

Päivi Paasto

OMISTUKSEN JUURET

OMISTUKSEN JUURET



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-Sarja N:o 255

Päivi Paasto

Omistuksen juuret

Omistusoikeuden perustelua koskeva oppihistoriallinen tutkimus

MIT DEUTSCHER ZUSAMMENFASSUNG

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-531-8

© 2004 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Päivi Paasto

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-230-4

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

Alkusanat

Mitä hyötyä oikeushistoriasta on lainopilliselle tutkimukselle tai oikeustieteelle? Suora kysymys esitetään seminaareissa, joissa pohditaan oikeustieteen metodeja ja tutkimussuuntauksia, mutta olen törmännyt usein vastaavaan epäilyyn sekä muiden esittämänä että itsekseni pohtiessani sitä, mitä kosketuspintaa oikeushistorialla ja lainopilla on. Lainopin näkökulmasta kysymys nousee nimenomaan siitä huomiosta, että oikeushistoriassa tutkitaan oikeutta, joka on lakannut olemasta voimassa, kun taas lainopissa ollaan kiinnostuneita voimassa olevasta oikeudesta. Tieteenalojen tutkimusintressit näyttävät näin koskevan aivan erilaisia, jopa vastakkaisia kysymyksiä. Kysyjille vastataan yleensä jotakin yleisluontoista siitä, miten oikeushistoria auttaa ymmärtämään asioiden taustoja, ja siitäkin, että oikeushistorian tuntemus antaa usein vertailutietoa arvioida erilaisia sääntelyvaihtoehtoja. Näinhän on tapana sanoa. Oikeushistorian tuntemus on epäilemättä osa yleissivistystä, joka laajentaa näkökulmaamme ja avartaa ymmärrystämme niiden yhteiskunnallisten ilmiöiden monitahoisuudesta, joita nykyinenkin sääntely koskee. Tämä näkökulma ei kuitenkaan osoita sitä, miksi oikeushistoria olisi sen tarpeellisempaa lainopille kuin yleispiirteinen historian tuntemus.

Itse väitän oikeushistorialla olevan läheisempikin yhteys lainoppiin. Kysymys liittyy oikeuden voimassaoloa koskeviin käsityksiin. Eihän lainoppikaan kuvaa ja selvitä vain normiainesta, vaan lainopissa selvitetään ja kehitetään myös sitä käsitteistöä ja ajattelumalleja, joiden avulla normiaineistoa kuvataan ja systematisoidaan. Tämä on yhteinen perusta oikeushistorialliselle ja lainopilliselle tutkimukselle. Vaikka oikeushistoriallinen normiaine on lakannut olemasta voimassa, ne käsitteet ja ajatusmallit, joita kehiteltiin sittemmin kumotun tai vanhentuneen normiaineuksen tulkinnan yhteydessä, eivät ole samalla tavalla vanhentuneita, vaan usein hyvinkin merkityksellisiä pitkälle ohi normiaineuksen formaalin voimassaolokriteerin. Näin voidaan sanoa erityisesti siitä käsitteistöstä, jota oikeustiede kehitti 1800-luvulla, ja jota seuraava tutkimukseni koskee. Tämä käsitteistö muodostaa edelleen siviilioikeudellisen ajattelun perustan.

Tutkimukseni perusaineisto koostuu lähinnä 1800-luvulla kirjoitetuista teksteistä. Tämä aineistovalinta ei tarkoita sitä, etteikö muunkinlaista oikeushistoriaa voisi olla kuin tekstejä tulkitsevaa eikä sitä, etteikö myös oppihistoriallisia kysymyksiä voitaisi selvittää monenlaisen menneisyydessä vallinneita käsityksiä ja käytäntöjä valottavan materiaalin, kuten esim. arkkitehtuurisen, kuvallisen tai musiikillisen aineksen pohjalta. Aineisto riippuu kysymyksenasettelus-

ta. Ne kysymykset, joista itse olen erityisen kiinnostunut, koskevat sellaista oikeuden perustaa, josta löytyy pohdintoja lähinnä oikeuskirjallisuudesta. Usein oikeuskirjallisuuden tarjoamaa näkökulmaa voidaan täydentää vähintäänkin tuomioistuimateriaalilla, joka avaa tarkasteltavia kysymyksiä sekä soveltamisen ongelmista että osapuolten tilanteista käsin. Tarkastelemani omistuksen alkuperää koskeva kysymys ei ole sellainen, joka tulisi esiin tuomioistuimessa. Tuomioistuimessa ratkaistaan johdannaisia saantoja koskevia kiistoja tilanteessa, jossa omistus instituutiona ajatellaan osaksi olemassa olevaa järjestystä. Kysymys omistuksen alkuperäisestä saannosta koskee sitä, miten omistus instituutiona ajatellaan perustelluksi. Kysymykseen ei useinkaan esitetä suoraa vastausta, mutta oikeuskirjallisuudesta löytyy alkukertomus, jossa on sekä filosofisia että historiallisia aineksia.

Tutkimukseni aineiston kokoamisen ja kysymyksenasettelun tarkentamisen olen perustaltaan tehnyt Frankfurt am Mainin oikeushistoriallisessa instituutissa (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte) v. 1997–1998. Instituutin avulias ja ystävällinen ilmapiiri antoivat vapauden keskittyä rauhassa tutkimuksen kysymyksiin. Instituutin johtajan professori Michael Stolleisin ja professori Joachim Rückertin (Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main) kannustamana pääsin osallistumaan oikeushistorian tutkijoiden keskustelupiiriin ja seminaareihin, jotka osoittivat havainnollisesti laajan tutkimusyhteisön merkityksen ajatusten virittäjinä: oikeushistoria osoittautui vilkkaiden ja asiaansa paneutuvien tutkijoiden eläväksi tieteenksi!

Käsikirjoitus on valmistunut vuodenvaihteessa. Erityinen kiitos käsikirjoituksen kommentoimisesta kuuluu dosentti, johtaja (KATTI) Pia Letto-Vanamolle ja professori, lainsäädäntöneuvos Markku Helinille. Heidän kommenttinsa pakottivat minut suoristamaan tekstiä ja karsimaan pois rönsyjä, jotka olivat omiaan eksyttämään lukijan tutkimuksen pääteemoista. Voi kuitenkin olla, että palaan joihinkin rönsyistäni toisessa yhteydessä.

Tutkimukseni valmistumista ovat taloudellisesti tukeneet Suomen Kulttuurirahasto, Ilmari Katajan rahasto ja Maaliskuun 25. päivän rahasto sekä Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte.

Caloniassa 4. päivänä huhtikuuta 2004

Päivi Paasto

Sisällys

ALKUSANAT	V
SISÄLLYS	VII
LÄHTEET	XI
LYHENTEET	XIX
1 JOHDANNOKSI.....	1
1.1 Kysymyksenasettelusta ja vastaamisen tavasta	1
1.2 Tarkemmin tutkimuskysymyksestä	5
1.3 Omistusperustelua koskevasta keskustelusta	6
1.3.1 Taustana keskustelun niukkuus	6
1.3.2 Esimerkkiteksti hegeliläisen filosofian ja historiantutkimuksen yhdistelmästä	9
1.3.3 Esimerkkiteksti kantilaisen filosofian perustelumerkityksestä	17
1.4 Esimerkkitekstien anti.....	34
2 OIKEUSFILOSOFINEN KESKUSTELU OMISTUSOIKEUDEN PERUSTELUSTA.....	35
2.1 Proudhonin radikalismi ja omistusta koskevan keskustelun yleisemmät piirteet.....	35
2.2 Omistusperustelujen ryhmittelyjä	40
2.2.1 Erilaisia mahdollisia omistusperusteluja	40
2.2.2 Näkökulmana omistuksen ja valtion suhde	43
2.2.3 Tavoitteena perustelujen kompromissi.....	44
2.2.4 Sopimuksellisen elementin merkitys	48
2.2.5 Eri periaatteiden punninta.....	51
2.2.6 Omistus, työ ja aika	54
2.3 Omistusperustelujen arviointia	58
2.3.1 Filosofien omistusperustelut lainopin näkökulmasta	58
2.3.2 Omistusperustelujen kaksi erisuuntaista linjaa.....	63
2.3.3 Luonnonoikeuden merkityksestä rajalinjana	70
3 OIKEUSTIETEEN OPPIHISTORIAALLINEN KESKUSTELU OMISTUSOIKEUDEN PERUSTELUSTA	73
3.1 Näkökulmana modernin omistusoikeuden syntyminen	73
3.2 Omistusperustelun ja omistusmääritelmän oletettu yhteys.....	74

3.2.1	Tulkinta A: siirtyminen valtausteoriasta työteoriaan tuottaa modernin omistusoikeuden	74
3.2.2	Tulkinta B: syvemmästä omistusperustelusta luopuminen tuottaa modernin omistusoikeuden	82
3.3	Arviota ja kysymyksiä	90
3.3.1	Työteoriaan siirtymisen kyseenalaisuus	90
3.3.2	Käsitteellisten ainesten kerroksellisuudesta	95
3.3.3	Perustelun ja määritelmän monimutkainen suhde	99
4	VÄLITILINPÄÄTÖS: OIKEUSFILOSOFISEN JA OIKEUDELLISEN TARKASTELUN JA KÄSITTEISTÖN YHTEYKSISTÄ.....	101
4.1	Erilaisia tulkintoja luonnonoikeudesta ja positiivisesta oikeudesta	101
4.2	Yksityisoikeuden yhteydet oikeusfilosofiaan	108
4.3	Jatkokysymykset	116
5	OMISTUSKYSYMYKSEN PERUSTA 1800-LUVUN KESKEISESSÄ FILOSOFISESSA PERINTEESSÄ.....	119
5.1	Omistuksen perustelu Kantin Siveysopissa	119
5.2	Arviota ja siirtymää Kantista Hegelin edustamaan näkökulmaan	128
5.3	Omistuksen perustelu Hegelin Oikeusfilosofiassa	140
5.4	Arviota	152
5.5	Kritiikkiä ja siirtymää.....	155
5.5.1	Etäisyyttä sekä Kantiin että Hegeliin	155
5.5.2	Työ ja hallinta tahdonvapautena.....	155
5.5.3	Omistus ja itsemäärääminen.....	160
5.6	Yhteenvedoa	170
6	OMISTUSKYSYMYS 1800-LUVUN JURIDISESSA KIRJALLISUUDESSA.....	173
6.1	Johdannoksi	173
6.1.1	Juridisen tradition historiallisuudesta	173
6.1.2	Tradition jaosta romanisteihin ja germanisteihin	176
6.2	Oikeudellisen käsitteistön omistuksen tarkastelulle asettamat systemaattiset puitteet	178
6.2.1	Savignyn käsitys oikeudesta erityisenä systeeminä	178
6.2.1.1	Tulkintoja Savignyn lähtökohdista	178
6.2.1.2	Oikeuden syntyperusta ja oikeussuhteet	185
6.2.1.3	Varallisuus oikeudellisen oikeussuhteen edellyttämistä ja määrittämistä rajoista.....	186
6.2.1.4	Historiallisen ja systemaattisen yhteydestä.....	192
6.2.2	Windscheidin oikeussysteemin piirteitä.....	193
6.2.2.1	Lähtökohdat roomalaisessa oikeudessa	193
6.2.2.2	Esineoikeuden rakenteet ja jaottelut	195

6.2.2.3	Erottelu omistus/toisen esineeseen kohdistuvat oikeudet	198
6.2.2.4	Johdannaiset ja alkuperäiset saannot.....	203
6.3	Omistuserustelu romanistisessa traditiossa.....	205
6.3.1	Oikeuden, esineen ja omistuksen käsitteet. Tradition edustajina Thibaut ja Mackelvey.....	205
6.3.1.1	Oikeuden tieteellistämisestä.....	207
6.3.1.2	Omistus esineellisenä esineoikeutena	209
6.3.1.3	Saantomuotojen lajittelua.....	211
6.3.1.4	Omistuksen ja hallinnan yhteys ja ero	214
6.3.1.5	Omistuksen itsestäänselvyys.....	215
6.3.2	Oikeuden, esineen ja omistuksen käsitteet. Tradition edustajina Pütter ja Schmid	217
6.3.2.1	Käsitteiden puhtaudesta	217
6.3.2.2	Esine, esineen hallinta ja omistus	218
6.3.2.3	Omistus esineellisenä oikeutena	222
6.3.2.4	Haltuunottosääntö ja sen rajallisuus.....	224
6.3.2.5	Omistusoikeus määräämisvaltana	228
6.3.2.6	Saantolajeista ja valtauksen asemasta saantolajina	231
6.3.3	Arviota ja kysymyksiä.....	238
6.4	Omistuserustelu germanistisessa traditiossa	242
6.4.1	Historiallisgeneettisestä suuntauksesta.....	242
6.4.2	Saksalainen oikeus, maanomistus ja talonpoikaistilat. Tradition edustajina Eichhorn, Beseler ja Bluntschli	247
6.4.2.1	Maanomistus geweren historiana.....	247
6.4.2.2	Talonpoikaistilojen tunnusmerkit ja lajit	249
6.4.2.3	Tieteellistämisen esikuvat roomalaisessa oikeudessa	253
6.4.2.4	Esine ja omistus saksalaisessa oikeudessa	254
6.4.2.5	Aidon maanomistuksen määrittäminen.....	256
6.4.2.6	Maata koskevien oikeuksien järjestelmän synty.	257
6.4.2.7	Omistuksen/maan jakaminen omistuksen syntykertomuksena.....	260
6.4.2.8	Arviota ja lisäkysymyksiä.....	264
6.4.3	Saksalaisen ja roomalaisen oikeuden yhdistelmä. Tradition edustajina Stobbe ja Roth	265
6.4.3.1	Roomalaisen oikeuden esikuvallisuus yhteissaksalaisen oikeuden etsinnässä	265
6.4.3.2	Saksalaisen oikeuden moninaisuus yksityisoikeustieteen haasteena.....	270
6.4.3.3	Iura in re aliena ja saksalainen kiinteän omaisuuden järjestelmä.....	277

6.4.3.4	Keskustelu omistuksen määritelmistä, rajoista ja rajoituksista	282
6.4.3.5	Alkuperäisen saannon tyyppitilanne muunneltuneeseen	289
6.4.3.6	Alkuperäiset ja johdannaiset saannot ja herrattomat esineet	292
6.4.4	Systematisoitu oikeus ja saksalaisten erityispiirteiden puolustaminen. Tradition edustajina Gerber ja Gierke.....	298
6.4.4.1	Puhdistettu ajattelu irtaantuu satunnaisista aineksista	298
6.4.4.2	Roomalaisen oikeuden tervehdyttävä vaikutus saksalaiseen oikeustietoisuuteen	302
6.4.4.3	Yksityisoikeuden systeemi-ideaksi henkilön tahto	307
6.4.4.4	Oikeussuhteiden yleiset elementit ja esineoikeuksien tunnusmerkki	309
6.4.4.5	Omistuksen roomalaisoikeudellinen olemus ja saantomuodot	313
6.4.4.6	Omistus rajoitettujen esineellisten oikeuksien järjestelmässä	316
6.4.4.7	Moderni omistusoikeus puhtaana varallisuusoikeutena	322
6.4.4.8	Valtaus vanhimpana maaomaisuuden saantomuotona	324
6.5	Oppikirjojen historiakäsitys	329
6.5.1	Juristien oikeushistoria	329
6.5.2	Yhteishallinnan jakaminen erityisiin oikeuksiin	330
6.5.3	Hallinnan vakiintumisen tunnusmerkki	334
7	PÄÄTELMÄT	339
7.1	Oikeusfilosofisen perustelun jatkuvuus	339
7.1.1	Oikeusfilosofinen perustelu Krugin kirjasen kokoamana kertomuksena	339
7.1.2	Krug ja esineen haltuunoton merkitys	343
7.1.3	Krugin tekstin sanoma	345
7.2	Romanistien ja germanistien omistuskäsitysten merkitys	347
7.3	Oikeustieteen suhde historiaan ja filosofiaan	353
	ZUSAMMENFASSUNG	357
	ASIAHAKEMISTO	363
	HENKILÖHAKEMISTO	367

Lähteet

- Ashcraft, Richard*: Lockean ideas, poverty and the development of liberal political theory. In Early modern conceptions of property. Ed. By John Brewer and Susan Staves. Routledge. London, New York 1995 s. 43–61.
- Aylmer, G. E.*: The Meaning and Definition of "Property" in seventeenth-century England. Past and Present 86/1980 s. 87–97.
- Baechler, Jean*: Liberty, Property and Equality. In Property. Ed. by J. Roland Pennock & John W. Chapman. New York 1980 s. 269–288.
- Becker, Lawrence C.*: Property Rights. Philosophic Foundations. Routledge. London, Henley and Boston 1977 (Becker).
- Becker, Lawrence C.*: The Moral Basis of Property Rights. In Property: NOMOS XXII. New York 1980 s. 187–220.
- Bergelund, Theodor*: Om äganderätten till jord. JFT 1868–69 s. 26–52 (Bergelund JFT 1868–69).
- Beseler, Georg*: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 3. vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin 1873.
- Birks, Peter*: The Roman Law Concept of Dominium and The Idea of Absolute Ownership. Acta Juridica 1985 s. 1–37.
- Björne, Lars*: Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert. Ebelsbach 1984.
- Blomeyer, Karl*: Hat der Bauer Eigentum am Erbhof? In Festschrift für Rudolf Hübner. Hrsg. von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Jena. Jena 1935 s. 92–109.
- Bluntschli, J. K.*: Deutsches Privatrecht. Erster Band. München 1853.
- Brocke, Manfred*: Kants Besitzlehre. Zur Problematik einer transzendentalphilosophischen Eigentumslehre. Würzburg 1987 (Brocke 1987).
- Brocke, Manfred*: Arbeit und Eigentum. Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt 1992 (Brocke).
- Brockmüller, Annette*: Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland. Baden-Baden 1997.
- Brunner, Heinrich*: Deutsche Rechtsgeschichte. Erster Band. Zweite Auflage. Leipzig 1906.
- Busz, Berndt*: Die Historische Schule und die Beseitigung des Geteilten Eigentums in Deutschland. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtswirklichkeit im 19. Jahrhundert. München 1966.
- Bürge, Alfons*: Vom Aufstieg und Fall einer Eigentumskonzeption. Überlegungen zum Erkenntniswert einiger beliebter Denkmuster. IUS COMMUNE (XVIII) 1991 s. 275–285.
- Bürge, Alfons*: Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus. Frankfurt am Main 1991 (Bürge).
- Bürge, Alfons*: Der Code de commerce in Frankreich – traditionaler Geist im liberalen Umbruch. In Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert. Hrsg. von Karl Otto Scherner. Heidelberg 1993 s. 119–135.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts. In Collegium Philosophicum. Studien Joachim Ritter zum 60. Geburtstag. Basel 1965 s. 9–36.

- Bödeker, Hans Erich und Hont, Istvan:* Naturrecht, Politische Ökonomie und Geschichte der Menschheit. Der Diskurs über Politik und Gesellschaft in der Frühen Neuzeit. In *Naturrecht-Spätaufklärung-Revolution*. Hrsg. von Udo Dann und Diethelm Klippel. Hamburg 1995 s. 80–89.
- Carter, Alan:* The Philosophical Foundations of Property Rights. New York 1989.
- Deggau, Hans-Georg:* Die Aporien der Rechtslehre Kant. Bad Cannstatt 1983.
- Dilcher, Gerhard:* Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft zur Geschichte des Rechts. Leitende Fragestellungen und Paradigmenwechsel zwischen 19. und 20. Jahrhundert. In *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?* Hrsg. von Pio Caroni und Gerhard Dilcher. Köln 1998 s. 109–139.
- Dilcher, Gerhard und Kern, Bernd-Rüdiger:* Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte. *Zeitschrift für Savigny Stiftung.* Germ. Abt. 101/1984 s. 1–46.
- Dipper, Christof:* Naturrecht und persönliche Freiheit im Zeichen der "sozialen Frage" (1800–1848/49). In *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*. Hrsg. von Diethelm Klippel. Goldbach 1997 s. 99–133.
- Dreier, Ralf:* Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht. *ARSP* 73/1987 s. 159–178.
- Eichhorn, Karl Friedrich:* Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts. 5. verbesserte Ausgabe. Göttingen 1845.
- Ekström, F. W.:* Privaträttens allmänna läror. Helsingfors 1921.
- Falk, Ulrich:* Das letzte Wort der deutschen Rechtswissenschaft. Zur Rechtslehre Bernhard Windscheids. In *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten. Beispiele. Parallelen, Positionen*. Hrsg. von Heinz Mohnhaupt. Frankfurt am Main 1991 s. 188–210.
- Feenstra, Robert:* Dominium and ius in re aliena: The Origins of a Civil Law Distinction. In *New Perspectives in the Roman Law of Property*. Ed. by Peter Birks. Oxford 1989 s. 111–122.
- Georgiades, Apostolos:* Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnis. In *Beiträge zur Rechtsgeschichte und zum geltenden Recht. Festgabe für Johannis Sontis*. Hrsg. von Fritz Baur, Karl Larenz, Franz Wieacker. München 1977 s. 149–166.
- Gerber, Carl Friedrich:* Ueber deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt I–III (1851–1865). In *C.F.v. Gerber, Gesammelte Juristische Abhandlungen*. Zweite Ausgabe. Jena 1878 s. 1–35.
- Gerber, Carl Friedrich:* System des Deutschen Privatrechts. Sechzehnte Auflage. Jena 1891 (Gerber).
- Gierke, Otto von:* Deutsches Privatrecht. I–III. Leipzig 1895–1917.
- Girtanner, Wilhelm:* Die Rechtsstellung der Sache und der Eigentumsbegriff mit besonderer Rücksicht auf Sachgesamtheiten (universitate rerum), Accession und Miteigentum. *Jherings Jahrbücher* 3/1859 s. 58–298.
- Gordley, James:* Myths of the French Civil Code. *The American Journal of Comparative Law* 1994 s. 459–505.
- Gordon, Robert W.:* Paradoxical property. In *Early modern conceptions of property*. Ed. By John Brewer and Susan Staves. Routledge. London, New York 1995 s. 95–109.
- Grawert, Rolf:* Die Entfaltung des Rechts aus dem Geist der Geschichte. Perspektiven bei Hegel und Savigny. *Rechtstheorie* 1987 s. 437–461.
- Grossi, Paolo:* Das Eigentum und die Eigentümer in der Werkstatt des Rechtshistorikers. In *Rechtsgeschichte und Theoretische Dimension. Forschungsbeiträge eines rechtshistorischen Seminars in Stockholm im November 1986*. Lund 1990 s. 26–78.
- Grunebaum, James O.:* Private Ownership. London 1987.
- Harris, J.W.:* Property and Justice. Oxford 1996.

- Hecker, Damian:* Das Eigentum, einst Gottesgabe, heute Herrschaftsrecht. Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1988:3/4 s. 179–193 (Hecker ZNR 1988).
- Hecker, Damian:* Eigentum als Sachherrschaft. Zur Genese und Kritik eines besonderen Herrschaftsanspruchs. Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft. Neue Folge, Heft 57. Padenborn, München, Wien, Zürich 1990 (Hecker).
- Hecker, Damian:* Plädoyer für einen offenen Eigentumsbegriff. Zu einem Freiheits- und Eigentumsbegriff ohne Recht zur Herrschaft über Sachen. In Offene Staatlichkeit. Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag. Hrsg. von Rolf Grawert, Bernhard Schlink, Rainer Wahl, Joachim Wieland. Berlin 1995 s. 379–393 (Hecker 1995).
- Hegel, G. W. F.:* Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannenmann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19). Hrsg., eingeleitet und erläutert von Karl-Heinz Ilting. Gerlingen 1983.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich:* Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift. Hrsg. von Dieter Henrich. Frankfurt am Main 1983.
- Hegel, G. W. F.:* Oikeusfilosofian pääpiirteet eli luonnonoikeuden ja valtiotieteen perusteet. Johdanto Juha Manninen ja Markus Wahlberg, suomenos Markus Wahlberg. Kustannus Pohjoinen. Oulu 1994.
- Hegels Philosophie des Rechts.* Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik. Hrsg. von Dieter Henrich und Rolf-Peter Horstmann. Gerlingen 1982.
- Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte.* Hrsg. von Hans-Christian Lucas und Otto Pöggeler. Tübingen 1986.
- Heinz, Karl Eckhart:* Glanz und Elend der deutschen Rechtsphilosophie am Beispiel des Eigentumskonzepts. Rechtstheorie 24/1993 s. 435–467.
- Hermanson, Robert:* Om juridisk konstruktion i statsrätten I–II. JFT 1878–79 s. 1–32 ja 457–516.
- Heuchert, Karsten:* Das Eigentum in der Theorie der Property Rights. In Das Eigentum. Hrsg. von J.F. Baur. Göttingen 1989 s. 125–141.
- Hofman, Hasso:* Recht – Politik – Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie. Frankfurt am Main 1986 (Hofman).
- Holopainen, Toivo:* Omistusoikeus arvokäsittteenä Suomen oikeuskirjallisuudessa. LM 1965 s. 303–334.
- Häberle, Peter:* Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff. In Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte. Hrsg. von Manfred Neumann. Berlin 1984 s. 63–102.
- Höffe, Otfried:* Probleme der Normenbegründung im Gespräch mit Kant und Hegel. In Kant oder Hegel? über Formen der Begründung in der Philosophie. Stuttgarter Hegel-Kongress 1981. Hrsg. von Dieter Henrich. Stuttgart 1983 s. 591–596.
- Hösle, Vittorio:* Das abstrakte Recht. In Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie. Hrsg. von Christoph Jermann. Bad Cannstatt 1987 s. 55–99.
- Ilting, Karl-Heinz:* Rechtsphilosophie als Phänomenologie des Bewusstseins der Freiheit. In Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und Ihre Logik. Hrsg. von Dieter Henrich und Rolf-Peter Horstmann. Gerlingen 1982 s. 225–254 (Ilting 1982).
- Juristen.* Ein biographisches Lexicon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Hrsg. von Michael Stolleis. München 1995.
- Jutikkala, Eino:* Yksityis- ja yhteisomistus maanomistuksen varhaisimpina kausina. Haik 1939 s. 259–277.
- Jutikkala, Eino:* Suomen talonpojan historia sekä katsaus talonpoikien asemaan Euroopan muissa maissa. Porvoo 1942.

- Kaiser, Thomas E.:* Property, Sovereignty, the Declaration of Man in the Tradition of French Jurisprudence. In *The French Idea of Freedom: the Old Regime and the Declaration of Rights of 1789*. Ed. by Dale Van Kley. Stanford 1994 s. 300–339.
- Kaltenbacher, Wolfgang:* Freiheitsdialektik und Intersubjektivität in Hegels Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main 1994.
- Kant, Immanuel:* Die Metaphysik der Sitten (1797–1798). Werkausgabe Band VIII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main 1977 (Kant MdS).
- Kartio, Leena:* Esineoikeuden perusteet. Helsinki 1991.
- Kersting, Wolfgang:* Transzendentalphilosophische und naturrechtliche Eigentumsbegründung. ARSP 67/1981 s. 157–175 (Kersting 1981).
- Kersting, Wolfgang:* Eigentum, Vertrag und Staat bei Kant und Locke. In John Locke und/and Immanuel Kant. Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz. Hrsg. von Martyn P. Thompson. Berlin 1991 s. 109–134 (Kersting 1991).
- Kersting, Wolfgang:* Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie. Mit einer Einleitung zur Taschenbuchsaufgabe 1993: Kant und die politische Philosophie der Gegenwart. Frankfurt am Main 1993 (Kersting).
- Kervegan, Jean-Francois:* Hegel und die Vergesellschaftung des Rechts. Rechtshistorisches Journal 1993:12.
- Kiefner, Hans:* Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. In Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert. Hrsg. von J. Blühdorn und J. Ritter. Frankfurt am Main 1969 s. 3–25.
- Kivimäki, T. M. ja Ylöstalo, Matti:* Suomen siviilioikeuden oppikirja. Porvoo 1959.
- Kleensang, Michael:* Das Konzept der bürgerlichen Gesellschaft bei Ernst Ferdinand Klein. Einstellungen zu Naturrecht, Eigentum, Staat und Gesetzgebung in Preussen 1780–1810. IUS COMMUNE SH 108. Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main 1998.
- Klein, Ernst Ferdinand:* Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben. Halle 1797 (Klein).
- Klenner, Hermann:* Kameraden, sprechen wir von den Eigentumsverhältnissen. Rechtshistorisches Journal 1993/12 s. 149–157.
- Klippel, Diethelm:* Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts. Padenborn 1976 (Klippel).
- Klippel, Diethelm:* Naturrecht als politische Theorie. Zur politischen Bedeutung des deutschen Naturrechts im 18. und 19. Jahrhundert. In Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung. Hrsg. von Hans Erich Bödeker und Ulrich Herrmann. Hamburg 1987 s. 267–293.
- Klippel, Diethelm:* Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland. In Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten. Beispiele, Parallele, Positionen. Hrsg. von Heinz Mohnhaupt. Frankfurt am Main 1991 s. 348–386.
- Klippel, Diethelm:* Naturrecht und Rechtsphilosophie in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. In Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution. Hrsg. von Otto Dann und Diethelm Klippel. Hamburg 1995 s. 270–292.
- Klippel, Diethelm:* Die Historisierung des Naturrechts. Rechtsphilosophie und Geschichte im 19. Jahrhundert. IUS COMMUNE 1997 (SH. 100) s. 103–124 (Klippel 1997a).
- Klippel, Diethelm:* Das "natürliche Privatrecht" im 19. Jahrhundert. In Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung. Hrsg. von Diethelm Klippel. Goldbach 1997 s. 221–250 (Klippel 1997b).
- Klippel, Diethelm:* Der Liberale Interventionsstaat. Staatszweck und Staatstätigkeit in der Deutschen Politischen Theorie des 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. In Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum (Lück/1998) s. 77–103.

- Krings, Hermann*: Die systematische Struktur der Normenbegründung. In Kant oder Hegel? über Formen der Begründung in der Philosophie. Stuttgarter Hegel-Kongress 1981. Hrsg. von Dieter Henrich. Stuttgart 1983 s. 625–640.
- Krug, Wilhelm Traugott*: Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft. Leipzig 1811.
- Kusch, Martin*: Filosofian historian tutkimus: historiatiedettä vai filosofiaa? Tiede&Edistys 1989/4 s. 277–282.
- Kühl, Kristian*: Eigentumsordnung als Freiheitsordnung. Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre. München 1984.
- Lagerspetz, Eerik*: Omaisuuden filosofia. Teoksessa Moderniteetti ja moraali. Toim. Kaj Ilmonen. Saarijärvi 1998 s. 25–42.
- Lagus, Knut*: Om jordaskiften enligt Svensk-Finsk Lagstiftning. Helsingfors 1857.
- Larenz, Karl*: Zur Struktur "subjektiver Rechte". In Beiträge zur Rechtsgeschichte und zum geltenden Recht. Festgabe für Johannes Sontis. Hrsg. von Fritz Baur, Karl Larenz, Franz Wieacker. München 1977 s. 129–148.
- Leist, Burkard Wilhelm*: Naturalis ratio und der Sache. Ein Nachtrag zu der Schrift "Ueber die Natur des Eigenthums". Jena 1860.
- Lewis, Carole*: The Modern Concept of Ownership of Land. Acta Juridica 1985 s. 241–266.
- Liljenstrand, Axel*: Finlands Jordnaturer och äldre skatteväsende. Helsingfors 1894.
- Locke, John*: Two Treatises of Government. Ed. with an Introduction of Peter Laslett. Cambridge 1988.
- Luf, Gerhard*: Freiheit und Gleichheit. Die Aktualität im politischen Denken Kants. Wien – New York 1978.
- Luig, Klaus*: Natürliches Privatrecht. Die Rolle des Privatrechts in den naturrechtlichen Gesellschaftsentwürfen des 17. und 18. Jahrhunderts. In Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung. Hrsg. von Reiner Schulze. Berlin 1991 s. 103–120.
- Luig, Klaus*: Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung. In Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen. Hrsg. von Joachim Rückert und Dieter Willoweit. Tübingen 1995 s. 95–137.
- Mayer-Maly, Theo*: Das Eigentumsverständnis der Gegenwart und die Rechtsgeschichte. In Festschrift für Heinz Hübner. Berlin – New York 1984 s. 145–158 (Mayer-Maly 1984a).
- Mayer-Maly, Theo*: Eigentum und Verfügungsrechte in der neueren deutschen Rechtsgeschichte. In Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte. Hrsg. von Manfred Neumann. Berlin 1984 s. 25–40 (Mayer-Maly 1984b).
- Meier-Hayoz, Arthur*: Vom Wesen des Eigentums. In Revolution der Technik. Evolution des Rechts. Festgabe für Karl Oftinger. Hrsg. von Max Keller. Zürich 1969 s. 171–186.
- Minogue, Kenneth R.*: The Concept of Property and its Significance. In Property. NOMOS XXII. Ed. by J. Roland Pennock and John W. Chapman. New York 1980 s. 3–27.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.* Band III. Sachenrecht. Berlin und Leipzig 1888.
- Munzer, Stephen R.*: A Theory of Property. Cambridge 1990.
- Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution.* Hrsg. von Otto Dann und Diethelm Klippel. Hamburg 1995.
- Nordström, J. J.*: Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia; Efter de äldre Lagarne till sednare hälften af sjuttonde seklet. I–II. Helsingfors 1839–40.
- Nusser, Karl-Heinz*: Die Moralität in Hegels Rechtsphilosophie. In Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus. Hrsg. von Vittorio Hösle Hamburg 1989 s. 56–76.

- Nuzzo, Angelica*: "Idee" bei Kant und Hegel. In *Das Recht der Vernunft. Kant und Hegel über Denken, Erkennen und Handeln*. Hrsg. von Christel Fricke, Peter König, Thomas Petersen. Bad Cannstatt 1995 s. 81–120.
- Nörr, Knut Wolfgang*: Eher Hegel als Kant. *Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*. Ferdinand Schöningh. Padenborn, München, Wien, Zürich 1991 (Nörr).
- Oertmann, Paul*: Der Dinglichkeitsbegriff. *Jherings Jahrbücher* 31/1892 s. 415–467.
- Ogorek, Regina*: Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945–1990). In *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*. Hrsg. von Dieter Simon. Frankfurt am Main 1994 s. 12–99.
- Oizerman, Theodor I.*: Zur Frage einer positiven Bewertung der Widersprüche der Rechtsphilosophie Hegels. In *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*. Hrsg. von Hans-Christian Lucas und Otto Pöggeler. Tübingen 1986 s. 277–304.
- Paasto, Päävi*: Omistuskäsitteistön rakenteesta. *Tutkimus jaetus omistusopin mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistöä 1700-luvun lopulle tultaessa*. Turku 1994.
- Paasto, Päävi*: Omistusoikeuden arvoperustaa koskevista keskustelusta. *Lakimies* 2000 s. 336–359.
- Patten, Alan*: Hegel's Justification of Private Property. *History of Political Thought* 16/1995 s. 576–600.
- Peter, Hans*: Wandlungen der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert. Ein Beitrag zur neueren Geschichte des Zivilrechts. Aarau 1949.
- Pottage, Alan*: Property: Re-appropriating Hegel. *The Modern Law Review* 1990 s. 259–270.
- Property*. *NOMOS XXII*. Ed. by J. Roland Pennock and John W. Chapman. New York 1980.
- Proudhon, Pierre-Joseph*: What is Property. Ed. by Donald R Kelley and Bonnie G. Smith. Cambridge 1994 (Paris 1840).
- Pütter, Karl Theodor*: Die Lehre vom Eigenthum nach Deutschen Rechten aus den Quellen dargestellt und mit den Römischen Rechtsgrundsätzen verglichen. Berlin 1831.
- Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuusoikeus. Helsinki 2000.
- Das Recht der Vernunft. Kant und Hegel über Denken, Erkennen und Handeln*. Hrsg. von Christel Fricke, Peter König, Thomas Petersen. Bad Cannstatt 1995.
- Reeve, Andrew*: Property. London and Hong Kong 1986.
- Ritter, Joachim*: Person und Eigentum. Zu Hegels "Grundlinien der Philosophie des Rechts". In *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie 2*. Hrsg. von Manfred Riedel. 1975 s. 152–175.
- Rittstieg, Helmut*: Zur Entwicklung des Grundeigentums. *Juristenzeitung* 5/6/1983 s. 161–167.
- Rosenborg, J. W.*: Om inskränkingar uti dispositionsrätten öfver hemman. Helsingfors 1856.
- Roth, Paul von*: System des Deutschen Privatrechts. I–III. Tübingen 1880–1886.
- Ryan, Alan*: Property and Political Theory. Oxford 1984.
- Rückert, Joachim*: Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny. Ebelsbach 1984 (Rückert).
- Rückert, Joachim*: Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatlehre, Politik) des 19. Jahrhunderts. In *John Locke und/and Immanuel Kant. Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz*. Hrsg. von Martyn P. Thompson. Berlin 1991 s. 144–215 (Rückert 1991a).
- Rückert, Joachim*: Savignys Einfluss auf die Jurisprudenz in Deutschland nach 1900. In *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten. Beispiele, Parallelen, Positionen*. Hrsg. von Heinz Mohnhaupt. Frankfurt am Main 1991 s. 34–71 (Rückert 1991b).
- Rückert, Joachim*: Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folgen und ihre Bedeutung bis Heute. In *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (61) 1993 s. 65–95.
- Rückert, Joachim*: Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung. *Zeitschrift für Savigny-Stiftung.Germ. Abt.* 11/1994 s. 275–309.

- Rückert, Joachim*: Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert. In *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*. Hrsg. von Diethelm Klippel. Goldbach 1997 s. 135–183 (Rückert 1997a).
- Rückert, Joachim*: Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit. IUS COMMUNE 1997. SH. 100 s. 305–337 (Rückert IUS COMMUNE 1997b).
- Saage, Richard*: Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant. 2. aktual. Aufl. Baden-Baden 1994 (1. Aufl. 1973).
- Savigny, Friedrich Carl von*: System des Heutigen Römischen Rechts. Erster Bd. Berlin 1840 (Savigny 1).
- Savigny, Friedrich Carl von*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. In Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland und Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Mit der Nachfragen der Verfasser und den Urteilen der Zeitgenossen. Hrsg. und eingel. von Jacques Stern. Darmstadt 1959 s. 69–166 (Savigny Beruf).
- Schauman, K.F. J.*: Finlands Jurister år 1879. Biografiska anteckningar. Helsingfors 1879.
- Schlossmann*: Ueber den Begriff des Eigenthums. Jherings Jahrbücher 45/1903 s. 289–390.
- Schmid, Andreas Christian Johannes*: Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Besonderer Theil. Erster Band. Leipzig 1847.
- Schopenhauer, Arthur*: Sämtliche Werke. Band 1–2. Textkritisch bearbeitet und hrsg. von Wolfgang Frhr. von Löhneysen. Stuttgart und Frankfurt am Main 1960.
- Schröder, Jan*: "Naturrecht bricht positives Recht" in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts? In Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift von Paul Mikat. Hrsg. von Dieter Schwab, Dieter Giesen, Joseph Listl und Hans-Wolfgang Strätz. Berlin 1989 s. 419–433.
- Schröder, Jan*: Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts. In Festschrift Gernhuber (1993) s. 961–974.
- Schröder, Jan – Pielemeier, Ines*: Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts. In *Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution*. Hrsg. von Otto Dann und Diethelm Klippel. Hamburg 1995 s. 255–269.
- Schröder, Rainer*: Naturrecht und soziale Reform oder soziale Reform durch Naturrecht? In *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*. Hrsg. von Diethelm Klippel. Goldbach 1997 s. 185–217.
- Schröder, Richard*: Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1889.
- Schultz, David*: Political Theory and Legal History: Conflicting Depictions of Property in the American Political Founding. In *American Journal of Legal History* (37) 1993 s. 464–495.
- Schwab, Dieter*: Arbeit und Eigentum. Zur Theorie ökonomischer Grundrechte im 19. Jahrhundert. In *Quaderni Fiorentini* 3/4 1974/75 (1) s. 509–556.
- Schwab, Dieter*: Frauenrechte und Naturrecht. In *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*. Hrsg. von Diethelm Klippel. Goldbach 1997 s. 77–98.
- Shapiro, Ian*: Resources, capacities and ownership. The workmanship ideal and distributive justice. In *Early modern conceptions of property*. Ed. by John Brewer and Susan Staves. Routledge. London, New York 1995 s. 21–41.
- Serlachius, Julian*: Sakrätten. Helsingfors 1912.
- Siep, Ludwig*: Intersubjektivität, Recht und Staat in Hegels "Grundlinien der Philosophie des Rechts". In *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und Ihre Logik*. Hrsg. von Dieter Henrich und Rolf-Peter Horstmann. Gerlingen 1982 s. 255–276.

- Sontis, Johannes*: Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff. In Festschrift für Karl Larenz. Hrsg. von Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris. München 1973 s. 981–1002.
- Staatslexikon*. Recht. Wirtschaft. Gesellschaft. 2. Freiburg 1986.
- Stahl, Friedrich Julius*: Die Philosophie des Rechts. I. Geschichte der Rechtsphilosophie. 5. unveränderte Aufl. Tübingen und Leipzig 1878. II. Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. 2. Aufl. Heidelberg 1845.
- Stobbe, Otto*: Handbuch des Deutschen Privatrechts. I–II. Zweite Auflage. Berlin 1882–1883.
- Suomen maatalouden historia*. Osa 1. Perinteisen maatalouden aika. Esihistoriasta 1870-luvulle. Toim. Viljo Rasila, Eino Jutikkala, Anneli Mäkelä-Alitalo. Helsinki 2003.
- Villey, Michel*: Das römische Recht in Hegels Rechtsphilosophie. In Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie 1–2/2. Hrsg. von Manfred Riedel. Baden-Baden 1975 s. 131–151.
- Visser, D. P.*: The "Absoluteness" of Ownership: The South African Common Law in Perspective. *Acta Juridica* 1985 s. 39–52.
- Wagner, Adolph*: Grundlegung der politischen Oekonomie II. Leipzig 1894.
- Waldron, Jeremy*: The Right to Private Property. Oxford 1988.
- Wesener, Gunter*: Zur naturrechtlichen Lehre vom Eigentumserwerb. In Festschrift Nikolaus Grass. Hrsg. von Kurt Ebert. Innsbruck 1986 s. 433–444.
- Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1967.
- Wiegand, Wolfgang*: Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff. In Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert III. Hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm. Frankfurt am Main 1976 s. 118–155.
- Wilhelm, Walter*: Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft. Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main 1958 (Wilhelm).
- Wilhelm, Walter*: Savignys überpositive Systematik. In Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert. Hrsg. von J. Blühdorn und J. Ritter. Frankfurt am Main 1969 s. 123–136.
- Wilhelm, Walter*: Private Freiheit und gesellschaftliche Grenzen des Eigentums in der Theorie der Pandektenwissenschaft. In Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert IV. Hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm. Frankfurt am Main 1979 s. 19–39.
- Willgren, Karl*: Äganderättens grund. JFT 1914 s. 321–337.
- Willoweit, Dietmar*: Dominium und proprietas. Zur Entwicklungsgeschichte des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft. Historisches Jahrbuch 1974/94 s. 131–156.
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1. Bd. 5. Aufl. Stuttgart 1879 (Windscheid 1).
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Unter vergleichender Darstellung des deutschen Bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. 1900 Nachdruck. Goldbach 1997.
- Wrede, R. A.*: Finlands Rätts- och Samhällsordning II. Helsingfors 1921.
- Wrede, R. A.*: Grunddragen av sakrätten. Helsingfors 1926.
- Wrede, R. A.*: Esineoikeuden pääpiirteet I. Toim. Ilmari Caselius. Helsinki 1946. (Wrede 1946).
- Yrjö-Koskinen, Y. K.*: Suomalaisten heimojen yhteiskuntajärjestyksestä pakanuuden loppuaikoina. Vertailevaan sosiologiaan perustuva tutkimus. Jyväskylä 1890.
- Zeiller, Franz Edlen von*: Das Natürliche Privat-Recht. Dritte, verbesserte Aufl. Wien 1819.
- Zitting, Simo ja Rautiala, Martti*: Esineoikeuden oppikirja. Helsinki 1963.

Lyhenteet

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CC	Code Civil
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
LM	Lakimies
MdS	Die Metaphysik der Sitten (Kant)
OF	Oikeusfilosofia (Hegel)
SH	Sonderhefte

1 Johdannoksi

1.1 KYSYMYKSENASETTELUSTA JA VASTAAMISEN TAVASTA

Tutkimuksessa selvitetään sitä, miten omistusoikeuden olemassaoloa oikeudellisenä asemana oikeuskirjallisuudessa perustellaan. Lähtökohtana on se, että omistusoikeus on erityinen oikeudellinen asema ja perustava oikeudellinen instituutio. Omistusoikeuden perustelussa oikeusasemaa ja instituutiota koskevat ulottuvuudet liitetään yhteen: erityinen asema edellyttää perustelua, joka selittää sen oikeudenmukaiseksi. Omistusoikeuden erityinen asema sisältää sen, että se oikeudellisen käsitesysteemin kokonaisuudessa eroaa jollakin olennaisella kriteerillä muista oikeudellisista asemista sisällön tai suojan osalta. Tyypillisesti omistusoikeus määritellään ihmisen yksinomaiseksi, muut poisulkevaksi määräämisvallaksi johonkin ulkoiseen kohteeseen, esineeseen. Omistusoikeus on perustavanlaatuinen instituutio, koska sen avulla yhteisössä asetetaan puitteet varallisuusarvoisten resurssien jakaantumiselle. Näihin puitteisiin liittyy runsas ja monimuotoinen oikeudellinen käsitteistö, jonka avulla jäsennetään oikeuksien siirtymistä ja oikeusasemien muutoksia. Omistusperustan merkitys on lähtökohdan asettamisessa. Miten siis omistusoikeus syntyy tai on syntynyt ja millä perusteella ihminen omistajana ylipäättään on oikeutettu määräämään jostakin, johon muilla taas vastaavasti ja sen vuoksi ei ole mitään oikeutta?

Omistusoikeuden perustelu on kysymys, jolla on sekä filosofinen että juridinen ulottuvuutensa, joten kysymykseen voidaan etsiä vastausta sekä filosofisesta että oikeustieteellisestä keskustelusta. Käsillä olevassa tutkimuksessa pyritään selvittämään ensisijaisesti oikeustieteessä ja lainopissa esitettyjä perusteluja omistusoikeudelle. Innoittajana koko kysymyksen heräämiselle on toisaalta ollut filosofinen ja oikeusfilosofinen kirjallisuus, jossa esitetään tiettyjä tulkintoja omistuksen perustelun oppihistoriasta ja keskustelun nykytilanteesta myös oikeustieteen alueelle ulottuen. Tulkinnoissa oikeustieteen aiheesta käymä keskustelu esitellään tyypillisesti tietynlaisena kehityslinjana tai luokitellaan koko keskustelu epätieteelliseksi tai kestävämmäksi. Nämä tulkinnat eivät tee oikeustieteellistä tarkastelua ymmärrettäväksi eivätkä ne myöskään kerro siitä, miten teemaa esim. tyypillisissä lainopin oppikirjoissa käsitellään. Käsillä olevassa tutkimuksessa onkin tarkoitus väittää, että oikeustieteen omistusperustelut eivät ainakaan yksiselitteisesti noudata tyypillisenä esitettyä kehityslinjaa, ja että ensi silmäyksellä ehkä epäkelpoina tai epäajanmukaisinkin

nähdyt lainopin omistusperustelut ovat sekä ymmärrettävissä oikeustieteen tehtävästä käsin että liitettävissä oikeusfilosofisen perinteen osaksi.

Sitä, mihin omistusoikeus perustuu, ei määritellä laissa. Nykyisessä säädännäisessä materiaalissa on vain vähän sellaista ainesta, joka liittyisi suoranaisesti omistusperusteluun, mikä selittyy sillä, että varallisuus oikeudellinen normisto keskittyy olemassa olevia oikeusasemia koskevien muutosten järjestelyyn ja kysymyksiin paremmasta oikeudesta erilaisissa konfliktitilanteissa. Ehkä keskeisin aihepiiriä sivuava säännöstö löytyy saantomuodoista ja erottelusta alkuperäisten ja johdannaisten saantojen välillä. Varsinaista kysymyksen käsittelyä ja siinä käytettyä käsitteistöä täytyy etsiä lainopillisesta ja oikeustieteellisestä kirjallisuudesta. Tutkimuksessani lainopillista kirjallisuutta edustavat lähinnä esine- ja siviilioikeuden oppikirjat. Lähtökohtana tarkastelussa on ollut suomalainen lainoppi, jonka 1800-luvulla hahmottunutta perinnettä 1900-luvun oppikirjallisuus jatkaa. Tämän kirjallisuuden verraten suppeat huomiot omistusoikeuden perustasta viittaavat edelleen aikakaudelle yleisemminkin tyypilliseen esikuvalliseen taustaan saksalaisen siviililainopin 1800-luvulla muotoutuvassa traditiossa. Tässä tutkimuksessa tätä traditiota tarkastellaan poiminnoilla romanistien ja germanistien edustamasta siviilioikeudellisesta kirjallisuudesta. Tässä traditiossa omistusoikeuden syntyperusteena eli alkuperäisenä saantona esitetään tyypillisesti valtaus eli ensimmäinen haltuunotto. *Res nullius cedit primo occupandi*. Sääntö voidaan nojata roomalaiseen oikeuteen, mutta sille voidaan esittää myös historiaan nojaava tausta. Historian kulku muokkaa säännön sovellutusalueutta niin, että uusimmalle ajalle tullessa voidaan todeta sen käytännöllinen merkitys marginaaliseksi. Perustelua ei kuitenkaan lainopissa hylätä ja siirrytä jonkin toisen teorian kuten esim. työteorian kannattajiksi, vaikka keskustelu työn merkityksestä nousee sekä filosofian että taloustieteen keskusteluissa esille erityisesti 1800-luvun loppupuolella. Kun valtaus siis vuosisatoja esitetään ja säilyy osana lainopillista traditiota, nousee kysymys, mikä on sen merkitys omistusperusteluna ja mikä merkitys perustelulla on esineoikeudellisessa käsitteistössä.

Vastauksen löytämiseksi tutkimuksessa lähdetään liikkeelle (jaksoissa 1.3–1.4) esimerkkiteksteillä, jotka esittelevät kaksi erilaista lähtökohtaa omistusoikeuden tarkastelemiselle oikeutena ja instituutiona. Tekstit esittävät omistusoikeudelle perustelun, joka nojaa osin filosofiaan, osin historiaan. On ilmeistä, että mainitut tieteenalat tarkastelevat kysymystä sellaisista näkökulmista, jotka eivät ehkä ole suoraan hyödynnettävissä lainopissa.

Näkökulmien eron selventämiseksi – ja siten kysymyksenasettelun tarkentamista pohjustaen – tarkastellaan tätä seuraavassa jaksossa (jaksossa 2) ensiksi oikeusfilosofian keskustelua ja erityisesti oikeusfilosofisen kirjallisuuden tapoja ryhmitellä ja valikoida omistusperusteluun liittyviä teemoja. Jakson materiaalina on valikoima angloamerikkalaista oikeusfilosofista kirjallisuutta, jonka erittelyn tarkoituksena on osoittaa, että oikeusfilosofinen näkökulma tarkastella

omistusoikeutta ja sen perustelutapoja irrottaa kysymyksen ajattomaksi pohdiskeluksi varallisuuden jakaantumisen oikeudenmukaisista perusteista. Tällöin päädytään helposti toteamaan, ettei yhtä hyväksyttävää perustetta voida esittää, mutta toisaalta kysymys omistusinstituution perusteleamisesta jää näin vastaamatta ja samalla vastaamatta kysymys siitä, mitä aihetta tarkastelevissa klassikkoteksteissä oikeastaan on tavoiteltu ja ehkä saavutettukin.

Kolmannessa jaksossa tarkastelu siirtyy oikeustieteen oppihistoriaa koskeviin tutkimuksiin. Jakson keskeisenä materiaalina on kaksi aiheen kannalta merkittävintä, omistusoikeuden oikeustieteellistä oppihistoriaa koskevaa tutkimusta omistuskäsitysten kehityksestä antiikista moderniin. Tutkimukset ovat Damian Heckerin ”Eigentum als Sachherrschaft” ja Manfred Brockerin ”Arbeit und Eigentum”. Jakson tarkoituksena on osoittaa, että näissä tutkimuksissa esitetyt tulkinnat omistusperustelun suuresta muutoksesta siirtymisenä valtausteorian edustamasta perinteisestä omistuskäsityksestä työteorian edustamaan moderniin omistuskäsitykseen eivät sellaisenaan pidä paikkaansa. Tulkinnat ovat kyseenalaisia paitsi siirtymisen ajoittamisessa myös siinä, millainen kytkös rakennetaan omistusperustelussa tapahtuvan muutoksen ja omistusoikeuden määritelmän välille. Näiden tulkintojen mukaan muutos perustelussa merkitsisi samalla omistusoikeuden määrittämistä täydelliseksi ja rajattomaksi oikeudeksi tavalla, joka sulkisi pois oikeusaseman sääntelyn modernin yhteiskuntakehityksen edellytysten mukaisesti. Jakson tuloksena on se, että lainopissa esiintyvä perustelu implikaatioineen edellyttää edelleen sen perusteellisempaa selvittämistä ja sijoittamista osaksi oikeusfilosofista ja oikeustieteellistä traditiota tullakseen ymmärretyksi osana modernia oikeudellista käsitteistöä.

Jaksojen 1–3 tuottamat kysymykset muotoillaan välitilinpäätöksenä (jaksossa 4) kahdeksi jatkokysymykseksi, joista ensimmäinen nimetään yleiseksi, omistusperustelua koskevaksi, ja toinen erityiseksi, omistumääritelmää koskevaksi. Pyrin osoittamaan, että tähänastisissa tulkinnoissa omistusperusteluissa mahdollisesti tapahtuneista muutoksista nämä kysymykset on kytketty toisiinsa tavalla, joka on oppihistorian kehityksen valossa arveluttava. Kytköstä on siis purettava, ja tämä tapahtuu tarkastelemalla jatkossa tarkemmin yhtäältä oikeusfilosofian keskeisintä traditiota ja toisaalta lainopin traditiota. Valtaus osoittautuu traditioita yhdistäväksi kulminaatiopisteeksi, joka toisaalta saa erilaisia merkityksiä kummastakin traditiosta. Oikeusfilosofiassa omistusperusteluna esiintyvä valtaus kiinnittyy abstraktin subjektin tasolla vapauden ja tahdonvapauden käsitteistöön ja lainopissa alkuperäisenä saantona esiintyvä valtaus kaikilla samanlaisena olevan vapauden käyttöön varsin konkreettisena ymmärrettäessä runsauden tilassa. Kummallakin tasolla valtauksen käsitteistöön tuoma keskeinen muutoselementti on aikaulottuvuus: valtaajalla on siitä lähtien ajallinen etuasema. Sinällään jokaiselle avoin hallinta muuttuu haltuunoton kautta oikeudellisesti merkitykselliseksi.

Välitilinpäätöksessä omistusperustelua koskevaksi kysymykseksi nimettyä osakysymystä eritellään ja kehitellään jaksossa 5. Omistusperustelun kannalta keskeisintä 1800-luvun oikeusfilosofista traditiota edustavat Immanuel Kantin ja G. W. F. Hegelin tekstit. Kummankin osalta tarkasteluun otetaan vain omistusperusteluun liittyviä tulkintoja ja eritellään heidän omia esityksiään aiheesta. Jakson päätteeksi otetaan esille myös aikalaiskritiikkiä ja vaihtoehtoja (Schoenhauer, Stahl). Jakson tarkoitus on osoittaa sekä Kantin että Hegelin esittävän omistusperustelunsa keskeiseksi ainesosaksi valtauserusteen, mutta se ei kummallakaan esiinny yksinään eikä perimmäisenä perusteena. Myös kritikoiden esityksissä esitetyt perusteet limittyvät ja kerrostuvat elementeiksi, joissa ei ole kysymys vain yhdestä perusteesta. Valtauksella on siis paikkansa käsitteistössä, jolla hahmotellaan oikeudellisten toimijoiden ja oikeudellisten instituutioiden perusrakenne. Tämä on myös se yhteys, jonka takia kantilaisella ja hegeliläisellä taustalla on merkityksensä siinä, minkätyyppiseen ajatusmaailmaan oikeustieteellinen keskustelu kiinnittyy, vaikka se ei suoraan viittaisikaan oikeusfilosofiaan tai oikeuden perusteluihin osana yhteiskuntafilosofiaa.

Jaksossa 6 siirrytään tarkastelemaan oikeustieteellistä traditiota. Siinä selvitetään välitilinpäätöksessä omistumääritelmää koskevaksi kysymykseksi nimettyä osakysymystä, mutta sen ohella tarkastellaan myös omistusperusteluna esitettäviä oppeja ja käsityksiä. Tarkasteltava lainopillinen kirjallisuus on eroteltu yhtäältä traditiolle käsitteellistä runkoa piirtäviin systemaattisiin esityksiin eli käsitteistön formaalisia rakennepiirteitä edustaviin teoksiin, ja toisaalta varsinaista aineellista siviilioikeutta edustavaan lainoppiin. Edellistä edustavat Savignyn ja Windscheidin esitykset. Jälkimmäistä valotetaan poiminnoilla keskeisistä romanistien ja germanistien traditiota 1800-luvun kuluessa määrittäviä teksteistä. Tutkimuksessa romanisteja edustavat Thibaut, Mackeldey, Pütter ja Schmid, germanisteja Eichhorn, Beseler, Bluntschli, Stobbe, Roth, Gerber sekä Gierke. Valinnoilla on pyritty sekä tyyppillisten että aiheen teemoja erityisesti valottavien tekstien esittelyyn. Jakson tarkoituksena on osoittaa, että lainopillisissa teksteissä valtaus vakiintuneesti esitellään alkuperäisenä saantona syistä, jotka liittyvät osin lainopin tehtävään ja lähdepohjaan sekä myös käsityksiin historian kulusta. Perustelu voidaan historian ohella kiinnittää myös oikeusfilosofiseen taustaan, mutta useinkaan sitä ei tehdä eksplisiittisesti. Jakson lopuksi tiivistän tuonaikaisen oikeushistorian käsityksen omistuksen syntyhistoriasta.

Lopuksi (jaksossa 7) arvioidaan sitä, toiko 1800-luvun juristikeskustelu lisää omistusoikeuden perusteluun, sekä sitä, mitä tarkasteltu keskustelu osoittaa 1800-luvulla hahmotellun omistuskäsitteen merkityksestä. Tarkastellussa keskustelutraditiossa omistusoikeus määriteltiin täydelliseksi määräämisvallaksi, mutta sellaisenaan se ei kertonut oikeuden sisällöllisestä ulottuvuudesta, vaan asemasta käsitesysteemissä.

1.2 TARKEMMIN TUTKIMUSKYSYMYKSESTÄ

Tutkimukseni päätehtävä on selvittää, minkälaista oikeustieteellistä keskustelua 1800-luvulla käytiin omistusoikeuden perustelemisesta. Vuosisadan valinta johtuu siitä, että tuolloin muotoiltiin se perusta, joka määrittää kysymyksen aseman ja merkityksen sittemmin. Lähtökohtani kysymyksen tarkastelulle on oikeustieteen oppihistoriassa, mutta aiheen huomioon ottaen tarkastelu väistämättä laajenee myös oikeusfilosofian alueelle. Minua askarruttaa erityisesti se, miksi oikeusfilosofien keskustelu omistusoikeudesta ja sen perusteluista on niin erilaista kuin juristien keskustelu samasta aiheesta.¹ En väitä, etteikö näihin keskusteluihin eroista huolimatta sisältyisi myös samoja teemoja ja kehittäjiä. Tarkoitukseni onkin paikantaa tietty yhteinen kulminaatiokysymys. Filosofi katsoo asiaa kuitenkin toisella tavalla kuin juristi. Käsitkseni mukaan juristiktekstit suuntautuvat tietyistä, viime kädessä lainopillisen tekstin luonteeseen ja tehtäviin liittyvistä sitoumuksista johtuen toisin ja tavalla, joka taas filosofian näkökulmasta vaikuttaa jokseenkin niukalta tai tekniseltä taikka vain sellaisiin perustelumalleihin kiinnittyvältä, jotka eivät perusteellisemmassa filosofisessa arviossa kannata kovin pitkälle.

Väitän kuitenkin – ja kerron tämän nyt jo –, että juristien keskustelun realistinen lähtökohta on siinä, että omistus on instituutio, joka on historiallisesti rakentunut yhteiskunta- ja oikeusjärjestyksen osaksi. Tällöin sen perustelun kantavuutta ei ratkaise niinkään ajasta riippumaton filosofinen kelvollisuus kuin ajallisen jatkuvuuden vahvistama käyttökelpoisuus.

Aloitan kommentoimalla lyhyesti kahta kirjoitusta. Nämä kirjoitukset koskevat omistusoikeuden syntymistä ja perustelua. Ensimmäinen, *Theodor Bergelundin* teksti on suomalaisen juristin kirjoitus autonomisen Suomen ainoassa lainopillisessa aikakauskirjassa 1860-luvulla. Toinen, *Franz Zeillerin* teksti on saksalaista ajatustapaa peilaava kirjanen, joka on ilmestynyt 1800-luvun alkupuolella nykyisen Itävallan alueella. Tämäkin on juristin kirjoittama teksti, jossa kuitenkin pyritään keskustelemaan siitä, miten omistus voidaan filosofisesti perustella. Kirjoitukset eivät edusta tavanomaisinta lainopillista kirjoittelua aihepiiristä. Pikemminkin ne toisiaan täydentäen eksplikoivat sellaista, joka usein lainopin teksteissä jää sanomatta tai hyvin niukaksi.

Pidän valitsemiani tekstejä havainnollisina johdattelijoina aihepiirini ongelmallisuuteen. Tekstien on tarkoitus herättää kiinnostus aiheen sisältämiin yksityiskohtaisempiinkin kysymyksiin. Vastausten hahmotteleminen ei tapahdu aivan suoraviivaisesti. Käsitkseni mukaan yksiselitteistä vastausta ei ole osoitettavissa. Sen sijaan pyrin osoittamaan juridisen kirjallisuuden traditiosta piirteitä

¹ Viittaan tässä filosofi- ja juristikeskusteluilla varsin yleisesti lähinnä 1800- ja 1900-luvun niin suomalaiseen kuin eurooppalaiseen/länsimaiseen keskusteluun. Viittaukseni täsmentyy jäljempänä.

ja tekijöitä, jotka tekevät ymmärrettäväksi sitä, miksi lainopillinen keskustelu aiheesta on sellaista kuin se on. Johdannossa tarkasteltavien kahden tekstin ensisijainen funktio on nostaa esiin kysymyksiä. Tutkimuksen lopussa (jaksossa 7.1) lyhyesti tarkasteltavan kolmannen vastaaventyyppisen tekstin funktiona puolestaan on koota vastaukset, joita annettiin. Johdannon ja lopun väliin sijoitettavissa jaksoissa esittelen ja erittelen oikeusfilosofisia ja lainopillisia kirjoituksia ja käsityksiä tarkoituksena selvittää sitä, miksi viitattuihin kysymyksiin annetaan viitatuslaisia vastauksia.

1.3 OMISTUSPERUSTELUA KOSKEVASTA KESKUSTELUSTA

1.3.1 Taustana keskustelun niukkuus

Talusoikeuden professorina vaikuttanut *Karl Willgren* kirjoittaa viime vuosisadan alkupuolella JFT-aikakauskirjassa, että yksi sosiaalioikeuden merkittävimmistä kysymyksistä on omistusoikeuden perusta ja oikeuttaminen. Hän olettaa kysymyksen saavan jatkossa osakseen paljon oikeustieteellistä huomiota. Näin olisi siksi, että omistusoikeusjärjestys hänen mukaansa on perusta, jolla yhteiskuntajärjestys lepää ja koko yhteiskuntajärjestyksen tasapaino oli horjumassa. Willgrenin tarkoittama paine viittaa 1900-luvun alun nousevaan työväenluokkaan ja sosialistisiin oppeihin. Willgren puhuu sellaisen siviilioikeustutkimuksen tarpeesta, joka selvittelisi oikeusinstituutioiden, kuten omistustutkimuksen sosiaalista perustaa. Siihenastisesta juristikirjallisuudesta hän ei tällaista keskustelua ollut juurikaan löytänyt.²

Lähes viisikymmentä vuotta myöhemmin kirjoitettu *Toivo Holopaisen* katsaus ”Omistusoikeus arvokäsittienä Suomen oikeuskirjallisuudessa” osoittaa, ettei tilanne ole Willgrenin kirjoituksen jälkeen olennaisesti muuttunut. Omistusoikeuden perusteluun liittyvät kysymykset eivät ole nousseet erityiseksi teemaksi oikeustieteen tutkimuksissa. Pikemminkin kävi päinvastoin. Omistusoikeuden käsitelmäritelmä on säilynyt periaatteessa sellaisena, miksi se jo 1800-luvulla muotoiltiin. Omistusoikeus esiintyy jonkinlaisena itsestään selvänä lähtökohdasta tarkasteluissa, jotka varsinkin oikeustieteen analyttisen uudistumisen myötä suuntautuvat sen analysoimiseen, mitä omistusoikeus oikeusjärjestyksen mukaan on eli minkälaisesta oikeusasemasta kulloinkin on

² Niinpä hän arvioi erilaisia vaihtoehtoja lähinnä oikeusfilosofian ja taloustieteen esitysten pohjalta. Ks. Willgren JFT 1914 s. 321 ss.

kysymys.³ Näin perinteisemmät substanssikysymykset siirtyvät vanhanaikaisina olemuspohdintoina syrjään.

Hieman vastaavaan tapaan kuin Willgren kirjoittaa saksalainen oppihistorioitsija *Damian Hecker* samaisen 1900-luvun lopussa.⁴ Hecker käy läpi 1900-luvun saksalaisen oikeuskirjallisuuden omistuskeskustelun painotuksia. Hän etsii nimenomaisesti syvempiä pohdintoja omistusoikeuden perustelusta ja sisällöstä, mutta joutuu toteamaan, että sellaista ei juuri esiinny.⁵ Samansuuntaisen huomion tekee saksalainen oikeushistorioitsija *Joachim Rückert* sopimusinstituution osalta. Hänenkin mukaansa on hämmästyttävää, miten vähän keskustelua itse instituution perustasta löytyy sopimusoikeudellisesta kirjallisuudesta. Yksityisautonomiata ja sopimusvapautta kuvataan tyypillisesti sopimuksen päättämisen, sisällön ja muodon osalta, mutta itse sopimusvapauden käsitettä ei oteta ollenkaan teemaksi. Syvemmän keskustelun löytämiseksi täytyy etsiä 1800-luvun lopun kirjallisuuteen.⁶

Nämä eri aikoina esitetyt, mutta yllättävän samansuuntaiset väitteet herättävät väistämättä kiinnostusta. Ensiksi voidaan kysyä, onko oikeustieteen vaitonaisuus keskeisten instituutioidensa perustelussa mikään ongelma. Voihan olla, että asiasta lausutaan kaikki tarpeellinen filosofian tai oikeusfilosofian kirjoituksissa. Sivuutan tämän vaihtoehdon. Filosofian keskustelu vastaa filosofian tarpeisiin. Se ei merkitse sitä, etteikö kysymyksellä olisi asemaa oikeustieteen alueella. Mielestäni on hyvin perusteltua kysyä, voiko todella olla niin, ettei oikeustieteen tarvitse ottaa kantaa keskeisten oikeudellisten instituutioiden perusteleamiseen? Johtuuko se perustelujen itsestäänselvyydestä vai hankaluudesta? Mitä muut viitatut tieteet näistä perusteluista sitten esittävät? Onko kysymys yksinkertaisesti vain oikeustieteen ja lainopin alueen rajaamisesta? Minkälaisia perusteluja oikeudellisessa kirjallisuudessa on esitetty silloin, kun aihetta vielä on tarkasteltu laajemmin?

Olen edellä lainannut viittaamiani kirjoituksia siksi, että niissä esitetty ajatus omistusperusteluun liittyvän oikeudellisen kirjoittelun niukkuudesta lienee

³ Ks. Holopainen LM 1960 s. 303 s

⁴ Heckerin mukaan omistusjärjestys on olennainen osa yhteiskunnallista ja valtiollista järjestystä. Omistus ja vapaus ja niiden suoja kytkeytyvät toisiinsa mitä lähisimmin niin historiassa kuin nykyisyydessäkin. Hecker viittaa yksityisen vapauden suojaamiseen valtiolliseen herravaltaan nähden, perus- ja ihmisoikeuksien pitkään historiaan sekä subjektiivisiin oikeuksiin, joiden perusta on rationalistisessa luonnonoikeudessa ja valistuksessa asti. Näiden ohella omistuksella on vielä eräs keskeinen dimensio. Se on määräämisvalta esineisiin nähden, joka omistusoikeuteen aina sisällytetään. Ks. Hecker 1995 s. 379 ss.

⁵ Heckerin huolena on se, että omistuksen pitkässä käsittehistoriassa ollaan taipuvaisia kytkeään toisiinsa kysymys omistuksen merkityksestä ihmisten välisiä suhteita järjestävänä käsitteenä ja toisaalta kysymys ihmisen määräämisvallasta esineisiin, joka samalla määrittää absoluuttiseksi. Hecker itse määritteli omistusoikeuden puhtaaksi poissulkemisoikeudeksi. Sen sijaan se, minkälainen määräämisvalta omistajalla on esineeseen nähden, pitäisi jättää omistusetiikan pohdittavaksi. Ks. myös Hecker 1990 erit. s. 261–265.

⁶ Ks. Rückert 1997 s. 135 ss.

aluksi yllättävä, mutta vastaa myös omia huomioitani. Kun lähdin etsimään oikeudellisesta oppi- ja tutkimuskirjallisuudesta kannanottoja tuolloin vasta alustavasti muotoilemaani kysymykseen omistukselle esitettävästä perustelusta, ajattelin löytäväni samantapaista keskustelua, jota käydään oikeusfilosofian alueella varallisuuden filosofisesta perustasta. Se ei ehkä olisi yhtä runsasta, mutta ajattelin pääteemojen ja painotusten olevan pitkälti samoja. Näin ei kuitenkaan ollut. Keskustelua aihepiiristä ylipäättään on vähän – ja nyt on siis ensiksi kysymys suomalaisesta siviilioikeudellisesta ja lainopillisesta kirjallisuudesta – ja lisäksi se on toisenlaista. En kuitenkaan luopunut aiheesta, vaan muotoilin kysymykseni uudestaan ja tarkemmin. Seuraavaksi esittelemäni kaksi tekstiä havainnollistavat tätä uusien kysymysten nousemisen prosessia. Voisin toki kirjoittaa huomioni myös suoraan muutamana lauseena. Haluan kuitenkin teksteillä johdattaa lukijan kysymään kysymyksiä, joita itselleni nousi. Tekstien esiin tuominen on hyödyllistä myös siksi, että niissä tiivistyy ikään kuin arkkityyppeinä pääosa niistä ajatus- ja oppirakennelmista, joita tutkimuksellani pyrin jäljempänä tekemään ymmärrettäviksi.⁷

Kun ensimmäinen teksti edustaa suomalaista ja toinen saksalaista opillista keskustelua, se kertoo samalla myös siitä, että suomalainen keskustelu nojaa varsin vahvasti saksalaisiin aineksiin. Tämä ei ole poikkeuksellista, vaan päinvastoin leimallista tuon ajan tarkasteluille yleisemminkin kuten *Lars Björne* on monissa tutkimuksissaan pohjoismaisen oikeustieteen historiasta osoittanut. Jäljempänä siirrynkkin selvittämään kysymystä pitkälti juuri saksalaisen 1800-luvulla käydyn keskustelun teemojen pohjalta.

⁷ Tarkoitukseni ei siis ole koota ja analysoida juristista omistusoikeuden perustelua sikäli kuin se edellyttäisi sitä, että kävisin läpi koko oikeudellisen oppi- ja tutkimuskirjallisuuden tietyltä ajanjaksolta (suomalaisen ja/tai eurooppalaisen). Suomalaisen kirjallisuuden osalta se saattaisi olla jopa mahdollista, vaikkakin työlästä liittyen siihen, että kysymys ei ole mistään selkeästi paikannettavasta opista tai opeista, vaan eri yhteyksissä esiin tulevista käsityksistä. Suomalainen kirjallisuus on kuitenkin tässä kysymyksessä siksi niukkaa, että on tarkoituksenmukaisempaa asettaa kysymys ja siihen vastaamisen mahdollistava materiaali toisin. Mielestäni on kiinnostavampaa poimia eri teksteistä niitä oppirakennelmia, jotka toistuvat ja ovat samalla lisäselityksiä kaipaavia. Tässä suhteessa suomalaiset tekstit ohjaavat välittömästi laajentamaan materiaalia saksalaisiin vastaaviin teksteihin, joissa samat kysymykset toistuvat, mutta tarkastelu usein on laajempaa ja siten antavampaa. – Minua ei siis kiinnosta kartoittaa koko juristista omistusperustelukeskustelua ja ”selittää” sitä. Minua kiinnostavat ensisijaisesti tietyt oikeudellisessa keskustelussa esiintyvät piirteet ja painotukset, jotka ovat toisenlaisia kuin erityisesti filosofian keskusteluissa esitetyt väitteet. Miksi nämä keskustelut ovat erilaisia? Missä ne liittyvät toisiinsa?

1.3.2 Esimerkkiteksti hegeliläisen filosofian ja historiantutkimuksen yhdistelmästä

Theodor Bergelund (s. 1836) oli juristi, joka toimi lyhyen akateemisen uran jälkeen lainkäyttäjänä ja sittemmin virkamiehenä senaatin kansliassa.⁸ Bergelundin artikkeli ”Om äganderätten till jord” (JFT 1868–1869) on tärkeä omistusoikeusperustelua enemmän käsitellyt suomalainen kirjoitus.⁹ Teksti ei ole erityisen omaperäinen, mutta se kokoa tavanomaista runsassanaistemmin käsitteitä, joista eräät toistuvat esineoikeuden oppikirjoissa pitkään, usein vain vähitellen niukentuvina huomioina. Tämä on hyvä syy ottaa teksti tarkastelun kohteeksi. Lisäksi Bergelundin teksti sijoittuu mielestäni tärkeään käännekohtaan. Bergelund edustaa vaihetta, jossa 1700-luvun lainoppia vielä hallinnut luontaisoikeudellinen ajattelu sitoumuksineen on jätetty taakse. Toisaalta Bergelund itse kirjoittaa näkyviin sellaisen filosofisen konseption, joka on ajateltavissa tyypillisenä 1800-luvulla rakentuvan oikeudellisen systeemiajattelun perustana, mutta joka sittemmin 1900-luvun lainopillisissa teksteissä jätetään syrjään. Käsitteistön peruspiirteet säilyvät, mutta perustelusta etäännyttään. Näin Bergelundin tekstissä on osin tuttuja, osin vierailta näyttäviä aineksia. Tekstissä käytetään filosofian ja historian aineksia, mutta kehys on lainopillinen. Bergelundin tekstiä on tarkasteltava paitsi tietyiltä yksityiskohdiltaan myös kokonaisuutena, jotta nähtäisiin, minkälaisen oletusten varassa Bergelundin esittelemä käsitys omistusoikeuden merkityksestä ja asemasta rakentuu.

Artikkeli muodostuu johdanto-osasta ja varsinaisesta käsittelyosasta. Bergelundin tarkoituksena on esitellä maata koskeva omistusoikeussuhde (Suomesa), mutta hänen mukaansa sitä varten on ensiksi esiteltävä yleinen perusta, jolla omistusoikeus lepää. Vasta näin voidaan määrittää omistuksen käsite ja osoittaa ne rajoitukset, joiden alainen omistusoikeus on valtiotilassa. Johdanto-osa esittelee neljänä toisiaan seuraavana kohtana tietyn filosofisen perustelun omistusoikeudelle. Varsinainen käsittelyosa kertoo toisistaan erotettuina jaksoina (I–IV) omistusoikeuden historiallisen syntyminen ja kehittymisen vaiheet. Tiivistän seuraavassa Bergelundin tekstin keskeiset ainekset.

Bergelund kertoo johdannossa siitä, miten indiviidi persoonana erottaa koko ympäröivän luonnon itsestään erillisenä ”epäpersoonallisena ja ulkoisena”. Tässä vastakohdassa itsen ja luonnon välillä näyttäytyy luonnon vieraus ja vastakkaisuus. Samalla ihminen itse tulee siinä määrittyneeksi. Indiviidin vapaa tahto järjestellisine päämäärineen vaatii väijäämättä todellistumistaan ulkoisen luonnon läsnäoloa vastaan. Siksi persoonallinen tahto asettuu esineeseen,

⁸ Ks. Schauman s. 86.

⁹ Myös Willgren mainitsee artikkelin edellä viitatussa artikkelissaan. Bergelundin artikkeliin viitataan lisäksi muutamassa omistusoikeuden historiaa yleisemmin koskevassa kirjoituksessa, mutta sitä ei voi pitää minään oppihistorian klassikkona. Ks. esim. Wrede 1946 s. 187 av 1.

joka näin tulee persoonan päämäärän välineeksi. Tämän formaation kautta esine saa persoonasta johdetun merkityksen. Bergelund toteaa, että persoonallisuuden todellistumisen välttämättömyys johtaa näin omistusoikeuteen.¹⁰

Persoonan asettaessa tahtonsa esineeseen se erottuu hänen omakseen muista esineistä ja niihin sijoitetusta tahdosta. Tulos, joka aktilla saavutetaan, edellyttää lisäksi indiividien keskinäistä tunnustamista ja kunnioitusta. Tähän yhteensopivasti omistusoikeus voidaan luonnonoikeudellisesti määritellä oikeudeksi määrätä esineestä rajoituksetta ja muut poissulkevasti. Oikeus on näin ollen absoluuttinen esineoikeus, josta indiivdi voi vapaasti määrätä.

Bergelund jatkaa selostamalla tarkemmin omistajan keskeisiä oikeutuksia. Hän viittaa tässä *Schreveliuksen* esittelemään omistuksen attribuuttien jaotelluun positiiviseen ja negatiiviseen; edellinen tarkoittaa määräämisvaltaa ja jälkimmäinen muiden vaikutuksen poissulkemista. Bergelund toteaa olevan tavanomaista, että omistusoikeudessa erotetaan erityisinä oikeuksina *proprietas* (määräämisvalta esineen substanssista) sekä *jus utendi possidendi* ja *jus fruendi*.¹¹ Esiteltynä omistuksen oikeutuksien erittelyssä käytettyjä jaotteluita Bergelund toteaa omistusoikeuden saannon kaksi perusmuotoa. Nämä ovat valtaus (*occupatio*) eli fyysinen herrattoman esineen haltuunotto tarkoituksin perustaa siihen omistusoikeus, ja sopimus eli sopijapuolten vapaiden tahtojen yhteisymmärrys tarkoituksin luovuttaa ja ottaa vastaan luovutuskelpoisen esineen omistusoikeus.¹²

Bergelund korostaa useissa kohdin sitä, että omistusoikeus ei voi todellistua pelkästään indiividien toimin eivätkä yksityisen oikeus tai kaikkien samanlainen oikeus voi konkreettisesti todellisuudessa toteutua absoluuttisesti. Tästä Bergelund päätyykin valtion merkityksen tarkasteluun. Oikeuksien yhteensovittaminen edellyttää hänen mukaansa aina rajoituksia, jotka asetetaan valtionlailla. Samalla kun lailla määritellään yksityisen toimintavapauden alue, tataan hänen vaatimuksensa saada objektiivisen oikeuden suojaa. Kun valtio

¹⁰ Ks. Bergelund JFT 1968–69 s. 27. Bergelund viittaa myös tilanteisiin, joissa joitakin oikeuksia on luovutettu toiselle, mutta korostaa sitä, että niin kauan kuin omistajalla on *proprietas*-oikeus, tämä on omistaja ja luovutukset ovat vain hänen määräämisvaltansa harjoittamista. Bergelund sanoo nimenomaisesti, että tällaisilla luovutuksilla omistajan tosiasiallinen asema voi kyllä olla lähes täydellisen rajoittunut, kuten esim. kruununtilojen kohdalla. Ymmärtääkseni Bergelund kuitenkin pitää kiinni siitä, että omistaja ei tällöinkään ole menettänyt omistusoikeuttaan. Käsitteellinen ja tosiasiallinen määräämisvalta on pidettävä erillään.

