuden määritelmään yhteisön edun (*utilité générale ou bien commun*). Se juuri hänen mukaansa erottaa oikeuden moraalista, tällä perusteella hän kieltää oman-kädenoikeuden järjestyneessä yhteisössä.²⁸ Julien Bonnecasen mukaan oikeuden tarkoituksena on yhteiskunnallisen harmonian toteuttaminen, joskin se saattaa esiintyä mitä vaihtelevimmissa muodoissa.²⁹ Katolisoiva G. Renard pitää samoin oikeuden tehtävänä yhteishyvän toteuttamista: oikeus on maailmanjärjestyksen osa, se sisältyy yleis-

lankumouksessa, eikä niitä myöskään meidän päivinäme yksinkertaisesti väkivalloin voida haudata. »Die Wurzeln dieses Sozialideals reichen ohne Unterbrechung bis in die Antike und sind in das europäische Bewusstsein zutiefst eingesenkt durch die gesamte Geschichte der christlichen Kirche.» — — Edellä olemme kosketelleet vain mitätöntä murto-osaa metafysiillisista oikeellisuusteorioista; esitimme ne tyypillisinä esimerkkeinä; tyhjentävä käsittely vaatisi oman laajan teoksen. Huomautettakoon vielä Leibnitzin määritelmästä: oikeellisuus on viisaan rakkautta. Sana viisaus viittaa syvähenkiseen elämukseen. F. Berolzheimer: *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* III s. 95 ss., Raselli: *Il potere discrezionale del giudice civile* I s. 160: yhteiskunnallisten intressien *harmonia*, Gareis: *Vom Begriff Gerechtigkeit* s. 16 ss.: ihmisarvo.

²⁷ Sit. Alice Piot: *Droit naturel et réalisme* s. 129—133. — — Katolilaisuuden utilitaristinen kanta antaa sille vahvan todellisuudensävyn.

²⁸ Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale (Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique 1935 s. 25 ss.)

²⁹ Introduction à l'étude du droit s. 33. — — Sanalla »justice» tekijä sensijaan tarkoittaa vain positiivisen oikeuden noudattamista (s. 29), mutta tämä tietenkin on pelkkä terminologinen kysymys: oikeuden tarkoituksena B:n mukaan nimenomaan on yhteiskunnallisen harmonian toteuttaminen. Vrt. Sipilä: »oikeuden aineellinen tarkoitus».

maailmalliseen 'sopusointuun, joka johtaa kaikkia olentoja ylintä viimeistä päämäärää kohden.³⁰ A b i c e P i o t on yksityiskohtaisesti koettanut osoittaa, että ihminen järjellisenä olentona voi kehittää persoonallisuutensa kaikki puolet vain oikeellisuudelle rakentuvan, yhteistä hyvää tarkoittavan oikeusjärjestyksen puitteissa.³¹

Metafyysillisesti nähdyn kokonaisedun pohjalta lähtevät oikeellisuusteoriat eivät tietenkään konkreettisen aukkotapauksen harkinnassa saata tuomarille antaa välitöntä johtoa. Mutta syventämällä hänen käsitystään yhteiskunnasta ne kohottavat aukkoharkinnan tasoa. Mikäli ne joutuvat ristiriitaan historiallisen konkreettisen todellisuuden kanssa, on niiden väistytävä: muuten tuomarin ratkaisu on oikeudenvastainen.

Yhteisön etu voidaan myös käsittää puhtaasti käytännöllis-utilitaristisena, eliminoimalla siitä kaikki metafyysilliset ainekset. Tällä kannalla ovat esim. V a n d e r E y c k e n ja V. L u n d s t e d t. Edellisen mukaan oikeuden tehtävänä on yhteishyvänsä organisointi: se velvoittaa tekoihin, jotka säilyttävät ja turvaavat yleisen onnen (*le bonheur public*).³² Yhteisön edun valvominen on täten oikeuden koko tarkoituskompleksin pohjana: kaikki erikoistarkoitukset ovat siitä johdettavissa. Voidaan myös sanoa, että oikeuden päämääränä on yhteiskunnallinen tasapaino (s. 113): sen valossa on oikeutta tutkittava. L u n d s t e d t samoin rakentaa oikeusteoriaansa »samhällsnyttan»-käsitteen varaan, jonka olemusta hän kuitenkin ei selvittä. Tosin hän A l f R o s s i n kanssa käydyssä väittelyssä (SJT 1933 s. 122) täsmentää samhällsnyttan-käsitteen seuraavasti: »... hänsynstagande till vad som i avseende å rättsmekanismens gestaltning är ägnat att befrämja de intressen, som människorna i ett under diskussionen varande slag av situationer faktiskt i allmänhet sträva efter att tillgodose», mutta tavallisesti hän ei käytä »samhällsnyttan»-käsitettä tässä merkityksessä (yksilöiden intresseistä johdettuna), vaan välittömästi yhteisön etua tarkoittavana. Tuomarin on L u n d s t e d t i n mukaan aina ratkaisuisaan pidettävä silmällä yhteiskunnan etua, mutta merkillistä kyllä siitä hänen mukaansa johtuu, että tuomarin on ratkaistava vastoin yhteisetua,

³⁰ Le droit, l'ordre et la raison, Paris 1927, s. 97. (huomaa teoksen kuvaava nimi).

³¹ Droit naturel et réalisme s. 165—225.

³² Méthode positive de l'interprétation juridique s. 56, 112 ss.

mikäli lakien noudattaminen, kiinteä tuomioistuinkäytäntö sekä vallitseva oikeuskäsitys konkreettisesti tapauksessa sellaista ratkaisua vaativat.³³ Oikeusnormejahan Lundstedtin mukaan ei kylläkään ole olemassa, mutta yhteiskunnan etu vaatii, että tuomari kuvittelee niiden olemassaolon (s. 263), ja siis kenties mainitun kuvittelun nojalla joutuu, kuten yllä mainittiin, ratkaisemaan tapauksen yhteisedun vastaisella tavalla. Harvinaisesta sotkuisuudesta huolimatta Lundstedtin oppia ei sittenkään voitane pitää täysin arvottomana.³⁴ Sen pohjana lienee käsitys konkreettisen yhteiskunnallisen todellisuuden tarpeista. On epäilemättä aukkotapauksia, joissa yhteiskunnan edun vaatimukset täysin luotettavasti voidaan selvittää (joskaan tämä ei suinkaan ole *kaikissa* tapauksissa mahdollista: siinä Lundstedtin opin suurin heikkous). Mutta huomattakoon: luotettava selvitys voi lähteä vain tarkan *yhteiskuntatiedon* pohjalta. Samhällsnyttan-käsitteeseen vetoaminen merkitsee itse asiassa yhteiskuntatietoon vetoamista (ks. edellistä lukua): mainitulla käsitteellä ei ole *itsenäistä* merkitystä tuomarin aukkoharkinnassa. Täten olemme myös määränneet kantamme *Vander Eyckenin* nähdessä.³⁵

Max Rümelin rakentaa niinikään oikeellisuusteoriaansa yhteisedun käsitteelle,³⁶ mutta torjuu nimenomaan Bentham-Millin utilitarismin. Myönnettyään, että yhteisedun sisällön toteaminen konkreettisesti tapauksessa saattaa olla vaikeata, hän vetoaa siihen, että

³³ Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft I s. 261. — — Korostetakaan kuitenkin heti, ettei Lundstedt tässä ole vähääkään epäjohtonmukaisempi kuin vallitseva oikeusfilosofinen ajattelu, joka *johtaa* oikeuden velvoittavuuden oikeellisuudesta, mutta samalla julistaa, että tuomarin, milloin positiivinen oikeus ja oikeellisuus (luonnonoikeus) joutuvat konkreettisesti tapauksessa ristiriitaan, tulee antaa etusija positiiviselle oikeudelle. Gén y esim. (Science et technique en droit privé positif IV) lausuu, että »ylemmänasteinen luonnonoikeus» vaatii luonnonoikeuden, siis oikeellisuuden, syrjäyttämistä milloin se joutuu positiivisen oikeuden kanssa ristiriitaan: täysin mahdoton perustelu.

³⁴ Alf Ross SJT 1933 s. 117 ss. kiistää siltä kaiken arvon.

³⁵ Emme siis hyväksy G. Myrdalin mielipidettä (sit. Ross SJT 1933 s. 118—119), jonka mukaan yhteiskunnan edun käsite *aina* merkitsee pelkkää mielivaltaa ja vanhentunutta luonnonoikeutta: mutta epäilemättä subjektiivisuuden vaara sen selvittämisessä on tavattoman suuri. Tuomari helposti katsoo yhteiskunnan etua ahtaasti oman yhteiskuntaluokkansa silmin, s.o. tilaamansa aamulehden värityksessä. *Varovaisuus* on tarpeen, mutta se ei oikeuta heittämään pois lasta pesuveden mukana.

³⁶ Die Gerechtigkeit s. 55. — — Hyvin epäselvästi Gareis: Vom Begriff Gerechtigkeit s. 18 ss.

jokainen aika synnyttää omat vallitsevat eettilliset ja oikeudelliset aatteensa: tuomarin on lähdettävä niiden pohjalta (s. 56, 57). Tämähän taaskin merkitsee, että tuomarin on aukkoharkintansa pohjaksi pantava reaalin yhteiskuntatieto.