¹¹ Ks. Bergelund JFT 1868–69 s. 26. Artikkelinsa mottona Bergelund siteeraa ranskalaisen taloustieteilijän Joseph Garnierin lausetta siitä, miten omistus ei itse asiassa ole muuta kuin toimintatapa tai idea, joka kehittyy ja selkenee kansakunnan sivistystason mukana. Myös tekstissä siteerataan yhtä ranskankielistä lausetta, joka saattaa olla peräisin samaiselta Garnierilta, mutta jota ei täsmällisemmin nivota muuhun tekstiin. Lauseen sisältönä on ajatus siitä, että käyttämällä fyysisiä ja älyllisiä kykyjään jokainen ihminen lisää asioiden/esineiden hyödyllisyyttä ja näin synnytetty lisäarvo on ponnistelujen luonnollinen, oikeudenmukainen ja legitiimi palkkio. Lause esitetään vasta sen jälkeen, kun omistusoikeuden syntymisen on todettu olevan henkilön tahdon todellistuminen ulkoiseen esineeseen sijoitettuna tarkoituksena. Ks. Bergelund s. 26.

¹² Bergelund JFT 1868–69 s. 27 s.

ideansa mukaisesti on vapaa kaikesta partikularismista, sen toiminta lepää ”siveellisessä välttämättömyydessä”. Tässä valtion korkeammassa merkityksessä on oikeusperusta rajoituksille. Yleisen hyvän edustajana valtiolle kuuluu dominium eminens. Eri aikoina rajoitukset ovat koskeneet erityisesti kiinteää omaisuutta. Näin on osittain siksi, että maamassa muodostaa valtion objektiivisen perusta-elementin, osittain siksi, että kiinteistöjä ei voida (possessioina) täydellisesti erottaa toisistaan. Bergelund mainitsee tarpeellisina rajoituksina valtiontaloudellisia syitä (mm. tilojen lohkomisrajoitukset ja veronalaisen maan vähentämiskiellon) ja ”politia”- eli järjestyskysymyksiä (mm. eläintautien torjuminen).¹³

Bergelund ei omistusoikeuden perustasta kirjoittaessaan nimenomaisesti viittaa kehenkään tiettyyn filosofiin. Artikkelin mottoon otettu lainaus ranskalaiselta *Joseph Garnierilta* kertoo vain sen, että omistus on eri kansakuntien kehitysasteen mukaan vaihteleva käsite. Tekstissä esitetty kertomus ihmisestä, jonka vapaana tahtosubjektina täytyy todellistua esiintymällä määräämisvallan haltijana johonkin itseensä nähden ulkoiseen, viittaa lähinnä *G.W.F. Hegelin* Oikeusfilosofiasta tunnettuihin ajatuksiin. Bergelundin esitys näyttäisi seurailevan Hegelin teoksen alkulukujen järjestystä yleisemminkin, joskin varsin niukkana tiivistyksenä.¹⁴

Tässä vaiheessa on syytä kiinnittää huomiota vain pariin seikkaan. Tahdonvapauden näkökulmasta omistusoikeus esitetään ikään kuin itsestäänselvästi samalla absoluuttisena ja eksklusiivisena. Niin ikään tahdonvapauden ilmene-
misen näkökulmasta omistusoikeuden saaminen esiintyy luontevasti esineen haltuunottamisena eli valtauksena. Tästä näkökulmasta haltuunotto tarkoittaa nimenomaan ihmisen tahdon määräämisvaltaan joutumista, ensimmäisen oikeutta sellaiseen ulkoiseen nähden, jolla ei itessään ole päämäärää tai tarkoitusta. Tärkeä elementti on myös valtion tarkoituksen korostus, jolloin sääntely ja rajoitukset kudotaan yhteiseen hyvään ja valtion tarpeisiin. Tällä tavoin esiteltynä rajoitukset eivät kyseenalaista omistusoikeutta. Omistusoikeuden yleisestä perustasta johdetaan näin omistusoikeuden määritelmä sekä ne rajoitukset, joiden alainen omistusoikeus voi olla.

Erikseen lyhyen huomion arvoinen jo tässä vaiheessa on vielä se, mitä Bergelund toteaa omistusoikeuden saamisesta. Filosofian ja oikeusfilosofian tarkasteluissa yksityisen omistusoikeuden oikeuttaminen tapahtuu vetoamalla

¹³ Bergelund JFT 1868–69 s. 28 s. Neljännessä kohdassa ei ole varsinaista itsenäistä sisältöä, vaan Bergelund kertoo vain lähtevänsä seuraavaksi tarkastelemaan sitä, kenelle maata koskeva omistusoikeus alkuperäisesti on kuulunut ja miten tilanne historiallisesti kehittyi. Päälähteikseen Bergelund ilmoittaa (s. 30) v. Bonsdorffin, Botinin, Liljenstrandin, Nordströmin, Rabeniuksen ja Rosenborgin. Kaikki tässä mainitut kirjoittajat ovat historiaa luotaavia tutkimusaiheita harrastaneita juristeja 1700- ja 1800-luvulta. Ks. myös Hyvönen 1982 s. 35 ss., jossa tiivistetään talousoikeuden sekä maa- ja vesioikeuden tutkimuksen perinnettä.

¹⁴ Vrt. Hegel, Oikeusfilosofia s. 89 ss. (erit.§§ 34–46). Hegelin tekstiä esittelen ja erittelen tarkemmin jäljempänä, erityisesti jaksossa 5.2.

perusteisiin, joihin ovat klassisesti kuuluneet valtaus, sopimus ja työ.¹⁵ Näiden ohella tai niihin liittyen perusteina esiintyvät myös vapaus, hyöty, hyve, ansio sekä niiden erilaiset kombinaatiot, joita varsinkin nykyisessä filosofisessa keskustelussa suositaan.¹⁶ Bergelund esittelee Hegelin tapaan alkuperäiseksi omistusoikeuden saantomuodoksi valtauksen eli isännättömän esineen haltuunoton. Hän ei edes pohdi muita vaihtoehtoja. Toisena mainittu sopimus perustelee puolestaan johdannaisia saantomuotoja. Tämä on tyypillistä juristiteksteille ja nähdäkseni yleisemminkin kiinnostavaa.¹⁷ Valtaus on klassinen luontaisoikeudelliseen ajatteluun liittynyt omistusperustelu, jonka kuitenkin filosofian tulkinnoissa usein katsotaan viimeistään 1700-luvulta lähtien syrjäytyneen uuden, *John Locken* nimeen kiinnittyvän työteorian tieltä.¹⁸ Vaikka työteoriaankin liittyy ongelmia, työ ja työstäminen ymmärretään tekijänä, jolle myös modernissa omistusajattelussa katsotaan olevan perusteltua antaa jotakin merkitystä. Valtautusta ei sen sijaan pidetä enää teoreettisesti eikä moraalisesti kestäväenä perusteluna. Palaan tähän keskusteluun jäljempänä.

Bergelund konkretisoi filosofiset pohdintansa siirtymällä historiaan. Näin hän osoittaa, miten omistusoikeus tosiasiallisesti syntyi. Tässä tarkastelussa on nähdäkseni olennaista se, mitä Bergelund kertoo alkutilanteesta ja minkälaiset kategoriat näin muodostuvat.

Bergelund aloittaa toteamalla, että missään maassa ei occupatio ole niin perusteltu yksityisen maanomistusoikeuden laillisena saantona kuin Ruotsissa. Ruotsalaiset erämaat eivät kuuluneet kenellekään ja siksi ne siis kuuluivat kaikille. Kaikilla vapailla miehillä ja heidän päälliköllään oli mahdollisuus samalla tavalla vapaasti, harkintansa ja taipumustensa mukaan raivata metsää sekä maata. Raivaajilla oli näin syntyneisiin tiloihin viljelykseen perustuva täydellinen ja rajoittamaton omistusoikeus. Käsitteen osoittaa myös sana odaalioikeus. Tästä viljelyksen lähteestä, joka tuotti arvostuksen ja oikeutuksen julkiseen toimeen, syntyi kaikki maanomistusoikeus. Sen ohella kuninkaalla oli dispositio-oikeus Uppsala-ödeän eli valtakunnan eri puolilla sijaitseviin tiloihin, joista kukaan ei enää muistanut, miten ne alun perin olivat tulleet kruunulle, mutta joiden tulojen avulla hän saattoi huolehtia jumaluhreista ja ylläpitää hoviväkeään.

Bergelund toteaa erikseen, että alkuperäisesti ja pakana-ajalla oli siis olemassa omistusoikeuteen nähden kaksi maanluontoa: odaalimaa, joka kuului täydellä omistusoikeudella odaalimiehille, ja kruununmaa eli Uppsala-öde, johon hallitsijalla oli nautintaoikeus, mutta omistusoikeus (usein kyllä hallitsijan odaalimaan kanssa sekoitettuna) kuului kruunulle juridisena persoonana. Koko

¹⁵ Ks. myös esim. Lagerspetz 1998 s. 25 ss.

¹⁶ Ks. näistä esim. Becker 1977; Grunebaum 1987; Waldron 1988; Carter 1989; Munzer 1990.

¹⁷ Ks. erit. Willgren JFT 1914 s. 328 ja Wagner 1894 s. 213 sekä Paasto LM 2000 s. 336–359.

¹⁸ Ks. Bocker 1992 erit. s. 1–29, 113–127 ja 292 ss.

tämän ajan metsäseudut olivat täysin res nullius (ei kenenkään), avoinna esteettömälle occupatiolle.¹⁹

Tämän lähtöasetelman kuvaamisen jälkeen siirrytään kirjoituksen toiseen vaiheeseen (II). Bergelund poimii elementtejä, jotka aiheuttavat muutoksia selkeään alkuasetelmaan. Lisääntyvä viljely teki tarpeelliseksi määritellä tarkemmin omistusoikeus kylien yms. yhteisöjen välisiin rakentamattomiin alueisiin. Yleensä yhteisöt jakoivat keskenään välillään sijainneet metsäalueet, mistä syntyi käsite allmenningit eli kylän, kihlakunnan tai maakunnan yhteiset. Laissa määrättiin, ettei kukaan saanut rakentaa allmenningille ilman kihlakunnan tai maakunnan suostumusta. Lisäksi viljelijän tuli maksaa kihlakunnalle tai maakunnalle vuotuinen maksu sen maanomistusoikeuden tunnustamiseksi. Allmenninkitalonpojat rinnastettiin muutoin odaalimiehiin. Vain Helsingenlaki, joka päti laajassa ja raivaamattomassa pohjoisessa osassa samoin kuin meidän ”itämaassamme” (Suomessa), salli vielä rajoitetun occupation.

Mutta vähitellen, ilmeisesti liittyen allmenninkirahan jakamisen yhteydessä laissa olevaan epämääräiseen määräykseen, jonka mukaan ”kihlakunnan allmenningista kolmasosa kuului kuninkaalle”, hallitsijat johtivat itselleen omistusoikeuden kolmasosaan itse allmenninkimaasta. Erityisesti Suomen alueella, jossa vallitseva viljelymuoto oli kaskenkaato, hallitsijat alkoivat pitää erämaita ominaan.

Bergelund jatkaa historiikkia kertomalla, miten yhteisten tehtävien hoitamiseen myönnettyt vapaaehtoiset lahjat alkoivat kasvavien tarpeiden myötä muuttua vuosittaisiksi maahan liittyviksi veroiksi. Papisto onnistui kuitenkin vapauttamaan haltuunsa tulleen maan verosta ja rasiuksista. Näin muodostui hengellinen rälssi. Lisäksi vielä osa odaalimaasta vapautui verosta (ordinarie skatt), ja syntyi neljäs maanluonto. Vanhimmista ajoista alkaen vapaan miehen oikeus ja velvollisuus oli ollut puolustaa valtakuntaa kuninkaan kanssa, joko jalan tai ratsuin. Tällä yksinkertaisella järjestelyllä tultiin pitkään toimeen. Mutta keskeittävän politiikan mukaisesti ja koska maaveron katsottiin vastaavan ratsun varustamista, määrättiin *Maunu Ladonlukon* aikaan, että odaalitalonpoika, joka asetti ratsun kuninkaan palvelukseen, sai verovapauden. Näin muodostui maallinen rälssi. Astuminen rälssiin ja sen jättäminen oli tietyin ehdoin vapaata, mutta rälssin etujen kasvaessa siihen asetettiin rajoituksia.

Kruununmaan osuus kasvoi (dana-arv, konfiskaatiot ja muut kuninkaan oikeudet), ja sitä osoitettiin virkamiesten ylläpitoon. Syntyi monenlaista viljelijöitä rasittavaa käytäntöä. Bergelund korostaa sitä, että aluksi odaalimaan luonteesta täytenä omistusoikeutena johtui, ettei hallitsija säännellyt sen käyttöä. Ne taloudelliset säännökset, joita laissa oli, oli siten tarkoitettu vain kruunun lampuodeille ja vuokraviljelijöille. Mutta yhteiskuntavallan kasvaessa niiden sitovuutta ulotettiin sopivin osin myös maata omistavaan verotalonpojistoon. Ber-

¹⁹ Bergelund JFT 1968–69 s. 30 s.

gelund viittaa tanskalaiseen vaikutukseen ja feodaalisiin ideoihin sekä kertoo, että näinä levottomina ja aristokraattisina aikoina heikomman oikeus usein sivuutettiin ja sekoitettiin käsitteet vero ja maksu. Unohdettiin, että vero on kansalaisen vapaaehtoinen avustus valtion tarpeiden tyydyttämiseksi, maksu sen sijaan korvaus toisen maan nautintaoikeudesta. Kun talonpoika maksoi kruunulle osan maan tuotosta, tehtiin siitä se epäoikeutettu johtopäätös, että kruunu olisi ollut veronalaisen maan varsinainen maanherra. Bergelund sijoittaa muutosten alkuvaiheet *Kustaa Vaasan* aikaan ja viittaa sitten niiden voimistumisiin ja jälkiin vielä pitkään erilaisissa maan käyttöä koskevissa määräyksissä.

Jakson päätteeksi Bergelund kokoaa maanluonnoiksi odaalimaan (sisältäen rälssimaan ja veromaan) ja kruununmaan.²⁰

Seuraavassa jaksossa (III) kerrotaan mm. hengellisen rälssin redusoimisesta. Kruunun rikastumisen pyrkimyksistä Bergelund poimii esiin Kustaa Vaasan merkityksen valtakunnan kattavan verotuksen täytäntöönpanossa ja tästä yhteydestä erityisesti knk. kirjeen vuodelta 1542, jolla oli maanomistuksen kannalta suuri merkitys. Kirjeessä asumattomina olevat alueet julistettiin jumalalle, kuninkaalle ja Ruotsin kruunulle kuuluviksi. Tämän jälkeen päättyi vapaa occupatio-oikeus, jonka Helsingenglaki oli vielä sallinut. *Rabenusta* lainaten Bergelund sanoo: ”silloin lakkasi olemasta enää vapaata maata”.²¹ Bergelund jatkaa, että meidän maassamme, jossa ei ollut kihlakuntia ja maakuntia vanhassa merkityksessä, lankesi näin kruunulle mittaamattomia erämaita. Sitä paitsi allmenninkeja rajattiin myös muulla lainsäädännöllä ja kruunulle leikattiin maita isojaon yhteydessä.

Jatkossa Bergelund kuvailee laveasti lisääntyvää sääntelyä sekä aatelin pyrkimyksiä kyseenalaistaa talonpojiston maanomistusoikeus. Tähän ei ole tarpeen tarkemmin mennä. Viimeisessä osassa (IV) Bergelund kokoaa veromaata koskeneita rajoittavia säädöksiä, mutta päättyy sitten keskeiseen käännekohtaan, esittelemään vuoden 1789 asetuksen tekstiä, jossa verotalonpojalle tataan samanlainen, ”yhtä täysi ja häiritsemätön” omistusoikeus maahansa kuin mikä koski rälssimaata. Bergelund luettelee vielä eroja ja niiden poistamista sekä 1800-luvulla asetettuja säännöksiä, ja päättyy toteamaan, että valtiontaloudellinen motiivi on vaihdellut. Hän toteaa lisäksi, että ”meidän aikamme näkee selvästi, että yksityinen omistusoikeus on ensimmäinen ahkeruuden ja paremman viljelyn veturi ja rohkaisija. Omistusoikeuden käsite, sellaisena kuin se ilmenee edellä ilmoitetusta määritelmästä, vaatii poissulkevuuutta”. Bergelundin mukaan havaitsemme lopuksi tullemme tänään vallitseviin olosuhteisiin: yksityisten omistama on jälleen maata täysin omistusoikeuksin, odaalimaata, mutta modernin sivilisaation mielessä.²²

²⁰ Bergelund JFT 1968–69 s. 31–35.

²¹ Bergelund JFT 1868–69 s. 36.

²² Ks. Bergelund JFT 1868–69 s. 46–52.

Bergelundin pääpiirteissään varsin tutusta historiankertomuksesta voidaan osoittaa käänteitä, jotka ovat oikeudellisesti merkityksellisiä, vaikkakaan ei ole aivan selvää, millä perusteella jokin seikka saa merkitystä ja toinen ei. Historiaan vietyä alkukertomuksena yksityisen omistusoikeuden osoitetaan syntyneen vapaan maan valtauksella. Näin syntynyt omistusoikeus on käsitteellisesti täydellinen määräämisvalta, jota voidaan säännellä, mutta lähinnä vain valtion yleistä etua edustavien tarpeiden vuoksi. Historian kulku, raivaamattoman maan asuttaminen näyttää siten aika suoraviivaisesti toteuttaneen ne ehdot, jotka filosofisessa tarkastelussa oli asetettu omistusoikeuden syntymiselle. Raivaamalla ja valtaamalla erämaata ihminen oli ”asettanut vapaan tahtonsa ulkoiseen esineeseen”, joka siten oli tullut välineeksi hänen päämäärilleen eli hänen omistukseensa. Se, miten filosofia asetti historiantutkimukselle viitekehyksen näkyy myös siinä, että alkutilan valtaamisen ja perusmaanluontojen syntymisen jälkeinen muu historiankulku esiteltiin tiettyinä omistusoikeutta uhkaavina, mutta ohimenevinä vaiheina. Joidenkin ryhmien osalta omistusoikeus yritettiin kiistää, mutta nämä yritykset tulivat torjutuiksi.

Itse kertomuksessa Bergelund vain kuvaa historian tapahtumankulkua ottamatta varsinaisesti kantaa siihen, miten tämä kulku ajoittain varsin selvästi pyrki kyseenalaistamaan sen, miten kehitys oli filosofisen viitekehyksen mukaan esitettävä. Tässä suhteessa kiinnostava on ero siinä, mitä Bergelund esittää alkutilanteesta ja toisaalta siinä, miten esitetään omistusoikeuden syntymisen jälkeinen historia. Alkutilanteessa vapaan maan haltuunottaminen/valtaus yksinkertaisesti tuottaa (oikeudellisen) omistusoikeuden ja myöhemminkin, alkutilanteen päättävässä kruunun julistuksessa, tällä haltuunotolla siirrytään välittömästi uuteen oikeudelliseen tilanteeseen. Julistukseen päättyy maan valtaamisen (omistusoikeuden tuottava) oikeus. Historiallinen tapahtumankulku siis näyttää suoraan ja välikkeettä tuottavan omistusoikeudellisesti merkityksellisen tilanteen. Sen sijaan ne historialliset tapahtumankulut, joilla tarkoitettiin sittemmin evätä kerran jo syntynyt odaalioikeus, jätetään vaille vaikutusta. Bergelund ei tässä totea erikseen mitään muuta vaan luonnehtii joitakin käsityksiä epäoikeudenmukaisiksi. Lopun toteamusta paluusta omistusoikeuden tunnustamiseen voitaneen siten pitää ikään kuin käsitteen voittona.²³

Nojaako siis Bergelund juristina omistuskäsityksensä ensisijaisesti filosofiseen vaiko historialliseen ainekseen? Mielestäni yksiselitteistä vastausta ei ole, vaan lainopissa hyödynnetään molempien tieteenalojen tarjoamia ajatusmalleja ja merkityksellistä on nimenomaan se, minkälaiseen tilanteeseen viitattu historiankertomus asettaa lainopissa tarpeellisen omistuserustelun. Selvennän tätä tulkintaani jäljempänä. Tässä yhteydessä tyydyn vain muutamaa huomioon ja kysymykseen.

²³ Johdannossa referoidessaan Hegelin ajatuksenkulkua Bergelund päättyy (vääryyteen viittamisen jälkeen) toteamaan, että ”oikeusidea triumfeeraa”, ks. Bergelund JFT 1868–69 s. 28.

Bergelundin tekstissä on useita piirteitä, jotka valaisevat sitä, miksi lainopillisissa teksteissä omistusoikeuden synnyttävänä perusteena esitetään valtaus eikä työ.²⁴ Ensinnäkin maan asuttamista koskeva historiikki liittyy omistuksen syntyminen ”luonnostaan” maa-alueen haltuunottamiseen. Toiseksi, kun omistusoikeuden syntyminen lähdetään kertomaan konkreettisena ruotsalaisena historiana, se esitetään maata koskevana oikeutena, jossa maanviljely tuo väistämättä mukaan haltuunoton, hallinnan, raivaamisen, työstämisen ja viljelyn kietoutumisen toisiinsa. Niin ikään hallinnassa pitäminen edellyttää maan viljelemistä ja käyttämistä tarkoitukseensa.²⁵ Pitäytyminen valtauserustelussa ei siis merkitse työn tai viljelyn sivuuttamista. Pikemminkin asia nähdään niin, että maan osalta ratkaiseva merkitys on ehkä annettava jo haltuunotolle, sillä maa ei ole kenenkään työn tai työskentelyn tulosta, mutta sen hyödyntäminen edellyttää hallintaa.

Näistä viljelemisen ja työskentelyn elementeistä huolimatta esim. Bergelund puhuu nimenomaisesti valtauksesta (occupatiosta) omistusoikeuden synnyttävänä tekijänä, ei oikeudesta, joka olisi palkkio työstä ja vaivasta. Bergelundin osalta tämän voi liittää johdannon teoreettiseen lähtökohtaan. Aivan toisenlaisistakin lähtökohdista käsin on jopa varsin vakuuttavasti voitu sanoa, että juuri maan kohdalla valtaus on todennäköisimmin vastannut myös tosiasiallista historiankulkua. Jo taloustieteen klassikko *Adolph Wagner* toteaa työ- ja valtauserusteen suhteista mm. sen, että työ edellyttää aina liittymistä valtausteoriaan

²⁴ Bergelundin ohella valtauksesta perusteena ks. esim. J. J. Nordström, *Bidrag till den svenska samhällsförfattnings historia I* s. 110–123 (1839) ja J. W. Rosenborg, *Om inskränkningar uti dispositionsrätten öfver hemman* (1856) s. 1 s. ja 5 ss. sekä esineoikeuden oppikirjojen pitkä sarja, mm. Julian Serlachius, *Sakrätten* (1912) s. 112 ss. ja s. 164 ss.; F. W. Ekström, *Privaträttens allmänna läror* (1921) s. 255 s.; R. A. Wrede, *Grunddragen av sakrätten* (1926) s. 70 ss. ja s. 160 ss.; sama, *Esineoikeuden pääpiirteet* (1946) s. 182 ss. ja 222 s.; Kivimäki – Ylöstalo, *Suomen siviilioikeuden oppikirja* (1959) s. 156 av 3; Zitting – Rautiala, *Esineoikeuden oppikirja* (1963) s. 168 s. ja 206 ss. ja Leena Kartio, *Esineoikeuden perusteet* (1991) s. 180 ss. Ks. myös R. A. Wrede, *Finlands Rätts- och Samhällsordning II* (Helsingfors 1921) s. 182 s. ja 196 ss. Vrt. kuitenkin esim. Knut Lagus, *Om jordaskiften enligt Svensk-Finsk Lagstiftning* (1857) s. 3 ss. ja Axel Liljenstrand, *Finlands Jordnaturer och äldre skatteväsende* (1894) s. 12 ss., joissa vaivan ja työn merkitys nostetaan perusteeksi omistusoikeudelle, mutta jotka samalla osoittavat sitä, miten (pelkkä) haltuunotto ja työ juuri maan viljelyn näkökulmasta kietoutuvat erottamattomasti yhteen. Tarkoitukseni ei ole esittää tyhjentävää katsausta siihen, mitä omistuserusteita suomalaisessa kirjallisuudessa esiintyy. Tämä ei minusta ole niin kiinnostava kysymys kuin se, miksi esitetään niitä perusteita, joita (jatkuvasti) esitetään. Tarkoitukseni ei myöskään ole väittää, etteikö valtauksen ohella juristiteksteissä esiintyisi muitakin perusteita tai etteikö esiintyisi keskustelua muistakin perusteista. Minusta kiinnostavinta on se, miksi valtaus esiintyy perusteenä niin sitkeästi ja mikä sen merkitys ja asema juristiteksteissä on.

²⁵ Ks. myös Suomen maatalouden historia 1 (2003) s. 87, jossa maan omistuksen syntyminen tiivistetään seuraavasti: ”Niin kauan kuin asutus oli harvaa ja kaikille oli riittämiin erilaisia luonnon resursseja, kuten pelloksi sopivia paikkoja, niittyjä, kaskimaita, kalavesiä ja eräsiijoja, näiden hyödyntäminen perustui valtaukseen. Kun käyttöön otettujen maa-alojen ja kalavesien nautinta muodostui jatkuvaksi, valtaajalle ja hänen perillisilleen syntyi omistusoikeus maakappaleisiin ja vesiin”.

jollakin tavalla. Näin on siksi, että mitään ei oikeastaan tehdä tyhjästä vaan joistakin aineksista, jotka ovat joko luonnon tuottamia tai jotenkin jo valmistettuja. Tästä tullaan myös siihen, että niihin liittyy aina muidenkin panosta. Työperuste ei kata edes hedelmien poimintaa, koska siinä on samalla kysymys maata koskevasta oikeudesta, joka täytyy jotenkin edellyttää. Wagner kirjoittaakin, että ”tässä suhteessa juristinen valtausteoria on historiallisesti oikeampi kuin kansantaloustieteilijöiden suosima työteoria. Jos ajatellaan primitiivisiä olosuhteita, pelkkä valtaus on epäilemättä aina edeltänyt sitä vaihetta, jossa maata tai materiaa on lisäksi jotenkin työstetty”.²⁶

Olennaista tässä yhteydessä on se, että alkuhistoriaan vietyinä kertomuksena omistusoikeuden syntyminen vapaan maan valtauksella ei sinällään ole huono teoria. Voidaan sanoa, että vaikka Bergelund filosofisissa aineksissaan nojautuu hegeliläiseen käsitteistöön, hänen tekstinsä painopiste on kuitenkin historiatieteen esittämien käsitysten kokoamisessa ja toistamisessa. Valtausta omistuksen syntyperusteena voidaan toisaalta esitellä myös kiinteämmin seurauksena tietystä teoreettisesta lähestymistavasta. Tätä havainnollistaa seuraavaksi tarkasteltava esimerkkiteksti.

1.3.3 Esimerkkiteksti kantilaisen filosofian perustelumerkityksestä

Hegelin ohella toinen 1800-luvulla vaikuttanut filosofi, jonka ajatuksilla tyypillisesti nähdään vaikutusta myös juristien lähtökohdille ja ajatustavalle, on *Immanuel Kant*. Nimenomaisesti kantilaisia juristeja tunnustetaan kuitenkin huomattavasti vähemmän kuin Hegeliin nojautuvia. Eräs kantilaisuutta oikeuden alueelle tuoneista juristeista on itävaltalainen Franz Zeiller (1751–1828)²⁷. Tämä ei ole ainoa peruste, jonka vuoksi tarkastelen seuraavassa Zeillerin kirjoitusta. Mielestäni Zeillerin kirjoitus täydentää hyvin Bergelundin tekstillä aloitettua, filosofian ja historian aineksia yhdistelevää omistuskeskustelua. Yhdessä Bergelundin ja Zeillerin tekstit kokoavatkin suuren osan omistusperustelukeskustelun teemoista. Tässä mielessä tekstit ovat havainnollisia ja samalla myös riittävän tulkinnanvaraisia esimerkkejä.

²⁶ Wagner (1894)s. 239 s. Wagnerin mukaan irtain omaisuus näyttää jo alun pitäen olleen pitkälti työ-omaisuutta. Kiinteä omaisuus sen sijaan on omaisuutta luonnonfaktorina ja alkupe-
räsessä oikeudessa on kysymys ensisijaisesti ensimmäisestä haltuunotosta. Myöhemmin myös maaomaisuus tulee työn ja pääoman käyttämisen kautta enemmän työomaisuudeksi. Ks. Wagner s. 202 s.

²⁷ Zeiller vaikutti Wienin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan professorina vuodesta 1778. Hän siirtyi v. 1793 lainvalmistelukomissioon, mutta säilytti yhteyden yliopistoon ja erit. oikeustieteen opintojen kehittämiseen (toimien mm. Wienin yliopiston rehtorina vuodesta 1807). Historiaan Zeiller on jäänyt erit. ABGB:n laadintaan monella tavalla osallistuneena juristina, ja tämä lainsäädäntöhanke näkyi myös hänen tieteellisessä tuotannossaan. Niin ikään Zeiller oli perustamassa ensimmäistä juristien aikakauskirjaa Itävaltaan. Ks. Juristen s. 668–670.

Zeillerin tässä tarkasteltava kirjanen edustaa 1800-luvun alkupuolella esiintyneitä ns. luonnollisen yksityisoikeuden oppikirjoja.²⁸ Joachim Rückert luonnehtii Franz Zeilleria ”periaatteellisvapaudelliseksi” ajattelijaksi. Ryhmittelyn kriteerinä on suhtautuminen yksityisen vapausalueen sääntelyyn yksityisoikeuden ulkopuolelta.²⁹ Kannanoton tähän kysymykseen voi olettaa merkitykselliseksi asianomaisen koko oikeuskäsityksen kannalta. Zeiller korostaa vapautta lähtökohtana ja käyttää sitä myös argumenttina tavalla, joka selvästi poikkeaa siitä, mitä Bergelundin edustamassa ajattelutavassa esitettiin vapaudesta johtuvan.

Muun ohella Zeiller käy kirjassaan läpi oikeustieteen siihenastista historiaa.³⁰ Zeillerin mukaan oikeustieteen edistyminen edellyttää tukeutumista kriittiseen filosofiaan. Sen avulla tärkeimmät siihen asti huojuneet käsitteet saadaan formaalien periaatteiden muotoon. Oikeusoppi nousee oikeiden tieteid joukkoon, kunhan se erotetaan muista siihen rajoittuvista tieteistä. Siveyslakeja voidaan tarkastella oikeusperiaatteiden rinnalla, mutta niiden välillä ei ole mitään riippuvaisuutta.³¹

Zeillerin ”varsinainen Luonnollinen yksityis-oikeus” esittelee hänen käsityksensä siitä, millaista oikeusopin tulisi olla. Se alkaa jaksolla ”ulkoyhteiskunnallinen yksityisoikeus”. Kysymys on siten eksplisiittisestikin kantilaisessa mielessä esiyhteiskunnallisena ymmärretystä, yksityisoikeudeksi nimetystä alueesta. Ensimmäisessä osiossa erotellaan synnynnäiset ja saavutetut oikeudet. Synnynnäisiä oikeuksia Zeiller kutsuu myös alkuoikeuksiksi. Ne ovat välittömiä, alkuperäisiä ja ehdottomia ihmiskunnan oikeuksia. Kysymys on siis järjen käsitteistä.³² Synnynnäisillä oikeuksilla tarkoitetaan kaikille kuuluvia

²⁸ Franz Edlen von Zeiller, *Das natürliche Privat-Recht* (3., verbess. Aufl., 1819). Kirja on jaettu osioihin. Johdanto esittelee oikeuskäsitystä ja oikeusopin päälauseita. Ensimmäinen varsinainen jakso koskee oikeusopin rajoja sekä luonnollisen yksityisoikeuden käyttökelpoisuutta, toinen luonnollisen yksityisoikeuden lähteitä ja apuvälineitä sekä kirjallisuutta. Kolmas jakso aloittaa varsinaisen asian eli tästä eteenpäin kirjan loppu käsittelee luonnollista yksityisoikeutta, joka taas on jaettu muutamaan osaan; ensimmäiseksi synnynnäisistä oikeuksista, toiseksi niiden saamisesta ja vaikutuksesta, kolmanneksi omistusoikeuden oikeudellisista seurauksista, neljänneksi sopimuksista yleensä, viidenneksi sopimuksien erityisistä lajeista, kuudenneksi erityisistä yhteiskuntaoikeuksista ja seitsemänneksi niistä välineistä, joilla oikeuksia luonnontilassa suojataan.

Luonnollisen yksityisoikeuden käsite on erityinen lajinsa, jota kehitellään kantilaiselta pohjalta. Ks. tästä erit. Kleensang 1998 s. 69 ss. ja 75 ss. ja myös Klippel 1997a in passim. Zeiller puhuu yksityisoikeuden alueesta tarkoittaen Kantin tapaan nimenomaan luonnontilaa ja tähän liittyen samalla sitä, että sellaisen alueen pitäisi lähtökohtaisesti säilyä. Näin se siis jo käsitteellisesti asettui vastakkain valtion kanssa, jonka taas pitäisi pääsääntöisesti lähinnä vain suojata luonnontilassa perustettuja oikeuksia.

²⁹ Ks. Rückert 1997a s. 151.

³⁰ Samalla hän moittii varhaisempia oikeusoppineita joko pelkästään spekulatiivisiksi tai pelkästään empiirisiksi. Ks. Zeiller s. 55 s.

³¹ Ks. Zeiller s. 58 s.

³² Synnynnäiset oikeudet ovat formaaleja eli ideaalisia oikeuksia, koska ne nojaavat (olemassaolonsa) järkeen. Ne ovat luonnostaan, eksistoin siveellis-järjellisen olennon oikeuksina, ilman mitään saantolajien tarvetta. Zeiller s. 64 s.

oikeuksia: kysymys on ihmisen attribuuteista ja näihin kuuluu itsensä-säilyttämisen oikeus. Saavutetut (erwerbliche) luonnolliset oikeudet sen sijaan ovat sellaisia, jotka järjen mukaan syntyvät vasta erityisen saanto-lajin välittämänä. Siksi ne ovatkin välillisiä, johdettuja ja ehdollisia. Omistusoikeus on saavutettu oikeus.³³

Kaikki moninaiset oikeudet ovat johdettavissa yhdestä ylimmästä oikeudesta, jota Zeiller nimittää alkuoikeudeksi (Urrecht). Alkuoikeus on persoonallisuuden oikeus. Se tarkoittaa oikeutta, joka edellyttää järjellisen, vapaasti-toimivan olennon arvon olettamista. Zeiller kutsuu sitä myös lakiperusteisen vapauden oikeudeksi, jolloin se tarkoittaa vapautta kaikkeen, mutta kuitenkin vain niihin toimiin, jotka ovat vapaille olennoille tasa-arvoisesti mahdollisia yhteisötilassa.³⁴

Zeillerin ilmaisu on koukeroista, mutta tarkoitus lienee ilmaista kantilainen ajatus vapaudesta oikeuden perustana sen myöhemmässä formaalissa muodossa. Kysymys on käsitteistön ajatuksellisen perustan rakentelusta. Zeiller esittelee tässä yhteydessä myös käsitteistön kertakaikkisen jakautumisen henkilö/esine-kategorioiden. Kriteerinä on järjellisyys tai siveellisjärjellisyys.

Universumi eli toimintamme vaikutuspiiri muodostuu Zeillerin mukaan osaksi henkilöistä, osaksi esineistä. Jokainen siveellisjärjellinen olento on henkilö silloin, kun sitä tarkastellaan itse-päämääränä (Selbstzweck) eli oikeuksien ja velvollisuuksien subjektina. Elävät järjettömät – sellaiset joilta puuttuvat ihmisen ulkoiset tunnusmerkit – ja vielä paremmalla syyllä elottomat olennot kuuluvat esineiden luokkaan ja ovat siis oikeuksia vailla olevia (der rechtlosen Wesen). Näin siksi, että ne eivät voi olla siveyslakien tai vapauden subjekteja. Zeiller tiivistää, että kaikella materiaalisella ja erityisesti ihmisen synnynnäisillä oikeuksilla on siis kohteenaan (a) vieras tai oma henkilö tai (b) esine. Tässä suhteessa niitä kutsutaan henkilö- ja esineoikeuksiksi.³⁵

Vapauden lähtökohta edellyttää lisäkehittelyä. Zeillerin mukaan ihmisen synnynnäisten oikeuksien joukossa on ensimmäiseksi oikeus riippumattomuuteen. Se tarkoittaa oikeutta pitää oma persoonansa vapaana kaikesta ulkoisesta vallasta (Willkühr). Kenelläkään ihmisellä ei ihmisenä ole oikeutusta pakottaa toista mielensä mukaan johonkin toimeen tai toimimatta jättämiseen, joka on tälle oikeuslauseiden perusteella sallittua. Muutoin sellainen olisi koko ihmiskunnalla ja siitä seuraisi jatkuva vuorovaikutteinen, häiritsevä oikeutuksien vilinä ja vastakkaisuus. Vain erityinen saantoakti (Erwerb-Act) voisi perustaa

³³ Zeiller s. 65.

³⁴ Zeiller jatkaa, että jokainen oikeus täytyy voida asteittain johtaa kesikäsitteen kautta alkuoikeudesta: jokaista epäilyksenalaista oikeutta pitää voida punnita sen mukaisesti. Ks. Zeiller s. 65.

³⁵ Zeiller s. 67 s. Alaviitteessä Zeiller täsmentää, että oikeuden välitön kohde on aina vain (oikeudellisesti mahdollinen) toimi (handlung), mutta se koskee aina läheisesti jompaakumpaa tässä mainittua (siis henkilöä tai esinettä). Zeiller siis korostaa tässä henkilöä ja esinettä oikeuksia erottelevina, käsitteellisinä elementteinä.

sellaisen yliherruuden ja siitä taas ei puhuta synnynnäisten oikeuksien kohdalla. Zeiller viittaakin saantoaktina nimenomaiseen tai hiljaiseen hyväksymiseen, jollainen tapahtuu valtiossa.³⁶

Alkuoikeudesta ja riippumattomuusoikeudesta omaan henkilöömmе johtuvat Zeillerin mukaan kaikki muut, yksittäisiä kohteita koskevat oikeudet, jotka ovat välittömästi tai välillisesti vaikutuksellisia havaintomaailmassa, fyysisten lakien sitomana, tahdonvaltaisen ja poissulkevan määräämisen alaisia, mitä läheisemmässä suhteessa henkilöömmе, ja siksi ihmisen sisäisen oman (das innere Seine) eli omistuksen muodostavaa (Eigenthum).³⁷

Zeillerin lause kokoaa useita omistuksen alaisuudessa hahmottuvia ulottuvuuksia ja vaatii siten lisäselvennyksiä. Selvennyksinä voidaan pitää myös omistuksen kohteiden esittelyä. Kelvollisia omistuksen kohteita ovat Zeillerin mukaan henki ja ruumis kykyineen ja lähimpine vaikutuksineen. Asiallisesti alkuperäinen oikeus sisältää lähinnä oikeuden itsesäilytykseen ja koskemattomuuteen, vaikkakin Zeiller laventaa sen kuvailua.³⁸ Alkuperäisestä oikeudesta edetään myös muiden huomioonottamiseen.³⁹

Synnynnäiset oikeudet ovat Zeillerin mukaan menettämättömiä ja luovutuskelvottomia. Ne ovat myös läpikotaisin yhtäläisiä (gleich). Molemmat ajatukset tarvitsevat Zeillerin mukaan selvennystä. Alkuoikeus eli puhdas formaali oikeus vapauteen toimia tavoilla, joilla ei loukata muiden oikeuksia, on menettämätön ja luovuttamaton niin kauan kuin ihminen on olemassa. Näin on siksi, että sen perusta on ihmisen luonnossa, siinä, jonka voimasta hän on henkilö eikä esine. Ilman tätä oikeutta hänellä ei voisi olla mitään oikeuksia ja ilman mitään oikeuksia ei järjellistä olentoa voida ajatella kaltaistensa ihmisten yhteisön järjellisenä jäsenenä. Mutta ne kohteet (die Gegenstände, die Materialien), joissa alkuoikeus ilmenee, ovat satunnaisia, tilapäisiä. Tämän myötä myös alkuoikeudesta johdetut ja kohteiltaan vaihtelevat oikeudet ovat satunnaisia, muutoksenalaisia, menetettävissä ja luovutuskelpoisia. Jokaisen ihmisen pitää vain voida – olkoon hänen tilanteensa miten rajoitettu hyvänsä – säilyttää joitakin vapaita kohteita ja niihin nähden ulkoisten toimien vapaussuhde. Näihin kohteisiin hänen tulee voida muita vahingoittamatta osoittaa alkuoikeuten-

³⁶ Ks. Zeiller s. 68 s. Tähän voidaankin lisätä, että myös Zeillerin konseptiossa sopimus edustaa nimenomaisesti sellaista konstruktiota, jonka kautta kaikki alistussuhteet perustetaan.

³⁷ Zeiller s. 69 s.

³⁸ Ihmisen synnynnäinen oikeus Zeillerin mukaan sisältää oikeuden (1) itsesäilytykseen, (2) toimia siveellisyyden mukaan ja onnellisuuden saavuttamiseksi, (3) kehittää välttämättömiä päämääriä varten praktista ja teoreettista järkeä, (4) säilyttää ja kehittää ruumiinsa ominaisuuksia ja taitoja, (5) säilyttää synnynnäinen nuhteettomuus, (6) suurempaan arvonantoon.

³⁹ Zeillerin mukaan oikeudellinen järki laajenee meihin monin sитеin kietoutuneen ihmiskunnan ja kanssaihmistemme hyvinvointiin ylipäättään, sikäli kuin toiminnassa on kysymys oikeudellisen alueen sisäpuolisista asioista. Itseämme koskevan analogian mukaisesti alkuperäisiä oikeuksia ovat näin ensiksi huolehtiminen kanssaihmisten säilymisestä sekä näiden avustaminen. Jokaisen tulee mm. kohottaa muiden ymmärrystä omia ajatuksiaan ja tietämystään jakamalla.

sa vaikutuksellisenä. Silti ei siis voida sanoa, että mikään (yksittäinen) sovellettu tai johdettu materiaallinen oikeus olisi välttämätön, muuttumaton, rajoittamaton tai kaikissa olosuhteissa menettämätön.⁴⁰

Entä alkuoletusten toinen puoli? Zeiller kirjoittaa ihmisten tasa-arvosta, että ihmisten täytyy kiistatta olla yhtäläisten oikeuksien haltijoita silloin, kun ihmistä ajatellaan yleisimmissä suhteissaan, alkuperäisessä luonnontilassa ottamatta huomioon mitään sellaisia tosiasioita, joiden kautta synnynnäiset oikeudet menetetään tai luovutetaan tai hankitaan uusia oikeuksia. Näin on siksi, että synnynnäiset oikeudet perustuvat yksistään ihmisen olennaiseen luontoon. Yksi ihminen on kuten toinenkin. Pelkästään tämän perusteella kenelläkään ei siten voi olla toista parempaa oikeutta. Vain erityiset olosuhteet ja ylipäättään tosiasiat (Thatsachen) voivat saada aikaan sen, että joku menettää oikeuksia tai toinen saa lisää, ja syntyy oikeuksien epätasa-arvoisuus. Tähän perusasiaan perustuu koko ajatus alkuperäisestä oikeudellisesta tasa-arvosta, joka ei kuitenkaan ole mikään itsessään pysyväksi ajateltu oikeus. Zeiller toteaaakin, että oletus todellisesta, oikeuksien kokonaisuuden tasa-arvosta on aivan ristiriitainen. Vaikka ihmiset eläisivät alkuperäisessä luonnontilassa, henkisten kykyjen erilaisuus muuttaisi pian kunkin materiaalisia oikeuksia. Ihmiset ryhtyvät välttämättä erilaisiin toimiin, jotka tuovat heti eroa rajoittaen yksien ja kasvattaen toisten oikeuksia. Perheiden perustaminen jo tuo mukanaan alistumisen ja riippuvaisuuden. Miten erilaisia ovatkaan sitten oikeudet valtiossa, kysyy Zeiller.

Oikeuksien alkuperäinen tasa-arvo on siis perustaltaankin kirjoittajan abstraktio, jolla on kuitenkin tärkeä praktinen hyötynsä. Zeillerin mukaan se nimittäin opettaa meitä kunnioittamaan alhaisimmassakin asemassa olevan ihmisen ihmisyyttä, näkemään hänet moraalisenä olentona ja sellaisena loukkaamattomana. Valtio-oikeuden puolella tämä muistuttaa kansojen alkuperäisen tasa-arvoisuuden lähtökohdasta. Yksityisoikeuden puolella se muistuttaa esim. siitä, mitkä oikeudet vaativat todistamista, mitkä eivät. Zeillerin lähtökohta on

⁴⁰ Zeiller s. 77 s. Yksittäisiä ruumiinosiakin voidaan Zeillerin tarkennuksen mukaan menettää ja ne voivat jopa vasten tahtoaamme siirtyä toisen hallintaan. Edelleen voidaan oikeus käyttää ja nauttia tiettyjä ulkoisia esineitä (Gütern) tai ottaa niitä omaksi luovuttaen. Oikeus teoreettiseen ymmärrykseen/koulutukseen voidaan tehdä tyhjäksi varaamalla ajankäyttö muuhun. Zeiller jatkaa selitystä sanomalla, että erehdyksiin johtaa ehkä ennen kaikkea sanan luonto kaksimerkisyys kun puhumme siitä, että synnynnäisten oikeuksien perusta on ihmisluonnossa. Näin erehdytään menettämättömyydessä. Ihmisen luonto ei nimittäin perusta ehdottomia, alkuperäisiä oikeuksia missään sellaisessa mielessä, etteikö ihmistä voitaisi ajatella ilman niitä. Se perustaa ne vain siinä mielessä, että ne ovat olleet olemassa niin kauan, että ei ole perusteita niiden purkamiseen (nicht durch anderweitige Gründe aufgehoben sind). Ihmisen luonnon normaaliin tilaan luetaan myös mm. jäsenien täydellisyys (kokonaisuus). Mutta siltikään ihminen ei lakkaa olemasta ihminen vaikka menettäisi jotakin (durch Verstümmelung). Ainoastaan aistikykyisyys (Sinnlichkeit) ja järki ja näistä seuraten vapaa tahto (freie Willkür), siveellisyys ja persoonallisuus ovat olennaiselta luonnoltaan ihmiseen erottamattomassa suhteessa. Niinpä Zeillerin mukaan ei ole mitään ristiriitaa puhua absoluuttisesta ja silti luovutuskelpoisesta oikeudesta.

eksplisiittisen konservatiivinen, kun hän jatkaa, että on tasa-arvoisuuden rajojen väärinymmärtämistä viedä se yhteiskunnallisen järjestyksen purkamiseen kuten uudemman ajan kauheudet ovat osoittaneet.⁴¹

Nähdäkseni Zeiller kirjoittaa tässä varsin suoraan tasa-arvon olevan hyvin yleisen tason oletus, joka ei koske materiaalisia oikeuksia vaan ainoastaan puhdasta formaalia alkuoikeutta; kunkin oikeutta persoonallisuuteen eli vapauteen. Zeillerin ajatuksen mukaan ihmiset ovat oikeuksiltaan erilaisissa asemissa jo luonnontilassa eikä tarkoitukseen ole väittää, että tämä asema valtiotilassa jotenkin tasaantuisi, päinvastoin.

Saavutettuja oikeuksia selvitellään sitten enemmän kirjasen toisessa osiossa.⁴² Tässä tarkastellaan nimenomaisesti sekä omistuksen perustelua että saantolajeja.

Zeiller aloittaa tämän osion toteamalla, että oikeudet, jotka järjen mukaan syntyvät varsinaisen saantoaktin (Erwerbs-Acte) välityksellä alkuperäisten oikeuksien lisäksi, ovat hankittuja oikeuksia. Hankkijan pitää tehdä jotakin ulkoista, jotta kohde tulisi oikeuden alaiseksi. Sen pitää laajentaa hänen oikeusfääriään ja samalla myös kaventaa jonkun tai kaikkien muiden. Kaikki ulkoisenhan on joko jonkun henkilöä tai esine. Henkilöä ei kuitenkaan voida sinällään asettaa toisen henkilön päämäärien alaiseksi, muuta kuin sellaisen osalta, joka on luovutettavissa ja jossa on kysymys ulkoisista toimista (tekemisestä tai tekemättä jättämisestä). Esineiden luovutettavuudessa ei sen sijaan ole mitään epäilyksenalaista. Kaiken hankittavissa olevan täytyy siis olla esineitä ja kaikki hankitut oikeudet esineoikeuksia. Zeiller kirjoittaa edelleen tyydyttävistä saantoakteista, että on esineitä, jotka kuuluvat sisäisen arvonsa mukaan siinä määrin tietylle henkilölle, että alkuperäisen riippumattomuusoikeuden mukaan yksipuolinen saanto-akti ei riitä, vaan tarvitaan yhdistyneiden tahtojen akti (eli sopimus). Sellaisten ulkoisten esineiden kohdalla sen sijaan, jotka eivät ole kenenkään henkilön poissulkevan tahdonvallan alaisia, riittää yksin tahtomme akti eli omaksiotto/haltuunotto (Zueignung), minkä ohella sopimuskin riittää. Zeiller päätyy näin jakamaan hankitut oikeudet kohteensa mukaan persoonalliseen ja esineelliseen esineoikeuteen ja saantoaktinsa mukaan omaksiottamisoi- keuteen ja sopimukseen perustuvaan oikeuteen.

Zeiller ymmärtää omistusoikeuksilla (Eigentumsrechte) oikeutta määrätä poissulkevasti mielensä mukaan ulkoisesta esineestä (über eine äussere Sache

⁴¹ Zeiller s. 80 s. Huomautus on epäilemättä osoitettu koskemaan ranskalaista vallankumousta seurauksineen. Viitteessä Zeiller vielä havainnollistaa tasa-arvoajatusten yhtäältä ideaalisen ja alkuperäisen ja toisaalta todellisen ja kokonaisen sekoittamisen vaaraa vertauksella. Vastaavasti kävisi jos siitä, että kaikki ihmiset täytyy ajatella (yhden) ruumiin/kehon haltijoina, yritettäisiin johtaa se, että kaikilla olisi sama ruumiillinen organisaatio ja ominaisuudet, mitä tulee esim. sukupuoleen ja hiusten väriin.

⁴² Tässä mennään ensin välittömään saantoon ja omaksiottamiseen/haltuunottoon (Zueignung) ja sen vaikutukseen. Ks. Zeiller s. 89 ss.

ausschliessend nach Belieben zu verfügen). Järki, tai oikeammin viisas luonnon luoja (Urheber der Natur) järjen kautta, selittää esineet pelkiksi välineiksi järjellisen olennon asettamille päämäärille. Se perustaa jokaiselle mielensä mukaisen käyttöön ottamisen/oikeuden sellaisiin ulkoisiin esineisiin, jotka eivät vielä kuulu kenellekään erityisesti. Tämä asettamus on yksi, kaikille samalla tavalla tuleva, synnynnäinen oikeus. Mutta erityinen, poissulkeva oikeus tiettyyn kohteeseen ei voi olla synnynnäinen, vaan vain hankittu, oikeudellista tosiasiaa edellyttävä oikeus. Se peruste, jonka nojalla faktuaalinen on oikeudellisesti tunnustettavissa, on nimeltään saantoperuste (Titel). Sitä vastoin se toimi, jonka kautta joku hankkii esineen omistuksen, on saantolaji. Molemmat yhdessä tekevät omistuksen saannon ymmärrettäväksi. Saanto on välitön (alkuperäinen) silloin, kun esine on sellainen, johon kenelläkään ei ole poissulkevaa oikeutta, ja välillinen (johdettu) silloin, kun omistus siirretään henkilöltä toiselle. Jälkimmäisellä täytyy tietysti olla oikeudellinen alkunsa. Siksi omistusoikeuden teorian tutkijan pitää aloittaa selvittämällä alkuperäistä saantoa.⁴³

Zeillerin esityksestä havaitaan ensinnäkin se, että hän käyttää jaottelua alkuperäisen/johdettu saanto, ja käyttääpä myös erottelua titel/modus, vaikkei sitä niin nimitäkään. Kysymys on kuitenkin erosta materiaalinen/formaalinen peruste.

Zeillerin edellä siteerattu erittely on jo varsin yksityiskohtainen ja valaiseva, mutta hän ottaa lisäksi keskeiset ongelmakysymykset erikseen tarkasteltavaksi. Hän kirjoittaa, että alkuperäiseen saantoon liittyy kaksi hankalaa kysymystä. Ensimmäinen on se, saako yksittäinen ihminen ottaa yksin ja ilman muiden hyväksymistä haltuunsa tietyn esineen kaikilla samalla tavalla olevan, herrattomia esineitä koskevan käyttöoikeuden piiristä. Mikä on siis oikeudellinen Titel (mahdollisuusperusta, oikeusperuste) alkuperäiselle saannolle? Toinen hankala kysymys on se, minkä toimen kautta herrattoman esineen haltuunotto tehdään todelliseksi eli mikä on alkuperäinen saantolaji.

Saannon oikeusperustetta Zeiller lähtee johtamaan yhtäältä järjen tunnistamasta esineen määäämisestä, toisaalta ihmisen alkuoikeudesta. Niinpä kaikki esineet ovat luonnostaan ei-kenenkään omistuksessa (nullius domini), mutta ne on kuitenkin asetettu ihmisten mielenmukaisen käytön oikeuden alaiseksi (non nullius juris). Niistä saadaan siis määrätä ja niitä voidaan käsitellä välineinä järjellisten olentojen asettamiin nykyisiin tai tuleviin, sekä välttämättömiin että tahdonvaltaisiin päämääriin, eikä siis vain yhteisiin vaan myös yksityispäämääriin, ja tästä johtuen muut poissulkevasti. Joka olettaa tätä vastaan, tulee perustaltaan kieltäneeksi kokonaan esineiden käytön. Sellainen nimittäin rajoitaisi kaikkien yksityisten vapautta enemmän kuin on (kunkin itsensä mielestään) tarpeen. Näin esitettäisiin ristiriitainen maksimi. Joka sen sijaan pitää mahdollisena kaikkien herrattomien esineiden tahdonvaltaista käyttöä sillä

⁴³ Zeiller s. 91.

edellytyksellä, että kaikki muutkin voivat osoittaa herrattomia esineitä yksityispäämääriinsä, toimii sellaisen säännön mukaan, jonka mukaisesti kaikkien vapaa toimiminen suhteessa ulkoisiin esineisiin voidaan yhdistää hänen omaan vapaaseen toimintaansa mahdollisimman suuressa määrin. Tällainen toimintatapa sopii yhteen yleisten oikeuslakien kanssa ja on siksi oikeudenmukainen. Alkuperäisen saannon oikeusperuste nojaa näin viime kädessä osittain (subjektiivisesti) alkuoikeuteen, osittain (objektiivisesti) kohteiden herrattomuuteen.⁴⁴ Alaviitteessä Zeiller vielä toteaa, että jotkut kirjoittajat ilmoittavat alkuperäisen saannon oikeusperusteeksi synnynnäisen omaksioito-oikeuden (Zueignungsrecht), mutta siinä on oikeammin kysymys vain saannon lähimmästä perusteesta.

Zeillerin erottama ja korostama lähtökohta omistusperusteluun on huomionarvoinen. Perustelu rakennetaan tilanteeseen, jossa esineiden ajatellaan olevan herrattomia, mutta ne eivät ole kokonaan oikeudettomassa tilassa vaan päinvastoin tilassa, jossa ihmisillä on oikeus ottaa ne käyttöön. Tätä käyttöön ottamisen mahdollisuutta ja oikeutta lähdetään sitten perustelemaan käänteisen todistelun keinoin, osoittamalla vastakkaisen tilanteen perustelemattomuus. Niinpä omistukseen ottamisen kieltäminen merkitsisi ihmisen alkuperäisen vapauden tarpeetonta ja perusteetonta rajoittamista. Lähtökohtana on vapaus ja sen mahdollisimman laaja säilyttäminen, mutta ei minään sisällöllisinä ulottuvuuksina vaan niin, että on olemassa vapauden piiri ja se perustuu siihen, että se on kaikilla samalla tavalla. Rajoittaminenkin arvioidaan sen mukaan, miten se asettuu tässä yleissuhteessa.

Alkuperäinen oikeusperuste (Titel) johdattaa Zeillerin mukaan kysymään mainitun välittömän saannon oikeudellista lajia. Jos ihmisellä on oikeus käyttää muut poissulkevalla tavalla sellaisia esineitä, joihin kenelläkään ei vielä ole lähempää oikeutta, hän saa tätä oikeutta myös harjoittaa eli ryhtyä siihen liittyviin ja tähtääviin toimiin. Tällainen toimi on ensisijaisesti haltuunotto (die Besitzergreifung). Se tarkoittaa kaikkia ulkoisia toimia, siis toimintaa, jonka kautta esine, muut poissulkevan käyttämisen tarkoituksessa asetetaan hänen päämääriensä alaiseksi, hänen fyysisen valtansa alle, tai toimia, jotka tekevät hänestä sen haltijan (Besitzer). Kuka sittemmin pyrkii hallitsemaan tuota esinettä, rajoittaa haltijaa tämän synnynnäisen esinettä koskevan oikeuden käyttämisessä, ja puuttuu näin samalla tämän niin ikään synnynnäisen omaa henkilöä, voimia ja niiden ilmaisemista koskevaan oikeuteen, siis sisäiseen Omaan (in das innere Seinige) eli omistukseen. Tämän kahdensuuntaisen näkökohdan perusteella haltijalla on siis oikeus sulkea jokainen pois hallinnassaan olevasta ulkoisesta esineestä ja samalla myös oikeus määrätä siitä muut poissulkevasti eli se on siinä mielessä todella hänen omaisuuttaan (sein Eigentum).⁴⁵

⁴⁴ Ks. Zeiller s. 92 s.

⁴⁵ Zeiller s. 94.

Näin Zeiller siis esittää vapauden sisältävän mahdollisuuden ottaa käyttöön kenellekään vielä kuulumattomia esineitä. Tätä vapautta rajoittaisi se, että joku puuttuisi jonkun käytössä jo olevaan esineeseen. Mielestäni Zeillerin tekstissä on tiivistettynä jotakin varsin perustavanlaatuista niistä ajatuskuluista, jotka omistuserustelun yhteydessä ovat usein nähtävissä juristitekstien taustalla silloin, kun niissä ylipäätään sanotaan jotakin. Niinpä alkuoletuksen (herrattomuuden) jälkeen katsotaan, että ihmisillä on oikeus käyttää esineitä tarpeisiinsa; oikeuden käyttäminen tapahtuu väistämättä haltuunottamisena, minkä jälkeen puuttuminen siihen on joko toisen vapautteen puuttumista tai joka tapauksessa puuttumista sellaiseen, jonka joku on jo erottanut omaan käyttöönsä, mikä on enemmän kuin mitä toinen voi osoittaa ikään kuin omaksi perustekseen silloin, kun kaikilla alun pitäen on sama oikeus. Ylipäätään olemassa olevaan tilanteeseen puuttuminen edellyttäisi paremman oikeuden näyttämistä ja sellaista ei lähtöoletuksen mukaan toisella ole. On vain se ”sama oikeus”, joka kohdistuu yleensä esineisiin, mutta ei toisen hallinnassa olevaan ja erityiseksi näin erottuneeseen. Eli tässä tullaan aina vähän vaihtelevissa muodoissa oikeudellisen käsitteistön alkuoletuksiin, joita ei oikeastaan voida perustella kovin hyvin, mutta jotka muuntavat faktisen tilanteen oikeudellisesti merkitykselliseksi.

Zeillerin mukaan edellä siteeratun keskustelun teemoissa ollaan kuitenkin vasta omistuksen perustelun alkutaipaleella. Siinä kosketellaan enemmän sisäisen kuin ulkoisen Oman kriteerejä. Omistusoikeus on ennen kaikkea muuta kuin ohimenevä hallintaoikeus (vorüber gehendes Besitzrecht). Siksi on osoitettava, voiko ja miten esineen haltuunoton kautta saavutettu oikeus pysyä myös ilman hallussapidon jatkumista.⁴⁶

Näin Zeiller etenee selvittelemään sitä, mitä hankitun oikeuden turvaaminen tarkoittaisi. Missä on varsinainen siirtymä hallinnan ja omistuksen välillä? Zeiller kirjoittaa, että tämä on ymmärrettävissä sen pohjalta, mitä edellä puhuttiin saantoperusteesta (Titel). Zeiller lähtee taas kertomaan sitä, miten muunlainen tilanne merkitsi tosiasiaassa kunkin vapauden rajoittamista ja tyhjäksi tekemistä. Hän kirjoittaa, että jos voisimme määrätä poissulkevasti ulkoisista kiinteistä vain niin pitkälti kuin ne ovat meidän persoonamme hallitsemia ja irtaimista vain silloin kun ne ovat fyysisesti meillä, ei vaadittaisi mitään vähempää kuin että ihminen nauttiakseen maapohjaa muut poissulkevasti olisi sen kaikilla osilla samanaikaisesti tai että hän pitäisi kaikkea irtainta jatkuvasti käsillä. Mutta tämän kautta ihmisen vapaa toiminta sitoutuisi jokseenkin kokonaan esineiden käyttöön, mikä olisi ristiriidassa oikeuslauseiden kanssa. Esineiden käyttövapaus on täydellisin mahdollinen vain silloin, kun jokainen voi käyttää vapaana haltuunsa ottamaansa esinettä muut poissulkevasti ja määrätä siitä niin kauan kuin hänen tahtonsa (siihen) jatkuu. Oikeuslauseiden mukaan

⁴⁶ Zeiller s. 94 s.

pidetään siis järjellisen olennon haltuunsa ottamia esineitä välittömästi hänen persoonaansa kiinnittyneinä sillä perusteella, että esineet ovat jatkuvassa liitoksessa hänen tahtoonsa, jos ne vain ovat käsillä riippumatta siitä, miltä se ulkoisesti näyttää. Näin hallinnan ottanut ei ole vain ruumiillisen, vaan oikeuslauseiden suojaaman oikeudellisen (intellektuaalisen) hallinnan haltija, minkä kautta jokainen on oikeudellisesti velvollinen jättämään esineen rauhaan ikään kuin se olisi toisen keskeytymättömässä ruumiillisessa hallinnassa. Se, mitä ulkoisen vapauden lakien mukaisesti saatan valtani alaiseksi, on oleva minun ja on sitä niin kauan kuin tämä tahto kestää. Niinpä voin tulla tällä tavalla voimassa olevien oikeuksieni osalta myös loukatuksi vieraan puuttumisen perusteella.⁴⁷

Huomionarvoista Zeillerin tekstissä on erityisesti tahtoelementin esiin tuleminen. Fyysinen hallinta ilmentää omaksiottamisen tahtoa, mutta kun se on syntynyt ja esitetty haltuunottamisella, fyysinen hallussapitäminen ei enää olekaan ratkaisevaa, vaan nimenomaan tahto.

Zeiller esitteleekin hallinnan ja tahdon kietoutumista vielä lisää ja päättyy tässä nimenomaisesti käyttämään alkuperäisestä saannosta valtaustermiä. Zeiller kirjoittaa, että jotta ylitse hallussapidon kestävä, oikeuden tietylle perustava tahto sitoisi myös jatkossa toisia, sen täytyy olla näiden tunnistettavissa. Tahdon täytyy siis esiintyä tunnistettavuuden aikaansaavana toimintana ja merkinä (Handlung, Bezeichnung). Tästä vaatimuksesta seuraavat alkuperäisen saannon kaksi edellytystä: 1) (objektiivinen) että kohde oikeuslauseiden mukaan on ilman toisen oikeuden loukkaamista välittömästi saantokelpoinen (erwerblich); ja 2) (subjektiivinen) a. haltuunotto (Besitzergreifung) jolla aloitetaan selittää tahto kohteen poissulkevaan määräämiseen, ja b. merkki (die Bezeichnung) joka myös ilman hallussapitämistä osoittaa jokaiselle pysyvän tarkoituksen pitää kohde omana. Välittömästi saantokelpoisen kohteen haltuunotto tarkoituksin pitää se jatkuvasti omana on nimeltään omaksiotto/valtaus. Valtaus on siis alkuperäinen omaisuuden saantolaji.⁴⁸

Zeiller määrittelee tässä valtauksen niin, että siihen sisältyy haltuunotto ja omistustahto. Omistuksen syntymisen jälkeen vaaditaan vain tahdon jatkumisesta.

Zeiller jatkaa luettelemiensa edellytysten täsmentämistä.⁴⁹ Omaksiottamiseen/valtauksen vaaditaan, että kohde on sinällään oikeuslauseiden mukaan:

⁴⁷ Zeiller s. 95 s.

⁴⁸ Zeiller s. 96 s. "Die Besitzergreifung eines unmittelbar erwerblichen Gegenstandes mit der erklärten Absicht ihn fortan als eigen zu behalten, nennet man die Zueignung (Occupatio)".

⁴⁹ Ks. Zeiller s. 97 s.

- (1) omaksiottamiseen kelpoinen. Tämä tarkoittaa sitä, että kohteen täytyy olla:
 - a. herraton eli paremminkin sanoen oikeudeton (rechtlos) ja nimenomaisesti kahdenlaisessa merkityksessä, nimittäin, että kohde (Wesen), joka halutaan vallata, ei itse ole oikeuksien haltija (eli se ei ole oma herransa), ja että kenelläkään ei jo ole muut poissulkevaa oikeutta siihen hankittuna (se ei ole siis toisen herran jo), sillä silloin aiottu occupatio olisi oikeudenloukkaus, joka ei ilman ilmeistä ristiriitaa voisi perustaa oikeutta;
 - b. täydellisesti käytettävissä (vom erschöpflichen Gebrauche), so. sellaisessa olomuodossa, että ilman kaikkien toisten poissulkemista sitä ei voida täydellisesti nauttia, sillä muutoin omaksiottaminen rajoittaisi muiden vapautta ja aiheuttaisi siten oikeudenloukkauksen.⁵⁰
 - c. haltuunottoon (einer Besitzergreifung) ja
 - d. merkitsemiseen/erottamiseen (Bezeichnung) kelpoinen.⁵¹
- (2) Toinen vaatimus omaksiottamiselle on haltuunotto (Besitzergreifung). Omaksiottamisen perustana on oltava faktum, muutoin kaikkien samanlainen oikeus kaikkiin esineisiin säilyy eikä synny toiset poissulkevaa oikeutta. Meillä pitää ensisijaisesti olla tahto haluta esine, jotta se tulisi omaksemme ja yksinhallitsemaksemme. Pelkkä sisäinen tahto ei kuitenkaan riitä päteväksi ohjenuoraksi muiden toiminnalle ja heidän tahdonvaltaansa rajoittamaan. Tahto täytyy ilmoittaa luonnollisella, kaikkien tunnistettavissa olevalla merkillä (Zeichen). Tällainen ilmoitus on ulkoinen toiminta, jonka kautta asetumme esineeseen nähden sellaiseen suhteeseen, että voimme käyttää esinettä poissulkevasti, so. haltuunotto (Besitzergreifung).

Mainittu tahto voi kuitenkin olla suuntautunut vain hetkelliseen ja ohimenevään käyttöön (esim. vapaan esineen lainaamiseen). Lujan tahdon, pysyvän oikeuden ja omistusoikeuden perustamiseksi tarvitaan myös vakaa merkki (beharrliche Zeichen). Siitä siis johtuu edelleen subjektiivinen vaatimus, merkki (die Bezeichnung). Pelkät sanat eivät voi olla muille erottavana merkinä. Niiden sijaan on otettava joku luonnollisten voimien avulla tai kohteeseen liittämällä kiinnitetty ulkoinen merkki. Merkin tulee olla kaikkien ymmärrettävissä. Silloin kaikille selviää, että (omistaja) on todella ottanut käyttöönsä oikeuden hankkia omaisuutta ja että (sen) valtaanotto olisi hänen oikeudellises-

⁵⁰ Oikeastaan vasta viitteen esimerkki selventää Zeillerin viimeksi mainittua ajatusta. Hän nimittäin kirjoittaa, että niinpä ei auringonvaloon voida saada mitään oikeudellista yksinkäyttöä eikä myöskään vapaaseen ilmaan. Mutta joka tekee puistaan tulen, voi sulkea muut puista ja tuhasta, tyhjentyvinä kohteina. Zeiller siis tarkoittaa sitä, että kohteen pitää olla niukka hyödyke tai rajallinen eikä mikään ”yleishyvä”.

⁵¹ Muutoin esine voi olla elävä (kuten eläin) tai eloton, ruumiillinen/aineellinen (aistien havaitsema) tai aineeton (joka käsitetään vain ymmärryksen avulla, kuten erityiset nautintalajit), se voi olla herrattomana ollut tai sellaiseksi tullut.

ti vapaaseen toimintaansa puuttumista, ja toisen vaivannäön hedelmien riistämistä.⁵²

Zeiller viittaa kysymykseen liittyviin keskusteluihin, joissa esim. *Hufeland* ei vaadi mitään tiettyä merkkiä ja *Gundling* uskoo, että occupatio voisi tapahtua myös (pelkän) suullisen tai kirjallisen selityksen kautta. Zeillerin kankeasta ilmaisutavasta riippumatta on tässäkin huomionarvoista argumentaatiotapa, joka edustaa tyypillistä kantilaista epäsuoraa perustelua. Zeiller esittelee puoltamansa ajatuksen välttämättömyyttä nimenomaan kiertotietä. Tarkasteltavan asian/seikan olemattomuudesta seuraisi jotakin, jota ei voida ajatella, eli tässä kulkee koko ajan vapausoletus, jota ei sitten voida loukata.

Zeiller katsoo, että valaisevimmin omaksiottamisen tahtoa osoittaa se, että herrattomalle esineelle annetaan uusi hahmo. Ainoana merkinnän lajina sitä ei voida kuitenkaan pitää eikä myöskään kaikkien alkuperäisten saantojen merkkinä. Sitä paitsi muotoamisopin edustajat eivät kerro tarkkaan sitä, mitä he muotoamisella (*Formgebung*, *Formirung*) tarkoittavat. Jos siltä roomalaisen oikeuden kommentaattorien mukaisesti edellytetään sellaista muotoamista, joka siirtää esineen toiseen esineiden luokkaan ja toisen nimiseksi, käsite kaventuisi liikaa. Jos muodon antamiselta taas vaaditaan havaittavaa vaivan ja voimien käyttöä, vaatimus on liian epämääräinen. Jos siihen taas riittää mikä tahansa voimankäyttö, jota toinen esineen omaksiottamisen tarkoituksessa harjoittaa, riittää myös merkitseminen (*Bezeichnung*), sillä se ei voi tapahtua ilman (minkäänlaista) voiman ilmausta. Zeiller siirtyy sanomaan, että itsessään pelkkä haltuunotto ja merkitseminen voi kyllä toisaalta vaatia enemmänkin voimaa ja kustannuksia kuin esineen muotoaminen, joten miksei ensiksi mainittu sellaisenaan riittäisi saannoksi. Ja jos, kuten Kant toteaa, ei haluta hyväksyä sitä, että poissulkeva oikeus syntyisi jo haltuunotolla, niin vielä herrattoman kohteen formaatiohan häviäisi samalla kun se itse (*accidenssina*) on substanssin kanssa herraton. Sillä perusteella se siis tarvitsisi edelleen jatkuvan (uuden) selityksen, koska se menettäisi sen purkaantuvan hallinnan myötä, mutta se taas, ilman spesifikaatiota, voi tapahtua muidenkin merkkien avulla.

Zeillerin lauseet ovat osin suorastaan epäselviä. Hän tarkoittanee kuitenkin vain korostaa sitä, että valmistaminen tai muotoaminen ovat liian epämääräisiä käsitteitä, eivätkä kelpaa merkiksi, vaan jo haltuunotto riittää. Zeillerin argumentaatioissa muotoamista arvioidaan nimenomaan siitä näkökulmasta, voisiko se olla selvänä merkinä muille omaksiottamisesta, eikä väitetä, että vasta muotoaminen tekisi esineestä oman (siihen laitetun työn perusteella). Zeiller mainitsee esimerkkeinä muista merkeistä eläinten osalta haavoittamisen, pau-laan ottamisen ja maallaan pitämisen, kiinteiden esineiden osalta rakentamisen, kylvämisen ja rajakivien asettelun, elottomien irtainten osalta kokoamisen ja säilyttämisen, ja pelkkien oikeuksien (aineettomien esineiden) osalta oikeuden

⁵² Zeiller s. 99 s.

harjoittamisen/jatkuvan käyttämisen. Monien näin mainittujen merkkien kiistaton epämääräisyys ei Zeillerin mukaan voi merkitä sitä, että kaikki saaminen olisi sidoksissa positiivisen oikeuden määräykseen, vaikka sillä voidaankin rajata ja tarkentaa sitä, mikä kelpaa.

Zeiller etenee kysymään edelleen valtaamisen oikeudellisia rajoja: onko valtaamisen oikeutus yksityiselle määrältään rajoittamaton? Jos tämä kanta nähdään arveluttavana ottaen huomioon ihmisten ahneus, onko oikeutus sitten rajoitettu kunkin yksityisen ihmisen välttämättömään ylläpitoon? Vai ulottuuko se juuri niin pitkälle kuin fyysinen valta (Gewalt) (ulottuu) kohteiden pysyväs-
tä/jatkuvasta puolustamisesta (Vertheidigung). Kaikilla mainituilla ehdotuksilla on Zeillerin mukaan kannattajansa. Varsinainen, tiukka tarve (Bedürfniss) ei voi määrätä mittaa, koska ihminen ei ylläpidä vain itseään, vaan myös omais-
iaan sekä kanssaihmiensä hyvinvointia. Ihminen on oikeutettu tavoittelemaan käytännössä mahdollisia päämääriä, koska saannon oikeus ei ole perustettu itsensä säilyttämisen oikeuksiin.

Osa Zeillerin viittaamasta keskustelusta jää hämäräksi, mutta osa on hyvinkin tunnistettavissa. Jotta yksityisen vapaus hallinnanotossa ei tekisi muiden vastaavaa vapautta tyhjäksi, ovat Zeillerin mukaan ”luonto ja järki siitä huolehtineet”. Pelkkä havaittavissa olevakaan tahto ei sellaisenaan riitä perustamaan toiset poissulkevaa oikeutta. Miten joku yksityinen voisi saada niin paljon aikaa ja miten hän voisi kattaa kaiken sen vaivannäön ja kustannukset, jotka vaaditaan lukuisten, todet tai kuvitellut tarpeet huomattavasti ylittävien kohteiden pysyvään merkitsemiseen? Tämä on siis Zeillerin hankalasti muotoilema, mutta ymmärtääkseni retorinen kysymys. Hänen varsinainen tarkoituksensa on sanoa, että hallinnanoton vaatimus asettaa luonnolliset rajat yksityisen omaisuuden (mahdolliselle) määrälle ja laajuudelle. Zeiller jatkaakin, että hallinnanoton ja pysyvän merkitsemisen mahdollisuus asettaa siksi oikeudellisen rajan omaksiottamiselle (Zueignung).⁵³

Täsmennys selventää Zeillerin ajatusta, mutta se on toisaalta taas ristiriidassa sen kanssa, mitä Zeiller korosti edellä eli sen, että haltuunottoa ei pidä ymmärtää kovin konkreettisenä jatkuvana hallussapitämisenä.⁵⁴ Joten ytimeksi tästä

⁵³ Zeiller s. 102 ss.

⁵⁴ Zeiller keskustelee alaviitteessä erilaisista ehdotuksista. Hän mainitsee ehdotuksen valtuksen rajoittamisen oikeutuksen elämän säilyttämiseen (tarpeelliseen), ja ehdotuksen rajasta siinä, että kukaan ihminen ei saa omia enempää kuin mikä on mahdollista myös kaikille kanssaihmisille. Erikseen Zeiller kirjoittaa maan haltuunottamisen oikeutuksen Kantin mukaan ulottuvan niin pitkälle kuin kyky sitä puolustaa. Zeiller aivan ilmeisesti arvostaa ja pitää Kantia väärinymmärrettyinä, sillä hän jatkaa, että tälle syvästiajattelevalle filosofille, joka on kaikkia aikaisempia terävämminkin erottanut toisistaan fyysisen ja siveellisen, tehtäisiin vääryyttä, jos tästä pääteltäisiin, että hän on sekoittanut ne toisiinsa. Tämä lause on Kantilla omistusoikeuden muiden oletusten yhteydessä, joista puhutaan sitten jäljempänä. Zeillerin lainaus ja tarkennus on mielestäni osoittamassa sitä, että hän itsekään ei tarkoita, että omaisuudeksi tulisi niin paljon kuin fyysisesti hallinnassa voidaan pitää.

jää lähinnä se, että Zeillerin mukaan omaksiottamisella on rajansa, mutta ne eivät asetu esim. välttämättömien tarpeiden mukaisesti mataliksi, vaan pikemminkin tuosta yleisestä edellytyksestä käsin (vain) eli että muiden vapautta ei saa tehdä tyhjäksi.

Omaksiasettamiselle tulee rajansa paitsi määrän myös kohteen laadun asettamana. Zeiller esittää tässä luettelon, jossa hän oikeastaan toistaa aiemmin esiin tullutta.⁵⁵

Zeiller kirjaa erikseen sen, että omaksiottamisen oikeudellinen seuraus on omistusoikeus, ”indem sie alle Bedingungen enthält, unter welchen die Wirklichkeit des letzteren nach der Vernunft sich begreifen lässt”. Zeiller jatkaa – sanoen eksplisiittisesti ulos aikaprioriteettisäännön vääjäämättömyyden –, että sillä, joka esineen ensimmäisenä ottaa haltuunsa, on ajan etuoton (Vorsprunges) perusteella oikeus itsellään ja hän sulkee muut pois (qui prior tempore, potior iure). Samanlainen oikeus olisi ollut jokaisella, joka olisi ottanut kohteen aikaisemmin käyttöönsä. Kuten toisella on poissulkeva oikeus hankittuna ulkoiseen Omaansa, on myös minulla omistus hankkimaani kohteeseen. Omistamisen oikeus on kaikilla samanlainen (das nämliche), vain kohteet (materiaali), joihin sitä käytetään, eroavat toisistaan lajien ja määränsä puolesta. Tästä selviää Zeillerin mukaan heti myös se, miksi samanlaisen formaalin alkuoikeuden alaisuudessa ja vieläpä materiaalisessa suhteessa samanlaisten synnynnäisten esineitä koskevien oikeuksien vallitessa ylipäätään materiaaliset ja hankitut oikeudet määrättyihin esineisiin ovat niin erilaisia. Zeiller viittaa tässä tilanteiden ja olosuhteiden erilaisuuteen, henkisten ja ruumiillisten voimien vaihtelevuuteen, joiden avulla oikeuksia hankitaan ja menetetään. Yritys saada tässä aikaan yhtäläisyyttä olisi päinvastoin mitä suurin epäoikeudenmukaisuus eikä sellaista myöskään voitaisi tehdä ilman, että samalla tehtäisiin mahdottomaksi ihmisten vapaa toiminta esineisiin nähden.⁵⁶

Tässäkin Zeillerin argumentaatio palaa ihmisten vapaan toiminnan alueen ensisijaisuuteen, jonka vastainen muunlainen tilanne olisi – joten niin ei voida ajatella.

Zeiller lainaa alaviitekeskustelussa Schmalzin ajatusta siitä, että rikkain ja köyhin ovat pelkästään alkuoikeuden haltijoina aivan samassa asemassa; edellisen kohdalla se (alkuoikeus) on vain kytkeytynyt lukuisampiin ulkoisiin kohteisiin, mutta ”das was ihrer beyden Rechte zu Rechten macht, ist beyden gänzlich gleich”. Tämä arvio kuulostaa ehkä tylyltä. Se kuitenkin toistaa vain

⁵⁵ Omaksiottamisen kohde (a.) ei ole ihminen. Eivät myöskään (b.) esineet, joihin jollakulla on jo perustettuna lähempi oikeus, joka ei ole purkaantunut, kuten kadotetut esineet ja karanneet eläimet. Eivätkä (c.) esineet, joita ei voida pitää, joihin ei voida saada fyysisesti otetta tai vaikuttaa, taikka myöskään esineet (d.), joita ei voida rajata tai merkitä haltuunotetuiksi, eivätkä (e.) tyhjentymättömän käytön esineet eli sellaiset, joita voidaan nauttia ja käyttää ilman, että toiset tarvitsisi sulkea pois, kuten tähdet, vapaa ilma ja avoin meri. Ks. Zeiller s. 104 s.

⁵⁶ Zeiller s. 105.

sen, minkä Zeiller kirjoitti jo edellä. Yhtäläinen, muuttumaton ja luovuttamaton on nimenomaisesti vain alkuoikeus, sen ilmentymät jo eroavat. Lainattu tiivistys on vain käsitteellisen seurauksen eksplikoimista: näinhän se on.

Zeiller sanookin, että omistusoikeuden syntymisen myötä syntyy välittömästi oikeuksien epätasa-arvoisuus (Ungleichheit) määrättyihin ulkoisiin esineisiin. Välillisesti siinä syntyvät samalla riippuvaisuus- ja herruussuhteet (Abhängigkeit und Oberherrschaft). Zeiller siis esittää tämän ilman viittausta historian kulkuun. Se voidaan päätellä asian luonnosta ja omaksiottamisen edellytyksistä ihmisten itsensä tavanomaisen järjenkäytön nojalla. Joka jostakin syystä hallitsee vain vähän tai ei lainkaan omaisuutta (suppeammassa mielessä) näkee itsensä pakotettuna asettumaan yksityisen vallan alaiseksi hankkiakseen elannon. Pian leviää se yleinenkin käsitys, että turvallinen omistus on mahdollinen vain valtiossa ilmenevän ylimmän vallan suojassa. Sillä miten heikkoja ja huojuvia ovatkaan monet haltuunoton lajit? Miten epämääräisiä ovatkaan monet merkinnän välineet tai omaksiottamisen rajat? Mitä ristiriitoja sisältyykään omistuksen todistuskeinoin valtion ulkopuolella?⁵⁷

Zeiller viittaa siten esivaltioillisen tilan kaikkinaiseen epävarmuuteen ja turvattomuuteen ja siihen, että oikeus voidaan tarkasti määritellä ja turvata vain lainsäädännöllä sekä puolueettomalla tuomarillisella päätöksenteolla, joka sitten suojaa heikkoja vahvoja vastaan. Zeiller kyllä sanoo, että oikeus (siis omistusoikeus) on luonnonoikeuden periaatteiden mukaan voimassaoleva (gültig), mutta oikeutena se tulee toivotussa mitassa todella päteväksi (wirklich geltend) ja siis asiaankuuluvasti turvatuksi vasta valtiossa.⁵⁸

Tämän jälkeen Zeiller siirtyy tarkastelemaan vielä muutamia erityiskysymyksiä, mm. usein esitettyä ajatusta siitä, että maan antimet (Güter der Erde) olisivat alun pitäen yhteisiä ja olisivat sen pohjalta sopimuksen kautta tulleet sellaisen positiivisen yhteisyyden alaiseksi, joka asettaisi jo omistuksen ja kullekin osuuden (siihen). Zeillerin mukaan käsitys on virheellinen, minkä tueksi hän viittaa jo edellä esittämänsä korostukseen siitä, että jokaiselle ihmiselle synnynnäinen ja siis kaikille yhteinen, välittömästi alkuoikeudesta seuraava oikeus on vain oikeus siirtää herrattomat esineet yksityistarkoituksensa alaisuuteen. Juuri sen vuoksi sen harjoittamiseen ei tarvita muiden hyväksymistä. Jos joku sitä sitten todella käyttää, hän saa sillä toiset poissulkevan oikeuden esineeseen eikä ole siitä kenellekään vastuussa tai velallinen.⁵⁹

Viite vielä korostaa Zeillerin kantaa. Zeillerin mukaan usein on sekoitettu toisiinsa määräämätön esineitä koskeva oikeus ja määrättyyn kohteeseen perustettu oikeus sekä positiivisen yhteisomistuksen käsite. Jos kaikilla olisi oikeus jokaiseen yksittäiseen kohteeseen, olisi kaikille kuuluva oikeus esineen käyt-

⁵⁷ Zeiller s. 106 s.

⁵⁸ Zeiller s. 107.

⁵⁹ Zeiller s. 109.

töönkin ristiriitainen. Zeiller viittaa muihinkin ristiriitoihin. Hän vain vakuuttaa sitä, että alkuperäisen (positiivisen) yhteisomistuksen lähtöoletus johtaisi vaikeuksiin ylipäättään perustaa (yksityistä) omistusoikeutta. Zeiller ei kuitenkaan tässä pohdiskele sitä, että alkuperäisen communion ajatus on annettu kristillisissä lähteissä. Silloin kun näistä lähteistä lähdetään liikkeelle, pitää tietysti rakentaa joku sopimuksellisuus, kuten esim. *Grotius* ja *Pufendorf* tekevät. Tämä on tarpeen siksi, että päästäisiin communiosta yksityisten omistusten tilanteeseen, eikä tätä etenemistä näin tarvitse ymmärtää erityisen historiallisina väitteinä, vaan pikemminkin ajatusvälttämättömyyksinä.

Zeiller siirtyy arvioimaan muita esityksiä, ajatuksia, joissa edellisten pohjalta perustellaan omistuksen välttämättömyyttä elämän säilyttämisellä ja kuvailaan sen tuotteiden jalostamisena näkyvää hyödyllisyyttä sekä voimien ja kykyjen kehittämistä, jotka siis oikeuttaisivat haltuunoton. Tärkeää on se, että Zeillerin mukaan myös nämä periaatteet ovat vieraanlaisia. Yritteliäisyydelle ja yhteiskunnan hyvinvoinnille edulliset vaikutukset kuuluvat politiikkojen kielenkäyttöön ja alueelle. Kysymykset velvollisuudesta omaisuuden hankkimiseen, omistamisen halun rajojen asettamisesta ja muiden tarpeiden ohjaamisesta kuuluvat moralistien arvioitaviksi. Jos omistus koskisi vain itsesäilymis-oikeutta, se rajoittuisi (vain) välttämättömien tarpeiden tyydyttämiseen, jolloin hyvinvoivan pitäisi oikeudenkin mukaan luovuttaa ylimääränsä puutteenalaiselle.⁶⁰

Zeiller tarkoittaa, että tämäntyyppinen argumentaatio ei ole oikeudellista eikä siis kuulu oikeuden alueelle tai oikeusoppiin, kuten ei historiakaan.⁶¹

Edellä omistusoikeus on pitkälti oletettu erityiseksi asemaksi. Omistusoikeuden perustelemisen merkitys oikeuden perustaa ja rakennetta koskevana kysymyksenä liittyy toisaalta siihen, millaiseksi instituutioksi ja oikeusasemaksi omistus ymmärretään ja määritellään. Omistuksen perustelun ja määritelmän välillä voi siis olettaa yhteyden, mutta tämä ei välttämättä tarkoita sitä, että tietynlainen määritelmä seuraisi tietynlaisesta perustelusta. Yhteys saattaa olla käänteinen; tietynlaiseksi määritelty asema vaatii erityistä perustelua. Zeillerin kirjan toinen pääjakso ”omistusoikeuden oikeudellisia seurauksia” esittelee sen, millaisena Zeiller hahmottaa omistusoikeuden.

⁶⁰ Zeiller s. 110 s.

⁶¹ Zeiller täydentää tarkasteluaan kokoamalla ja arvioimalla vielä erikseen muutamia luonnon-oikeuden esityksiä. Hän päätty esittelemään ne perustaltaan sillä tavalla yhdensuuntaisina, että kysymys hänen mukaansa sittenkin on enemmän kielenkäytön kuin asian eroista. Tässä yhteydessä Zeillerin arviolla on mielenkiintoa siksi, että Zeiller lainaa varsin pitkälti Kantin ajatuksenkulkuja ja myös siksi, että hän sovittelee yhteen sekä edellä viitattuja että Hobbesin ja Kantin ajatuksia. Ks. näistä tarkemmin Zeiller s. 111 s. ja myös s. 113.

Zeiller määrittelee omistusoikeuden oikeudeksi määrätä ulkoisesta esineestä muut poissulkevasti mielensä mukaan,⁶² ja menettelemään siihen nähden kaikella sillä tavalla, joka ei loukkaa vieraan oikeutta.⁶³ Zeillerin mukaan se on siksi ajateltava oikeudeksi, jonka sisältämiä oikeutuksia ei voida luetella. Toisaalta silloin, kun pidetään vain silmällä välttämättömiä edellytyksiä oikeuden täydeksi nauttimiseksi, voidaan siinä erottaa kolme peruselementtiä: a. hallinta-oikeus, b. nautintaoikeus ja c. proprietäsoikeus. Jos omistusoikeutta noiden peruselementtien muodostumana tarkastellaan suhteessa muihin subjekteihin, se on siis oikeastaan vain kieltävä, nimittäin suuntautunut siihen, että omistajaa ei saa noissa suhteissa estää, mitä hän on oikeutettu vaatimaan jokaiselta. Siksi omistusoikeus luetaan objektiivisiin esineellisiin esineoikeuksiin.⁶⁴

Viitteessä Zeiller muistuttaa siitä, että jos ihminen olisi yksin maapallolla, ei olisi ollenkaan tilaa omistuksen käsitteelle. Näin olisi yksinkertaisesti siksi, että Oma (das Seinige) ymmärretään toisten poissulkemisena. Omistumääritelmänsä jälkeen Zeiller esittelee tarkemmin oikeuden ulottuvuuksia, siis hallinta-, nautinta- ja proprietäsoi-⁶⁵ Zeillerin luonnehdinnat nostavat joko osalta esiin omistajalle kuuluvan määräämisvallan.⁶⁶ Erityinen, absoluuttiseksi ja eksklusiiviseksi määritelty oikeusasema vaatii epäilemättä myös erityistä perustelua.

⁶² Zeiller keskustele viitteessä siitä, että yksittäiset omistuksesta eroavat oikeus-nimitykset kuvaavat tarkkaan ottaen oikeastaan vain eri kohteita, joita jokaisessa oikeudessa oleva omistus koskee, kuten hallintanautinta tai panttioikeus. Jokainen tällainen oikeus voi käyttää kohdettaan mielensä mukaan ja poissulkevasti ja jokainen oikeus on tässä mielessä omistusoikeus. Positiivisessa oikeudessa käytetään sanaa omistusoikeus tavallisesti vain aineellisten esineiden kohdalla.

⁶³ Omistus) "ist das Recht über eine äussere Sache von was immer für einer Art ausschliessend nach Belieben zu verfügen, mithin das sittliche Vermögen, alle möglichen Handlungen in und mit derselben vorzunehmen, in so fern dadurch fremde Rechte nicht verletzt werden".

⁶⁴ Zeiller s. 115

⁶⁵ On syytä muistaa, että tästä erittelyn mahdollisuudesta huolimatta Zeillerin lähtökohtana on pidettävä edellä mainittua "luettelemattomuutta" tai oikeuden täyteyttä. Zeillerin ratkaisua voi toisaalta tulkita myös eräänlaisena keskiaikaisen tradition ja modernin, pandektistien markkinoinman omistussopin "puolitienä". Tarkkaan ottaen Zeiller ei oikeastaan kirjoita, että omistusoikeutuksia ei ollenkaan voitaisi luetella, vaan että niitä on luettelematon määrä. Zeillerin ilmaisu mukaan omistusoikeus on "als ein Inbegriff unzähliger Rechte zu betrachten". Täsmennys on huomionarvoinen mm. siksi, että Zeiller esittelee jäljempänä myös omistuksen jakamisen mahdollisena. Tällöin taas omistuksessa tradition mukaisesti edelleenkin erotetaan oikeutuksia ja pidetään mahdollisena jakaa niitä eri tahoille, mitä pandektistien tyypillisesti edustama omistuksen täyteyskorostus taas pitää mahdottomana ja nimenomaisesti käsitteellisillä perusteilla.

⁶⁶ Toisaalta kysymys on käsitteellisestä kokonaisuudesta, jonka ulottuvuuksia pyritään erottelemaan. Ks. tarkemmin Zeiller s. 116–119.

1.4 ESIMERKKITEKSTIEN ANTI

Bergelundin ja Zeillerin teksteissä on monia kohtia ja huomioita, jotka herättävät kysymyksiä, mutta viittaavat samalla myös siihen, että omistuserustelua koskevan keskustelun erityisetkin piirteet saavat selityksensä osana oikeusfilosofisen ja oikeustieteellisen keskustelun aihepiiriin liittyvää traditiota. Olen edellä jo korostanut joitakin teemoja. Tarkoitukseni ei ole esittää kompaktilukintaa kaikkii keskeisiin kysymyksiin, joihin teksteissä viitataan tai joita tekstit herättävät. Keskityn muutamaa merkittävään kysymykseen, joita lähdän seuraavassa valaisemaan, täydentämään ja selvittämään. Ensin lavennan edellä jo esittämäni ajatusta siitä, että filosofian ja oikeustieteen/lainopin näkökulma ja kiinnostus omistuserustelua koskevaan kysymykseen on erilainen. Tämä on ilmeistäkin, mutta sitä ei useinkaan oteta tarpeeksi huomioon. Tarkoitukseni ei ole esittää, että jompikumpi näkökulma olisi oikeampi. Tieteenaloilla on erilaiset lähtökohdat ja tavoitteet, jotka näyttäytyvät myös omistuserustelun erilaisessa käsittelyssä.

Zeillerin teksti kuljettaa osin samoja teemoja ja esittelee samantapaisia ratkaisuja kuin Bergelund huolimatta siitä, että Bergelundin taustalla on Hegel ja Zeiller puolestaan liittyy enemmän Kantin ajatteluun. Tämä filosofinen taustatero, joka usein tulkitaan vastakkaisuudeksi, näyttää siis omistuserustelun kohdalla luultua moni-ilmeisemmältä. Konkreettisimmillaan tekstejä yhdistää valtauksen hyväksyminen omistuksen perustelun osaksi. Näin Bergelundin ja Zeillerin kirjoituksista erisuuntaisine filosofisine liittymineen saadaan nähdäkseni kaksi erilaista perustaa myös juristien esittämän valtauserustelun taustaksi; kaksi mahdollista taustaa, joita voidaan täydentää. Tämä on minusta sinällään mielenkiintoista ja lyhyen erillisen pohdinnan aiheeksi kelpaava huomio. Tähän palaan oppihistoriallisen katsauksen jälkeen.

2 Oikeusfilosofinen keskustelu omistusoikeuden perustelusta

2.1 PROUDHONIN RADIKALISMI JA OMISTUSTA KOSKEVAN KESKUSTELUN YLEISEMMÄT PIIRTEET

Omistus on keskeinen oikeudellinen käsite ja samalla ilmiökenttä, jonka yhteiskunnallinen merkitys ei rajoitu oikeuden alueelle.¹ Oikeudellinen keskustelu myös omistuksesta määrittyy oikeustieteelle kulloinkin asetettujen tehtävien kautta. Muilla lohkoilla, kuten filosofiassa käytävä keskustelu kysymyksenasetteluineen ja tarkastelutapoineen saattaa olla oikeuskirjallisuudelle etäistä, vaikka kysymys olisi oikeudellisista peruskäsitteistä ja vaikka filosofian usein ajatellaankin tarkastelevan kysymyksiä yleispätevällä tasolla. Kun filosofian ja oikeustieteen keskustelut omistuksen kaltaisesta peruskäsitteestä toisaalta välttämättä sivuavat toisiaan, on pyrittäessä ymmärtämään yhteiskuntaa ja oikeutta laajasti tarpeen kiinnittää huomiota keskustelujen erilaisiin piirteisiin ja taustoihin.² Oikeustieteelle tästä voi paljastua keskustelun unohdettu laajuus ja filosofialle ehkä historian asettamat rajat.

Havainnollistan filosofian näkökulmaa omistukseen esittelemällä lyhyesti ranskalaisen *Pierre-Joseph Proudhonin* kirjoitusta. Proudhonin kirjoittelua pidetään yhtenä omistusinstituution perustoja koskevan keskustelun herättäjänä 1800-luvulla.³ Proudhonin tunnettuun lausumaan ”omistusoikeus on varkautta” viitataan nykyisessäkin keskustelussa silloin, kun tarkoituksena on poimia tyypiesimerkki radikaalista omistusfilosofiasta. Itse otan Proudhonin esiin ensisijaisesti siksi, että teksti vie suoraan niihin teemoihin, joissa oikeusfilosofinen omistuskeskustelu 1800-luvulla liikkui.⁴

¹ Ks. myös esim. Häberle 1984 s. 63 ss. ja erit. s. 101 s.

² Vrt. myös Harris 1996 s. vii s.

³ Esim. Bürge s. 38 ss.

⁴ Edellä olen jo viitannut siihen, että 1800-luku näyttää omistuskeskustelun ja erityisesti omistusoikeuden perustelun kannalta kiinnostavalta käänteeltä, mikä liittyy tietysti myös siihen, että modernin oikeuden systeemisistä ja käsitteelliset piirteet tunnetusti rakennettiin tuolloin. Aikarajaus ei ole tarkka, mutta tarkoitukseni on ymmärtää niitä oikeudellisen käsitteistön omistusrakenteita, jotka ovat perustana nykyisessäkin ajattelussa.

Proudhonin kirja on tyyllillisesti sekoitus retoriikkaa, lukeneisuutta, maattisia kalkyyleita, anekdootteja, analyysia ja sosiaalista kritiikkiä.⁵ Teksti myös niputtaa yhteen tietyt valitut peruskäsitteet, jotka taas nykyisessä omistusfilosofisessa kirjallisuudessa erotetaan toisistaan.⁶ Itse peruskysymys on kuitenkin ytimeltään sama: onko omistusoikeus oikeutettu? Proudhonin mukaan se ei sitä voi olla. Proudhonin kanta liittyy viime kädessä siihen, että hän määrittelee omistusoikeuden niin, että se ei muuhun lähtökohdaksi otettuun nähden voi olla oikeutettu. Niinpä silloin, kun nykyisissä omistusperusteluissa toisinaan päädytään pitämään omistusoikeutta oikeutettuna, se johtuu suurelta osin myös siitä, että omistusoikeus määritellään toisin. Tämäkin on tärkeä näkökohta, joka mielestäni havaitaan jo tarkastelemalla Proudhonin tekstiä. Enemmän tästä tulee puhe seuraavassa luvussa.

Proudhon kertoo tarkastelevansa omistukselle esitettyjä perusteita ja harkitsevansa, ovatko ne vakuuttavia. ”Kaiken takana on kuitenkin oikeudenmukaisuus, ja argumentaatio johtaa aina tasa-arvoisuuskysymykseen ja se taas on omistuksen negaatio.”⁷ Proudhon ottaa omistusperusteluista esille ensimmäisen valtauksen perusteen, lakiperusteen ja työn. Sisällöllisesti suuri osa kirjasta keskittyy esitelyjen perustelujen torjumiseen. Proudhonin näkökulmasta omistuksen olemassaolo on aiheuttanut vain kurjuutta.

Varsinaisissa käsittelylyvyissa lähdetään liikkeelle roomalaisen oikeuden omistumääritelmästä ja siirrytään Ranskan Ihmisoikeuksien julistukseen ja Code Civileen. Proudhonin mukaan kaikkien omistumääritelmien sisältönä on omistajan absoluuttinen oikeus esineisiin. Lain rajoitustenkin tarkoituksena on suojata omistajaa muiden puuttumiselta, ei rajoittaa omistusta.⁸

Proudhon etenee esittelemään omistuksen yhteydessä tyypillisesti käytettyjä käsitteellisiä distinktioita. Toisaalta hän julistaa samalla esittävänsä kaikkien ”petitoirien” vaateen yhteiskunnalle, ”ei pääsemisestä proprietaariuksiksi, vaan koko asian poistamisen”. Proudhon ei siis vaadi omistusta jaettavaksi toisin tai kaikille, vaan sen korvaamista muunlaisella järjestelmällä. Proudhonin mukaan Ranskan Ihmisoikeuksien julistus asetti omistuksen ihmisen luonnolliseksi ja luovuttamattomaksi oikeudeksi, mutta tässä ei seurattu mitään sääntöä. Julis-

⁵ Pierre-Joseph Proudhonin teksti ilmestyi alunpitäen Pariisissa v. 1840. Vrt. myös Baechler 1980 s. 269–288.

⁶ Johdanto (Proudhon s. xi–xxxiii) paikantaa kirjoituksen toisen tasavallan (1830 jälkeiseen) tilanteeseen, jossa porvarissääty oli julistanut olevansa ”kaikki” eli kysymys oli jonkinlaisesta porvariston vallantäyteyden tunteesta ”vapauden ja oikeudenmukaisuuden periaatteiden vihdoin päästessä hallitsemaan”. Ennen kuin vuosikymmen oli lopussa, todellisuus näytti pikemminkin varakkaiden tyrannialta, joka ei juuri eronnut vallankumousta edeltäneestä. Vapauden rakkauden tilalle oli tullut ”omaisuuden uskontokultti”, kansa jakaantui jyrkästi omistajiin ja proletariaattiin. Radikaali oppositio porvarillista monarkiaa vastaan sai useita muotoja, mm. sosialismikouluja ja kommunistisia kirjoituksia. Kukaan ei kuitenkaan mennyt niin pitkälle kuin Proudhon.

⁷ Proudhon s. 32 s.

⁸ Proudhon s. 35 s.

tuskeskusteluissa puhuttiin turvallisuuden, vapauden, omistuksen ja tasa-arvoisuuden periaatteista, mutta tosiasiassa omistus ei kuulu samaan luokkaan. Proudhonin mukaan muiden periaatteiden alkuperää ei ole tarvetta kysellä samalla tavalla kuin omistuksen. Omistuksen alkuperästä ei myöskään löydetä yksimielisyyttä. Tässä yhteydessä Proudhon katsoo, että mahdollisina perusteina on joka tapauksessa esitetty kaksi ja ne ovat juuri valtaus (occupatio) ja työ.

Tarkastelen seuraavassa Proudhonin esitystä näiden omistuserustelujen osalta. Kysymys on perusteluista, joilla on tärkeä merkitys myös vähemmän poleemisessa kirjoittelussa.

Proudhon tiivistää valtauksen tuottaman oikeuden olevan yksinkertaisesti tulos aktuaalisesta, tehokkaasta hallinnasta. Valtaus tarkoittaa vain sitä, että haltija presumoidaan omistajaksi kunnes toisin osoitetaan. Proudhon viittaa *Ciceron* tunnettuun esimerkkiin teatterista sekä *Grotiukseen*, jolta hän poimii alkuperäisen communion ajatuksen ja sitten siirtymisen yksityisomistukseen. Proudhon jatkaa tarkastelemalla siirtymään liittyvää kertomusta ja osoittamalla siitä erilaisia paradokseja. Hänen mukaansa tässä argumentaatioissa yhdistellään lisäksi kahta omistuksen ulottuvuutta kestävämmällä tavalla: sitä että omistuksella viitataan tiettyyn kohteeseen ja toisaalta määräämisvaltaan tuosta objektista. Proudhonin mukaan jo lähtökohta on väärä: ihminen ei ole edes ominaisuuksiensa omistaja; miten siis ihminen voisi hallita vieläpä kaikkea muuta? Proudhonin mielestä se, miten alkuperäisestä tasa-arvosta voitaisiin siirtyä nimenomaisesti toisenlaiseen tilaan, jää käsittämättömäksi.

Proudhon pitää omistuksen valtausteoriaa sen heikkouksista huolimatta parempana kuin (vain) lakiin perustavaa teoriaa tai työteoriaa, koska valtausteoriassa oletetaan yleisellä tasolla samanlaisuus ihmisten ominaisuuksissa, mahdollisuuksissa tai olosuhteissa. Vasta konkreettisemmalle tasolle siirryttäessä nähdään, etteivät samanlaisuusoletukset kestä. Tämä vastaamattomuus on teorian heikkous, eivät niinkään lähtöoletukset.⁹ Proudhonille ratkaisevaa perustelun kestävyudessa on tasa-arvoisuus. Jos ja kun omistus jo instituutiona merkitsee tästä lähtökohdasta irtaantumista, sille ei voi löytyä perustelua.

Siviililakiperustelun yhteydessä Proudhon keskustelee tosiasiassa etupäässä työstä ja liukuu myös uudestaan valtauserusteluun liittyviin ongelmiin. Tämä heittelehtiminen sinällään kuvastaa yleisempääkin vaikeutta pitää perusteita erillään.

Proudhon viittaa ensin siihen, että modernit juristit ovat todenneet valtauserustelun kestävämmyyden ja omaksuneet työperusteen. Tämä on kuitenkin Proudhonin käsityksen mukaan kehässä kiertämistä. Proudhonin mukaan laki on itsessäänkin ristiriitainen olettaessaan yhtäällä yhtä, toisaalla toista työn ja omistuksen suhteesta. Tosiasiassa työ vaatii sekin tasa-arvoa samalla tavalla

⁹ Proudhon s. 55.

kuin valtaus (omistussysteeminä).¹⁰ Proudhon väittää, että tarpeiden tasa-arvoisuus on osoitus oikeuksien tasa-arvoisuudesta (että niin pitäisi olla) ja oikeuksien tasa-arvoisuus taas edellyttää hallintaa, possessiota.¹¹ Proudhon päätyykin omistuskysymyksen kohdalla aina tasa-arvoon. Universaali konsensuskaan ei oikeuta omistusta, sillä jos tasa-arvo puuttuu tai katoaa, sopimus on pätemätön, siltä menee pohja; kaikesta haltuunotosta tulee usurpaatiota.

Lakiperusteen tarkasteluun sisältyy mm. preskription eli nautinnan/vanhentumisen merkityksen pohdiskelu. Proudhon esittelee ensin hieman juridista argumentaatiota, mutta siirtyy tämänkin argumentin kohdalla hakemaan yhteyttä tasa-arvoperusteeseen. Tähän tullaan käymällä läpi sitä, että juristien mukaan preskriptio on yleisen järjestyksen väline: se pysyttää alkuperäisen järjestyksen ja häivyttää epävarmuutta. Hallinnalle ja ajan kulumiselle – muustahan ei ole kysymys – annetaan omistuksen perustava merkitys. Mutta entä kun omistuksessa muutoinkin on kysymys vain jatkuvasta hallinnasta? Tätä kautta ei päästä yhtään pitemmälle. Kysymys siitä, miten ajan kuluminen sellaisenaan muuttaisi faktisen hallinnan omistukseksi, jää vastaamatta.¹²

Proudhon jatkaa otsikolla ”työ; työllä itsessään ei ole voimaa haltuunottaa luonnon esineitä”. Proudhonin esitys ei tässä etene aivan selkeästi. Hänen tarkoituksensa on kuitenkin osoittaa myös työperusteen yhteensopimattomuus omistuksen, oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon kanssa. Oikeudenmukaisuuden kannalta työ tuhoaisi omaisuuden.¹³

Proudhon todistelee ensiksi sitä, että työ voi tuottaa oikeuden vain tuotteen, ei tuottamisen välineisiin (siis esim. juuri maahan). Hän pitää ristiriitaisena sitä, että työ olisi tuottanut toisille oikeuden, mutta ei kuitenkaan anna sitä (enää) kaikille, koska jollakin katsotaan jo olevan oikeus työn kohteeseen (omistusoikeus). Esimerkkinä on tilanne, jossa maatyöläinen parantaa työllään maan arvoa, mutta hän ei saakaan sellaista oikeutta kuin ensin väitettiin siksi, että joku jo omistaa maan. Ja omistuksen vaatimus ei ole sama asia kuin että hänelle osoitetaan vain oikeus korvaukseen (palkka).

Proudhon käy siis tässä keskustelua ennen kaikkea työperusteeseen nojaviin kirjoittajien kanssa, jotka tosiasialla liittyvät siihen valtaus- ja preskriptio-perustetta niin, että työperuste ei enää merkitsekään sitä, mitä ensin on sanottu. Proudhon taas väittää ainakin aluksi, että työntekijällä pitäisi olla oikeus osuu-

¹⁰ Proudhon esittelee tässä jonkin verran Code Civilen yhteydessä esiintullutta keskustelua. Proudhon s. 70 ss.

¹¹ Appropriaatiota tarkastellessaan Proudhon todistelee eri tavoin sitä, että maata ei voi haltuunottaa: faktisesti tosin voi, mutta se ei tee sitä oikeutetuksi. Perustetta Proudhon ei löydä, vaikka hän käy läpi erilaista esitettyä argumentaatiota. Ks. Proudhon s. 72 s.

¹² Proudhon s. 74. Muitakin ristiriitaisuuksia on. Samaan aikaan kun pidetään kiinni preskriptiosta, aletaan katsoa että omistamiseen riittää intentio, tahto (ei siis tarvita jatkuvaa tosiasiallista hallintaa). Näin tullaan siihen, että omistajalle pitäisi riittää tahtominen (omistuksen säilyttämiseksi), mutta toisaalta toinen voisi sen preskription kautta saada.

¹³ Ks. Proudhon s. 81.

teensa (kaikkeen, ei vain palkkaan) siitä, minkä tuottamiseen on osallistunut. Tämä väite on kuitenkin Proudhonin argumentaatioissa lähinnä asiasta esitetyn ristiriitaisuuksien osoitteluista. Hän itse korostaa vahvasti sitä, että työ ylipäättään on sosiaalista ja kollektiivista. Hän etenee toteamaan, että kun kaikki pääoma on sosiaalista, kellen ei pitäisi olla poissulkevaa omistusoikeutta siihen. Tämän kaiken hyväksyminen merkitsisi kuitenkin Proudhonin mukaan koko talousjärjestelmän perusteiden, instituutioiden ja lakien radikaalia muutamista.¹⁴

Jakson lopussa palataan ajatukseen siitä, että ”oikeudenmukaisuuden nimissä työ tuhoaa omaisuuden”. Proudhon väittää, että tämä seuraa loogisena johtopäätöksenä edellisistä tarkasteluista. Proudhonin mukaan yksilö ei nykyisenkaltaisessa työnjaolisessa yhteiskunnassa pysty tyydyttämään kuin pienen osan tarpeistaan itse. Kaikki on jollain tapaa kollektiivisen tekemisen tulosta. Tästä seuraa se, että kaikki työn tulos on yhteistulosta, common, eikä työ siten voi tuottaa omistusoikeutta (sitä yksinoikeutta, josta edellä on keskusteltu).¹⁵ Jos siis työ ymmärretään oikein ja oikeudenmukaisesti, se osoittautuu Proudhonin näkökulmaan sitoutuvalle yhteensopimattomaksi omistuksen kanssa nimenomaan oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon perusteella.

Näin tullaan neljänteen lukuun, siihen että omistus on mahdoton. Koko luku koostuu kymmenestä väitteestä (propositiosta) muotoa ”omistus on mahdoton siksi, että...”. Esimerkiksi (ensimmäinen väite) ”omistus on mahdoton siksi että se edellyttää jotain syntyvän ei-mistään”. Väitteen käsittelyssä liikutaan taas keskustelussa joka koskee faktisen ja oikeudellisen suhdetta; siis sitä, miten jostain faktisesta johtuisi jotain velvoittavaa, ja sitä, että esim. jonkin esineen arvon lisääminen työllä ei millään välttämättömyydellä merkitse sitä, että tekijän pitäisi saada siihen lisää(kään) yksinoikeus – kun se on tosiasiaa tulosta monitahoisesta yhteistyöstä. Viimeinen propositio päättyy väittämään, että ”omistus on mahdoton siksi, että se on tasa-arvoisuuden negatio”.¹⁶ Näin palataan alkupisteeseen.

¹⁴ Proudhon jatkaakin keskustelua työn luonteesta ottaen esiin Raamatun ja varhaissozialistien kirjoituksia ja todistelee erityisesti sitä, miten työ on yhdessä aikaansaanut, mikä puhuu saman palkan puolesta. Proudhon pohtii pitkään mahdottomuutta mitata kyvykkyyttä, taitoja ja työtä oikean arvoisina (rahalla). Ks. Proudhon s. 93 s.

¹⁵ Proudhon itse asiassa kiistää lopuksi senkin, että työ voisi tuottaa omistusoikeuden palkkaan. Proudhon kirjoittaa, että työntekijällä ei ole se määrättävissään, vaan tosiasiaa se on tarkoitettu varmistamaan jotain tulevaa (sitä että työntekijä jaksaa työskennellä myös jatkossa). Yksinkertaisesti ”me kulutamme ennen kuin tuotamme”, siis kulutamme voidaksemme tuottaa. Näin yhteisön jäsen on tosiasiaa joka hetki velkaa yhteisölle. Ks. Proudhon s. 114. Tästä yhteydestä havaitaan, että omistusoikeus Proudhonille tarkoittaa johdonmukaisesti tässäkin yksinomaista määräysvaltaa. Kun palkka on tosiasiaa sidottu uusintamiseen, se ei merkitse haltijansa määräämisvaltaa siihen (omistajana).

¹⁶ Proudhon s. 168.

Proudhonin lopputulemat ovat radikaaleja, mutta teksti sinällään osoittaa omistuskeskustelussa yleisemminkin toistuvien elementtien kirjoa ja argumentaation suuntia. Teksti osoittaa myös sen, miten hankalaa on poimia tällaisen keskusteluaineksen joukosta niitä elementtejä, joilla olisi välitöntä merkitystä oikeudellisessa keskustelussa. Proudhon tarkastelee omistusoikeutta tasa-arvon ja oikeudenmukaisuuden kysymyksenä, ja vaikka hän perustelee vahvasti niiden yhteensopimattomuutta, oikeusfilosofinen keskustelu joka tapauksessa sijoittaa omistuskysymyksen tällaiseen yhteyteen.¹⁷ Miten Proudhon voi päätyä niin erilaiseen lopputulemaan vapauden, tasa-arvon ja omistuksen suhteista kuin esim. *Zeiller* edellä? Ratkaisematta jää myös se, mitä Proudhonin väitteet yleisemmin merkitsisivät lainoppiin nähden. Kun lähtökohtina olevat tasa-arvo ja oikeudenmukaisuus Proudhonin esittämällä tavalla sisältävät sen, että jokaisella on osuutensa yhteisesti aikaansaatuun ja tuotettuun, omistusoikeus yksinoikeudeksi ymmärrettynä todellakin on aina varkautta, koska se on yksinoikeuden anastamista siihen, johon kellekään ei voi sitä olla. Juristinäkökulmasta varkaus taas on olemassa ja mahdollinen vasta siksi, että jokin (esine) on jonkun yksinomaisen oikeuden alainen. Eivätkö siis filosofien ja oikeustieteilijöiden keskustelut mene toistensa ohi eikä varsinaista keskustelua oikeastaan synny?

Aivan näin vastakkaisena tilannetta ei tarvitse nähdä. Varsinkin oppihistoriassa tietyn aikakauden filosofien nimiä ja uusia ajatusrakennelmia esitellään usein ikään kuin ne jokseenkin suoraan kuvastaisivat ajatustapojen yleistä muutosta. Näin ei tosiasiaassa ole edes filosofian omassa piirissä ja silloin, kun puhutaan ajatusten vaikutuksesta jonkin muun tieteen alueella, ollaan tekemisissä varsin monitasoisten ja kerrostuneiden yhteyksien ja liityntöjen kanssa. Proudhon ei ollut ainoa filosofi, joka otti kantaa omistuskysymykseen ja samankin filosofin ajatuksia voidaan tulkita hyvin monella tavalla.

2.2 OMISTUSPERUSTELUJEN RYHMITTELYJÄ

2.2.1 Erilaisia mahdollisia omistusperusteluja

Proudhon tarkasteli ennen kaikkea valtausta ja työtä, mutta viittasi jonkin verran myös sopimukselliseen elementtiin sekä lakimääräyksen merkitykseen omistusoikeuden perustelemisessa. Nämä ovatkin eräitä keskeisiä perusteita, joita myös nykyisissä omistusfilosofisissa kirjoituksissa arvioidaan.¹⁸ Omistus-

¹⁷ Ks. myös esim. Minogue 1980 s. 3 ss.

¹⁸ Vrt. myös Kersting 1991 s. 109–113. Kerstingin mukaan yksityisomistuksen oikeuttamista koskevat filosofiset teoriat pyrkivät vastaamaan neljään keskeiskysymykseen: niitä ovat suhde kommunismiin, omistusoikeuden luonne, alkuperäinen saanto ja jakamisen oikeudenmukaisuus.

filosofista keskustelua käydään erityisesti angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa. Tarkastelen seuraavassa muutamia esityksiä ja niiden aineksia.¹⁹ Jakso on pitkäkö, mutta oman käsitykseni mukaan oikeusfilosofisen omistuskustelun teemoja ei ole riittävästi esitelty suomalaisessa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa. Hahmottelen samalla sitä, millä tavalla omistuserustelua koskevia teorioita olisi tarkoituksenmukaista ryhmitellä, jotta nähtäisiin keskustelun liittymät kysymyksen oikeudelliseen tarkasteluun. Kiinnostavaksi väittämäni kysymystä oikeusfilosofisen ja oikeudellisen näkökulman erosta ei voida tarkentaa ennen kuin on koottu joitakin piirteitä siitä, mikä on filosofian näkökulma omistuskysymyksiin.

Esille otettavissa omistusta pohtivissa teoksissa on kysymys yhtäältä esitettyjen perustelujen kantavuuden punninnasta ikään kuin osana nyky keskustelua, mutta samalla myös filosofian oppihistorian tulkinnoista.²⁰ Näiden kahden näkökulman lomittuminen on oikeustieteen näkökulmasta tärkeätä havaita siksi, että oikeustieteessä puolestaan viitataan osittain samaan ainekseen ja lopputulemiin, mutta oikeustieteen tehtävänasettelu lainoppina asettaa mielestäni teeman kehittyessä toisenlaisia rajoituksia kuin filosofinen kysymyksenasettelu.²¹ Tämä tulee ilmeiseksi tarkasteltaessa filosofien pohdintoja ja johtopäätöksiä.

Lawrence C. Becker erottaa filosofisessa kirjallisuudessa esitettynä, omistusta perustelevina argumentteina valtauksen, työn, hyödyn, vapauden ja moraalisen kelpoisuuden.²² *Alan Carter* erottelee yhdeksän perustetta: työ, ansio, vapaus, hyöty, tehokkuus, valtaus, personaliteetti, moraalinen kehitys ja ihmisluonto.²³ *James O. Grunebaum* ryhmittelee omistuserustelut kolmeen päätyyppiin: täydellistymis- ja hyveperuste, valtaus- ja haltuunotto peruste sekä sopimusperuste.²⁴ *Stephen R. Munzer* puhuu kolmesta pääperiaatteesta, joita omistuskysymyksessä punnitaan: hyödyllisyyden ja tehokkuuden yhdistelmä, oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon yhdistelmä sekä työhön perustuva ansioperiaate.²⁵ *Andrew Reeve* tarkastelee omistuksen suhdetta vapauteen ja valtaan, työhön sekä aikaelementtiin.²⁶ *J.W. Harris* ryhmittelee omistusta oikeuttavat perusteet neljään: ihmisen interaktioon liittyvät perustelut, autonomisen valinnan perustelut, instrumentaalisin etuihin nojaavat perustelut sekä resurssien

¹⁹ Valikoima ei pyri(kään) kattavuuteen. Pidän sitä kuitenkin edustavana eri näkökulmien esiintulemisen kannalta. Mukaan otetut teokset muodostavat kirjaimellisestikin (keskinäisine viitauksineen) keskusteluyhteyden parin viime vuosikymmenen angloamerikkalaisessa omistuserustelufilosofiassa. Vrt. myös artikkelikokoelmaa *Property: NOMOS XXII/1980* (Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy).

²⁰ Ks. myös Kusch 1989 s. 277 ss.

²¹ Ks. myös Heuchert 1989 erit. s. 132 ss.

²² Becker, *Property Rights*. Philosophic Foundations (1977).

²³ Carter, *The Philosophical Foundations of Property Rights* (1989).

²⁴ Grunebaum, *Private Ownership* (1987).

²⁵ Munzer, *A Theory of Property* (1990).

²⁶ Reeve, *Property* (1986).

tasa-arvoisuuden ja sosiaalisen konvention merkitykseen palautuvat perustelut.²⁷

Kaikki edellä mainitut kirjoittajat tarkastelevat ja arvioivat omistusperusteluja varhaisempien kirjoittajien kautta. Jotkut aloittavat antiikin filosofiasta (*Platon, Aristoteles*). Tyypillisempää on nähdä keskeisinä (vasta) luonnonoikeudelliset kirjoitukset, jossa erityinen asemansa on yhteiskuntasopimusteoreetikkoilla (*Grotius, Locke, Rousseau* ym.). Nämä ymmärretään modernin yhteiskuntateorian perustan muotoilijoina. Kun keskustelu on vahvasti angloamerikkalaista, sellaiset nimet kuin *Locke, Hume, Bentham* ja *Mill* ovat hyvin esillä, mutta myös *Kant* ja *Hegel* otetaan mukaan tultaessa 1800-luvulla vaikuttaneisiin käsityksiin. Kriittiköinä esitellään tyypillisesti *Marx*. Viimeisen vuosisadan osalta tarkasteltava henkilökoukko on heterogeenisempi (*Nozick, Rawls*) ja sekin angloamerikkalaispainotteinen. Lienee niin, että kysymys omistusoikeuden perustelusta nousee luontevammin angloamerikkalaisesta poliittisen teorian ja käytännön keskustelusta kuin mannereurooppalaisesta, jonka tyypillisesti systeemiteoreettisempi yhteiskunnallisen järjestelmän tarkastelutapa ei jätä samalla tavalla tilaa tai tarvetta omistusoikeuksien erilliselle perustelukeskustelulle.²⁸

Omistusta koskevassa kirjoittelussa (sekä klassisessa että nykykeskustelussa) eri perusteet lomittuvat usein toisiinsa ja kombinoituvat tavalla, jossa yksittäisten argumenttien merkitys on joko hankalasti erotettavissa tai saa eri arvioitsijoiden tulkinnoissa hyvin erilaisia merkityksiä. Esimerkiksi valta on vähintäänkin hallinnan ja jatkuvuuden merkityksissä sisällä jokseenkin kaikissa yhdistelmissä, vaikka sitä ei nimenomaisesti mainittaisikaan. Lisäksi valta ja työ liukuvat usein käsitteellisesti toisiinsa.

Myös tulkinnat siitä, mitä omistusperustelua tietty klassikkokirjoittaja edustaa, menevät nykykirjoittajien hahmottelemisissa ryhmittelyissä ristikkäin. Tämä liittyy yhtäältä siihen, että klassikoita pyritään usein tulkitsemaan tietyn yhden perustelun kannattajina. Kysymys on myös siitä, että omistusperustelujen ryhmittelyt rakentavat taustaa sille, mitä (kukin) nykykirjoittaja pyrkii omana kontribuutionaan omistusperustelun esittämisen mahdollisuuteen tarjoamaan.

Tarkastelen seuraavassa hieman lähemmin edellä mainittujen kirjoittajien esityksiä. Kyseessä on otos, jota en väitä kattavaksi. Tarkoitus on lähinnä saada havainnolliseksi edellä jo viitattua tulkintojen kirjoa omistuksen yhteydessä kiinnostavina ja merkittävinä nähdystä kysymyksistä. Näin poiminat eivät tähtää tyhjentyvään erittelyyn viitattujen kirjoittajien sinänsä monella tapaa ansiokkaista esityksistä. Pyrin sen sijaan osoittamaan kultakin kirjoittajalta jonkin keskeisen keskustelussa asetetun kysymyksen tai näkökulman. Kysy-

²⁷ Harris, *Property and Justice* (1996) s. 168.

²⁸ Viitataan tässä yleisesti erityisesti Jürgen Habermasin käsitteistöön ja tapaan rakentaa keskeiset yhteiskunnan alueet instituutioineen, mitä voitaneen pitää esim. suomalaisen keskustelun eräänä keskeisenä viitekehysenä.

myksiin kehitellyt vastausehdotelmat eivät ole tässä yhteydessä huomion kohteena.

2.2.2 Näkökulmana omistuksen ja valtion suhde

Carterin esitys edustaa puhtaimmillaan lähestymistapaa, jossa on tarkoitus ensisijaisesti arvioida omistusta oikeuttavien filosofisten argumenttien pätevyyttä nykyisin. Carterin näkökulmana on omistuksen ja valtion suhde ja ajatus siitä, että nykyisessäkin keskustelussa valtion tarpeellisuutta perustellaan sillä, että valtio suojaa omistusoikeutta. Tällöin voidaan asettaa kysymys siitä, mitä valtion ajatellaan suojaavan ja kestäkö kulloinkin omistuksen perusteeksi esitetty argumentti loogisesti. Tästä näkökulmasta Carter erottaa edellä mainitut yhdeksän perustetta, jotka hänen mukaansa ovat tyypillisimpiä. Carter käy läpi eri perustelut tarkastellen niitä kutakin jonkin filosofin puolustamana perusteluna.²⁹

Lopputuloksenaan Carter arvioi kaikki perustelut kestäättömiksi. Ongelmana on hänen mukaansa se, että kaikki keskustelijat tarkastelevat omistusta individuaalisesta näkökulmasta, yksilön suhteena esineeseen. Carterin mukaan taas omistaminen tarkoittaa ytimeltään muiden poissulkemista omistusesineen käytöstä (eksklusiivisuus). Hän nojautuu tässä amerikkalaisen *J.W. Hohfeldin* tunnettuun erittelyyn omistuskäsitteestä ja päättyy siihen, että omistusoikeutta ei voi oikeastaan filosofisesti perustella. Ainoa ratkaisu on vapaaehtoinen, kollektiivinen sopimus eksklusiivisen käytön säännöistä. Carterin mukaan vapaaehtoisuus merkitsee sitä, että kysymys lakkaa olemasta moraalisesti problemattinen. Toisaalta omistusoikeuteen liittyy aina pakkoa eli valtaa toteuttaa vaade myös niihin nähden, jotka eivät kunnioita sopimusta. Pakko taas vaatii moraalisen perustelun.³⁰

Carter päätyy määrittelemään omistusoikeuden ”eksklusiiviseksi käytöksi ilman vaade-oikeutta”.³¹ Tässä ei ole tarpeen arvioida sitä, onko Carterin ehdotus ristiriitainen vai pelkästään vaatimaton (koskien jotakin väljempää oikeudellista asemaa kuin omistusoikeus). Carter nähdäkseni joka tapauksessa edustaa kantaa, jossa omistusoikeus halutaan määritellä uudestaan, koska sille ei

²⁹ Esittely ei noudata mitään varsinaista ajallista järjestystä. Ensimmäinen eli työperustelu esitellään ja arvioidaan tarkastelemalla John Locken kirjoittelua. Toisena tarkasteltava ansioperustelu esitellään John Stuart Millin alkuperäisenä ajatuksena, joka voidaan nähdä työperustelun kehittämisenä. Kolmantena luettelossa oleva poliittisen vapauden perustelu esitellään Robert Nozickiin liittyen ja sen jälkeen hyötyperustelu Jeremy Benthamin käsitysten kautta. Tehokkuutta saa edustaa ekonomisti Harold Demsetz, valtausta Immanuel Kant ja persoonallisuusperustelua G.F.W. Hegel. Moraalista kehitys-argumenttia esitellään T.H. Greenin ajatuksilla ja omistuksen ihmisluontoon nojaamista Humen käsityksillä. Ks. Carter s. 10.

³⁰ Ks. Carter s. 138 s.

³¹ Carter s. 140 s.

hänen arviossaan löydy perustelua siinä muodossa kuin omistuksesta on aikaisemmin oikeutena puhuttu. Carterin esitys on näin problemaattinen kahdestakin näkökulmasta. Ensiksi siinä, että vaikka Carterin tarkoitus on eritellä käytyä keskustelua omistusperusteluista, hän hylkää esitetyt perustelut viime kädessä siksi, että omistus hänen mielestään on jotakin muuta kuin mitä tarkasteltavat kirjoittajat pyrkivät perustelemaan. Carterin esitys kertoo näin lähinnä siitä, miten omistuksen perustelemista nykyfilosofiassa lähestytään ja missä määrin kysymys on ollenkaan filosofian keinoin ratkaistavissa.

Carter erittelee eri perusteista käytyä keskustelua suhteellisen selkeästi, mutta osin yksipuolisesti. Ymmärtääkseni tämä johtuu siitä, että Carter pyrkimysistään huolimatta ei tarkastele esille ottamiensa kirjoittajien kokonaiskäsitystä, jossa omistusperustelun kohdalla punoutuu yhteen useampia elementtejä. Carter ottaa huomioon vain välittömästi sen perustelun kantavuuden ja puutteet, jonka edustajaksi hän on kirjoittajan niputtanut.

2.2.3 Tavoitteena perustelujen kompromissi

Becker erottaa omistuskeskustelun jatkumolta kaksi arkkityyppistä lähestymistapaa: libertaristisen, joka korostaa yksilön määräämisvaltaa, ja sosialistisen, joka pyrkii rajoittamaan tai poistamaan yksityisen omistusoikeuden. Beckerin tavoitteena on muotoilla kompromissi, ”principled consensus”, näiden välillä.³² Beckerin mukaan omistuskeskustelua käydään usein liian yleisellä filosofisella tasolla ja yksinkertaistettuun ihmiskuvaan nojautuen. Becker itse puhuu generaalin, spesifin ja partikulaarin oikeuttamisen tasoista.³³ Beckerin mukaan yksityinen omistusoikeus ei ole luonnollinen, mutta se on oikeutettavissa, ei kuitenkaan yhdellä, vaan vain useammalla perusteella. Toisaalta on olemassa merkittäviä rajoituksia omistuksen saamiseen, ja näiden merkitys kasvaa niukkuuden vallitessa.

Beckerin mukaan mielenkiintoisia omistuskeskustelussa ovat kysymykset siitä, kenen pitäisi voida omistaa, millaisia kohteita oikeus koskisi ja millaisin ehdoin eri olosuhteissa. Näihin tarkasteluihin päästäkseen Becker käy läpi esitettyjä argumentteja: pitävätkö ne ja jos eivät, millä ehdoilla ne ehkä pitäisivät. Beckerkin noteeraa niukkuuden eräänä keskeisenä edellytyksenä sille, että ylipäättään on tarve keskustella omistuksen oikeuttamisesta.³⁴ Myös Becker

³² Becker s. 1.

³³ Becker 1980 s. 187 s.

³⁴ Becker analysoi ensin yksityisomistuksen puolesta esitettyä argumentaatiota esittelemällä keskusteluita, joita on käyty edellä mainituista viidestä perusteesta. Omistusta vastaan esitetty argumentaatio esitellään tämän jälkeen omana ryhmänään (anti-property arguments). Tästä kokonaisuudesta Becker samalla kokoaa ainekset omaan, uuteen teoriaansa. Näin etenemisjärjestyksellä on merkitystä sen osoittimena, minkälaisina argumentteina Becker kunkin perusteen arvioi. Ks. Becker s. 1 ss.

nojaa klassikoiden perusteluja arvioidessaan pitkälti Hohfeldin erittelyihin omistusoikeudesta. Loppuarviona on usein se, että perustelu voi perustella jotakin oikeutta, mutta ei välttämättä omistusoikeuden kaltaista yksinomaista ja rajatonta oikeutta.

Valtausargumentin (ensimmäisen haltuunoton) osalta Becker tarkastelee viittä variaatiota, joista osa kuitenkin liittyy muihin perusteisiin. Varsinaisia valtausteoreetikoita edustavat Kant ja Hegel. Becker arvioi kummankin valtausperustelun vajavaiseksi. Molemmat perustelevat omalla tavallaan haltuunottoa, mutta perustelut eivät kannaa oikeuttamaan haltuunoton pysyvyyttä.³⁵ Beckerin mukaan valtaus ei tarjoa yleistä (general) justifikaatiota; se ei selitä, miksi omistusoikeuksia ylipäättään on. Lisäksi se usein tosiasiasia liittyy työn ja vaivan perusteeseen. Valtaus tarjoaa kuitenkin partikulaarin kriteerin silloin, kun lähtökohdaksi on jo hyväksytty yksityinen omistusoikeus. Valtaus edustaa-kin Beckerin mukaan ns. why not -argumenttia. Jos joku on nähnyt haltuunottamisen vaivan eikä ole olemassa mitään muuta perustetta, joka puoltaisi vastakkaisista ratkaisua, miksipä ei suotaisi haltuunottajalle omistusoikeutta.³⁶

Valtausargumentilla perustellaan vain vapaus ottaa esine haltuun tietyissä olosuhteissa. Se osoittaa valtaajan jonkin palkinnon arvoiseksi muiden edellä, tietyissä tilanteissa. Näin se voisi osoittaa esim. viljelijän oikeutta viljelemäänsä, mutta tämä ei sinällään sisällä sitä, että kaikkien muiden käyttö pitäisi sulkea pois, jos se ei viljelyä haittaisi. Olennaista on näin se, että valtausargumentin käyttöala näyttää Beckerin mukaan jäävän suppeaksi. Tästä syystä siirrytään arvioimaan muiden perusteluiden kantavuutta.

Becker tiivistää työperusteen ytimeksi sen, että ihmiset ovat oikeutettuja pitämään omanaan sen, minkä (eri tavoin) tuottavat. Pohjana on ajatus siitä, että ihminen omistaa itsensä ja työnsä. Argumentti on vielä Grotiuksella ja Pufendorfilla hyvin marginaalisessa asemassa. Beckerkin tarkastelee sitä ennen kaikkea Locken esiin nostamana perusteena. Locke antaa työlle vaivannäön merkityksen (liitettyä johonkin alun pitäen varsin arvottomaan), jonka ei olisi oikeudenmukaista tulla jonkun muun kuin ahertaneen hyödyksi. Beckerin mukaan argumentti pyrkii pikemminkin torjumaan vastaväitteet kuin suoraan perustelemaan omistuksen oikeutuksen. Sitä paitsi vaivannäkö perustelee oikeuden lähinnä vain siihen lisäarvoon, joka työllä on tuotettu, ei itse esineeseen (johon se on liitetty). Näin erityisesti maan omistamisen perusteleminen tällä tavoin ei vakuuta. Työ ei tuota maata.³⁷

³⁵ Becker s. 24 ss.

³⁶ Becker s. 30.

³⁷ Becker erittelee varsin perusteellisesti työargumentin erilaisia ulottuvuuksia ja lisäkehittelyjä sekä Lockea vastaan esitettyä kritiikkiä. Työargumentin ydin sellaisenaan antaa kaksi mahdollisuutta: oikeus johdetaan jostakin aikaisemmasta (oikeus itseen) tai argumentti perustelee oikeudenmukaisen korvauksen työnteon (ylimääräisestä) vaivasta. Ks. Becker s. 32 ss.

Maan kohdalla työperustelussa on ongelmallista myös se, että kerran hallintaa vaille jääneillä ei sitten olekaan mahdollisuutta saada palkkiota työstään (hallintana, koska maa on jo toisen). Peruskysymys jää jäljelle: miten itsen omistusoikeus muuntuu oman työn perusteella saatavaksi omistusoikeudeksi muuhun? Beckerin mukaan myös työperuste perustelee pikemminkin sitä, ettei kukaan muu ole ansainnut kohdetta paremmalla oikeudella. Näin ”oikeus oman työn hedelmiin” -perustelu riittää vain kilpailutilanteessa, ei niukkuuden tilassa. Tosiasiassa argumentti toimii oikeuksien rajoittamisen puolesta ainakin maan kaltaisen tuotannollisen omaisuuden kohdalla. Locken mukaan Jumala antoi maan työteliäille ja rationaalisille, joten tästä lähtökohdasta syntyy tavaltaan pohja sille, että muiden pitää hyväksyä tilanne. Entä jos ei lähdetä liikkeelle raamatullisesta perustasta? Becker kysyykin, miksi oikeastaan aktiivisen ja aggressiivisen pitäisi saada periä maa passiivisen ja heikon kustannuksella. Miksi palkintona olisi nimenomaan omistusoikeus, joka tarkoittaa samalla muiden oikeuden kaventumista?³⁸

Becker päätyy muotoilemaan työteoriaa Locken lähtöolettamuksista muokkaamalla työperusteen työ-ansainta-perusteeksi. Tarkoitus on näin kyetä erottelemaan tilanteita, joissa omistusoikeus on oikeasuhtainen ja tavoiteltu palkinto tehdystä työstä. Läheskään aina näin ei ole. Usein peruste samalla osoittaa omat rajoituksensa.³⁹

Kun omistusoikeutta perustellaan *hyötyargumentilla*, omistus nähdään keinoon johonkin päämäärään. Becker erottaa traditionaalisen ja taloudellisen hyötyperusteen. Edellisessä päämäärä on ihmisen onnellisuus laajassa merkityksessä. Jälkimmäisessä onnellisuus määritellään kapeammin talouden toiminnan näkökulmasta. Traditionaalisesti omistus perustellaan hyödyllisenä instituutiona ihmisten onnellisuudelle, jolloin lähtökohtana on jo ajatus siitä, että jokin onnellisuuden aste on perustava hyvä. Kritiikki taas lähtee siitä, että onnellisuutta on vaikea mitata. Jonkinlaisena vastauksena mittaamisen ongelmaan voidaan pitää siirtymistä yksinkertaistukseen eli taloudellisen arvon käsitteeseen. Näitä versioita esitellessään Becker pitää hyötyperustelun heikkouksena sitä, että se olettaa kaikkien toimivan aina sen mukaisesti, mikä on taloudellisesti tehokkainta. Näin taloudellinen argumentti ei lopultakaan perustele oikeuksia vaan päinvastoin määrää niitä. Omistusoikeus taas käsitteellisestikin merkitsee määräämisvaltaa, johon sisältyy se, että ihmisen ei tarvitse toimia ulkopuolelta tulevan motiivin mukaisesti.⁴⁰

³⁸ Becker s. 40 ss.

³⁹ Beckerin arvioissa työperusteen alkuperäinen käyttöalue rajoittuu kapealle henkilökohtaisen hallinnan alueelle. Modifioituna ansaintaperiaatteen avulla argumentti on kattavampi ja ulottuu Beckerin mukaan perustelemaan, miksi jonkun pitää saada omistusoikeus, ei vain torjumaan sitä, ettei näin voisi olla. Ks. Becker s. 53 ss.

⁴⁰ Ks. Becker s. 67 ss.

Poliittisen vapauden argumentti pyrkii osoittamaan, että ihmiset ovat oikeutettuja sellaiseen vapauksien järjestelmään, joka sisältäisi myös omistusoikeuden. Tällöin vapaus määrittyy niin, että ihmiset pyrkivät hankkimaan esineitä kontrollinsa alaiseksi ja että näiden pyrintöjen rajoittaminen merkitsisi vapauden rajoittamista. Ihminen on vapaa tekemään mitä haluaa, ja on väärin siihen puuttua. Tämän jälkeen voidaan kuitenkin kysyä, onko olemassa sellaisia tekoja, joita saa tehdä ja sellaisia, joita ei saa tehdä. Raja tulee Beckerin mukaan siitä, että kukaan ei saa aiheuttaa sellaista, joka rajoittaa toisen vastaavaa vapautta. Jäljelle kuitenkin jää kysymys niistä olosuhteista tai ehdoista, joissa kaikkien vastaavan vapauden harjoittaminen ei merkitse jo sen rajoittumista.⁴¹

Moraalisen kelpoisuuden perustelussa omistus katsotaan oikeutetuksi osoittaa vain sellaisille, jotka ovat siihen kelpoisia. Kelpoisuudella voidaan viitata hyvin erilaisiin asioihin. Kelpoisina voidaan pitää esim. vain niitä, jotka osavat käyttää omaisuutta joihinkin hyväksyttäviin tarkoituksiin, tai niitä, jotka ovat taitavia hoitamaan omaisuutta, tai niitä, jotka ovat hyveellisiä. Omana muotonaan tähän liittyy argumentaatio, jossa ihmisen moraalisen kehityksen (usein itsemääräämisen erilaisten muotojen) katsotaan edellyttävän omistajuutta tai omistajanhallintaa.⁴²

Becker esittelee erikseen myös eri omistuserusteita vastaan käytyä keskustelua. Painavin kritiikki kohdistetaan koko instituution olemassaoloon. Omistusoikeuksien järjestelmä tuottaa ja ylläpitää epäoikeudenmukaista yhteiskunnallis-aloudellista eriarvoisuutta. Merkittävä eriarvoisuus tässä suhteessa asettaa jotkut lähtökohdiltaan muita huonompaan asemaan ja jäykkä omistusoikeuksien järjestelmä (mm. perittävyyteen liitettynä) on omiaan sitä ylläpitämään. Tätä voidaan pitää huonona jokseenkin riippumatta siitä, millä kriteerillä omaisuuden jako aikoinaan oli tehty. Omistusoikeus siis ylläpitää pysyvää epätasa-arvoisuutta ja tuo näin esiin erityisesti tulevien sukupolvien näkökulman. Argumentin vakava huomioon ottaminen asettaa vastakkain kaksi oikeudenmukaisuuskäsitystä: saantoihin ja siirtämiseen perustuvan ja toisaalta jakamiseen perustuvan. Siirrettyä epätasa-arvoahan saaja ei ole ansainnut millään omilla toimillaan.⁴³

Verrattuna Carterin näkökulmaan Beckerin tarkastelu osoittaa, että omistuserustelussa on aina kysymys useammasta näkökohdasta. Becker pitää tarkastelemiaan valtaus-, työ-, hyöty- ja vapausargumentteja sinällään pätevinä, mutta rajallisina ja erisuuntaisina. Argumentit asettuvat usein konfliktiin keskenään. Becker rakentaakin oman teoriansa koordinoimaan eri argumentteja yhteen harkintarakenteeksi, jossa eri yhteyksissä eri ulottuvuuksia painotetaan eri tavoin ja annetaan tilaa myös anti-argumenteille. Becker sanoo, että mainitut

⁴¹ Becker etenee erittelemään vapautta formaalisissa ja materiaalisissa merkityksessä ja siirtyy tarkastelemaan poliittisen vapauden systeemirakennetta. Ks. Becker s. 75 ss.

⁴² Ks. Becker s. 81 ss.

⁴³ Ks. Becker s. 96 ss.

neljä argumenttia sekä vasta-argumentit rakentavat sellaisen perustan ja rajoituksia, jotka asettavat presumtion siitä, että kukin voi ottaa haltuun, mitä haluaa työ- ja vapausperusteen mukaisesti.⁴⁴ Tätä voidaan kuitenkin rajoittaa. Keskeisimmiksi omistuksen oikeuttaviksi perusteiksi jäävät työ ja vapaus; haltuunotto saa merkitystä lähinnä näihin oikeuttamisperusteisiin liittyvänä tai niitä edellyttävänä keinona.

2.2.4 Sopimuksellisen elementin merkitys

Grunebaumin ensimmäisenä tarkastelema *täydellistymisen ja hyveen peruste* kokoaa antiikin ja keskiajan keskustelua ja liittyy näin klassisen luonnonoikeuden ajatusmalliin.⁴⁵ Nykypäivän lähtökohtiin selvemmin liittyviä ajatuksia tarkastellaan kahtena ryhmänä, *valtaus- ja haltuunottoperusteena* sekä *sopimusperusteena*. Tiivistän ensiksi Grunebaumin tulkinnan valtausperusteluista. Myös Grunebaumin arviossa kaikki valtausperustelut jäävät vajaiksi. Näin ne osoittavat lähinnä tarvetta siirtyä sopimusperusteeseen.

Grunebaumin mukaan valtausperuste on historiallisesti kaikkein useimmin esitetty perustelu yksityiselle omistusoikeudelle, joko yksinään tai täydennettynä. Valtausperustelun ideaan kuuluu lähtökohta esineen omistajattomuudesta. Grunebaum kiteyttää valtauksen siten, että valtaaja toimii esineeseen nähden tavalla, jonka katsotaan konstituoivan vaateen siihen, minkä jälkeen kaikki oikeudet syntyvät valtaajalle.⁴⁶ Tästä jo havaitaan, että näin määritellyssä valtauksessa haltuunotto sisältää myös työperusteena esiteltyä toimintaa. Kiinnostavaa onkin se, että Grunebaumin esimerkit valtausperustelijoista ovat Locke, Kant, Rousseau ja Nozick, siis Locke ja Kant esimerkkinä samasta perustelusta.

Locke edustaa Grunebaumin arviossa valtausperustelua, jossa työn merkitys nousee uudella tavalla esiin, mutta Locke ei onnistu osoittamaan, etteikö myös käyttöomistus täyttäisi niitä edellytyksiä, jotka hän omistusoikeudelle asettaa. Grunebaumin tulkinnassa Kant asettaa konkreettisen tekemisen ja työn tilalle tahdon liikkeen. Näin valtausta edustaa tahto. Grunebaumin mukaan puutteena Kantin ajatusrakennelmassa on se, ettei se riitä perustelemaan sitä, miten henkilö voi olla vapaa silloin, kun maata ei enää ole kaikille vallattavaksi. Joidenkin vapaudenkäyttö siis sulkee jo toisilta mahdollisuuksia vastaavaan vapaudenkäyttöön.⁴⁷ Sen sijaan Rousseau näyttäisi Grunebaumin mukaan olevan

⁴⁴ Becker s. 99 ss.

⁴⁵ Lähtökohtana on hyveen käsite, joka määrittää hyvän elämän, jota mm. omistusoikeus kasvat-
taa. Kysymys ei ole utilitaarisesta ajatustavasta, sillä päämääränä on hyve, joka on itsessään
hyvä. Päämäärä on sama, mutta sitä palvelemaan sopivaksi katsottu omistuksen muoto vaihtelee
eri filosofiilla. Ks. Grunebaum s. 25 ss.

⁴⁶ Grunebaum s. 52 s.

⁴⁷ Ks. Grunebaum s. 53 ss. ja 69 ss.

Kantia tietoisempi siitä, että yksityinen omistusoikeus ei edistä kaikkien hyvinvointia, koska se suorastaan käsitteensä mukaisesti sulkee suuren osan ei-omistajuuteen, mikä puolestaan merkitsee riippuvaisuus- ja alistusasemia. Näin Grunebaum tulkitsee Rousseau'n liukuvan konventionalistien suuntaan: sopimuksellisesti on pyrittävä sellaiseen yhteiskuntaan, jossa jokainen saa tarvitsemansa.⁴⁸

Varsinaisina konventionalisteina Grunebaum pitää Hobbesia, Humea ja Rawlsia. Yhteisenä ajatuksena on se, että omistusmuodot uskotaan voitavan oikeuttaa poliittisen tai oikeudellisen sopimuksen avulla.⁴⁹ Olennaista on se, että omistuksen oikeutusta ei aseteta riippuvaiseksi väitettyjen esivaltioillisten oikeuksien olemassaolosta. Oikeutetun omistuksen muoto jää riippumaan poliittisista ja lainsäädännöllisistä päätöksistä. Tämä ei merkitse sitä, että päätökset olisivat välttämättä mielivaltaisia tai irrationaalisia. Jotkut konventionalistit tosin ovat positivistuja (Hobbes), jotkut taas argumentoivat määrättyä omistusmuotoa sen moraalisen sisällön tai vapauden avulla. Grunebaum kiinnittää huomiota siihen, että konventionalistien käsitys ihmiselämän materiaalisista edellytyksistä olisi toisenlainen kuin valtausteoreetikoiden. Ennen kaikkea kysymyksessä runsaudesta tai niukkuudesta konventionalistit edustaisivat kantaa, jonka mukaan valtaus ei riitä perusteeksi juuri siksi, että se merkitsee tosiasiasa – ainakin varsin pian – niukkuuden muodostumista. Vasta niukkuus tai työ tekevät omistussäännöt ylipäättään tarpeellisiksi, jolloin omistus tarvitsee yhteisesti hyväksytyt säännöt ollakseen edes jollain tavalla oikeutettu.⁵⁰ Grunebaum arvioikin sopimusperustelun kannattajat monessa suhteessa realistisemmiksi kuin valtauserustelun edustajat.⁵¹

Grunebaumin esityksen tärkeä merkitys omistuskeskustelun olennaisten, eri yhteyksissä toistuvien ulottuvuuksien tunnistamiselle on konventionaalisen eli sopimuksellisen elementin nostaminen esiin ja omaksi ryhmäkseen. Mielestäni Grunebaum ei toisaalta tässä havaitse sopimuselementin varsin monitasoista

⁴⁸ Grunebaumin mukaan Rousseau uudistaa Akvinolaisen ajatuksen siitä, että jokaisella pitäisi olla oikeus siihen, mitä hän tarvitsee. Moderniin kuuluva Nozick otetaan mukaan keskustelua siitä, miten omistusoikeus sosiaalisena instituutioon edistää parhaita olosuhteita, joissa ihmiset voivat tehdä elämänsä suhteen parhaita mahdollisia ratkaisuja. Ks. Grunebaum s. 84 s.

⁴⁹ Hobbesin ja Rawlsin kohdalla konventio tarkoittaa yhteiskuntasopimusaktia, joka asettaa auktoriteetin, joka pystyttää omistussäännöstön. Humella asetelmaa ei muotoilla eksplisiittisen sopimuksen muotoon, vaan omistuksen oikeuttaa valtioyhteisön auktoriteetti ja lait.

⁵⁰ Ks. Grunebaum s. 86 ss.

⁵¹ Beckerin tapaan myös Grunebaum tarkastelee omistuserustelujen ryhmittelynsä jälkeen erikseen omistusoikeuden kriitikoiden esityksiä. Kriitikoiden tarkastelun anti näkyy vahvemmin siinä, että Grunebaum omassa autonomisen omistuksen kehittelmässään erottaa toisistaan yksityisen omistusoikeuden itseä ja työtä koskevana ja yhteisomistuksen maan ja resurssien osalta. Tämä jaottelu jo viittaa siihen, että Grunebaum pyrkii pikemminkin tarjoamaan ”tuoreen uuden näkökulman”. Tarkoitus ei ole ottaa huomioon sitä, millaisena omistus on olemassa eri yhteiskunnissa, vaan tarjota horisontti, johon voitaisiin pyrkiä. Ks. Grunebaum s. 169 ss.

läsnäoloa myös muissa konseptioissa. Hän pitää konventionalistien kohdalla silmällä yhteiskuntasopimusajatusta, mutta ei esimerkiksi Lockeä tarkastellessaan näe vastaavaa tekijää. Se liittyy siihen, että Locke taas nimenomaisesti kiistää sopimuksen tarpeellisuuden omistuksen syntyedellytyksenä, mikä on kuitenkin eri asia ja liittyy 1600-luvun tyypilliseen omistusperusteluun, jossa edellytetään valtausta ja sopimusta. Tai Grunebaum ei esimerkiksi Kantin ajattelussa noteeraa olennaisia sopimuksellisia elementtejä, mikä taas liittyy siihen, että kantilainen transsendentaalisuus järjen kategorioineen ei näytä avautuvan Grunebaumille laisinkaan.

Grunebaumin tulkintoja hänen tarkastelemiensa kirjoittajien ajatusrakenteista ei siis voi kaikin osin pitää tyydyttävänä. Olennaista valtauserustelijoiden ja konventionalistien erottamisessa on nähdäkseni se, että edelliset rakentavat omistuksen syntymisen ja aseman luonnontilan käsitteellä ja siis valtiota edeltävänä suhteena, kun taas jälkimmäiset näkevät omistuksen vasta valtiossa syntyvänä suhteena. Ero ei kuitenkaan välttämättä ole sellainen, millaisena Grunebaum sen esittää mm. siksi, että valtauserustelijoiden kokonaiskonseptioon on niin olennaisena rakennettu valtiotilaan siirtymisen välttämättömyys, että se, minkälainen tila pyritään esittämään perusteltuna ja oikeutettuna, on toki valtausteoreetikoillakin valtiotila.

Grunebaum esittää kritiikkiä erityisesti luonnonoikeudellista luonnontilakonseptiota kohtaan sillä perusteella, että luonnontilaan nojaten ei voitaisi esitellä omistusta tai tiettyä omistusmuotoa valittavaksi valtiotilaan, jossa olosuhteet ovat toisenlaiset.⁵² Näin epäilemättä on silloin, jos ajatellaan, että luonnontilassa esiteltävä omistus olisi siirrettävä sellaisenaan valtiotilaan. Kuten Grunebaum kritisoi ”autonomiaperiaatteeseen sisältyvä kunkin oikeus määritellä oma hyvänsä sekä autonomialle välttämätön hyvinvoinnin edellyttämys syrjäytyisivät pelkästään siksi, että joku muu oli ensimmäiseksi paikalla”. Ensimmäisen oikeus ei siis Grunebaumin mukaan kunnioita kunkin henkilön autonomiaa. Voidaan kuitenkin epäillä, arvioiko Grunebaum tällöin tarkastelemissaan luonnonoikeusteoreetikoita mittapuulla, joka tekisi näiden lähtökohdille oikeutta. Luonnontilan käsitteen käyttäminen ei ehkä ole irrelevanttia valtiotilan selittämisessä silloinkaan kun siihen sisältyy valta omistusoikeuden synnyttävänä perusteena. Occupatio ensimmäisenä haltuunottona ei toki sellaisenaan kanna oikeuttamaan omistusoikeutta valtiossa käypänä perusteena. Tätä ei toisaalta myöskään väitetä. Lisäksi voidaan sanoa, että alkuperäisen perusteen kantavuutta ei todellisuudessa päästä kiistämään. Sillä, jolla on (saatu ja siirretty) oikeus, on määräämisvalta (tosin monella tavalla usein valtiossa rajoitettu ja säännelty). Vaikka siis valtauserustelu sellaisenaan (ensimmäiseksi paikalle

⁵² Grunebaumin mukaan luonnontilan käsitteeseen nojautuva occupatioperustelu on yhteensopimaton autonomiaperiaatteen kanssa, jonka lähtökohdasta hän itse valtiotilaa tarkastelee. Tässäkin siis näkyy se, että Grunebaum arvioi tarkastelemissaan kirjoittajia viime kädessä siitä omistuksen perustelemisen horisontista, josta hän itse puhuu ns. autonomisena omistuksena.

osuneen haltuunottona) ei moraalisesti kestäisikään, jos oltaisiin arvioimassa oikeuden syntymistä ja oikeudenmukaista omaisuuden jakaantumista valtiotilassa, sitä, millä tavalla omaisuus ja omistusoikeudet ovat jakaantuneet, ei valtiotilassa normaalisti päästä kiistämään ja muuttamaan jollekin kokonaan toiselle tai kaikkien osalta yhtäläisesti punnitulle perustalle. Tämän realismin luonnontilan käsitettä käyttävät saavat hyvin esiin.

2.2.5 Eri periaatteiden punninta

Puutteistaan huolimatta Grunebaumin ryhmittely tuo esiin omistusperusteluisa risteäviä erilaisia näkökulmia, hyveperustelu klassisen ihmisluonto-näkökulman, haltuunottamiseen liittyvä perustelu toiminnan näkökulman ja sopimusperustelu ihmisten keskinäisen hyväksymisen merkityksen. Munzerin ryhmitelyssä tulee esiin samoja elementtejä, mutta hän kokoo näistä perustelukombinaation. Munzer puhuu pluralistisesta moraalis-poliittis-oikeudellista teoriasta, joka rakentuu kolmen pääperiaatteen punninnan varaan.⁵³

Ensimmäinen periaate eli *hyödyn ja tehokkuuden yhdistelmä* sisältää hänen mukaansa sen, että omistusoikeudet tulee järjestellä niin, että esineiden käyttöä, hallintaa ja luovutusta (ym.) koskeva hyöty ja tehokkuus maksimoituvat. Hyöty ymmärretään preferenssien tyydyttämisenä ja tehokkuus tarkoittaa hyvinvoinnin maksimoimista preferenssien tyydyttämisen merkityksessä.⁵⁴ Toinen periaate eli *oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon yhdistelmä* sisältää seuraavan: epätasa-arvoinen omistusten jakautuminen on oikeutettavissa, jos jokaisella on minimimäärä omistusta (floor-thesis) ja epätasa-arvo ei vie täyden inhimillisen elämän mahdollisuuksia (gap-thesis). Näin floor-teesi vaatii, että kaikilla tulee olla minimi (perustarpeiden tyydyttäminen). Gap-teesi on tähän nähden sivu-

⁵³ Myös Munzer nojaa Hohfeldin ja Honorén omistuskäsite-erittelyihin. Käsitteellisten selvitteilyjen lopputuloksena on arvio siitä, että omistuskäsitteestä ei suoraan voida johtaa omistuksen oikeutusta, vaan tarvitaan keskustelua omistuksen psykologisista, sosiaalisista ja normatiivisista ulottuvuuksista. Ks. Munzer s. 17 ss. ja s. 58. Oman teoriansa rakentamisen näkökulmasta Munzer on kiinnostunut ennen kaikkea siitä, miten omistusta perustelevat eri periaatteet tai tekijät joutuvat konfliktiin ja miten tällaiset tilanteet voidaan ratkaista. Eri konfliktitilanteiden erottelua ja ratkaisemista valmistellessaan Munzer joka tapauksessa tarkastelee periaatekombinaatioita ensin erikseen.

⁵⁴ Munzerin esittelemässä hyödyn ja tehokkuuden yhdistelmässä hyödyn vertailua täydennetään tehokkuudella, joka viittaa indiviidien sijasta koko yhteiskuntaan. Hyödyllä ja tehokkuudella on siis sama perusta. Munzer korostaa sitä, että yhdistetty periaate sallii yhdistää filosofista ainesta, jossa yleensä puhutaan hyödyn käsitteellä, ja ekonomista ainesta, jossa taas puhutaan tehokkuudesta. Oma ongelmansa on se, miten hyvinvointia mitataan. Munzer katsoo, että kehitellyt erilaiset mittarit eivät tavoita käytännön ongelmia. Ei ole sellaista kriteeriä, joka ratkaisisi ristiriidan indiviidin hyödyn ja kokonaistehokkuuden välillä. Siksi Munzer muotoilee tähän yhdistetyn periaatteen suuntaviivana, jossa indiviidin hyödyllä on ensisijainen asema, mutta tehokkuus on ”junior partner”. Ks. Munzer s. 193 ss.

vaatimus ja suhteellisempi. Sen mukaan epätasa-arvo tai eriarvoisuus ei saa olla liian suuri. Näin jälkimmäinen teesi vahvistaa sen, että varallisuuden epätasa-arvoinen jakaantuminen voi olla oikeutettua hyödyn ja tehokkuuden periaatteen tai työhön perustuvan ansio-periaatteen nojalla. Munzerin mukaan oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon periaate kvalifioi hyödyn ja tehokkuuden periaatetta.⁵⁵

Kolmas periaate on *työhön perustuva ansio*.⁵⁶ Munzer muuntaa työn ansioksi (merit) ja katsoo, että sillä on merkitystä omistuksen oikeuttamisessa, joskin sitä suurempi merkitys on hyödyn ja tehokkuuden sekä oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon periaatteilla. Ensimmäinen ja toinen periaate nojaavat ihmisten yhtäläisen moraalisen arvon varaan, mutta työ-ansio-periaate täydentää ne antaessaan merkitystä meriittiin liittyville eroille.⁵⁷ Työperusteisella ansioperiaatella on siis merkityksensä omistusperustelussa, mutta vain tiettyissä rajoissa. Rajat liittyvät sosiaalisten kompleksiteettien huomioon ottamiseen ja ne tulevat ulkopuolelta, eivät työteoriasta itsestään. Juuri hyödyn ja tehokkuuden periaate sekä oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon periaate ovat omistussuhteen tärkeitä rajoituksia. Munzer viittaa tässä paitsi modernin yhteiskunnan tilanteeseen yleensä (tiettyjen resurssien niukkuuteen), myös erityisesti muuttuviin olosuhteisiin ja niille annettavaan merkitykseen.⁵⁸

Munzerin ansiona voidaan pitää omistusta koskevien periaatteiden sijoittamista yhteiskunnallisen toiminnan tasoille ja punnitsemista erilaisissa konfliktitilanteissa, joissa periaatteet näyttäisivät vievän eri suuntiin. Tämä on epäilemättä hedelmällisempi näkökulma omistusperustelujen merkityksen ymmärtämiseen kuin aivan abstrakti taso, jossa koetellaan erillisten perustelujen loogista kestävyyttä. On tärkeää havaita, että on olemassa lukuisia yhteiskunnallisen toiminnan tilanteita, joissa punnitaan sellaisten seikkojen ja taustaoletusten merkityksiä ja painoarvoja, jotka ovat osa omistusperustelukeskustelua. Mun-

⁵⁵ Oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon periaatetta selvitellessään Munzer viittaa kantilaisiin lähtökohtiin kaikkien ihmisten yhtäläisestä moraalisesta arvosta. Munzerin mukaan kaikkien samanlainen kohtelu ei kuitenkaan riitä, vaan tarvitaan sisällöllisempiä periaatteita. Ks. Munzer s. 227 ss.