Läheisessä yhteydessä viimeksimainittuihin teorioihin ovat ne, jotka saavat oikeellisuuden aineellisen sisällön *kulttuurin toteuttamisesta*. Max Ernst Mayer määrittelee oikeellisuuden: »zu vollkommener Harmonie vordringende Ausgleichung von Gegensätzen und Verteilung von Gütern nach Massgabe von erlebter Kultur» (Rechtsphilosophie s. 81). Friedrich Peters on koettanut täsmentää epämääräisen »kulttuurin» käsitteen seuraavasti: »Den Inbegriff geschaffener Lebensbedürfnisse, die ihnen gleichgerichtete Interessen naturnotwendig auslösen müssen, nennen wir Kultur».³⁷ kulttuuri ilmenee yhteisön jäsenten »kulttuuritunteessa», joka on eletyn kulttuurin kiteytymä (s. 57). Oikeellisuuden aineellisen sisällön muodostavat »aus dem Kulturbewusstsein im Hinblick auf oberste Zwecke vorgenommene . . . Wertungen» (s. 77). Kulttuurin käsitettä on kuitenkin varsin vaikea täsmentää. Jos vaaditaan, että tuomarin aukkotapauksessa tulee seurata kulttuurimiljöön vaatimuksia, merkitsee tämä, että hänen tulee lähteä tarkan *yhteiskuntatiedon* pohjalta: viittaamme siis jälleen edelliseen lukuun ja toteamme, ettei »kulttuurin» käsite saata näytellä *itsenäistä* osaa tuomarin aukkoharkinnassa. Sensijaan mainitun käsitteen korostaminen muistuttaa tuomaria siitä, että hänen huolellisesti tulee seurata myös yhteiskuntansa *henkisiä* virtauksia: huomiota ei yksipuolisesti saa kiinnittää yhteisön »aineellisten» suhteiden selvittämiseen. (Mutta voidaanko henkisten ja aineellisten yhteiskuntafaktain välille vetää rajaa? Eivätkö taloudelliset ja poliittiset tosiseikat pohjaltaan ole yhtä henkisiä kuin »puhtaasti aatteelliset», ja eivätkö jälkimmäiset vuorostaan ole kiinteästi sidotut yhteiskunnan »materiaaliin» edellytyksiin? Näiden kysymysten pohtiminen johtaisi meidät kauas varsinaisen aiheemme ulkopuolelle).

Tärkeätä on huomata, että kaikki edellä selostamamme yhteisöedun pohjalta lähtevät oikeellisuusteoriat tarkoittavat *yhteiskunnan* etua, ei sensijaan *valtion*. Niiden lisäksi on kuitenkin olemassa joukko teorioja, jotka nimenomaan rakentuvat *valtion* edun pohjalle, jotka siis johtavat oikeellisuuden aineellisen sisällön valtion edusta. Tavallisesti ne ilman muuta edellyttävät, että oikeusyhteisönä saattaa olla vain valtio:

³⁷ Vom Problem der Gerechtigkeit s. 56.

täysin epähistoriallinen näkemys. (Ja miten on silloin kansainvälinen oikeus selitettävä?) Tyypillisenä tämän suunnan edustajana mainittakoon Binder. Jo ennen kansallissosialismin valtaannousua Saksassa on hän julistanut valtionatsionalismia: »... der Staat des Universalismus, der Staat als Einheit von Regierten und Regierung, als wirkliche Lebensgemeinschaft, als lebendige Daseinsform der Nation, die Forderung der Gerechtigkeit ist...» (Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates s. 46: huomaa teoksen kuvaava nimi). Philosophie des Rechts-teoksessa hän, oikeellisuuden sisältöä pohtiessaan, käyttää sanakäännettä »... erheben wir aus der Idee des Rechts und des Staates die Forderung, dass...»: hän siis samastaa oikeuden aatteen ja valtion aatteen. Kovin valaiseva ei kylläkään ole määritelmä: *Der Staat ist gerecht, der durch seine Gestaltung, seine Beschaffenheit, seine Verfassung nämlich, lebendig wird (!)*.³⁸ Avarampi käsitys on W. Sauerilla, jonka mukaan oikeuden aate on perustettava valtioksi yhdistyneen kansakunnan *kulttuuriin*.³⁹ Maggiorin mukaan (RIFD 1923 s. 283) kaikki muu on uhrattava »salus publicae»: sellainen uhraus ei milloinkaan ole oikeudenvastainen. Salus publicalla hän tuntuu tarkoittavan *valtion* etua.

Jos vaaditaan, että tuomarin aukkoharkinnassa tulee lähteä valtion edun pohjalta, on hänen luotettavasti *tiedettävä*, mitä valtion etu konkreettisesti aukkotapauksessa vaatii. On kyllä tapauksia, joissa valtion etu varsin suurella varmuudella voidaan selvittää: mutta *kaikissa* tapauksissa tämä ei ole mahdollista. Mikäli selvittäminen käy päinsä, se saattaa lähteä ainoastaan pätevän yhteiskuntatiedon pohjalta: viit-taamme siis jälleen edelliseen lukuun, ja toteamme, ettei valtion etu ole *itsenäinen* tekijä tuomarin aukkoharkinnassa. Mielivallan vaara on valtion edun toteamisessa suuri, jopa suurempi kuin utilitaristisen »yhteiskunnan edun» selvittämisessä. Sillä »valtion etu» konkreettisesti tapauksessa määräytyy tuomarin tajunnassa liiankin helposti poliittisten intohimojen värittämänä. Parhaassa tapauksessa hän yksinkertaisesti asettuu faktillisten *valtasuhteiden* pohjalle (sehän on tuomarin velvollisuutena kaikissa yhteisöissä, koska oikeusjärjestys on faktillisten valtasuhteiden ilmaus): miksi silloin koristella asiaa nimittämällä sitä valtion eduksi? Entäpä jos valtio on oikeudenkäynnissä riitapuo-

³⁸ Die Gerechtigkeit als Lebensprinzip des Staates s. 35.

³⁹ Rechts- und Staatsphilosophie s. 401. — Hän määrittelee oikeuden aatteen seuraavasti: »Wertsteigerung der im Staat geeinten Volksgemeinschaft in der Richtung auf grösstmögliche Steigerung der nationalen Kultur.»

lena: silloinhan nyt käsiteltävän oikeellisuusopin mukaan valtiolle aina on taattava voitto (ellei kenties selitetä, että »ylemmänasteinen valtionetu» vaatii valtionedun syrjäyttämistä konkreettisissa tapauksissa tarpeen mukaan. (Vertaa edellä muist. 33.) Joskin siis äärimmäinen varovaisuus on tarpeen, emme kuitenkaan halua kokonaan torjua »valtion edun» käsitettä aukkoharkinnasta. Sen korostaminen merkitsee, että tuomarin tarkoin ja huolellisesti, mahdollisimman objektiivisesti, tulee punnita yhteiskunnan poliittiset realiteetit. Mutta yksipuolisesti emme tuota käsitettä saa korostaa.⁴⁰

Olemme siis todenneet: puhtaasti muodolliset oikeellisuusteoriat ilmaisevat vain järjestyneen oikeusyhteisön olemuksesta johtuvan selviön. Metafyysilliset teoriat avartavat tuomarin henkistä minää, mutta eivät anna ohjausta konkreettisten aukkotapausten harkinnassa. Moraaliset ja yhteisön edulle rakentuvat teoriat taasen muistuttavat tuomarille pätevän yhteiskuntatiedon merkitystä, mutta eivät itse sellaisenaan anna johtoa. *Miksi* näinollen oikeellisuudelle ja yhteisön edulle juriidisessa teoriassa annetaan niin tärkeä sija? *Siksi*, että mainitut teoriat ja käsitteet jo sinänsä, riippumatta siitä onko niillä *tieteellistä* arvoa, vaikuttavat stabilisoivasti yhteiskunnallisiin valtasuhteisiin, ja siten helpottavat rauhallista elimellistä kehitystä. Tavattoman tärkeätä on muistaa, että oikeellisuus ei ole pelkkä positiivisen oikeuden arvosteluperuste. Päinvastoin pidetään *selviönä*, että tuo positiivinen oikeusjärjestys »suurin piirtein» toteuttaa oikeellisuuden vaatimukset, tai ainakin pyrkii siihen. Mainittu kanta on tieteellisesti katsoen luonnollisesti täysin perustelematon, mutta sen *ideologinen* yhteiskunnan valtasuhteita stabilisoiva vaikutus on ilmeinen. Kansalaisissa syntyy käsitys, että tosiasiallinen oikeusjärjestys sisällöltään on *siveellisesti* oikeutettu, että se suorastaan on Jumalan vaatima. Tästä seuraa, että kumoukselliset suunnitelmat, vieläpä rohkeammat reformipyrkimyksetkin, saavat epäilyttävän leiman: ne ovat vastoin »pyhää järjestystä», vastoin oikeellisuutta: sillä onhan oikeellisuus suurin piirtein positiivisen oikeuden toteuttama. (Robert Hermansonin ajattelussa

⁴⁰ Oikeusyhteisöissä joissa, kuten esim. Saksassa ja Italiassa, faktillisesti *vallassa*-oleva ideologia voimakkaasti korostaa valtion etua, tuomari tietenkin on velvollinen aukkotapauksissa ottamaan mainitun *realiteetin* huomioon. Suomessa *vallassa*-oleva *demokraattinen ideologia* ei sensijaan lähde valtionabsolutismin pohjalta: tämä realiteetti on suomalaisen tuomarin aukkoharkinnassaan otettava huomioon.

esiintyy mainittu idealisoiva tendenssi erikoisen silmiinpistävänä).⁴¹ Realistinen Roscoe Pound toteakin aivan oikein (An introduction to the philosophy of law s. 74 ss.), että Aristoteleen sekä roomalaisten juristien oikeellisuusmääritelmät tarkoittivat yhteiskunnallisen status quon säilyttämistä: jokaisen on pysyttävä alallaan. — Mutta eikö oikeellisuuden aate myös ole esiintynyt yhteiskunnallisen kehityksen lippuna? Eivätkö kaikki vallankumoukselliset ja radikaalit virtaukset vetoa juuri siihen? Epäilemättä, mutta oikeellisuuden konservatiivi vaikutus on kuitenkin monin verroin voimakkaampi.⁴²

Yhteiskunnan edun korostaminen oikeellisuudesta riippumattomana itsenäisenä käsitteenä (esim. valtionabsolutismissa) palvelee myös ideologisia päämääriä: tämäkin käsite vaikuttaa stabilisoivasti yhteiskunnan tosiasiallisiin valtasuhteisiin. Jos kansalaiset yleisesti omaksuvat käsityksen, että voimassaoleva oikeus ja sen pohjalla annetut tuomiot sisällöltään ovat yhteiskunnan edun mukaiset, helpottaa se alistumista. Onhan selvää, että yksityisen kansalaisen on uhrattava pienet yksityisetunsa yhteiskunnan edun niin vaatiessa. Mitä on pidettävä yhteisön etuna, sen määräävät auktoritatiivisesti tosiasialliset valtasuhteet. Näinollen on täysin ymmärrettävää, että n.s. kansalliset diktatuurit, jotka tähtäävät yksityiskapitalistisen talousjärjestyksen lujittamiseen vallankumouksellista proletariaattia vastaan, rakentavat stabilisoivalle kokonaisuuden edun käsitteelle.

⁴¹ Esim. »Det Rätta och Staten» JFT 1929 s. 291: »Domaremakten är makten att i enskilda fall vid behov göra det Rätta gällande genom utövande av rättvisa. Rättvisa förverkligas när i utövande av överordnad makt åt en var tilldelas vad honom tillkommer, d.v.s. vad honom enligt en ordning med helgd tillkommer. När så sker, sker rätt.»

⁴² Hans Kelsen: Reine Rechtslehre s. 16. — Eduard Meyerin mukaan Aristoteles yhteiskunnallisilta mielipiteiltään oli aristokraattisen taaksepäinkatsova (»reaktionär»).

XII. AUKKOHARKINNAN APUKEINOJEN KESKINÄINEN SUHDE.

Olemme havainneet, että *kaikki aukkoratkaisujen harkinnassa käytettävät apukeinot selvittelevät yhteiskunnallista todellisuutta* sanan laajassa merkityksessä, mutta eri näköpisteistä käsin. Analogia pohjautuu yhteiskunnallisen todellisuuden tärkeän osan, koko voimassa-olevan oikeusjärjestyksen ja sen perustana olevan tarkoituskompleksin, syvälliseen tuntemiseen. Oikeustiede tutkii tuota yhteiskunnalliseen todellisuuteen sisältyvää osakokonaisuutta tieteellisen systematisoivasti. Judikatuurin tuomarille antama tuki perustuu siihen, että tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut ovat olleet yhteiskunnallista todellisuutta historiallisesti muovaavia akteja, jotka sisältyvät oikeusajattelun väsymättä suorittamaan yhteiskunnalliseen organisoimistyöhön. Yhteiskuntatieto avaa oven sosiaalisiin realiteetteihin niiden koko laajuudessa. Oikeuden aatteeseen ja kokonaisuuden etuun eläytyminen avartaa tuomarin persoonallisuutta, mutta kiinteän pohjan niille antaa yhteiskunnallinen reaalityö.

Edellä lausutusta seuraa, että harkinnan apukeinot vasta keskinäisessä yhteistyössä tuottavat oikeudenhoidon kannalta parhaan mahdollisen tuloksen. Oikeusyhteisön etu vaatii, että aukkoharkinnan apukeinot jatkuvasti tukevat toisiaan. On oikeudenvastaista, jos tuomari turvautuu eri apukeinoihin perättäisen subsidiaarisesti: ensin kenties yrittää analogiaa, ellei siitä lähde apua, turvautuu judikatuuriin, jollei sekään suo ratkaisulle kestävä pohjaa, etsii tukea oikeustieteestä j.n.e. Tarkastellessamme tuomitsemistekniikkaa sellaisena kuin se todellisuudessa esiintyy, havaitsemme, että edellä hahmoteltua yhteistyön vaatimusta varsin laajassa mitassa suorastaan »olosuhteiden pakosta» noudatetaan. Kokeneen tuomarin persoonallisuus on oikeustieteen, judikatuurin, empiirisen yhteiskuntatiedon ja oikeuden aatteen yhteensulautuma: vain keinotekoinen analyysi kykenee siinä

erottamaan alkutekijät. Niinpä oikeustieteelliselle pohjasivistykselle rakentuva yhteiskunnallinen kokemus ja siihen sisältyvä judikatuurin tuntemus muodostavat kokeneen tuomarin analogiankäytön perustan.

Ei kuitenkaan voida kieltää, että on olemassa tekijöitä, jotka haitallisesti vaikuttavat harkinnan apukeinojen yhteistyöhön: joskin kaikki nuo keinot latenttisinä sisältyvät tuomarin tajuntaan, saattavat jotkut niistä joutua haitallisella tavalla syrjään tungetuiksi. Tähän suuntaan vaikuttavista tekijöistä mainittakoon ensinnäkin ajan ja energian säästö. Suuren työtaakan raskauttama tuomari ei saata käyttää rajattomasti aikaa yhden aukkotapauksen harkitsemiseen. Paitsi puhtaasti subjektiivisia syitä vaikuttaa mainittuun lopputulokseen myös objektiivinen yhteiskunnallinen intressi: oikeudenkäytön joutuisuus. Näinollen voi sattua, että tuomari ajan säästämiseksi turvautuu ensimmäiseen eteensattuvaan apukeinoon, kunhan ratkaisu ei suorastaan loukkaa vallitsevaa oikeusvakaumusta. Toisena harkinnan apukeinojen synteettistä yhteistyötä vaikeuttavana tekijänä on eräiden tuomarien korostettu »käytännöllisyyden» palvonta, ammattitraditioksi luutunut teorian halveksunta. Oikeustieteen ja muiden yhteiskuntatieteiden jatkuvasta kehityksestä ei piitata, vaan eletään yliopisto-opintojen yhä kalpevien muistojen varassa (joita ei kerrata). Osaltaan tähän asennoitumiseen tietenkin vaikuttaa tuomarien työtaakka, mutta jos tuomari »käytännön miehenä» tottuu jättämään oikeustieteen ja muut yhteiskuntatieteet huomiotta aukkoratkaisuja harkitessaan, on se yhteiskunnan *oikeuskulttuurin* kannalta mitä tuhoisinta. Tuomari saa silloin aikaan, ettei tieteellinen tutkimus pääse hedelmöittämään käytäntöä, teorian ja praksiksen välille luodaan keinotekoinen kuilu. Sen sijaan että ne yhdessä ponnistelisivat yhteisön oikeuskulttuurin rakentamisessa, ne alkavat kulkea kukin omaa tietään. Työ, jonka ne siten kukin eristettynä suorittavat, on ei yksin määrältään vaan myös laadultaan huonompaa kuin yhteistyö. Teorian ja käytännön yhteistyö luonnollisesti edellyttää, että oikeusteoria tarkoin tuntee ja ottaa huomioon judikatuurin, mutta yhtä tärkeätä on, että tuomarit antavat riittävän suuren arvon oikeusteorialle ja muille yhteiskuntatieteille. Kolmantena harkinnan apukeinojen hedelmällistä yhteistyötä vaikeuttavana tekijänä mainittakoon tuomarin luonteen korostettu aktiivisuus tai passiivisuus. Voimakkaan aktiivinen tyyppi saattaa siinä määrin luottaa omaan ajatteluunsa ja omaan kokemukseensa, että objektiivisävyiset apukeinot kuten judikatuuri ja oikeustiede jäävät kokonaan

taka-alalle. Toisaalta passiivisen arka ja varovainen luonne korostaa objektivoivia persoonattomia harkinnan apukeinoja, aliarvioiden esim. omakohtaisen analogiankäytön ja oman yhteiskuntakokemuksen merkityksen.

Oikeudenhoidon maksimitiehen saavuttamiseksi tulee siis aukkoharkinnan apukeinojen työskennellä kiinteässä alituisessa yhteistyössä. Mutta tämä ei merkitse, että nuo keinot oikeudenhoidon kannalta arvostellen olisivat *samanarvoiset*. Tarkastelemme eräitä niiden arvohierarkiaan vaikuttavia tekijöitä, ja aloitamme kysymällä: onko luonteenlaadultaan aktiivinen tuomarintyyppi yhteiskunnalle arvokkaampi kuin varovaisen epäilevä? Aukkoharkinnan yhteydessä tämä probleema on erityisen tärkeä. Goethe totesi sattuvasti, ettei »mikään ole kauheampaa kuin toimiya tietämättömyys», ja siitä seuraa esilläolevaan kysymykseen nähden: *ellei* ole riittäviä takeita siitä, että tuomarintehäviä suorittamaan saadaan sekä älyn että kokemuksen puolesta korkeatasoisia henkilöitä, on varovaisen passiivinen tuomarintyyppi oikeudenhoidolle edullisempi.¹ Kiistattomana tosiseikkana voitaneen kuitenkin pitää, että Suomessa tuomarinvirkojen *vakinaisille* haltijoille nykyään asetetaan niin korkeat vaatimukset (etenkin käytännölliseen kokemukseen nähden: nimittämismenettely on siinä kohdin tärkeä), että ala-arvoisen aineksen esillepääsy on epätodennäköistä. Näinollen saatamme oikeudenhoidossamme nykyään vallitsevan tosiasiallisen tilanteen pohjalta väittää, että aktiivinen itsenäisiin aloitteisiin taipuva vakinainen tuomari on yhteiskunnalle edullisempi kuin konservatiivisen arka. Tästä taas seuraa: harkinnan apukeinojen yhteistyössä on arvokkain sija niillä keinoilla, jotka suovat *aktiiviselle* tuomarille parhaan mahdollisuuden persoonallisuutensa toteuttamiseen. Asetamme siis ensi sijalle omakohtaiseen harkintaan perustuvan analogian ja omakohtaisilla kokemuksilla kootun yhteiskuntatiedon.

Mutta aktiivinen tuomarintyyppi on yhteiskunnalle hyödyllinen vain silloin, kun aktiivisuus on pitkäjännitteistä, laajakatseista. Avarakatseisen aloitekykyinen tuomari ymmärtää, mikä perustavan tärkeä merkitys on objektivoivilla harkinnan apukeinoilla, judikatuurilla ja tieteellä, kun aloitekyky on ohjattava hedelmälliselle tielle. Lyhytjän-

¹ Lainlukijajärjestelmän aikana oli varovaisuus tuomarin päähyveitä, kuten kyselyjärjestelmästä ilmenee. Meidän päivinämme on kokemattomilta sijaisilta niinkään vaadittava mitä suurinta varovaisuutta aukkotapausten harkinnassa (judikatuuria ja oikeustiedettä on pidettävä alati etualalla): vain siten voidaan sijaisjärjestelmän haittoja edes jossain määrin vähentää.

nitteinen ahtaan näköpiirin kahlitsema aktiivisuus sensijaan, joskin siihen kenties saattaa liittyä jokin määrä älyä ja kokemusta, rakentaa *yksipuolisesti* subjektiivisen minätunteen kultaamalle analogialle ja omalle yhteiskuntakokemukselle, estäen siten — kuten edellä havaitsimme — harkinnian apukeinojen tehokkaan yhteistyön.