⁵⁶ Munzer toteaa, että työperustetta joko aliarvioidaan tai ylikorostetaan omistusperusteluna. Munzer kehittää tässä erityisesti eroa perinteiseen työteoriaan, jossa hänen mukaansa pidetään silmällä lähinnä ”indiviidiä tähtäen poimimassa”. Sen sijaan on keskusteltava omistuksen oikeuttamisesta yhteiskuntavaiheesta, jossa työ on erimuotoista ja tapahtuu ”rikkaassa sosiaalisessa kontekstissa”.

⁵⁷ Munzer s. 3 ss.

⁵⁸ Munzerin mukaan ansio on osa oikeudenmukaisuutta, mutta ei muodosta sitä kokonaan ja oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon periaate taas käsittää ei-ansiooperustaiset oikeudenmukaisuuden ulottuvuudet. Työhön perustuvassa ansioperiaatessa on kysymys siitä, että indiidipainotteen työteoria muunnetaan moderniin sosiaaliseen kontekstiin. Munzer viittaa työteorian kohdalla mm. Lockeen, mutta enemmän moderneihin teoreetikoihin (Nozick, Rawls, Gauthier). Ks. Munzer s. 254 ss.

zer erottelee erilaisina ratkaisutasoina yhteiskuntasuunnittelijan, lainsäätäjän ja tuomioistuimen.⁵⁹

Erityinen ongelmansa on toisaalta se, että kollisioita eri periaatteiden painottamisessa ei yleensä olla ratkaisemassa ”puhtaalta pöydältä”, vaan takana on pitkä historia, jossa on tehty eri suuntiin meneviä ratkaisuja. Munzer sanoo, että jotkut konfliktit ovat ratkaistavissa, jotkut ratkaisemattomia. Munzer itse katsoo tarjoavansa pluralistisessa teoriassaan perustan toiminnalle, jonka avulla ”nykyisiä omistusinstituutioita tehdään paremmiksi”. Munzer ei tällä ymmärtääkseni tavoittele mitään vallitsevaa omistusjärjestystä radikaalisti muuttavaa. Hän korostaa vain sitä, että silloin kun joka tapauksessa ollaan tekemässä ratkaisuja, joilla on omistusmerkitystä, ne on järkevämpää tehdä tietoisesti eri vaihtoehtoihin sisältyvät periaatteelliset valinnat tunnistuen. Munzer ei tarjoakaan selkeitä sääntöjä, vaan vain suuntaviivoja sille, miten painottaa eri periaatteita minkäkinlaisissa konfliktitilanteissa. Näin muotoiltuna omistusperustelukeskustelussa esiintyvillä periaatteilla näyttäisi olevan merkitystä myös ja erityisesti lainopin kannalta.

On kuitenkin huomattava, että Munzerin tarkastelemissa tilanteissa ja keskeisperiaatteessakin pidetään tosiasiaa silmällä muunlaista tilannetta kuin mikä oli klassikoiden näköpiirissä ja myös tilanteita, jotka perinteisen lainopin käsitteistöstä käsin eivät sijoitu omistusoikeuskysymyksiksi, vaan koskevat työtä ja palkkaa tai palkkiota.⁶⁰ Klassinen yksityisen omistusoikeuden oikeuttamisen kysymys koski ja koskee sitä, voiko ja miten joku voi saada yksinomaisen ja muut poissulkevan oikeuden johonkin itsensä ulkopuoliseen esineeseen.

Munzerin erittelyissä vain työ-ansio-peruste esiintyy omistuksen synnyttävänä perusteena. Silloin varsinainen omistuksen moraalinen oikeuttaminen edellyttää hyödyn ja tehokkuuden mittapuulla ja arvoperiaatteiden (oikeudenmukaisuus ja tasa-arvo) avulla tapahtuvaa punnintaa. Näin Munzer erottaa kaksi ensimmäistä yhdistelmää sen punnintaan, onko omistus ylipäättään instituutiona puolustettavissa, ja työ-ansioperuste palautuu pelkäksi saantoperusteeksi. Kuitenkaan ei ole selvää, että työperusteella voitaisiin korvata koko sekin keskustelu, jota on käyty haltuunoton merkityksestä. Sen sijaan voidaan todeta, että valtaus tai haltuunotto ja työ aivan ilmeisesti asettuvat erityiseen asemaan omistusperusteluina erotukseksi muista sellaisina arvioiduista. Valtaus ja työ kiteyttävät molemmat nimenomaan sen, mitä ihmisen toiminnalta

⁵⁹ Munzer havainnollistaa punninnan hankaluuksia puhumalla esim. tulopoliittisen kokonaisratkaisun muotoilemisen tilanteesta. Ks. Munzer s. 292 ss.

⁶⁰ Nykykeskustelun pohjaksi tehdäänkin aina ensin eroa olemuksellisiin omistumääritelmiin. Myös Munzer korostaa analyttisen tarkastelun lopputuloksena sitä, että omistajan oikeusasema on vain vaihtelevansisältöisten oikeutusten ja velvoitusten kombinaatio, joka ei millään periaatteellisella tavalla eroa muista oikeusasemista. Tämä on toki parhaimmillaan selventävää nykykeskustelun tavoitteen kannalta eli sen ymmärtämiselle, minkälaista ehdotusta kirjoittaja itse on rakentamassa. Ongelmallisempaa on, jos samoja lähtökohtia sovelletaan varhaisempien kirjoittajien tekstien arvioinnissa.

edellytetään. Niiden merkitys ei toisaalta missään teoriassa ole itsenäinen, vaan ne saavat erilaisen aseman riippuen siitä, liitetäänkö ne joihinkin ihmisluontoa koskeviin käsityksiin vai joihinkin yhteisön luonteesta seuraaviin edellytyksiin.

Munzer ei aikaisempaa keskustelua punnitessaan ota huomioon varhaisemman keskustelun toisenlaista kokonaisrakennetta. Mielestäni tämä koskee erityisesti rationaalista luonnonoikeudellista ajattelua, jonka puitteissa esitettyjä käsityksiä siitä, missä määrin ja miten pitkälle puolustettu omistusperustelu kantaa (valtaus- tai työperustelu), ei voitane ymmärtää, ellei oteta vakavasti huomioon sitä, että omistusoikeuden syntymisen selittäminen luonnontilassa tapahtuvaksi ei pyri perustelemaan niinkään sitä, mitä luonnontilana kuvataan, vaan sitä, että on järkevää ja välttämätöntäkin siirtyä toisenlaiseen tilaan. Näin se yhteiskunnallisen elämisen järjestys mukaanlukien varallisuus oikeudellinen järjestys, jota perustellaan, on valtiotila, eikä luonnontila ole sama kuin valtiotila. Päinvastoin, se on nimenomaisesti muuta. Niinpä se omistusjärjestyskin, joka valtiotilassa vallitsee, on jotain muuta. Se, mitä perustellaan, on valtiotilassa vallitseva, epätasaisesti jakautunut, sääntöjen määrittämä ja rajaama omistusjärjestys. Se, mitä alkuperäisen omistuksen syntymisen perustelulla kerrotaan, rakentaa siten ensisijaisesti perustaa sille, että valtiotilassa on omistusoikeus erityisenä oikeudellisenä asemana. Luonnontilateoreetikot eivät hahmottele vain mahdollisia maailmoja, sellaista järjestystä, joka täyttäisi moraalisin perusteltavuuden yleiset kriteerit. Luonnonoikeudessa on kysymys nimenomaan sen selittämisestä, miksi valtionsisäinen järjestys olisi sitova.

2.2.6 Omistus, työ ja aika

Munzerin tapaan myös Reeve puhuu omistuskäsitteen sosiaalisuudesta, mutta hän korostaa lisäksi käsitteen historiallisuutta. Omistus on hänen mukaansa välittävä tekijä taloudellisen, oikeudellisen ja poliittisen systeemin välillä. Omistuskäsite on pyrittävä ymmärtämään poliittisen teorian osana. Sen vuoksi on selvítettävä käsitteen laajuus, historialliset yhteydet ja suhde läheisiin peruskäsitteisiin, joita Reeven mukaan ovat vapaus ja valta, työ sekä aika.

Poliittisen filosofian julkilausuttuna lähtökohtana omistuskysymykseen on viime vuosikymmeninä usein ollut kaksi vastakkaista tapaa suhtautua yksityisomistukseen: yksityisomistus on nähty joko kiistattomana etuna tai sosiaalisen harmonian vihollisena. Viime vuosisadalla tämä asetus on liittynyt kapitalistisen ja sosialistisen taloudellisen ja poliittisen järjestyksen kahtiajakoon, mutta näkökannat voidaan juontaa jo klassisista kirjoituksista.⁶¹ Erityisen poleemisesti kahdenlainen suhtautuminen tuli esiin 1800-luvun puolivälin po-

⁶¹ Ks. myös Property-kokoelman artikkeleita.

liittisessä kirjoittelussa.⁶² Siinä määrin kuin omistusoikeus koskee oikeuksia, se koskee myös vapautta. Näin omistus koskee vapauden distributiota, yhtäältä omistajien kesken ja toisaalta omistajien ja ei-omistajien kesken. Reeven mukaan omistuksen sisältö ei anna varsinaista vastausta siihen, miten omistus syntyy tai lakkaa. Juridisen tarkastelun näkökulmasta tarpeelliset rakenteelliset ja sisällölliset erittelyt kertovat vain sellaisesta, jossa edellytetään omistuksen jo olevan ja siirtyvän. Omistuksen syntyperustetta täytyykin etsiä, kuten Reeve sanoo, ”päättymättömän regression” takaa, erikseen.⁶³

Toisin kuin edellä viitatuut kirjoittajat, Reeve pitää omistuksen historiaa tärkeänä erikseen tarkasteltavana kysymyksenä. Omistus ei ole muuttumaton. Miten historiallisessa tarkastelussa voidaan sovittaa yhteen se, että omistuksella viitataan materiaalisiin resursseihin ja oikeudellisiin suhteisiin, ideoihin ja konkreettisiin järjestelyihin? Jos omistus voi esiintyä eri muodoissa ja rakentua erilaisiksi omistusjärjestelmiksi, mitä yleisiä tunnusmerkkejä sillä on? Kuinka omistuksen historialliset argumentit vaikuttavat erityisten omistusinstituutioiden legitimeettiin? Omistuskäsitteen muutoksesta (moderniksi) on esitetty varsin erilaisia tulkintoja ja ajoituksia. Reeve esittelee kolme lähestymistapaa, jotka periodisoivat omistuksen historian eri tavoin. Lähestymistavat ovat: 1. luomiskertomuksen ja lankeemuksen järjestystä noudattava kertomus (esimerkkinä Locke), 2. sosiaaliseen kehitykseen liittyvä kertomus (esimerkkinä *Adam Smith*) ja 3. evoluutioon ja tuotantomuotoihin nojautuva kertomus (esimerkkinä Karl Marx).⁶⁴

Reeven ryhmittely saattaa ajattelemaan eroa luonnonoikeuden edustajien ja luonnonoikeuden lähtökohdista irtaantuvien kirjoittajien välillä. Luonnonoikeudessa lähtökohdan omistuskeskustelulle antoi Raamatun teksti siitä, että Jumala antoi maan ja sen luodut oliot ihmisille yhteisiksi. Kun tämä ymmärrettiin alku-communiona, se asetti vastattavaksi kysymyksen siitä, miten sitten ollaan siirrytty järjestykseen, jossa on yksityinen omistusoikeus; miten oikeuttaa yksityinen omistusoikeus, kun Jumala asetti yhteisomistuksen? Tunnetusti esim. Grotius, Pufendorf ja Locke esittävät tähän eri tavalla valtauksen, työhön ja sopimukseen nojaavia perusteluja, mutta vastaamisen asetelma syntyy samalla tavalla nähdystä lähtökohdasta. Vastaus annetaan luonnontilan ja val-

⁶² Reeve viittaa tähän kiistaan lähinnä siksi, että se hänen mielestään osoittaa tarvetta ensin tarkentaa erilaiset omistuskäsitteet. Myös Reeve hyödyntää Hohfeldin ja Honorén käsitteistöä, mutta toteaa myös sen, että tavallisen kielen ja juridisen kielen välillä on eronsa. Ks. Reeve s. 9 ss.

⁶³ Ks. Reeve s. 9 ss. ja 21 s.

⁶⁴ Reeven mukaan omistuksen historiasta esitetyt tulkinnot eivät nojaa mihinkään erityiseen yhteen näkemykseen sopivista omistusjärjestelyistä. Historiatulkinnoista näkyy toisaalta myös se, millaisena tulevaisuus halutaan nähdä (esim. alkukommunismi–kommunismi). Ks. Reeve s. 51 ss.

tiotilan käsitteillä kertomalla, miten ja millaisena omistusoikeus syntyy ja muuttuu luonnontilassa ja miten siirrytään valtiotilaan.⁶⁵

Omistuskeskustelussa nousee aina jollain tavalla esiin kysymys siitä, miten oikeutettu omistus voisi syntyä ja tällöin aktuaalisen historian ja hypoteettisen historian raja hämärtyy. Reeve toteaa, että vaikka omistuksen historia periaatteessa voi olla ei-normatiivinen ja vaikka omistuksen oikeuttamista voidaan perustella ei-historiallisesti, kysymys omistuksen oikeutetusta syntyisestä tuo historiallisen ja normatiivisen punninnan yhteen.⁶⁶ Lainopin näkökulmasta kysymys historiallisuuden merkityksestä on tärkeä. Näin on siksi, että lainopissa ollaan tulkitsemassa ensisijaisesti olemassa olevaa järjestystä koskevia ja ylläpitäviä sääntöjä, joiden taustaksi on tavanmukaista kertoa jotakin yhteiskunnan rakentumisesta.

Kiinnostavaa Reeven ryhmittelyssä onkin se, että modernimmat kertomukset eli sosiaalisen kehityksen ja evoluution kertomukset ideaaliyppisyydestään huolimatta sisältävät selvästi enemmän historiaa koskevia tulkintoja kuin luonnonoikeuden edustajien perustelut ja nimenomaisesti ajatuksen jatkumosta ja edistymisestä, jossa omistus ja sen vakaumus (pysyvyys ja jatkuvuus) sekä yhteisöllinen turvallisuus ja järjestys linkittyvät ja tukevat toisiaan.⁶⁷

Reeve korostaa omistuskeskustelussa käytettyjen käsitteiden välisten suhteiden selkiyttämisen tarvetta. On kyettävä erottamaan omistusargumentit, jotka liittyvät vapauteen ja valtaan, argumenteista, jotka liittyvät toisiinsa omistuksen ja työn.⁶⁸ Työn keskeinen ja samalla monimerkityksinen asema länsimaisessa traditiossa tiivistyy kahteen erisuuntaiseen ajatukseen. Yhtäältä työ on välttämätön paha ja raskas velvollisuus. Toisaalta työ ja toiminta ovat luovan aktiiviteetin ilmaisumuotoja, joilla ihminen ilmentää ja määrittelee itseään suhteessa ulkoiseen maailmaan. Reeven mukaan omistuksen työhön liittyvät argumentit

⁶⁵ Reeve esittelee näitä kertomuksia siihen tapaan kuin kysymys olisi historiaa koskevista tulkinnoista. Epäilemättä luonnontilakäsitteistöllä on liittymiä yhteisöllisen elämän alkutilaa koskeviin käsityksiin, mutta rationaalisessa luonnonoikeudellisessa ajattelussa luonnontila pidetään käsitteellisesti erillään historiallisuudesta ja historiallisesta tapahtumisesta. Tästä nykyinen poliittinen teoria on jokseenkin yksimielinen. Ks. esim. Juha Tolonen, *Valtio ja oikeus*, in passim.

⁶⁶ Reeve s. 74 s.

⁶⁷ Ks. Reeve erit. s. 61 ss.

⁶⁸ Varsinkin suhde työhön on hankala useammasta syystä. Ensinnäkin omistus on keskeinen argumenteissa, joissa on kysymys itsensä toteuttamisesta, ulkoistamisesta ja individualisaatiosta, ja joissa on samalla kysymys myös vapaudesta ja työstä. Toiseksi on keskustelunalaista, onko perustava arvoargumentti vapaus vai sen realisaatio ihmisen persoonallisuuden ulottuvuutena. Lisäksi jotkut argumentit, joiden lähtökohta on työ, näyttävät olevan palautettavissa vapauteen. Reeve lisää, että oikeuden vahvistaminen merkitsee vapauden vahvistamista suhteessa johonkin, joten oikeuspohjaiset omistusteorioiden, jotka perustetaan työhön, herättävät aina ongelman työn ja vapauden suhteesta. Ks. Reeve s. 77 ss.

voidaan jakaa neljään ryhmään.⁶⁹ Tarkasteltavien kirjoittajien käsitykset eivät tosin muodosta yhtenäisiä keskustelulinjoja, mutta Reeve pyrkiikin ensisijaisesti osoittamaan, ettei omistuksen ja työn liittämistä toisiinsa seuraa niitä lopputulemia, jotka kukin kirjoittaja ajattelee voivansa osoittaa, vaan päinvastoin nousee ratkaisemattomia kysymyksiä.

Omistusteorioita ja perusteluja esitellään filosofian näkökulmasta usein ikään kuin kysymys voisi olla suhteellisen vapaasta ja kaikki mahdollisuudet huomioimaan kykenevästä punninnasta esineiden distributiossa. Kuitenkin on niin, että olemassa olevassa maailmassa esineet kuuluvat jo joillekin, joilla on niihin nähden erilaisia oikeuksia ja vaateita. Henkilöt syntyvät maailmaan, jossa omaisuus ja omistus ovat jo monella ja monimutkaisella tavalla kiinnittyneet valtioihin, indiviideihin ja kollektiiveihin. Mikä velvoittaisi uudet tulijat ja uudet sukupolvet kunnioittamaan sellaisia jakoperusteita ja järjestelyjä, joiden muotoutumiseen he eivät ole voineet olla osallisia? Reeven mukaan kysymykset sukupolvien välisestä oikeudenmukaisuudesta ovat nousseet esille erityisesti viime aikoina, vaikka ongelma on tietysti vanha.⁷⁰

Aikaulottuvuuden mukaan ottaminen johtaa kysymään sitä, millä tavalla yksityinen omistusoikeus oikeastaan liittää toisiinsa henkilön ja esineen. Mitä omaisuudelle tapahtuu omistajan kuollessa? Ovatko mahdolliset vaihtoehdot riippuvaisia siitä perustelusta, jolla oikeuden syntyminen on selitetty? Syntyykö omistajille joitakin sellaisia velvollisuuksia seuraajia tai tulevia sukupolvia kohtaan, jotka rajoittavat heidän oikeudenkäyttöään, tai ovatko omistajat jol-

⁶⁹ Reeven ryhmittely on seuraava:

1. omistusjärjestelmän katsotaan tarjoavan työntekijälle kannustimen (edustajana James Mill). Tarkastelussa keskitytään osoittamaan työntöön välttämättömyyttä itsensä säilyttämiseksi.

2. työntekijän väitetään olevan oikeutettu omistamiseen työnsä perusteella (edustajana Locke ja Nozick). Tarkastelussa pyritään osoittamaan haltuunotto työn avulla tarpeiden tyydyttämiseksi välttämättömäksi.

3. omistusta väitetään välttämättömäksi vapaudelle, joka realisoituu toiminnassa, siis työntöössä (edustajana Hegel). Tarkastelussa pyritään osoittamaan, että omistus on ihmisen persoonallisuuden ilmaus seurattessaan siitä, että ihminen muokkaa maailmaa.

4. yksityisen omistuksen ja kapitalismin järjestelmässä työ vieraannutetaan, vaikka työ tosiasiassa on sosiaalista ja implikoisi yhteisöllistä omistusta (edustajana Marx). Tarkastelussa yksityinen omistus hylätään, koska se redusoi työn tarpeiden tyydyttämiseen, kun taas sosiaalinen omistus sallisi todellisen, inhimillisen, luovan tuotannon.

Ks. Reeve s. 112 ss.

⁷⁰ Uusien sukupolvien näkökulman ohella Reeve tarkastelee omistuksen ja ajan suhdetta myös klassisiin teorioihin liittyvänä kysymyksenä. Yksinkertaisimmillaan se on tullut ja tulee esiin perimyksen kohdalla. Luovutettavuus kuuluu esim. Honorén mukaan kypsään oikeudelliseen systeemiin, mutta luovutettavuuden ehdot ovat vaihdelleet hyvinkin paljon. Toisinaan ongelma on hahmotettu pikemminkin kysymyksenä siitä, ketkä ovat kelpoisia perimään kuin oikeutena siirtää perintö. Huomiota voidaan kiinnittää joko omistajan (perittävän) tahtoon ja määräämisvaltaan ja tämän perusteltavuuteen. Toinen mahdollisuus on pyrkiä oikeuttamaan perittävyys vastaanottajan oikeudesta ja asemasta käsin. Reeve s. 152 ss.

lain tavalla sidottuja edeltäjiinsä taikka yhteisön asettamiin tavoitteisiin?⁷¹ Kysymykset osoittavat, että aikaulottuvuus tuo tarkastelun piiriin oikeuden pysyvyyden ja jatkuvuuden tavalla, jossa omistusoikeuden oikeuttaminen tai perustelu on samalla punnittavana. Jos nimittäin omistusoikeus on oikeutettu (jollain perusteella), sen oikeutena (ollakseen omistusoikeus) katsotaan merkitsevän haltijasta riippumatonta ajallisesti jatkuvaa tilaa. Jos oikeus lakkaa esim. haltijan kuollessa, kysymys on omistusoikeutta rajallisemmasta oikeudesta.

Reeve viittaa siihen, että omistuksen katsotaan usein lisäävän yhteiskunnan stabiilitteettia ja jatkuvuutta. Tätä voidaan sitten tarkastella joko valtion puuttumista rajaavana tai muiden odotuksia jännevöittäväenä tekijänä. Omistajan oikeuden standarditapauksena joka tapauksessa nähdään ajallisesti rajoittamaton oikeus; tässä rajoittamattomuudessaan ja pysyvyydessään se turvaa yhtäältä yksilön (omistajan) asemaa ja toisaalta asettuu myös muiden näkökulmasta toimintaa ja käytäntöjä vakauttavaksi rakenteeksi.

Aikatekijän merkitys ei kuitenkaan rajoitu omistusinstituutioon ja oikeudelle annettuun sisältöön. Oikeustieteen näkökulmasta on mielestäni kiinnostavaa myös se, millaisia aikarakenteita omistusperustelu itsessään sisällyttää oikeudelliseen käsitteistöön ehkä yleisemminkin. Tämä kysymys herää erityisesti valtauserustelun erilaisten tulkintojen yhteydessä. Valtaus ensimmäisen oikeudeksi ymmärrettynä kiinnittyy aikaprioriteetin erityiseen asemaan periaatteena, joka oikeudellisissa kontekstissa viittaa eri suuntaan kuin mihin filosofinen kysymyksenasettelu valtauksen liittäisi (vallankäyttöön) ja mistä se sen erottaisi (työstä ja toiminnasta).⁷²

2.3 OMISTUSPERUSTELUJEN ARVIOINTIA

2.3.1 Filosofien omistusperustelut lainopin näkökulmasta

Edellä esitetyt tulkinnat ja huomiot jättävät monelta osin avoimeksi sen, mitä merkitystä omistusfilosofisilla laveilla pohdinnoilla omistusoikeuden oikeuttamisperusteluista on, kun juristiteksteissä ja -käytännössä omistus useimmiten

⁷¹ Reeve s. 152. On ilmeistä, että luovutettavuus ja sen muoto liittyy taloudellisen järjestelmän luonteeseen. Reeve kiinnittää huomiota läheiseen käsitteelliseen yhteyteen luovutettavuuden ja perinnöllisyyden välillä. Tällöin hän tarkastelee fideikomissijärjestelyjä, jotka osoittavat, että vahva ja ennalta sidottu perinnöllisyys on pikemminkin luovutusoikeuden vastainen. Kysymys on keinoista pysyttää maa suvussa ja markkinoiden ulkopuolella. Nämä huomiot voitaisiin osoittaa yleisemminkin traditionaaliseen maatalousvaltaiseen talouteen.

⁷² Ensimmäisen oikeudeksi ymmärrettynä valtaus siis kiinnittyy määreisiin, joita aikaprioriteetti edustaa ja oikeudellisissa kontekstissa on tyyppillistä perustella aikaprioriteettia aktiviteetti- ja rationaliteettinäkökohdille annettavalla merkityksellä, ei suinkaan niiden sivuuttamisella. Ks. esim. Zitting s. 120 s.

näyttäytyy varsin teknisluontoisena asiana. Voidaanko juristien ja filosofien keskustelu saattaa yhteismitalliseksi? Harrisin mukaan kuilun ymmärtävä ylitäminen on lainopin näkökulmasta tarpeen jo siksi, että lain säännösten tulkinta tai kritisoiminen voisi nojautua filosofisesti nykyistä punnitumpiin oikeudenmukaisuuskäsityksiin. Filosofian keskusteluita puolestaan selventäisi omistus-oikeutena keskustellun instituution tarkempi määrittely.⁷³

Harrisin tutkimuksessa omistuksen oikeuttamisperustelut ryhmitellään seuraavasti. Ensimmäinen ryhmä (ihmisen interaktio suhteessa muihin ihmisiin ja ulkoiseen maailmaan) keskittyy tuotannolliselle työlle tai fyysiseen tarttumiseen analogiselle toimelle osoitettuun merkitykseen. Tähän ryhmään sijoitettavia perusteita ovat itseomistus, luominen/tekeminen, työ-ansio, ensimmäinen valta, persoonan konstituutio ja yksityisyys. Toiseen ryhmään on koottu perusteluita, jotka nojautuvat omistukseen liittyviin vapauksiin: kysymys on autonomisen valinnan perusteluista. Kolmanteen ryhmään on sijoitettu perustelut, joissa viitataan omistustutustuutioiden instrumentaalisii etuihin. Tällaisina esitetään oikeudenmukaiset kustannukset ja perustarpeet, kannustimet, markkinat tai riippumattomuus. Neljännessä ryhmässä Harris tarkastelee resurssien tasa-arvoisuuden ja sosiaalisen konvention merkitystä suhteessa omistusta oikeuttaviin perusteisiin.⁷⁴

Miten Harris näkee työperusteen? Hänen mukaansa tuotannollinen työ esiintyy omistusperusteluna kolmen argumentin muodossa: itseomistuksena, luomisen-ilman-vääryyttä-perusteena ja työ-ansio-perusteena. Harris tarkastelee näitä kysymyksenä luonnollisten oikeuksien (natural rights) mahdollisuudesta, mutta liittää keskusteluun sopimuksen merkityksen. Itseomistuksesta puhutaan silloin, kun oma ruumis esitetään omistuksen lähtökohtana, mutta Harrisin mukaan omistuskäsite on tässä usein suorastaan sekaannuttava. Sen merkitys onkin lähinnä tausta jatkoajatukselle, jonka mukaan jokaisella indiividillä on luonnollinen oikeus oman työnsä hedelmiin. Muun muuassa Locke lähtee liikkeelle itseomistuksesta, jonka mukaisesti kukin omistaa tekonsa ja siis myös tekojensa tuotteet. Vastaavan perusteluketjun käänteisenä esittää Marx. Harris kiinnittää näissä perusteluketjuissa huomiota erityisesti siihen, että oikeudellisesti työ ja omistus ovat eri asioita ”commodification is not the same thing as

⁷³ Harrisin mukaan omistuksen oikeuttamista koskevassa filosofisessa keskustelussa on usein hankalaa nähdä, onko abstraktina esitetty perustelu tai kritiikki tarkoitettu koko instituutiota vai sen moderneimpia muotoja koskevaksi. Harris itse erittelee omistusoikeuden analyttiseen traditioon liittyen ja esittääkin varsin paljon kritiikkiä kovin laveita omistuskäsityksiä vastaan. Harrisin teoksen ensimmäinen osa koskee kokonaisuudessaan omistusta oikeudellisenä asemana ja omistuksen käsitelmäärittelyjä. Ks. Harris s. 23–161. Harris tavoittelee ns. keskitason omistusteoreetisointia, erotukseksi perustelemattomasta nojautumisesta johonkin yhteen perusteeseen tai liukumisesta abstrakteihin oikeudenmukaisuusteorioihin.

⁷⁴ Ks. Harris emt. s. 166 ss. Mitään omistusperusteluista ei oteta aksiomaattisena, mutta Harris asettaa kuitenkin lähtökohdaksi ”oikeudenmukaisen ihmisyyteen minimikonseption”, joka sisältää kolme elementtiä: luonnollinen tasa-arvo (kansalaisten yhtäläisen kohtelun lähtökohta sisältäen sen, että eriarvoiselle kohtelulle pitää olla peruste), autonomisen valinnan arvo ja ruumiillisen integriteetin loukkaamisen kielto. Ks. Harris emt. s. 171 ss.

propertization”. Työ on kauppatavara tai hyödyke (commodity), mutta se ei (orjayhteiskunnan ulkopuolella) ole yksikkö, johon liittyisi omistusoikeuksien siirtyminen. Työsopimuksessa on kysymys palvelusten ostamisesta ja myymisestä, ei omistusoikeutuksista. Omistus siirtyy vain palveluksista maksettavan rahan suhteen. Itseomistus-perustelun tausta on orjuuskeskustelussa, jolloin lähtökohdaksi otetaan se, että kukaan toinen ei omista minua, josta seuraisi, että omistan itse itseni jne. Harrisin mukaan tätä ei näin voida johtaa. Voidaan sanoa vain, että kukaan ei omista minua.

Luominen-ilman-vääryyttä-argumentti on käytetympi. Muun muassa Lockella se esiintyy tunnetun mixing-labour-teorian ohella. Koska maa ei ole työn tulosta ja se on niukka resurssi, jotkut argumentin kannattajatkin katsoivat sen kuitenkin riittämättömäksi juuri maata koskevan omistusoikeuden perustelemiseen.

Työ-ansio-versio on tunnetuin työperustelu. Harris tiivistää sen ajatukseen, että jos henkilö työllään saa aikaan sellaista, joka hyödyttää muita, hän ansaitsee siitä palkkioksi omistusoikeuden. Ajatus juontuu Lockeen ja Milliin. Ajatuksen kritiikki puolestaan voidaan koota kolmeen vasta-argumenttiin: ensimmäinen on deterministinen käsitys siitä, että kunkin lahjat ja kyvyt ovat geneettisten arpajaisten tulosta, eivätkä siis mikään peruste moraaliselle differentiaatiolle. Toiseksi: jokainen on velvollinen käyttämään kykyjään, joten niiden käyttäminen ei ole mikään palkitsemisperuste. Kolmas argumentti väittää, että ansio-harkinta on puhtaasti markkinoiden varaan jäävä asia: markkinat edellyttävät vain sitoumusten täyttämistä, eivät palkitse sen yli tai erikseen. Harrisin oman kritiikin voi tiivistää siihen, että kaikki ansio-perustelut edellyttävät tosiasiaissa sopimuksellisuutta. Työ-ansio-perustelua Harris joka tapauksessa pitää ainoana kantavana tämän ryhmän argumenteista. Niinpä henkilöllä voi olla oikeudenmukainen vaade jonkinlaiseen osuuteen sosiaalisesta varallisuudesta silloin, kun hänen työnsä konvention perusteella on arvokasta muille ja hän konvention perusteella ansaitsee siitä sen mukaisen palkkion.⁷⁵

Ensimmäistä valtausta/haltuunottoa, persoonallisuuden konstituutiota ja yksityisyttä Harris erittelee ruumiillisen integriteetin kunnioittamisen otsakkeen alla.

Oma tärkeä merkityksensä on sillä, että englantilainen laki tunnustaa ensimmäisen haltuunottajan alkuperäisen oikeuden haltijaksi sekä kiinteän että irtaimen kohdalla. Jos kukaan ei voi osoittaa aikaisempaa oikeutta, hallinnan ottajalle vahvistetaan täysi oikeus. Harris kuitenkin kysyy, mihin tällaiset yleisemminkin positiivisessa oikeudessa esiintyvät säännökset perustuvat – ja väittää, että tätä kautta ei varsinaisesti ratkaista oikeuden oikeuttamista.

Ensimmäisen haltuunoton tuottama oikeus on ajatuksena klassinen. Harris katsoo argumentaation kulkevan niin, että hallinnassa olevan syrjäyttäminen rinnastetaan päällekkäymiseen (toisen loukkaamiseen), joka on kielletty. Mutta tämä analogia ei tietenkään sinällään perustele oikeuden syntymistä ensimmäi-

⁷⁵ Ks. Harris emt. s. 182–212.

selle haltuunottajalle; se, että toisen häiritseminen on kiellettyä, ei kerro mitään sen oikeuden sisällöstä, jota ei saisi häiritä. Esimerkiksi Blackstone katsoikin, että omistusoikeuden atribuutit tulivat positiivisen oikeuden perusteella (jäänöksettömästi), eivät luonnollisen oikeuden nojalla. Omistusoikeudella olisi siten konventionaalinen perusta.

Persoonallisuuden konstituutio-argumentin Harris ottaa tässä yhteydessä tarkasteltavaksi siksi, että se voidaan rakentaa indiividin persoonallisen integriteetin kunnioittamisen jatkeeksi. Näin kunnioittaminen kattaisi sen, minkä ihminen liittyy itseensä. Nykymuodossaan argumentti liittyy kuitenkin pikemminkin siihen, että omistusinstituutioiden katsotaan tekevän vapaan valinnan mahdolliseksi tai turvaavan ihmisen riippumattomuuden. Haltuunottamisella saavutettava oikeus tunnustettaisiin siten yhteisössä samalla perusteella kuin persoonallinen integriteetti. Kritiikki tätä kohtaan puolestaan esittää tässäkin, että jonkinlaisesta tunnustamisesta ei sinällään seuraa täyden omistusoikeuden perusteltavuutta. Henkilön yksityisyysargumenttia koskevat samat rajoitukset. Yksityisyyden kunnioittaminen ei edellytä täyttä omistusoikeutta. Harris päätyykin jakson loppuviossa siihen, ettei ole olemassa luonnollisia oikeuksia omistukseen. Indiividin oikeudenmukainen kohtelu ei edellytä hyväksyttäväksi sellaista suhdetta ihmisen ja esineen (resurssin) välille, joka täyttäisi omistusoikeuden vaatimukset (rajoitamattomat käyttöoikeudet, määräämisvallat ja luovutusoikeudet).

Harrisin arviot eri perustelujen kantavuudesta ovat jokseenkin negatiivisia. Keskeisin kritiikki koskee sitä, että mistään perustelusta ei näytä seuraavan sellaisen oikeuden välttämättömyyttä, jollainen omistusoikeus on. Jos sen sijaan jo oletetaan omistusoikeus, esitetyt perusteet voidaan joiltain osin tai ehdoin nähdä perusteina osoittaa oikeus jollekin muiden edellä.⁷⁶ Tämä on

⁷⁶ Harris toteaa kaikki kuusi tarkastelemaansa omistusperustelua riittämättömiksi. Heikoimmin kantavat itseomistusargumentti ja persoonallisuuden konstituution argumentti. Itseomistusargumentti nojaa perusteettomasti oman ruumiin omistamisen retoriikkaan liitettynä vapauden periaatteeseen; sitä perustellaan ei-orjuudella, mistä se ei kuitenkaan seuraa. Persoonallisuuden konstituutio voi joissain harvoissa tilanteissa olla psykologinen ilmiö, mutta silloinkin se tukee pikemminkin rajoitettua ja luovutuskelvotonta oikeutta. Luominen-ilman-vääryyttä ja ensimmäisen haltuunoton perustelu muodostavat tärkeät omistusinstituutioiden sisäiset oikeuttamisperusteet, mutta kumpikaan ei konstituoiki alkuperäisiä oikeuden ehtoja. Luominen-ilman-vääryyttä voi olla perusteena oikeudelle tilanteissa, joissa luoja toiminta jonkin uuden asian aikaansaamisessa sosiaaliseen varallisuuteen palvelee olemassaolevien sosiaalisten velvollisuuksien konkretisoimisessa. Se ei takaa luojalle yksipuolista valtaa asettaa uudenlaisia suojattuja velvoitteita. Ensimmäinen haltuunotto voi olla perusteena oikeudelle edellyttäen, että jollekulle täytyy osoittaa omistusoikeus resurssiin. Ensimmäisestä valtauksesta ei kuitenkaan sinällään seuraa mitään oikeutettua vaadetta omistusoikeutuksiin indiivideille – vaikkakin se tukee kommunitaarisia omistuksia. Entä työ-ansio ja yksityisyys? Kukaan ei ole sellaisessa tilanteessa, että voisi ilman asetettua konventiota vaatia, että hän ansaitsee tulla palkituksi täydellä omistusoikeudella johonkin resurssiin. Sen sijaan sosiaaliisiin konventioihin usein sisältyy asettamus, jonka mukaan ansiokas työ saa palkkion omistuksen muodossa. Yksityisyysperustelut omistusoikeudelle ovat nekin sosiaalisen konvention varaisia ja ne ovat riippuvaisia siitä, missä määrin autonomista valintaa arvostetaan ottaen huomioon sen, missä määrin tämä voidaan taata muulla tavalla. Ks. Harris *emt.* s. 213–229.

tärkeä erottelu, mutta se mielestäni herättää ennen kaikkea kysymään sitä, missä määrin eri kirjoittajien voidaan edellyttääkään pyrkivän perustelemaan sellaista asemaa, joksi omistusoikeus käsitteellisesti tiivistetään. Tätä voidaan kysyä varsinkin liittyen siihen, missä vaiheessa omistusoikeus ymmärretään modernina täydellisenä määräämisvaltaa esineeseen nähden. Vaikka tällaiset määreet löytyvät esim. luonnonoikeuden edustajilta, voidaan toisaalta väittää, että sellaisena kuin esim. Grotius tai Pufendorf esittelevät luonnonoikeuteen nojaavan valtionsisäisen oikeuden, kokonaiskonseptiossa on kysymys omistuksenkin kohdalla toisenlaisesta käsityksestä. Ja tullaan taas siihen, että luonnon-tilassa ilmenevälle omistajan määräämisvallalle esitetty perustelu ei sinällään tarkoita kantaa perustelemaan sentyyppistä yksilön ja yhteisön suhdetta. Se saa konkreettisemman hahmonsa valtiotilaa koskevana keskusteluna. Voidaan myös väittää, että luonnonoikeudellisiin konseptioihin aina liittyy sopimuksellinen elementti, mikä havaitaan vasta kun otetaan koko ajattelurakenne huomioon. Tällöin päädytään siihen, että luonnonoikeusajattelijat ehkä hyvinkin ymmärsivät sen, että omistusoikeus oikeusasemana voidaan rakentaa vain sopimuksen tai konvention varaan: että mikään luontoon perustuva ei sitä perustele.

Ihmisen toiminnasta sinänsä ei siis näytä löytyvän perustetta, joka oikeuttaisi täyden omistusoikeuden johonkin. Voidaanko omistukselle sitten osoittaa kestävä instrumentaalinen perustelu? Edellyttääkö oikeudenmukaisen ihmisyyteen minimikriteereihin kirjattu automisen valinnan arvo omistusoikeutta? Tavallinen liberaali väite on, että yksilön vapaus suoraan osoittaa omistusoikeuden välttämättömyyden. Näin kuitenkin sivuutetaan se, että kysymys on myös yksilöiden välisistä suhteista ja lisäksi omistusoikeudeksi helposti luokitellaan mikä tahansa vapaus. Harris muistuttaa siitä, että omistusinstituutiot sääntelevät resurssien käyttöä ja allokoivat varallisuutta. Harris ei kiinnitykään arviossaan liberalismiin, vaan tarkastelee ensin Hegelin perustelua. Hänen mukaansa Hegel muita selkeämmin erottaa omistusinstituutioiden sisäiset funktiot. Ovatko siis omistusinstituutioihin sisältyvät vapaudet arvokkaita ihmiselle?⁷⁷ Harri-

⁷⁷ Hegelin osalta Harris viittaa siihen, miten tämä perustelisi omistusoikeuden persoonallisuuden konstituution psykologisella argumentilla. Itse Harris katsoo, että kysymys on pikemminkin vapausperustelusta ja siis omistuksen valintoihin varustavista funktioista, jotka ovat sisäänrakentuneet historiallisesti kehittyneisiin omistusinstituutioihin. Harris tiivistää Hegelin argumentaation muutamaa kohtiin, joista osan hän arvioi kestäviksi omiinkin lähtökohtiinsa nähden, mutta kaikki eivät kestä tarkemmassa analyysissä. Ks. Harris emt. erit. s. 236 s. Harris katsoo Hegelin lähtökohdastaan huolimatta sekoittavan päättelynsä ainesta, jossa on kysymys itseomistusargumentista ja siihen liittyvistä epäselvyyksistä. Saattaa kuitenkin olla, että Harrisia tässä harhauttaa hänen käyttämänsä englanninkielinen Hegel-teksti, jossa omistusoikeus ja määräämisvalta eivät välttämättä erotu samalla tavalla kuin saksankielisessä. Harris nimittäin puhuu siitä, miten Hegel liittii toisiinsa rationaalisen valinnan mahdollisuuden ja omistuksen. Näin kävisi, kun Hegel puhuu myös siitä, miten ”ihminen tulee itsensä omistajaksi erotukseksi kaikista muista”. Palaan Hegelin esityksen tulkintaan jäljempänä, mutta ymmärtääkseni olennaista on nähdä se, että Hegelin omistuskäsite abstraktin oikeuden osiossa ytimeltään viittaa määräämisvaltaan johonkin itseensä nähden ulkoiseen, mitä siis vapaus todellistuaakseen edellyttää. Tämä on eri asia kuin Harrisin viittaama itseomistus-retoriikka.

sin vastaus on, että omistusoikeuteen kuuluvat vapaudet edistävät autonomista valintaa ja ovat tässä mielessä ensikäden oikeuttamisperusteluja omistusinstituutioille. Perustelun voima koskee kuitenkin hänen mukaansa vain joitain asioita, kun taas muissa tapauksissa sen merkitys on hyvin kontekstuaalinen.⁷⁸

Mitä Harris saa esiin omistusoikeuksien instrumentaalisesta arvosta? Aina-kin sen, että vaikka täydelle omistusoikeudelle ei tarkastelussa ole löytynyt mitään kantavaa luonnollista perustetta, elämme maailmassa, jossa omistusoikeuksia laajalti on ja omistusoikeudet lisäävät yksilöiden ja ryhmien valinnanvapauksia ja niillä on siksi arvoa. Näin ollen ihmisillä voidaan väittää olevan oikeus vaatia, että yhteisö pitää yllä jonkinlaisia omistusoikeuksia. Tällöin on syytä kysyä, mitä sosiaalisia tavoitteita omistusoikeudet voisivat palvella. Harris pohtii tässä mm. perustarpeiden turvaamista ja markkinoiden vapautta, kannustimia sosiaalisen varallisuuden lisäämiseksi ja riippumattomuutta. Klassisestihan omistus on nähty ihmisen riippumattoman ja itsellisen aseman takeena. Modernina aikana omistusoikeudet eivät sen sijaan enää ole laajemmin ratkaisevia kansalaisasemalle. Niiden tilalle tai ohelle ovat tulleet itsenäiset poliittiset oikeudet.⁷⁹

2.3.2 Omistusperustelujen kaksi erisuuntaista linjaa

Edeltävät poiminnot osoittavat, että omistuksen ja omistusperustelun tiimoilta käytävä filosofinen keskustelu liikkuu koko yhteiskunnallisen ja poliittisen järjestyksen kentällä. Kun näitä koskevat käsitykset ja visiot ovat olleet ja ovat varsin erilaisia, ajaututaan helposti sellaiseen teemojen runsauteen, jonka liittyminen oikeudelliseen keskusteluun käy hataraksi. Tarkastelemissani tulkinnoissa voidaan havaita kaksi linjaa; omistusperusteluja on yhtäältä lähestytty toisistaan ja vuorollaan puntariin asetettavina ehdokkaina, toisaalta on pyritty rakentamaan punnintateoriaa, jossa otettaisiin samanaikaisesti huomioon useiden eri tekijöiden merkitys. Kehitelmissä ei tultu mihinkään selviin rakennelmiin, eikä se ilmeisesti ole enää tavoitteena. Filosofisessa kirjallisuudessa on nykyisin tyypillistä katsoa, että yhden kattavan teorian esittäminen on mahdotonta. Klassisissa esityksissä tähän vielä pyrittiin. *Ralf Dreierin* mukaan viimeisinä suurten teorioiden edustajina voidaan pitää Kantia ja Hegeliä. Lainopin kannalta kiinnostavia ovat joka tapauksessa mainitut suuret teoriat, jotka ajalli-

⁷⁸ Harris täsmentää kontekstuaalisuutta niin, että omistusoikeuksien käyttöä kanavoivista ja hallinnoivista funktioista käsin voidaan oikeuttaa pelkän omistuksen vapauksia (mere-property freedoms; termi kattaa käyttöoikeudet ja määräämisvallan käytöstä) tavanomaiseen irtaimistoon ja ehkä asuntoihin nähden. Vapaus luovuttaa ja käydä kauppa puolestaan edellyttää täyttä omistusoikeutta joihinkin esineisiin nähden sekä rahan introduointia omistusinstituutioihin. Ks. Harris emt. s. 230 ss.

⁷⁹ Ks. Harris s. 278 ss.

sestikin liittyvät niihin vaiheisiin, jolloin oikeudellista käsitesysteemiä tietoisesti rakennettiin. Jos siis jokin perustelu löytyy, se löytynee pikemminkin sieltä.

Keskustelun jäsentämiseksi on valittava jokin eri kirjoittajien käsityksiä ryhmittelevä kriteeri. Edellä on tullut esiin useita ryhmittelyperusteita. Tarkastelen seuraavassa lyhyesti vielä kahta ehdotusta, jotka sisältyvät samaan omistusfilosofiseen keskusteluun, jonka osaa edellä on referoitu. Kysymys on *Alan Ryanin* ja *Jeremy Waldronin* kirjoituksista, joissa omistusperustelua koskeva keskustelu ryhmitetään kahteen päälinjaan. Ehdotukset tavoittavat mielestäni sellaisia eroja ja yhteyksiä, joilla on kysymyksiä herättävää merkitystä oikeudellisessa kirjallisuudessa (ja juristikäytännöissään) esiintyvien omistusperustelujen paikantamisen kannalta. Oikeudellisessa kirjallisuudessa omistusperusteluina näyttäisivät esim. Harrisin viittausten perusteella esiintyvän ainakin valtaus, työ ja sopimus – miten ne sitten ymmärretäänkin.⁸⁰

Ryanin teemana on nimenomaisesti omistuksen ja työn suhde.⁸¹ Tällä perusteella hän erottaa klassikoiden omistuskeskustelusta kaksi linjaa, joita hän kutsuu instrumentaaliseksi ja itsekehitykselliseksi. Edellistä edustaa Locke, jälkimmäistä J. J. Rousseau sekä mm. Immanuel Kant ja G. F. W. Hegel.

Instrumentaalinen näkökulma omistukseen ja työhön sisältää sen, että sosiaaliset instituutiot kuten yksityinen omistusoikeus ja työn tekeminen voidaan oikeuttaa vain instrumentaalisesti, välineenä johonkin, jota Ryan kutsuu ”ihmiskunnan kukoistamiseksi mahdollisuuksiensa mukaan” eli yleisemmin sosiaalisen hyvinvoinnin vaatimukseksi. Instrumentaalinen on lähellä utilitaarista käsitystä, mutta Ryan ei halua kutsua sitä siksi lähinnä siitä syystä, että hän näkee linjan perusajatukset Locken kirjoituksissa, jota ei voida pitää utilitaristina. Ryan korostaakin sitä, että Lockelle ihmiset eivät olleet vain sosiaalisen hyvinvoinnin välineitä. Kristillisiin lähtökohtiin pitäytyvä Locke katsoo Jumalan asettaneen ihmisen maan päälle täyttämään Jumalaa kohtaan olevia velvollisuuksiaan. Näitä täyttäessään ihmiset toteuttavat itseään, jolloin konseptioon sisältyy itsekehityksellisen teorian aineksia. Klassinen instrumentaalinen ja utilitaarinen omistusinstituutioiden puolustus nojautuu tehokkuusargumenttiin, jonka mukaisesti omistusinstituutio nähdään yhtenä ratkaisuna yhteisön resursseja järjestäviin ja ihmisten keskiisiä toimintasääntöjä koskeviin ongelmiin. Itsekehityksellinen näkökulma omistukseen ja työhön taas sisältää näkemyksen, jossa yksilön tahdon vapaus edellyttää yksityisten omistusoikeuksien olemassaoloa. Kun omistusoikeuksien systeemiä turvaa tietynlainen poliittinen järjestelmä, ihmiset voivat työskennellä tehtävissä, jotka kehittävät heidän yksilöllisiä persoonallisuuksiaan ja sopeuttavat heidät sosiaaliseen järjestykseen.⁸²

⁸⁰ Ks. Harris esim. s. 209 ss., 213 ss. ja s. 317 ss.

⁸¹ Ryan, *Property and Political Theory* (1984).

⁸² Ks. Ryan s. 5 ss.

Ryan ei näin tarkastele omistuksen ja työn suhdetta niinkään siitä näkökulmasta, oikeutetaanko yksityisen omistusoikeuden syntyminen työperusteella vai ehkä jollain muulla. Ryanille kaikki tarkasteltavat kirjoittajat puhuvat omistuksesta ja työstä, mutta ymmärtävät nämä eri lähtökohdista käsin. Ehkä olen naisin ero on siinä, että instrumentaalista näkökulmasta työ on jotain raskasta, taakka tai kustannustekijä, jonka suorittamisen tulee palkita tekijä taikka toteuttaa jotain yleistä etua tai asettamusta. Sen sijaan itsekehityksellisestä näkökulmasta työ näyttäytyy jonain periaatteessa positiivisena, jossa yksilön vapaus tai oikeus tai määräämisvalta toteutuu.

Erottelu instrumentaaliseen ja itsekehitykselliseen näkökulmaan ei Ryanin esittämänä suinkaan lopullisesti selvennä omistusperustelujen ryhmittelyä, mutta se muistuttaa tärkeistä kysymyksistä. Ensimmäinen on se, että työelementti epäilemättä on mukana kaikilla tarkastelluilla kirjoittajilla, mutta tämä ei toisaalta sellaisenaan kerro siitä, minkä katsotaan synnyttävän tai oikeuttavan yksityisen omistusoikeuden. Kun Locke, Kant tai Hegel puhuvat työstä omistuksen yhteydessä, käsitteellä on eri merkitys. Ryanin erottelu instrumentaaliseen ja itsekehitykselliseen ei selvitä sitä, mistä ero Locken ja muiden välillä varsinaisesti johtuu tai seuraa. On kuitenkin ilmeistä, että se liittyy luonnonoikeudellisiin lähtökohtiin. Toinen huomionarvoinen kysymys koskeekin sitä, käydäänkö Jumalan antaman oikeuden lähtökohdasta määrittävää jakamiskeskustelua vai sellaisesta lähtökohdasta irroitettua perustelukeskustelua.

Ryanin tapaan myös Waldron erottaa omistusargumentoinnissa kaksi varteenotettavaa päälinjaa, joiden variaatioita kirjallisuus sitten toistaa.⁸³ Waldronin mukaan nämä ovat hegeliläinen ja lockelainen. Molemmissa lähdetään siitä, että yksilöillä on tarve omistamiseen (erotukseksi laajasta anti-property-keskustelusta). Hegeliläisessä versiossa on Waldronin mukaan kysymys yleisestä, perustavasta inhimillisestä tarpeesta, joka on jokaisella: omistaminen liittyy ihmisen eettiseen kehitykseen individuaaliseksi yksilöksi ja subjektiksi. Näin omistamisen ja henkilöllisyyden välille kudotaan käsitteellinen sidos. Tähän konseptioon näyttäisi näin sisältyvän ajatus siitä, että jokaisen pitäisi myös saada omaisuutta (voidakseen kehittyä itsemäärääväksi subjektiksi). Lockelaisessa versiossa taas ihmisellä on oikeus omistamiseen vain ja vasta tekemänsä eli työn perusteella. Waldron puhuu GR-based-argumentista (general right) eli yleisperustelusta ja SR-based-argumentista (special right) eli erityisperustelusta. Tärkeää on se, että Hegelin itsekehityksellistä linjaa edustavassa konseptiossa omistusoikeuden synnyttää valtaus (occupatio).

Waldronin oma arvio occupation kantavuudesta nojautuu samantyyppisiin huomioihin ja kritiikkiin, joihin edelläkin on viitattu. Occupatio ei hänen mukaansa tosiasiaassa anna pitävää perustelua omistusoikeudelle. Se on ehkä luon-

⁸³ Waldron, *The Right to Private Property* (1988).

teva kriteeri ratkaistaessa kiistoja sellaisessa järjestelmässä, johon jo sisältyy omistusoikeus. Valtauserustelu ei ulotu selittämään sitä, että ensimmäisen valtaajan oikeus olisi nimenomaan yksityinen omistusoikeus, sillä haltuunottajan intressi voitaisiin turvata muunkinlaisella oikeudella. Lisäksi perustelua on vaikea ulottaa tuleviin sukupolviin: minkä takia kaikki jälkipolvet olisivat sidottuja sellaiseen jatkuvuuteen, minkä syntymiseen nämä eivät ole olleet tilaisuudessaakaan vaikuttanut tai osallistunut. Tämä epäily koskee niukkoja resursseja, joita koskevan jaon sitovuudelle ei löydetä perustaa.

Kritiikistään huolimatta Waldron näkee Hegelin konseption kehittämiskelpoisempana kuin Locken edustaman omistuserustelun. Tämä arvio ei perustu niinkään Hegelin ja Locken esittämien käsitysten kantavuuden kokonaisarvioon sellaisenaan, vaan Waldronin omaan lähtökohtaan, joka koskee yleisperustelun ja erityisperustelun keskinäistä paremmuutta. Kun erityisperustelussa lähdetään siitä, että oikeus syntyy partikulaaristen tilanteiden ja tapahtumien yhteydessä, ja yleisperustelussa puolestaan siitä, että oikeus on oikeudenkantajalla riippumatta muutoksenalaisista ja vaihtelevista olosuhteista ja tapahtumista, jälkimmäinen perustelu on Waldronin mielestä sekä haastavampi että eettisesti kannatettavampi kuin erityisperustelu. Waldronin tarkoituksena on saavuttaa paras mahdollinen ymmärrys Locken ja Hegelin omistusteorioista, mutta samalla käyttää näitä esimerkkeinä, joiden avulla on mahdollista tutkia eroja perustelutyypin argumentaation välillä.⁸⁴ Hegelin teoria on Waldronin näkökulmasta kiinnostavampi siksi, että Hegel Waldronin mukaan uskoo, että yksityinen omistusoikeus on jotain, jota jokainen indiviidi tarvitsee. Kysymys ei ole vain tarpeesta tiettyjen esineiden hallintaan, sillä tarpeiden tyydyttämiseen ei tarvita välttämättä yksityistä omistusoikeutta. Kysymys on siitä, että kehittyminen eettisesti täysikasvaiseksi ihmiseksi edellyttää omistusta. Oleminen omistajana on ihmiselle eettisesti tärkeää aivan riippumatta siitä seuraavista materiaalisista eduista.

Waldron toteaa, että erityisperustelun lähtökohdista käsin se, että indiviidi ei omista mitään, ei ole huomionarvoista: jos ja kun hän ei ole ryhtynyt toimiin, jotka perustavat oikeuksia, hänellä ei tietenkään ole mainitunlaisia oikeuksia (mutta se on hänen oma valintansa). Sen sijaan yleisperustelun lähtökohdista omistamattomuus on osattomuutta hyvin periaatteellisesti huomionarvoisella tavalla, koska se merkitsee samalla eettisen kehityksen mahdottomuutta, joten siihen tulee voida puuttua. Waldron päätyy siihen arvioon, että yleisperustelun ja erityisperustelun argumentointi ovat yhteensovittamattomia ja jos molemmantyyppistä ainesta sisällytetään samaan teoriaan, teorian johdonmukaisuus kyseenalaistuu. Waldron näkeeikin sitten Hegelin teoriassa tiettyä epäjohdonmukaisuutta siinä, miten se oikeuttaa yksityisen omistusoikeuden abstraktilla

⁸⁴ Waldron s. 127.

tasolla ja siinä, että konkreettisella tasolla omistusoikeuden oikeuttaisi individuaalinen haltuunotto ja luovuttaminen.⁸⁵

Erityisperustelua Waldron tarkastelee erityisesti Locken kirjoitusten pohjalta, jotka hän arvioi riittämättömiksi perustelemaan yksityistä omistusoikeutta.⁸⁶ Waldron keskustelee teoriatyypin heikkouksista yleisemminkin, jolloin hän pyrkii osoittamaan mahdottomaksi ajatuksen siitä, että indiviidi voisi omilla yksipuolisilla toimillaan asettaa toisille moraalisen velvollisuuden pidättäytyä tiettyjen resurssien käyttämisestä ja että nämä velvollisuudet voitaisiin vieläpä siirtää luovutuksen tai perinnön kautta.⁸⁷

Näyttää siis siltä, että erityisperustelun heikkous on Waldronin mukaan viime kädessä siinä, että se ei ole yleisperustelu. Kun Waldron kallistuu näkemään yksityisen omistuksen välttämättömäksi ihmisen moraalisten ja henkisten tarpeiden kannalta, omistuksen syntymisen liittäminen johonkin kontingenttiin näyttää riittämättömältä tai ristiriitaiselta.⁸⁸ Waldronia on kritisoitu siitä, että hän tulkitsee Hegelin omistuserustelun psykologivaksi itsekehitysargumentiksi.⁸⁹ Sen ohella voidaan sanoa, että olisi selkiyttävää erotella tarkemmin se, minkä määritteisestä omistusoikeudesta eri tilanteissa puhutaan. Esim. Hegel puhuu omistusoikeudesta paikoin yleisemmin, paikoin varsin juridis-teknisesti. Waldron itse määrittelee omistusoikeuden niin väljästi, että se vastaa lähinnä varallisuus oikeutta.⁹⁰ Keskus-

⁸⁵ Ks. Waldron s. 129 ss. Waldron viittaa myös siihen mahdollisuuteen, että yksityinen omistus-oikeus (joillekin) välttämättä edellyttäisi omistajattomuutta suurelle joukolle muita. Jos näin olisi, yleisperustainen argumentti yksityiselle omistusoikeudelle olisi kestävämmän osoittaessaan ihmisen oikeudeksi jotain sellaista, jonka toteuttaminen universaalisti ei olisi lainkaan mahdollista. Waldron ei kuitenkaan valitse tätä linjaa. Itse ajattelen, että ajatus on varsin mahdollinen eikä silti tee teoriaa epäjohdonmukaiseksi. Teorian ei tarvitse ajatella muodostuvan yhdentasoisesta vaateesta, vaan sen voi ajatella sisältävän abstraktin ja konkreetin yhteensovittamisen. Oikeut-tamista ja perusteltavuutta ei siis tarvitse nähdä sellaisena, joka voitaisiin suoraan palauttaa konkretisaatioksi. Sitä ei ehkä tarkoiteta sellaiseksi, vaan päinvastoin selittämään ristiriita. Vaik-ka konkreettisella tasolla monenlaisista olosuhteista ja kontingenteista seikoista johtuen vallitsee eriarvoisuutta, epätasa-arvoa, osattomuutta jne., niin ei esitetä pitävän olla. Abstrakti perustelu esittelee muutoksen horisontin ja todellisuuden epätäydellisyys kiinnittyy olosuhteisiin.

⁸⁶ Ainoa yleinen oikeus, joka ihmisellä Locken konseptiossa on, on takuu itsesäilytyksestä, jollei hän itse pysty elantaan hankkimaan. Äärimmäisessä tilanteessa tämä oikeuttaa ihmisen käyttämään tarpeeseensa muiden ylijäämää. Locke kuitenkin Waldronin mukaan optimistisesti uskoi, että yleinen itsesäilytys-oikeus ja erityisten oikeuksien perustaminen palvelisivat samaa päämäärää: vauraan yhteisön muodostumista, jossa tosin vallitsisi huomattava epätasa-arvo, mutta jossa jokaiselle kuitenkin tarjoutuisi suhteellisesti parempi mahdollisuus hankkia elanton-sa, joko hallinnanoton (omistuksen) tai työllistymisen kautta. Ks. Waldron s. 137–252.

⁸⁷ Ks. Waldron s. 253 ss., jossa tarkastellaan Nozickin käsityksiä.

⁸⁸ Vrt. Waldron s. 284 ss.

⁸⁹ Esim. Harris s. 233 s.

⁹⁰ Waldron puhuu omistuskäsitteistöstä systeeminä. Kysymys on sääntöjen systeemistä, joka määrittelee materiaalisten resurssien hallintaa (hallintaan pääsyä) ja kontrollia. Waldronin määri-telmä yksityisomistuksesta lähtee sekä järjestelmänäkökulmasta. Yksityisomistuksen järjestel-mässä materiaalisten resurssien haltuunottoa ja määräämisvaltaa (kontrollia niistä) määrittelevät säännöt rakentuvat sille, että resurssit muodostuvat erillisistä objekteista, jotka on osoitettu ja siksi kuuluvat tietyille partikulaareille indiviideille. Ks. Waldron s. 31 ss.

telulla ei näin välttämättä aina ole yhteistä mittaa. Argumentaation kestävyys kriteerit asettuvat eri tavalla silloin, kun pohditaan perusteita sille, tuleeko yksityisillä olla individuaalisia oikeuksia joihinkin resursseihin, ja silloin, kun pohditaan perusteita sille, tuleeko indiviideillä olla yksinomaisia ja muut poisulkevia oikeuksia joihinkin niukkoihin resursseihin.

Waldron kritisoi tarkasteluja, joissa kehitellään ensisijaisesti sitä, minkälainen omistussysteemi pitäisi rakentaa. Kysymyksenasettelun pitäisi hänen mukaansa olla käytännöllisempi: miten olemassa olevaa sekatalouden systeemiä pitäisi kehittää?⁹¹ Waldron ei toisaalta itse kaikin paikoin ota huomioon omistussysteemi-keskustelujen eritasoisia ainesosia eikä tarkastele mieltä kirjoittajien käsitysten kerroksellisuutta. Kysymys nykyisen keskustelun ja tarkasteltavien kirjoittajien menneeseen aikaan sijoittuvan kontekstin suhteesta onkin klassinen ongelma ja epäilemättä hankala muillekin kuin Waldronille.

Luonnonoikeusajattelijoiden ja nykyisajattelijoiden lähestymistavassa on nähdäkseni ilmeinen ero mm. siinä, että rationaalisen luonnonoikeuden edustajat eivät oikeastaan kysy ja problematisoi sitä, miten omistusoikeus käsitteellisesti pitäisi eritellä osiinsa. Tämä ei tarkoita sitä, etteikö se, mitä yksityiseen omistukseen sanotaan sisältyvän, pääpiirtein vastaisi sitä, miten oikeutukset nykyisinkin tiivistetään. Luonnonoikeusajattelijat eivät vain aseta kysymystä siten, onko mahdollista moraalisesti pitävästi perustella yksityinen omistusoikeus. Tehtävänä on pikemminkin selityksen esittäminen yksityiselle omistusoikeudelle (kun sellainen on): miten siihen on tultu tai siirrytty, kun (raamattullisena) lähtökohtana on ollut jonkinlainen yhteisoikeus. Ovatko siis luonnonoikeusajattelijat tavallaan realistisempia kuin useat nykyaikajattelijat? Näkykö tässä se lähtöasetelma, että luonnonoikeuskonseptioissa (todellakin) pyrittiin esittämään oikeutus olemassa olevalle järjestelmälle? Minusta on syytä ainakin kysyä, miksi ajatus vallitsevan järjestelmän oikeuttamisesta nähdään usein niin helpon kritiikin kohteena. Ajatushan ei sisällä sitä, että olisi hyväksytty ja selitetty oivalliseksi kaikki olemassa oleva, vaan pikemminkin sitä, että olemassa olevat keskeiset instituutiot (moderniin kääntyvä valtio ulottuvuuksiin) ovat lähtökohtana; niille pitää pystyä kertomaan joku selitys (jos sellaiseksi ei kelpaa annettu järjestys). Juuri tässä mielessä omistus selvästikin on instituutio, jonka syntyminen selitetään. Nykyfilosofiassa sen sijaan näyttää erityisesti varhaisemman filosofian arvioinnissa olevan pohjana usein sellainen oletus, että filosofian ollakseen kelvollista pitäisi kyetä esittämään kaikille ilmiöille looginen perustelu ja jos näin ei ole, kirjoittaja on epäonnistunut tai sortuu ristiriitaisuuksiin. Lienee kuitenkin selvää, että yksityinen omistusoikeus ei ole välttämättömyys, mutta kun sellainen on käytössä, se pitää ehkä yrittää selittää hyväksyttävänä.

⁹¹ Waldron s. 322.

Eräs syy keskustelun asetelmiin olisi siis yksinkertaisesti se, että varallisuuden historiallisesti periytyneellä jakaantumisella on merkityksensä varallisuusjärjestelmän perustalle ja piirteille, ja keskustelu määrittyy erisuuntaiseksi riippuen siitä, otetaanko se huomioon vai ei. Nykyisessä varallisuuskeskustelussa ei varallisuusoikeudellisessa mielessä voida olla pohtimassa omistuksen oikeudenmukaisen saamisen kriteereitä, vaan lähinnä siirtymisen ja perimisen oikeuden- ja lainmukaisuutta. Näitä sääntöjä voidaan jonkin verran muuttaa tai ainakin käydä keskustelua siitä, pitääkö esim. etäisillä sukulaisilla olla oikeus periä tai voiko testamentilla absoluuttisesti syrjäyttää lähisukulaiset. Lähtökohdana on yleensä omaisuuden perittävyys ja perinnöllisyys, mikä suorastaan samalla jo tarkoittaa sitä, että kysymystä ei tarkastella alkuperäisen omistuserustelun näkökulmasta. Kysymys on vain olemassa olevan oikeuden siirtämisestä. Siirtämisen rajoittaminen vasta toisi keskusteluun klassisen uudelleenjakamisen ajatuksen. Sen sijaan nykyisessä varallisuusfilosofisessa keskustelussa nämä realiteetit useimmiten unohdetaan.

Eriaikaisten kontekstien huomioon ottaminen tarkoittaisi myös sen muistamista, että nykyisessä palkkatyöyhteiskunnassa resursseihin osallisuus tarkoittaa useimpien kohdalla palkkaa, joka taas on käsitteellisesti korvaus tehdystä työstä eikä omistusoikeus. Filosofin näkökulmasta tällä erolla ei näytä olevan samanlaista merkitystä kuin oikeudellisesta näkökulmasta. Jos kerran ihmisten toimeentulo rakentuu pääsääntöisesti muun käsitteistön varassa, miksi erottaa omistus omaksi kysymyksekseen? Juristin näkökulmasta taas eroa ei voida noin vain sivuuttaa, koska omistus edelleenkin tarkoittaa tiettyä erityisasemaa, jolla on myös taloudellista merkitystä. Vaikka ero ei enää olisikaan yhtä yksiselitteinen kuin aikaisemmin, on joka tapauksessa relevanttia tunnistaa ero siinä, että klassisessa keskustelussa pidetään silmällä tietynlaista, erityistä, esineitä koskevaa omistusoikeusasemaa. Siksi keskustelu saa tietyn muodon ja tietyt puitteensa ja on ymmärrettävissä tätä perustaansa vasten.

Kirjoitusten kontekstin tarkempi huomioon ottaminen ei tarkoita sitä, että tulisi tai voitaisiinkaan pitäytyä pelkästään kirjoittajan omien tarkoitusten karjoittamiseen. Teksti on osoitettu puheenvuoroksi johonkin keskusteluun, jossa se tulee tulkituksi ja saa merkityksiä, joita kirjoittaja ei useinkaan edes osaa ennakoida. Voidaan kuitenkin edellyttää, että kirjoittajan tarkoituksia etsitään ensisijaisesti siitä traditiosta, johon hän on osallistunut. Tämä on ilmeistä mm. Locken tuotannon kohdalla. Esimerkiksi Ryan käy varsin pitkään läpi Locken kirjoituksia koskevia erisuuntaisia tulkintoja. Tuloksena on kuitenkin ennen kaikkea se, että Locke ei eksplisiittisesti askarruttanut moni sellainen ongelma, johon myöhemmin on yritetty hakea vastausta. Ryan väittää Locken jättäneen jälkeensä kaksi huomionarvoista peruskysymystä: ajatuksen siitä, että yksityisomistus vaatisi ja olisi tulosta joistain ponnistuksista, ja ajatuksen siitä, että kukin aloittaa elämänsä samoin mahdollisuuksin hankkia omaisuutta. Nämä herättävät toki lukuisia jatkokysymyksiä. Ryan toteaa omana tulkinta-

naan, että Locke ei välttämättä tarkoittanutkaan, että jokaisella olisi oikeus omaisuuteen nimenomaan (maata tai muita esineitä koskevan) omistusoikeuden merkityksessä, vaan lopultakin (vain) sitä, että jokaisella on oikeus elämissen edellyttämään tarpeiden tyydyttämiseen.⁹²

Tällainen käsitys ei toisaalta erota Lockeä muusta tuonaikaisesta luonnonoikeudesta. Onkin syytä muistaa, että 1600-luvun luonnonoikeudellisissa kirjoituksissa omistusoikeudesta keskustellaan tyypillisesti siitä lähtökohdasta käsin, että yksityinen omistusoikeus ei ole luonnollinen ja siksi se on perusteltava. Kirjoitukset eroavat toisistaan siinä, millaista toimintaa, valintoja tai sopimuskellisuutta edellytetään omistusoikeuden syntymiseksi. Tästä näkökulmasta Locke epäilemättä on työperusteen esiin nostamisessa jollakin tapaa merkittävä erotukseksi vallitsevasta valtaus- ja sopimusperusteesta. On kuitenkin keskustelunalaista, nouseeko työ Locken kirjoituksista esiin vasta myöhemmissä tulkinnoissa.⁹³

2.3.3 Luonnonoikeuden merkityksestä rajalinjana

Waldronin ja Ryanin erottamien suurien linjojen erot jossakin määrin ristiriitaisine kriteereineen osoittavat erikseen pohtimaan luonnonoikeudellisen keskustelun puitteita. Nämä ovat selvästi toisenlaiset kuin sittemmin luonnonoikeudesta irtaannuttaessa. Luonnonoikeuden teksteissä kaikilla kirjoittajilla on lähtökohtana Jumalan antama *communio*, josta pitää sitten jollakin tavalla siirtyä yksityisomistuksen syntymiseen. Työ on tästä lähtökohdasta käsin myös Lockella tosiasiaassa pikemminkin haltuunoton muoto. Locken tulkinta muuttuu radikaalisti, jos ja kun Locke sittemmin irrotetaan luonnonoikeudellisesta lähtökohdastaan. Tällöin ei ole annettua oikeuden lähtökohtaa, vaan oikeuden syntyminen pitää perustaa johonkin kriteeriin. Silloin työ tulee tulkittua siksi vaivaksi, johon ryhtyminen tuottaa oikeuden vain niille, jotka ryhtyvät. Muilla ei ole oikeutta. Tulkittu Locken konseptio näyttää siltä, että nyt vaaditaan jotakin enemmän, suoritus, siis työtä ja vaivaa, ei vain paikalle sattumista.

Sopiiko tämä tulkinta Ryanin jaotteluihin? Mielestäni voidaan sanoa, että Ryanin tekemä jaottelu instrumentaaliseen ja itsekehitykselliseen linjaan nostaa perustellusti esiin Locken, mutta nimenomaisesti myös sen, että tämä ei oikeastaan sellaisenaan sovi jaotteluun, vaan vasta sitten, kun irtaannutaan Lockeä itseään vielä sitovista lähtökohdista. Samalla havaitaan, että luontaisoikeudellisen ajattelun lähtökohdat ovat yleisemminkin tärkeitä omistuspäätelukeskustelulle ja sen muokkaantumiselle. Toinen tärkeä huomio on se, että työ

⁹² Ryan s. 44 s.

⁹³ Vrt. erit. Damian Heckerin tutkimus, jonka tulkintoihin tullaan tarkemmin jäljempänä, seuraa vassa jaksossa.

toki esiintyy kaikilla, mutta tämä seikka ei sentään tee kaikista omistuksen työperustelijoita. Edelleen on syytä kysyä, onko Ryanin ehdottama instrumentaalisuus/itsekehityksellisyys sittenkään osuva jako. Siinähan on kysymys omistuksesta joko välineellisenä tai itsekehityksen arvoon sidottuna. Jälkimmäiseen näin lukeutuvat Rousseau, Kant ja Hegel edustavat kuitenkin erilaisia käsityksiä omistuksesta ja sen oikeuttamisesta. Tämä ei tule vielä esiin Ryanin erittelyssä. Tuoko sitten Waldron tähän vertailuun lisäaineksia ja lisäkysymyksiä?

Ryanin väittämä muutos vastaa sinällään pääpiirteissään Waldronin tekemää erottelua erityisen ja yleisen perustelun välillä. Täytyy vain huomata, että Waldronin nimeämä lockelainen linja (eli erityinen perustelu) on nimenomaan tulkittu Locke, ei alkuperäinen luontaisoikeudellisen konseption keskustelussa esiintynyt Locke. On huomattava myös se, että hegeliläinen ”yleinen” on jotakin aivan muuta kuin luontaisoikeudellisen konseption keskustelijoiden yhteinen lähtökohta annetusta oikeudesta. Luontaisoikeudellisessa konseptiossa tuo lähtökohta tuli omistuskeskusteluun suoraan Raamatusta. Näin se ainakin tulkittiin (communioksi annettu maa ja sen antimet). Siksi tämän keskustelun yleinen todellakin koskee yhteistä omistuksellista ajatusperustaa. Sen sijaan se yleinen, jota Waldronin jaottelussa tavoitellaan, viittaa siihen, että omistus liitetään käsitteellisesti johonkin sellaiseen, joka koskee kaikkia ihmisiä. Hegelillä tästä lähtökohtasitoumuksesta seuraa omistusoikeuden välttämättömyys, mutta lähtökohta sinällään ei ole omistuksellinen, vaan se on abstrakti tahdon vapaus – joka merkitsee valintoja (tahdon ilmeneminen), jotka ovat määräämävallan käyttämistä (ei vain itseen vaan itsen ulkopuoliseen). Tästä nähdään myös se, että työn tarkoittamalla lisäedellytyksellä ei Hegelin konseptiossa voine olla merkitystä siihen tapaan kuin Ryan esittää. Sehän olisi ristiriitainen; tahtoko ilmenisi vain työnteossa? Toki siinäkin, mutta olennaisesti jo ennenmin. Hegelin tekstin tarkempaan analyysiin palataan jäljempänä (jaksossa 5.2).

Ryan ei ole ainoa, joka lukee Hegelin lockelaisen työteorian edustajaksi. Erot tulkinnoissa ovat kiinnostavia ja liittyvät epäilemättä siihen, mikä on kriteeri, jolla jakoja eri ”linjoihin” ja ajatusjatkumoihin tehdään. Silloin kun eri perustelujen kantavuutta punnitaan erikseen, näyttää erityisesti Locken, Kantin ja Hegelin kohdalla mahdolliselta puhua saman kirjoittajan kohdalla joko valtauserustelusta tai työperustelusta. Kysymys ei ole vain siitä, että eri tulkitsijat lukisivat tarkastelemaan kirjoittajia jotenkin epätarkasti tai huolimattomasti. Tällä häilymisellä on ymmärtääkseni tekemistä myös sen seikan kanssa, että valtaus haltuunottona ja työ liittyvät toisiinsa ja peittävätkin osin toisiaan. Silti niiden erokin on tärkeä, sillä jotkut tarkastelluista kirjoittajista – kuten Kant – sanovat nimenomaisesti, että työ ei ole tarpeen omistusoikeuden syntymiseksi. Ero tulkinnoissa liittyykin keskeisimmin siihen, tarkastellaanko perustelua osana kirjoittajan kokonaiskonseptiota ja millaisena tämä kokonaiskonseptio nähdään. Eri kirjoittajilla on erilaisia lähtökohtia ja sitoumuksia, joista käsin he

osallistuvat omistusperustelukeskusteluun. Siinä määrin kuin näitä lähtökohtia otetaan huomioon, asettuvat myös perustelut eri valoon.

Eri tulkintojen suhteuttamiseksi toisiinsa on tehtävä tiettyjä erotteluja. Ensiksikin on erotettava omaksi keskustelukseen (rationaalisen) luonnonoikeuden keskustelu omistuksen oikeuttamisesta. Se on aivan olennaisesti ns. jakamiskeskustelua annetun lähtökohdan pohjalta. Tämän keskustelun lähtökohta on se, että Jumala on antanut ihmisille oikeuden, ja omistusperusteluissa on sitten kysymys siitä, minkä tointen kautta voidaan ajatella siirryttäväksi yhteisestä oikeudesta yksityisiin oikeuksiin. Tyypillisesti tässä esitetään perusteena valta eli haltuunottaminen ja työ esiintyy lähinnä haltuunottamisen muotona. Konseptiota täydennetään sopimuselementillä. Locke alkuperäisessä muodossaan kuuluu luonnonoikeudelliseen jakamiskeskusteluun. Kun luonnonoikeudesta irtaannutaan, häviää myös omistuskeskustelun yhteinen lähtökohta.

Irtaantumisen jälkeen voidaan puhua erillisestä perustelukeskustelusta, jossa omistusoikeus voidaan pyrkiä perustelemaan joko kaikille kuuluvana tai kaikilla olevana oikeutena taikka voidaan pyrkiä perustelemaan omistuksen syntymisen johonkin tekijään tai toimeen liittyväksi. Tämän jaon Waldron tavoittaa erottelullaan yleisestä ja erityisestä perustelusta. Tästä jaosta käsin myös valta ja työ asettuvat toisenlaiseen suhteeseen. Voidaan ajatella, että silloin, kun edellytetään erityistä perustelua, työ nähdään luontevasti oikeuden syntyperusteena. Tästä asetelmasta käsin arvioituna puhdas valta verrattuna työhön kiinnitettyyn vaivannäköön näyttäytyykin pelkkänä vallankäyttönä (ei-ansaituna). Muuta mahdollisuutta ei oikein ole. Jos valtausta sen sijaan tarkastellaan yleisen perustelun yhteydessä, se tarkoittaa ja oikeastaan ilmaisee sitä, että kannan esittäjän lähtökohdissa on asetettu jo jotakin sellaista, joka koskee kaikkia ja josta omistus haltuunottamisella (vain) seuraisi. Muutoinhan ei olisi kysymys yleisestä perusteesta. Lähtökohdaksi asetettua voi tulkita itsekehitykseksi, mutta se voi olla myös vapaus (ilman psykologisoivia ulottuvuuksia). Olennaista on se, että tässä yhteydessään valta ei asetu vallan vaan pikemminkin vapauden tai oikeuden käyttämiseksi.