Selvitellessämme aukkoharkinnan eri apukeinojen keskinäistä arvosuhdetta keskitymme erityisesti judikatuuriin ja positivistiseen (»dogmaattiseen») oikeustieteeseen. Kumpikaan niistä ei luo yleisesti velvoittavia oikeusnormeja: ne antavat tuomarille vain abstraktisia normikaavoja, yleisluontoisia ehdotuksia. Judikatuurin (=tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut) tarjoamat normikaavat sisältyvät *jo annettuihin* ratkaisuihin, kun sensijaan lainoppi yksinomaan kaavoittelee *tulevaisuutta*. Kummankinlaiset normikaavat ovat »historiallista todellisuutta», joskin eri mielessä: oikeustieteenkin normisuunnitelmat sisältyvät yhteiskunnan aktuaaliseen henkiseen pääomaan, mutta niiden »todellisuusaste» tuntuu heikommalta kuin judikatuurin konkreettisista jo annetuista ratkaisuista esiinkasvavien normikaavojen.

Judikatuurin ja oikeustieteen arvosuhdetta ei voida ratkaista yleispätevästi kaikkia mahdollisia oikeusyhteisöjä varten. Päinvastoin niiden arvosuhde määrätysssä yhteisössä riippuu konkreettis-historiallisista tosiseikoista. Esim. siitä, onko ylimmän oikeusasteen judikatuuri huolellisesti ja vakuuttavasti perusteltua, onko se systematisoituna sekä hyvin selostettuna kaikkien saatavissa. Lisäksi siitä, onko yhteiskunnassa harjoitettu oikeustiede todellisuuspohjaista, metodiltaan hedelmällistä. Kun näinollen T. M. K i v i m ä k i (Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä Lm 1937 s. 484) lausuu: »Jos lainoppi täyttää tehtävänsä oikein, voi se tulla tärkeäksi tekijäksi oikeuden kehittäjänä lainsäädännön ja lainkäytön rinnalla, niinkuin se meillä on monia aikoja ollutkin näistä tekijöistä tärkein», on metodinen perusajatus oikea (konkreettis-historiallinen näkökulma, ei generalisoiva: »Jos lainoppi täyttää...»). Lisäksi yhdymme K i v i m ä k e e n siinä, että oikeustiede todella on näytellyt ratkaisevan tärkeätä osaa oikeutemme kehittämisessä: ovathan esim. vuoden 1734 lain velvoiteoikeudelliset säännökset ylen niukat ja epäsystemaattiset; samoin sen testamenttioikeus on kovin lakoonista (vuoden 1686 testamenttisääntöönkin verrattuna). Mutta joskin maamme oikeustieteellinen tutkimus jatkuvasti näyttää vilkastuvan, metodisesti selkenevän ja valtaavan uusia aloja, emme kuitenkaan saata katsoa, että se jatkuvasti

olisi oikeutemme kehittäjänä *tärkeämpi* kuin judikatuuri.² Se ei ole judikatuurin rinnalla edes tasa-arvoinen. Vuonna 1928 käytäntöön otettu KKO:n ratkaisujen järjestelmällinen, valikoiva ja huolellisesti selostava painosta julkaiseminen on ratkaisevasti kallistanut vaa'an judikatuurin hyväksi. Valtakunnan oikeudenkäytön yhtenäisyyden tärkeä intressi vaikuttaa voimakkaasti tähän suuntaan. Ylimpien instanssien (KKO ja KHO) oikeudenkäyttöä voidaan näet tietoisesti ohjata ja sitä ilmeisesti pyritäänkin ohjaamaan tuon yhtenäisyydsintressin mukaisesti, kun sensijaan oikeustiedettä ei voida yhdenmukaistaa.³

Mikä on oikeuden aatteen asema harkinnan apukeinojen arvohierarkiassa? Olemme tässä tutkimuksessa havainneet, että oikeuden aate yleensä esiintyy konservatiivisena, olevia oloja idealisoivana tekijänä. Eli kuten Goethe lausuu: »Das Vernünftigste ist immer, dass jeder sein Metier treibe, wozu er geboren ist und was er gelernt hat, und das er den andern nicht hindere, das seinige zu thun. Der Schuster bleibe bei seinem Leisten, der Bauer hinter dem Pfluge, und der Fürst wisse zu regieren» (J. P. Eckermann: Gespräche mit Goethe, 25/2 1824). Vain poikkeustapauksissa oikeuden aatteen nimessä vaaditaan *muutoksia* sosiaaliseen status quo'hon. Kun *tällainen* oikeellisuusvaade ponnistautuu esiin, on se aina merkinä paraikaa tapahtuvasta muuttumisesta yhteiskunnan valtasuhteiden piirissä. Jos siis tuomari panee tuon vaatimuksen aukkoratkaisunsa pohjaksi, se merkitsee yhteiskun-

² Selostuksessa, jonka »Helsingin Sanomat» (15/10 1937) antoi prof. Kivimäen yllämainitusta virkaanastujaisesityelmästä, kuuluu edellämainitsemamme kohta: »Jos lainoppi täyttää tehtävänsä oikein, voi se tulla *tärkeämmäksi* tekijäksi oikeuden kehittäjänä kuin lainsäädäntö ja lainkäyttö, niinkuin se meillä on monia aikoja ollutkin näistä tekijöistä tärkein» (harv. meidän). Jos selostus on oikea (siihen viittaavat Lm 1937 s. 484 painetun lauseen loppusanat: »niinkuin...»), on Kivimäki siis modifioinut esitelmässä julkilausuttua kantaansa, ja mielestämme oikeaan suuntaan.

³ Lisäksi olemme havainneet, että tuomarit helpommin taipuvat huomioimaan judikatuurin kuin oikeustieteen tuloksia; onhan judikatuuriin tutustuminen ja sen jatkuva seuraaminen vähemmän aikaavievää kuin teorian seuraaminen. — — Tavaltaan ovat oikeusteoreetikot jäävejä punnitsemaan oman työalansa arvoa judikatuurin rinnalla: on psykologisesti ymmärrettävää, että tulos pyrkii muodostumaan teorialle edulliseksi. — — Lisäksi on muistettava, että paitsi tuomareita joutuvat aukkotapauksia käsittelemään ennen muuta asianajajat, ja heidän on pakko — vahingonkorvausvelvollisuuden välttämiseksi — kiinnittää vakiintuneeseen tai paraikaa vakiintuvaan lainkäyttöön suurempi huomio kuin teoriaan. Asianajajain tärkeä oikeutakehittävä toiminta rakentuu siis enemmän judikatuurille kuin oikeustieteelle.

nan struktuurissa paraikaa tapahtuvan muutoksen oikeudellista *ilmaisuua*. Yhteiskunnan rakenne on sillä hetkellä eräässä kohdin joutunut epämääräiseen käymistilaan, ja tuomari kiteyttäessään aukkoratkaisun tekee »poliittisen ratkaisun», luo historiaa omalta osaltaan. Selvää on, ettei tuomari tällöin saa lähteä spekulatiivis-utooppiselta, siis poliittisen »uskontunnustuksen» antamalta pohjalta, vaan on tulevaisuus hahmoteltava ankarana *empiirisesti* kivi kiveltä nykyisyyden tosiasioista lähtien ja koko oikeusyhteisön etua silmällä pitäen.

Kaksi intressiä tulee silloin punnittavaksi vastakkain. Toisaalta johtuu tuomarin tehtävästä yhteiskuntarauhan symbolina, että hänen on otettava huomioon yhteisön vakiintunut struktuuri. Toisaalta juuri tuomari, ollessaan jatkuvasti kosketuksessa käytännölliseen elämään, kykenee pätevästi arvostelemaan oikeuden kehitystarpeet. Hänelle ei kuulu yksin oikeusjärjestyksen mekaaninen *säilyttäminen*, vaan myös sen *kehittäminen*. Tuomarin toiminta ei siis rajoitu »valmiin» oikeusjärjestyksen soveltamiseen konkreettisessa tapauksessa, vaan hänen aukkoharkintansa osallistuu järjestyneen yhteisön alati jatkuvaan rakentamiseen. Tuomari ei saa olla eloton kivimöhkäle historiallisen kehityksen virrassa, vaan hänen tulee aktiivisesti osallistua kansakuntansa tulevaisuuden luomiseen. Lainsäädäntökoneiston meluava toiminta älköön estäkö meitä näkemästä tuomarikunnan osuutta oikeuden kehittämisessä.⁴ Sattuvasti lausuukin Kivimäki tuomarista (harvennukset meidän): »Hän on tuomiota tehdessänsä yhteiskunnassa vakaantuneen tai vakaantuvan käsityskannan ja suunnan sitoma. Mitä paremmin hän täyttää tämän *ee*tilisen velvoituksen, jota myöskin lakia tulkittaessa on seurattava, sitä parempi tuomari hän on, s.o. sitä enemmän hän *kehittää* oikeutta elämän todellista kulkua vastaavaksi.»⁵

Totesimme tämän luvun alussa, että kaikki aukkoharkinnan apukeinot valaisevat yhteiskunnallista todellisuutta, joskin eri puolilta. Siitä seuraa, että apukeinot eivät yleensä oikeustapausta harkittaessa johda keskenään ristiriitaisiin tuloksiin. Mutta ne *saattavat* johtaa ris-

⁴ Sanoessamme, että tuomari aukkotapauksissa »kehittää» oikeutta, emme tietenkään tarkoita, että hän loisi vastaisuutta *sitovia* oikeusnormeja. Tahdomme vain korostaa, etteivät tuomarin aukkoratkaisut tulevaisuudessa sattuvien tapausten kannalta ole *merkitykselliset* (ks. luku »Tuomioistuinten aikaisemmat ratkaisut»).

⁵ Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä, Lm 1937 s. 477.

tiriitaan: näitä poikkeustapauksia on meidän nyt lyhyesti pohdittava. Edellä selvittelimme harkinnan apukeinojen keskinäistä arvosuhdetta *jatkuvaksi tapahtumiseksi* ajatellun oikeudenkäytön näkökulmasta katsoen. Nyt sensijaan pohdimme harkinnan apukeinojen antamien tulosten luotettavuusastetta niiden joutuessa *konkreettisessa tapauksessa* keskenään ristiriitaan. Ilmeistä on, ettei apukeino, joka jatkuvan oikeudenkäytön kannalta arvostellen on tärkeämpi kuin toinen, silti konkreettisessa tapauksessa välttämättä anna luotettavampaa ohjausta. Yleisten näkökohtain esittäminen on tässä kohdin vaikeata: viime kädessä tuomari joutuu ratkaisemaan ristiriidan huomioimalla kaikki konkreettiseen aukkotapaukseen liittyvät faktat.

Jos judikatuuri ja oikeustiede konkreettisessa tapauksessa johtavat vastakkaisiin tuloksiin, ei suinkaan ole ilman muuta selvää, että tuomari antaa etusijan judikatuurille. Päinvastoin on hänen ensinnäkin huolellisesti harkittava tapaukseen soveltuvan judikatuurin painavuutta sinänsä (sen konstanssia, pitkäaikaisuutta y.m. relevantteja tekijöitä), toiseksi perusteellisesti pohdittava esilläolevaan tapaukseen soveltuvan tieteisopin painavuutta sinänsä (perustelujen laatu, onko kiteytynyt vallitsevaa kantaa y.m. relevantteja seikkoja), ja lopuksi verrattava judikatuurin sekä tieteisopin tulosten arvoa erityisesti silmälläpitäen oikeudenkäytön yhtenäisyyttä. — — Yhteiskuntatieteiden ja vallitsevan oikeusvakaumuksen (sekä siihen liittyvän oikeellisuuden) joutuessa konkreettisessa tapauksessa ristiriitaan (esim. sivistyneen tuomarin pitäessä eläimeen sekaantumisen rankaisemista vanhentuneena taikauskona, joka on noitavainoihin rinnastettavissa), on tuomari velvollinen taipumaan vallitsevan oikeusvakaumuksen edessä. Mutta kun kansan oikeusvakaumus tällaisissa kysymyksissä, sivistyksen imeytyessä laajoihin kansankerroksiin, alkaa horjua, tulee tuomarin ohjata sitä mitä huolellisimman oikeusyhteisön etuun nojaavan harkintansa mukaan. — — Jos tuomarin omakohtaiseen pohdintaan perustuva analogia ja omiin kokemuksiin nojautuva yhteiskuntatieto konkreettisessa oikeustapauksessa joutuvat ristiriitaan muiden harkinnan apukeinojen kanssa, on tuomari jo valansa ja virkaansa liittyvän itsenäisyyden nojalla velvollinen antamaan *omalle* ajattelulleen etusijan. Onhan hänen ratkaistava »parhaan ymmärryksensä ja omantuntonsa mukaan». Joskin luonteeltaan varovainen ja arka tuomari on taipuvainen vetäytymään judikatuurin ja tieteisopin suojaan, ei hän saata sitä tehdä, jos oma ajattelu ja muut apukeinot joutuvat suoranaiseen *ristiriitaan*.

Silloin on arimmankin tuomarin aukkoratkaisussaan kannettava persoonallinen vastuu: hän ei saata puolustautua sillä, että hän vastoin vakaumustaan on vetäytynyt suojaan judikatuurin tai tieteisopin taakse.

Tutkimuksemme lopputiivistelmänä toteamme tuomarin aukkoharkinnasta: *hyvältä tuomarilta* vaaditaan, että hän on *avarakatseinen aktiivinen persoonallisuus*, joka historiallisesta näkökulmasta käsin syvällisesti ymmärtää nykyisen yhteiskunnan realiteetit, ja tälle perustalle rakentaa kestävästä tulevaisuuden.

DAS RICHTERLICHE ERMESSEN IN LÜCKENFÄLLEN.

Zusammenfassung.

A. GRUNDBEGRIFFE UND FRAGESTELLUNG.

I. VOM RECHTE.

Das objektive Recht ist die Gesamtheit der in einer Gesellschaft als verpflichtend anerkannten, das Zusammenleben organisierenden Normen. Hinter den *Rechtsnormen* steht die *organisierte Gesellschaft*, die durch ihre Organe das Recht sanktioniert. Das Recht ist ein »essentiale« jeder nicht anarchistischen Gesellschaft. Der Staat ist heutzutage eine besonders wichtige Gesellschaftsform, aber das Recht bestand vor dem jetzigen Staatstypus, besteht auch heute über den Staaten (Völkerrecht), und wird bestehen bleiben, wenn der moderne Nationalstaat in der Zukunft einer höheren Entwicklungsstufe Platz macht. Auf seinem eigenen Territorium tritt der heutige Staat als Wahrer des Rechts auf; aussenpolitisch dagegen oft als Vorkämpfer der Anarchie, der nackten Gewalt.

Die moderne Persönlichkeitspsychologie erklärt, warum der *Mensch* durch seine besondere psychische Konstitution (wichtiges Symptom: die darstellende Sprache) sich Normen schaffen *muss*, warum nur die menschliche Gesellschaft eine Geschichte im kulturphilosophischen Sinne besitzt. Das Recht ist nicht Ausfluss des Staates, sondern des Menschen. Wir betrachten das Recht als einen immer fortwährenden *Organisationsversuch*: der Richter nimmt in dieser Arbeit eine zentrale Stellung ein. Das »Interesse« ist ein wichtiger Hilfsbegriff dieses organisatorischen Denkens: es scheint uns fruchtbar diesen Begriff als »Bedürfnisklasse« zu definieren. Die »Bedürfnisse« sind hier und jetzt, aktuelle einzelne Erlebnisse. Für unsere Untersuchung teilen wir die Interessen ein in Interessen der Rechtsgemeinschaft und Inte-

ressen der Mitglieder dieser Gemeinschaft (die auch Staaten sein können: z. B. im Bundesstaat, in der Völkerrechtsgemeinschaft). Die Interessen der *Rechtsgemeinschaft* sind *nie* mit denen des *Staates* identisch: die Lehre vom »raison d'Etat« wird verworfen.

Die Geltung der Rechtsnormen kann nicht vom Staate hergeleitet werden (beim Gewohnheitsrecht ist dies *auffallend*), sondern nur von der in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Rechtsüberzeugung. Eine Analyse dieses Begriffs wird gegeben. Die herrschende Rechtsüberzeugung ihrerseits kann nur durch die *geschichtliche* Perspektive tief verstanden werden. Das Recht wächst organisch aus der Vergangenheit der Gemeinschaft hervor und zielt auf die Zukunft hin: eine Brücke. Dieser Gesichtspunkt ist bei Behandlung des Lückenproblems wichtig.

Recht und Macht gehören unlösbar zusammen. Eine *Rechtsordnung* kann nicht ohne Macht aufrechterhalten werden. Das Gebieten und Verbieten der Rechtsnormen ist ohne Macht undenkbar. Der liberalen Ideologie liegt eine Tendenz inne, die Machtgrundlage des Rechts zu verschweigen (»Freiheit«, »Gleichheit«). Nur die Machtgrundlage kann die Einheitlichkeit der herrschenden Rechtsüberzeugung erklären: die tatsächlichen Machtverhältnisse üben auf die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft schon von Kindheit an einen stetigen uniformierenden Druck aus. Durch die herrschenden Klassen wird das Recht fortwährend idealisiert: »Schutz der Schwachen« u.s.w. Aber auch rein sachlich erwogen hat das Recht einen grossen ethischen Wert: es erhält den sozialen Frieden und bedingt dadurch die ganze Kultur. Manche in der Gesellschaft spontan entstandene ethische Normen sind vom Rechte übernommen und sanktioniert worden. — Die religiösen Rechtstheorien treiben die Idealisierung des Rechts auf die Spitze (z.B. *Hermanson*). Metaphysisch-religiöse Erlebnisse sind aber tiefpersönlich und können nicht als wissenschaftliche Argumente gebraucht werden.

II. ANWENDUNG DES RECHTS.

Auslegung und Anwendung des Rechts sollen unterschieden werden. Beides wird sowohl von Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft als von Organen dieser Gemeinschaft ausgeübt (besonders von »Richtern«). Von den in der Theorie geläufigen Definitionen der Rechtsprechung ist für unsere Untersuchung nicht viel zu erwarten, denn diese Definitionen sind für »Normalfälle« gedacht, nicht für »Aus-

nahmefälle», Grenzgebiete, die hier eben behandelt werden sollen. Die Lehre vom verwaltungsrechtlichen freien Ermessen gibt uns auch sehr wenig, denn auf das *richterliche* Ermessen sind ihre Ergebnisse nicht anwendbar.

Hiernach werden einige besonders interessante französische Versuche zum materialen Definieren der Rechtsprechung kritisch gemustert (M. Hauriou, L. Duguit, Jèze) und mit einigen französischen sowie skandinavischen Autoren verglichen. Nachdem die Fruchtlosigkeit der materialen Definitionsversuche hervorgetreten ist, werden die formalen Theorien von Merkl und Carré de Malberg gewürdigt. Zuletzt wird die rechtliche Bedeutung der Rundschreiben des finnischen Justizministeriums untersucht: wenn sie in die Domäne der Rechtsprechung fallen, soll und darf der Richter sie nicht blindlings befolgen, soll sie aber kennen und kritisch Stellung nehmen.

III. BEGRIFF DER RECHTSLÜCKE

Mit diesem Problem hat sich fast ausschliesslich die italienische und deutsche Theorie beschäftigt; sehr wenig die skandinavische, französische und anglo-amerikanische.

Zuerst werden einige Theorien gemustert, die den Lückenbegriff aus der Rechtswissenschaft gänzlich entfernen wollen (Donato Donati, Bartolomei, Kelsen, Ross, Raselli). Zu M. Rondoni, W. Fuchs und G. Jellinek wird auch Stellung genommen. Danach wird zu den Theorien übergegangen, die den Lückenbegriff über die ganze Rechtsprechung ausdehnen (Croce: das Recht ist »una lacuna sola«, Gentile, Perticone, Ascoli). Nachdem die Unfruchtbarkeit einer solchen Begriffsbildung erwiesen ist, werden die vermittelnden Theorien von Ascarelli, Del Vecchio, Ladyzenski und H. Jahrreis kritisiert.