3 Oikeustieteen oppihistoriallinen keskustelu omistusoikeuden perustelusta

3.1 NÄKÖKULMANA MODERNIN OMISTUSOIKEUDEN SYNTYMINEN

Edellä havaittiin, että filosofisissa kysymyksenasetteluissa omistuskäsite nähdään tärkeänä länsimaista yhteiskuntakäsitystä rakentavana elementtinä. Myös oikeustieteen oppihistoria voidaan tematisoida yhteiskuntarakenteen ja yhteiskuntakäsityksen heijastajana. Esimerkiksi *Paolo Grossi* ja *Wolfgang Wiegand* kuvaavat eurooppalaisissa omistuskäsityksissä tapahtuneita muutoksia uudella ajalla aina 1800-luvulle asti abstrahoitumiskehityksenä, jossa on yleisesti kysymys siirtymisestä keskiaikaisesta maailmankuvasta ja käsitteistöstä rationaalisen luonnonoikeuden kautta moderniin omistuskäsitykseen.¹ Muutoksen tai siirtymän etappeja eri tutkijat asettelevat eri kohtiin. Yleisesitysten sijaan tarkastelen seuraavassa kahta omistusoikeuden oikeustieteelliseen oppihistoriaan keskittyvää tutkimusta. *Damian Heckerin* ”Eigentum als Sachherrschaft” (1990) koskee modernin esineherravallan syntymistä ja *Manfred Brockerin* ”Arbeit und Eigentum” (1992) omistusperusteluissa tapahtuvaa muutosta.² Tarkempaan tutkimusteemaansa liittyen kumpikin esittää samalla omistuskäsitysten pitkää kaarta koskevan tulkinnan, jossa omistusteorioiden väitetään muuttuneen ratkaisevasti tiettyssä vaiheessa moderniin tultaessa. Tutkimukset ovat kiinnostavia myös siksi, että ne antavat keskeisten omistusperustelujen opillisesta asemasta ja merkityksestä osin toisenlaisen kuvan kuin edellä viitatus oikeusfilosofiset pohdinnat. Ero liittyy lainopin traditioon ja näkökulmaan.

Heckerin ja Brockerin tutkimusten tarkastelun jälkeen on helpompi osoittaa kysymykset, jotka mielestäni edelleen vaativat enemmän tarkastelua. Näin molempien tutkimusten merkitys oman tutkimukseni kannalta on ennen kaikkea taustoittava: tutkimuksista voidaan nähdäkseni tiivistää riittävän selkeä ja moniaineksinen kuva omistuskeskustelussa 1600- ja 1700-luvulla hahmotuneista keskeisistä omistuksen syntyyn ja määritelmään liittyvistä teemoista ja muutoslementeistä, mutta samalla tutkimukset jättävät sellaisia kysymyksiä auki, jotka osoittavat lainopissa kerrostuneen tradition kannalta tärkeäksi sen

¹ Ks. Grossi 1990 ja Wiegand 1976 sekä myös Mayer-Maly 1984a s. 145 s. ja 1984b s. 28 ss.

² Ks. Hecker erit. s. 16 ja Brocker s. VII–XII. Molempien tutkimusten näkökulma aihepiiriin on mannereurooppalainen ja saksalaispainotteinen, joskin oikeusfilosofisten esitysten kautta myös englantilainen oppi – varsinkin John Locke – on vahvasti mukana.

kirjallisuuden, joka muotoilee omistusperustelun tarkastelua osana 1800-luvulla hahmottuvaa oikeuskäsitystä. Sinällään Heckerin ja Brockerin tulkintojen vertailu antaa siis varsin perusteellisen kuvan *Locken* asemasta omistuskeskustelussa. Samalla kysymys omistusperustelun muotoutumiseen vaikuttavista aineksista osoittautuu edelleen kiistanalaiseksi ja kysymyksiä herättäväksi ja osoittaa näin sen, että tiettyjä oikeusfilosofian tekstejä ja oikeustieteen oppikirjallisuutta on jäljempänä (jaksoissa 5 ja 6) tarkasteltava erikseen ja eritellymin.

Minkätyyppisiä kysymyksiä oikeustieteestä käsin omistukselle on asetettu ja asetetaan? Heckerin ja Brockerin tulkinnat oikeudellisen omistuskeskustelun kulusta ovat osin erilaisia, mikä koskee erityisesti muutoksen ajoittamista, mutta myös keskustelun lähtökohtia ja prosessia. Osittain erisuuntaisuus liittyy siihen, että tutkimuksissa tarkasteltavan oikeusfilosofian suhde varsinaisiin juridisiin teksteihin ja käytäntöön jää sittenkin epäselväksi. Kumpikaan ei ota riittävästi huomioon oikeusfilosofiassa tapahtuvaa muutosta ja oikeusfilosofian ja oikeustieteen eriytymistä 1800-luvun puolelle tultaessa. Edellä tähän on jo viitattu Lockeä koskevien tulkintojen arvioinnissa.

Heckerin tarkastelua hallitsee keskiajan ja modernin ero, mihin nähden hänellä on tiettyjä vaikeuksia käsitellä siirtymistä moderniin. Se esiintyy ikään kuin välivaiheena, mutta toisaalta se kestää huomattavan kauan ollakseen vain siirtyminen yhdestä ajattelutavasta toiseen. Tämä liittyy ennen kaikkea Locken kirjoitusten kaksijakoiseen asemaan yhtäältä tradition puitteissa kirjoitettuina ja toisaalta siitä irrotettuina ajatuksina. Brocker taas asettaa Heckeriä jyrkemmän vastakohdan vanhan ja uuden (modernin) välille. Ero näkyy erityisesti Locken ajatuksia koskevissa tulkinnoissa. Tarkastelen ensin Brockerin tutkimusta.

3.2 OMISTUSPERUSTELUN JA OMISTUSMÄÄRITELMÄN OLETETTU YHTEYS

3.2.1 Tulkinta A: siirtyminen valtausteoriasta työteoriaan tuottaa modernin omistusoikeuden

Brockerin teesi on tiivistäen seuraava: John Locke esitti ensimmäisenä väitteen siitä, että yksityinen omistusoikeus luonnonoikeusinstituutioon saavutetaan työn ja oman suorituksen nojalla. Näin omistusoikeuden synty perustetaan ihmisen välittömään ruumiilliseen suhteeseen luonnon materiaan ilman että siihen tarvittaisiin yhteisöllistä konsensusta tai sopimuksellista myöntymistä muiden taholta. Brocker korostaa sitä, että Locken teorian vallankumouksellisuus on seurauksissa, joita siitä aiheutui omistusoikeudelle käsitteenä ja samal-

la käsitykselle siitä, mikä on tavaroiden oikeudenmukainen jako (distributiivinen oikeudenmukaisuus).³

Brocker näkee muutoksen käänteentekeväenä. Aina 1600-luvulle asti (ja Saksassa 1700-luvulle asti) yhä uudelleen esitetty perustelu rajallisen tavaramäärän jakamisesta occupatiolla syrjäytyi ja omistusoikeuksia perustamaan kykeneväksi esitettiin yksin tavarantoittaminen ja kasvattaminen työn avulla. Pelkkä kohteen ottaminen haltuun vaikutti nyt epämoraahtiselta väkivallanto aktilta: haltuunottoja toimi hirviöoikeuden säännön mukaan, valta puolellaan, ilman moraalial. Vain se, joka kasvatti tavaramäärää ja siis työllään lisäsi ihmiskunnan yhteistä materiavarantoa, saattoi saada oikeuden näin kasvatettuun materiaan. Näin hän toimi samalla myös sosiaalisesti. Tavaramäärä ei ollut ennalta-annettu ja vain haltuunotettavissa käytettäväksi. Sen sijaan ymmärrettiin, että tavarat olivat loppumattomasti lisättävissä. Joka oletti muuta, asetti (nyt) itsensä vaaraan tulla tulkituksi haluavansa elää toisten työn kustannuksella, laiskana ja halukkaana vain jakamaan sen, mitä muut olivat hankkineet. Uuden ajan työ-, tuotanto- ja suoritusuforia otti kaikki lumoihinsa. Locken työteorian sekulaari menestys oli samaan aikaan sekä syy että seuraus mittavassa maailmankuvan muutoksessa, mihin vaikutti ”tieteellinen vallankumous” luonnonoikeudessa. Omistuksen syntyä ja jakaantumista selittämään oli aikaisemmin käytetty valtausta. Nyt oikeutettuna muotona esineiden haltuunotolle esitettiin työteoria.⁴ Kysymys oli perusteen vaihtamisen ohella myös kysymyksenasettelun muutoksesta.

Brockerin mukaan työteorian voittomarsi voidaan kuvata ajallisten aaltojen muodossa, lähtien Englannista, ulottuen 1700-luvun puolivälissä Skotlantiin, sitten Ranskaan ja lopulta 1700-luvun lopussa Saksaan.⁵

Yhteenvedossaan Brocker toteaa, että vaikka Locken poliittinen teoria oli tuossa vaiheessa (siis 1600-luvun lopussa) radikaalisuudessaan osalle hankala niellä, hyväksyttiin omistuksen työteoria luonnonoikeudellisessa teoreettisessa keskustelussa pian valtausteoriaa etevämpänä omistuksen synnyn, olemuksen ja omaisuuden jakamisen selittäjänä. Teorian poliittisia implikaatioita ei liene täysin ymmärretty,⁶ mutta työteoria siirtyi luonnonoikeuden oppikirjoihin, ja syrjäytti lähes 2000-vuotisen valtausteorian ja muuntui itse paradigmaattiseksi. Brockerin mukaan teorian menestys ei ensisijaisesti johtunut teorian poliittisista tai taloudellisista implikaatioista, siis siitä, että se nosti porvariston edut feodaaliaristokratiaa vastaan (ja antoi siten aseita ”taistelussa”), vaikkakin työ-

³ Brocker s. 1.

⁴ Brocker s. 298 s. Kuten sanamuodoistakin voi aavistaa, Brocker viittaa tässä Schopenhauerin arvioihin valtauserusteesta (Faust-oikeutena).

⁵ Brocker s. 299. Pалаan tähän ajoituskysymykseen jäljempänä.

⁶ Brocker viittaa (s. 281) siihen, että lockelaisen teorian mukaan omistus oli ylipositiivinen, lainsäätäjää sitova luonnonoikeus ja sitten 1700-luvun lopulla yleisten ihmisoikeuksien konseptiona koskematon ja loukkaamaton.

teoria monista porvareista vaikutti viehättävältä. Menestys johtui teorian teoreettisesta sisällöstä, siitä, että se selitti paremmin ja johdonmukaisemmin mahdollisuuden hallita muut poissulkevasti ulkoisia esineitä. Se ratkaisi sellaisia ristiriitoja, jotka valtausteoria oli jo pitkään jättänyt vastausta vaille.⁷

Mitä teorian ylivertaisuuteen sisältyy? Bocker listaa neljä argumenttia, jotka esittelevät samalla Bockerin tulkinnan valtausteorian ja työteorian sisällöistä ja keskinäisistä suhteista.⁸ En tässä yhteydessä pyri arvioimaan Bockerin väitteitä, jotka käsitykseni mukaan ovat osin varsin yksipuolisia. Tiivistän ne vain huomioina, jotka kontrastoituvat suhteessa jäljempänä tarkasteltavaan Heckerin esitykseen.

1. Valtausteoria lähti liikkeelle historiallisesti ja normatiivisesti ymmärretystä alkuperäisestä yhteisomistuksesta. Työteoria sen sijaan kiisti tämän. Asettaessaan yksityisomistuksen välittömäksi luonnonoikeudeksi työteoria pääsi eroon valtausteorian ristiriidoista. Eräs keskeinen oli se, että Jumalan määräämä alkukommunismi olisi kumottu ihmisen lainasettamisaktin kautta, vaikka luonnonoikeuden piti olla muuttumatonta ja ikuista.⁹
2. Valtausteorian mukaan muut poissulkeva oikeus esineeseen voitiin selittää vain sopimuksen avulla, joka kaikkien ihmisten oli pitänyt ennen omaisuuden jakoa tehdä, jotta omistuksen individualisoituminen voisi tapahtua. Lisäksi sopimus sitoi vain niitä, jotka olivat sen nimenomaisesti hyväksyneet. Locken teoriassa taas oikeus kolmannen poissulkemiseen ja sitä vastaava velvollisuus pidättäytyä kietoutuivat niin läheisesti omistajan oikeussfääriin, että puuttuminen omistukseen olisi samalla ollut puuttumista omistajan persoonaan ja siis sellaisena luonnonoikeuden vastainen ja kielletty. Kun ei ollut olemassa alkuperäistä yhteisomistusta, ei tarvittu myöskään suostumusta.
3. Valtausteoria ei ollut pystynyt selittämään poikkeamia luonnonoikeudesta. Sopimuksen piti taata kaikille oikeus ja mahdollisuus haluttuunottoon, mutta tosiasiaassa resurssit jakaantuivat ilmeisen epätaisisesti. Locken teoria sen sijaan antoi erojen synnyssä merkitystä ahkeruudelle, taidolle ja omaisuutta lisäävälle toiminnalle. Erilainen ahkeruus oikeutti erilaisia omaisuuksia. Näin luotiin ja synnytettiin uusia rikkauksia ja varakkuutta, joka lopulta tuli jollakin tavalla (jopa) koko yhteisön hyväksi.

⁷ Bocker s. 281.

⁸ Ks. Bocker s. 282–287.

⁹ Lisäksi työteoria Bockerin mukaan ratkaisi kiistellyn ongelman alkuperäisen yhteisomistuksen suhteesta kymmenen käskyn anastamiskieltoon. Kun yksityisomistus itsessään oli (jo) luonnonoikeuden instituutio, myös anastuskiellolla oli pätevyytensä alusta pitäen eikä vasta kontingentin ihmisoikeuden myötä. Bocker esittelee pitkälti myös ns. digger-ongelmaa ja kysymystä siitä, miten torjua erilaiset vaatimukset paluusta alkuperäiseen, ideaaliseen yhteisomistustilaan. Kun Lockella ei ollut yhteisomistuksen alkuolettamaa, hänelle tästä ei tullut ongelmaa kuten valtausteoreetikoille. Locken konseptiossa yksityisomistus ei ollut vain luonnonoikeuden kanssa yhteensopivaksi selitettävä, vaan se oli luonnonoikeuden instituutio.

4. Valtausteoreetikot eivät pystyneet ratkaisemaan kysymyksiä omistajan oikeutuksien määrästä, määräämisvapauden sisällöstä, omaisuudenkäytön sosiaalisista rajoituksista eivätkä valtion kompetenssista rajoittaa omistajan oikeutta. Spekulointiin loputtomasti siitä, mitä sopimus sisälsi ja mihin ihmiset omaisuutta jakaessaan olivat voineet sitoutua. Sen sijaan Lockelle vastaukset olivat helpompia. Kun keran omistus oli pyhä ja vain sellaisia rajoituksia voitiin asettaa, joista kansalaisten enemmistö pääsi yksimielisyyteen, oli omaisuuden veroaminen tai pakko-otto ilman omistajan hyväksymistä mahdoton. Locken konseptiossa ei ollut sellaista valtion yliomistusta kuin valtausteoreetikoilla, eikä valtiovalta voinut myöskään perustella rajoituksia omaisuuden sidonnaisuudella yhteiseen hyvään. Työteorian mukaan omistus oli valtioon nähden koskematon, turvattu.

Brocker kokoilee lisäksi muutamia yksittäisiä erottavia piirteitä valtaus- ja työteorian välillä.¹⁰ Osin tämä on toistoa, osin tietyt termit korostavat vielä Brockerin ydinsanomaa. Niinpä ”valtausteorian omaisuudenjaossa ja -käyttämässä edustaman dialogin tilalle astui työteorian edustama ihmisen monologi luonnon kanssa”. Sosiaalisen interaktion tilalle astui individuaalinen työ. Yksityisomistus oli luonnollinen, individuaalisesti perustettavissa oleva, esivaltiolinen ja esi-sosiaalinen oikeusinstituutio.

Brocker korostaa sitä, että toisin kuin valtausteoria, joka piti esineiden määrää rajallisenä, työteoria lähti liikkeelle ihmisen alkuperäisestä produktiivisesta kreatiivisuudesta. Siten jokainen haltuunottamisen akti aloitti tuotannollisen prosessin uusien esineiden muodostumisessa: omistuskohdeiden määrä lisääntyi potentiaalisesti rajattomasti. Näin päästiin eroon valtausteorian edustamasta nollasummapelistä, jossa yhdelle mahdollista omaisuuden määrää oli rajoittanut omistuksen sosiaalisidonnaisuus. Tilalle tuli haltuunotto- ja käyttöoikeutusten rajattomuus. Sosiaalisia velvollisuuksia ei enää sidottu ulkoisten esineiden hallintaan. Velvollisuus huolehtia hätää kärsivistä oli nyt jotakin omistuskysymyksen ulkopuolista, vain moraalin lakien mukaista armeliaisuutta.

Brocker tiivistää tulkitsemansa vastakohdan valtaus- ja työteorian välillä katsoen, että siinä on yleisemminkin kysymys keskiaikaisen maailmankuvan ja modernin maailman erosta.¹¹ Valtausteoria edustaa staattista mallia, työteoria sen sijaan dynaamista mallia. Edellisessä distributiivinen oikeudenmukaisuus koski kysymystä rajallisen kohdejoukon jakamisesta, jälkimmäisessä puoles-

¹⁰ Ks. Brocker s. 287 ss.

¹¹ Valtausteoria oli kyseenalaistanut ihmisen pyrkimyksen hallita enemmän kuin toiset epäsosiaalisena ahneutena ja himona. Locken työteoria sen sijaan näki ihmisen pyrkimyksissä rikastua positiivisen ja Jumalan asettaman taipumuksen. Jumala itse oli velvoittanut ihmisen jalostamaan ja parantamaan luontoa ja siis määrännyt ihmisen toimeliaisuuteen ja työstämään raakamateriaalia. Niinpä esineiden haltuunoton ja aina lukuisampien esineiden hallinnan täytyi olla Jumalan tahtomaa. Sen, joka halusi hallita enemmän, piti vain tehdä työtä ja tuottaa enemmän. Pyrkimys hallintaan ei siten ollut vain hyveellistä, vaan se oli suorastaan sosiaalista. Maailman luonnollinen puutteellisuus voitettiin, arvoton materia jalostettiin ja rikkaudet lisääntyivät.

taan kysymystä tuotannosta, individuaalisesta työpanoksesta, ihmisen ahkeruudesta ja teknisestä kyvykkyydestä ja taidosta. Yhden rikkaus ei ollut toisen raskaus, vaan resursseja oli yllin kyllin eikä aineellinen hyvä vähentynyt vaan kasvoi tuotannon myötä. Valtion tehtävä rajoittui siihen, että se valvoi, ettei omaisuutta häiritä ja implementoi sopivia yksityis- ja rikosoikeudellisia sääntöjä niin, että kansalaisten vapausalue oli turvattu ja suurimmat mahdolliset toimintavapaudet taattu.¹²

Brocker luonnehtii lockelaista omistus- ja politiikkateoriaa ”utooppisesti potentiaalliseksi”. Se piirsi eteen paremman tulevaisuuden, joka saavutettaisiin työn, tiedon ja teknisen edistyksen avulla. Brockerin mukaan malli edessä olevasta paremmasta maailmasta tuli luonnehtimaan koko uuden ajan ajattelua. Tätä tavoittelivat kaikki: liberaalit, sosialistit, konservatiivit ja kommunistit; filosofit, taloustieteilijät ja poliitikot. Locken ansiona oli muotoilla ajatus omistusteoriassa. Siinä esiteltiin uuden ajan ”tekevä ihminen”, joka korvasi valtausteorian ”sosiaalisen eläimen”.¹³

Brockerin arvion mukaan työteoria on tullut niin ilmeiseksi pätevänä omistuksen selityksenä, että useimmat kirjoittajat eivät pysty edes kuvittelemaan muuta perustetta, vaikka ennen vuotta 1680 työtä ei ollut ollenkaan esitetty omistusoikeuden ja sen jakaantumisen perustaksi.

Brocker ei siis jätä epäselväksi sitä, miten vallankumouksellisenä hän Locken teorian näkee. Epäselväksi jää kuitenkin se, mikä on hänen tarkoittamansa muuntumisen ”taso”. Missä muutos tapahtui? Brocker nojaa Locken tekstiin, mutta siinä voidaan tunnetusti löytää moneen suuntaan osoittavia osia. Verrattuna esim. Heckeriin Brocker ei anna mitään merkitystä Locken luonnonoikeudellisille sitoumuksille. Oma kysymyksensä on se, mikä Locken tekstin vaikutus oli muihin, aikanaan tai myöhemmin.

Edeltävillä poiminnoilla olen tiivistänyt Brockerin väitteet, jotka toistuvat vaihtelevissa muodoissa lukuisissa yhteyksissä. Ne herättävät myös kysymyksiä, erityisesti hänen tulkintansa, jonka mukaan olisi tapahtunut paradigman vaihdos. Brocker puhuu useampaan kertaan siitä, miten uusi teoria syrjäytti aikaisemman niin täydellisesti, että sittemmin on ollut vaikea ymmärtää sille mitään vaihtoehtoa olleenkaan. Jo edellä viitatuista filosofian tarkasteluista havaitaan, että näitä vaihtoehtoja on aina ollut tarjolla. Brockerin arvio liittyy pikemminkin siihen, miten ongelmattomasti hän itse määrittelee tietyt käsitteet ja miten hän tulkitsee muiden kirjoituksia. Brocker esim. olettaa asiaa perustelematta, että omistuksen synnyn liittäminen työhön samalla merkitsisi omistuk-

¹² Hyvinvointivaltiollinen malli on lockelaisessa konseptiossa poissuljettu toisin kuin valtausteoriassa, jossa yksien köyhyys oli seurausta toisten osaansa suuremmasta osuudesta. Parasta ”hyvinvointivaltiopoliittikkaa” Locken mallissa on suojata kansalaisten omaisuutta ja turvata vapaiden voimien toiminta niin, että talouselämän potentiaalliset kasvumahdollisuudet saavat tilansa, joka sitten viime kädessä koituu hyväksi myös köyhille.

¹³ Brocker s. 290.

sen määrittymistä täydelliseksi määräämisvallaksi esineestä. Tähän nähden erisuuntaisesti Hecker osoittaa, että juristiteksteissä omistajan valta ymmärrettiin monella tavalla rajoitetuksi. Niin ikään Brocker näyttää olettavan, että sosiaalisuus omistuskeskustelussa kiinnittyisi vain konkreettisen sopimuksen edellyttämiseen: jos sellaista ei Brockerin olettamassa yhteydessä vaadita, se tarkoittaa ettei omistuksella ole mitään sosiaalista ulottuvuutta.

Miltä käsitteelliseltä pohjalta Brocker väitteisiinsä tulee? Brockerin lähtökohtana on omistusperustelun muuttumisen tarkasteleminen kuhnilaisen paradigmanmuutosteorian valossa. Perinteinen valtauserustelu osoittautui hänen mukaansa 1600-luvulla teoreettisesti kestäättömäksi, jolloin se korvattiin työperusteella, jonka selityskyky on aikaisempia teorioita olennaisesti parempi. Aikaisempi historia esitellään esihistoriana lockelaiselle työperusteelle. Kysymys on siirtymästä, jossa vanha ja uusi asetetaan vastakohtaisiksi. Tämä korostuu Brockerin vertailussa teorioiden piirteistä, mutta se vastaa myös hänen käsitystään siitä, miten teoriallisesti seurasivat toisiaan. Ensin hallitsi valtausteoria. Työteorian ilmaannuttua valtausteorialle ei jäänyt enää mitään sijaa. Poimin tästä vain joitain täydentäviä huomioita.¹⁴

Brocker päättää valtausteorian tarkastelun sen kriisin osoittamiseen. Hän olettaa ilman muuta, että teorian lukuisat variantit, sen kontrolloimaton ”reheväkasvuisuus” sinällään oli osoitus syvästä kriisistä. Keskustelun monimuotoisuus ja teorian alituinen paikkaaminen kriitikkojen osoitettua siinä heikkouksia ilmensivät siten teorian kykenemättömyyttä vastata kysymyksiin, joihin sen olisi pitänyt vastata. Käsitteellinen rakenne ei säilynyt johdonmukaisena, vaan sisällytti itseensä rönsyjä. Tieteellinen yhteisö koki ”ei-funktionaalisuuden” tunnetta. Täydennysten ja muotoilujen jälkeenkin vallitsi epävarmuus eikä teorialla ollut esittää selkeää vastausta yksityisomistuksen alkuperästä ja legitimaatiosta. Ei ollut yleisesti hyväksyttyä käsitteistöä, metodia ja sääntöjä omistuskysymyksen ratkaisemiseen. Valtausteorian kyvyttömyys vastata omistusperustelua kaipaaviin ongelmiin kiinnittyy Brockerin mukaan erityisesti kysymykseen valtion ja muiden puuttumismahdollisuudesta yksityisen omaisuu-

¹⁴ Ajatus tieteellisestä vallankumouksesta näkyy Brockerin terminologiassa yleisemminkin, mutta varsinkin lukuisissa tiivistyksissä, joissa Brocker asettaa valtausteoriaa ja työteoriaa vastakkain. Ks. Brocker s. 18 ss. Brocker puhuu kuhnilaisesta käsitteistöästään vain ”heuristisena mallina”. Hän kuitenkin hyödyntää mm. paradigman ja anomalian käsitteitä varsin vahvasti selvitellessään ”kriisiä” ja ”tieteellistä vallankumousta”. Hän näyttäisi pitävän kriisinä juuri sitä, että luonnonoikeusteoriassa esiintyy 1500- ja 1600-luvuilla lukuisia erilaisia versioita ja oppeja. Brocker viittaa siihenkin, että Locke henkilönä täytti kuhnilaiset ”uudistajan” kriteerit. Brocker s. 20 s. Brocker sai ajatuksen Locken vallankumouksellisesta merkityksestä luonnonoikeusteoriassa ja paikannettuna nimenomaisesti omistusteoriaan Barbeyracilta (Brocker s. 15 ss.), mutta hän toistelee sitä usein paikoin ikään kuin yleisenä käsityksenä.

teen. Tämä mahdollisuus piti yllä epävarmuutta, jota valtauserustelu ei pystynyt poistamaan.¹⁵

Tieteellinen kriisi on Brockerin käsityksen mukaan nimenomaan tässä. Brockerin arvioon näyttäisi vaikuttavan ennen kaikkea se keskustelu, jota englantilaisessa kirjallisuudessa käydään.¹⁶ Brockerin arvio opillisesta tilasta on kovin erilainen kuin oma käsitykseni ja myös Heckerin perusväite siitä, että keskiajalta periytyvän ja muotoutuvan omistus- ja varallisuus oikeudellisen käsitteistön luonteeseen olennaisesti kuuluivat kerroksellisuus, erilaiset jaottelut ja variantit sekä hienojakoiset erottelut. Lisäksi tämäntyyppisellä, toisiinsa liukuvia ja täydentäviä elementtejä käyttävällä käsitteistöllä säilyi vielä 1700-luvullakin perustansa tuonaikaisissa maata koskevissa hallintasuhteissa.

Brockerin muutosväitteistä monet ovat ongelmallisia (ainakin jyrkkyydessään), mutta varsinkin kaksi on samalla erikseen huomionarvoisia. Ensiksikin se, että omistusperustelukeskustelun lähtökohta olisi muuttunut siinä, että Locke korosti ihmiselle asetettua aktiivista velvollisuutta tehdä työtä, mistä seurasi se, että resursseja ei enää nähtykään rajallisina kuten aikaisemmin.¹⁷ Tähän viittaa myös Hecker puhuessaan uudenlaisesta luontokäsityksestä ja edistysajatuksista. Nimenomaisesti omistusperustelukeskustelun kannalta resurssien luonnetta koskevan käsityksen muuttumisen merkitys on kuitenkin monimutkaisempi kysymys mm. siksi, että tämän keskustelun lähtökohtiin on kuulunut maata koskevan oikeuden perusteleva. On epäilemättä eri asia yrittää perustella sellaista, jota on niukasti, kuin sellaista, jota ainakin joillain

¹⁵ Epävarmuus kansalaisen hallinnan pysyvyydessä ja määräämisvallassa ”suisti traditionaalisen occupatio-teorian uskottavuus- ja hyväksyttävyydekriisiin ja suuntasi kansalaiset etsimään jotain uutta legitimaation lähdettä”. Locken teoria sitten täytti odotukset. Sen mukaan omistus oli esivaltiollinen, esisosaalinen ja individuaalisesti (työn kautta) perusteltu, joten sen paremmin valtio kuin yhteisöäkään ei voinut puuttua kansalaisen omaisuuden käyttöön tai määräysvaltaan. Ks. Brocker s. 122 s. Brocker esittää asian todellakin niin kuin vanha teoria olisi tehnyt mahdolliseksi sellaista, joka ei ollut hyväksyttävää ja uusi teoria sitten olisi estänyt tämäntyyppisen toiminnan. Ehkä Brocker tarkoittaa vain, että Locken teorian houkuttelevuus aikalaisille liittyi tällaisiin toiveisiin. Hän ei kuitenkaan rajaa väitteitään näin eikä myöskään esitä perusteita sille, että ihmiset tuolloin olisivat kuvitelleet jonkin opin muutoksen välikkeettä muuttavan olemassa olevia yhteiskunnallisia valtasuhteita.

¹⁶ Tämä on toki relevanttia Locken paikantamiseksi, mutta antaa toisin painottuvan kuvan sekä keskustelun poliittisesta säyvästä että vaihtelusta kuin mihin mannereurooppalainen keskustelu sijoittui. Brocker viittaa tähän tavallaan itsekin, kun hän toteaa saksalaisen keskustelun pitäytyneen 1700-luvulle asti hyvinkin occupatioteorian puitteissa. Ks. Brocker s. 113 ss.

¹⁷ Brocker korostaa (s. 165) sitä, että Locken konseptiossa Jumala ei antanut ihmiselle oikeutta vain alemman luomakunnan hyödyntämiseen elämisensä turvaamiseksi, vaan lisäksi hyvinvointinsa parantamiseksi. Locken sanoin ”for the Subsistence and Comfort of his Life”. Ihmiseen oli näin asetettu pyrkimys onnellisuuteen, toiveiden täyttämiseen, avoimeen vietti- ja tarverakenteeseen. Tämä oli eteenpäinvievä dynaaminen elementti, jonka Jumala oli tarkoituksella asettanut ihmisluontoon. Jumala halusi ihmisen ahkeruutensa ja suoritusensa kautta parantavan asemaansa. Ihmisellä oli Locken mukaan oikeus käyttää sellaisiakin esineitä, jotka eivät olleet välttämättömien tarpeiden tyydyttämiseen sidottuja ja ihmisellä oli myös velvollisuus siirtää syrjään haluttomuutensa ja laiskuutensa ja huolehtia siitä, että maailma tulee hyvin käytetyksi; ”macht die Erde untertan...”.

edellytyksillä riittää kaikille. Varsinkin Brocker näkee työperustelun itsestään selvän puhuttelevuuden ja sopimuksen tai muiden hyväksymisen tarpeettomuuden aivan ilmeisesti sellaisen tilanteen pohjalta, jossa oltaisiin jakamassa kaikille tarjolla olevia, lisääntyviä resursseja. Maan kohdalla näin ei vain ole.

Toinen olennainen kysymys koskee omistusperustelun ja omistumäärityksen suhdetta. Brocker ymmärtää Locken omistusoikeuden absoluuttisena yksilön määräämisvaltaa esineeseen ja työperustelu antaa legitimaation ajatella näin. Perustelusta seuraa absoluuttinen oikeus, koska työ on indiviidin toimintaa ja saattaa siten esineen kokonaan indiviidin vallan alle.¹⁸ Itselläni on omistuksen perustelun ja määritysten suhteesta toinen käsitys. Kysymys on omistuksen eri määritysmäyhteyksien erottamisesta. Palaan kysymykseen jäljempänä, mutta totean jo nyt, että Hecker esittää asiasta omaa käsitystäni tukevia näkökohtia.

Brockerin keskeinen ongelma näyttää olevan siinä, että hän problematisoimatta yhdistää arvioissaan valtausteorian ja luonnonoikeuden sekä toisaalta työteorian ja ei-luonnonoikeuden, vaikka näin ei ole, ei käsitteellisesti, mutta ei myöskään oppihistoriallisesti. Brocker siis kritisoi valtausteoriaa tarkoittaen puhua luonnonoikeudesta yleensä sellaisena kuin hän sen ymmärtää ja ylistää työteoriaa tarkoittaen puhua luonnonoikeudesta irtaantumisesta yleisemmin. Tämä on perussy syy myös siihen, että Brockerin käsitys ja ajoitus muutoksesta on niin toisenlainen kuin seuraavaksi esitettävä Heckerin tulkinta.

Brocker ei myöskään tavoita luontaisoikeudellisen ajattelun luonnontila/yhteiskuntasopimus/valtiotila-konseptiota ja siihen sisältyviä monitasoisia sopimuksellisia elementtejä. Brocker olettaa aina, että luonnonoikeus ja luonnontilaisuus tarkoittaisi absoluuttista, muuttumatonta, ylipositiivista ja luovuttamatonta,¹⁹ mihin hän viittaakin 1700-luvun lopun luovuttamattomien ihmisoikeuksien käsitteellä. Tässä käsitteessä on kuitenkin kysymys ns. nuoremmasta luonnonoikeudesta, joka eroaa ns. vanhemmasta.²⁰ Myös Hecker liittää luonnonoikeuden ikuiseen, yleiseen ja muuttumattomaan ottamatta aina riittävästi huomioon luonnontilan ja valtiotilan välistä eroa. Hecker kuitenkin näkee esim. juuri Locken konseption traditionaaliset elementit ja hänen antamansa kuva koko omistuskustelun kulusta on näin Brockerin esitystä vivahteikkaampi. Kiinnostavaa on se, miten Hecker puolestaan kytkee yhteen omistumäärityksen muutoksen ja omistusperustelun. Hänen tulkinnassaan ratkaisevalta näyttää pikemminkin se, että perustelu jää pois. Selvitan tätä tarkastelemalla lähemmin Heckerin pääväitteitä.

¹⁸ Brocker korostaa eri paikoin (esim. s. 184) vahvasti sitä, että yksityisomistus ei työteoriassa toisin kuin sopimuksellisessa valtausteoriassa ollut enää sosiaalinen instituutio, vaan nimenomaisesti rajoittamaton omistajan oikeus esineen nauttimiseen ja hyödyntämiseen; se oli oikeus joka ei enää millään tavalla ollut rajattu omistajan esiintymisestä jossain tietyssä sosiaalisessa funktiossa. Omistus oli yksityistä ja se merkitsi muiden poissulkemista ja samalla/kääntöpuolena oikeutta tehdä ja menetellä esineensä kanssa miten halusi, vapaasti, "as he pleases".

¹⁹ Brocker esim. s. 23.

²⁰ Ks. tästä erottelusta erit. Klippel s. 198 ss. Ks. myös Hofmann s. 93–121.

3.2.2 Tulkinta B: syvemmästä omistusperustelusta luopuminen tuottaa modernin omistusoikeuden

Miten Heckerin tulkinta omistuksen kehityslinjoista haastaa tai täydentää Brockerin mielestäni kärjistettyjä tulkintoja? Heckerin tutkimus keskittyy ns. erityisen herravaltavaateen syntyyn, sen historiaan ja kritiikkiin. Kysymys on sekä omistusoikeuden määritelmästä että perustelusta. Heckerin mukaan omistuksella on kaksi mahdollista perustelu-ulottuvuutta: esinesuhde (Sachbezug) ja sosiaalisuhde (Sozialbezug). Kysymys on siitä, määrittääkö omistus määräämisvalta esineeseen nähden vai ihmisten (henkilöiden) välisenä suhteena. Omistus modernina herravaltana tarkoittaa omistuksen määrittelemistä esineeseen kohdistuvana, absoluuttisena määräämisvaltana. Hecker hakee nimenomaan tämän, käsitelainopin muotoiluista tutun ja sittemmin myös kritiikin kohteeksi joutuneen määritelmän syntymistä oikeustieteellisestä kirjallisuudesta. Hänen mukaansa määritelmän synty sijoittuu keskiajan ja modernin väliseen aikajaksoon. Lopullisen muotonsa se saa 1800-luvulle tultaessa (moderni). Hecker sijoittaa muutoksen vakiintumisen aikavälille 1750–1850.²¹

Hecker tarkastelee ensiksi pitkään keskiaikaisia käsityksiä puitteiksi muutoksen tarkasteluun. Olennaista omistuskäsitteistön rakenteen kannalta on se, että määräämisvalta sellaisena kuin se tunnetussa *Bartoluksen* määritelmässä ilmaistaan tarkoittaa keskiaikaisessa käsitteellisessä ympäristössä muuta kuin sama määritelmä modernissa yhteydessä.²² Tämän osoittamiseksi Hecker esittelee omistuskäsitteistön moninaista rakennetta ja instituutioita.²³

Heckerin mukaan määräämisvalta rajoituksineen viittaa lähinnä vapautteen kolmannen oikeudetonta puuttumista vastaan.²⁴ Niinpä omistukseen sisältyneen määräämisvallan selvittäminen vaatii ensin tuonaikaisen (ja edeltäneen)

²¹ Ks. Hecker s. 17 ss.

²² Tässä yhteydessä Hecker kritisoi Dietmar Willoweitin tulkintaa, jossa dominium ja proprietas nähdään erillisinä käsitteinä. Dominium edustaisi herravaltaa ja proprietas olisi puhdas zuordnung-käsite. Omistuskäsitteiden erilaiset merkitykset olisivat Willoweitin mukaan esiintyneet vaihtoehtoina käsitteellisen kehityksen pohjaksi. Ks. Willoweit 1974 s. 131–156. Jos näin olisi, olisi Heckerin etsimän esineherravallan määritelmällinen perusta ollut esillä jo tuossa vaiheessa. Hecker torjuu Willoweitin tulkinnan. Ks. Hecker s. 31 ss.

²³ Hecker mm. tiivistää Bartoluksen käsitteistöä dominiumin kolmessa merkityslajajuudessaan. Ks. Hecker emt. s. 36 ss.

²⁴ Jakoa yksityis- ja julkisoikeudellisiin oikeuksiin ei myöhemmässä merkityksessään vielä keskiajalla tehty. Abstraktioita ei juuri käytetty. Niin herravalta kuin omistuskin esiintyivät konkreettisissa institutionaalisissa yhteyksissään. Omistus on keskiaikaisessa merkitysyhteydessään sidottu hierarkiseen ja rajoitettuun oikeus- ja sosiaalijärjestykseen. Kaiken kaikkiaan keskiaikaisessa kirjallisuudessa ei ollut käytössä yhtä, yleistä, abstraktia käsitettä omistusoikeudelle. Jokaiselle asialle oli oma nimensä. Oikeutta ja asiaa (esinettä) ei erotettu selkeästi toisistaan. Hecker s. 43 s.

vapausajatuksen selvittämistä.²⁵ Abstraktilla vapauskäsitteellä ei ollut merkitystä keskiajalla. Vapaus omistuksenkin yhteydessä oli aina vapautta jostain konkreettisesta sidonnaisuudesta, esim. tietyn maksun suoritusvelvollisuudesta. Vapaus merkitsi lähinnä privilegiaa. Erityiset vapaudetkin olivat osallisuutta hierarkiseen kokonaisjärjestykseen. ”Joka ei ollut sidonnainen ja suojattu, ei ollut vapaa, vaan oikeudeton” (lainsuojaton). Vapaus ja oikeus kuuluivat läheisesti yhteen. Niin ikään vapaudet liittyvät samalla läheisesti palveluksiin ja velvollisuuksiin. Näin vähitellen esiin tulevat vapauskorostukset viittaavat vapautteen erilaisista (feodaalisista) sidonnaisuuksista ja alistaisuuksista. Omistus ei esiinny vapaana esineeseen kohdistuvana herravaltana.²⁶

Omistuksen perustelun osalta Hecker korostaa sitä, että kysymys on keskiaikaisesta teosentrisestä maailmankuvasta kokonaisuudessaan, ei ”kehittymättömyydestä”. Kausaliteetti (Jumalan luomistyö) ja finaliteetti (suuntautuminen Jumalaa kohti) kietoutuvat olevassa toisiinsa. Keskeisessä asemassa koko yhteiskuntajärjestelmässä on esineiden käyttö. Maailma ei ole ihmisen herravalan alainen, vaan sekä maailma että ihminen ovat luojansa luomina hänen asettamiensa tarkoitusten alaisia. Tämä määrittää myös ihmisen suhdetta maan antimisiin (eli omistussuhdetta). Tästä käsin saa merkityksensä myös Ilmestyskirjan tunnettu kohta, joka asetetaan omistuskäsitysten lähtökohdaksi.²⁷ Nykyisissä tulkinnoissahan kohdan nähdään usein itsestäänselvästi ilmentävän ihmisen rajatonta herravaltaa koko luomakuntaan nähden.

Heckerin mukaan omistuksen kehitys osoittaa, että huomion keskipisteenä ei ollenkaan ollut abstrakti omistus, vaan konkreettisten oikeusasemien runsaus.²⁸ Milloin ja miten muutos (moderniin) sitten tapahtuu? Hecker näkee kysymyksen liittyvän läheisesti ihmisen itsekäsityksen muutokseen. Kehitystä voidaan

²⁵ Vapauden ja omistuksen suhdetta keskiaikaisessa käsitteistössä Hecker tarkastelee kysymyksenä siitä, onko ja missä vaiheessa (Bartoluksen) perfecte korvattavissa termillä libere – ja mitä tämä merkitsee (missäkin vaiheessa). Vapaus liitettiin omistukseen jo aikaisemminkin mm. traditioasiakirjoissa, jolloin se tarkoitti lähinnä vähäisempää riippuvaisuutta kuin ”hörigkeit”. Uskonnollisessa merkityksessään vapaus viittasi vapauteen maallisesta ja itsekästä. Toisaalta vapaus sisälsi myös ajatuksen Jumalan asettaman maallisen ja henkisen järjestyksen puitteissa toimimisesta. Näin vapaus ja järjestys olivat viime kädessä identtisiä.

²⁶ Hecker emt. s. 47 ss.

²⁷ Jumalaan henkilöidään alkusyy ja päämäärä sekä näiden ulottuvuuksien merkitys niin ihmisen kuin muun olevaisen osalta. Ihmisessä luomissuhteella konstruoitavia ulottuvuuksia ei ole muuta kuin sitä kautta että ihminen on osa luojaansa. Ks. Hecker emt. s. 54 ss. Ilmestyskirjan kohdasta puhuttaessa viitataan Raamatun luomiskertomukseen, jossa (erit. Gen. 1,26–29) Jumala luo ihmisen omaksi kuvakseen, siunaa ja sanoo (miehelle ja naiselle) mm. ”Olkaa hedelmälliset ja lisääntykää ja täyttäkää maa ja tehkää se itsellenne alamaiseksi [tai uudempi käännös: ... ja ottakaa se valtaanne]; ja vallitkaa meren kalat ja taivaan linnut ja kaikki maan päällä liikkuvat eläimet”.

²⁸ Ne ymmärrettiin oikeuksien ja velvollisuuksien muodostamiksi, joita määritti käyttö eri muodoissaan, eivät määrittämisen (luovutus)mahdollisuudet. Hecker emt. s. 73 ss.

yleisesti kuvata abstrahoitumiskehityksenä, mutta se ei tuo esiin muutoksen koko syvyyttä.²⁹

Heckerin tulkinnan mukaan omistusdefiniitioon tulee hienoista muutosta 1700-luvulle tultaessa (*Pufendorfin* jalanjäljissä). Kysymys on eksklusiivisuudesta. Aluksi omistuksen formulointi muut poissulkevaksi liittyy tradition mukaiseen eodem modo -määreeseen eikä siis merkitse varsinaista uutta. Tärkeämpää on määäämisvallan laajentaminen proprietas-oikeuden noustessa etualalle samalla kun muiden poissulkeminen viittaa (nyt) kaikkiin ulkopuolisiin (ei-oikeutettuihin), ei pelkästään tiettyyn kolmanteen. Ratkaisevaa merkitystä muutos sai vasta, kun oikeus yleensä alettiin hahmottaa uudella tavalla. Heckerin mukaan omistus ymmärrettiin tuossa vaiheessa vielä ihmisten välisenä suhteena ja se sai siitä käsin sisältönsä. Esim. *Grotiuksella* ja *Pufendorfilla* omistus perustui vielä sopimukseen eli ihmisten väliseen suhteeseen. Pelkkä valtaus ei sen sijaan vielä tuottanut omistusoikeutta. Vielä *Kantillekin* oli vieras ajatus, että omistus voisi perustua ihmisen ja esineen suhteeseen, koska mitään velvoittavuussuhdetta ei voi syntyä ihmisen ja esineen välillä. Hecker kokoa kehityksen toteamukseen, että 1700-luvun loppuun asti omistus säilyi perusteltaan tällaisena. Omistus tosin liitettiin jo varhain vapauskäsitteeseen, mutta vapautta ei ymmärretty omistuksen lähteenä ja perustana.³⁰

Juristien teksteissä omistusperustelu liittyy titelin ja moduksen käsitteiden käyttöön.³¹ ”Titel” eli causa remota antaa omistusoikeudelle saanto- tai haltuunottoerustan (Erwerbsgrundlage), modus eli causa proxima puolestaan kertoo saannon tavan ja muodon. 1700-luvun lopulle asti omistusta ei ymmärretty

²⁹ Hecker emt. s. 78. Dominiumin laaja merkitysalue ja lukuisat jaottelut säilyvät. Osana kokonaisuutta dominium voidaan määritellä myös suppeasti ja tällöin liittää propriumiin tai proprietakseen. Laajimmassa merkityksessään dominium kattaa siten omistuksen valtio- ja valtiösääntöoikeudellisen alueen, suppeimmassa esinesuhteen. Ks. Hecker emt. s. 80 ss. Kysymys vapauden ja omistuksen suhteesta on edelleen merkityksellinen. Vapaus liittyy luonnontilaan ja toisenlaisena (rajoitettuna) sitten valtiontilaan. Omistuksen tuo mukanaan vasta valtiotila. ”Belieben” ja ”Willkür” eivät sisällä rajatonta määäämisvaltaa. ”Wie man will”, ”willkürlich”, ”arbitrarius” viittaavat ensisijaisesti omaan tahtoon erotukseksi toisen ja vieraan, kolmannen tahdosta (eli vapauden erityisestä sidonnaisuudesta). Vapaus on sisällöllisesti täysi erilaisista velvollisuuksista. Omistuksen rajoja suhteessa vapauden määriteltiin varsinkin keskustelussa ”re sua utendi et abutendi”. Ks. Hecker emt. s. 87 ss.

³⁰ Hecker emt. s. 107 ss. ja 112 ss. Juristinen kielenkäyttö (erit. dominium, proprietas, Eigentumsrecht, Eigentumsherrschaft) vahvistaa hahmoteltua kuvaa. Eigentum ja Herrschaft esiintyvät rinnan ja lähekkäin, samoin dominium ja proprietas. Omistaja on proprietarius tai dominus, ja toisaalta dominiumilla säilyy laajempia merkitysulottuvuuksia, proprietaksella taas suppeampia. Sama koskee käännöksiä herravalta ja omistus (Eigentum). 1700-luvun puolivälistä herravalta aletaan toisaalta vähitellen liittää ”hoheitlicheen”, jolloin alkaa syntyä tilaa Heckerin etsimälle tilanteelle, jossa omistusoikeus vähittäin muotoutuu merkitsemään esineeseen kohdistuvaa täydellistä valtaa. Vrt. myös Aylmer 1980 s. 87–97.

³¹ Ks. myös esim. Wesener 1986 s. 434 s. Wesener selvittelee lisäksi erit. konsensuksen asemaa luonnonoikeudellisissa omistuksen saantoa koskevassa opissa.

ihmiselle alkuperäisesti kuuluvana subjektiivisena oikeutena, vaan se nähtiin mahdolliseksi vasta valtiotilassa.³²

Omistusoikeuden sisäinen ydin ja perusta oli tuossa vaiheessa ihmisen oikeus hyödykkeiden nautintaan (Güternutzungsrecht). Siitä käsin määräytyvät omistuksen sisältö ja rajat. Käsitykset siitä, millä tavalla luonnon esineiden ymmärretään olevan ihmisen käytettävissä, muuttuivat kuitenkin ajan myötä, erityisesti 1700-luvun kuluessa. Juuri tässä kuvastuu Heckerin korostama ihmisen itseymmärryksen muutos. Uusi aika käänsi huomion maailmalliseen elämiseen, jolloin löydettiin luonnon vapaa käyttö. 1600-luvun lopulta lähtien alkoi nousta ajatuksia, joissa itsensäilytyksen ohella omistusoikeus ulotettiin kattamaan mukavuudet, halut ja (ylellisyys)tarpeet. Lähtökohtana on kuitenkin yhteiskäytön alkutila eikä yksityisomistuksen käyttöönottoa esitellä Jumalan tahtomana seikkana. Kysymys on pikemminkin sallitusta muutoksesta yhteisön järjestyksen turvaamiseksi. Siirtymä ei siis ollut kielletty ja juristisissa teksteissä esineiden yksityisomistusta perusteltiin hyödyllisyydellä. Tyydyttävä elämä (ja esineiden hyödyntäminen) ei sisällä väärinkäyttöä. Ajatus siitä, että ihmisellä on tarkoituksensa (päämääränsä), johon hänen tulee pyrkiä, säilyi vielä kautta 1700-luvun. Kysymys ei ollut indiividin yksityisen onnen tavoittelusta, vaan samalla ihmiskunnan ja yhteisön hyvästä. Toisaalta Hecker toteaa myös, että 1600-luvun lopulta lähtien alkutila (luonnontila) alettiin ymmärtää pikemminkin primitiivisenä, yksinkertaisena vaiheena, joka tuli ylittää. Näin omistusoikeuden käyttöönotto alettiin esittää välttämättömänä vaiheena ihmisen (täydellistymis)kehityksen etenemisessä.³³ Tämä vastaa käsitykseni mukaan myös sitä, miten kysymyksen tarkastelu muuntui Grotiuksen ja Pufendorfin edustamassa luonnonoikeudessa.³⁴

Erityisen merkittävää Heckerin esityksessä on se, miten hän selvittää luontokäsityksen muutosta. Keskiaikainen käsitys väistyi vähitellen ja tilalle tuli maailmansisäisesti ymmärretty luonto, joka noudattaa mekanistisia lakeja ja jota voidaan hallita praktisen ”filosofian” avulla. Luonto de-teleologisoidaan: se ymmärretään ulkoiseksi esinemaailmaksi, joka noudattaa kausaalilakeja ja jota voidaan mitata, punnita – ja hallita. Kvalitatiivis-essentiaalisesta luontokäsityksestä siirrytään kvantitatiivis-eksperimentaalsiin luonnonlakeihin. Tämä heijastui sitten – viiveellä – omistuskäsityksessä asti. Traditionaaliset ja uudet

³² Hecker emt. s. 116–127. Siirtymävaiheen yksityiskohdista Hecker kiinnittää huomiota mm. yhteiskuntasopimuskonstruktiosta luopumiseen ja työn merkityksen ja aseman muutokseen. Titel ja modus lähentyivät toisiaan: omistuksen perustelusta siirryttiin omistuksen juridiseen perusteseen (saantoon). Alussa työ ymmärrettiin hallinnanoton välineenä ja ilmauksena eli suhteessa muihin. Grotiuksella työ esiintyy liittyen ihmisten haluun paremmasta elämänlaadusta. Työllä ei ole varsinaista omaa asemaansa Grotiuksen omistussysteemeissä. Työ ei anna omistusperustetta muuta kuin hallinnanoton merkityksessä. Työ onkin (vielä) seurausta syntiinlankeemuksesta ja liittyy ylellisyshaluihin.

³³ Ks. Hecker s. 127–154.

³⁴ Ks. näistä Paasto s. 220–231 ja 340–352.

ainekset kehittyivät ja elivät rinnan varsin pitkään. Hecker tiivistää muutoksen siihen, että finaliteetti katkaistiin ja maailma jäi pelkän kausaliteetin alaiseksi. Maailma jäi ihmisen dominiumin alaiseksi, joka näin alkoi merkitä herravaltaa sen yli. Toisaalta ihmisen valtaa ei ulotettu tuhoamiseen asti. Valta siihen kuului edelleenkin vain maailman luojalle (Luoja). Mutta maailma ei ollut enää niinkään (valmiina) olemassa oleva Luonto, vaan ihmisellä oli valta sitä kohentaa, mitä sitten nousevat tekemään erilaiset tieteet, erityisesti lääketiede.³⁵

Myös Heckerin konseptiossa Locke edustaa käännekohtaa, mutta varsin monopolisella tavalla. Omistuksen perustelu ja laajuus (oikeuden ulottuvuus) muuttuivat. Toisaalta Locke ei Heckerin tulkinnan mukaan itse vielä antanut esim. työlle sitä merkitystä konseptiossaan, joka sille sittemmin on osoitettu. Locke ei vielä kytenyt ajatuksia yhteen: työ ei vielä merkinnyt ihmisen luovaa kelpoisuutta, joka olisi sellaisena perustanut omistusoikeuden. Hecker erottaa-kin myös Lockella kaksi omistuksen määrittelyulottuvuutta: omistusoikeus suhteessa Jumalaan nautintaoikeutena ja omistusoikeus suhteessa muihin ihmisiin eksklusiivisena oikeutena.³⁶

Työ sai Lockella uuden aseman siksi, että Locke ei tyytynyt vain esittämään perustelua omistusoikeudelle, vaan perustelu laajeni epätasaisten omistusasemien oikeuttamiseksi valtioyhteisössä. Heckerin mukaan ”oikeutettu omistus” oli Lockelle ennen kaikkea kysymys esineiden (pilaamattomasta) hyödyntämisestä, ei enää hallinnan suuruudesta. Hecker näkee Locken konseptiossa muutoksen avaimet ihmisen ja luonnon väliseen suhteeseen: ihmiselle osoitetaan rajoittamaton määräämisvalta muuhun luotuun nähden. Tämä liittyy yhtäältä työn käsitteeseen ja toisaalta luonnon ymmärtämiseen (itsessään arvottomana) materiaalina. Työ tuottaa suurimman osan esineen arvosta ja Locke liittää työn toimintaan, keksintöihin, tieteisiin ja taiteisiin, joiden avulla ihminen muokkaa luontoa niin, että se tarjoaa hänelle paitsi välttämättömien myös muiden tarpeiden tyydytyksen.³⁷

Omistuserustelussaan Locke nojautui luonnonoikeudelliseen traditioon. Hänen ajattelunsa uudet ainekset ovat ennen kaikkea siinä, että Grotiukselle ja Pufendorffille vielä olennaiset näkemykset yksityisomistuksen kytkemisestä välttämättömien tarpeiden tyydyttämiseen ja omistusoikeuden perustumisesta ihmisten keskiseen sopimuskonstruktion jäivät syrjään. Tämän merkitys näyt-
täytyi sitten vähitellen seuraavien sadan vuoden kuluessa. Hecker korostaa sitä,

³⁵ Hecker s. 154–165.

³⁶ Ks. Hecker s. 165 ss. Hecker korostaa uutena elementtinä sitä, että työ ottaa esineen pois communion alaisuudesta. Näin siksi, että se koskee nimenomaan esinettä (esinesuhdetta). Kun teot (acciones) Lockella sisältyvät käsitteeseen suum, teot voivat liittää esineen ihmiseen (nostaa pois communioista). Hecker toteaa, että siinä luonnonoikeudellisessa kontekstissa, johon Locke puheenvuoronsa nojaa ja osoittaa, työ kuitenkin ymmärretään occupationa ja näin Lockeä tuollain tulkitaan. Ks. Hecker s. 175 s.

³⁷ Hecker s. 180 s.

että vaikka työ sai Locken konseptiossa uusia merkityksiä, se ei siinä vielä perustele omistusoikeutta: työ esiintyi occupationa siksi, että sen oikeuttava merkitys tulee Lockella Jumalalta. Mielestäni Hecker on tässä tulkinnessaan oikeassa. Työ ei näin perustele – ja siis perusta – omistusta muihin ihmisiin nähden. Siihen tarvitaan Lockella Jumala.³⁸ Näin olennaisempaa myöhemmän käsityksen kannalta Locken konseptiossa onkin käsitys luonnosta materiaana ja kohteena: tästä muodostui perusta Locken konseption (sittemmin tapahtuvalle) modernille tulkinnalle. Locke itse ei kuitenkaan nähnyt ihmistä itseisarvoisena subjektina, vaan peräytti kysymyksen omistamisesta Jumalaan.³⁹

Puhtaana ihmistenvälisenä suhteena omistuksen esitti Heckerin mukaan vasta Kant.⁴⁰ Hecker ei kuitenkaan näe Kantia kovin olennaisena tutkimansa esineherravallan kehityshistorian kannalta.⁴¹ Esineherravallan filosofisen perustelun esittäjäksi Hecker nimeää *Hegelin*.

Lockea koskevat erilaiset tulkinnat osoittavat sitä, että omistusteorioille on ilmeinen merkitys sillä, liikutaanko luonnonoikeuden konseptiossa vai ei. Sekä valtauserustelu että työperustelu voidaan esittää joko luonnonoikeuden puitteissa tai siitä irtaantuneena. Heckerin tärkeä korostus on se, että Locke asettuu samaan luonnonoikeudelliseen keskusteluun kuin Grotius ja Pufendorf. Hänet voidaan toisaalta siitä sittemmin irrottaa. Se vain tapahtuu muin elementein kuin pelkästään työn perusteella. Hecker nostaa esiin Locken uuden ajatuksen luonnosta materiaana ja varallisuuden kasvattamisesta, jotka merkitsevät irtaantumista jakamisen asetelmasta. Toisaalta tämä viittaa pikemminkin keskustelun siirtymiseen toiselle alueelle, sillä tämä muutos ei tuo uutta selitystä maan omistamiselle, sitä kun ei voida lisätä ja kasvattaa. Tämän taas voi sanoa olevan taustana sille, että Kant pitäytyi valtauserusteeseen. Tätä Brocker ei voi ymmärtää, mutta ei myöskään Hecker, koska ei löydä tältä tavoittelevaansa esineherravaltaa, johon samalla sisältyisi omistuserustelun sosiaalisuhteen syrjäyttäminen. Kant jatkoi keskustelua, jossa omistus ja tarve sellaiseen instituutioon on nähty maata koskevan hallinnan selittämiseen liittyvänä. Maa on rajallinen ja siksi haasteellinen resursseja koskevan oikeudenmukaisuuden selityskohde.⁴²

Hecker on arvioissaan Brockeria selvästi maltillisempi, mikä liittyy myös siihen, että hän näkee omistusteorian ainekset tätä moniulotteisempina. Hecker osoittaa keskiajalta periytyvistä teorioista irtaantumisesta kuusi keskeistä koh-

³⁸ Ks. Locke II.V (Of Property), erit.§25–27. Ks. myös esim. Shapiro 1995 s. 22 s.

³⁹ Hecker emt. s. 183 s.

⁴⁰ Heckerin mukaan Kant nojaa omistuksen eräänlaiseen sopimukseen, sopimukseen siitä, että kukin kohtelee muita vapaina (subjekteina) eli sallii muiden määrittää itsensä (suhteessa ulkoiseen materiaan). Ihmisen ja esineen suhteet eivät ole mahdollisia. Omistusta ei ole olemassa erillään sosiaalisista suhteista (siihen ei ole tarvetta). Ks. Hecker s. 184 ss.

⁴¹ Ks. Hecker s. 193 s.

⁴² Kantin käsityksistä kuitenkin enemmän vasta jäljempänä kohdassa 5.1.2.

taa.⁴³ Tiivistän näistä tärkeimmät. Mielestäni Hecker kiteyttää onnistuneesti ne luontaisoikeudesta periytyvät piirteet, jotka määrittävät keskustelua pitkään omanlaisekseen.

1. 1700-luvulle asti materiaalinen omistusperustelu nojattiin Raamatus-
ta johdettuun, Jumalan ihmissuvulle antamaan lahjaan. Se ei asetta-
nut tiettyä omistusmuotoa. Toisaalta se asetti rajoituksia ihmisen
oikeudelle suhteessa luonnon ”antimiin”. Väärinkäyttö ja mielivalta
rajautuivat oikeuden ulkopuolelle. Oikeus rajoittui ihmisen tarpeiden
tydyttämiseksi välttämättömään.
2. Kun erottelu materiaalisen ja formaalisen perustelun välillä 1700-
luvun kuluessa menetti merkitystään, haltuunotto eli valtaus alkoi
vastata molempiin kysymyksiin. Aikaisemmin valtaus oli esiintynyt
lähinnä saannon merkityksessä (modus), nyt se alkoi käydä myös
perusteesta (Titel). Haltuunotto – ei enää ihmisten keskinen sopimus
– perusti yksityisen omistusoikeuden muut poissulkevana yksilön
oikeutena.
3. Uusi omistuskäsitys muotoutui uudenlaiseen luontokäsitykseen liit-
tyen. Maailman ordo-luonne korvattiin mekanistisella käsityksellä.
Maailma nähtiin yhä enemmän ihmistekoisena, ”Jumalasta puhdis-
tettuna”. Lisäksi ihmisten tarpeet ymmärrettiin entistä laajempina.

Heckerin mukaan varsin keskeisiä traditionaalisia omistuskäsitteistön piirteitä säilyi kuitenkin jopa 1700-luvun lopulle asti.⁴⁴ Omistus ymmärrettiin poissul-
kevuusmääreeltään muihin (ihmisiin), ei esineeseen suhteutettuna. Se sulki
ulkopuolelle kolmannen taholta tapahtuvan häirinnän ja oma määräämisvalta
sai merkityksensä ja laajuutensa tästä suhteesta. Moderni omistus sen sijaan on
absoluuttista ja totaalista valtaa, mutta siirtymä siihen tapahtui Heckerin mu-
kaan merkityksellisellä tavalla vasta 1800-luvulle tultaessa. Se tapahtui myös
toisten elementtien varassa kuin mitä Bocker esittää. Mielestäni kiinnostavinta
– ja kantavinta – ainesta Heckerin esityksessä ovat luontosuhdetta koskevat
muutosväitteet. Ne antavat perustan siihenastisten käsitteellisten ainesten mer-
kityksen muuttumiseen.

Heckerin käsityksen mukaan modernia kehitystä on hankalampi eritellä sik-
si, että omistuksen sosiaali- ja esinesuhdetta ei enää eroteta. Lisäksi tarkastelu
keskittyy omistuksen turvaamiseen valtiossa, ei sen materiaaliseen perusteluun.

⁴³ Hecker s. 194–199. Hecker toteaa, että omistuskäsitteen ymmärtäminen siirtymävaiheessa
moderniin koskee erottelua nautintaoikeudesta ihmisen oikeutena käyttää luontoa ja myös kulut-
taa sitä, ja suppeammassa merkityksessä, omistusoikeutena, joka määräytyy ihmisten keskinä
suhteena. Molemmat ulottuvuudet nähtiin tuolloin – vaikka nyttemmin ei enää – perustelua
vaativina ja tässä käytettiin erottelua Titel/Modus. Titel viittasi materiaaliseen, modus formaali-
seen omistusperusteluun.

⁴⁴ Ks. myös Hecker 1995 erit. s. 385.

Hecker toteaa tässä olennaiseksi myös oikeuden ja etiikan sekä filosofian ja oikeustieteen erottamisen toisistaan.

Heckerille moderni esineherravalta kiteytyy siihen, että omistus aletaan korostuneesti määritellä vain (totaaliseksi) esinettä koskevaksi vallaksi. Muut ulottuvuudet, erityisesti sosiaalisuhde, jäivät pois. Niinpä Hecker muutosta paikantaessaan keskittyy esittelemään absoluuttisen ja abstraktin omistuskäsitteen muotoiluja saksalaisesta oppikirjallisuudesta.⁴⁵ Romanistien ja germanistien välillä ei tässä näytä olevan eroa. Omistukseen sisältyvien oikeutuksien luetteleminen käy yhteensopimattomaksi kokonaisuutena hahmotettavan omistuskäsitteen kanssa. Esineherravaltamäärittelyn menestyksen syyksi Hecker arvelee sitä, että se näytti vaarattomalta suhteessa kiistanalaisiin yhteiskunnallisiin kysymyksiin. Esineherravalta esiintyi neutraalina formulaationa. Omistusperustelun osalta Hecker kiinnittää erityistä huomiota positiivisoikeudelliseen keskusteluun, jossa erottelu tituluksen ja modus adquirendin välillä kiistettään. Heckerin mukaan erottelujen taustalla olleita kysymyksiä ei nähtävästi lainkaan (enää) ymmärretty. Titel ja modus lankesivat yhteen.⁴⁶

Omistusoikeuden suhdetta itseä ja henkilöllisyyttä koskevia käsityksiä muovasivat erityisesti fysiokratiaan liittyvät ajatukset, joiden mukaan ihminen oli olemukseltaan luova ja tuottava olento. Luonnon ymmärtäminen materiana, objektina, mahdollistaa ihmisen subjektiuden. Näin luonnosta tulee persoonallisuuden ilmentämisen väline ja vastaavasti omistusoikeudesta henkilöllisyyden ominaisuus. Omistus tarkoittaa luonnon täydellistä alistamista ihmisen tahdon eli vapaan tahtosubjektiuden alaisuuteen.⁴⁷ Paraatiesimerkkinä ja lopullisena filosofisena perusteluna omistusoikeudelle esineherravaltana ja subjektiivisena valtana objektiin nähden Hecker näkee Hegelin konseption. Siinä olennaista oli vapaan tahdon suhde epävapaaseen luontoon. Esineestä (luonnosta) tuli vapaan tahdon ulkoinen ”sijaintipaikka”. Luonnosta ja siihen luettavista olioista tuli valtaa vailla olevia ja oikeudettomia erotukseksi ihmisestä, jolla on valta ja oikeus.⁴⁸

⁴⁵ Ks. myös Wiegand 1976.

⁴⁶ Voitaneen sanoa, että luonnonoikeudellinen erottelu titeli(peruste)/modus(saanto) on itse asiassa yksi ilmaus luonnonoikeus/positiivinen oikeus jaottelusta ja yhdistämisestä. Vrt. Paasto s. 373 s. ja kuvio 22 s. 374.

⁴⁷ Hecker korostaa sitä, että kysymys on paitsi oikeudellisesta myös tosiasiallisena nähdystä, henkilön suhdetta esineeseen koskevasta määrittelystä (rechtlich-tatsächlich). Lisäksi Hecker tukeutuu omistuksen uudenaikaisessa esinesuhdekorostuksessaan erityisesti siviilioikeudellisen kirjallisuuden muotoiluihin tahdon herravaltaoikeudesta, mm. siihen, miten esine (juridisena käsitteenä) määritellään tahdonvallan tahtoa vailla olevaksi objektiksi (vernunftloses objekt). Hecker näkee tässä merkitysyhteyden siihen, että omistusoikeudesta tulee rajaton: tahdoton esine ei aseta rajoja (ja sosiaalisuhde taas jää pois). Ks. Hecker s. 229–235.

⁴⁸ Hecker kuitenkin muistuttaa siitä, että Hegelin tahto ei ole nykyisessä merkityksessä mielivaltaa tai vapautta. Tahto, vapaus ja järki (Vernunft) liittyvät erottamattomasti yhteen. Viime kädessä kysymys on perustelusta ihmisen vapautumiselle (subjektiuteen) luonnonlakien (ulkoisten välttämättömyyksien) alaisuudesta ohjaamaan (itse) kehitystään. Ks. Hecker s. 235 ss.

Hecker päätyy siihen, että koska omistus esineherravaltana ei ole itsestään selvä tai välttämätön ajatuskategoria, omistus on tosiasiasa avoinna (myös) jatkokehitykselle. Omistuksen historia osoittaa, että omistus tarkoittaa suojaa kolmannen häirintää vastaan, ei oikeutta mielensä mukaan määrätä esineestä ja hyödyntää sitä. Näin ollen lainsäätäjällä on valta määritellä oikeuden laajuutta. Omistus nykyisessä merkityksessään, laajimpana olemassa olevana esineherravaltana, on oikeudellinen muoto ja ilmaus ihmisen herruudellisesta suhteesta luontoon. Omistus ei siten tosiasiasa ole neutraali käsite, vaan perustuu tietyille oletuksille. Hecker ilmeisesti ajatteleeikin niin, että vasta jos ihmisen ja luonnon suhde ymmärrettäisiin toisin saataisiin myös omistuskäsitteelle toinen perustelu ja sisältö.⁴⁹

3.3 ARVIOTA JA KYSYMYKSIÄ

3.3.1 Työteoriaan siirtymisen kyseenalaisuus

Heckerin ja Brockerin esitysten välillä on eroa varsinkin siinä, miten Lockeen kiinnitetyn muutoksen nähdään valtaavan alaa omistusperustelussa ja omistuskäsityksissä. Kun tämä kysymys koskee omankin tutkimuksen lähtökohtia, tarkastelen vielä lyhyesti Brockerin 1700- ja 1800-lukuja koskevia väitteitä. Brockerin tulkinnassa modernista omistuskäsityksestä herättää kysymyksiä ennen kaikkea siinä, että hän tulkitsee lähes kaikki Locken jälkeiset kirjoittajat työperustelun esittäjiksi ja väittääkin, ilmeisesti juuri siksi, että työperustelusta on tullut aivan vallitseva. Epäilemättä työperustelu esitettiin useammin 1700- ja 1800-luvulla kuin sitä ennen, mutta Brockeria tavanomaisemman tulkinnan mukaan esitettiin myös muita perusteluja.

Brocker esittää uuden paradigman vakiintumisen ikään kuin se olisi lyönyt itsensä läpi (väistämättä) 1700-luvulla. Tosiasiasa hän tulee kertoneeksi enemmän siitä, miten hitaasti sille löytyi tilaa.⁵⁰

Brocker tiivistää uuden paradigman ydinajatuksen siihen, että ”yksityinen omistusoikeus saavutetaan tuottavan työn ja individuaalisen suorituksen avulla, ei enää yhteisöllisesti hyväksytyn isännättömän kohteen haltuunoton avulla, ja yksityinen omistusoikeus on primääristi ihmisen herravaltaa luonnon yli, ei enää toisiin ihmisiin nähden tematisoitava instituutio”. Tämä ajatus kotiutui kuitenkin saksalaiseen luonnonoikeuteen hitaasti. Brockerin mukaan syy oli

⁴⁹ Jakson lopuksi Hecker viittaa lyhyesti sittemmin omistuksen sosiaalista velvoittavuutta korostaneisiin kritikkoihin ja tiivistää nykyisiä käsityksiä. Viimeiseksi otetaan esille mahdollisuus määritellä vaihtoehtoinen omistuskäsite poissulkemisoikeutena, jolloin se tarkoittaisi muiden oikeudettoman häirinnän kieltoa, ei muuta. Ks. myös Hecker 1995 erit. s. 389–393.

⁵⁰ Vrt. Brocker s. 292 ss.

erilaisessa poliittisessa ja valtiosääntöteoreettisessa kontekstissa. Saksalainen absolutismi ei antanut tilaa ihmisoikeuskonseptiolle tai kansalaisten vastarinta-oikeudelle. Saksassa laajasti harjoitettu sensuuri oli siis esteenä Locken edustaman whig-tyyppisen kirjallisuuden reseptiolle. Samaan suuntaan vaikutti kieli-muuri. Locken tutkimukset oli kirjoitettu englanniksi, jota ei juurikaan osattu. Toinen syy oli se, että merkittävät luonnonoikeusteoreetikot, ennen kaikkea Grotius ja Pufendorf, säilyivät esikuvallisina vielä pitkään, aivan oppikirjatasolla asti. 1700-luvun alkupuoliskon uudemmat kirjatkin olivat lähinnä Grotius- ja Pufendorf-kommentaareja tai laajennuksia. Näin normaalitieteen keskustelu pysyi entisissä raameissaan. Grotius ja Pufendorf esiintyivät vahvoina auktoriteetteina ainakin 1750-luvulle asti ja pitempäänkin. Omistuskeskustelu ja hallitsi siten edelleen valtausteoria Grotiuksen ja Pufendorfin muotoilemalla tavalla.⁵¹

Luonnonoikeuden suuret nimet lähtivät usein itsestäänselvästi valtauksesta. Oppikirjoissa tämä voidaan nähdä vuosisadan loppuun asti, kuten Bockerinkin esille ottamista *Nettelblattista* (1767) ja *Martinista* (1772/1799). Lockelainen projekti eteni siis hitaasti ja väliin aseteltiin erilaisia muunnelmia (kuten Höpfner 1792), siis ikään kuin siirtymänä ”Grotius-Pufendorfilaisesta staattis-distributiivisesta opista Locken dynaamis-akkumulatiiviseen oppiin”.⁵² Esittäessään syyksi poliittisen tilanteen Bocker edustaa varsin kaavamaisista ajatusmallia, jonka mukaan uusi idea ideansa voimalla (ollen niin hyvä ja ylivoimainen) löisi läpi, mutta kielellisessä ja poliittisessä tilanteessa se ei vain saanut heti mahdollisuuttaan. Voidaan ajatella toisinkin. Saksalaisessa ympäristössä ei ehkä ollut tilaa tällaiselle teorialle ja omistusperustelulle; se olisi esiintynyt pelkkänä irrallisena utopiana, koska se ei kuvannut tai vastannut olemassa olevaa järjestystä. Omistusperustelussa ei suinkaan ole kysymys vain ”parhaimmasta” tai ”vakuuttavimmasta” argumentista. Argumentointi on osa omistuskäsitteistön esittelyä, jolla on omat lähteensä ja traditionsa. Vallitsevaa ja tavanmukaista on jatkaa traditiota, jollei ole erityistä syytä pyrkiä sitä kyseenalaistamaan. Tämän ohella voidaan lisäksi ajatella, että Bockerin esittämä tulkinta Locken työteoriasta ei ole sen mukainen, jollaisena se tuolloin luettiin.

Bocker kuitenkin väittää, että käänös työteoriaan tapahtui haparoivan viiveen jälkeen nopeasti ja kattavasti: valtausteoriaan vain lakattiin viittaamasta.⁵³

Bocker selittää muutoksen lähinnä ulkoisilla syillä. Ulkoisilla hän tarkoittaa konkreettisesti saksalaisen alueen ulkopuolisia syitä. Bockerin mukaan nimitäin tällä välillä Locken työteoria oli reseptoitu englantilaisissa, skottilaisissa ja ranskalaisissa filosofisissa, pedagogisissa ja taloustieteen töissä niin monien valistuksen kirjailijoiden ja auktoriteettien edustamana, että ei voitu enää rehel-

⁵¹ Bocker s. 292 ss.

⁵² Bocker s. 297.

⁵³ Bocker s. 298 ss.

lisesti esittää muunlaista yksityisen omistuksen syntymisen käsitystä joutumatta ignoroiduksi tai naurunalaiseksi. Brockerin mukaan työteorian eteneminen sinällään ei ole tyhjentävästi kuvattavissa eikä ehkä myöskään selitettävissä. ”Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt”, toteaa Brocker *Windscheidia* lainaten (kylläkin vuodelta 1854). Oikeudelle ei enää katsottu voitavan asettaa ikuisia mittapuita: muuttumattomien, ennalta-annettujen periaatteiden varaan rakennetun systeemin aika oli ohi. Näin muutos Brockerin mukaan liittyy nimenomaan luonnonoikeusteorioiden hylkäämiseen. Brocker viittaakin perustavaan maailmankuvan muutokseen, jossa maailman muokkaaminen ylipäättään, sen olemisen tapa sitoutuu ihmistoimintaan ja materiaalsen työstämiseen, ulkoisesta maailmasta tulee maailma ihmistä varten. Oikeudesta(kin) tulee vain positiivista, asetettua. Brocker tyypittelee koko vuosisataa leimaavaksi positiivismin, joka jatkuu saksalaisella maaperällä aina kolmannen valtakunnan muutoksiin asti.⁵⁴

Brockerilla on kuitenkin ilmeisiä vaikeuksia konkreettisesti osoittaa työteorian läpimurtoa Saksassa. Sellaiseksi ei riitä toteamus valtauserustelun poisjäännistä ja keskustelupohjan muuttaminen. Brocker nimittäin siirtyy tarkastelemaan saksalaista idealismia, erityisesti Kantia ja Hegeliä.⁵⁵ Brockerin mukaan lockelainen työteoria tuli ”abstrahoida” teologisista ja itsensä säilyttämis-teleologisista implikaatioistaan, joiden mukaan Jumala oli antanut maailman ihmiselle sitä varten, että tämä saattoi työnsä avulla hyödyntää sitä itsensä säilyttämiseen. Näin saavutettiin subjektivoitumismallin ydin. ”Subjektivoitumismallin” mukaan taas yksilön oikeushenkilöllinen substanssi ”muotoutui produktiivisen työn ulkoiseen materiaalin sekoittamisen kautta niin, että henkilön oikeuskvaliteetti siirtyi kohteeseen ja personoi sen, jolloin se tuli integroiduksi subjektin koskemattomuuden sfääriin (siis autonomia-alueeseen)”. Näin omistuksen koskemattomuus tuli perustettua nimenomaan henkilön koskemattomuuden avulla, joka subjektina ei saanut joutua kenenkään toisen tahdon objektiksi.

Brockerin mukaan Locken työteoria-variantin ytimenä oleva perusta eli hahmoteltu subjektivoitumismalli teki mahdolliseksi Locken teorian laajan resection ja sen liittäminen myös sellaisiin teorioihin, jotka lähtivät toisenlaisista systemaattisista (siis ei-teologisista ja ei-itsensä säilyttämis-teleologisista) premisseistä (kuten saksalainen idealismi, *Schopenhauer* tai varhainen *Marx*). Tämä ydin siis selittää sen menestystä uuden ajan filosofiassa. Riippumatta kaikista terminologisista ja systemaattisista eroista Locken ja häntä seuraavien saksalaisen idealismin kirjoittajien välillä, omistusoikeuden perustelun perusstruktuuri ja omistuksen syntymisen selitys säilyy Brockerin mukaan myös viimeksi mainituilla.⁵⁶

⁵⁴ Ainoastaan katolinen moraaliteoria piti kiinni muuttumattomien periaatteiden merkityksestä ja tietystä luonnollisesta järjestyksestä, mutta katolisellakin lohkolla esiteltiin locke-tyyppinen työteoria. Ks. Brocker s. 300 ss.

⁵⁵ Brocker s. 306.

⁵⁶ Brocker s. 306.

Ymmärtääkseni tässä on Brockerin konseption ongelma. Brocker todellakin tulkitsee lockelaisen konseption niin väljästi, että hän lukee siihen kuuluvaksi myös myöhemmät ”valtausteoreetikot”, erityisesti Hegelin.⁵⁷

Niitä teemoja, joita Brocker laajimmillaan ”työteoriaan” sisällyttää, on tietysti esillä erilaisissa filosofisissa kirjoituksissa. Brockerille nämä teemat sinällään ovat osoituksena Locken ajatusten epäsuorasta vaikutuksesta, joten Brocker päätyy toteamaan, että työteoria omaksuttiin jo varhain, vaikkei se hänenkään mukaansa varsinaisessa luonnonoikeuskirjoittelussa syrjäyttänyt valtausoppia.⁵⁸ Brocker näkeekin osana ”työteoriakeskustelua” myös hyvin abstraktin puheen ”työstämisestä”, siis mm. pohdinnat, joissa on kysymys lähinnä järjen ja havaintojen sekä aistimisen suhteista.

Brocker pitää Kantin saamaa nuivaa vastaanottoa yhtenä keskeisenä osoituksena siitä, että työteoria olisi Locken ja *Rousseau*n jäljiltä noussut jo itsestään selväksi.⁵⁹ Mm. Schopenhauer ja erityisesti Hegel esitellään työteoreettisen perustelustrategian kehittäjinä. Brockerin mukaan Hegelin yksityisomistuksessa toteutuu inhimillisen vapauden inkarnaatio. Vain työssä ihminen saattoi vahvistaa eksistenssinsä, vain omistajana hänellä oli Oleminen (Dasein) itselleen ja muille. Vapaus ja omistus liittyivät toisiinsa tavalla, jota Lockella ei ollut vielä löydettävissä. Individualistinen omistusperustelu löysi kulminaatiopisteensä Hegelissä.⁶⁰ Tässä yhteydessä kiinnostavaa on vain se, että Brocker ei erota työn erilaisia merkityksiä riittävästi. Hänellä työ kattaa (kaiken) ihmisen toiminnan, tekemisen, tahtomisen, määräämisen, olemisenkin. Näin ollen Brocker listaa työteorian kannattajiksi kaikki, jotka jollakin tavalla antavat omistusperustelun yhteydessä merkitystä ihmiselle tai ihmisen toiminnalle.⁶¹

Lopuksi Brocker viittaa myös puutteisiin, joita lockelaisella työteorialla on suhteessa maahan. Maa ei ole ihmistyön tuotetta eikä myöskään lisäännä.

⁵⁷ Vrt. Klenner 1993 erit. s. 155 s. sekä myös Schwab 1974 s. 526 s.

⁵⁸ Ks. Brocker s. 308 s.

⁵⁹ Brocker viittaa myös Fichteen, joka oli jo 1793 ilmestyneessä kirjoituksessaan kritisoinut occupatio-teoriaa. Fichten oma teoria edustikin työteoriaa. Brockerille Fichte osoittaa työteorian vakiintuneisuutta. Ks. Brocker s. 309 ss. Fichte ei kuitenkaan millään muotoa ole luettavissa ”vallitsevaan linjaan”, ainakaan jos tarkoitus on osoittaa vallitsevaa juridista teoriaa.

⁶⁰ Ks. Brocker s. 315.

⁶¹ Brocker tarkastelee mm. klassisen taloustieteen edustajia, joiden kiinnostus tosin liikkuu enemmän taloudellisten prosessien (selvittämisen) puolella kuin suoraan oikeus- ja omistuskysymyksessä, vaikka tähänkin viittaillaan. Kiinnostus liikkuu siis taloudellisissa prosesseissa, sellaisina kuin ne (jo) olemassa olevan omistusjärjestyksen raameissa toimivat; miten näissä puitteissa varallisuutta jaetaan ja lisätään. Tällöin alkuperäinen tavaroiden/materian saaminen ja jakaminen voidaan jättää omaksi kysymyksen, ja keskittyä selvittämään niitä säännönmukaisuuksia ja lainalaisuuksia, jotka määrittävät uuden omaisuuden syntymistä ja siirtymisiä. Näin huomio kohdistuu sellaisten markkinoiden muotoiluun, joilla tavaroiden produktio ja distributio tapahtuu; tullaan ”vaihdannan lakien” asettelemiseen ja kysymykseen siitä, mikä (kriteeri) määrää tavaroiden arvon (vaihdon markkinoilla). Klassikot löytävät tämän arvon työstä. Tässä nousee kyllä – ja juuri työ-perusteesta johtuen – myös kysymys siitä, miten pääoman- ja maanomistajat ”niittävät, kun eivät kylvä”. Ks. Brocker s. 324.

Lockelaiselta pohjalta maahan voikin oikeastaan olla vain hallintaperuste.⁶² Brocker näyttää ajattelevan, että rajoitukset havaittiin vasta nyt, siis 1840-luvulla.⁶³

Poiminnat Brockerin ajatuksista saattavat kysymään, voidaanko kaikki viimeksi tarkastellut – ja ylipäätään useimmat – kirjoittajat todellakin tulkita työteorian kannattajiksi. Jollakin tavalla tämä epäselvyys on tekemisissä sen kanssa, että occupation ja työn suhde toisiinsa ja merkitys perusteina on erilainen luontaisoikeudellisessa konseptiossa kuin positivismin vaiheessa (luonnon-oikeudesta irtaannuttaessa). Esim. Brocker pystyy erottamaan nämä perustelut toisistaan varhaisemmassa vaiheessa, mutta hän ei toisaalta erota niitä myöhäisemmässä (positivismin) vaiheessa. Tämä liittyy siihen, että hän tosiasiaassa erottaa teorialt varhaisemmassa vaiheessa luonnonoikeus/ei-luonnonoikeus-kriteerillä, mutta positivismin vaiheessa vastaavaa kriteeriä ei ole käytettävissä.

Johtuuko epäselvyys siis siitä, että omistuserustelujen muuntumisen tarkastelemisessa ei voida pitäytyä arvioimassa vain sitä, mitä perustelua kulloinkin esitetään (occupatiota vai työtä), vaan tapahtuu muitakin omistuskeskustelua jäsentäviä muutoksia?⁶⁴ Ennen kaikkea erot käsitteistön lähtökohdissa ovat tärkeitä. Eräs näitä eroja esiintuova jakokriteeri epäilemättä on *Waldronin* ja *Ryanin* edellä ehdottama lockelaisen ja hegeliläisen linjan erottelu erityisperustelun ja instrumentaalisen oikeuden sekä yleisperustelun ja itsekehityksellisen oikeuden välillä. Heckerin tutkimus taas osoittaa, että tällöinkin on syytä kiinnittää erityistä huomiota siihen, tarkastellaanko Locke luontaisoikeudelliseen keskusteluun sitoutuneena vai siitä kokonaan irrotettuna. Toisin kuin Brocker väittää, on mielestäni ilmeistä, että Locken ja Hegelin teorialt edustavat perustaltaan erilaisia näkemyksiä. Erilaisia ne ovat varsinkin silloin, jos Locke irrotetaan luonnonoikeuden traditiosta ja nähdään hänet yksilön vapautta val-

⁶² Ks. Brocker s. 325.

⁶³ Brocker viittaa tässä erityisesti John Stuart Millin kirjoituksiin. Brocker näkee kaksi mahdollista tapaa reagoida tähän keksintöön: joko työteorian hylkääminen ja toisen teorian kehittäminen tai työteorian perustalla pysyminen ja samalla sen radikaali kritiikki. Brocker tarkastelee tästä näkökulmasta työteoreetikkoina vielä varhaissozialistien kirjoituksia. Ks. Brocker s. 325. Brocker menee niinkin pitkälle (s. 328), että toteaa sosialistien olleen paitsi työteoreetikoita myös luonnonoikeustieteilijöitä ja alkuperäisiä lockelaisia. Tämän hän perustaa siihen, että myös sosialistien ajatuksissa oli kysymys nimenomaan siitä, mille pohjalle omistussuhteiden pitäisi rakentua, ei olemassa olevan järjestyksen kuvaamisesta. Näin(hän) omistuksen työteoria on ylipositiivinen sääntö. Vrt. myös Schwab 1974 erit. s. 520 ss.

⁶⁴ Vrt. myös esim. Kleensang s. 84 s. Omistuserustelukeskustelua on esitelty valtaus- ja työteorioiden vuorotteluna, mutta Kleensangin mukaan ei ole perusteltua poimia valtaus- ja työperusteita kehityshistorian rakenteiksi. Olennaisempaa on se, miten nämä perusteet liittyvät sopimukselliseen elementtiin ja millainen sosiaalisuus niiden asettelussa rakennellaan; ovatko teorialt tässä mielessä individuaalisia vai sosiaalisia. Kleensangin huomiossa on osin kysymys samasta asiasta, johon itse viittaa tärkeenä erottaa se, puhutaanko sellaisista käsitteistä, jotka kiinnittyvät perinteeseen (vanhempaan) luonnonoikeudelliseen konseptioon vai siitä irtaantuneista käsitteistä. Tämä ero tuo tarkasteltavaksi yhtäältä sopimuksellisuuden mukaan kutoutumisen ja toisaalta vapaus- ja itsemääräämiskäsitteet.

tion sääntelyä vastaan korostavana yhteiskuntateoreetikkona kuten Brocker toisaalta tekee. Ilmeistä on myös se, että Kant ja Hegel taas eivät omistusperteluisaan asetu sillä tavalla vastakkaisiin leireihin kuin Brocker esittää.

3.3.2 Käsitteellisten ainesten kerroksellisuudesta

Brockerin ja Heckerin monella tavalla kunnianhimoiset tutkimukset osoittavat sitä, että omistuskäsitettä analysoitaessa pyritään usein edelleen hyvin yleisiin ja kattaviin tulkintalinjoihin. Näissä linjauksissa omistuksen yhteydestä tunnistettuja muutoksia taustoitetaan yhteiskunnallis-taloudellisella kehityksellä, mutta ei kuitenkaan – lähtökohdille suorastaan ristiriitaisesti – oteta aina riittävästi huomioon sitä, että eurooppalainen yhteiskunnallis-taloudellinen järjestelmä ei suinkaan ole ollut yhtenäinen eikä samassa tahdissa muuttunut. Tässä suhteessa uudemmat tutkimukset, joissa pureudutaan paikalliselle tai alueelliselle tasolle, ovat osoittaneet tarkistuksen tarvetta vakiintuneissa käsityksissä.

Tätä osoittaa *Alfons Bürgen* tutkimus ranskalaisen yksityisoikeuden historiasta.⁶⁵ Bürgen tutkimus osoittaa, että omistusta koskevat opit ja tulkinnat kerrostuvat usein käsitteistöksi, jossa on hankala erottaa toisistaan eriaikaisten ainesten tietynhetkistä suhdetta.⁶⁶ Esittelen Bürgen tutkimusta siksi, että se tuo Brockerin ja Heckerin tutkimusten täydennykseksi esiin seikkoja, joita pidän jatkossa huomionarvoisina. Bürgen näkökulma muistuttaa ainesten monitasoisuudesta ja tradition kestästä.⁶⁷ Edellä tarkasteltu Brocker näki suuren muutoksen omistuskäsitteessä jo Locken tekstissä sinänsä ja Heckerin sijoitti muutoksen 1700- ja 1800-luvun taitteeseen, mutta Bürge näyttäisi paikantavan muutoksen vielä myöhemmäksi.

Ranskan Code Civil on tavanmukaista esitellä liberalismien aatteen vahvistavana kodifikaationa, eräänlaisena teollisen kehityksen taloudellisena peruskiivenä, jossa omistus olisi asetettu erityiseen asemaan. Tämän mukaisesti oppikirjoissa pidetään tuonaikaista omistusta absoluuttisena, eksklusiivisena ja pysyvänä eli individuaalisena ja subjektiivisena oikeutena modernissa merkityksessä. Näitä määreitä ei kuitenkaan löydy itse laista. Bürgen tutkimuksen ydintä on pyrkiä osoittamaan se, että tällainen sittemmin standardiksi vakiintuva tulkinta Code Civilestä saavutetaan vasta 1800-luvun kuluessa. Se edustaa myö-

⁶⁵ Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus* (1991). Ks. Myös Bürge 1991 ja Bürge 1993.

⁶⁶ Voidaan myös kysyä, miksi se olisi tarpeenkaan. Itse ajattelen, että se on tarpeen juuri sen käsitteistön kerroksellisuuden ymmärtämiseksi. Muutoin meille syntyy se kuva ikään kuin käsitteistö uudistuisi jonkin tietyn johtajuuden mukaiseksi sellaisella suoraviivaisella tavalla, joka ei kuitenkaan vastaa sitä, missä yhteyksissä, millä tavalla ja miten monien eritasoisten toimijoiden määrittämänä käsitteistö saa sisältönsä.

⁶⁷ Vrt. myös esim. Visser 1985.

hempää lukutapaa, joka ei vastannut sitä, miltä pohjalta lain omistusta koskevat pykälät muotoiltiin ja miten ne vielä pitkään 1830- ja 1840-luvulle asti ymmärrettiin.⁶⁸

Bürgen mukaan ne ajatukset, jotka värittivät Code Civilen valmistelua ja aikaisempia ehdotuksia, pysyivät vahvasti traditionaalisen keskustelun puitteisissa.⁶⁹ Käännöksen toisenlaiseen tapahtui, mutta vasta myöhemmin, ja siitä tuli sittemmin niin itsestään selvä, että Code Civileä alettiin tulkita kokonaan uuden hengen edustajana.

Bürge näkee muutoksen eräänä käännekohdaksi v. 1848 julkaistun Lockesityksen, josta saatiin tukea toisenlaiselle omistustulkinnalle. Uudessa tulkinnassa keskustelu yhteiskuntasopimuksesta jätettiin pois ja omistus perusteltiin valtauksella, sittemmin siihen liitettiin myös työargumentti. Kuitenkin vasta taloustieteen skotlantilaisvaikutteisessa keskustelussa nostettiin varsinaisesti esille työargumentti ja myös muita osia lain omistukseen liittämistä määreistä. Bürge löytääkin vasta tästä keskustelusta subjektin korostamista. Omistuksessa alettiin nähdä subjektin persoonallisuuden leima. Tässäkin keskustelussa työ oli aluksi lähinnä vain vapauden käyttämistä.⁷⁰ Bürge tarkastelee mm. erään *Tauliersin* ajatusta, jossa omistusperusteluina esitetään sekä valtaus että työ. Se, että haltija identifioituu haltuunotettuun objektiin, antaa objektille persoonallisuuden leiman. Haltijan ja objektin samastamisesta seuraa, että hallintavaade liittyy individuaaliseen vapauteen ja lopultakin persoonallisuuteen; omistus ja vapaus liitetään toisiinsa.⁷¹

⁶⁸ Legaalidefinitiossa (CC 544) tosin puhutaan omistusoikeudesta absoluuttisena määräämisenä, mutta se ei Bürgen mukaan tarkoittanut absoluuttista modernissa mielessä. Kysymys oli nimenomaisesti erottelusta, joka tehtiin suhteessa usufuokseen (käyttöoikeuteen). Omistuksen määreitä laissa selittääkin ensisijaisesti tarve käsitteellisesti erottaa toisistaan omistus ja käyttönautinto. Omistuksen vapautta korostettiin siksi, että haluttiin torjua paluu esivallankumouksellisiin feodaalisiin suhteisiin. Lain määre (CC 544) ”sikäli kuin lailla ja määräyksillä ei aseteta rajoituksia” on niin ikään pitkän tradition mukaista ja kiinnittää definition siihen, että omaisuus nauttii suojaa vain yhteisen hyödyn ehdoilla. Bürgen mukaan lainsäädäntötraditiosta ei löydy varsinaisesti ilmaisuja myöskään siitä, että yksityisoikeuden keskiöön olisi asetettu subjekti, joka olisi avannut tilaa nykyisen individualistisen ja subjektivistisen omistuskonseption merkitykselle ja näin markkinointu liberalistista suhtautumista. Bürge (s. 10) toteaa myös sen, että tosiasiaassa tekstit lähtevät liikkeelle lukuisista erilaisista objekteista, eivät subjektin tahdonvallan alaisesta abstraktiosta. Vrt. yleisemmin myös Kaiser 1994 s. 300–339.

⁶⁹ Keskustelua käytiin mm. omistusoikeuden kolmesta määreestä, joita ei niinkään nähty omistuksen sääntelyä rajoittavina. Päinvastoin, traditiosta käsin tulkittuna rajoitukset yhteisen hyvän vuoksi olivat osa määritelmää. Kyse oli kunkin valtion ja yhteiskunnan tilanteen vaatimasta sääntelystä. Valtiota koossapitävistä peruseriaatteista (vapaus, omistus, tasa-arvoisuus) korostettiin eniten tasa-arvoisuutta. Omistuksen rajoittaminen ei merkinnyt ristiriitaa. Keskustelussa elää vanhemman omistuskäsityksen kontinuiteetti ja vahva ajatus omistuksen sosiaalisesta sidonnaisuudesta. Vaikka 1800-luvun kuluessa tuli muunkinlaisia ääniä ja jopa vallitsevaksi, vanhempikaan traditio ei varsinaisesti katkenut (nykyisestä yksioikoisesta tulkinnasta poiketen). Bürge s. 18 ja 25.

⁷⁰ Bürge viittaa siihen, miten omistus sitoutuu actioniin ja tahtoon (volonte), ks. emt. s. 30 ss.

⁷¹ Bürge s. 38.

Bürgen esittämä kuva siitä, millaisena omistusoikeus ymmärrettiin, on näin varsin toisenlainen kuin se, jota vastaan esim. edellä tarkasteltu *Proudhon* hyökkäsi. Onkin huomattavaa, että Bürgen tutkimuksessa pyritään pureutumaan nimenomaan oikeustieteen ja lainopin käsityksiin.⁷² Proudhonin näkökulma omistukseen on filosofisempi kysymys sen oikeuttamisen mahdollisuudesta. Bürgen mukaan Proudhonin edellä viitatulla, v. 1840 ilmestyneellä kirjoituksella oli merkitystä keskustelun ”katalysaattorina”. Vaikuttajana, jonka ansioita Code Civilen omistusmääritelmä alettiin nähdä subjektivistisena ja individualistisena, Bürge pitää saksalaista *Friedrich Carl Savignya*.⁷³ Savignyn kautta ranskalainen kulttuuri tuli tekemisiin myös Immanuel Kantin ajatusten kanssa. Merkittävää on se, että omistuksen tarkastelutapa muuttui: nyt kirjoituksissa alettiin lähteä liikkeelle abstraktista tai yleisestä ideasta. Ihminen esiteltiin subjektina, joka on yleisen vapauden lain alainen. Näin suhde omistuksen ja lain välillä muodostui sellaiseksi, jossa lait asettavat (vain) rajat. Omistus nähtiin ihmisten väliseksi suhteeksi. Idealistiset vaikutteet tulivat Saksassa vierailneiden mukana ja esim. Savignyn teokset käännettiin ranskaksi jo ilmes-
tymisvuonnaan.

Bürgen mukaan omistus ranskalaisessa kirjallisuudessa muuntui siis vasta 1800-luvun kuluessa käsitteeksi, joka on ”absoluuttinen, eksklusiivinen ja ilman rajoituksia pysyvä”.⁷⁴ Bürge korostaa erikseen sitä, että muutoksen läpilyönnissä oli tärkeää se, että tulkinta lähti rakentamaan yhden käsitteen varaan ja saattoi näin siirtää syrjään luonnonoikeuden lukuaisuudet. Tämä käänne viittaa tahtokäsitteeseen, minun ja sinun erottamiseen ja siihen, miten systeemi rakentuu oikeuksina ja oikeussuhteina (persoonasta käsin).⁷⁵ Liberalismin konseptio sovitettiin Code Civilen ylle, mutta se ei ollut sitä stimuloinut.⁷⁶

Bürge korostaa käsityskantojen muutoksen tuottajana saksalaisen historiallisen koulun merkitystä yleisemminkin. Vaikka Savignyllä oli vahva vaikutus,

⁷² Ks. myös Gordley 1994 s. 459 ss.

⁷³ Bürge s. 42 s.

⁷⁴ Bürge s. 60. Bürgen huomiot sopimuksen alueelta ovat niin ikään kiinnostavia. Tahdon autonomian oppi saa omistuksen ohella keskeisen aseman sopimusoikeudessa. Tässäkin ranskalaista oikeusajattelua pidetään jonkinlaisena opin inkarnaationa. Tätä voi kuitenkin epäillä; autonomiaa käytetään käsitteenä yleisemmin tässä yhteydessä vasta 1800-luvun puolivälissä ja tällöin Kantiin viitaten. Tältäkin lohkolta löytyy sittemmin kirjallisuudesta Savigny ajatusten välittäjänä: ”jokainen oikeus esiintyy henkilöllä olevana valtana, henkilön ominaisuutena (tai niiden kanssa) ja tästä käsin myös oikeussuhteet on ymmärrettävä henkilön attribuutteina”. Tässä tullaan siteen havainneeksi samanlainen muutos kuin omistuksen kohdalla ja se, miten objektista siirrytään subjektin keskeisyyteen. Ks. Bürge s. 64 ss.

⁷⁵ Bürge s. 89.

⁷⁶ Bürge s. 149. Bürge toteaa lopuksi (s. 523) niinkin yksiselitteisesti, että ”tulos kerta kaikkiaan on se, että Code Civil ei suinkaan ole dokumentti sellaisesta voitollisesta individualismista ja liberalismista, joka avaisi 1800-luvun (taloushistoriallekaan), vaan palanen etatistista, merkantilismin sävyttämää lainsäädäntöä”.

muutosta ei voida pitää yksin hänen vaikutuksenaan.⁷⁷ Historiallisen koulun ajatuksia sovellettiin jokseenkin luovasti (toki myös kaavamaisesti), ikään kuin ranskalaiseen traditioon ja historiaan.⁷⁸ Bürge puhuu paitsi muutoksen kerroksellisuudesta myös siitä, että ranskalaisessa oikeustieteessä käänne historialliseen kouluun ei tarkoittanut nostalgista takaisinkatsomista. Se oli päin vastoin sellaiseen oikeustieteeseen kiinnittymistä, joka näytti saavuttavan voittoja Saksassa.⁷⁹

Bürgen näkökulma historialliseen aiheeseensa on yleisemminkin puhutteleva. On ilmeistä, että myös varhaisempina aikoina omistamisen käsitteistöön sisältyi hyvin monisyisiä ja ristiriitaisiakin aineksia. Tällaisen aineksen muotoilu on oikeustieteen ja lainopin tehtävänä. Olennaista ei ole se, miten monta vuosikymmentä käsitysten muuttuminen tarkkaan ottaen vei, vaan se, että kysymys on tällaisesta jatkuvuuden ja muutosten prosessista.⁸⁰ Kiinnostavaa Bürgen tulkinnassa on myös se, että muutos lainopissa tai oikeustieteessä ei hänen mukaansa palaudu suoraviivaisesti tiettyyn filosofiseen tai poliittiseen teoriaan. Tätä ensisijaisempi merkitys oli oikeustieteen koulukuntien muutoksilla ja tieteenalan omalla vaikutuksella. Oma tärkeä kysymyksensä on se, miten filosofiset ja oikeudelliset opit ja niiden muutokset liittyvät konkreettisen tason omistusjärjestykseen.

Bürgen tuella voinkin tiivistää kritiikkini Brockeria vastaan siihen, että Brocker antaa teorian tieteellisestä vallankumouksesta hallita liikaa jäsennystään omistuskeskustelun muutoksista. Muutos ei oikeustieteellisissä käsityksissä tapahdu sellaisella rysäyksellä, jollaisena Brocker paradigmanvaihdosta manifestoi. Tätä ei tue Brockerin omakaan teksti ja sitä vastaan puhuu vahvasti myös Heckerin tulkinta. Ylipäättään on ongelmallista rajoittaa filosofian tai oikeusfilosofian teksteihin ja päätellä niiden perusteella, mikä on ”yleinen, vakiintunut paradigma” oikeustieteessä ja varsinkin, että se olisi muuttunut. Joka tapauksessa näyttää tarpeelliselta tarkastella omistuskeskustelua filosofian ohella myös oppikirjatasolla. Tämä on Heckerin esityksen vahuus, mutta myös Heckerin tulkinta omistusperustelun asemasta juristiteksteissä jättää avoimia kysymyksiä.

⁷⁷ Savigny pyrki aktiivisesti levittämään historiallisen koulun ajatuksia myös Ranskaan. Bürge viittaa tässä mm. Warnkönigin suureen vaikutukseen ja Themis-piiriin, jossa keskusteltiin saksalaisesta kirjallisuudesta ja käännöstöistä. Savignyllä oli myös henkilökohtaisia yhteyksiä ranskalaiseen tutkijakuntaan. Hän vierailikin siellä. Ks. Bürge s. 150 ss.

⁷⁸ Code Civilen historiallisen tradition löytäminen ei sinällään estänyt eksegeettisen tulkinnan painotuksia. Tästä ranskalainen vuosisadan alku on tunnettua. Kuitenkin historiallisuuden vaatimus toi esiin käsityksen oikeuden ja yhteiskunnan riippuvaisuudesta ja vuorovaikutuksesta, ja tarkemmin myös käsityksen yksityis- ja julkisoikeuden liittymisestä toisiinsa. Ks. Bürge s. 206 s.

⁷⁹ Bürge emt. s. 521–525.

⁸⁰ Ks. myös Feenstra 1989.

Heckerin tulkinta omistusoikeuden kahdesta mahdollisesta perustelu-ulottuvuudesta on toisenlainen kuin filosofien lukuisat ryhmittelyt. Hecker katsoo tässä vaiheessa titelin ja moduksen yhtyneen, jolloin myös perusteluksi vakiintui työ. Juristit pitäytyivät hänen mukaansa teoriaan, jossa omistusoikeuden synnyttäisi indiividin esineeseen kohdistuva toiminta. Hecker korostaa tässä muutoksena nimenomaan esineeseen kohdistuvuutta. Nähdäkseni hänelle on epäolennaisempaa se, kutsutaanko toimintaa haltuunotoksi vai työksi. Kiinnostavaa on se, että Heckerin tulkinnan mukaan moderni oikeudellinen käsitteistö valitsisi perustelukseen teorian, jossa omistus palautetaan ihmisen ja esineen väliseksi suhteeksi sosiaalinen suhteen jäädessä pois. Sosiaalisuhde Heckerin termein viittaa kaikkeen siihen, mikä asettaisi omistusoikeuden riippuvaiseksi muiden hyväksymisestä ja yhteisön intresseistä. Se, että Hecker katsoo tämän jäävän pois, näyttää ristiriitaiselta sen kanssa, miten jakso ja muutos moderniin tultaessa filosofian näkökulmasta nähdään. Saattaa olla, että Hecker tässä ehkä liikaa juuttuu omistusoikeuden juridiseen määritelmään ja käsittelyyn ikään kuin oikeus ja sen perusta tyhjentyisivät juristikeskustelussa.

Kiinnostavaa on kuitenkin myös se, että erilaisista käsityksistään riippumatta sekä Hecker että Bocker katsovat omistuserusteluissa olevan kysymys nimenomaan kahden teorian tai perusteen eli valtauksen ja työn käyttämisestä. Juristiteksteistä käsin muut elementit näyttäytyvät vain taustana tai kehikkona. Tässä suhteessa erottelu titelin ja moduksen välillä on tärkeä, samoin kuin huomio niiden jonkinlaisesta yhteenlankeamisesta 1800-luvulle tultaessa. Tämä on epäilemättä tekemisissä oikeustieteen ja oikeusfilosofian eriytymisen kanssa, mikä liittyy luonnonoikeudellisen ajattelun kokonaiskonseptiosta luopumiseen. On ilmeistä, että tällöin keskustelun puitteiden muuttumisesta on entistä hankalampi saada otetta. Hecker pitäytyy nimenomaisesti juristitekstien tarkasteluun löytämättä niistä enää juuri muuta kuin omistuserustelmia. Bocker puolestaan hakee tukea oikeusfilosofisista, valtio-opillisista ja kansantaloustieteellisistä kirjoituksista saamatta näitä kuitenkaan liittymään juristiteksteihin. Bürge keskittyy lakeihin ja juristien teksteihin, ja kenties siksi hänen tulkintansa muutoksesta on muita tulkintoja vaiheikkaampi ja hitautta korostava.

3.3.3 Perustelun ja määritelmän monimutkainen suhde

Brockerin ja Heckerin tutkimukset herättävät lukuisia pohdintoja. Palaan vielä erikseen kysymykseen, jonka nostin esiin jo edellä ja johon viitataan myös jaksojen 3.2 otsikoissa. Sekä Hecker että Bocker kytkevät yhteen kaksi asiaa, nimittäin omistusoikeuden perustelun ja omistuksen sisällöllisen määrittelyn. Omistuksen ymmärtäminen absoluuttiseksi ja eksklusiiviseksi oikeudeksi seurasi Brockerin mukaan omistuksen individuaalisesta työperustelusta, kun taas

Hecker näki sen johtuvan siitä, että aito perustelu jäi pois. On kuitenkin syytä kysyä, onko kysymys kytköksestä, jonka tutkijat sittenkin vain olettavat.

Sen paremmin Brocker kuin Heckerkään ei näytä omistusmääritelmän abso-luuttisuutta korostaessaan ja kritisoidessaan kiinnittävän huomiota siihen, että määritelmän ei suinkaan ole lainopissa nähty estävän oikeuden sääntelyä ja rajoittamista. Positiivinen oikeus on sekä luontaisoikeudellisen ajattelun kau-della että luontaisoikeudellisesta ajattelusta irtaantumisen jälkeenkin oma, tiet-ty alueensa, johon määritelmän merkitys ei palaudu. Määritelmillä on asemansa käsitesysteemissä ja voi olla, että omistusmääritelmän tehtävä on pikemminkin tällä tasolla. Ymmärtääkseni myös Bürgen tulkinnassa suuria muutoksia omis-tuskäsitteistössä liittyy siihen, että luontaisoikeudellinen tausta jää pois. Kiin-nostavaa ja haastavaa on se, että muutokset eivät seuraa suoraviivaisesti mis-tään filosofiasta, vaan niiden tavoittamiseksi ja paikantamiseksi on selvitettävä tarkemmin oikeudellisia tekstejä ja keskustelua. Näissä teksteissä taas omistus näyttäytyy edelleen rajoitettuna ja säänneltynä oikeutena.

Heckerin ja Brockerin tutkimukset tuovat omistuskeskusteluun tärkeän lisän osoittaessaan, että juridisesta näkökulmasta valtaus- ja työteoriat ovat keskeiset omistuserusteluvaihtoehdot. Ne eivät kuitenkaan ole esiintyneet yksinään, vaan jonkin laajemman teorian osana. 1800-luvun konseptioiden tulkinnassa on ilmeisiä ongelmia varsinkin silloin, jos koko ajanjakso yritetään nähdä vain toisen perusteen/tietyn omistusmääritelmän vakiintumisena. Kun sekä valtaus että työ ilmeisesti esiintyvät myös 1800-luvun lainopillisissa teksteissä, on niiden aseman ja merkityksen ymmärtämiseksi kysyttävä pikemminkin edel-leen, mikä antaa keskustelulle sellaiset puitteet, että esitetyt perustelut voivat keskustelussa toimia? Tarkastelen ensin oikeusfilosofisten taustavaihtoehtojen asemaa ja liityntöjä oikeudelliseen keskusteluun. Näiden jälkeen siirryn tavoit-telemaan perustelukeskustelun elementtejä tyypillisistä oikeudellisista teksteis-tä.

Tällöin saattaa olla jopa niin, että valtaus on monestakin syystä luontevampi vaihtoehto juristitekstissä esiintyvänä perusteena. Näin olisi esimerkiksi siksi, että työperuste ei juridisen tradition yhteydessä ole omistuksensaanto, sen sijaan valtaus on. Tämä lähtökohta saa lisämerkitystä tilanteessa, jossa nojau-dutaan muiden tieteenalueiden käsityksiin ikään kuin taustaoletuksina, joita ei itse kyseenalaisteta tai eksplikoidakaan. Tähän nähden työstimisen ja vaivan-näön edellyttäminen merkitsisi nimittäin ristiriitaista ylimääräisen ja perustelua vaativan lisävaateen asettamista omistussuhteen syntymiselle verrattuna pelk-kään haltuunottoon, joka voidaan vain todeta.

4 Välitilinpäättös: oikeusfilosofisen ja oikeudellisen tarkastelun ja käsitteistön yhteyksistä

4.1 ERILAISIA TULKINTOJA LUONNONOIKEUDESTA JA POSITIIVISESTA OIKEUDESTA

Oikeustieteen oppihistoriaa koskevien tulkintojen tarkastelun lopputulemana on tulkintojen ristiriitaisuus. Tietetyt huomiot eivät tunnu sopivan yhteen toistensa tai juristikirjallisuuden kanssa. Näitä huomioita ovat filosofiakeskusteluun liittyvä ajatus siitä, että työperuste siirtäisi valtauserusteen syrjään. Tulkintoissa ei kuitenkaan vakuuttavasti osoiteta, että juristikirjallisuudessa alettaisiin nojautua työperusteeseen omistuksen syntyperusteena. Toisaalta kumpikaan perusteluista ei sellaisenaan näytä kestävältä nykykeskustelussa. Hämmentäviä ovat myös kirjoittajien erilaiset tulkinnat klassikoista. Kysymyksiä herättävä on niin ikään vahva väite siitä, että omistusoikeus nyt määritettäisiin paitsi absoluuttiseksi ja eksklusiiviseksi myös erityisellä tavalla ihmisen ja esineen väliseksi suhteeksi. Filosofien ja juristien keskustelu kulkee siis eri tavalla. Ne ovat jotenkin eri perinnettä. Näyttää myös selvältä, että angloamerikkalaisessa filosofisessa keskustelussa liikutaan hieman eri perinteessä kuin mihin mannereurooppalainen kysymyksenasettelu kohdistuu.¹

Miten tulkintoja pitäisi arvioida? Ristiriitaisuus liittyy ennen kaikkea luonnonoikeudellisesta ajattelusta ja omistuskäsitteistöstä samanaikaisesti esitettyihin, erisuuntaisiin ja epäselviin tulkintoihin. Mielestäni tätäkin keskustelua selkiinnyttää luonnonoikeudellisen oikeusajattelun jäsentäminen tietyn käsitteellisen mallin avulla, jota kehittelin väitöskirjassani. Tyydyn tässä vain lyhyesti viittaamaan mallin sisältämään erityiseen kerrokselliseen kuvioon, jota väitöskirjassani kutsuin myös tasottelukäsitteistöksi. Kuviossa väitetään, että jakamalla omistuskäsitteistö eri abstraktiotasoille voidaan eritellä tarkemmin tiettyä mannereurooppalaista luonnonoikeudellisen ajattelun perinnettä, jossa omistusoikeus esitettiin luonnontilassa syntyvänä ihmisen valtana esineeseen nähden. Kuvio kuitenkin osoittaa sen, että tämä osa keskustelusta liikkuu filosofiatasolla ja sen tarkoituksena on perustella valtiotilaan ja siihen sisältyvään oikeuksien rajoittamiseen ja sääntelyyn siirtymistä, mikä hahmotetaan

¹ Vrt. myös Schultz 1993 (erit. s. 467 ss. ja 491 ss.), jossa tarkastellaan amerikkalaisen poliittisen retoriikan ja oikeudellisen kielen eroa omistuskysymyksessä.

yhteisen hyvän ja yleisen edun käsittein. Valtionsisäinen oikeudellinen järjestys puolestaan esitellään varsin rajallisista oikeusasemista muodostuvana: olen-naista on se, että sääntelyllä täytyy olla perusta yhteisessä hyvässä, jonka lainasettaja-ruhtinas on (tyypillisesti) kykenevä arvioimaan (paremmin kuin alamaiset).²

Omistuskäsitteistön hahmottaminen luontaisoikeudellisen ajattelun kokonaiskonseptiossa eri abstraktiotasoille sijoittuvina elementteinä osoittaa joka tapauksessa sen, että omistusoikeuden määrittelemisen rajattomaksi oikeudeksi ei suinkaan tarkoita sitä, että sellainen oikeusasema olisi valtiossa mahdollinen, vaan oikeastaan juuri päinvastoin; valtiotilassa yksityisen oikeuksia on rajoitettava yhteisöelämän vaatimusten mukaisesti.

Tämä konseptio näkyy erityisen selvästi kirjoituksissa, jotka koskevat paitsi yleistä luonnonoikeudellista käsitystä myös jonkin sellaisen maan valtionsisäistä oikeutta, jossa on valtakunnallista sääntelyä tai käytäntöjä – siis esimerkiksi *Grotiuksen* kohdalla Hollannissa vallinnutta oikeustilaa tai esim. *Nehrmanin* ja *Caloniuksen* teksteissä kuvattua ruotsalaista, luonnonoikeuteen nojaavaa oikeustilaa. Sama kuvio näkyy kyllä myös *Pufendorfilla*. Jos sitä sen sijaan yritetään tavoittaa saksalaisesta oppikirjallisuudesta, sitä ei aivan sellaisenaan löydy, mikä johtuu saksalaisten ruhtinaskuntien lainsäädännöllisen ja opillisen tilan erityisluonteesta (ius communena ja erilaisina partikulaarioikeuksina). Mutta tämä on pikemminkin vain sellaista, joka tekee saksalaisista teksteistä hankalampia käsitellä. Mielestäni pystyn kuvion avulla jopa havainnollisesti osoittamaan, että luontaisoikeudellisten tekstien luonnonoikeuteen kiistatta liittämät ikuisuuden ja muuttumattomuuden määreet eivät sisällä sitä, että omistusoikeutta pidettäisiin muuttumattomana ja rajoittamattomana, vaan tekstit päinvastoin perustelevat välttämättömyyttä omistuksen sääntelemiseen valtiotilassa.

Edellä sanottu koskee ns. vanhemman luonnonoikeuden konseptiota, mikä ei tarkoita sitä, että ajattelumalli siirtyisi kokonaan syrjään ns. nuoremman luonnonoikeuden tieltä. Termit vanhempi ja nuorempi luonnonoikeus ovat peräisin *Diethelm Klippelin* saksalaisen alueen luonnonoikeuden kehitystä ja vaiheita erityisesti 1600- ja 1700-luvulla koskevasta jo klassisesta tutkimuksesta.³ Tässä yhteydessä tyydyn viittaamaan lähinnä vain Klippelin uudempiin tutkimuksiin, joissa hän jatkaa aikaisemman tutkimuksensa teemoja, mutta pyrkien arvioimaan luonnonoikeuden merkitystä ja asemaa 1800-luvulle tultaessa. Klippel korostaa kahta käsitteellistä muutosta, joilla on erityinen merkityksensä myös edellä ja jäljempänä toistuvien, eri kirjoittajien esittämien ristiriitaisilta vaikuttavien tulkintojen ymmärtämisessä.

² Ks. tasottelukäsitteistön ulottuvuuksista Paasto s. 280 ss. ja perustapaus s. 287–290 sekä tiivistelmäartikkeli Paasto 1995 erit. s. 90–115.

³ Ks. Klippel erit. s. 197–206. Vrt. myös Bödeker – Hont 1995 s. 81 ss.

Yleisen käsityksen mukaan 1800-luku oli nimenomaan historiallisen koulukunnan ja positivismin epookki, jolloin luonnonoikeudella ei olisi enää ollut mitään merkitystä. Erityisesti kantilaisen kritiikin ajatellaan siirtäneen luonnonoikeuden lopullisesti historiaan. Klippel kuitenkin muistuttaa siitä, että nuorempi luonnonoikeus kiistatta koki jonkinlaisen uudelleenkuoistuksen 1700-luvun viimeiseltä vuosikymmeneltä lähtien ja esimerkiksi yliopisto-opetuksessa luonnonoikeudelliset teokset hallitsivat 1800-luvun puoliväliin asti. 1800-lukua ei toki voi kutsua luonnonoikeuden aikakaudeksi, mutta Klippelin mukaan se on myös sitä.⁴

Luonnonoikeudella onkin Klippelin mukaan paljon tähänastisia arvioita suurempi merkitys oikeuden 1800-luvulla tapahtuvassa modernisoinnissa ja tuonaikaisten aktuaalisten kysymysten tematisoinnissa ja käsittelyssä. Luonnonoikeus ja oikeusfilosofia esiintyivät yhdessä. Klippel puhuu useammasta tavasta, jolla ne vaikuttivat.⁵ Ensinnäkin luonnonoikeus ja oikeusfilosofia olivat eri oikeudenlohkoilla vähintäänkin osallisena käsitteen- ja systeeminmuodostuksessa. Ehkä tärkein tässä yhteydessä oli niiden täydentävä funktio suhteessa voimassa olevaan oikeuteen. Tällä Klippel viittaa siihen, että abstrahoituaan periaatteellisesti positiivisesta oikeudesta luonnonoikeus ja oikeusfilosofia tarjosivat tavallaan keskusteluforumin oikeustieteen sisällä, siis sellaisen tason, jolla juristit saattoivat pohdiskella poliittisten, sosiaalisten ja taloudellisten muutosten tai ongelmien oikeudellista hallitsemista ja kehittää niihin ratkaisumalleja. Kysymys oli oikeuspolitiikasta.

1800-luvun viimeisillä vuosikymmenillä tapahtui luonnonoikeuden oman pätevyysalueen ja funktioiden menetyks. Monet luonnonoikeuden kysymykset siirtyivät ei-juridiseen tarkasteluun, siis toisille lohkoille. Klippel esittää toisentahtisen kuvan historiallisen koulun ja luonnonoikeuden suhteista 1800-luvun kuluessa, mitä tukevat myös projektin puitteissa tehdyt muut tutkimukset.⁶ Tyypillinen käsitys 1800-luvusta onkin usein vähintään liikaa yleistävä, toisinaan suorastaan harhaanjohtava, jos huomio kiinnitetään vain tiettyihin uutuusajatuksiin. Liikaa yleistävä kuva hallitsee vielä vahvemmin ruotsalaista ja suomalaista 1800-luvun oppihistorian tulkintaa. Klippelin mukaan luonnonoikeuden suhde muihin teorioihin ja sen merkitys ja vaikutus eri lohkoilla on yksityiskohdissaan edelleen tutkimatonta aluetta.

Erityinen 1800-luvun tulkintoihin liittyvä merkityksensä on sillä, että 1700-luvun loppupuolella luonnonoikeuden konseption tietyt keskeiset elementit pyrittiin eräissä kirjoituksissa hahmottelemaan entisestä poikkeavasti. Tähän

⁴ Ks. Klippel, Johdanto s. VII ss. (teokseen *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*). Ks. myös esim. Klippel 1987 ja Klippel 1997a sekä Schröder – Pielemeier 1995 erit. s. 268 s.

⁵ Ks. Klippel, Johdanto s. XIV s. Ks. myös Klippel 1995 erit. s. 290 ss.

⁶ Tätä osoittavat myös artikkelikokoelman lukuisat artikkelit eri oikeudenaloilta, ks. esim. Dipper 1997, Schröder 1997 ja Schwab 1997.

vaiheeseen sijoittuu kaksi tärkeää uutuutta, jotka myös sekoittavat sitä, miten vanhempaa luonnonoikeutta arvioidaan (ja vaikeuttavat sen piirteiden oikeaa näkemistä), sillä kysymys on tiettyjen keskeistermien ja keskeiselementtien uudelleen määrittelemisestä. Toinen oli pyrkimys ymmärtää alkuperäiset oikeudet yksittäisinä oikeuksina (ja oikeusluetteloina), jotka suuntautuisivat lain-säättäjää ja valtiota vastaan tai velvoittaisivat ja sitoisivat valtiota (verrattuna edellä viitattuun, aikaisempaan punnintakonseptioon). Toinen muutos oli erityisesti kantilaiseen terminologiaan kuuluva ajatus nimittää yksityisoikeuden alueeksi valtiota edeltävää luonnontilaa.⁷ Näin yksityisen ja julkisen suhde muuttui ja määrittyi uudella tavalla.⁸ Tämän seurauksena on mm. se, että jos tällaisessa käsitteistössä omistusoikeus määritellään absoluuttiseksi ja eksklusiiviseksi luonnontilassa syntyneeksi oikeudeksi, se näyttäisi samalla merkitsevän sitä, että sen avulla turvataan yksityisen ja yksilön asema valtiota vastaan ja perustellaan siis nimenomaisesti valtion minimaalista puuttumista yksityisen (vapauden) alueelle. Väitän, että tämä ei suinkaan ollut se tapa, miten asia vanhemmassa luonnonoikeudessa hahmottui. Sitä vastoin uudemman luonnonoikeuden pohjalta syntynyt hahmotus oli tämä. Näin kysymystä arvioidaan myös nykyteksteissä, jotka pyrkivät ymmärtämään varhaisempia tekstejä – ja

⁷ Ks. myös Hofmann s. 108 s., jonka mukaan luonnontilan käsitteellä oli erityinen ansionsa siinä, miten valistuksen oikeusperustelussa siirryttiin kehrittelemään ns. luonnollista yksityisoikeutta. Hofman viittaa siihen, miten Kant MdS:n osion yksityisoikeuden lopussa puhuu siitä, miten siirrytään ”luonnontilan Minun ja Sinun omasta oikeudelliseen tilaan ylipäättään”. Tässä luonnontilan nimikkeenä on status iustitiae vacuum (ei siis status iniustus), millä Kant viittaa siihen, että luonnontilasta puuttuu jakava oikeudenmukaisuus ja oikeudelliset orgaanit ja tällainen tila on ”yksityisoikeuden tila”, jota vastaan Kant asettaa ”julkisen oikeuden tilan” eli status civiliksen. Näin Kant irtaantuu kokonaan vanhemmasta tavasta, jossa ius privatum viittasi kaikkeen yksityisiä koskevaan normiainekseen mukaan lukien rikos- ja prosessioikeus. Kant sen sijaan käyttää termiä tuolloin uudessa yksityisten välisten oikeussuhteiden merkityksessä. Mutta luonnollisessa yksityisoikeudessa ei ole kysymys valtiokansalaisista yksityisihmisinä, vaan järjen-idean avulla kaikista poliittisista suhteista isoloiduista autonomisista indiviideistä. Eikä kysymys ole positiivisista säännöistä näiden olemisen koordinoimiseksi, vaan järjestä apriorisesti johdetuista normeista suurimman mahdollisen individuaalisen vapauden järjestämiseksi. Nämä luonnollisen yksityisoikeuden säännöt eivät ole vielä todellista oikeutta, vaan ovat sitä presumtiivisessa ja provisorisessa merkityksessä silmälläpitäen valtiollista (julkista) sanktiointia status civiliksessä. Luonnollinen yksityisoikeus on sääntösystemi, jolla on ”välttämättä mahdollinen pätevyys”. Tällä Hofman viittaa siihen, että julkisella ja statutaarisella oikeudella on Kantille luonnollisen yksityisoikeuden valtiollisen sanktioinnin merkitys. Hofman sanoo vielä (s. 109), että se oikeusmateriaali, josta Kant puhuu, on molemmissa sama: julkinen oikeus ei sisällä enempää tai muita velvollisuuksia ihmisille kuin mitä voidaan ajatella luonnollisen yksityisoikeuden puitteissa. Toisin sanoen näin julkinen oikeus määritellään yksityisoikeudesta käsin. Tämä ei sinällään tarkoita sitä, että julkinen oikeus vahvistaisi jonkinlaisen status quon, mutta luonnollinen yksityisoikeus asettelee ne edellytykset, joiden alaisuudessa luonnontilan järkilait ”zur Ausübung gelangen”. Hofman viittaa myös siihen, että tämä kantilainen ajatus – erityisesti ajatuksena siitä, että status civiliksessä on kysymys luonnollisen yksityisoikeuden perustaisen individuaalisen vapauden turvaamisesta – näkyy sitten Suarezilla, Martinilla ja Zeillerillä ja näin siis vuosisadan vaihteen suurissa lakikodifikaatioissa. Esim. ABGB:n henkinen isähen oli no. Zeiller (s. 110).

⁸ Ks. myös Klippel 1991 erit. s. 366 ss.

siis riippumatta siitä, mitä luonnonoikeutta ne oikeastaan edustavat, vanhempaa vai nuorempaa vaiko jotakin muuta.

Tämä ”uusi” lukutapa on myös se tapa, jolla amerikkalaisperäisessä keskustelussa omistusta koskevia filosofisia ja juristitekstejä luetaan, mikä näkyy sitten mielestäni vanhemman luonnonoikeuden jonkinlaisena väärintulkintana. Amerikkalaisperäisissä teksteissä esitettyjen tulkintojen yksipuolisuus liittyy myös siihen, että niissä John Locke saa ensisijaisen aseman muiden filosofien edellä ja samalla poikkeuksellisen aseman siinä, että amerikkalaisperäisissä tulkinnoissa filosofisen tason keskustelun ajatellaan olevan ikään kuin välittömästi hyödynnettävissä konkreettisen juridisen tason argumentaatiossa – mikä taas väitteeni mukaan ei kuulu eurooppalaiseen luonnonoikeudelliseen traditioon, jossa olennaista oli valtion lainasettamismenettelyssä suorittama punninta ja harkinta ja sääntely. Tähän viittasin jo edellä.

Kuvioni luontaisoikeudellisen ajattelun rakenteesta osoittaa käsitteistön kerroksellisuuden luonnonoikeudellisessa konseptiossa ja siis samalla nimenomaan sen, että omistusoikeuden määrittäminen rajattomaksi määräämisvalaksi ei ollut ristiriidassa omistajan oikeuksien valtiotilaisen sääntelemisen ja rajoittamisen kanssa. Tämän ajatuskuvion perusta oli luonnonoikeuden asettelemassa ja perustelemassa ihmisen perimmäisessä yhteisöllisyydessä, joka oli Jumalan ihmiseen istuttamaa. Kun tästä luonnonoikeudellisesta oikeudellisen ja valtiollisen järjestyksen perustelusta luovuttiin, jouduttiin jonkinlaisiin vaikeuksiin, ja samalla siihen, että käsitteistö ei enää ollut niin selkeä tai selkeänä ja johdonmukaisena nähtävissä kuin aiemmin. Tässä tilanteessa oltiin 1800-luvulle tultaessa tai viimeistään 1800-luvulla tämä oli nähtävissä. Tämä ei tarkoita sitä, että tästä olisi käyty varsinaisesti keskustelua. Se näkyy pikemminkin siinä, minkälaisia keskusteluja jäi pois ja millä tavalla keskustelut eriytyivät niin, että on vaikeata saavuttaa kovin jäsentynyttä kuvaa siitä, mistä kulloinkin on kysymys.

Luonnonoikeudellisesta ajattelusta ja varsinkin luonnonoikeuden ja positiivisen oikeuden suhteesta on siis ristiriitaisia tulkintoja ja käsityksiä.⁹ On edelleen tavallista ymmärtää luonnonoikeudellinen ajattelu ikään kuin siihen sisältyisi vain luonnonoikeus yleisinä ja ikuisina periaatteina, joihin nähden positiivisen oikeuden pitäisi väistyä. Oma käsitykseni luontaisoikeudellisesta ajattelusta nimenomaisesti kokonaiskonseptiona, jossa luonnonoikeuden ja positiivisen oikeuden suhde järjestetään vivahteikkaaksi punninnaksi, on toisenlainen. Luontaisoikeudellisen ajattelun valtakauden jälkeen positiivisen oikeuden aseman hahmottaminen joka tapauksessa muuttui, mutta sitä koskevat käsitykset eivät välttämättä ole sen selkeämpiä. Klippel kiinnittää tähän huomiota tarkastellessaan yksityisoikeuden systemaattisen ja käsitteellisen aseman kehittymistä. Tiivistän seuraavassa Klippelin huomiot. Ne tukevat omia, edellä esittämiä-

⁹ Vrt. myös Schröder 1989 s. 419 s. ja s. 433.

ni käsityksiä luonnonoikeuden ja positiivisen oikeuden suhteesta, mutta nyt kysymys on samansuuntaisen tulkinnan jatkamisesta koskemaan jossain määrin myös sitä erillistä kehitystä, jota tapahtui 1800-luvulla ja joka on käsillä olevan tutkimuksen taustana merkityksellinen.¹⁰

Yksityisoikeuden käsite ajatellaan usein olennaisilta piirteiltään samanlaisiksi roomalaisesta oikeudesta lähtien. Esim. *Klaus Luig* tarkastelee tähän tapaan ”luonnollista yksityisoikeutta” 1600- ja 1700-luvulla. Hänen ajatuksensa on se, että tuonaikainen absolutismi jätti alamaisten vapauspiiriksi alueen, joka oli itse asiassa perustaltaan roomalaisen oikeuden mukainen.¹¹ Klippel pyrkii selvittämään 1800-luvun ”luonnollisen” yksityisoikeuskäsitteen taustoja, mutta hän ei selvästikään jaa Luigin edustamaa käsitystä.

Luonnonoikeudella tunnustetaan olleen vaikutusta erityisesti suurten kodifikaatioiden kautta (ALR, ABGB, Code Civil), mutta samalla ajatellaan yleensä, että luonnonoikeus positivoituessaan menetti kehittymispotentiaalinsa; kun se tuli kirjatuksi, se jäykistyi ja menetti alkuperäisen merkityksensä. Jäljelle jäi enintään tietty metodinen yhteys myöhäisen luonnonoikeuden, käsitelainopin ja positivismin kesken, millä tarkoitetaan systeemiajatusta, deduktiivisesti johdettuja käsitteitä ja definitioita. Klippel kuitenkin viittaa viimeaikaiseen tutkimukseen siitä, että luonnonoikeudellista oppikirjallisuutta oli käytössä ja tehtiinkin varsin runsaasti koko 1800-luvun alkupuoliskon. Yksityisoikeuden kysymyksiä käsiteltiin siis myös luonnonoikeuden konseptiossa.¹²

”Luonnollisen yksityisoikeuden” käsite kehiteltiin Klippelin mukaan jo 1700-luvun jälkipuoliskolla luonnonoikeudellisissa esityksissä, mikä herättää uudella tavalla kysymyksen historiallisen koulun ja luonnonoikeuden suhteista. Useinhan erityisesti jaottelun yksityisoikeus/julkisoikeus syntyy nähdään yksiselitteisesti historiallisen koulun tuotteena. Jaon ilmaantuminen onkin toki eri asia kuin sisällöllisempi kysymys lohkoista oikeudenalueena.¹³

1700-luvun luonnonoikeudelliset kirjoitukset käsittelevät aivan perustavanlaatuisia instituutioita (omistusta, sopimusta, avioliittoa), mutta niitä ei tule tulkita suppean yksityisoikeudellisesti. Kysymys on poliittis-sosiaalisen kielen peruskäsitteistöstä. Varsinainen yksityisoikeuden käsite ei ole keskeinen luonnonoikeuden systematiikassa. Sen sijaan keskeisenä esiintyy käsitepari yleinen yksityisoikeus/ yleinen valtio-oikeus (*ius privatum universale/ius publicum universale*). Yksityisoikeuden käsite eroaa nykyisestä mm. siinä että yksityisoikeuteen katsotaan kuuluvaksi muutakin kuin sinne nykyisin luettua oikeusmateriaalia, kuten rikosoikeutta.¹⁴

¹⁰ Ks. Klippel 1997b s. 221–250.

¹¹ Ks. Luig 1991 erit. s. 105 ss.

¹² Klippel 1997b s. 224.

¹³ Ks. tästä myös Schröder 1993 erit. s. 967 ss.

¹⁴ Ks. Klippel 1997b s. 226 s.

1700-luvun loppuun asti yleisessä yksityisoikeudessa käsiteltiin sääntöjä, jotka pätivät valtiossa (valtiollisessa/porvarillisessa tilassa), status civiliksessä. Tarkastelu saattoi kattaa useita erilaisia oikeudenalueita, mutta yhteistä niille oli se, että ne kuuluivat hallitsijan kompetenssiin. Omistusta, avioliittoa, perhettä ja suurimmalta osalta myös perintöoikeutta taas käsiteltiin luonnonoikeudellisissa puitteissa systemaattisesti jo ennen yhteiskuntasopimusta (valtiotosopimusta) ja siten ilman systemaattista suhdetta valtioon. Niinpä havaitaan, että luonnonoikeuden järjestyksiteerit yksityisoikeuskäsitteeseen nähden olivat omanlaisensa.

Klippel tuleekin siihen päätelmään, että tärkein erottelu oli ero status naturaliksen ja status civiliksen välillä, siis luonnontilan ja porvarillisen tilan, tai esi- eli ulkovaltiollisen ja valtiollisen tilan välillä. Yhteiskuntasopimus päättää status naturaliksen ja perustaa status civiliksen.¹⁵ Mainittu jako, eikä suinkaan erottelu yksityis- ja julkisoikeuden välillä, on määräävä sisällöllinen ja systemaattinen kriteeri suurimmassa osassa saksalaista 1700-luvun luonnonoikeusoppia.¹⁶ Tämä vastaa myös omaa käsitystäni.

1800-luvulle tultaessa yksityisoikeus kehittyi keskeiseksi järjestyksiteeksi myös luonnonoikeuden teksteissä. Klippel ottaa esille eräitä tärkeitä piirteitä. Jotkut kirjoittajat pitäytyivät yleisen yksityisoikeuden käsitteessä. Tärkeämpää on se edelläkin jo mainittu seikka, että *Kant* muutti luonnonoikeudellisen yksityisoikeuskäsitteen paikkaa eli osoitti omissa kirjoituksissaan yksityisoikeudelle toisen alueen ja merkityksen. Tähän liittyy se, että yksityisoikeudesta tuli keskeisin osa luonnonoikeutta ja joillakin kirjoittajilla yksityisoikeus esiintyi jokseenkin synonyymisena luonnonoikeudelle.

Kant siis määrittelee yksityisoikeuden tarkoittamaan luonnontilaa, ei ihmisten suhteita valtiossa. Kantille perusjako on luonnollinen ja porvarillinen, mutta nimenomaan niin, että luonnollinen tarkoittaa yksityisoikeutta, porvarillinen julkisoikeutta. Kantin mukaan luonnollinen ei ole vastakkainen yhteiskunnalliselle, vaan porvarilliselle. Perusteluna on lähinnä se, että yhteiskuntaa/yhteisöllistä on kaikkialla, mutta porvarillinen on erityinen tila, jossa julkinen oikeus turvaa rajan minun ja sinun välillä.¹⁷

Keskeiset yksityisoikeuden instituutiot kiinnitetään näin ihmisen järkiluontoon. Samalla yksityisoikeudesta tulee luonnonoikeuden keskeinen elementti ja valtio taas määrittynyt julkisin laein näitä turvaamaan. Klippel toteaa kyllä senkin, että enemmistö luonnonoikeustieteilijöistä ja oikeusfilosofoista 1800-luvulla ei jakanut Kantin käsitteistöä, vaikkakin jotkut sitä myös seurasivat. Sen sijaan useat luonnonoikeuskirjoittajat nimenomaisesti kritisivat Kantia, esim.

¹⁵ Klippel 1997b s. 227 s.

¹⁶ Ks. myös Klippel 1998 erit. s. 79 ss. ja 93 ss.

¹⁷ Ks. Klippel 1997b s. 232.

siitä, että Kant näin olisi mahdollistanut yksityisoikeuteen puuttumisen monelakin tavalla.¹⁸

Jotta luonnonoikeus saattoi esiintyä dynaamisena voimana, piti päästä eroon luonnonoikeuden ja positiivisen oikeuden jyrkästä erottelusta. Tästä kehkeytyi erilaisia versioita, joissa esitellään peruskäsitteitä (esim. omistusta) sillä tavalla, että ne velvoittavat myös lainsäätäjää (aina ja kaikkialla). Klippelin mukaan tämä kehitys tuotti sen, että luonnonoikeudesta sittemmin tuli samanmerkityksinen yksityisoikeuden filosofian kanssa.¹⁹ Näihin kehityslinjoihin ei tässä ole syytä tarkemmin mennä.

Klippel korostaa Kantin välillistä merkitystä sille, miten käsitteistöä sittemmin muotoiltiin. Kant ei ollut mennyt riittävän pitkälle, vaan oli jättänyt yhteyden luonnontilan ja valtiotilan välillä sellaiseksi, että jälkimmäisessä voitiin päätyä jokseenkin minkälaisiin ratkaisuihin vain. Jälkikehittelyissä yksityisoikeutta pyrittiinkin muotoilemaan sellaiseksi, että se pätesi kaikissa ihmisten välisissä yhteiskunnallisissa suhteissa.²⁰ Tämän viimeisen käsitteellisen ”käännyksen” jälkeen tultiin helposti sentyyppisiin tulkintoihin – ja ilmeisen helposti myös varhaisemman luonnonoikeuden osalta –, joiden mukaan luonnonoikeudelliset kirjoittajat olisivat aina esittäneet tällaista (ikuista ja muuttumatonta esim. omistusoikeuden kohdalta). Tämä ei kuitenkaan käsitykseni mukaan missään mielessä vastaa esim. Grotiuksen tai Pufendorfin käsitteistöä, mutta vastaa ehkä siitä, miten erikoisia tulkintoja näistä ja muista esitettiin 1800-luvulla ja myöhemmin.²¹

4.2 YKSITYISOIKEUDEN YHTEYDET OIKEUSFILOSOFIAAN

1800-luvun puolivälin jälkeen edellä hahmotellun luonnollisen yksityisoikeuden piirteitä esiintyi enää vain poikkeuksellisesti. Klippelin tulkinnassa luonnonoikeuden pitkään kestävästä ja samalla perusteellisesti muuttuvasta roolista 1800-luvulla on paljon kiinnostavaa. Osaltaan se joka tapauksessa valaisee sitä jäljempänä ilmenevää piirrettä, että oikeusfilosofisten teorioiden merkitystä on

¹⁸ Klippel 1997b s. 233 s.

¹⁹ Klippel 1997b s. 235 s.

²⁰ Ks. Klippel 1997b s. 236 s.

²¹ Klippel tarkastelee lopuksi lyhyesti luonnollisen yksityisoikeuden asemaa liberalismin poliittisena legitimaatiomallina. Yksityisoikeuden (luonnollista) vapautta ja tasa-arvoisuutta alettiin katsoa turvattavan vain niin määrittelemällä valtion puuttuminen mahdollisimman kapeaksi. Kansalaisen yksityisoikeuksien suojaamisesta tuli valtion tarkoitus. Tähän kiinnittyy myös jako yksityis- ja julkisoikeuden välillä: julkisoikeuden tuli suojata yksityisoikeutta (sen laajuutta ja olemassaoloa lohkona). Tätä kautta tultiin uudelleen määrittelemään sitä, millaisia oikeudet oikein olivat. Luonnollisella yksityisoikeudella oli siis roolinsa tuon ajan oikeuspoliittisessa keskustelussa yrityksenä esiintyä eräänlaisena lainsäädäntöteorianana. Ks. Klippel 1997b s. 237 ss.

hankalaa paikantaa suhteessa oikeudellisiin teksteihin. Erityisesti 1800-luvulla vallitsevien yksityisoikeudellisten käsitysten yhteyksiä oikeusfilosofiin virtauksiin ovat pyrkinneet kartoittamaan mm. *Joachim Rückert* ja *Knut Wolfgang Nörr*. Arvioin seuraavassa lyhyesti heidän ryhmittelyehdotuksiaan. Kummankin lopputulemana on oikeustieteilijöiden sijoittuminen pääosin yhteen ryhmään, joka ei suoraan asetu jonkun tietyn filosofian johteeksi. Tämä täydentää Klippelin näkökulmaa 1800-luvun oikeustieteen monisuuntaisista aineksista.

Rückertin erityisenä kiinnostuksen kohteena on selvittää sopimusoikeuden perustaan ja sopimusvapautteen liittyvää keskustelua. Sopimusoikeudellisesti 1900-lukua pidetään sosiaalisen oikeuden aikakautena, jonka vastakohdaksi on tyypillistä asettaa 1800-luku jonkinlaisena puhtaan, formaalin siviilioikeuden kautena, liberaalisena ”kivisenä” tai ”kovana” aikana, jota hallitsi yksityisautonomian periaate.²² Miten siis liberaalisena, ”kovana aikana” sopimusvapautta legitimoitiin? Rückert väittää, että sopimusvapaus ilmestyy teksteihin terminäkin vasta 1800-luvun loppupuolella eikä nimenomaista teeman käsittelyä niin ollen esiinny ennen vuosisadan loppua.²³

Rückertin ensimmäiset huomiot keskustelun niukkuudesta koskevat positiivisoikeudellista kirjallisuutta. 1800-luvulla tehtiin tiukka raja filosofisen ja dogmaattisen kirjoittelun välillä. Legitimaatioon liittyviä kysymyksiä onkin etsittävä teksteistä, jotka liikkuvat enemmän luonnonoikeuden, oikeusfilosofian ja poliittisen teorian alueilla.²⁴ Tämän kirjallisuuden Rückert ryhmittelee kolmeen päälajiin: periaatteelliset-vapaudelliset, oikeudenalue-vapaudelliset ja vapausperiaatteen hallitsevuuden torjuvat kirjoitukset.²⁵

Ryhmittelyssä on kysymys väljästä, liukuvasta skaalasta. Näin kirjallisuus saadaan aseteltua esitysteknisesti hallittavampaan muotoon. Keskeinen kriteeri erotella kantoja on se, pidetäänkö vapautta/sopimusvapautta oikeuden yleisenä periaatteena vai pidetäänkö sitä vain yksityisoikeuden lohkon periaatteena, jota sitten ajatellaan täydennettävän muunlaisilla periaatteilla julkisoikeuden alueella. Näiden ohella on kirjallisuutta, jossa vapautteen suhtaudutaan eri syistä kriittisesti.

²² Saksalaisessa oppihistoriassa käytetty termi on ”Steinzeit”. Ks. Rückert 1997a (s. 135–183).

²³ Rückert 1997a s. 145 ss. Esim. varhaisemman luonnonoikeuden merkittävä pohdinnan aihe sen sijaan oli sopimussidonnaisuuskysymys.

²⁴ Rückert viittaa tämän kirjallisuuden laajuudesta ja kirjosta omaan aikaisempaan artikkeleensa, jossa hän on kartoittanut kirjallisuuden kenttää selvitellessään Kant-reseption ulottuvuuksia ja muotoja, ks. Rückert 1991.

²⁵ (1). Prinzipiell-Freiheitlichen; ryhmään luettavissa kirjoituksissa kysymystä tarkastellaan periaatteellisesti ja otetaan kantaa yleisesti vapauden puolesta.

(2). Bereichs-Freiheitlichen; ryhmään luettavissa kirjoituksissa vapautta pidetään yksityisoikeuden oikeudenaluetta hallitsevana periaatteena, mutta se ei hallitse muilla oikeudenalueilla.

(3). Nicht-Freiheitlichen; vapausperiaatteen hallitsevuuden torjuvissa kirjoituksissa vapautta ei muotoilla positiivisesti ja sitä myös rajoitetaan monella tavalla.

Rückert ottaa kustakin pääryhmästä tarkempaan käsittelyyn vain muutaman kirjoittajan, vaikka vaihtoehtoja olisi runsaastikin. Nämä valinnat sinällään ovat kiintoisia. Periaatteellisen-vapaudellisen kirjallisuuden arkkityyppinen edustaja on Kant. Tähän ryhmään sijoittuu myös edellä esittelemäni itävaltalainen *Zeiller*, jota Rückert tarkastelee lähemmin ehkä myös siksi, että Zeiller vaikutti merkittävästi ABGB:iin.

Kantilaisen käsitteistön lähtökohtana ovat vapaasti toimivat olennot henkilöinä, jotka vain näin ovat henkilöitä. Rückert korostaa tämän ryhmän käsityksiä selvitellessään ns. Koexistens-Grundsatzia. Sen mukaisesti tarkastelussa ei jääty vain yleiselle, abstraktille tasolle, vaan edellytettiin aina konkreettisen kysymyksen yhteydessä punnittavaksi sitä, ettei yhden vapaus uhkasi muiden vapauden toteutumista. Näin kysymys oli sisällöllisesti suuntautuneesta yleistyksestä.²⁶ Perusasetelman sisällä erottuu erilaisia suhtautumisia siihen, miten eri henkilöiden vastavuoroiset asemat piti turvata ja eroja mm. siinä, miten valtiotarkoitusta tässä yhteydessä muotoillaan. Tarkasteltu Zeiller esimerkiksi vaati omistuksen rajoitusten sitomista sillä kriteerillä, että niiden täytyi johtua ”vapaasti-toimivien olentojen yhteisöllisestä tilanteesta”, millä hän viittasi koko oikeustieteen alueeseen. Sen sijaan *Savigny*llä tällainen puuttui; hän vaati vain selkeitä eroja. Rückert pääättelee, että Savigny ei edusta periaatteellisen-vapaudellista eikä yleisestikään subjektimääräytyntä suuntausta. Niinpä Savigny ei myöskään tässä yhteydessä liity Kantiin, vaikka sellaisiakin tulkintoja on esitetty.²⁷

Oikeudenaluevapaudellisia tutkijoita Rückert nimittää myös ”yksityisoikeus-liberaaleiksi”. Tähän ryhmään Rückert lukee erityisesti Savignyn, joka hänen mukaansa siis pyrkii täydentämään vapauden periaatetta muilla periaatteilla. Konseptioon kuuluu kaksi puolta. Ensinnäkin yksityisoikeudessa on kahdenlaista ainesta, puhtaalla loholla eli varallisuus oikeudessa hallitsee vapaus, mutta siihen on muina lohkoina tai ulottuvuuksina liitetty siveellisyttä (siis perheoikeuden alueena). Lisäksi Savigny edellyttää, että vaikka yksityisoikeudessa hallitsee vapaus, sitä välttämättä täydentää julkisoikeus ja siihen rakentuva siveellisyys, moraali ja siveellinen arvo.²⁸

Olennaista on, että tällaisessa konseptiossa vapausproblematiikasta keskustellaan valtio-oikeudellisella puolella ja kysymyksenä rajoituskriteereistä yksityis- ja julkisoikeuden välillä. Tässä voidaan liikkua hyvinkin laajalla kirjolla, mutta esimerkiksi Savigny ei ilmoita mitään selviä kriteereitä. Rückertin mukaan hän ei ole siihen halukas, vaan päinvastoin jättää tarkoituksella puheensa

²⁶ Rückert 1997a s. 152.

²⁷ Rückert 1997a s. 156. Rückert tuokin myös tässä artikkelissa kiinnostavasti esiin sellaista, joka sijoittaa Savignyn pikemminkin johonkin välimaastoon kuin ”aikakauden systeemiajattelun puhdaslinjaiseksi edustajaksi” (jollainen olisi pikemminkin Puchta).

²⁸ Ks. Rückert 1997a s. 163.

hyvin yleiselle tasolle ("oikeuden siveelliseksi luonteeksi"). Monen muun tapaan Savigny taiteilee näin kahden position välimaastossa.²⁹

Savignyn edustama oikeudenaluevapaudellinen positio on monessa mielessä tärkeä. Ensinnäkin suurin osa pandektisteista lukeutuu Rückertin arviossa tähän ryhmään. Vapaus, tahdonvalta ja sopimusvapaus ovat arvossaan, mutta niitä rajoitetaan siveellisyyden, moraalin ja siveellisten arvojen näkökulmasta, juriidisesti julkisoikeuden avulla. Tästä käsin selittyy toisaalta myös se, miksi yleinen kuva 1800-luvun yksityisoikeudesta "kovana aikana" vastaa pikemminkin positiota, joka edellä on nimetty periaatteellisuusvapaudeksi. Ne rajoitukset, joita vapauteen ollaan valmiita muiden periaatteiden avulla tekemään, eivät tule juuri lainkaan esille varallisuus-oikeuden keskusteluissa. Ne kuuluvat muille lohkoille.

Ei-vapaudeellisesta kolmannesta ryhmästä Rückert käyttää myös nimitystä heteronoomit. Sopimusvapaus esiintyy näillä välineinä muiden tarkoitusten toteuttamisessa. Kysymys on siis siitä, että valtio asettuu etualalle suhteessa indiiviidiin. Tähän ryhmään kuuluvat sitten erityisesti *Hegel*, *Schelling* ja *Stahl*, joiden sanastossa puhutaan "objektiivisesta", siis valtiosta ihmisen vapauden objektiivisena organismina. Tähän ryhmään voidaan lukea myös sellaisia tutkijoita, joilla suojaamisen näkökulma ja sosiaalinen kysymys yleensäkin on vahvemmin esillä, kuten *Gierke*.³⁰

Rückertin luonnehdinnat eri ryhmien edustajien kohdalla osoittavat mm. sitä, että yritykset yhdistää vapaus ja yksityisoikeus oikeuden kaksoisperiaatteella ovat epäselviä ja hankalasti sijoitettavissa vain tiettyyn ryhmään. Esim. Savigny ei anna mitään selvää sääntöä siihen, miten siveellisyys ja vapaus oikein asettuvat normatiivisesti suhteessa toisiinsa. Rückertin mukaan myös Hegelin asema on komplisoitu. Oma hankaluutensa on siinä, että yksityisoikeusoppi voidaan esittää myös niin pragmaattisesti, että se on periaatteeton eikä

²⁹ Ks. Rückert 1997a s. 165 s. Rückert esittelee tässä yhteydessä myös Gierkeä mainitun kaksoiskonseption valaisemiseksi. Gierkehän korostaa tunnetusti sitä, että julkisoikeudessa ei vallitse vapauden periaate. Mielestäni Gierke onkin tässä väärässä ryhmässä ja osoittaa näin enintään sitä, että ryhmittely ei ole kovin toimiva.

³⁰ Pääryhmien ohella Rückert tarkastelee realistien ryhmänä niitä, jotka puhuvat pikemminkin tarpeista ja intresseistä kuin eettisistä asetelmista käsin. Viidenneksi Rückert siirtyy vielä erikseen variaatioihin eli ns. uuteen vapausongelmaan. Tämän taustana on se, että periaatteellisuusvapaudeellisten muotoilemana kysymys oli formaalista vapaudesta, mutta jo Savignyltä voidaan löytää ns. toinen vapausongelma eli kysymys siitä, miten paljon vapautta on (enää) vapautta. Savignyn esimerkit olivat vielä aika äärimmäisiä, kuten ongelma siitä, milloin voidaan sanoa, että sitoutuminen koskee(kin) siinä määrin koko persoona, että henkilö ei enää olisi vapaa. Ongelma on yleisemmin siinä, että formaalin vapauden toteutuminen ehkä edellyttää faktisesti ja oikeudellisesti joitakin ehtoja tai toimia. Jotkut käsittelivät tässä yhteydessä esimerkiksi köyhyyttä ja naisten asemaa.

sillä ole mitään tekemistä legitimaatiokysymyksen kanssa. Tuloksena on vain se, että sopimusoikeudessa vallitsee paikoin vapaus, paikoin ei.³¹

Savigny'n ajatellaan edustavan aikakauden yksityisoikeuden tyypillisiä näkemyksiä. Rückertinkin ryhmittelyssä hän sijoittuu ryhmään, johon suuri osa aikakauden juristeista on luettavissa. Vaikka ryhmän käsitykset eivät ole yksiselitteisiä, on mielestäni erikseen huomionarvoista se, että ryhmän käsitykset asettuvat jonnekin Kantin ja Hegelin edustamien äärikantojen välimaastoon. Esimerkiksi Savignyltä voidaan siis löytää vaikutteita kummaltakin, toisaalta myös etäisyyttä. Kant ja Hegel ovat 1800-luvun oikeudellisen ajattelun taustahahmoja, mutta ei ole syytä olettaa suoraviivaista kiinnittymistä kumpaankaan. Liityntä ei myöskään sellaisenaan määrittäisi oikeuden tai yksityisoikeuden piirteitä. Tähän viittaavat myös Nörrin huomiot. Nörr toisaalta ilmoittaa tavallaan jo tutkimuksensa nimessä ”Eher Hegel Als Kant” lopputulemansa. Selvää jakoa ei ole, mutta tietty kallistuma Hegelin suuntaan on ehkä paremmin perusteltavissa kuin Kantin käsityksiin liittyminen.

Nörrin kysymys siitä, onko 1800-luku erityinen yksityisoikeuden vuosisata, viittaa samaan yleiseen käsitykseen, mistä Rückert puhuu kivisenä vuosisatana. Nörrin mukaan luonnehdinnalla tarkoitetaan yksityisoikeuden lohkon hallitsemaa käsitteistöä; tällöin yksityisoikeuden alue rakennetaan käsitteellisesti erityiseksi, erilliseksi yksityisen toiminnan vapaaksi alueeksi, johon puuttuminen jäisi lähtökohtaisesti valtion kompetenssin ulkopuolelle. Valtion tehtäväksi rajautuisi luoda ja ylläpitää puitteita tällaisen alueen mahdollisimman laajalle olemassaololle.

Hahmotellun käsityksen olemassaolon selvittämiseksi Nörr kysyy, miten juristit esittävät yhteiskunnan (yksityisen toiminnan) ja valtion suhteen. Tässä yhteydessä tulevat sitten tavallaan annettuina esille kaksi erilaista ja samalla tyypillistä käsitystä. Ensimmäinen on kantilainen ajatus yksityisen toiminta-alueen ensisijaisuudesta (vapauden alueena). Toisena on hegeliläisyyteen kiinnittyvä ajatus valtiosta vapauden alueena. Vapauden hyvin laaja ja keskeinen käsitteellinen merkitys leimaa siis oikeudellista käsitteistöä jo sinällään; vapaan toiminta-alueen lähtökohta kääntyy subjektiivisen oikeuden varaan rakennetuksi järjestelmäksi (jossa subjektiivinen oikeus on vapaan tahtosubjektin suhde ulkoiseen maailmaansa).

Nörr ryhmittelee tarkastelemaisensa kirjallisuuden edustamat käsitykset oikeuden ja valtion suhteesta neljään malliin. Hän ei varsinaisesti nimeä mallejaan, mutta luonnehtii niiden lähtökohtien eroavuutta. Malliston ääripäät muodostuvat yhtäältä arkkityyppisestä liberalistisesta mallista ja toisaalta mallista, jossa yksityisoikeudelle ei anneta mitään erityistä merkitystä. Rückertin luonnehdin-

³¹ Lisäksi vapausperustelu muuntuu ns. toisena vapauskysymyksenä ongelmaksi materiaalisesta vapaudesta, mutta juristeilta tästäkään siirtymästä ei paljon merkkejä löydy, lähinnä vain valtiotieteilijöiltä tai ekonomisteilta. Ks. Rückert 1997a s. 182.

tojen tapaan myös Nörr sijoittaa pääosan juristeista keskimmäisiin malleihin. Sen sijaan ääripäihin ei tahdo löytyä edustajia. Niinpä ääripäät lieneekin hahmoteltu lähinnä siksi, että niihin voidaan kiteyttää ja samalla jo torjua kärjistetyt vastausvaihtoehdot kysymykseen 1800-luvun luonteesta yksityisoikeuden erityisenä vuosisatana. Ensimmäinen malli vastaisi alkuennakkoluuloja, viimeinen malli kiistäisi mitään erityistä leimaa olevankaan. Kun nämä voidaan sivuuttaa, havaitaan, että suurempi merkitys on sillä, mitä ryhmittelyn kriteerit tuovat esiin keskimmäisten mallien osalta.

- (1) ”liberalistisessa mallissa” yksityisoikeudella on ratkaiseva asema oikeuskäsitteen määrittelyssä. Oikeus johdetaan indiividin vapaudesta ja sen ylläpitämiseksi. Indiividin vapauden ulkoinen muoto on omistusoikeus (esivaltioollisena oikeutena), jonka turvaamiseksi valtio on tarpeen perustaa: valtio on jonkinlainen yksityisoikeuden työkalu.
- (2) ”tasapainomallissa” yksityisoikeus on olennainen osa valtio-ideaa. Yhtäältä mallin lähtökohtiin kuuluu individuaalinen vapaus, mutta sen rinnalla on idea yhteenkokoavasta kokonaisuudesta eli valtiosta. Yksityisoikeus ja julkisoikeus ovat tasavahvoja; valtio ja julkisoikeus kunnioittaa yksityisen sfääriä. Se ei tapahdu vain yksityisintressin lähtökohdasta, vaan koska valtiokäsitys hajaantuisi, jos rajaa ja eroa ei olisi.
- (3) ”valtion määrittämässä tasapainomallissa” yksityisoikeudella on sama rooli kuin edellisessä, mutta se ei ole riippumaton valtio-idean elementti. Valtio päättää sen, mikä on oikeudenmukaista ja määrää myös keinot sen saavuttamiseksi. Sekä yksityis- että julkisoikeus määrittellään valtion asetteleman oikeudenmukaisuuden päämäärän saavuttamiseksi.
- (4) ”valtiomallissa” yksityisoikeudella ei ole erityistä merkitystä. Oikeus- ja valtio-käsite lankeavat yhteen. Kaikki oikeus on formaalia ja oikeastaan julkisoikeutta (merkityksessä valtion oikeutta).