Eine weit verbreitete Meinung lehrt, die Rechtsordnung als solche sei immer lückenlos, die Gesetze aber lückenhaft. Diese Lehre gründet sich auf Verwechslung von *Rechtsordnung* und *Rechtssystem* (letzteres ist als »vollständig« zu denken, wird aber erst von der Rechtswissenschaft erstrebt). In diesem Zusammenhange werden auch die scharfsinnigen Untersuchungen Brunettis vorgetragen. Die Lehre von der »logischen Expansionskraft« der Rechtsnormen wird als Mystik abgelehnt, die fiktiven Lückentheorien von Wurzel, Mallieux

und Cruet werden als unzweckmässig erwiesen. Der soziologische Hintergrund der verschiedenen Lückentheorien wird kurz skizziert.

Nach diesen Untersuchungen wird die Gegenüberstellung »eigentliche und uneigentliche Lücken« in ihren verschiedenen Varianten vorgetragen (dualistische Theorien: Zitelmann, L. Spiegel, H. Herrfahrdt, F. Somló, H. Reichel, W. Burckhardt, F. Schreier, K. Petraschek, H. Heller), und einige abweichende monistische Theorien kurz charakterisiert (Van der Eycken, Heck, Isay, Binder, J. Moór, W. Jellinek, E. Ehrlich, Carré de Malberg, Bierling und Elze).

Folgt die Klarlegung unserer eigenen Fragestellung: wir untersuchen nur das Ermessen des Richters in *konkreten Rechtsfällen*. Wenn die geltenden auf den zu entscheidenden Fall passenden geschriebenen und gewohnheitsmässigen Rechtsnormen zu einer Entscheidung nicht genügen, haben wir einen »Lückenfall« im Sinne dieser Untersuchung. Die Lücke kann offen oder versteckt sein: im letzteren Falle erweist sich eine prima facie passende geschriebene oder gewohnheitsrechtliche Norm als unpassend. Einige Abgrenzungen des Begriffs »Lückenfall« werden gegeben (Ventilbegriffe, Lücken in der Rechtsnorm). »Kollisionslücken« sind keine Lücken. — Die Theorien vom rechtsleeren Raum werden abgelehnt. Lückenfälle können auf allen Rechtsgebieten auftreten.

IV. FESTSTELLUNG DER RECHTSLÜCKE

Weil versteckte Lücken die häufigsten sind, wird ihre Feststellung hier eingehend behandelt. Es ist das altbekannte Problem der einschränkenden Auslegung, der Billigkeit im Recht. Verschiedene (im Grunde aber einhellige) Definitionen der einschränkenden Auslegung werden vorgeführt. Danach werden zahlreiche, von einander stark abweichende Theorien über die Voraussetzungen der einschränkenden Auslegung gewürdigt.

Beim Übergang zur eigenen Theorie wird das *Geltungsproblem* scharf ausgeschieden. Ob auf einen konkreten Rechtsfall eine geltende Rechtsnorm »nicht passe«, die einschränkende Auslegung dieser Norm also statfinde, soll durch sorgfältige Interessenvergleichung festgestellt werden. Die Rechtssicherheit und Billigkeit (deren Funktionen von uns näher charakterisiert werden) sollen mit Rücksicht auf die *ganze* Rechtsordnung gegeneinander abgewogen werden. Ein gewichtiges

soziales Interesse fordert, dass die herrschende Rechtsüberzeugung nicht gekränkt werde: Billigkeit. Aber zugleich soll der Richter die Voraussehbarkeit und Praktikabilität des Rechts wahren. In jedem Rechtsfall muss er zu einer Synthese zwischen diesen sich widerstrebenden Gesichtspunkten kommen. — Die Billigkeit ist nicht als ein »ausserhalb« des Rechts liegender etwa moralischer Faktor aufzufassen, sondern ist eine durch den logischen Bau der abstrakten Rechtsnormen bedingte Eigenschaft alles rechtlichen Denkens, besonders der Rechtsprechung.

B. DAS RICHTERLICHE ERMESSEN IN LÜCKENFÄLLEN.

V. GESCHICHTLICHES.

Die Stellung des schwedischen und finnischen Rechts zum Lückenproblem wird vom Mittelalter ausgehend bis zur jetzigen Zeit untersucht. Besonders wird diejenige Regelung erläutert, wonach der Richter in zweifelhaften Fällen berechtigt und verpflichtet war, sich bei der übergeordneten Instanz zu *verfragen*. Dieses System hat in der finnischen Rechtsentwicklung eine grosse Rolle gespielt: die zahlreichen sog. »königlichen Gesetzeserläuterungen« waren in Wirklichkeit meist Antworten auf richterliche Fragen in *Lückenfällen*. Diese Erläuterungen wurden für künftige ähnliche Fälle als allgemein verpflichtend angesehen. Wenn aber eine Erläuterung sich im Widerspruche gegen das geltende Recht befand, waren die Richter weder verpflichtet noch berechtigt der königlichen Erläuterung zu folgen. Der Herrscher hat nach schwedisch-finnischer Auffassung immer *unter* dem Rechte gestanden.

Die diesem Systeme zugrundeliegenden Interessen werden untersucht: es sind grossenteils dieselben, die noch heute beim richterlichen Ermessen mitwirken, z.B. Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Merkwürdig war, dass das schwedische Gesetzbuch vom Jahre 1734 das Fragensystem *nicht erwähnte*: doch wurde dieses System in Finnland bis gegen das Jahr 1860 fleissig geübt, wie königliche und später kaiserliche Gesetzeserläuterungen aus jener Zeit erweisen.

VI. ALLGEMEINE GESICHTSPUNKTE.

Der Begriff der *Willkür* wird rechtsgeschichtlich erläutert und darauf definiert als »subjektiv-emotionale Stellungnahme in einer Frage,

die nach objektiven Kriterien entschieden werden sollte» (Welches diese Kriterien für den Richter sind, wird im vorliegenden Kapitel und in den späteren Kapiteln genau ausgeführt). Darauf wird die Frage erörtert, *warum* der Richter nicht Willkür ausüben darf: verschiedene Theorien werden gemustert. Folgt eine Untersuchung über die *Garantien* zur Vermeidung der Willkür: Strafantrag gegen den Richter, Motivationspflicht bei allen Urteilen, Bau des Prozesses, logische Garantien (sehr schwach), die schweizerische Regel (Art. 1 ZGB), der kategorische Imperativ des Richteramtes (Heinsheimer). Die stärkste Garantie liegt aber in der fortdauernden Beobachtung und Aktualisierung der *Rechtsordnung als Ganzes*, mit unterliegenden Zwecken. Diese konstante Weitsichtigkeit kann aber nur von einer wahren *Richterpersönlichkeit* erreicht werden: es werden die persönlichen Eigenschaften eines guten Richters untersucht (Lind, Trygger, Ransson, Fabreguettes, Ihering, Max Rümelin). Besonders wird beim Problem der richterlichen *Unparteilichkeit* verweilt. Die Parteilichkeit ist eine Art der Willkür: die am Rechtskonflikte Beteiligten werden auf subjektiv-emotionale Gründe in eine widerrechtliche Rangordnung gestellt. Von den Ursachen der Parteilichkeit ist vor allem die soziale *Macht* zu nennen, die auf den Richter einen psychischen Druck ausübt. Der Richter darf sich nur auf die vom geltenden Recht geheiligte Machtgrundlage stellen: *das* heisst Unparteilichkeit. Alle anderen Machteinflüsse sind mit äusserster Vorsicht zu behandeln (besonders gefährlich: die wirtschaftliche Macht).

Die zentrale Stellung des *Ganzheitsbegriffs* im richterlichen Denken wird darauf eingehend untersucht. Dieser Begriff symbolisiert hier die organisierte, sich immerfort entwickelnde Gemeinschaft. Die geistige Haltung des Richters wird mit derjenigen des Künstlers verglichen: der Richter darf *nie* den Einzelfall plastisch in sich abgeschlossen und gesondert betrachten, sondern nur in Hinsicht auf die *ganze Rechtsordnung*. Darum können sich Jurist und Künstler nie verstehen. Diese Ganzheitsbetrachtung erlangt der Richter aber erst durch breiteste Kenntnis der *sozialen Wirklichkeit*: die Rechtsnormen sind in diese Wirklichkeit eingebettet, ein *Teil* deren (gegen Kelsen). Scheinbegriffe wie »der Wille des Gesetzgebers« (Herrfahrdt) sind abzulehnen. — — »Schafft« der Richter in Lückenfällen die Norm, die er seiner Entscheidung zu Grunde legt? Die verschiedenen Theorien hierüber werden kritisch erörtert und danach wird der Begriff des »Schaffens« an dieser Stelle als gänzlich unklar zurückgewiesen. — — Das

Verhältnis von Auslegung und Lückenausfüllung wird gestreift, so auch die Beziehungen zwischen intellektualistischen und voluntaristischen Urteilstheorien.

Jetzt folgen Erörterungen über die Pflicht des Richters, immer zu entscheiden (wenn die prozessualen Voraussetzungen vorliegen). Dieses staatsrechtliche Prinzip wird als eine praktische Notwendigkeit aus dem Wesen der Rechtsgemeinschaft hergeleitet: wenn Rechtsfrieden herrschen soll, müssen alle rechtlichen Konflikte entscheidbar sein. Die formalistische Theorie, vonach der Richter im Lückenfalle die Klage einfach verwerfen soll, wird als praktisch unmöglich verworfen. — Die verschiedenen Rechtsgebiete werden durchgemustert um zu zeigen, dass die vorher entwickelten allgemeinen Prinzipien universale Geltung haben. — — Das Wort »Lückenausfüllung« soll in den kontinentalen Rechten als irreführend vermieden werden: im anglo-amerikanischen Recht dagegen kann der Richter unter gewissen Bedingungen durch seine Entscheidung die Lücke in einer für die Zukunft bindenden Weise wirklich »ausfüllen«.

In den folgenden Kapiteln werden die Hilfsmittel des richterlichen Ermessens in Lückenfällen einzeln untersucht.

VII. DIE ANALOGIE.

Zuerst wird die Gesetzesanalogie, dann die Rechtsanalogie erörtert. Für die Gesetzesanalogie wird die Definition Honkasalos angenommen (: die Gesetzesanalogie ist Anwendung einer Gesetzesnorm auf einen Fall, worauf die Norm ihrem *Wortlaut* nach nicht passt, wohl aber ihrer *ratio* gemäss). Nach einigen rechtsgeschichtlichen Feststellungen wird die Gesetzesanalogie gegen die Auslegung abgegrenzt. Die ältere Theorie machte diese Scheidung nicht. Die Gesetzesanalogie baut sich auf hochgradig abstrakte, bisher wenig untersuchte Denkprozesse. Der zu entscheidende Fall wird *nie* mit einem anderen »ähnlichen« konkreten Falle verglichen, sondern die vom Lückenfalle repräsentierte Klasse von Fällen wird mit der von einer Gesetzesnorm gemeinten Klasse verglichen (Bei der *Auslegung* sind diese Klassen identisch). Dieses Vergleichen geschieht auf der Grundlage der *ganzen Rechtsordnung*, seines Zweckkomplexes. Immer wird bei der Gesetzesanalogie diese Ganzheitsbetrachtung angezogen. Der Begriff »ratio legis« hat nur im Rahmen der Ganzheitsbetrachtung einen Sinn. Nur diese Betrachtung kann entscheiden, wann Gesetzesanalogie, wann argumentum e contrario stattfinden soll.

Für die Rechtsanalogie wird der Standpunkt eingenommen, dass allgemeine Rechtsgrundsätze immer nur in einer konkreten Rechtsordnung denkbar sind: überpositive allgemeinemenschliche Rechtsprinzipien existieren nicht (wohl aber können Prinzipien verschiedener Rechtsordnungen *inhaltlich* übereinstimmend sein). Die Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze beruht, wie die Geltung allen Rechtes, auf der in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Rechtsüberzeugung. Sie sind nicht ewig und unabänderlich, sondern gehen in die soziale Gesamtentwicklung ein. Oft wird gelehrt, die allgemeinen Rechtsprinzipien könnten nur durch Induktion aus einzelnen Gesetzesbestimmungen oder Gewohnheitsrechtsnormen gefolgert werden. Dies ist falsch: auch andere Feststellungsmethoden sind erlaubt (z. B. geschichtliche Forschung). — — Die Gesetzes- und Rechtsanalogie ist nicht für alle Lückenfälle ausreichend (dies der älteren Theorie entgegen: z. B. Wrede).

VIII. FRÜHERE ENTSCHEIDUNGEN DER GERICHTE.

In einer rechtsgeschichtlichen Einleitung wird gezeigt, dass Präjudizien in der finnischen und schwedischen Rechtsgeschichte eine grosse Rolle gespielt haben. Es war zwar verboten, eine Entscheidung *ausschliesslich* auf Präjudizien zu stützen, aber die kritische *Berücksichtigung* von früher ergangenen Urteilen war zugelassen. Die Bedeutung der Präjudizien in der Rechtsprechung ist davon abhängig, ob sie den Richtern zugänglich und übersichtlich systematisch geordnet sind. Erst in den letzten Jahren (von 1928 ab) sind in Finnland diese beiden Bedingungen befriedigend erfüllt worden.

Es werden die verschiedenen Gesichtspunkte untersucht, die für und gegen eine Berücksichtigung von Präjudizien in Lückenfällen sprechen. Dabei wird weitgehend die anglo-amerikanische Theorie und Praxis zum Vergleich angezogen. Für die Verwendung von Präjudizien spricht vor allem, dass sie in die geschichtliche Wirklichkeit eingehen. Sehr wichtig ist auch das Streben nach einer einhelligen Rechtsprechung, die von der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit gefordert wird. Gegen die Präjudizien spricht u.a. die Notwendigkeit einer elastischen lebendigen Rechtsprechung.

Hiernach wird die Frage vom Standpunkte des geltenden finnischen Rechts untersucht. Gesetzesbestimmungen fehlen. Doch muss angesehen werden, dass der finnische Richter die als prinzipiell beson-

ders wichtig publizierten Urteile der höchsten Instanz («Selostukset») kennen und kritisch würdigen soll. Bei dieser Würdigung wirken viele Faktoren mit, die alle gegeneinander abgewogen werden sollen (Konstanz der Entscheidungen, Art der Motivierung, Alter der Entscheidung, Einhelliges Urteil oder Votierung, Persönlichkeit der Richter u.s.w.). Ein Präjudikat gibt immer nur ein ganz allgemeines grobes Schema: grosse Vorsicht ist geboten. Die psychologischen Garantien für die Beachtung der Judikatur werden untersucht (Sparen von Zeit und Energie, Zwecklosigkeit der höchsten Instanz zu widerstreiten, ihre Autorität). Juristische Garantien gibt es bei uns nicht. — — Beispiele von prinzipiell bedeutenden Lückenentscheidungen werden vorgeführt.

IX. DIE RECHTSWISSENSCHAFT.

Die positivistische Rechtswissenschaft oder Rechtsdogmatik untersucht systematisch das in einer bestimmten Gesellschaft aktuell geltende, als Teil der sozialen Wirklichkeit aufzufassende Recht. Die Rechtsgeschichte untersucht im Lichte der sozialen Gesamtentwicklung die Faktoren, welche beim Entstehen einer bestimmten geltenden Rechtsordnung mitgewirkt haben. Die vergleichende Rechtswissenschaft untersucht in gegenseitiger Beleuchtung mehrere Rechtsordnungen und ihre Institute. Die genannten Wissenschaftszweige zusammengenommen bilden die Rechtswissenschaft im weiteren Sinne.

Das Wort »Rechtsdogmatik« als aus der Theologie entlehnt und irreführend sollte lieber vermieden werden. Die positivistische Rechtswissenschaft ist eine der Gesellschaftswissenschaften. Sie baut sich auf vielseitige Kenntnis der sozialen Realitäten (z. B. der wirtschaftlichen Zusammenhänge) auf, und kann nicht als »Formalwissenschaft« aufgefasst werden. Die Bedeutung der positivistischen Rechtswissenschaft in der geschichtlichen Entwicklung des finnischen Rechts wird festgestellt. Die Bedeutung der posit. Rechtswissenschaft für das richterliche Ermessen in Lückenfällen beruht darauf, dass sie eben die Rechtsordnung als *Ganzes* systematisch beleuchtet und zugleich selbst ein Ausfluss der konkreten Gemeinschaft ist. Der Richter ist aber nach finnischem Rechte nicht verpflichtet, die Theorie zu kennen, obgleich diese Kenntnis wünschenswert ist, und durch die obligatorischen Universitätsstudien des Richters befördert wird (die Mitwirkung der Laien bei der Rechtsprechung wird in unserer Untersuchung *nicht* behandelt). Hiernach werden die verschiedenen Faktoren untersucht, die den Wert

der Doktrin für einen konkreten Lückenfall bestimmen, und die der Richter kritisch würdigen soll (Art der Begründung, Persönlichkeit des Forschers, ob eine herrschende Meinung sich gebildet hat, Alter der Theorie u.s.w.). Grosse Vorsicht ist der ausländischen Theorie gegenüber geboten: sie ist auf fremdem sozialen Boden entstanden. — Die Rechtswissenschaft gibt dem Richter immer nur ganz allgemeine abstrakte Schemen.

Die Bedeutung der Rechtsgeschichte und der vergleichenden Rechtswissenschaft für das richterliche Ermessen in Lückenfällen wird erörtert.

X. SOZIALE KENNTNISSE.

Damit meinen wir Kenntnisse, die ohne sich auf das geltende *Recht* zu beziehen, doch die soziale Wirklichkeit beleuchten. Die Lehren G é n y s («libre recherche scientifique») werden gewürdigt. Die sozialen Kenntnisse des Richters sind wissenschaftliche systematische Kenntnis oder unsystematisches Erfahrungswissen (sehr wichtig), das wiederum entweder auf eigener Erfahrung oder auf fremder Erfahrung beruht. Die Grenze ist hierbei fließend. Es ist wünschenswert, dass der Richter die Methode der verschiedenen Sozialwissenschaften einigermassen kennt: dies um ihren Wert für die Entscheidung des Lückenfalls kritisch bestimmen zu können. Wissenschaftliche abstrakte Ergebnisse dürfen aber nie kritiklos auf einen konkreten Rechtsfall angewendet werden: hier wird vom Richter Takt und gesunder Menschenverstand gefordert. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass sozialwissenschaftliche Kenntnisse für den Richter schädlich seien (dahinneigend z. B. Bierling, Kleinfeller): kritische Vorsicht wird durch diese Kenntnisse eben erzogen. In der modernen hochgradig komplizierten und rationalisierten Gesellschaft kann der Richter ohne sozialwissenschaftliche Bildung einfach nicht auskommen.

Der Begriff »Wirklichkeitssinn des Richters« wird analysiert: die Rolle der ganzheitlichen *Intuition* und der Gewissenhaftigkeit betont. Dann folgt eine kritische Auseinandersetzung mit den (fruchtbaren) G é n y s c h e n »donnés«; Bonnecase, Le Fur, E. Huber und H. F e h r werden in diesem Zusammenhange auch behandelt. Die auf biologischer Basis fussende Menschenkenntnis (besonders die Persönlichkeitspsychologie) ist für den Richter fruchtbar. Die Bedeutung der wirtschaftlichen Kenntnisse wird in Anlehnung an C r o c e, S t a m m-

ler und Haataja erörtert, das politische Wissen berührt. Wirtschaftliche und politische Kenntnisse des Richters müssen aber auf geschichtlicher Grundlage stehen: nur so kann die jetzige wirtschaftlich-politische Struktur der Gesellschaft tief erfasst werden. Die Bedeutung des wirtschaftlichen Wissens für den Richter wird durch finnische höchstgerichtliche Entscheidungen beleuchtet.