Nörrin tutkimus koskee muutamaa erilaisia kantoja edustavaa, mutta sinällään kiistatta vaikuttavaa juristihahmoa.³² Ensimmäisen mallin kohdalla Nörr viittaa vain Kantiin, joka ei siis ole hänen varsinaisesti tarkastelemiensa kirjoittajien joukossa. Useimmat tarkastelemani kirjoittajat, kuten Savignyn, Nörr sijoittaa kolmanteen tai sitten ”ehkä” toiseen malliin. Neljättä mallia edustaisi vain myöhäinen *Jhering*.

Nörr on ryhmittelyssään saman hankaluuden edessä kuin Rückert. Ryhmittelyn lähtökohtana on erotella aikakauden filosofiset lähestymistavat ikään kuin kahteen leiriin. Tämä filosofinen asetelma osoittaa kysymään yksilön ja yhteisön ja samalla vapauden ja oikeudenmukaisuuden suhdetta. Jos korostetaan yksilön lähtökohtaa, kiinnitytään vapauskäsitteeseen (vapauden alueen turvaa-

³² Tarkemmin Nörr erittelee Savignyn, Robert Mohlin, Lorenz Steinin, Rudolph Jheringin ja Otto Gierken käsityksiä.

miseen). Jos korostetaan yhteisön lähtökohtaa, puhutaan oikeudenmukaisuuden määrittelemisestä valtion toimin. Juristien tekstit näyttävät kuitenkin sijoittuvan johonkin välimaastoon eli sisältävän piirteitä kumpaankin suuntaan. Toisin sanoen ne kiteyttävät sitä, että oikeus ei määriy vain jommasta kummasta lähtökohdasta, vaan siinä on punnittavana yksilön ja yhteisön suhde.

Mielestäni Nörrin tärkeä lopputulema on se, että merkittävin osa tarkasteluista kirjoittajista asettuu sille kannalle, että valtiota tarvitaan enempäänkin kuin yksityisen toiminnan puitteiden ylläpitämiseen. Valtion tehtävänä on järjestää asiat niin, että yksityisen alueen toiminnan säännöt eivät saa liiaksi hallita (koska se johtaisi yhteiskunnallisiin epäkohtiin).

Eri kirjoittajilla tähän toki sisältyy erilaisia painotuksia. Lopputulos sisältää joka tapauksessa sen, että vapaus ei toteudu yksityisen toiminnan alueella, vaan pikemminkin vasta valtiollisesti, valtiossa; oikeuden määrittämä toiminta-alue ei ole vapauden alue; tai se on sitä toisille, mutta samalla toisten vahingoksi. Oikeudellisen sääntelyn kannalta tämä tarkoittaa sitä, että oikeus ei olekaan autonominen sääntöjärjestelmä (yksityisoikeutena), vaan tarvitsee tuekseen sellaista sääntelyä, jossa paikataan niitä epäkohtia, joita syntyy. Tällöin oikeuden ulkopuolelta asetetaan sisällöllisiä määreitä; oikeus omana toimintajärjestelmänään ei riitä. Tämä on samansuuntaista kuin mitä Rückert esittää. Nörr esittää juristien ryhmittelyn vaikeaselkoisempana, mutta hän ehdottaa myös tiettyjä lisätutkimuksia.

Nörrin mukaan oikeus ei siis tarkasteltujen juristien yhteiskuntakonseptioissa ole suljetun, autonomisen järjestelmän tyypikuvan mukainen, vaan päinvastoin sellainen, jota pitää ohjailla. Näin Nörrin lopputulema asettamaansa kysymykseen on se, että ainakaan johtavien juristien ymmärryksessä 1800-luku ei ole yksityisoikeuden hallitsema vuosisata sellaisella tavalla kuin myöhemmin ajatellaan. Toisaalta se on sitä verrattuna taas 1900-lukuun. Sekä Nörr että Rückert korostavat yksityisoikeuden olennaisuutta osana 1800-luvun valtio-idea.

Nörrin ja Rückertin ryhmittelyt vastaavat pitkälti toisiaan. Eksplisiittisesti on kysymys siitä, määrittyvätkö yksityisoikeuden periaatteet yksityisoikeuden sisäisessä keskustelussa vai määrittyvätkö ne viime kädessä valtion toimesta. Nörr erottaa eri yhteyksissä vähän eri tavalla esille tulevia painotuksia. Tämä onkin ehkä osoituksena siitä, että kysymystä punnitaan eri yhteyksissä erilaisella tarkkuudella. Nörr itse näkee tässä taustalla Hegelin vaikutusta, läheisemmin tai etäisemmin. Hän ehdottaakin jatkotutkimusta siitä, mitä kirjoitetaan yksityisistä yksityisoikeuden instituutioista ja konseptioista. Hedelmällinen tarkastelukohde olisi esimerkiksi omistusoppi tai subjektiivisen oikeuden käsite. Olen samaa mieltä. Omistusoikeus on suorastaan arkkityyppinen tuonaikaisen oikeuskäsityksen ja yksityisoikeuskäsityksen edustaja, joten sen lähempi tarkastelu osoittaisi, selkiintyvätkö juristien käsitykset yksityiskohtaisemmassa tarkasteluyhteydessä suhteessa mahdollisiin taustafilosofioihin. Voi toisaalta

olla myös niin, että näin vain nähdään se, että juristien kysymyksenasettelu ei asetu samoihin uomiin kuin mitkä filosofia tarjoaisi.

Omistusperustelukeskustelun kannalta Nörrin huomiot vahvistavat ainakin sitä, että yksityisoikeuden keskeiskäsitteiden ymmärtäminen edellyttää yleensä kirjoittajien kokonaiskonseptioiden huomioon ottamista. Nörrin yleiseen lopputulemaan yksityisoikeuden oletettua vähäisemmästä erityisasemasta voidaan omistusoikeuden osoittamasta näkökulmasta suhtautua osin myös kriittisesti. Niinpä vapauskorostus voidaan mielestäni löytää omistusoikeuden kohdalta uudella tavalla esitettynä verrattuna edeltävään luontaisoikeudelliseen ajatteluun. Toisaalta on tärkeää huomata se, että merkittävimmät kirjoittajat edellyttivät samalla julkisvallalta ja valtiolta sellaisia toimia, jotka ovat osa samaa käsitteistöä ja siis osana kokonaisuutta merkitsevät sitä, että rajattomana ja totaalisenä määräämisvaltana määritelty omistusoikeus sittenkin sisältää rajoituksia ja varsinkin rajoitusten mahdollisuuksia sen mukaan kuin yhteiskunnallinen kehitys ja ongelmat vaativat. Tämä taas on varsin toisenlainen näkymä kuin mikä annetaan toistettaessa luonnehdintoja yksityisoikeuden hallitsemasta vuosisadasta.

Rajaton, eksklusiivinen oikeus yksityisoikeuden tunnuspiirteenä onkin käsitteellinen rakennuspuu systeemissä, jonka muunlaisia kokonaispiirteitä voidaan löytää ehkä jopa monesta kohtaa. Nörr ja Rückert löytävät tätä keskustelua valtio- ja oikeuskäsitteiden yhteydestä. Sitä on ehkä löydettävissä myös muulla tapaa ja samalla tiettyssä mielessä täsmällisempänä. Sitä löytyy nimenomaisesti omistusinstituution tarkastelun eri yhteyksistä. Mielestäni on perusteltua olettaa, että esim. romanisteilta ja germanisteilta näitä omistumääritelmää täydentäviä aineksia löytyy hieman erilaisista kohdista käsitteistöä.³³ Rückertin ja Nörrin ryhmittelyt eivät erota juristeja tässä suhteessa, joka toisaalta oli varsin merkittävä tutkimuskysymysten ja tarkastelutapojenkin erottelija 1800-luvulla. Väitänkin, että tarpeellisen yleiskuvan hahmottaminen edellyttää romanistien ja germanistien tyyppillisten tekstien tarkastelemista. Niistä välittyvä kuva sisältää kaiken kaikkiaankin ainesta, joka muuttaa käsitystä 1800-luvun systeemi-

³³ Romanisteilla käsitteellisyys ylipäättään on voimakkaammin esillä. Siitä ehkä johtuu sekin, että käsitteellisen ristiriidan argumentilla osoitetaan helpommin kelpaamattomiksi järjestelyjä, jotka ovat olleet käypä. Viitatus muut piirteet löytyvät sitten esim. juuri Savignyltä omistuskäsitteenkin kohdalla siitä, millä tavalla koko instituutiota perustellaan ja millä tavalla perustellaan perusinstituutioita ylipäättään, jolloin tullaan metafysiisiin oletuksiin ja käsitteellisiin kaksoistamisiin, joiden tuloksena on jotain muuta kuin formaalinen omistusoikeus. Ja tukea tälle saadaan sitten vielä niistä – ja tuossakin yhteydessä – oletuksista ja odotuksista, joita valtiolle asetetaan. Germanisteilta vastaavanlaista ainesta voi ehkä löytyä jo ottamalla huomioon koko yksityisoikeus-käsitteistö. Esineoikeudessa sen tuonee esiin historiallinen tarkastelu, jossa ja jonka pohjalta edelleen koko käsitteistö rakentuu pikemminkin verkostona ilman yksityisen ja julkisen vastakohtaisuutta. Näin siis voidaan ehkä osoittaa se, että tietty absoluuttinen, eksklusiivinen käsite tulee kyllä esiin vahvempana kuin aikaisemmin, mutta se silti sijoitetaan perinteiseen polveilevaan kudelmaan.

ajattelusta. Näiden tekstien traditio asettaa esimerkiksi juuri omistusoikeuden tarkastelussa oikeustieteilijän käsittelemään eri asioita.

4.3 JATKOKYSYMYKSET

Edeltävä tarkastelu on osoittanut suurimman osan juristeista sijoittuvan filosofisesta katsannosta käsin ”välimaastoon”. Mistä siis halutaan pysyä erillään? Nähdäkseni kysymys ei ole vain erilaisista filosofisista käsityksistä, vaan konkreettisemmin siitä, että juristien näkökulma ja sitoumukset tehtävänasettelussa ovat toisenlaiset kuin filosofien, vaikka nämä kirjoittaisivat nimenomaisesti oikeusfilosofiaa.

Ryhmittely-yritysten tarkastelun jälkeen voidaan tutkimuksen kahdeksi jatkossa selvitettäväksi kysymykseksi täsmentää seuraavat kysymykset, joista ensimmäistä kutsun perustelukysymykseksi, toista määritelmäkysymykseksi. Ensimmäinen kysymys koskee sitä, miten omistusoikeus perustellaan, toinen sitä, miten omistusoikeus määritellään. Kysymyksiin pyritään vastaamaan vuorollaan.

Ensimmäistä kysymystä selvitän tarkastelemalla ensin Kantin käsityksiä ja sen jälkeen Hegelin kantaa (luku viisi). Molempien osalta näkökulmani on varsin rajallinen. Pyrin esittelemään ja erittelemään vain kummankin omistusperusteluun liittyviä ajatuksia. Toiseen kysymykseen pyrin vastaamaan tarkastelemalla romanistien ja germanistien keskustelutraditiota (luku kuusi). Molemmat kysymykset ovat esillä molemmissa tekstilajeissa, mutta käsitykseni mukaan omistusoikeuden perusteluun liitetyt keskeiset elementit löytyvät selkeämpinä Kantin ja Hegelin esityksistä. Vastaavasti omistusoikeuden määritelmän keskeinen merkitysyhteys löytyy ja paikantuu romanistien ja germanistien tekstitradiotissa.

Ensimmäinen, omistusperustelua koskeva kysymys tiivistyy valtauksen ja työn merkityksiin ja asemaan omistusperusteluina. Miksi näillä perusteluilla on paikkansa sekä juristikeskustelussa että filosofien keskustelussa? Toinen, omistumääritelmää koskeva kysymys tiivistyy absoluuttisen ja eksklusiivisen määritelmän asemaan ja merkitykseen. Väitän, että määritelmä saa merkityksensä tietystä määritelmäyhteydestä ja siis erotteluista käsitteistön sisällä, ei itsenäisenä entiteettinä.

Vastaus ensimmäiseen kysymykseen hahmottuu tarkastelemalla omistusperustelukeskustelua, jossa filosofi- ja juristikeskustelut kulkevat eri tavoin. Edellä on todettu, että juristikeskustelu kiinnittyy valtauserusteluun, joka sellaiseenaan ei filosofian näkökulmasta näytä kestävältä omistusperustelulta. Filosofiakeskustelua tarkemmin erittelemällä pyrin osoittamaan, että filosofiankin näkökulmasta valtauserustelussa on tosiasiaa kysymys koko oikeuden vapausperustasta ja ensimmäisen oikeudesta. Tähän taustaan liittyvänä myös

juristikeskustelussa on sittenkin oma mielensä. Juristinäkökulmasta valtauspereustelussa voidaan lisäksi nähdä olevan kysymys neutraalina ymmärretyn aikaprioriteetin monitahaisen elementin rakentamisesta juristiseen käsitteistöön yleisemminkin.

Toinen ongelma on kysymys omistusoikeudesta täydellisenä esinettä koskevana määräämisvaltana. Käsitykseni mukaan se on sittenkin jonkinlainen ”näennäisongelma”, ainakin siinä mielessä, että oikeuden ei todellisuudessa suinkaan ymmärretä koskevan esinettä, vaan kaikki oikeudet ovat ja ymmärretään henkilöiden välisinä suhteina. Oma väitteeni tässä on, että määritelmän varsin tietoinenkin merkitysyhteys koskee nimenomaan eri oikeusasemien erottelemista toisistaan. Siinä on kysymys käsitteellis-rakenteellisesta asiasta, siitä, että erotetaan toisistaan lähtökohtaisesti rajaton oikeus ja muut oikeudet, jotka ovat rajoitettuja. Näin ei tietenkään tarvitsisi tehdä, jos kaikkien oikeuksien ajateltaisiin olevan vain erilaisia oikeuksien ja velvollisuuksien kombinaatioita. Tuossa vaiheessa kuitenkin ajatellaan toisin. Mutta olennaista on se, että tässä voidaan erotetaan toisistaan käsitteellis-rakenteellinen kysymys ja sisällöllinen kysymys. Täydelliseksi määritellyn omistusoikeuden rajoittaminen ja sääntely on (nytkin) mahdollista, mutta siihen tarvitaan jokin erityinen peruste. Näitä perusteita voidaan ehkä eri ajoin ja eri kirjoittajien teksteissä myöntää vastentahtoisemmin kuin olisi mahdollista, jos kirjoittajan näkökulma olisi oikeuspoliittisempi. Olennaista on kuitenkin se, että lainopissa sitoudutaan joka tapauksessa esittelemään ne rajoitukset, joita laissa asetetaan – ja näitä on runsaasti.

Koko tutkimuksen kysymyksenasettelun merkityksen kannalta keskeistä on se, että omistusoikeuden oikeustieteellistä oppihistoriaa koskevissa merkittävässä tutkimuksissa (erityisesti edellä tarkastelluissa *Brockerin* ja *Heckerin* monografioissa) ensimmäisen ja toisen kysymyksen välillä oletetaan olevan yhteys. Niinpä oletetaan, että jos ja kun indiviidin toiminnalle annetaan ensisijainen asema omistusperusteluna, tämä muutos on samalla peruste sille, että omistusoikeudesta tulee indiviidin rajoittamaton, esinettä koskeva oikeus. Tarkoitukseni on osoittaa, että ainakaan tarkastelemieni juristitekstien perusteella tällaista yhteyttä ei ole. Juridinen käsitteistö on myös tarkastelun kohteena olevalla konstruktiivisella kaudella (1800-luvulla) oletettua vivahteikkaampi. Erityinen merkityksensä tällä on siksi, että kysymys on käsitteistöstä, joka edelleen määrittää esineoikeudellisen käsitteistön rakenteellisia piirteitä, erityisesti käsityksiämme tämän käsitteistön ”kahlitsevuudesta” tai joustavuudesta ja tarkoituksenmukaisuudesta.

5 Omistuskysymyksen perustelu 1800-luvun filosofisessa perinteessä

5.1 OMISTUKSEN PERUSTELU KANTIN SIVEYSOPISSA

Kantin filosofiakäsitystä on eri aikoina tulkittu hyvin eri tavoin, samoin hänen omistusta koskevia kannanottojaan ja niiden yhteyttä Kantin muuhun ajatteluun.¹ Pyrin seuraavassa pelkistämään Kantin ”Metaphysik der Sitten” -teoksesta tutkimukseni kannalta mielestäni tärkeimmät ja samalla lainopin peruskysymyksiin liittyvät ongelmat ja Kantin niihin esittämät ratkaisut. Mielestäni Kant kiteyttää terävästi monia keskeisiä omistuksen alkuperäiseen syntymiseen liittyviä ongelmia, vaikka hänen käsityksiinsä omistuksen perustelua koskevis- sa kysymyksissä ei laajemmin ole nojaututtu sen paremmin 1800-luvulla kuin sittemminkään. Lisäksi on huomattava, että tietty filosofinen tausta ei sinällään esim. Kantin oppilaiksi luettavien kirjoittajien töissä osoita määrättyä kantaa erityisesti omistukseen liittyviin moniin kysymyksiin. Osa kysymyksistä on pääosin filosofisia, osa pitkälti oikeudellisia ja sitä kautta myös tuonaikaiseen oikeuteen ja sen tuottaneeseen historiaan liittyviä.² Kantin käsityksiä ei hyväksytty, mutta niihin otettiin kantaa – usein jyrkästi.³

¹ Ks. esim. Saage, Kühl, Kersting, Luf, Deggau. Otan jäljempänä esille muutamia mainittujen kirjoittajien tulkintoja. Varsin hyödyllinen on kokoomateos *Das Recht der Vernunft. Kant und Hegel über Denken, Erkennen und Handeln* (Bad Cannstatt 1995). Erityisesti Kantin omistuskäsityksiin keskittyneinä ja erilaisen tulkinnan esittävinä tutkijoina on syytä mainita Saage ja Kersting. Saage rakentaa Kantin omistuskäsityksestä kriittisen näkökulman Kantin koko oikeuskäsitykseen (omistuksen lähtökohta kolonisoii oikeuden). Saagen mukaan (s. 51) olennainen on Kantin valinta tai suorastaan optio identifioida ”vapaa, moraalinen ihminen välittömästi potentiaalisena omistajana”. Myös Kersting korostaa hallinta- ja omistusopin merkitystä kantilaisen yksityisoikeuden keskiönä ja oikeuden rakenteellisena elementtinä. Kerstingin mukaan Kant onnistui transsendentaalifilosofisella omistusperustelullaan suorittamaan ”viimeisen filosofisen suurteen”, mitä ei kuitenkaan juuri ole tunnustettu. Kersting s. 91 s. (v. 1984 painoksen johdannossa).

² Vrt. esim. Ernst Ferdinand Klein, *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben* (1797), erit. §§ 242–248. Kleinin sijoittumista kantilaiseen vaikutuspiiriin ja sen merkitystä hänen oikeuskäsityksiinsä on laajemmin tutkinut Michael Kleensang (Kleensang, *Das Konzept der bürgerlichen Gesellschaft bei Ernst Ferdinand Klein*. 1998). Kleensangin lähtökohta on biografinen, mutta tutkimus laajentuu tarkastelemaan tietynlaisen luonnonoikeuden ja positiivisen oikeuden suhteen asetelua. Kleensangin luokittelussa Klein sijoittuu vuosisadan vaihteen kantilaiseksi ja siis edustaa uudenlaista, nuorempaa luonnonoikeutta.

³ Lainatuin on epäilemättä Schopenhauerin kritiikki, vaikka on ilmeistä, ettei tämä ymmärtänyt Kantin tekstiä oikein. Ks. erit. Franco Zotta s. 9–42 (esipuhe Richard Saagen tutkimukseen Kantin omistusta, valtiota ja yhteiskuntaa koskevista käsityksistä).

Lainopin keskustelun kannalta on kiinnostavinta, että Kant esittelee vapausperustaisen valtauksen alkuperäiseksi omistuksen synnyttäväksi tekijäksi, sekä se, että tässä perustelussa valtaus esitetään ensimmäisen oikeutena, jossa on kuitenkin kysymys muusta kuin vallankäytöstä. Juuri tätä Kant perustelee eikä päinvastaista kuten on väitetty.⁴ Tärkeä, joskin osin epäselväksi jäävä kysymys on se, miten faktinen hallinta muuttuu oikeudelliseksi. Lainopissa liitos ja siirtyä tehdäänkin ehkä helpommin kiinnittymällä historiatieteen kertomuksiin kuin Kantin hahmottelemaan transsendenttiin maailmaan.

Kantin siis väitettiin esittävän vallankäyttöön perustuvan valtausperustelun, mutta tulkinta on väärä. Kyseessä on valtausperustelu, mutta se on järkiperustelu, jossa lähtökohtana on vapaus. Kantin mukaan ihminen on järjellinen olento ja sellaisena välttämättä vapaa, mistä puolestaan seuraa omistuksen mahdollisuus. Tarkkaan ottaen Kant ei omistusperustelussaan pyri suoraan osoittamaan sitä, että alkuperäinen maan haltuunottaminen omaksi muut pois-sulkevalla oikeudella olisi kaikkien vapauden mukaista, vaan että tämän mahdollisuuden rajoittaminen olisi kaikkien vapauden vastaista, joten niin ei voi olla. Miten tämä tapahtuu?⁵

Johdatus oikeusoppiin sisältää lyhyitä kysymyksiä ja vastauksia siihen, mitä oikeusoppi on, mitä on oikeus, ja mikä on oikeuden yleinen periaate.⁶ Näitä lauseita tulkintakirjallisuus toistaa, purkaa ja uudelleentulkitsee. Kantin tunnettu kategorinen imperatiivi ilmaisee vain sen, mikä on sidonnaisuus (Verbindlichkeit) ja se kuuluu: "handle nach einer Maxime, welche zugleich als ein allgemeines Gesetz gelten kann". Niinpä yksilön Kantin mukaan täytyy tarkastella toimiaan ensin subjektiivisten peruslauseiden mukaan. Sen, onko tämä peruslause myös objektiivisesti pätevä, voi tunnistaa vain siinä, että järki asettaa sen kokeen alaiseksi, ja jos se on ajateltavissa välittömästi yleisenä lainalaisuutena, se on kvalifioitu yleiseksi laiksi.⁷

⁴ Tunnetuin väitteen esittäjä on edellisessä viitteessä mainittu Schopenhauer, josta enemmän jäljempänä.

⁵ Ks. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797–1798), jatkossa MdS. Tarkastelen tässä erityisesti esineoikeutta koskevia osia eli siis osaa, jonka Kant on otsikoinut "oikeusopin metafysiset lähtökohdat".

⁶ Ks. Kant MdS erit. §1–17/s. 353–382.

⁷ Hermann Krings puhuu Kantin kohdalla autonomia-argumentista yhtenä vastausyhteytenä järjensäännön järjen säännöllä perustelemisen jatkumon uhkakuvaa. Autonomia-argumentin mukainen järjensäännön pätevyysperusta on siinä, että se ohjaa järkeä itsemääräämisenä (als Selbstbestimmung). Niinpä Krings tarkentaa, että maksiimin yleistettävyysskelpoisuus ei sinällään ole Kantilla pätevyysperusta, vaan se on kriteeri, joka palvelee rajallisen järkiolennon normien hyvinperusteltavuutta (sen arvioimista). Tahdon maksiimien pätevyysperusta sen sijaan on siinä, että niiden tulee voida olla yleisiä lakeja. Yleisen lain kvaliteetti taas on perustettu siveellisyyslain kautta: että tahto on puhdas tahto (reiner Wille). Siveyslaki on sääntö yleisille käytännöllisille laeille ja nämä taas ovat sääntö maksiimeille, eivät toiminnalle. Ks. Krings 1983 s. 636. Tiivistäen Krings siis korostaa, että yleistettävyyys on vain arviointikriteeri, mutta varsinaisen perusta on itsemäärääminen puhtaana tahdon ilmaisuna.

Oikeusoppi on Kantin mukaan niiden lakien sisältö, joiden mukaan lain antaminen on mahdollista. Oikeuden yleisestä periaatteesta Kant kirjoittaa: ”Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann etc”.⁸ Kun Kant on varustanut lauseen lainausmerkeillä, se jo sinällään viittaa siihen, että sitä on tarpeen ja tarkoitus selittää. Kant kirjoittaaakin, että silloin, kun toimintani on yhteensoviteltavissa jokaisen muun vapauden kanssa yleisen lain mukaisesti, se, joka minut siitä estää, tekee minulle vääryyttä (Unrecht), sillä estäminen ei ole yhteensojiva yleisen lain mukaisen vapauden kanssa.⁹

Kant sanoo tällä sitä, että yleisenä lakina on jokaisen vastavuoroinen, rinnakkainen vapauden alue tai piiri ja kaikki sellainen, joka on ristiriidassa tämän kanssa, on oikeudenvastaista. Lause selityksineen esittelee mielestäni havainnollisesti kantilaisen todistelun mallin. Todistelu etenee aina sen osoittamisena, että todisteltavan väittämän vastakohta olisi yleisen vapauden lain vastainen. Tämä koskee erityisesti myös kysymystä omistuksen perustelusta kuten jäljempänä havaitaan.¹⁰

Tässä yhteydessä ensisijaisesti kiinnostavia ovat kaksi Kantin oikeusopin alussa käsittelemää kysymystä: 1. onko omistusoikeus mahdollinen ja 2. miten se on mahdollinen. Kantin esityksen ymmärtämiseksi onkin tärkeää havaita se, että Kant tarkastelee oikeusopissa erikseen ”tapaa, jolla ulkoinen on omaa” (1. pääjakso) ja ”tapaa, jolla ulkoinen saadaan” (2. pääjakso).¹¹

Ensimmäisessä pääjaksossa Kant perustelee sen, voiko johonkin ulkoiseen esineeseen olla omistusoikeus. Kant aloittaa toteamalla: ”oikeudellisesti minun on kaikki se, johon olen niin liitetty, että sen käyttäminen, jos joku sellaiseen ilman suostumustani ryhtyy, loukkaisi minua” (§1). Oma on siis sellaista, johon

⁸ Kant MdS s. 336 s.

⁹ Kantin mukaan kaikkien maksimien periaate ei kuitenkaan voi olla oman toimintani maksimi eli sellainen, joka ohjaisi kaikkea toimintaani, sillä muut/toiset voivat olla vapaita ilman että sillä on mitään tekemistä minun kanssani. Näin päädytään yleiseen oikeuslakiin: ”handle äusserlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne”. Laki, joka asettaa velvollisuuden/sidonnaisuuden (Verbindlichkeit), ei odota eikä varsinkaan vaadi, että minä sidonnaisuuden vuoksi tahtoisin itse rajoittaa kaikin tavoin vapauttani, vaan järki sanoo vain, että ”sie in ihrer Idee darauf eingeschränkt werden dürfe; und dieses sagt sie als ein Postulat, welches gar keines Beweises weiter fähig ist”. Kant MdS s. 338.

¹⁰ Vrt. erit. Gerhard Lufin teoksessaan Freiheit und Gleichheit kautta linjan korostamaa lähtökohtaa. Lufin ensimmäinen kysymys (Kantin tekemäksi näkemä) on se, miten omistuskäsite tulisi ymmärtää, jotta se toteuttaisi oikeudellisesti relevantin vaateen kaikkien samanlaisesta vapaudesta (ks. esim. Luf s. 78). Tässä Luf ymmärtääkseni sisällyttää Kantin lähtökohtiin liikaa nimenomaan vapauden tarkkaa merkitystä etsiessään (suhteessa omistukseen). Kantin tekstistä on olennaista havaita se, että yksilön vapaudesta pidetään kiinni sellaisena, että se ei estä muiden vastaavan vapauden toteutumista. Tämä on eri asia kuin se, että vapaus esitetäisiin muiden vastaavan vapauden takaamisen toteuttavana.

¹¹ Ks. Kant MdS §1 (1. pääjakso) ja §11 (2. pääjakso).

on muut poissulkeva käyttöoikeus. Tämän eksklusio-oikeuden edellytyksenä on hallinta (Besitz). Kant jatkaa, että ”sillä joka väittää jotakin esinettä omakseen, on oltava siihen hallinta” ja ”jos kohde on hallinnassa, olen siihen niin kiinteästi liittyneenä, että sen muutokset jonkun muun toimesta koskettaisivat myös minua”.

Fyysisesti hallussa oleva on sillä tavalla persoonaan sidottua, että siihen puuttuminen on samalla sisäiseen omaan (persoonaan) puuttumista, joten puuttumisen kielto voidaan johtaa jo yleisestä (vapauden) lähtökohdasta. Hankalampaa on perustella se, mikä tekee sellaisesta hallinnassa olevan ja oman, joka ei ole fyysisessä hallinnassa. Kun lähdetään siitä, että aivan alkuperäinen oikeus voi olla vain sisäisomaan, se mitä ulkoiseen voi olla, on kerta kaikkiaan jollakin tavalla ja akteilla perustettava.¹² Miten joku ajallisesti ja tilallisesti minusta erillinen voisi olla omaani? Kysymys on tällöin siitä, mikä tekee hallinnasta oikeudellisen.

Tähän Kant pyrkii vastaamaan erottamalla toisistaan hallinnan kaksi merkitystä, fyysisen (aistimellisen) hallinnan ja intelliigibelin (bloss-rechtlich eli oikeudellisen) hallinnan. Erottelun avulla Kant siis katsoo voivansa osoittaa, miten sellainen ulkoinen, joka ei ole välittömässä fyysisessä hallinnassani, voi kuitenkin olla omaani.¹³

Kantin perustelu on lyhykäisyydessään seuraava: jos olisi niin, että fyysisen hallinta olisi vaatimuksena ulkoisia koskevalle oikeudelle, tämä merkitsisi tosiasiassa vapauden rajoitusta fyysisestä käsin, koska fyysinen esinemaailma siten asettaisi rajat ja määrittäisi sen, mihin ihmisellä voi olla oikeus. Tämä rajoittaisi vapauden lähtökohtaa olennaisesti eli olisi vapauden vastainen, joten niin ei voi olla. Jos ulkoinen oma olisi mahdoton, olisivat kaikki subjektin ulkopuoliset (esineet) käyttöön kelvottomia, mikä olisi yleisenä lakina vapautta rajoittava; objektin hallintaan rajoittuva ja pitäytyvä tahdonvallan käyttöalue ei tarkoittaisi enää vapaata tahdonvaltaa.¹⁴

Huomionarvoista on se, että Kantin todisteluun ei sisälly mitään teleologisia ajatuksia, joilla oikeus sidottaisiin esineiden hyödylliseen käyttöön, eikä edes mitään itsen säilyttämisen ideaa. Merkitystä on pelkästään sillä, että on tahdonvallan kohde ja ”alles in der Welt ist der freyen Willkür unterworfen”. Muu olisi vapautta rajoittavaa.¹⁵

¹² Esim. Kühl s. 178 korostaa sitä, että tämä on suorastaan käsitteellinen välttämättömyys.

¹³ Ks. Kant MdS I.1.§§1–6.

¹⁴ Ongelmaa onkin klassisesti tarkasteltu kahdesta erilaisesta lähestymistavasta käsin: näitä voidaan kutsua hallinta-realismiksi ja hallinta-idealismiksi. Hallintarealistille (pelkästään) oikeudellinen hallinta ei oikeastaan ole mahdollinen; vieraskäytön persoona loukkaava vaikutus rajoittuu aina siihen, mikä voidaan ymmärtää (fyysisenä) hallintana; näin ulkoinen oma on mahdoton. Ks. erit. Kersting s. 235 ss.

¹⁵ Kersting s. 243 s.

Miten oikeudellinen (intelligiibeli) hallinta sitten on mahdollinen? Edellä todisteltiin vain sitä, että sen on oltava mahdollinen.

Oman saamista koskevassa pääjaksossa olennaiseksi tulevat paitsi fyysisen ja oikeudellisen hallinnan käsitteet myös yhteistahdon ja yhteishallinnan ajatukset. Näiden varaan Kant rakentaa valtauserustelunsa.

Kant korostaa, että oikeudellinen hallinta muodostuu tahdonvallan (Willkür) kyvystä määrätä toisen tahdonvallasta suhteessa johonkin objektiin vapauden lakien mukaisessa mielessä. Kantin oikeudellisen hallinnan käsite on näin jo perustaltaan intersubjektiivinen. Siinä ei pyritä rakentamaan tahdonvallan määräämisvaltaa esineeseen kohdistuvana oikeutena tai perustelemaan luonnollista esineherravaltaa. Kysymys on vapauslakien kautta normeeratusta ja siksi oikeudellisesta tahdonvallan määräämisvallasta suhteessa toiseen tahdonvallan määräämisvaltaan.¹⁶

Kant kirjoittaa, että mikään ulkoinen ei ole alkuperäisesti minun, joten jokaiseen ulkoiseen minun täytyy saada saanto. Kant kirjoittaa edelleen, että se, ”mitä saatan hallintaani vapauden ulkoisten lakien mukaisesti ja tahdon, että tulee olemaan minun, se tulee omakseni”.¹⁷

Oikeuden saanto alkaa siis empiirisellä toimella, mutta oikeudellisesti merkitykselliseksi tulevana saantona se ei voi perustua (vain) tähän toimeen. Kantilainen todistus ei operoikaan yksinkertaisella ”valtaanottamisella”. Sen sijaan Kant erottaa haltuunotossa useampia ulottuvuuksia, joita hän kutsuu haltuunoton kolmeksi eri momentiksi. Näin Kant pyrkii rakentamaan monivivahteista siirtymää empiirisestä aprioriseen.¹⁸ Lisäksi Kantin mukaan tarvitaan ns. yhdistyneen tahdon idea sekä yhteishallinta-idea.

Haltuunottoon kuuluvaa ensimmäistä ulottuvuutta Kant kutsuu apprehensioksi. Se tarkoittaa tahdon ”tilassa ja ajassa” suorittamaa kohteen haltuunottamista eli fyysistä hallinnanottoa. Tämä voi ulkoisen vapauden lain mukaisesti koskea vain kohdetta, joka ei vielä kuulu kenellekään. Muunlaisen haltuunottaminen loukkaisi yleisen lain vastaisesti toisen vapautta.

Haltuunottoon kuuluvana toisena ulottuvuutena Kant erottaa kohteen merkitsemisen (Bezeichnung) omaksi. Tällä termillä Kant osoittaa, että haltuunotolla ilmoitetaan samalla kaikille muille se, että kohde-esineen käyttö aiotaan pysyttää itsellä. Kyky käyttää yksin kohdetta perustaa siis hallinnan mahdollisuuden ja sen mukaan jokaisen ulkoisen tulee voida tulla jonkun omaksi. Merkitseminen tekee mahdollisuudesta totta. Kun ”kohde, joka ei vielä ole kenenkään, otetaan haltuun ja käyttöön”, sillä tehdään muille tiettäväksi, että tästä lähtien ”minä määrään siitä ja puolustan sitä kaikkea vierasta puuttumista

¹⁶ Kersting s. 253 s. Ks. myös Kant MdS I.2.§11.

¹⁷ Ks. Kant MdS I.2.§10.

¹⁸ Ks. myös Kühl s. 182 ss., joka tunnistaa tässä alkuperäissaantoa idealisoivia piirteitä.

vastaan”. Vasta tämän tiettäväksi tekemisen kautta esineestä tulee hallintanani minun omaani.¹⁹

Sekä haltuunoton ensimmäisessä että toisessa merkitysulottuvuudessa haltuunottoa tarkastellaan yksipuolisena aktina, ja sellaisena haltuunottamisen kyky velvoittaa muita jää aina kiistanalaiseksi. Voidaan myös sanoa, että tällöin haltuunottoa tarkastellaan ensiksi ajassa ja tilassa tapahtuvana ja toiseksi kohteen hallinnan deklaratiiona. Ratkaiseva oikeudellinen merkitys omistuksen perustamiselle yhden persoonan yksinoikeutena sulkea muut pois esineen käytöstä on Kantin mukaan haltuunoton kolmannella momentilla. Tällä hän tarkoittaa sitä, että haltuunoton kolmas ulottuvuus tuo keskusteluun ne edellytykset, joiden varassa muille syntyy velvoite yksilön sinällään yksipuolisen haltuunottoaktin yhteydessä. Tällöin on Kantin mukaan kysymys haltuunoton tarkastelemisesta yleisen säännön asettavan tahdon ilmauksena.²⁰ Kant käyttää tässä yhteydessä haltuunotosta erityistä omaksiottamisen (Zueignung) termiä, joka viittaa sille näin varattuun tehtävään. Tällä momentilla Kant korostaa sitä, että haltuunotossa yksipuolinen oikeudellinen saantoakti sidotaan samanaikaisesti ”ulkoisen yleisen lainantavan tahdon aktiin”. Omaksiottamisen kautta ”jokainen tulee sidotuksi minun tahdonvaltani (Willkür) hyväksymiseen (Einstimmigkeit)”.²¹ Kant kirjoittaa, että vasta omaksiottamisen eli ajattelun hyväksymisen kautta esine, jonka suhteen minä haluan, että se tulee olemaan minun, tulee oikeudellisesti kuulumaan minun omaani”. Kantin mukaan voin omaksiottavana saada omistukseen vain ”gemäss der Idee eines möglichen vereinigten Willens”.

Kantin yhdistyneen tahdon idean (der Idee eines möglichen vereinigten Willens) mukaan kaikki velvoittautuvat toisilleen olemaan esineiden käyttöön nähden rajoittumatta vain sellaiseen, joka on hallinnassa. Näin he takaavat toisilleen vapaus-aseman suhteessa esineisiin, jotka järki-postulaatin mukaan kuuluvat (käytettäväksi) kaikille.²²

Vastavuoroinen velvoittautuminen sisältää näin ensiksikin taustana sen, että kaikki esineet ovat periaatteellisen saantokelpoisuutensa perusteella kaikille samalla tavalla haltuunotettavissa, ja toiseksi sen hyväksymisen, että jokaiselle, joka on yhteensopivasti ulkoisen vapauden yleisen lain kanssa ottanut hallintaansa tietyn esineen, syntyy siihen nähden oikeudellinen hallinta. Fyysisen haltuunottamisen muuntuminen oikeudellisesti merkitseväksi edellyttää siis Kantin mukaan hyväksymisen elementtiä. Esimerkiksi Kristian Kühl korostaa-

¹⁹ Ks. MdS §10/s. 368 s.

²⁰ Ks. myös Saage s. 57 s.

²¹ ”Die Zueignung (appropriatio) als Akt eines äusserlich allgemein gesetzgebenden Willens (in der Idee), durch welchen jedermann zur Einstimmung mit meiner Willkür verbunden wird”, Kant MdS §10/s. 369.

²² Kant MdS I.2.§13. Ks. myös Kersting s. 267.

kin sitä, että vasta mahdollisen yhdistyneen tahdon idean avulla omistussaannon yksipuolisuus (apprehension ja bezeichnungin edustama) voidaan ylittää.²³

Merkitsemisen ja omaksiottamisen erottaminen haltuunoton ulottuvuuksina korostaa sitä, että fyysinen haltuunotto saa myös oikeudellista merkitystä, jonka varassa muiden velvoittautuminen on mahdollista silloinkin, kun hallussapito ei sitä osoita. Toiselta puolen merkityksen rakentumisen osoitetaan puolestaan edellyttävän jotakin. Tämän kahdensuuntaisen liikkeen jäljittäminen palautuu lähtöoletuksiin oikeudesta ihmisten välisinä suhteina.

Yhdistyneen tahdon idean ohella alkuperäinen saanto edellyttää lisäksi yhteishallinnan (Gemeinbesitz) ajatusta. Huomionarvoista on se, että Kant ei esitä – kuten useimmat muut valtauserustetta käyttävät –, että alkuperäisen saannon edellytyksenä olisi esineen herrattomuus, res nullius. Kantin mukaan tilanne on päinvastainen: saannon kohteena on res omnium. Alkuperäinen saannonsaaja ei astu herrattomalle maalle, vaan maalle, joka on kaikkien oikeudellisessa hallinnassa. Näin (teon) kohde ei olekaan maa, vaan se yhteisö, joka maan hallinnassa esiintyy yhdistyneenä haltijana tai kanssahaltijoina.²⁴

Kant kirjoittaa, että ”yhteishallinnasta, joka ei perustu mihinkään oikeudelliseen aktiin, vaan on syntyperäinen, seuraa välttämättä jokaiselle oikeus valita paikka erityisenä hallintana, mutta kylläkin vapauden lakien mukaisesti, ja tehdä se omakseen omavaltaisesti (eigenmächtig). Maan/maapalasan alkuperäinen saantomuoto on prima occupatio eli ensimmäinen haltuunotto tai ensivaltaus, sillä hallintaan ottaminen, aineellisen tilassa olevan esineen hallinnan alkuna, ei ole sopusoinnussa minkään muun jokaiselle yhteisesti kuuluvan vapauden lakien ehtojen kanssa kuin aikaa koskevan prioriteetin”.²⁵

Miten Kantin yhteishallinta-ajatus on ymmärrettävä? Yhteishallinta-ajatus esitetään alkuperäisenä, ilman mitään oikeudellista aktia olevana järjen ideana, joka liittyy siihen, että kukin ihminen väistämättä on jossakin, siis fundamentaalina ihmisen (paikantuneena) olemisena rajallisella maapallolla.²⁶ Kysymys on ensimmäisen oikeudesta tilanteessa, jossa on ajateltava kaikilla olevan samanlainen käyttöön ottamisen oikeus. Tällöin aikaprioriteetti on Kantin mukaan ainoa ”neutraali” kriteeri. Ja kun maapala on hallinnassa, siihen puuttuminen on jo haltijan oikeuden loukkaamista.

²³ Yhdistyneen tahdon idea tarkoittaa sanoa, että jokainen yhtyy hyväksymään minun saantoni kuten minun täytyy muiden saannot hyväksyä. Yhdistyneen tahdon järki-idea antaa näin saannolle järkiperusteen (titel); sillä on ”omistuksen välttämättömän oikeusedellytyksen” luonne. Ks. Kühl s. 184 s.

²⁴ Tärkeä on toisaalta mm. Lufin s. 100 huomautus siitä, että occupation kohteena voi Kantin tarkoittamassa mielessä olla vain maa ja maapohja (Grund und Boden). Tässä tarkoitetussa mielessä irtain sen sijaan asettuu (vasta) johdannaisten saantojen alueelle. Irtain ymmärretään siis vain maasubstanssin lisäkkeenä, joka aina sijaitsee jonkun maalla.

²⁵ Ks. Kant MdS I.2.§12–14.

²⁶ Ks. myös Saage s. 56.

Tärkeää on se, että Kant esittää tällaisen syntyperäisen oikeuden olevan oikeudellinen tila. Ihmiset eivät Kantin mukaan ole vain maan asujia, vaan heillä on myös oikeus siihen. Kantille maan päälle tuleminen (syntyminen) on hallinnanotto. Näin ihmisen maailmaan tuleminen on oikeudellinen teko tai oikeuden käyttämistä. Kantin kehittelmä voidaankin tiivistää niin, että ensivaltauksella ”sellainen pala maata, joka oli alun perin kaikkien oikeudellisessa hallinnassa, tulee haltuunotetuksi yksipuolisen haltuunoton sekä sellaisen yhdistyneen tahdonvallan kautta, joka hyväksyy ajatellun haltuunotto-aktin oikeudelliseksi”.²⁷

Kiintoisaa on erityisesti myös se, miten Kant ensivaltausta perustellessaan katsoo aikaprioriteetin olevan ainoa kriteeri, joka ei ole ristiriidassa vapauden kanssa.²⁸

Miten pitkälle haltuunoton oikeus ulottuu? Kantin tunnettu vastaus kuuluu: ”niin pitkälle kuin haltuunottajalla on kykyä pitää kohdetta hallinnassaan eli kykyä puolustautua sitä vastaan, joka pyrkii sen ottamaan”. Kantia on kritisoitu erityisesti tässä yhteydessä egoismista, joka osoittaisi oikeudeksi vallankäytön. *Schopenhauer* kirjoitti ”vom finstersten Hobbesianismus” ja väitti, että Kant esitti omistusoikeuden syntyvän pelkästään ensimmäisellä valtauksella. Muuta perustelua ei tarvittaisi. Todellisuudessa Kantin koko teoria puhuu muusta perustelusta ja rakentaa sellaista. Muun muassa *Wolfgang Kersting* korostaa sitä, että Kant ei perustelussaan puhu vain ylipäätään valtauksesta, vaan ensimmäisestä valtauksesta. Kysymys on ensimmäisen oikeudesta, ei vahvemman/vahvimman.²⁹

Kantilainen malli (erotukseksi esim. Locken edustamasta) ilmaiseekin yhdistyneen tahdon ja yhteishallinnan kehittelmässään myös sitä perustavanlaatuista käsitystä, että oikeudelliset suhteet ovat aina sosiaalisia. Näin niitä ei voida yksipuolisella toimella myöskään perustaa.³⁰

²⁷ Näin myös Kantin konseptiossa yhdistyy kaksi omistusperusteluille keskeistä elementtiä: yksilön fyysinen haltuunotto sekä intersubjektiivisuus/sopimuksellisuus (yhteishallinnan ja yhteisen tahdon ajatuksina).

²⁸ Kant korostaa aikaprioriteetin erityistä asemaa jo aikaisemmassa yhteydessä selvittäessään sitä, että tahdon ulkoista kohdetta koskeva alkuperäinen saanto on nimeltään valtaus eli occupatio. Tässä Kant toteaa, että se voi kohdistua vain aineelliseen esineeseen ja että missä sellainen on käsillä, on empiirisen hallinnan ehtona aikaa koskeva prioriteetti kaikkien muiden edellä. ”...qui prior tempore potior iure”. Ks. Kant MdS §10/s. 369.

²⁹ Ks. Kersting s. 275. Olisikin syytä ottaa tarkemmin huomioon Kantin tekstin kirjoitusyhteys. Kysymys on siitä, että rajan asettaa tahdon ilmeneminen; muusta ei tässä yhteydessä ole tarkoitus lainkaan puhua. Ks. Kant MdS I.2.§15.

³⁰ Kerstingin mukaan Kant suorastaan ”esittää sopimusteoreettisen filosofian hiotuimman muotoilun”. Kersting tarkasteleekin erikseen Kantin yhteiskuntasopimuksen erityistä luonnetta yhteiskuntasopimuskonseption loppuunviejänä ja päättäjänä (ks. Kersting vuoden 1993 painos s. 36 ss.). Hänen mukaansa Kantin versiossa yhteiskuntasopimukselta riisutaan kaikki voluntaristiset piirteet. Kantin yhteiskuntasopimus ei palvele yhteisen päämäärän edistämistä. Järjen käsitteeseen nojattu yhteiskunnallinen järjestys ei ole voluntaristinen, suvereenin indiividin hyötöarviointiin liitetty

Huomionarvoista on myös se, että Kant kiistää omistuksen perustelemisen työllä. Työ ja työstäminen ovat Kantin mukaan pelkästään empiirisiä toimia. Työ on vain merkki, mahdollinen ja vaihdettavissa oleva tunnistamisen väline. Kant erottaakin *occupation* ja työn vain teknisessä mielessä: jälkimmäinen on valtausta työläämpi tapa dokumentoida hallintatahto.³¹ Työperusteen torjuminen sopii yhteen myös sen kanssa, että Kant korostaa oikeuksien olevan henkilöiden välisiä suhteita.³²

Luonnontila, jossa omistusoikeuden ajatellaan syntyvän, on selkeästi oikeusteoreettinen konstruktio. Sen tarkoituksena on johdattaa porvarilliseen tilaan; siinä esitetään ne esivaltioilliset edellytykset, jotka osoittavat porvarilliseen tilaan ja valtiollisen vallan alaisuuteen siirtymisen välttämättömyyden. Kantilaisessa konseptiossa yksityisoikeudeksi nimitetty luonnontila asettaa lisäksi erityiset rajat julkisoikeudeksi nimitetylle valtiotilalle (sääntelylle).³³

Kantin luonnontilakuvaus ei nojaua mihinkään erityiseen käsitykseen ihmisluonteesta pahana tai sopuisana. Se, mikä luonnontilassa vallitsee ja pakot-

vapaaehtoinen yhdistyminen. Vaan se on kahdessa mielessä oikeudellisesti välttämätön järjestys: sen pelkkä olemassolo on oikeudellisesti välttämätön ja oikeudellisesti välttämättömyyden on myös sen herravalta-käsityksen sopimusmuotoisuus. Kerstingin mukaan (s. 37) Kant näin ”paradoksaalisesti esittelee kehittyneimmän version kontraktualismista, mutta samalla hävittää kaikki voluntaristiset konnotaatiot sopimuskäsitteestä ja osoittaa sopimusfiguurin immanentit struktuurielementit yhteiskunnallisen ko-eksistenssin kategorisen järki-muodon yleiseksi määräykseksi”.

³¹ Kant kirjoittaa mm.: ”Die Bearbeitung ist, wenn es auf die Frage von der ersten Erwerbung ankommt, nichts weiter als ein äusseres Zeichen der Besitznehmung, welches man durch viele andere, die weniger Mühe kosten, ersetzen kann.” Ks. Kant MdS I.2.§15. Kant-kritiikistä ja perustelukeskustelussa esitetyistä tulkinnoista ks. Kersting, *Wohlgeordnete* s. 277 ss. Omana kantanaan Kersting (s. 278 av 74) toteaa, että Kantin oikeusfilosofian käsittämistä pitää hakea vaihtoehtojen *occupatio*/työ tuolta puolen, sillä kummallakaan ei voi olla oikeutta perustavaa funktiota, vaan vain merkkifunktio tai subsumtiologinen funktio. Ks. Myös Kersting 1981 erit. s. 168 s.

³² Esim. Luf s. 103 huomauttaa, että työkriteerin edellyttäminen olisi merkinnyt itse asiassa esineen personifioimista; ikään kuin esine voitaisiin työllä sitoa itseän. Ks. myös Bocker s. 84 ja Kühl s. 212 sekä Kersting s. 283. Kersting korostaa sitä, että kontraktualistisen perustelun tärkeys (erotukseksi Locken työperustelusta) on siinä, että omistusoikeus perustuu interpersonaaliseen suhteeseen ja tulee konstituotua oikeusyhteisön kautta. Tähän nähden omistuksen synnyn liittäminen yksin yksilön esineeseen kohdistuvaan työstämiseen näyttäytyy köykäisenä perusteluna.

³³ Tässä yhteydessä tämä tarkoittaa sitä, että luonnontilassa lähtökohdaksi asetettua vapautta ilmentävää omistuksen mahdollisuutta ei pidä valtiotilassa rajoittaa. Oma tärkeä ja edellä jo viitattu kysymyksensä on se, että Kant tarkoituksella muutti siihenastisen luonnonoikeudellisen ajattelun terminologiaa puhumalla luonnontilasta yksityisoikeuden alueena. Tähän muutokseen liittyy monia väärinymmärryksiä tulkittaessa vanhemman luonnonoikeuden tekstien suhdetta siihen, mitä ja mistä Kant kirjoittaa. Ks. tästä Klippel 1997b erit. s. 232 s.

taa siirtymään valtiotilaan, on epävarmuus: ihmiset ovat vapaan tahdonvallan haltijoita ja voivat käyttää sitä odottamattomalla tavalla ja haitallisesti.³⁴

5.2 ARVIOTA JA SIIRTYMÄÄ KANTISTA HEGELIN EDUSTAMAAN NÄKÖKULMAAN

Kant katsoo, että omistus voi tulla lopulliseksi vasta valtiotilassa. Luonnontilassa oleva omistus on vain väliaikaista, provisorista, koska vasta valtiotilassa voi syntyä se yhteistahto (Idee eines a priori vereinigten Willens), joka synnyttää muille sidonnaisuuden kunnioittaa toisen omaa.³⁵ Kantin teorian havaitaan näin saavan piirteitä, jotka ovat ominaisia yhteiskuntasopimuksen varaan rakentuville teorioille. Omistuksen ja yhteiskuntasopimuksen suhdetta Kantilla on tulkittu monella tavalla. *Richard Saage* toteaa, että luonnontilassa on ulkoinen, mutta provisorinen ”minun” ja ”sinun”. Tämä provisorinen tila on olennaisesti sellaisen tilan odotusta ja valmistelua, jonka voi tarjota ja perustaa vain yhteisen tahdon alainen ja sen kanssa yhteensopiva laki. Saagen mukaan omistuksen ja valtion suhde näyttääkin näin selvältä: vain porvarillinen yhteiskunta voidaan nähdä oikeudellisena tilana, jonka kautta jokaiselle turvataan hänen (omansa). Valtio turvaa sen, mitä kullakin jo on hallussaan. Saagen mukaan valtion funktiona Kantin konseptiossa on täysin muodostuneen eli yhteiskunnallisesti vaikuttavan minun ja sinun ja sen kautta rauhallisten yhteiskunnallisten suhteiden ja oikeussuhteiden suojaaminen, ei siis vasta niiden syntyedellytysten luominen.³⁶

³⁴ Tämä tulee Kantin omistusperustelukonseptiossa esiin erityisesti provisorisen ja peremtorisen hallinnan eron ja yhteyden merkityksessä. Esiteltyään valtauksen alkuperäisen saannon oikeudellisenä aktina Kant siirtyy selvittelemään luonnontilan ja porvarillisen tilan eroa suhteessa omistukseen otsikolla ”Nur in einer bürgerlichen Verfassung kann etwas peremtorisch, dagegen im Naturzustande zwar auch, aber nur provisorisch, erworben werden”. Peremtorinen tarkoittaa lopullista, provisorinen väliaikaista. Kant ei esitä valitsemilleen termeille mitään erityisiä merkityksiä, vaan erittelee ja tiivistää otsikon alla saannon empiirisen perusteen ja saannon järkiperusteen käsitteellistä eroa. Ks. Kant MdS I.2. §15. Olennaista tekstissä on sen esittäminen, että fyysinen haltuunotto (valtaus) ei voi sinällään perustaa oikeutta, vaan voi saada oikeudellista merkitystä vain tähän sitoutuneen yhteisen tahdon edellyttämyksellä. Saannon järkiperuste voi nojata vain ”in der Idee eines a priori vereinigten (notwendig zu vereinigenden) Willens aller [liegen], welche hier als unumgängliche Bedingung (conditio sine qua non) stillschweigend vorausgesetzt wird”. Yleinen lain antamiseen yhdistyneen tahdon tila taas on Kantin mukaan nimenomaan porvarillinen tila.

³⁵ Ks. Kant MdS I.2. §15. Kantin lopputulema on, että peremtorinen saanto syntyy vain valtiossa. Hän korostaa kuitenkin heti perään, että provisorinen saanto on todellinen saanto. Se on jo ”wahre Erwerbung”.

³⁶ Saage keskustelee pitkin matkaa paitsi Locke-tulkinnoista myös esim. Hobbesin konseptiosta. Esim. Hobbesista Kant Saagen mukaan poikkeaa juuri siinä, että valtio ei ole omistusta konstituiva instanssi, vaan vain sanktioiva. Ks. Saage s. 80.

Wolfgang Kersting esittää samansuuntaisen käsityksen. Kersting kuitenkin korostaa Saagea enemmän Kantin konseption moniulotteisuutta ja järkiperustaisuutta.³⁷ Kersting kirjoittaa, että valtiosta rakennetaan Kantin teoriassa täydellisen omistuksen oikeuskäsitteen pätevyysteoreettinen osa. Kerstingin mukaan omistusoletuksen sidonnaisuus ei Kantilla nojaa empiirisiin seikkoihin eikä synnynnäiseen vapausoikeuteen, vaan nimenomaan yhteistahtoon. Ensimmäisessä valtauksessa ja siihen liittyvässä, järkipostulaatin kautta oikeutetussa eksklusiivisuusvaateessa yhteistahto voi löytää oikeusperustansa vapauteensa rajatuissa indiviideissä, jolloin oikeussuhteet eivät kuitenkaan ole omavaltaisia, vaan kaikkien osallisten tahdon konstituomia. Kersting korostaa sitä, että jokainen haltija on luonnontilassa sen velvollisuuden alainen, että ottaa käyttöön ehdot, jotka tekevät hallintavaateen oikeudellisen sanktioinnin mahdolliseksi.³⁸ Tämä tarkoittaa valtiotilaa.

Kersting nostaa mielestäni tärkeällä tavalla esiin Kantin konseptiossa olevan yhteistahtoelementin, jota taas monissa Kant-tulkinnossa ei mainita ollenkaan. Tämän elementin kautta vasta ymmärretään se, miten provisoriseen jo sisältyy peremptoriseen siirtyminen. Kerstingin sanoin kysymys on siitä, että ”luonnontilassa oleva oikeus kytkee occupatio-oikeutuksen velvollisuuteen siirtyä distributiivisen oikeudenmukaisuuden tilaan” (siis porvarilliseen). Näin provisorinen hallinta on ”odottamista ja valmistautumista” porvarilliseen tilaan; se on fyysinen hallinta, johon sisältyy oikeudellinen presumtio siitä, että kaikkien tahdon yhdistymisen kautta se muuttuu oikeudelliseksi julkisessa lainasettamisessa. Hallinnan ideaalisuus pätee vasta valtiotilassa.

Manfred Brocker kiinnittää Kantin käsitteistössä huomiota siihen, että omistuksen määrä ja laatu valtiotilassa jää Kantilla hyvin viitteenomaiseksi. Tämä on toisaalta kysymys, jossa Kantia on tulkittu eri tavoin. Kant esittää varmaksi oikeastaan vain sen, että jonkinlainen omistus täytyy olla jo luonnontilassa, alkuperäisesti, sillä kaikkea ei voida johtaakaan.³⁹ Brockerin mukaan Kantin käsitteistön porvarillinen tila näyttäytyy ”occupatioissa immanentin pätevyysvaatimuksen aktualisoitumisena”. Ilman sitä saanto jäisi pysyvästi väliaikaiseksi. Toisaalta valtiotila edellyttää sitä, että luonnontilassa on jo ”minun” ja ”sinun”, sillä ilman sitä taas ei ole mitään oikeudellista velvollisuutta siirtyä valtiotilaan. Valtiotilasta Kant esittää kahdensuuntaisia lausumia. Yhtäältä porvarillisen hallitusmuodon tehtävänä on kunkin oman turvaaminen; sen kun-

³⁷ Kersting selvästikin arvostaa Kantin konseptiota yrityksenä omistuksen järkiperusteluksi ja näkee malliin sisältyvän joustavuutta siinä, mitä tämä perustelu määrittää valtiotilasta, olkoonkin että Kant ei näitä mahdollisuuksia välttämättä hyödyntänyt tai osoittanutkaan. Saagea Kersting kritisoi Kantin käsitysten sosiologisoinnista. Kersting torjuu jyrkästi (s. 338 ss. av 24) myös Gerhard Lufin yrityksen tulkita Kantin omistusteoria sosiaalieleettisesti ladattuna. Ks. myös Rückert 1991a s. 206 s.

³⁸ Ks. Kersting s. 333.

³⁹ Ks. Kant MdS I.2.§15/s.377.

nioittaminen esioikeutena, ei ”luominen eikä määrääminen”. Toisaalta vasta valtio kuitenkin todellistaa omistuksen, ja vasta valtiossa yhdistynyt tahto muotoutuu ja artikuloituu ja ”määrää” sen, mitä kunkin omana pidetään.⁴⁰

Brocker pyrkii tulkitsemaan Kantia niin, että omaisuuden ”turvaaminen” (Sicherung) ja ”rajoittaminen” (Eingriff) eivät ole yhteensovittamattomia vaihtoehtoja valtiollisessa omistuspoliitikassa. Turvaaminen on päin vastoin mahdollistakin vain rajoittamisen kautta (vaikutuksellisenä).⁴¹ Brocker ottaa esimerkkejä, joissa valtion ja sen instituutioiden järjestäminen sääntelee omistussuhteita ja määrittelee niitä uudestaan.⁴² Brockerin tulkinta on mielenkiintoinen jo siksi, että se vastannee oikeastaan sitä, millainen tuo suhde aina on. Jokaisessa valtiossa on annettava määräyksiä, lakeja ja sääntöjä, jotka aina jollain tavalla puuttuvat kansalaisten omistukseen. Eri asia on se, voidaanko tulkinta sovittaa Kantin konseptioon häivyttämättä samalla sen erityispiirteitä.

Kaikki valtion toimenpiteet koskettavat kansalaisten omistusta, vaikka tietysti erilaisin tavoin. Kantin mukaan näiden toimien legitiimisyudessa on kysymys siitä, antaako lainsäätäjä säännökset siten, että ”als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes haben entspringen können”, ja voidaanko jokaisen kansalaisen katsoa antaneen hyväksymisensä tällaiseen prosessiin. Brocker siirtyikin omistuksen sääntelyn välttämättömyyttä korostaessaan arvioimaan Kantin valtiokäsitystä. Hänen mukaansa valtion oikeudenmukaisuuden punnitsemisen sijaan on punnittava olemassa olevan porvarillisen hallitusmuodon oikeudenmukaisuutta, josta siis valtion jäsenten omistustenkin oikeudenmukaisuus riippuu. Sitä punnitaan valtion järki-idean kautta. Tähän formaalin oikeusvaltion ideaan kuuluu ajatus hallitusmuodosta, jossa jokaisen vapaus voi säilyä yhdessä kaikkien muiden vapauden kanssa yleisen lain mukaisesti.⁴³

Tärkeää Brockerin polveilevassa hahmotelussa on tässä yhteydessä oikeastaan vain se, että näin päädytään siihen tiivistykseen omistuksen ja valtion suhteesta, että provisorinen omistus tulee peremptorisiksi silloin, kun kaikki ovat osallisia – suoraan tai välillisesti – lain antamisprosessiin. Tällainen tilanne on silloin kun kaikki kansalaiset ovat vapaita, tasa-arvoisia ja itsenäisiä eli kaikilla on jonkinlaista omaisuutta. Brockerin mukaan Kant katsoo, että valtion tulee luoda kaikille mahdollisuus tulla kykyjensä, ahkeruutensa ja onnensa

⁴⁰ Ks. Brocker 1987 s. 138 ss.

⁴¹ Brocker 1987 s. 141 s.

⁴² Näin Kantilta voidaan poimia erilaisia sääntelyn tilanteita. Valtio asettaa esimerkiksi saantonautinnalle aikamäärän. Kantillakin tällaisen sääntelyn mahdollisuuden perusta on pragmaattinen. Alkuperäistä saantomiestä on ehkä mahdoton jäljittää ja presumtio haltijan oikeuden oikeudellisuudesta on lailla asetettavissa näin. Brocker arvioi tätä niin, porvarillisessa tilassa omistuksena ptee näin vain se, minkä valtio laeilla ja tuomioistuimillaan sellaiseksi tunnustaa. Toinen tilanne on periminen, joka Kantin mukaan ei sellaisenaan kuulu luonnontilaan, mutta voidaan valtiossa määrätä. Ylipäätään tuomioistuimissa ratkaistaan se, mikä käy johdannaisesta saannosta. Valtio voi siis määrätä omaisuudesta turvaamistehtävänsä vuoksi. Ks. Brocker 1987 s. 142 ss.

⁴³ Ks. Brocker 1987 s. 146 s.

mukaisesti omistajiksi, ja tämä tarkoittaa privilegioiden kumoamista, sillä ne estävät samanlaiset saantomahdollisuudet.⁴⁴ Näin vapaus ja tasa-arvo kytkeytyvät toisiinsa kantilaisittain nimenomaan siinä, että kunkin mahdollisuutta hankkia yksityisomistusta ei saa estää privilegioilla, sillä ne eivät ole yhteensopivia yleisen vapauslain kanssa.

Brocker korostaa edelleen sitä, että valtion toimenpiteiden tulee Kantin mukaan olla sellaisia, jotka tähtäävät oikeuden todellistamiseen, eivät kansalaisten hyvinvoinnin tai kansalaisten onnellisuuden todellistamiseen (esim. omaisuuden uudelleenjakamisen kautta). Kantin mukaan "Glückseligkeit" ja "Wohlfart" ovat aina sellaista, joita ei voida yleisellä periaatteella asettaa, koska niissä on kysymys tahdon materiaalisuudesta, joka on empiirinen kysymys ja siis kelvoton yleistettävän säännön perustavaksi. Kansalaisten pitää Kantin mukaan itse määritellä "onnensa". Valtiollinen hyvinvointipolitiikka sen sijaan riistäisi kansalaisilta vapauden. Vain negatiiviset toimet ovat oikeuden periaatteen mukaisia, siis sellaiset, joilla poistetaan vapauden esteitä (jollaisia ovat esim. juuri privilegiot, fideikomissit, monopolit). Valtion oikeuspolitiikan velvollisuutena on luoda samanlaisia mahdollisuuksia. "Jokaiselle kuuluvan ulkoisen vapauden laki" määrittää ja asettaa rajan sille, mihin asti valtio voi puuttua ihmisten elämään.⁴⁵

Brockerin yhteenveto kantilaisesta omistusopista ei lopultakaan eroa siitä kuvasta, joka edellä on jo monesta yhteydestä hahmottunut. Se sisältää seuraavan. Yksipuolisen tahdonaktin perustama hallinta muuttuu vasta porvarillisessa tilassa oikeudelliseksi omistukseksi. Tämä porvarillinen tila jättää jokaiselle hänen omansa ja turvaa ja takaa sen. Tämän turvaamisen takia on kuitenkin välttämätöntä puuttua kansalaisen omistukseen ja muotoilla sitä tavoin, joina Brocker erottaa yksityisoikeuden institutionaalistamisen, verojen ja niitä vastaavien suoritusten keräämisen sekä omaisuuden keskittymistä edistävien tekojen purkamisen.⁴⁶

Brocker antaa ymmärtää, että Kantin konseptio osoittaisi täsmällisemminkin sitä, minkälainen valtiosisäinen omaisuuden sääntely ja rajoittaminen on mahdollista ja jopa tarpeen, mutta hän ei sittenkään osoita Kantin tekstistä aineksia lukea vapaus- ja tasa-arvoperiaatteiden ja omistuksen suhteesta enempää kuin velvoitteen poistaa privilegioiden tyypiset rajoitukset.

Käsitykseni mukaan tulos johtuu perimmältään siitä, että Kant ei sinällään vastaa Brockeria askarruttaviin kysymyksiin. Jos ja kun Kantin tekstistä halutaan lukea enemmän, ollaan jo uuskantilaisuudessa, siis Kantin ajatusten jatkokehittelyssä, mikä on oma kysymyksensä.

⁴⁴ Brocker 1987 s. 149.

⁴⁵ Brocker 1987 s. 149 s.

⁴⁶ Ks. Brocker 1987 s. 152.

Brocker pitäytyy kuitenkin lähempänä Kantin tekstiä kuin esimerkiksi *Gerhard Luf*, joka tulkitsee Kantia varsin modernissa hyvinvointivaltiollisessa hengessä. Mielestäni Kersting muistuttaa vakavimmin siitä, että Kantin konseptin tulkinnassa on syytä pitäytyä siinä, mihin Kant itse esittämänsä rajaa, kun hän näitä rajoituksia varsin tarkasti tekee.

Kerstingin mukaan Kantin ero englantilaiseen, lähinnä *Hobbesin* ja *Locken* edustamaan keskusteluun on siinä, että Kant ei rajoita omistuksen ja valtion perustelua ja liitosta mihinkään pragmaattis-utilitaristiseen pätevyysteoreettiseen argumenttiin. Valtio on pysyvän hallinnan edellytys, mutta se on toiselta puolen alisteinen pysyvän hallinnan mahdollisuuden edellytykselle. Tämä ei Kerstingin mukaan ole mikään kehä – kuten Kantia on kritisoitu –, sillä kehä ei sulkeudu. Valtion perustaminen on oikeudellinen velvollisuus ja porvarillinen yhteisö on ainoa paikka, jossa omistus on olemassa täysioikeudellisessa mielessä. Luonnontilan ylittäminen tähtää tietysti myös vallan institutionalisointiin. Ensi kädessä se kuitenkin tähtää yleistä tahtoa edustavan lain asettamiseen, joka toimii iustitia distributivan perustana. Näin se toimii ainoana, syntyperäisesti jokaiselle kuuluvan vapauden kanssa yhteensopivana mahdollisuutena hankittujen oikeuksien oikeudelliselle perustelulle.⁴⁷

Kantin sanoin kysymys on siitä, että ”voimme vain silloin siirtää omavaltaisesti (*eigenmächtig*) hankitun peremtoriseksi hallinnaksi, ja nähdä ulkoisen vain silloin omistuksena, kun yhdistymme kaikkien muiden kanssa siitä, että lain antamisessa jaetaan oikeudellisesti kullekin hänelle kuuluva (*jedem das Seine*)”. Lopputulema voidaan tiivistää yksinkertaisemminkin. Voidaan sanoa, että Kant juuri provisorisen ja peremtorisen tilan keskustelullaan omistuskysymyksen yhteydessä kutoo yhteen fyysisen ja oikeudellisen suhteen niin, että luonnontila haltuunottoineen jää ajatusperustaksi sille järjestykselle, joka sitten valtiotilassa vallitsee. Näin Kantin *occupatio* ensivaltauksena liikkuu todellakin eri tasolla kuin lainopillinen saantomuotokeskustelu. Tätä vain ei ole kovin hyvin ymmärretty.

Juridisen niukan omistuserustelun ymmärtämisen kannalta kiinnostavaa Kantin esityksessä on erityisesti keskustelu faktisen ja oikeudellisen hallinnan suhteesta ja siirtymä fyysisestä oikeudellisesti merkitykselliseen hallintaan – kaikkine käsitteellisine ja valtio-opillisine ulottuvuuksineen. Perustavana arvona on vapaus. Omistusoikeus sen sijaan esitellään instituutiona, joka seuraa valitusta lähtökohdasta, mutta ei suoraan, vaan monenkertaisella käänteisperustelulla. Yksityisen ulkoisia esineitä koskevan määräämisvallan mahdollisuuden kieltäminen olisi yksilön vapauden (sellaista) rajoittamista, johon ei ole (esittää) perustetta. Omistus on mahdollinen, koska kielto ei ole mahdollinen.

Kantin erittelemät omistuksen ja valtion perusteluun liittyvät käsitteelliset lähtökohdat herättävät kiinnittämään huomiota oikeudellisen keskustelun mo-

⁴⁷ Ks. Kersting s. 341 s.

niin traditiossa siirtyviin piirteisiin. Mielestäni huomionarvoista on se, että haltuunottoa, hallintaa ja valtausta koskevasta tarkastelusta voidaan tehdä yleisiä havaintoja aikaprioriteetin rakentumisesta osaksi oikeudellista käsitteistöä. Silloin kun omistusperustelussa lähdetään liikkeelle kaikilla samanlaisena olevasta oikeudesta (kuten luonnonoikeuden traditiossa Jumalan ihmisille antamasta oikeudesta ottaa käyttöönsä muuta luontoa itsesäilytyksekseen), oikeuden konkretisointi johonkin yksittäiseen kohteeseen näyttää jokseenkin väistämättä tuottavan asetelman, jossa käytön useimmiten edellyttämä fyysinen haltuunotto kääntyy oikeudellisesti merkitykselliseksi ja nimenomaisesti aikaprioriteettiin kiinnittyen. Juuri tämän Kant kertoo ensivaltauksen ja ensimmäisen haltuunoton termin. Lisäksi ajallinen kriteeri (aikaprioriteetti) näyttäytyy tässä erityisellä tavalla neutraalina. Ensimmäinen käyttäjä ja haltija on pelkästään ajallisen etusijansa nojalla juuri ja vain sen verran paremmin oikeutettu kuin kaikki muut. Tämä riittääkin, koska lähtökohtiin sisältyy toisaalta myös se, että oikeudenmukaiseen tilaan (hallintaan) puuttuminen (oikeudettomasti) olisi toisen oikeuden loukkaamista. Kant vain pukee tämän luonnonoikeudellisista teksteistäkin tutun ajatuskuvion puhtaan järkiperustelun asuun (irtaantumalla Jumalan antamasta oikeudesta, mutta asettamalla sen sijalle yhteishallintaoletuksen ja yhteistahdon ajatuksen, järjen postulaatteina).⁴⁸

Valtauksella – ensivaltauksena ja ensimmäisen oikeutena – ei näin pyritä esittelemään valtaa oikeutena. Tarkoitus on päinvastoin esitellä ensimmäisen oikeus ainoana ei-arvopitoisena, lähinnä teknisluonteisena perusteena. Arvosidonnainen on vain vapauden lähtökohta; muu seuraisi siitä puhtaasti järkiperustein.

Viittasin edellä Knut Wolfgang Nörrin malleihin tapoina esitellä yksityisoikeuden merkitystä oikeus- ja valtio-käsitteiden kannalta ja siihen, että on tavalista nähdä Kantin edustavan 1800-luvulle tyypillistä oikeuskäsitystä. Tällöin yksityisoikeudelle annetaan hyvin keskeinen asema. Oikeus johdetaan individin vapaudesta ja se määrittyy tästä vapaudesta käsin. Nörr kuvaakin mallia kategorisen imperatiivin siirtämisenä oikeuden alueelle. Oikeus kytkeytyy ihmisen vapauteen ja itsemääräämiseen. Jos sitten kysytään konkreettisemmin, mitä tästä seuraa, viitataan vapauskonseptiosta johdettavaan ”minun” ja ”sinun” (omien) erottamiseen eli omaisuuteen (ja muihin subjektiivisiin oikeuksiin). Omistus, aluksi luonnontilainen, tarvitsee turvakseen julkista tai porvarillista oikeutta valtiotilassa. Omistuksen turvaaminen konstituoivat valtion ja julkisen oikeus ei voi ulottua pitemmälle kuin yksityisoikeus. Olennaista on, että valtio ja julkinen oikeus ovat yksityisoikeudesta johdettuja käsitteitä eikä niillä ole itsenäistä merkitystä.

⁴⁸ Huomionarvoista on se, että Kant liittyy monella tavalla aikaisemman omistusperustelukeskustelun lähtöasetelmiin, vaikka toisaalta järkiperustelullaan niistä sisällöllisesti irtaantuisikin. Esim. Bocker (1987 s. 106) toteaaakin oikein, että Kantilla empiirinen occupatio on oikeudellisesti distributio.

Edellä todettiin myös se, että Nörrin mukaan tätä ”liberaalista” tyyppikuvaa 1800-luvun yksityisoikeudesta ei saksalaisessa lainopissa kuitenkaan tosiasias- sa yleisemmin seurattu.⁴⁹ Tämä herättää kysymään kantilaisuuden todellista merkitystä oikeustieteelle. Varsinkin oikeustieteen yleisesityksissä esitetään edelleenkin, että Kantin esittämä kritiikki olisi johtanut perustavanlaatuisiin ajattelutavan muutoksiin. Toisaalta monet uudemmat erillistutkimukset osoitta- vat, että juristit eivät juurikaan kantilaisia postulaatteja omaksuneet, eivätkä ainakaan rakentaneet oikeusmallejaan sellaisiksi kuin lähtökohdista käsin olisi voitu ajatella. Pikemminkinhan Kant ymmärrettiin väärin ja myös torjuttiin aika selvästi. Ylipäätään on epäselvää, mitä kantilaisuus on varsinaisesti tuotta- nut oikeudelliseen ajatteluun – muuta kuin ”luonnonoikeuden hylkäämisen” eikä sekään tapahtunut sellaisella aikataululla ja ehdottomuudella kuin muutos on tapana esittää.⁵⁰

Olemisen ja pitämisen erottelu (Sein/Sollen) löi itsensä ajatuksena läpi, mutta se, mitä Sollenin alueelta esitettiin, ei näytä liittyvän yleisajatukseseen. Oikeuden/oikeussääntöjen asettamiseen nähden erottelu Seinin ja Sollenin vä- lillä merkitsee yksinkertaisesti sitä, että pitämislauseet tulisi asettaa joltain muulta pohjalta kuin päätellen siitä, miten asiat ovat tai miltä ne näyttävät. Pitämislauseiden sisältöä voidaan etsiä ”järjen-käsittein”, jolloin ongelmana on se, mitä ja mihin asti puhtaasti sellaiselta pohjalta voidaan johtaa. Kantilaisit- tain sääntely toisaalta olisi aina varsin rajallista, johtuen vapauslähtökohdasta. Aidon kantilaisesti lähdettäisiin liikkeelle vapaudesta ja kategorisesta impera- tiivista ja rakenneltaisiin tämän formaalin käsitteen varaan luonnollinen yksi- tyisoikeus tiettyine oikeuksineen, joiden turvaamiseksi on perustettava yhteisö/ yhteiskunta. Kun lähtökohtana olisi indiividin vapaus ja sen rajoittaminen niin vähän kuin on mahdollista, samanlainen vapaus muilla säilyttäen, sääntely jäisi väistämättä sangen vähäiseksi.

Mitä tekemistä tällaisella yleisellä konseptiolla voisikaan olla oikeuden ja oikeudellisen käsitteistön kanssa, kun lainopin tehtävänä ei ole hahmotella mahdollista minimioikeusjärjestystä tai minimiyhteiskuntaa, vaan kuvata adek- vaatisti olemassa olevaa yhteiskuntaa strukturoivaa ja sääntelevää oikeusjärjes- tystä? Tähän toki ajatellaan tarvittavan yleisiä oppeja peruskäsitteineen ja peri- aatteineen, mutta näiden ajattelemisen pikemminkin puhtaina järjen käsitteinä kuin historiallisena oppitraditiona vaikuttaisi vieraalta ja suorastaan ristiriitai- selta lainopin perusmateriaalin kanssa. Kanthan osoittaa oman ”lähtö-tarkaste- lunsu” pohjaksi sille, mitä oikeuspoliitikko tai lainsäätäjät sitten konkretisoisi.⁵¹

⁴⁹ Ks. Nörr s. 50.

⁵⁰ Ks. myös Rückert 1991a s. 176 s.

⁵¹ Vrt. myös Kleensangin arviota Ernst Ferdinand Kleinista s. 161–163 ja 213 s. Klein saattaa osin asettua arvioimaan oikeutta Kantin tarkoittamalla tavalla oikeuspoliittisesti ja ilmeisesti pyrkii todellakin pitämään kiinni vapauden lähtökohdasta. Voimassa olevaa oikeutta kuvatessaan hänkin joutuu kompromisseihin.

Oikeustieteen ja lainopin keskeiseksi tehtäväksi on perinteisesti ja juuri 1800-luvulta alkaen voimistuvasti katsottu olemassa olevan, historiallisesti asetetun ja muotoutuneen pitämisen järjestyksen kuvaaminen. Tästä näkökulmasta käsin ei ole merkillistä, ettei kantilaisuus juuri näy lainopissa. Voimassa olevan oikeuden järjestystä ei ole rakennettu lähtien liikkeelle järjen käsitteistä. Niinpä se ei ole niiden mukainen, vaan jotakin paljon enemmän, sekavampaa ja monimuotoisempaa; ristiriitaistakin. Näin ajatukset, joissa oikeus kiinnitetään perustaltaan traditioon vakaumuksen, tapojen, käsitysten, käytäntöjen ja oppirakennelmien monimerkityksisessä mielessä, ovat osuvampia ja realistisempia.

Voidaankin kysyä, eikö siis päinvastoin *Hegelin* kritiikki ja omalla tavallaan erikoinen puhe hengestä, joka kehittyy ja muotoutuu historiallisesti, koske nimenomaan kysymystä oikeuden historiallisesta muotoutumisesta? Hegelhan puhuu olemassa olevasta järjestyksestä historiallis-organisesti kehittyneenä. Tiivistyykö Kantin ja Hegelin ero siihen, että Kant kehittää oikeuden puhtaina järjen käsitteinä, joiden mukaisesti reaalin tulisi muotoilla, Hegel taas etsii järjellisyysden ilmentymää väittäen sen olevan immanentisti olemassa (reaalisuudessa)?⁵²

Jos näin on, oikeustieteellä vaikuttaisi olevan enemmän luontevaa kosketuspintaa hegeliläiseen konseptioon. Näin olisi erityisesti silloin, kun oikeustieteen pyrkimyksenä nähdään olemassa olevan oikeusjärjestyksen ymmärtäminen jonkinlaisena systemaattisena kokonaisuutena, jota hallitsevat periaatteet ja säännöt (siis ”henki”). Kun näitä piirteitä pyritään saamaan esiin, on ilmeistä, että ensimmäiseksi ajatellaan käsitteistön nojaamista jollakin tavalla lainopin traditioon ja historiaan ylipäätään, ei niinkään ”puhtaisiin järjen käsitteisiin”.