Man hat behauptet, dass soziale Kenntnisse keine Grundlage für die richterliche Entscheidung bilden könnten, weil diese Kenntnisse wertblind seien. Dies ist falsch, denn die Werte sind eben grossenteils in der sozialen Wirklichkeit realisiert, *immanent*. Soziale Kenntnis enthält darum zugleich Kenntnis der massgeblichen Werte. Dies wird am Begriffe »Natur der Sache« näher ausgeführt.

XI. IDEE DES RECHTS, GEMEINNUTZ.

Können vom »Wesen der geordneten Gemeinschaft überhaupt« Kriterien für das richterliche Ermessen in Lückenfällen gefolgert werden? Die Idee des Rechts und die Gerechtigkeit werden in der Rechtsphilosophie gewöhnlich getrennt behandelt, obgleich sie dasselbe Problem ausmachen. Man darf dieses Problem nicht darum aus der Rechtstheorie ausschalten, weil es zu metaphysischen Erlebnissen hinführt. Die Gerechtigkeitsdefinitionen Aristoteles' und der römischen Juristen werden untersucht: die Römer fassten (sich der stoischen Philosophie anschliessend) die »justitia« als Tugend auf (vgl. Platon); Aristoteles dagegen suchte diesen Begriff objektiv zu gestalten. Es wäre vielleicht zweckmässig in der modernen Rechtstheorie die richterliche Tugend der Nicht-Willkür, der Unparteilichkeit »Gerechtigkeit« zu nennen.

Der Satz dass »Gleiches gleich behandelt werden soll« spricht nur die logische Struktur des Rechts aus (abstrakte Normen). Die verschiedenen metaphysischen Gerechtigkeitstheorien werden darauf gewürdigt: die Menschenwürde (z. B. Del Vecchio, de Tournouillon), das mystische Unendlichkeitserlebnis (bei Stammer in erkenntnistheoretischem Gewande gekleidet), die soziale Harmonie (als Gemeinnutz aufgefasst: die katholische Rechtsphilosophie: z.B. Bonnecase, Renard, Le Fur). Die utilitaristischen Theorien vom Gemeinnutz als Grundlage des Rechts (Van der Eycken, Lundstedt) werden kritisiert: grosse Vorsicht ist bei diesem Begriffe geboten, weil er leicht zu politischen Zwecken missbraucht werden kann.

(Besonders gefährlich als »Nutzen des Staates«, »der Nation«). Die Gerechtigkeit und der Gemeinnutz werden zu reinster Willkür, wenn sie nicht fest auf gründliche soziale Kenntnisse gefusst sind. Eine selbständige Bedeutung beim richterlichen Ermessen kommt ihnen kaum zu. Die Rechtsidee betätigt sich im Rechtsleben vorwiegend konservativ, nur ausnahmsweise reformierend oder gar revolutionär. Die Gerechtigkeitsdefinition bei Aristoteles zielt auf Beibehaltung des sozialen status quo.

XII. VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEN ERMESSENSMITTELN.

Alle im Vorigen untersuchten Hilfsmittel des richterlichen Ermessens beleuchten die soziale Wirklichkeit, allerdings von verschiedenen Gesichtspunkten aus. Daraus folgt, dass nur ein fortwährendes Zusammenarbeiten aller dieser Mittel eine gute Rechtsprechung verbürgt. Beim erfahrenen Richter verschmelzen sie in der Tat zu einer Einheit zusammen. Es gibt aber entgegenwirkende Faktoren. Erstens der Mangel an Zeit und Kräften: der Richter kann und darf einen einzelnen Lückenfall nicht unendlich lange hin und her prüfen. Er muss entscheiden. Dabei werden aber einige Ermessensmittel vielleicht ausser acht gelassen. Zweitens lässt sich bei Richtern oft eine irrationale Antipathie gegen die Theorie feststellen. Die Rechtswissenschaft (von den anderen Sozialwissenschaften gar zu schweigen) wird vorsätzlich ignoriert, und so eine künstliche Kluft zwischen Theorie und Praxis geschaffen. Vom Standpunkt der Rechtskultur ist dies sehr zu bedauern, denn Theorie und Praxis sollen *zusammen* die Zukunft der Rechtsgemeinschaft bauen.

Die Tatsache, dass alle Ermessensmittel zusammenarbeiten sollen, bedeutet aber nicht, dass sie alle für die Rechtsprechung *gleichwertig* sind. Wenn, wie jetzt z.B. in Finnland, Garantien dafür vorliegen, dass nur erfahrene und mit Denkvermögen ausgerüstete Personen zum ordentlichen Richteramt zugelassen werden, ist der *aktive* Richtertypus für die Rechtsprechung vorzuziehen. Daraus folgt: diejenigen Ermessensmittel sind vom Standpunkte der Rechtsprechung vorzuziehen, die einen energischen aktiven Richter ermöglichen, seine Persönlichkeit zum Wohle der Gemeinschaft geltend zu machen (also vor allem Analogie und persönliche soziale Erfahrung des Richters). Die Aktivität soll aber *weitsichtig* sein: der Judikatur und der Rechtswissenschaft muss eine ihnen gebührende Rolle zuerkannt werden.

Welches ist vom Standpunkte der Rechtsprechung aus gesehen als Hilfsmittel wertvoller, die Judikatur oder die Rechtstheorie? Die Frage kann nicht allgemeingültig für alle Rechtsgemeinschaften beantwortet werden. Kivimäki scheint auch für das jetzige Finnland der Theorie dabei den Vorzug zu geben. Wir glauben aber, dass die seit dem Jahre 1928 eingeführte ausgezeichnete Publikationstechnik der höchst-richterlichen Entscheidungen die ehemalige Lage zum Vorteil der Präjudizien verschoben hat. In diese Richtung wirkt auch ein zentrales Interesse: die Einhelligkeit der Rechtsprechung.

Die Idee des Rechts wirkt überwiegend konservativ. Wenn aber einmal im Namen der Gerechtigkeit eine Änderung im sozialen status quo gefordert wird, bedeutet dies, dass die soziale Struktur an irgend einem Punkte »fliessend« geworden ist. Wenn der Richter hier einen Lückenfall entscheidet, macht er eine politische Entscheidung, wirkt am Schaffen der Geschichte mit. Er soll dabei das wichtige (in seinem Berufe schon liegende) soziale Stabilitätsinteresse berücksichtigen, muss sich aber zugleich stets erinnern, dass er nicht nur eine »fertige« bestehende Rechtsordnung anwenden und erhalten soll, sondern unermüdlich die *Zukunft* der Rechtsgemeinschaft bauen soll.

ASIAHAKEMISTO.

	Sivu		Sivu
<i>Analogia</i>	142	<i>Oikeuskäytäntö</i>	167, 249
<i>Asian luonto</i>	229	<i>Oikeusnormi</i>	1, 45, 144, 234
<i>Aukko</i>	24	<i>Oikeustiede, hedelmällinen me-</i>	
<i>Biologiset tiedot</i>	214	<i>toodi</i>	190
<i>Contra legem-tuomitseminen</i>	58	<i>Oikeusvakaumus</i>	6, 131
<i>Harkitseminen- ja tuomitsemispakko</i>	127	<i>Oikeusvarmuus</i>	68, 89, 174
<i>Historialliset tiedot</i>	163, 215, 226	<i>Organisoiva ajattelu</i>	3, 148, 154
<i>Huolellisuus</i>	212	<i>Persoonallisuus, tuomarin</i>	101, 253
<i>Ihmisarvo</i>	237	<i>Poliittinen tieto</i>	225
<i>Idealisointi</i>	10, 252	<i>Prejudikaatit</i>	167
<i>Intressi</i>	3, 221	<i>Puolueellisuus</i>	104
<i>Intuitio</i>	110, 153, 211	<i>Ratio legis</i>	59, 151
<i>Kansainvälinen oikeus</i>	136	<i>Ratio decidendi</i>	181
<i>Kiertokirjeet, oikeusministeriön</i> ...	23	<i>Sein und Sollen</i>	113
<i>Kohtuus</i>	58, 68, 139	<i>Sirtojärjestelmä</i>	75
<i>Kokonaisuus</i>	69, 109, 153, 240	<i>Supistava tulkinta</i>	57
<i>Kriittisyys</i>	180, 199, 207	<i>Taiteilija ja tuomari</i>	110, 211
<i>Kyselyjärjestelmä</i>	76	<i>Taloustieto</i>	219
<i>Lainanalogia</i>	142	<i>Tarkoitus</i>	5, 219
<i>Lainopillinen sivistys</i>	109	<i>Tarve</i>	3
<i>Luonnonoikeus</i>	139	<i>Teleologia</i>	5, 149
<i>Luova oikeudenkäyttö</i>	117	<i>Teorian arvo</i>	197
<i>Metafyysiset oikeellisuusteoriat</i>	237	<i>Terve järki</i>	143, 212
<i>Mielivalta, määritelmä</i>	92	<i>Tieteisoppi</i>	189
— » — sen välttämisen takeet	95	<i>Todellisuudentaju</i>	187, 210
<i>Moraali ja oikeus</i>	1	<i>Tuomari, määritelmiä</i>	17
<i>Oikeamielisyys</i>	233	<i>Valta ja oikeus</i>	8
<i>Oikeellisuus</i>	231, 250	<i>Valtio ja oikeus</i>	1
<i>Oikeuden kehittäminen</i>	185, 251	<i>Vapaa hallintoharkinta</i>	16
<i>Oikeudenkäyttö, määritelmiä</i>	17	<i>Vapaa yhteiskuntatieteellinen tut-</i>	
— » — sen joustavuus	97, 176, 186	<i>kimus</i>	205
— » — sen yhdenmukaisuus	89, 174, 250	<i>Voimassaolo, oikeuden</i>	5, 159
<i>Oikeusanalogia</i>	156	<i>Yhteiskunnallinen todellisuus</i> ...	7, 116, 132, 172, 204
<i>Oikeushistoria</i>	201	<i>Yhteisön etu</i>	4, 108
<i>Oikeusjärjestelmä</i>	35, 195	<i>Yleiset oikeusperiaatteet</i>	157
<i>Oikeusjärjestys</i>	1, 8, 35, 133, 195		

HINTA 90 MK