Sikäli kuin Kantin perussanoma olisi se, että ihminen kulttuurisesti täysimittaiseksi indiviidiksi ymmärretty on todellakin kypsä, järjellinen, vapaa ja valintoja tekevä ja siten niistä vastaava olento, ja että hän on luonnon fyysisten lakien ohella vain sellaisien lakien alainen, jotka on itse itselleen asettanut; että ei ole mitään aikaisempaan tapaan esitettyä ulkopuolista auktoriteettia, johon velvollisuuksien alaisuus voitaisiin nojata ja peräyttää... niin lainopin näkökulmasta liikutaan aivan ideamaailmassa; siinä kuvitelmassa, että voisimme tässä ja nyt olla ikään kuin puhtaan pöydän ääressä, pohtimassa sitä, minkälaisen yhteiskunnallisen järjestyksen asettaisimme. Tämä voi olla kritiikin näkökulma ja positio, mutta se ei ole lainopin positio. Voimassa oleva oikeus on aina muodostunut aivan toisella tavalla ja saanut sekalaisen sisältönsä hyvin monien tekijöiden tuloksena. Se on myös muokkaantunut historiallisesti kokonaisuutena, jossa eri osien merkitys on voinut kokonaan muuttua. Voimassa olevan oikeuden voidaan ehkä toivoa vähitellen muodostuvan johdonmukaisemmaksi kokonaisuudeksi ja olemassa olevaa järjestystä voidaan tulkita siihen suuntaan

⁵² Kantin ja Hegelin käsitysten erosta erit. Idean käsitteen hahmottamisen näkökulmasta ks. Nuzz 1995 erit. s. 98 ss. ja 102 ss.

kuin se koko ajan osoittaisi ja olisi ilmausta kehittymisestä nimenomaisesti edistymisen mielessä, mutta tämä ei välttämättä pidä paikkaansa.

Mitä merkitystä kantilaisella ja hegeliläisellä asetelmalla tai näiden eroilla tai yhtäläisyydellä ylipäätään on nimenomaisesti lainopin omistusperustelun ymmärtämisessä? Esimerkiksi *Nörrin* lopputulemat viittaavat siihen, että mahdollinen muutos oli etupäässä indifferentti ja osittain suorastaan oletusten vastainen. Joko varsinaista muutosta ei ollut tai se, millä tavalla lainoppi muuttui, näkyi irtaantumisenä luonnonoikeuden konseptiosta, mutta se, mitä ajateltiin oikeudellisen käsitteistön perustana, ajateltiin sillä tavalla metafysis-sisällöllisesti, että se ei missään tapauksessa vastannut Kantin ajatusta (vaan pikemminkin sitten hegeliläistä).

Kääntyikö siis oikeustiede yleisimmällä tieteellis-filosofisella tasolla pikemminkin Hegelin suuntaan, jos se ylipäätään tunnustaa mitään suuntaa? ”Eher Hegel als Kant.” Merkittävää oikeustieteen kehittämisessä 1800-luvulla on tieteidenalueiden eriytyminen ja uusien syntyminen, mikä tarkoittaa sitä, että monet aikaisemmin oikeustieteeseen ajatellut kysymykset siirtyivät sen ulkopuolelle. Erityisesti filosofisemmat pohdinnat ajateltiin perustaltaan muille tieteenaloille sijoittuviksi ongelmiksi, jolloin niihin ei otettu kantaa, muuta kuin enintään jonkinlaisina viitattuina lähtökohtina. Voidaan tosin kysyä, oliko tämä ehkä sitä vaikutusta, jossa ”olemisesta ei voi päätellä pitämiseen”. Ei päätellä mitään, vain kuvataan, ja se, mitä oletetaan, esiintyy vain implisiittisinä, vaikeasti tavoitettavina taustaoletuksina.

Mielestäni oikeuskäsitteistön perusta epäselvyyksistään huolimatta sisältää sellaisia yhteiskuntakäsitykseen liittyviä lähtökohtia, joita ei tosiasiaassa voida sivuuttaa. Jos tukeudutaan Hegelin suuntaan, pitäisi siis pystyä sanomaan, mitä tarkempaa ja missä ilmenevää merkitystä tällä on. Esimerkiksi *Nörrin* seuraten tukeutuminen Kantiin tai Hegeliin näkyisi siinä, millä tavalla ajatellaan oikeuden ja valtion suhteesta. Tämän myötä ratkeaisi aina myös se, millä tavalla ajatellaan jonkin oikeuden perusinstituution suhteesta sen sisältöön ja sääntelyn mahdollisuuteen. Yleisluontoisilla kysymyksillä on näin merkitystä omistuskysymykseen asti. Omistusoikeus määriteltiin 1800-luvulla yksityisoikeuden peruskäsitteeksi, joka nimenomaisesti käsitteellisellä määrittelyllään erotettiin muista tuon alueen oikeudellisista asemista. Samalla määrittely näyttäisi jokseenkin välittömästi koskeneen myös kysymystä koko instituution sääntelyn (eli rajoittamisen) mahdollisuudesta. Tämä yhteys mielestäni perustelee omistuksen yhteiskuntafilosofista taustaa koskevan kysymyksen selvittämisen merkitystä.

Omistuskysymyksen ymmärtämisessä on tärkeää havaita se, että monet käsittejaotellut juontavat jo kaukaa tekstitradiitiosta. Omistukseen liittyvän aineiston systemaattinen tarkastelu on tehty tietyillä käsitteillä. Sillä tavalla myös päästiin tarkastelemaan jotakin olennaista kysymystä. Varhaisempien omistusteorioiden eräs tyypillinen piirre on hyvin laaja omistuskäsite ja erottelu synnyn-

näisten ja saavutettujen oikeuksien välillä. Saavutettuina oikeuksina erotettiin sitten edelleen alkuperäiset ja johdannaiset saannot. Historiallisesti ja systemaattisesti ensimmäinen kysymys oli ongelma alkuperäisestä saannosta ja erityisesti maata koskevasta oikeudesta. Muun muassa *Ralf Dreier* toteaa sen tärkeän asian, että vaikka alkuperäinen maata koskeva saanto ei kehittyneissä yhteiskunnissa oikeastaan ollenkaan esiintynyt praktisena kysymyksenä, jокseenkin kaikki uuden ajan teoreetikot asettivat sen tarkastelussaan etusijalle. Tätä on selitetty mm. sillä, että siirtomaiden valloittaminen vaati oikeuttamista, mutta Dreier korostaa ensisijaisena sitä, että sen avulla voitiin esitellä esimerkiksi tavalla jakavan oikeudenmukaisuuden ongelma (iustitia distributiva).⁵³

Dreier esittelee Kantin ja Hegelin kahden eri omistusteoreettisen linjan viimeisinä edustajina. Taustaksi hän tarkastelee joitakin piirteitä myös varhaisemmista käsityksistä. Dreier toteaa ensi silmäyksellä näyttävän siltä, että occupatio- ja työteoriat olisivat kilpailuasemissa, mutta lähemmässä tarkastelussa kilpailuasetelma osoittautuu näennäiseksi. Näin on siksi, että occupatioteorian pääedustajat eli *Grotius* ja *Pufendorf* eivät perusta alkuperäistä omistussaantoa pelkkään ensimmäisen haltuunoton faktiseen tosiasiaan, vaan nimenomaiseen tai hiljaiseen sopimukseen, joka antaa faktuaaliselle oikeudellisen perusteen. Sitä vastoin työteorian pääedustaja Locke ajatteli voivansa sivuuttaa sopimuksen merkityksen. Näin Dreier päätyy siihen, että alkuperäisen omistussaannon teorioiden pääero on tosiasiaassa sopimus- tai konsensus-teorioiden ja yksipuolisen omistussaannon teorioiden välillä.⁵⁴ Sopimuksen merkityksen esiin nostaminen on sinällään tärkeää, mutta kuten edellä on jo käynyt ilmi, sopimuksellisella elementillä on merkityksensä myös lockelaisessa ja Locken jälkeenkin esitetyissä teorioissa. Dreier haluaa johdatella siihen, että tämäntapaiset kysymykset eivät ehkä olekaan kovin pitkälle filosofian keinoin selvitettävissä. Hän esittää pohdittavaksi, mitä sanottavaa filosofialla ylipäättään on omaisuus- ja omistuskysymyksiin nykyisessä markkinaistuneessa maailmassa.

Dreierin huomio siitä, että klassisen filosofian omistuskeskustelusta suuri osa on siirtynyt muille eriytyneille tieteenlohkoille (taloustieteeseen, sosiologiaan, etiikkaan) on tärkeä, sillä näin epäilemättä on myös tapahtunut. Juuri tässä mielessä voidaan sanoa, että Kant ja Hegel edustivat (vielä) tietyn pitkän tradition päätöstä. He käsittelivät kysymyksiä vielä kaikessa laajuudessaan. Hegelin jälkeen epäillään yleisesti, että sentapaisiin kysymyksiin ei ylipäättään

⁵³ Dreier 1987 s. 161.

⁵⁴ Locken tuoma muutos merkitsee samalla näkökulman vaihtumista. Jakamisoikeudenmukaisuuden ongelma korvataan suoritusperiaatteella: ”kullekin mitä hänelle kuuluu” korvataan lauseella ”jokaiselle kykyjensä mukaan”. Ylipäättään tarkastelun painopiste siirtyi alueelle, joka kuului kommutatiiviseen oikeudenmukaisuuteen. Ks. Dreier 1987 s. 161. Siirtyminen jakamiskeskustelusta suoritusperusteiseen saantoon on tärkeä huomio, vaikkakaan ei ole varmaa, että se aitolockelaisessa konseptiossa olisi vielä senmerkityksinen kuin sitten myöhemmin.

ole antaa vastausta – ja tämä tietysti vie pohjan niiden kokonaisvaltaiselta käsittelyltä.⁵⁵

Kantin ja Hegelin vertailussa Kantin tiivistetään esittävän omistusoikeuden järkikäsitteenä, joka tarvitaan välttämättä todellisuuden jäsentämiseksi. Hegelin osalta sen sijaan viitataan siihen, että kysymys on ”oikeudellisessa realiteetissa immanentisti olevaksi väitetystä järkikäsitteestä”.⁵⁶ Mitä tämä ero tarkoittaa? Mitä lisää tai konkreettisempaa Hegel tuo omistuksen perusteluun? Dreierin mukaan Hegel esittää omistuksen vapausteoreettisen perustelun ja näyttäisi valitsevan valtauserustelun, mutta relativoi sitä työn suuntaan.⁵⁷ Dreier lainaa tässä Hegelin tekstiä (OF §54) siitä, että haltuunotto (Besitznahme) on osittain välitön ruumiillinen haltuunotto, osittain valmistamista (Formierung), osittain pelkkää merkitsemistä (blosse Bezeichnung).⁵⁸

Dreier puuttuu huomiossaan tärkeään kohtaan Hegelin tekstissä. Käsitykseni mukaan hän on tulkinassaan väärässä, mutta antaa näin aiheen viitata valtaus- ja työperusteiden yleisempiinkin merkityksiin omistuskeskustelussa. Hegelin teksti on hyvinkin merkittävä juuri tämän kysymyksen täsmentämisessä ja tarkastelen sitä lähemmin jäljempänä. Vastaavasti voidaan sanoa Kantin edellä viitatuista kannanotoista valtaus- ja työperusteiden suhteisiin.

Tässä yhteydessä on tarpeen todeta vain se, että Dreierin lainaama Hegelin tekstikohta ei sinälläänkään merkitse teorian relativioimista työperusteen suuntaan, pikemminkin päinvastoin. Voidaan sanoa, että jokseenkin kaikki omistusperusteluja pohtivat kirjoittajat antavat merkitystä myös työlle, mutta olennainen kysymys koskee sitä, edellytetäänkö työtä ja työstämistä vai riittääkö jo pelkkä haltuunotto ja merkitseminen. Työ nimittäin sisältää aina haltuunottamista; työstäminen ilman sitä on jokseenkin mahdotonta. Haltuunotto sen sijaan voi ja ytimeltään tarkoittaakin puhtaasti hallussapitämistä. Se on ydinmerkitykseltään vain esineen ”merkitsemistä” omaksi, omana pitämistä, omassa hallinnassa pitämistä.

Tulen jäljempänä argumentoimaan sen puolesta, että Hegelille riittää haltuunotto. Kysymys on perustaltaan tahdon kiinnittämisestä johonkin itsen ulkoiseen sillä tavalla, että se tulee itselle havaittavaksi, vakaantuu tahtona ja tahdonvallan käyttämisenä. Samalla se tulee myös muille havaittavaksi, jonaakin pysyvämpänä määrittämisenä, joka kiinnittyy tiettyyn subjektin (ja joka tästä syystä juuri on ja näyttäytyy subjektina, itselle ja muille).

⁵⁵ Ks. Dreier 1987 s. 174 s.

⁵⁶ Dreier 1987 s. 169 s.

⁵⁷ Dreier mainitsee Hegeliltä erityisenä ja ajankohtaistakin huomiota ansaitsevana mainitun ohella lisäksi tahtokäsitteen eri tasot. Vastaavasti Dreier poimii Kantin teoriasta tämänpäiväiseen keskusteluun käypinä teemoina kaksi kohtaa, yleistettävyyperiaatteen proseduraalisuuden ja praktiset periaatteet, jotka voidaan ymmärtää myös optimointikäskyinä. Dreier 1987 s. 168.

⁵⁸ Dreier 1987 s. 170.

Hegelin omistusperusteluun ei ole suhtauduttu niin torjuvasti kuin Kantin perusteluun, mikä saattaa johtua muun ohella siitä, että Hegelin on toisinaan tulkittu edustavan työteoriaa tai siitä, että Hegelin yhteydessä huomio on kiinnitetty hengen ja tahdonvapauden lähtökohtiin myös omistusoikeuden perustelun merkitystä selvitellessä. Mielestäni lainopin keskustelun kannalta kiinnostavaa on se, mitä uutta ulottuvuutta Hegelin omistusperustelu tuo edellä keskeiseksi väitettyyn teemaan faktisen ja oikeudellisen suhteesta. Ajatukseni mukaan omistusperustelun tärkeä yleisempi käsitteellinen merkitys liittyy siihen, miten faktinen saa oikeudellista merkitystä. Käsitteistön kannalta olennainen tässä suhteessa on periaate, joka samalla nimetään ja yleistetään. Jo Kantin tekstistä erityiseksi esineoikeudellisesti merkitystä saavaksi periaatteeksi voidaan tunnistaa aikaprioriteetti. Hegelin omistusperustelu nostaa esiin samantapaisia aineksia, mutta abstrahoituna. Tämä abstrahoituminen näkyy jo siinä, että Hegel ei enää lähde liikkeelle maata koskevan oikeuden perustelusta, vaan ylipäätään ulkoisia esineitä koskevasta määräämisvallasta tahdon ilmaisumuotona. Näin vapaus sidotaan tahtoelementtiin ja tahtoulottuvuus tulee esille ulkoisena hallintana. Tämä näyttäytyy sitten omistusperustelussa erityisesti haltuunoton lajin jatkumona.

Entä arvoulottuvuus? Tätä voidaan yrittää paikantaa käsitteiden vapaus, tahto, tahdonvalta, määräämisvallan käyttö, ulkoisen hallinta, hallinnan lajit liittymistä, joissa faktinen todellakin ikään kuin huomaamatta tai vääjäämättä muuttuu oikeudelliseksi. Voidaan myös sanoa, että tässä vääjäämättömyydessä päästään tavallaan sivuuttamaan varsinainen arvokeskustelu.

Sekä Kantin että Hegelin omistusperusteluista voidaan osoittaa ongelmaksi se, että ”määräämisvalta ulkoiseen nähden” nimetään nimenomaisesti yksityiseksi, eksklusiiviseksi omistusoikeudeksi. Hahmoteltu funktio täytyisi kriitikoiden mukaan muunkintyyppisen oikeusaseman avulla. Hegelillä tämä liitos perustuu viime kädessä tahtoelementin keskeisyyteen ja samalla jakamattomuuteen. Entä Kantilla? Saattaa olla, että liitos on vain omiaan syntymään lähtöasetelmasta, jossa oletetaan ensin olevaksi jonkinlainen yhteisoikeus. Kun tähän nähden sitten kysytään, voiko joku saada erityisen oikeuden, Kantin perustelun malli käänteisyydessään tuottaa esille vain todistusta siitä, että sellaisen erityisen oikeuden loukkaaminen tai rajaaminen olisi lähtökohdaksi asetetun vapauden rajoittamista.

Nähdäkseni Hegelin tekstin tarkastelu siis problematisoi haltuunoton merkitystä haastavalla tavalla. Haltuunotto liittyy usein työstämiseen, mutta olennaista omistusperustelussa on se, mikä asetetaan alkukriteeriksi: mikä synnyttää omistusoikeuden. Vaikka Hegel tässä suhteessa valitsee valtauksen/haltuunoton, hän ei tyydy yksioikoiseen eikä myöskään empiiriseen valtaus- ja haltuunottokäsitteeseen. Hegelin tekstin kautta haltuunotto voidaan ymmärtää jollakin tavalla todellisuudessa itsessään olemassa olevana periaatteena tai edellyttäm्यksenä. Vastaavaa voidaan löytää myös Kantilta, mutta pikemmin-

kin vain järkiperustein. Siten Hegelin teksti selvittää ehkä myös sitä, mitä orgaanis-historiallinen oikeastaan merkitsee?

Vastaavaan tapaan kuin Kantin teksti tuo myös Hegelin teksti eksplisiittiseksi sellaisia tausta-ajatuksia, joita juristikirjoituksissakin on, mutta pääosin vain viittauksina tai edellytettynä aineksena. Ihmisen ja muun/ulkoisen suhde rakentuu ikään kuin väistämättä muun/ulkoisen haltuunottamisena (jos ylipäättään haluamme liikkua käsitteistössä, jossa on kysymys määäämisvallasta ja määäämisvalloista). Haltuunottamisen kautta siirrytään edelleen ikään kuin väistämättä oikeudelliseen, siis faktisesta oikeudelliseen. Faktisella haltuunottamisella kerta kaikkiaan tehdään ero sellaiseen, jossa sitä aikaisemmin ei oikeudellisessa(kaan) mielessä ollut. Tässä on samalla kysymys ajasta ja ajan käsitteellistämisestä periaatteeksi, jolla on oma, erityinen merkityksensä ensimmäisen oikeutena ja aikaprioriteettina. Jo Kantin teksti osoittikin pohtimaan sitä, miten luontevan juridiseksi kriteeriksi aikaprioriteetti asettuu silloin, kun muita kriteereitä erottelulle ei ole. Se näyttää toimivan arvanheiton tapaisena paremman oikeuden kriteerinä.

5.3 OMISTUKSEN PERUSTELU HEGELIN OIKEUSFILOSOFIASSA

Hegelin oikeusfilosofia on herättänyt keskustelua erityisesti kolmessa suhteessa; (1) kysymyksenä oikeusfilosofian suhteesta osana koko Hegelin systeemiä, (2) yrityksenä teoretisoida sosiaalisia ja yhteiskunnallisia ilmiöitä sekä (3) kysymyksenä luonnonoikeus- ja valtioteorian poliittisista implikaatioista. Viimeksi mainittu tarkoittaa ennen kaikkea kiistelyä Hegelin oikeusfilosofian konservatiivisuuden/progressiivisuuden asteesta. Tulkinnat ovat olleet osin hyvinkin poleemisia ja vastakkaisia. Tässä suhteessa uusi löytynyt materiaali, erityisesti oikeusfilosofiaa koskevat *Karl Heinz Iltingin* kokoamat ja 1980-luvulla julkaisemat luentomuistiinpanot ovat antaneet aihetta uudenvälisiin pohdintoihin.⁵⁹ Hegelin omistusta koskevien käsitysten kannalta kiinnostavia ovat mm. Iltingin ja *Ludwig Siepin* erisuuntaiset tulkinnat siitä, millainen asema ja merkitys sopimuksella on Hegelin omistusperustelussa.⁶⁰ Sen sijaan siitä, min-

⁵⁹ Ks. Johdanto s. 11 s. teokseen Hegels Philosophie des Rechts (1982).

⁶⁰ Iltingin ja Siepin artikkelit sisältävät molemmat artikkelikokelman Hegels Philosophie des Rechts, jossa pyritään nimenomaisesti arvioimaan Hegelin oikeusfilosofian ajankohtaisuutta ja tulkintoja 1900-luvun loppupuolella. Iltingin näkökulmana Hegelin tekstiin on tietoisuuden fenomenologia, Siep sen sijaan etsii Hegelin tekstistä intersubjektivisia elementtejä. Tässä yhteydessä tyydyn tiivistämään Iltingin esittämän kritiikin Hegelin omistusperusteluun siihen, että Iltingin mukaan Hegel Oikeusfilosofiassaan esittelee omistusoikeuden indiividin isoitoituna oikeutena, vaikka se oikeudeksi ymmärrettynä pitäisi (ensiksi) nojata muiden kautta tulevaan tunnustamiseen Ks. Ilting 1982 s. 246–252. Siep sen sijaan kysyy, miksi Hegel, joka oli individualistisen luonnonoikeuden tiukka kriitikko, aloittaisi Oikeusfilosofiansa sellaisella yksi-

kälaiseksi asemaksi Hegel omistusoikeuden näkee ja esittelee, ei ole juurikaan erimielisyyttä. Voidaankin sanoa, että Hegelin oikeusfilosofiassa keskeinen elementti omistuksen yhteydessä on tahto ja vapaus tahdonvaltana.⁶¹ Tahtoelementti korostuu sekä omistuksen perustelussa että määritelmässä.

Theodor Oizerman tiivistää Hegelin koko oikeusopin siihen, että ”vapaus on tahto” sillä tahto ilman vapautta on tyhjä sana. Niin ikään ”vapaus on vain tahtona, subjektina”. Tästä näkökulmasta omistus on ”ensimmäinen vapauden muoto”, sen välitön objektivoituminen. Ilman omaisuutta ei ole olemassa mitään todellista subjektin objektivoitumista, sillä se todellistaa potenssinsa vain omaisuuden välityksellä, elementaarisimmasta aina komplisoituihin suhteisiin. Omaisuuden ansiosta ihminen on persoonallisuus, persoona, joka astuu muiden persoonien kanssa suhteisiin. Tästä johtuen persoonat suhtautuvat toisiinsa omistajina. ”Vasta omaisuudessa persoona on järki.”⁶² Oizermanin mukaan Hegel vahvistaa vakuuttavasti omaksiottamisen ihmisenä olemisen edellytykseksi, mutta ei perustele millään tavalla sitä, miksi omistus olisi nimenomaisesti yksityisomistus.⁶³ Tämä onkin yksi Hegelin omistusperustelua vastaan usein esitetty kriittinen huomautus.

Minkälainen yhteys omistusoikeuden perustelun ja määritelmän välillä siis on Hegelin konseptiossa? Filosofisten kysymyksenasettelujen ohella tässä on mahdollista nähdä taustalla myös tekijöitä, jotka osoittavat Hegelin liittymistä oikeudellisen käsitteistön traditioihin.⁶⁴ Toisaalta on tässäkin syytä korostaa

tyisomistuksen perustelulla, joka on vieläkin individualisempi kuin esim. Locken? Siepin mukaan sellaisten individuaalioikeuksien kuin omistuksen ja sopimuksen esittäminen nimenomaisesti abstraktin oikeuden osiossa on itse asiassa kritiikkiä ”possessiivista individualismia” vastaan. Siep esittääkin (Ittingiin nähden) vastakkaisen tulkinnan, jonka ydin on siinä, että Hegelin Oikeusfilosofian aloitus (yksittäisen henkilön suhteesta esineeseen) ei sellaisenaan kiellä sitä merkitystä, mikä oikeussuhteen ymmärtämisellä perustaltaan henkilöiden välisenä ja perustelultaan tämän suhteen varaisena tunnustamissuhteena on. Siepin mukaan Hegelin esityksen järjestys saa selityksensä objektiivisen hengen filosofiaa koskevan systemaattisen konseptin kautta. Ks. Siep 1982 erit. s. 258–264.

⁶¹ Vrt. myös Ritter 1975 (alun perin v. 1969 ilmestynyt artikkeli). Ritter korostaa mm. sitä, että Hegelin vapaus on ensisijaisesti vapautumista luonnosta. Tätä on sitten kritisoinutkin, mutta toisaalta voisi väittää, että jos/kun tarkoitus on esittää porvarillisen yhteiskunnan vapaus- ja oikeuskäsite, siinä vapaus on nimenomaisesti omistajana olemista/esinehallinnassa olemista. Ritter viittaakin siihenkin, että Hegel näin jättää muun siveellisen alueelle. Tähän sisältyy jo tavallaan ajatus siitä, että yhteiskunnan näkeminen esinehaltijoiden vapauden kautta (siihen rajautuvana) jättäisi ihmisille nimenomaan enemmän ”omaa” vapautta.

⁶² Oizerman 1986 s. 279.

⁶³ Oizerman s. 280.

⁶⁴ Vrt. esim. Villey 1975 s. 131 s., jonka mukaan roomalaisella oikeudella on olennainen merkitys oikeuden ymmärtämisessä ylipäätään ja juristien kieli on sen traditioon kasvanutta aina Kantiin asti, mutta juuri Hegeliin tultaessa näkyy jo katkos. Tästä huolimatta roomalaisella oikeudella on Villeyn mukaan Hegelinkin konseptiossa vielä perustava funktio; Hegel tosin halusi rakennella oikeuden historiallisesti kehittyvänä, mutta juuri siksi hänkään ei voinut syrjäyttää oikeuden alkua roomalaisella ajalla. Villey väittää, että Hegelin lukeneisuus roomalaisesta oikeudesta oli kapea, mutta tämä ei estänyt häntä muodostamasta itselleen tarkkaa kuvaa

Hegelin tarkastelussa tapahtuvaa oikeudellista abstrahoitumista. Hegel irtaantuu traditiosta, jossa omistusperustelu on esitelty maata koskevana jakamisena ja haltuunottamisena. Hegel sen sijaan puhuu tahdon määrittymisestä, ulkoistumisesta ja konkretisoitumisesta, periaatteessa mihin hyvänsä kohteisiin. Tahdon määrittymisen näkökulmasta ei ole merkitystä sillä, mitä kohteet ovat. Kaikki tahdonvallan subjektiin nähden ulkoinen määrittäytyä tahtoa vailla olevaksi ja tahdonvallan kohteeksi eli esineeksi.⁶⁵

Edeltä on jo monin paikoin käynyt ilmi, että Kantin tapaan Hegel esittää omistusoikeuden syntyvän haltuunoton eli valtauksen perusteella. Niin ikään olen viitannut siihen, että valintaa on myös tulkittu monella tavalla. On esimerkiksi väitetty, että kyseessä olisi tosiasiasa työteoria. Näin olisi mm. siksi, että Hegelkin puhuu valmistamisesta ja siksi, että Hegeliltä puuttuisi valtausteorioille tyypillinen sopimuselementti tai intersubjektiivinen ulottuvuus.⁶⁶ Tämä tulkinta ei mielestäni pidä paikkaansa, minkä osoittamiseksi tarkastelen seuraavassa ensiksi kysymystä tahdon, haltuunottamisen ja työstämisen suhteesta Hegelin omistusperustelussa. Toiseksi selvitän myös Hegelin omistusperustelulle monella tavalla keskeistä kysymystä intersubjektiivisen elementin asemasta perustelun kokonaisuudessa. Tässä erityinen merkityksensä on sillä, että omistuksen perustelu eri ulottuvuuksissaan esittelee samalla omistuksen ja sopimuksen instituutiot.⁶⁷

Hegelin mukaan tieteellisen oikeustieteen kohteena on oikeuden idea, mikä tarkoittaa oikeuden käsitettä ja sen todellistumista.⁶⁸ Johdannossaan (1–33§§) ”Oikeusfilosofiaan” (OF) Hegelin voidaan sanoa pyrkivän lähinnä varusta-

siitä (s. 137). Toisaalta Villey osoittaa Hegeliltä virheitä, kuten käsityksen siitä, että roomalainen dominium olisi ollut absoluuttinen valta, missä Hegel on siis osaltaan vaikuttanut sitkeisiin virheluuluihin. Villeyn mukaan Hegelin teksti ei voi tyydyttää juristeja. Näin siksi, että Hegel johdattaa lukijan kynnykselle, siis valtion rajalle, mutta ei astu sisään, ja juristeille oikeus alkaa vasta siinä, mihin Hegel pysähtyy. Ks. Villey 1975 s. 148. Näin Villey'n kriittinen loppuarvio ei kohdistu niinkään siihen, mitä Hegel esittää, vaan siihen, mitä hän jättää esittämättä.

⁶⁵ Toisaalta Hegelin kokonaisperustelussa on myös olennainen henkilöidenvälinen (intersubjektiivinen) ulottuvuutensa. Kysymys on muiden puolelta edellytetystä subjektin tunnustamisesta persoonana. Tämä on kuitenkin eri asia kuin se, että muiden hyväksyminen (nimenomaisena tai hiljaisena tai edellytettynä postulaattina) koskisi haltuunottoa ja sen oikeutusta. Hegelillä haltuunotto ja omistusoikeus asettuu ehdoksi henkilöllisyydelle (ilman omistusta ihminen ei ole täysimittainen henkilö). Sen sijaan esim. juuri Kantin ajatuksen mukaan vapaalla henkilöllä on tämä mahdollisuus ja oikeus ottaa ulkoista haltuunsa, mutta se, missä määrin sitä tapahtuu on satunnaista ja vaihtelevaa.

⁶⁶ Ks. esim. Kersting s. 288, Bocker s. 314 ss. ja Dreier s. 170 s. Vrt. esim. Waldron erit. s. 343 ss. ja Patten 1995 erit. s. 594 ss.

⁶⁷ Hegelin omistusperustelun intersubjektiivisen elementin kohdalla on tarkasteltava ennen kaikkea kohtaa ”siirtymä omaisuudesta sopimukseen” (§71).

⁶⁸ Hegel 1§. Viittaukset Hegeliin osoittavat Markus Wahlbergin suomentamaan teokseen G. W. F. Hegel, Oikeusfilosofian pääpiirteet eli luonnonoikeuden ja valtiotieteen perusteet (Oulu 1994). Rinnalla olen käyttänyt Hegelin luentojen pohjalta julkaistuja, eri muistutpanoihin perustuvia teoksia (Hegel: Die Philosophie des Rechts) vuosilta 1817/18/19 (hrsg. Karl-Heinz Ilting, Gerlingen 1983) ja 1819/20 (hrsg. Dieter Henrich, Frankfurt am Main 1983). Ks. Myös Hösle 1987.

maan lukija riittävällä yleiskäsityksellä tarkasteltavan kysymyksen laajuudesta ja etenemisjärjestyksestä.⁶⁹ Tästä huolimatta voidaan sanoa, että Hegelin oikeusfilosofian jaksot eivät aukea lukijalle helposti.

Omistusjakso alkaa (§41) toteamuksella siitä, että persoonan täytyy antaa vapaudelleen ulkoinen sfääri ollakseen ideana. Koska persoona on sinällään ja itselleen olevana rajattomana tahtona tässä ensimmäisessä ja abstraktissa määrittelyksessään, se on itsestään erottuva siinä sfäärissä, jonka vapaus voi tehdä ja samalla siis määrittyvä välittömästi eroavana ja erotettavissa olevana. Tämä hengestä välittömästi eroava on kaikki ulkonainen, esine – (kaikki) epävapaa, ei-persoonallinen, oikeudeton.

Jo tästä aloituksesta voidaan tunnistaa tiettyjä oikeuden keskeisjaotteluita. Hegelin mukaan ihmisiä/toimijoita oikeuden alueella arvioidaan (ja tulee arvioida) vapaina tahtosubjekteina; sellaisina, jotka tekevät valintoja ja vastaavat niistä. Hegel lähtee liikkeelle asettamalla persoonan ilmentymään muusta, kaikesta ulkoisesta erottumalla ja tämä muu on (näin) esinettä ja samalla välttämättä sellaista, joka asettuu muuksi kuin persoonaksi (joka on vapaa tahto) ja sen persoonan esiin tulemisen välttämättömyydeksi. Näin muu määrittyy vapaan tahdon (määräämisvaltaa vailla olevaksi) määräämisvallan kohteeksi.⁷⁰

Hegel kirjoittaa myös nimenomaisesti (§44), että persoonalla on oikeus asettaa tahtonsa mihin tahansa esineeseen, joka sitä kautta tulee omaksi ja substantiaalisen päämäärän alaiseksi. Näin on siksi, että esineellä ei ole päämäärää itsessään, vaan se ”kannattaa minun tahtoni määrittystä ja henkeä”. Tämän Hegel nimeää ihmisen absoluuttiseksi omaksiottamisen oikeudeksi kaikkiin esineisiin. Hegelin tässä sanoma ei sinällään tarkoita sitä, etteikö muuta suhdetta tarvittaisi omistuksen koko ilmiön selittämiseen; kysymys on siitä, mistä lähdetään liikkeelle. Tärkeämpää sen sijaan on se, että Hegelin omistusperustelu näyttäisi irrottavan omistuksen kaikesta tarveulottuvuudesta; omistus on tahdon olemista esineessä.⁷¹

Hegelin jatko siitä, että omaisuudella on yksityisomaisuuden luonne, koska omaisuudessa tahtoni objektivoituu persoonan eli yksilön tahtona (§46), onkin

⁶⁹ Niinpä 6§ kertoo hyvin yleisellä kielellä sen, mistä abstraktissa oikeudessa (OF:n ensimmäisessä eli omistusta, sopimusta ja vääryyttä koskevassa osassa) lähdetään liikkeelle ja mitä pyritään osoittamaan. Hegelin mukaan minä on siirtymistä määrittämättömyydestä erottamiseen ja määreisyiden asettamiseen. Tällä tavalla oman itsensä määrittelyksi asettamalla minä tulee läsnäolevaksi (Dasein). Tästä siirrytään siihen, miten minä on tahto. Se on aluksi vapaa ja välitön, mutta määrittämätön. Sen siis tulee määrittäytyä. Tämä johtaa ensin ulkois-suhteeseen ja sitten muu-suhteeseen, jossa tahdon määrittäminen näyttäytyy määrittämis- ja määräämisvaltana ja valintojen tekemisenä. Määrittämisvallan käyttäminen on valintojen tekemistä, jolloin minä tulee jatkuvasti tietoiseksi itsestään; siitä että valintoja tekevä minä on minä erotukseksi kaikesta muusta.

⁷⁰ Ks. Myös Nusser 1989 erit. s. 60 ss.

⁷¹ Vrt. Hegel 45§.

ymmärrettävä yksilötasoisesta tahtokäsitteestä käsin. Tahtoa ei voida jakaa tai yhdistellä: yksi tahto, yksinhallinta, yksityisomistus.

Hegelin mukaan (§50) ”se, että esine kuuluu ensimmäiselle haltuunottajalle, on – koska toinen ei voi ottaa hallintaan sitä joka on jo toisen omistuksessa – välittömästi ymmärrettävä, ’pintapuolinen’ (überflüssige) määrittäminen”. Tässä todetaan vain aivan yleisesti, että haltuunottaja on ensimmäinen haltuunottaja. Hegel ei mitenkään erityisesti korosta primum-tekijää, vaan näkökulmana on tahdon ja hallinnan suhde. Intersubjektiivisuuskin tulee mukaan, mutta aluksi lähinnä vain viitteenä. Hegel jatkaa (§51): ”Omistus persoonallisuuden Daseinina tarkoittaa sisäistä kuvitelmaani ja tahtoani, että joku olisi minun, mutta se ei riitä (juuri siksi), vaan sitä varten vaaditaan haltuunotto. Ja se Dasein, jonka tahto näin saavuttaa, osoittaa sen tunnistettavaksi muille.”

Hegel (§52) toteaa edelleen, että haltuunottamisella valtaaja tekee esineen materian omakseen, sillä materia ei ole itselleen omaansa. Edellä edellytettiin, ettei esine ole jo jonkun toisen. Nyt täsmennetään, että kun esine ei myöskään ole itse omansa, se tulee (ensimmäisen) haltuunottajan omaksi. Esine voi tosin tehdä vastusta, mutta se on aistimellista, eli sellaista, jolla ei ole tekemistä suhteessa tahtoon tai omaisuuteen. Näin Hegel siirtyy keskusteluun siitä, miten fyysinen haltuunottaminen voi toteutua hyvin monella tavalla.

Hegel päättää jakson sanomalla (§53), että ”omistuksella on lähempi määrittämysensä tahdon suhteessa esineeseen”. Tätä täsmentääkseen Hegel ottaa seuraavaksi esiin jaottelun hallintaan/haltuunottoon, käyttöön ja luovutukseen. Tarkastelen tässä yhteydessä tarkemmin vain haltuunottoa. Kohta on tärkeä koko Hegelin omistuserustelun kannalta, ja Hegelin tekstiä on juuri tässä yhteydessä esitetyn osalta tulkittu hyvin moneen suuntaan. Mielestäni oikea tulkintayhteys on kuitenkin Hegelin edellä jo korostama ”tahdon ilmeneminen”.

Hegel erottaa haltuunoton eri lajeiksi (1) ruumiillisen tarttumisen, (2) muodostamisen/valmistamisen ja (3) merkitsemisen. Olennaista tässä luettelossa on se, että haltuunottoon riittää jopa merkitseminenkin, sekä se, että Hegel tarkastelee asiaa tahdon läsnäolona. Se toteutuu tietysti työstämisessä ja valmistamisessa, mutta ratkaisevaa on se, että se toteutuu Hegelin käsityksen mukaan jo sitä ennen ja vaivattomammin, siis ilman aherrusta, työtä tai uhrauksia.

Ruumiillinen tarttuminen (1) on Hegelin mukaan aistimellisesti täydellisin tapa tehdä tahtoni tunnistettavaksi (§55), mutta se on subjektiivinen ja lähtökohtaisesti riippuvainen ajallisuudesta ja paikallisuudesta. Sen aluetta voidaan tosin Hegelin mukaan laajentaa. Voin esim. tuottaa jotain omakseni jonkin sellaisen avulla, joka jo on minun. Hegel siirtyykin viittaamaan mekaanisiin voimiin ja instrumentteihin, jotka laajentavat valta-aluetta. Näin konkreettinen haltuunottaminen on lähtökohta, mutta sillä on luonnolliset fyysiset rajoituksensa. Niitä voidaan toisaalta ylittää.

Muodostamisesta (Formierung) (2) Hegel toteaa (§56), että sen kautta määrittäminen, että jokin on minun, saa pysyvän ulkoisuuden ja lakkauttaa näin esineen (minulle) kuulumisen riippuvaisuuden tietystä tilasta ja ajasta. Ja edelleen: muodostaminen on siksi ideaa vastaavin haltuunotto, että siinä subjektiivinen ja objektiivinen yhdistyvät, vaikkakin kohteiden kvalitatiivinen luonne ja subjektiivisten tarkoitusten erilaisuus ovat loputtoman vaihtelevia.

Näin kysymys on siitä, että muodostamisessa subjektiivinen haltuunottajan tarkoitus ja objektiivinen muille havaittavuus yhdistyvät kestävämmiin kuin pelkässä haltuunotossa ja hallussapitämisessä. Mutta muodostaminenkin on Hegelille haltuunoton muoto. Se ei ole erityinen valmistamis- tai työperustelu eikä Hegel käytä näitä termejä, vaan puhuu tahdon läsnäolosta, joka esineen muotoilussa on muiden havaittavissa.

Hegel jatkaa, että muodostamiseen kuuluu myös orgaanisen muotoilu, jossa se, mitä teen, ei jää ulkoiseksi, vaan assimiloituu. Esimerkkeinä ovat maan muokkaaminen, kasvien viljely, eläinten kesyttäminen, ruokkiminen ja hoitaminen. Ja muodostamista ovat myös välittävät järjestelyt elementaaristen aineiden tai voimien hyödyntämiseksi.⁷²

Hegel mainitsee (§58) viimeisestä haltuunoton lajista eli merkitsemisestä (3), että se ei ole erikseen todellinen vaan vain tahtoni kuvitteleva haltuunotto. Sen merkitys on siinä, että olen asettanut siihen tahtoni, ja että tämä haltuunotto on kohteidensa laajuuden ja merkityksensä perusteella ”sehr unbestimmt”.

Näin tämäkin on haltuunoton (yksi) laji ja asettuu sellaisen jatkumon toiseksi pääksi, jossa todellisuusulottuvuus on painokkaimmin läsnä tarttumisessa. Muotoilussa ovat läsnä sekä todellisuus- että tahtoulottuvuus ja merkitsemisessä tahtoulottuvuus. Kaikissa näissä ajatellaan, että kysymys on tahdon asettamisesta esineeseen, minkä täytyy olla jollain tavalla myös muiden havaittavissa tai sovittuna/ymmärrettävissä.

Viimeinen laji osoittaa mielestäni havainnollisesti sen, että Hegel piirtää eräänlaisen haltuunottoa hahmottelevan kentän, jonka rajat ovat epätäsmälliset. Näin juuri siksi, että kysymys on ”tahdon asettamisesta esineeseen”, jossa kriteeri täyttyy jo fyysisessä haltuunotossa, mutta ulottuu aina siihen asti, mitä vain pidetään esineen riittävänä merkitsemisenä.

⁷² Lähinnä tästä pykälästä on haluttu lukea Hegelin olevan omistuksen työperusteluteoreetikko. Tulkinta lieene mahdollinen vain, jos alun lause irrotetaan kokonaan muusta kokonaisuudesta. Ymmärtääkseni työperustelun ydin on siinä, että sen, minkä itse valmistaa, saisi omakseen (siksi että se on oman työn ja vaivannäön tulosta ja aikaansaannosta). Tätä ei näy Hegelin muotoilukustelussa; se on päinvastoin tahdon ilmenemis-perustelua. Hegelille kysymys on (subjektiivisen) tahdon ilmenemisestä esineessä/kohteessa pysyvämmin (objektiivisesti) havaittavalla tavalla. Oikeutus ei (Hegelin mukaan) tule työstämisen perusteella, vaan ihmisellä on oikeus asettaa tahtonsa kaikkiin ulkoisiin esineisiin. Ja kun hän sen tekee (havaittavalla tavalla), siitä tulee hänen omansa. Se, mitä lisäksi edellytetään, on intersubjektiivisuus, mutta sekin tarkoittaa sitä, että muut tunnistavat ja tunnustavat henkilön jonkin haltijana/omistajana (sellaisena, joka on asettanut tahtonsa esineeseen).

Hegel luonnehtii kaikkia kolmea tapaa eri suhteissa ”hyviksi”. Ne ovat siten joukko erilaisia lajeja, joilla kullakin on joku tärkeä piirre, mutta mitään ei aseteta muiden edelle. Mielestäni on siis perusteita korostaa sitä, että Hegelille riittää vähäisempi haltuunottaminen kuin mitä työstämisellä tavoitellaan. On sinällään tärkeää, ettei Hegel – ja vastaava koskee myös Kantia – suinkaan kiistä työstämisen tai valmistamisen merkitystä, mikä olisikin jokseenkin vaikeaa, jos kerran ratkaiseva on tahtoulottuvuus. Varsin vähäinen tahdon tunnistettavaksi tuleminen kuitenkin riittää. Juuri tätä osoittaa viimeinen luettelon kohta eli merkitseminen. Se kiteyttää tahto-asettamisen toisen olennaisen ulottuvuuden: kysymys on sellaisesta, jonka täytyy olla muille havaittava. Hegelille olennaista on tahdon oleminen muille havaittavalla tai muiden sellaiseksi ymmärrettävissä olevalla tavalla läsnä esineessä. Näin on perimmältään siksi, että kysymys on perustelusta, jossa omistaminen asetetaan edustamaan persoonana olemista, itselle ja muille (persoonana merkityksessä vapaan tahdon haltija, mutta ei pelkän abstraktin tahdon vaan todellistuneena).⁷³

Tämä ei tarkoita sitä, etteikö työkeskustelulla olisi merkitystä Hegelin esityksen arvioinnissa. Tästä näkökulmasta on tärkeä Hegelin toteamus, jonka mukaan ihminen on välittömältä eksistenssiltään itseensä nähden luonnollinen, mutta käsitteeseensä nähden ulkoinen. Vasta oman ruumiinsa ja henkensä kehittämisen kautta ja olennaisesti sen vuoksi, että hänen itsetietoisuutensa ymmärtää itsensä vapaana, hän ottaa itsensä haltuunsa ja tulee itsensä omistajaksi, itselleen ja suhteessa muihin. Kääntäen tämä haltuunotto on samalla se, joka käsitteensä mukaisesti (mahdollisuutena, kykynä, taipumuksena) on sen (ihmisen käsitteen) todellisuuteen asettamista, jonka kautta se (itsetajunta) myös ensi kertaa tulee asetetuksi omanaan, ja samalla kohteena ja yksinkertaisesta itsetietoisuudesta eroavana ja sitä kautta kykyisenä säilyttämään esineen muodon.⁷⁴

⁷³ Ks. myös Siep 1982 s. 265, jossa muistutetaan siitä, että omistus- ja oikeussuhteen syntymisen liittäminen esineen haltuunottoon (Aneignung) nojaa luonnonfilosofiaan, jossa materiaalilla ei ole suhteessa tahtoon mitään itsenäisyyttä. Tämä palautuu roomalaiseen oikeuteen, jonka mukaan tahdolla ei ole rajoitusta, vaan se voi käyttää kaikkea välineenä itsesäilytykseen. Näin on ymmärrettävää, että Hegel ei lähde liikkeelle esim. käytöstä tai työstämisestä, vaan nimenomaan valtaamisesta haltuunottamisen merkityksessä. Se on ensimmäinen muoto tahdon manifestaatiosta ulkoisiin esineisiin. Vasta tähän lisänä Hegel kehittää muut muodot, käytön ja luovuttamisen, jossa intersubjektiiivisuus on edellytettynä ja siirtymä sopimukseen on mahdollinen. Siepin mukaan Hegelille on tässä ensisijaista ”occupatio”, ei ”primum”. Tässä Hegel siis eroaisi Kantista. Siep korostaa erityisesti sitä, että vaikka suhde toisiin on taustallepainuneena, se on edellytettynä.

⁷⁴ Ks. Hegel §57. Hegel keskusteleee tässä yleisemmin siitä, että ihminen on paitsi luonnonolento myös idea/käsite ja että nämä molemmat ulottuvuudet pitää saada jotenkin haltuun eikä tarkastella vain toista. Näin Hegel katsoo itse ottavansa pykälässä esiin nimenomaan sitä, että käsitteen pitää todellistua ja esittelevänsä tämän alurakennetta; ja että haltuunotossa on kysymys tästä.

Ymmärtääkseni Hegel tässä vielä eksplikoi sitä, mikä on haltuunottolajien yhteisenä taustana; miksi ulkoisen haltuunottamisella on merkitystä. Sillä on merkitystä kahdensuuntaisesti, mutta Hegel aloittaa tarkastelemalla ihmistä vapaana ja abstraktina. Tällöin ensimmäinen merkitysulottuvuus ja koko perustelun ydin on siinä, että ihminen todellistuu itselleen vapaana tahtona ja siis persoonana sitä kautta, että ymmärtää itsensä erilliseksi. Se tapahtuu itsen erottamisena ulkoisesta, muusta. Ja tämä tapahtuu itsen ja muun haltuunottamisessa. Tässä tullaan toiseen ulottuvuuteen, siihen, että (vain) tällainen itse todellistuu myös muille persoonana/vapaana tahtona.

Tämä on se yhteys, jossa Hegel omistusperustelukeskusteluun osallistuu. Jos Hegelin tekstistä pyritään tämentämään kriteeri, jonka kautta ihminen saa johonkin ulkoiseen vallan, on kriteerinä haltuunottaminen (occupatio). Sillä on erilaisia, väljiä ja epämääräisrajaisia muotoja, mutta kysymys on haltuunottamisesta ja hallinnasta, jonka merkitys asettuu Hegelille siitä käsin, että siinä vapaa tahto todellistuu itselle ja muille hahmottuvalla ja kehittyvällä tavalla.⁷⁵

Tämä ei merkitse sitä, etteikö omistuksen perusteluun tarvittaisi myös muita elementtejä. Näinhän oli myös Kantin teoriassa. Itsen täytyy todellistua myös muille, mikä tarkoittaa siirtymää intersubjektiiviseen ulottuvuuteen ja jossakin muodossa käsitteellistettyä muiden hyväksymistä, yhteistahtoa, kontraktuaalisuutta. Hegelin esityksessä tätä ulottuvuutta on edellä tavoitettu vasta viitteellisesti. Nimenomaisesti tätä kysymystä Hegel selvittelee kohdassa ”siirtymä omaisuudesta sopimukseen” (§71). Kysymys on siis pykälästä, jonka Hegel on jopa otsikoinut siirtymäksi, jolloin näkökulma esityksen etenemisestä jaksosta toiseen

Hegel kirjoittaa (§71), että ”läsnäoleminen on määrättyinä olemisena olenaisesti olemista toiselle (ks. edellä huom. §48); siitä näkökulmasta, että omistus on läsnäolemista ulkoisessa esineessä, se on toisille ulkoista ja tähän yhteyteen liittyvän välttämättömyyden ja satunnaisuuden alaista. Mutta tahdon läsnäolona se on muille olemassa vain suhteessa muiden persoonien tahtoon. Tämä tahdon suhde muiden tahtoon on tunnusmerkillinen ja todellinen perusta vapaudelle. Sopimuksen alue muodostuu siitä, että omistus ei perustu enää vain subjektiivisen tahtoni suhteeseen määrättyyn esineeseen vaan myös tahtoni suhteeseen toiseen tahtoon ja siten yhteiseen tahtoon.”

”Järjen mukaan on yhtä välttämätöntä, että ihmiset menevät sopimussuhteisiin – lahjoittavat, vaihtavat, kauppaavat ym. – kuin että he hallitsevat omaisuutta (§45/huom.). Tietoisuus tarpeista ylipäättään, hyvinvoinnista ja nautin-

⁷⁵ Voiko tätä sitten kutsua itsekehitys-argumentiksi vai onko se vain vapausargumentti? Vrt. esim. Waldron erit. s. 370 ss. Verrattuna Kantiin se on itsekehitys-argumentti. Näin siksi, että Hegelillä haltuunotto on tarpeen, jotta vapaa tahto todellistuisi, mutta Kantilla ihminen on vapaa ja tämä vapaus ilmenee tai sen tulee ilmetä mahdollisuutena haltuunottamiseen (sen estäminen olisi vapauden rajoittamista). Mielestäni tämä onkin keskeisero Kantin ja Hegelin omistuskonseptioissa.

nasta ajaa sopimuksiin, mutta sinällään niihin johtaa järki, nimittäin idea vapaan persoonallisuuden reaalista (eli tahdon asettamasta) läsnäolosta. – Sopimus edellyttää, että siihen astuvat tunnistavat toisensa persoonina ja omistajina; koska se on objektiivisen hengen suhde, on tunnustamisen momentti jo siinä sisällytettynä ja edeltä edellytettynä” (vrt. §35, 57 huom.).

Pykälän ensimmäinen momentti korostaa tahdon asemaa ja nimenomaisesti sitä, että omistaminenkin on perimmältään tahdon suhde toisten tahtoihin (vaikka se itselle ja lähtökohtaisesti näyttäytyy ja syntyy tahdon esineeseen asettamisessa). Aluetta, jossa se näkyy ulkoisesti, kutsutaan sopimuksen alueeksi. Hegel korostaa suorastaan erikseen sitä, mikä on olennaista eli yleistä, järjestä, perimmäistä. Tässä se on: tahto ja sen ilmeneminen itselle ja muille. Tämän esille tuottamisessa edetään oikeudellisten peruskäsitteiden ja instituutioiden hahmotelussa. Näin tullaan persoonien suhteisiin ja alueelle, jota sopimus kattaa.

Pykälä kertoo esityksen etenemisestä. Edellä tahtoa on tarkasteltu indiividin näkökulmasta; sellaisena se on läsnä esineen hallinnassa/omistamisessa. Nyt Hegel jatkaa toteamalla, että tahdon läsnäolo on kuitenkin olemassa nimenomaisesti suhteessa muihin persooniin ja siis toisen/muiden tahtoihin. Tahdon läsnä oleminen esineessä on toki ulkoista, mutta ”sisäisesti”, perustaltaan kysymys on tahdon suhteesta (toisen) tahtoon. Tällä tavalla persoonat esiintyvät sellaisella alueella, jossa on kysymys sopimuksellisesta toiminnasta. Kun Hegel kirjoittaa, että tämä tahdon suhde tahtoihin on se todellinen perusta, jossa vapaus on – jossa siis vapaalla tahdolla on läsnäolonsa, jonka ulkoinen muoto on esineen hallinnassa eli omistamisessa –, eikö tämä todellakin jopa selvästi sano ulos sen, että omistuksena ilmenevällä vapaan tahdon läsnäololla on intersubjektiivinen välttämätön perustansa?⁷⁶

Kohta ei tulkintani mukaan olekaan sillä tavalla erikoinen kuin on väitetty.⁷⁷ Hegelin on nähty tässä mm. ajattelevan, että omistus tulisi perustettua sopimuk-

⁷⁶ Vrt. Iltting 1982 s. 250 ss., jonka mukaan Hegel esittäisi omistuksen perustelun vasta sopimus-kohdassa, ja sopimukseen siirtyminen olisi jonkinlainen edistys (yksityis)omistukseen verrattuna. Siep sen sijaan toteaa, että kysymys ei ollenkaan ole mistään perustelujen konkurensista: omistuksen intersubjektiivisen momentin esiinnostaminen tässä osoittaa vain, että edeltävä tarkastelu on ollut abstrakti. Tämä ei muuta sitä, että tahtosubjektin oikeus tahtoa-vailla-olevaan esineeseen nähden on ja pysyy omistussuhteen välttämättömänä momenttina. Ilman tätä momenttia omistus olisi instituutiona sopimuksenvarainen, mikä Hegelille tarkoittaisi satunnaisuutta ja sopimusosapuolien mielenvaraista. Näin ei siis voi olla. Omistus tarvitsee instituutiona perustelun kuten perhe ja valtiokin (ne eivät ole sopimukseen perustettuja). Sopimus ei niitä tässä mielessä perusta. Se tuo vain ilmaisuksi niihin jo sisältyvän momentin. Määrätty omistus (§72) tulee Hegelin mukaan voimaan vain hiljaisen tai eksplisiittisen sopimuksen kautta, mutta ei toisen tunnustamisena potentiaalisena omistajana. Siksi Hegelin täytyy sanoa, että sopimuksessa tunnustaminen ”persoonina ja omistajina” on jo edellytetty: se ei ole millään tavalla riippuvainen sopimuksesta. Sopimus abstraktissa oikeudessa ei tarkoita muuta kuin ”realisoimista”, so. se vahvistaa, konkretisoi ja objektiivoi tunnustamissuhteen. Ks. Siep 1982 s. 266.

⁷⁷ Ks. esim. Kaltenbacher s. 171 s.

sellisessa toiminnassa, siis varsin konkreettiseksi ymmärretyllä tavalla kahden partin sopimussuhteessa. Tähän on sitten esitetty vastaväite: entä, jos haltija ei ryhdy sopimussuhteeseen, eikä omistajuuttakaan synny? On väitetty myös, että sopimuksen voima ja siinä yhteisesti hyväksyttävä kattaa vain osapuolten tahdon, jolloin omistajuus ei sitoisikaan parttien ulkopuolisia. Näissä tulkintayrityksissä on mielestäni sekoitettu kokonaan se, että Hegel puhuu tässä yhteydessä abstraktin oikeuden käsitteistä, ei konkreettisista sopimustilanteista. Tässä rakennellaan niitä käsitteellisiä aineksia ja instituutioita, joiden varassa oikeus konkreettisella tasolla rakentuu. Tässä yhteydessä ei ole tarkoitukseen esittää muuta kuin korkeintaan viitteitä siitä, mitkä ulottuvuudet ovat yleisiä ja järjellisiä ja mitkä taas sitä erityistä, joka sijoittuu vasta porvarilliseen yhteiskuntaan.

Käsitykseni mukaan Hegelin eteneminen tässä kappaleessa on oikeudellisen käsitteistön näkökulmasta myös esitysrakenteellisesti ymmärrettävää. Kysymys on siitä, että esitellään yksityisoikeuden perusinstituutiot (vapaan tahdon toimintarakennetta määräävinä tai ylipäättään niinä muotoina, joissa tahto ja tahdot sitten toimivat ja operoivat). Näitä perusinstituutioita ovat omistus (määräämisvalta) ja sopimus (määräämisvallan käyttöalueena ja muotoina). Näin saadaan esiin subjekti ja toiset subjektit, koska oikeudessa on kysymys subjektien/toimijoiden välisistä suhteista.

Hankalaa on siis lähinnä Hegelin kieli. Koko ajanhan erotetaan se, mikä on ikään kuin yleistä ja mikä taas lankeaa erityisen alueelle. Juristeille yleisen ja erityisen osan erottaminen on sinällään ajatuksellisesti tuttua. Hankaluus liittyykin ehkä siihen, että Hegelin erottamalla ja tarkastelemalla abstraktilla, yleisellä tasolla (tai hegeliläisittäin pikemminkin ”vaiheessa”) on otettava mukaan niin vähän. Yleistä eli järjellistä (välttämätöntä) on sittenkin vähän, mikä toisaalta tarkoittaa sitä, että suuri osa omistukseen ja sopimukseen (ja siis ihmisten oikeudellisiin suhteisiin) kuuluvista asioista on sellaisia, joita voidaan säännellä aika paljon ja monella tavalla.⁷⁸

Hegelin omistuksen ja sopimuksen väliin sijoittama pykälä on eksplisiittisesti siirtymä. Näin siitä ei pidä myöskään yrittää lukea sellaista, jonka paikka ei ole tässä yhteydessä, eikä myöskään tulkita sitä ikään kuin jonakin irrallisena kohtana, jossa sanottaisiin itsenäisenä tai vaihtoehtoisena tietty perustelu omistukselle ja sopimukselle. Pykälä kertoo siitä, miten subjektin tahdosta siirrytään kehittelemään esiin sitä, miten oikeudessa kuitenkin on kysymys useista subjektien tahdoista ja niiden suhteista. Toiselta suunnalta katsoen yksilö tai subjekti esiintyy persoonana ja siis oikeudellisena toimijana nimenomaan omistajana. Omistajan voi ajatella tässä viittaavan varsin väljään merkitysalaan. Se

⁷⁸ Ks. myös Kervegan 1993 erit. s. 447 ss. Kervegan korostaa sitä, että (Hegelin) maailman olennainen elementti on valtio ja ihmisillä on pääsy todelliseen vapauteen vain erilaisten instituutioiden kautta. Kaikki vapauden objektivoituminen koskettaa oikeutta ja näihin muotoiluihin liittyy aina harkinnan ja relativoitumisen elementtejä. Porvarillinen yhteiskunta on abstraktin oikeuden aktualisoitumista ja samalla valtio on no. sitä varten, että se relativoi oikeutta.

tarkoittaa ”jonakin sellaisena esiintymistä, jonka tahto ilmenee jossakin ulkoisessa eikä vain sisäissuhteena itseensä”. Hegelillä tämä on hallinta/omistussuhde esineeseen.

Kohtaa on luettu myös suoraviivaisesti niin, että Hegel pitäisi subjekteina vain omistajaluokkaa.⁷⁹ Hegelin tässä tarkoittamassa mielessä omistajia ovat kuitenkin kaikki, joilla ylipäätään on määräämisvaltaa johonkin, joka määrittäytyy itsestä erilliseksi. Voidaan tietysti kysyä, onko tässäkin jo vaadittu paljon. Periaatteessa ei, sillä oikeuden näkökulmasta on vaikea ajatella oikeudellisia suhteita muunlaisten subjektien välisiksi. Oikeudessa siis ymmärtääkseni oletetaan, että oikeudellisilla toimijoilla on määräämisvaltaa hahmotellulla epämääräisellä tavalla, siis tahdon esiintymisenä jossakin ulkoisessa. Voidaan joka tapauksessa sanoa, että Hegel rakentaa sellaisen käsitteistön, jossa oikeudelliset suhteet ja oikeudellinen sääntely sijoittuvat näin/tällaiselle alueelle.

Toisessa momentissa Hegel sanoo joka tapauksessa selvästi sen, että asiaa voidaan tarkastella kahdelta kannalta. Niinpä sopimukseen mennään monenlaisista syistä, mutta tämä ei sinällään perustele sopimusta, vaan sellaisen olemassaolo on järjen mukaista samalla tavalla kuin omistus ja siihen juuri liittyväkin. Siinä on samalla perustavuudella kysymys persoonallisuuden läsnäolosta tahtona. Viimeinen lause siitä, että sopimuksessa edellytetään, että siihen astuvat tunnustavat toisensa persoonina ja omistajina, korostaa sitä, että kun puhutaan persoonien suhteista (mitä sopimuksellinen toiminta on), partit tietysti tunnistavat toisensa tahtosubjekteina, jotta ylipäätään ryhtyisivät suhteisiin. Sopimukselliseen toimintaan ryhtyminen siis edellyttää osapuolten tunnistamista toimijoina, ja toimija on vapaa tahtosubjekti (johonkin itsensä ulkoiseen nähden). Niinpä Hegel tässä vain kertoo sitä, mikä ikään kuin välttämättä sisältyy sopimuksen instituutioon. Kun sopimuksesta puhutaan instituutiotasoisesti, abstraktisti, voidaan sanoa, että siinä on edellytettynä tuollainen tunnistaminen.

Yllä olevaan tulkintaan sopii hyvin se, miten Hegel aloittaa varsinaisen sopimusjakson (eli siirtymän jälkeisen abstraktin oikeuden toisen jakson). Hegel kirjoittaa (§72), että ”se omaisuus, jonka läsnäolon taikka ulkoisuuden puoli ei enää ole vain esine, vaan joka saavuttaa itseensä tahdon momentin (ja sen myötä toisenkin), syntyy sopimuksen kautta, prosessina, jossa esittäytyy ja välittyy ristiriita minusta itselleni olevana ja pysyvänä, toisten tahdot poissulkevana omistajana samalla kun lakkaan olemasta omistaja toisen, omani kanssa identtisen tahdon kautta”.

Vapaan tahdon läsnäolo tulee siis tarkasteltua esinesuhdetta laajemmin ja olennaisemminkin sopimuksessa. Lisäksi Hegel ilmaisee tässä sen perusristiriidan, että tahdon käyttäjänä on tavallaan pakko esiintyä sen kautta asemastaan luopuvana, ainakin sikäli kuin tyyppitapauksena ajatellaan luovutussopimusta.

⁷⁹ Vrt. Saage.

Hegelin etenemistä voidaan epäilemättä arvioida monesta näkökulmasta. Hegel itse kirjoittaa OF:n johdannon lopussa (33§) tiivistelmän (”jaottelu”), joka voidaan ymmärtää esityksen rungoksi. Hegel erittelee vapaan tahdon idean vähittäisen kehityskulun kohtina A, B ja C, jotka erottavat toisistaan abstraktin oikeuden alueen (A), moraalin (B) ja siveellisyyden (C). Abstraktin eli muodollisen oikeuden alueen Hegel tiivistää siihen, että ”vapaa tahto välittömänä, abstraktisena on persoonallisuus, joka on läsnä välittömässä ulkoisessa esineessä”. Tämän jakso kiistatta sisältää(!).

Hegel kutsuu omaa metodologiaan dialektiikaksi; siis ”käsitettä liikuttavaa periaatetta, joka ei vain häivytä vaan myös tuottaa yleisen eriytymät”. Kokonaan toinen asia on se, että Hegel ei etenemisessään ota yksiselitteistä kantaa moiseen sellaiseen kysymykseen, josta omistuksen yhteydessä keskustellaan. Hegeliltä on etsitty vastausta erityisesti siihen, katsooko hän jokaisella ihmisellä todellisuudessa olevan hallussaan jotakin sellaista, että hänestä voidaan puhua omistajana. Kelpaavatko siis kaikki oikeudellisiksi toimijoiksi vai lankeaako osa ihmisistä näiden edellytysten ulkopuolelle (oikeudettomiksi). Hegelhan nimenomaisesti siirtää kysymyksen omistuksen konkreettisista lajeista ja jakautumisesta valtionsisäiselle tasolle.⁸⁰ Tällä hän sinällään tarkoittanee osoittaa sitä, että abstraktin oikeuden osiossa esiintyvä omistajasubjekti on hyvin yleispiirteinen käsite. Jos omistuksen määritelmässä pysytään vain siinä tarkkuudessa, että ”jotakin määräämisvaltaa jokaisella täytyy olla itseensä nähden ulkoiseksi määrittyvään”, voidaan toisaalta väittää, että Hegelin konseptioon sisältyy vaatimus siitä, että jokaisella pitää olla omaisuutta. Näin olisi siksi, että minän vapaa tahto voisi todellistua; että ihminen olisi persoona/vapaa tahto (mutta todellistuneena tietysti samalla yleisestä aiheutuvien rajoitusten alainen). Toisaalta voidaan väittää, että kun Hegel irrottaa asettelemansa perussuhteen arvioimisen kokonaan kaikista tarpeista tms., on vaikea sanoa, missä ylipäättään voi olla sellainen raja, jonka kohdalla vaatimus ”jostakin” ei täytyisi.

Hegeliltä ei myöskään saada tukea esimerkiksi sille ajatukselle – vaan suora vastaväite –, että omaisuus pitäisi jakaa tasaisesti tai sillä tavalla, että kunkin perustarpeet tulisivat tyydytetyiksi. Hegelillä ”perustarve” on nimenomaisesti tahdon ilmeneminen jossakin ulkoisessa sillä tavalla, että henkilö tulee tietoiseksi itsestään ja tunnistetuksi muille (erillisenä tahtona, siis persoonana ja toimijana). Tätä ei nivota minkään aineellisen tarpeen yhteyteen. Ajatus siitä, että perustarpeiden tyydyttäminen ei olisi millään tavalla merkitsevä tahdon tietoiseksi tulemisen kannalta, on kritiikille altis. Voidaan väittää esimerkiksi, että yleisen hyvän tunnistaminen ja sen mukaisesti toimiminen, mitä Hegel odottaa todellisessa valtiossa sen kansalaisilta, edellyttää välttämättä ensin tietyn materiaallisen tason turvaamista. Tämä ei kuitenkaan ole sitä, mitä Hegel ajatteli.

⁸⁰ Ks. Hegel §49.

5.4 ARVIOITA

Hegel operoi monessakin mielessä abstraktilla käsitteistöllä. Voidaanpa sanoa, että Hegel esittelee tietyn abstrahoitumiskonseption. Tällä en tarkoita dialektista abstraktista konkreettiseen etenemistä, vaan abstrahoimista, joka vastaa sitä, mitä yleisemminkin tapahtuu oikeudellisessa käsitteistössä. Kysymys on siitä, että käsitteistö abstrahoituu lähtökohdiltaan. Se käsitteellistyy irtaantuessaan kaikesta siitä konkreettis-substantiaalisesta, johon se vielä varhaisemmassa oikeuskirjallisuudessa on liittynyt ja joka on strukturoinut erityisesti omistusesityksiä. Tätä kehitystä kuvastaa havainnollisesti se, että Hegel ei enää tarkastele omistusperustelua mitenkään erityisesti maahan ja maata koskevan yksinomaisten oikeuden mahdollisuuteen liittyvänä, kuten Kant. Sen sijaan Hegel puhuu vain vapaudesta/vapaasta tahdosta, jonka ilmentymiä ovat persoonan ulkoista koskeva hallinta/omistus, persoonien suhde toisiinsa haltijoina ja erityinen, yleisestä eroava tahto.

Kun myös Kantin lähtökohta on vapaus, voidaan kysyä erikseen, miten Kant ja Hegel eroavat toisistaan omistusta koskevan argumentaationsa kehittelyssä.⁸¹ Ainakin voidaan sanoa, että Kantilla vapaus (indiviidin vapaus) on apriorinen lähtökohta, ja omistamisen mahdollisuus perustellaan sitä kautta, että sen kieltäminen olisi vapauden rajoittamista. Ainoa peruste omistuksen kieltämiselle voisi olla se, että omistamisen mahdollisuus loukkaisi muiden vastaavaa vapautta ja juuri näin Kantin mukaan ei ole, vaan päinvastoin. Entä Hegelillä? Hegelin perustelu on ongelmallisempi, koska vapaus ilmenee hallintana/omistamisena ja suhteessa muihin omistajana olemisena. Lisäksi se ilmenee vielä vääryytenä – tämä siis tuodaan käsitteistöön ymmärtääkseni siksi, että vapaus valintoina edellyttää poikkeamista. Kun vapauden ilmeneminen/ todellistuminen on kerrottava tällaisten suhteiden konkretisoitumisena, ollaan siinä hankaluudessa, että vapaus todellakin edellyttää omistamista. Ilman sitä ihminen ei kerta kaikkiaan ole hegeliläisessä mielessä täysivaltainen, vapaudessaan todellistunut. Omistaminen ei siis Hegelillä ole vapaan tahdon mahdollisuus kuten Kantilla, vaan vapaa tahto ilmenee itselle (ja siis itse ilmenee) ulkoisen omistamisena ja vapaa tahto persoonana on muille omistajana tunnustettu persoona. Tämä on eri asia kuin se, että hahmoteltu käsitteellinen rakennelma löytää täydellistymisensä vasta valtiossa, jossa eri indiividien tahdot tai yhteiset tahdot asettuvat yleisen tahdon alaisuuteen, ja omistusta voidaan hyvinkin joutua rajoittamaan monessakin suhteessa. Eli indiividin vapaan tahdon on sovittauduttava yleisen alaiseksi. Mutta sitä ei ole, jollei ole omistamiseksi nimitettyä suhdetta ulkoiseen.

Hegeliä voidaan siis kritisoida siitä, että omistamisen laajuuden ongelman siirtäminen ”satunnaisen alueelle” ja porvarilliseen valtioon ei muuta sitä, että

⁸¹ Vrt. Esim. Heinz 1993 s. 438 ss. ja 451 ss. sekä Höffe 1983 s. 594 s.

ihminen näyttää olevan persoona viime kädessä vain omistajana. Ristiriitaa voidaan toisaalta mielestäni pyrkiä selittämään lukemalla väljemmin sitä, mistä abstraktin oikeuden osiossa on kysymys. Hegel on siinä asettelemassa oikeusfilosofian perusteita ja oikeudellisen käsitteistön välttämättömiä käsitteitä. Tästä näkökulmasta ei ole outoa esittää, että oikeuden subjektirakenteessa oikeuskelpoisia toimijoita/oikeudellisia henkilöitä ovat vain sellaiset, jotka esiintyvät itseensä nähden ulkoisen haltijoina/omistajina. Kun muistetaan, että Hegel liikkuu OF:ssa varsin abstraktilla tasolla (ja etenee konkreettisemmän suuntaan), voidaan sanoa, että oikeus ei koske ihmisen sisäissuhdetta (se on etiikan tai moraalin aluetta). Oikeus koskee aina ihmisten välisiä suhteita ja niissä on aina kysymys muusta kuin sisäisasioista. Niinpä kun lähdetään rakentelemaan sitä, miten ihmiset ovat suhteessa toisiinsa, he ovat sitä jonkun itseensä nähden ulkoisen haltijoina, sellaisina, joilla on jonkinlaista määräämisvaltaa johonkin sellaiseen nähden, joka on tuota ulkoista, ja josta siis voidaan ajatella disponoitavan suhteessa muihin. Ihmisten välisissä suhteissa on aina kysymys tästä; jonkin esineeksi nimitetyn käytöstä, määräämisestä, luovuttamisesta, sitä koskevista loukkauksista.

Näin Hegel rakentelee persoonan haltijaksi/omistajaksi siinä mielessä, että ”ulkoinen” kattaa periaatteessa todellakin kaiken, joka ei ole määriteltävissä ihmiseksi (persoonaksi, vapaaksi tahdoksi). Esine on kaikki se, joka ei ole itssessään ja itselleen, vaan no. tahdon kohteena nähtävissä oleva.

Omistaminen tällä tasolla viittaa ytimeltään määräämisvaltaan, siis määräämisvaltaan jostain itsensä ulkopuolisesta. Jos ihmisellä ei sellaista aluetta/ulottuvuutta ollenkaan ole, voiko häntä oikeudellisessa mielessä pitää subjektina? Jos siis Hegel sitoo oikeudellisen subjektin omistajuuteen hahmotellussa väljässä mielessä ja jos tämä ajatus on jotenkin kankea ja kritiikille altis, mikä voisi olla ”kantavampi”? Riittääkö vain toteamus, että ”kaikki ihmiset ovat oikeudellisia toimijoita, subjekteja”? Tätä Hegelin tavallaan voinee ajatella tarkoittavankin. Kun persoonallisuuden edellytykseksi asetetaan suhde johonkin itsensä ulkoiseen, väitetään ytimeltään jotakin siitä, mitä subjekti on: että sen täytyy olla itsestään tietoinen ja kyetä erottamaan itsensä kaikesta muusta. Hegelin mukaan se tapahtuu juuri suhteessa ulkoiseen, sellaiseksi määrittävään, ja edelleen muiden tunnistamisena vastaavina subjekteina.

Hegelin omistaja kiinnittyy ymmärtääkseni käsitteellisesti näin yleiselle tasolle ja on ymmärrettävissä tästä käsin. Kysymys on instituutiotasosta ja siis siitä, että omistaminen instituutiona olisi perusteltu, ei siitä, että vain omistajat olisivat oikeudellisia toimijoita (konkreettisella tasolla).

Tämä tulkinta ei poista sitä ongelmaa, että Hegelin ei katsota argumentaatioissaan onnistuvan vakuuttamaan lukijaa siitä, miksi jokin muu hallintaoikeus kuin omistusasema ei ajaisi samaa asiaa. Tässä suhteessa taas Kantin voi sanoa onnistuvan paremmin lähinnä siksi, että Kantin edustamassa käänteisperuste-

lussa on kysymys ennen kaikkea sen osoittamisesta, ettei väitetyn vastakohtaa voida perustella.

Muun muassa *Alan Patten* korostaa sitä, että muiden taholta tapahtuva hyväksyminen on keskeinen elementti Hegelin omistusperustelussa. Hänen tulkinnassaan Hegelin esittämä itsekehitys tai itsekasvu hakee merkityksensä ihmisen suhteesta muihin sillä tavalla, että konseptiosta tulee intersubjektii-vinen.⁸² Itse ajattelen, että vastakkaiset tulkinnat Hegelin konseption painotuksista osoittavat parhaimmillaan sen, että Hegelin perustelussa on kaksi tärkeää ulottuvuutta, suhde itseen (itse-suhde) ja suhde muihin ja henkilöiden suhteet ylipäättään. Nämä suhteet rakennellaan hallinta/omistus-käsitteistöllä. Tärkeää on se, että molemmat ulottuvuudet kuuluvat konseptioon eikä ole varmaa, kumpi niistä voitaisiin poimia ”ratkaisevaksi”. Miksi tämä pitäisi ratkaista, jos kerran kirjoittaja itse kutoo ne yhteen?

Yhteenvetona edellä poimituista ja tulkituista Hegelin ajatuksista voidaan todeta, että myös Hegelin lähtökohta on vapaus; yksilö on vapaa tahtosubjekti ja sellaisena valintoihin kykenevä. Hegelillä subjektiivisuus ja itsemäärääminen (olkoonkin ettei lopultakaan yksilöllisenä vaan vasta valtiossa toteutuvana) kietoutuu niin vahvasti tahdon ilmenemiseen ulkoisessa, että sen juridisena muotona ja instituutiona oleva omistus on näin tuohon tarkoitukseen sidottu. Tarkoittaako siis ”historiallisuus” lopultakin sitä, että ihminen on vapaa (tai tulee vapaaksi) vain omistajana? Pikemminkin on aihetta korostaa sitä, että omistaminen liittyy oikeudellisen toimijan määrittymiseen. Se tarkoittaa – hyvin abstraktilla tavalla – tiivistettynä sitä, että oikeudellisesta toimijasta käy vain sellainen, jolla on määräämisvaltaa johonkin itseensä nähden ulkoiseen. Mielestäni Hegel onnistuu tässä hyvin kiteyttämään oikeudellisen käsitteistön lähtökohdan.⁸³ Omistus on tässä mielessä aivan perustava oikeudellisen systeemin elementti.

⁸² Ks. Patten 1995 s. 577 ss. ja 599 s.

⁸³ Hegelin konseptiossa on lisäksi huomionarvoista omistuksen ja sopimuksen instituutioiden kehittyminen sekä intersubjektii-visuuden mukaan kutominen (minkä tarkempaan esittelyyn ei tässä yhteydessä ollut mahdollisuutta). Nämä yhteydet osoittavat mielestäni yleisemminkin sitä, että omistusperusteluissa ei olennaista ole esim. valtauksen ja työn vastakohta tai valinta niiden välillä, vaan kolmen keskeisen elementin – valtauksen, työn ja sopimuksen – mukanaolo, mutta varsin vivahteikkaasti. Lisäksi toistuva omistus- ja sopimus-instituution kietoutuminen oikeudelliseksi perusrakenteeksi toisiaan perustellen on samalla yksi ulottuvuus siitä, että oikeuksien katsotaan olevan aina henkilöiden keskiä (ei henkilön suhdetta esineeseen).

5.5 KRITIIKKIÄ JA SIIRTYMIÄ

5.5.1 Etäisyyttä sekä Kantiin että Hegeliin

Edellä on jo viitattu siihen, että Arthur Schopenhauer kritisoi ankarasti Kantin omistuserustelua ja tuli kritiikillään leimanneeksi Kantin käsitysten ymmärtämistä vahvasti huolimatta siitä, että hän aivan ilmeisesti tulkitsi Kantin oppia virheellisesti. Schopenhauer itse asettui omistuksen työperustelun kannattajaksi. Tarkastelen seuraavassa hänen ajatuksiaan lähemmin. Tässä yhteydessä kiinnostavaa on se, miten työperuste liittyy hallintaan ja haltuunottoon. Kantin ja Schopenhauerin käsitykset eivät ehkä olleetkaan vastakkaisia. Samaa eri tekijöiden liukumista toisiinsa havainnollistavat lisäksi toiseksi tarkastelemani *Friedrich Julius Stahl*in ajatukset omistuksesta. Stahl puolestaan kritisoi ankarasti Hegeliä. Tästä riippumatta hänenkin omistuserustelunsa sisältää aineksia, joissa tunnusmerkilliseksi nousee nimenomaan tahtoelementti. Ajattelen Schopenhauerin ja Stahlin täydentävän ja suhteellistavan Kantin ja Hegelin teorioissa esiin tulleita konstruktioita ja käsityksiä. Juridisen tradition muotoutumisessa vaikuttavia ajatuksia ei ole syytä rajata kovin tiukasti.

5.5.2 Työ ja hallinta tahdon vapautena

Schopenhauerin mukaan omistusoikeuden synnyttävä peruste on työ. Hän esittää tämän käsityksensä nimenomaisesti kritiikkinä Kantin teorioille.⁸⁴ Schopenhauerin mukaan ”omistusoikeus on vain sellaiseen, jonka omistaja on voimien avulla valmistanut tai jota on voimillaan työstänyt (”welches durch seine Kräfte bearbeitet ist”) ja jonka riistämällä siten otetaan pois hänen siihen ruumiinsa voimista objektivoitunut tahto tarkoituksin asettaa se palvelemaan jonkun toisen ruumiin objektivoitunutta tahtoa”. Schopenhauerin ilmaisu ovat jossain määrin erikoisia. Schopenhauer tulee tässä viitattuun omistuserusteluunsa sitä kautta, että hän kertoo ensin vääryydeksi ryhtymisen sellaiseen, joka

⁸⁴ Arthur Schopenhauer, *Sämtliche Werke*. Band 1–2. Textkritisch bearbeitet und herausgegeben von Wolfgang Frhr. von Löhneysen. Stuttgart und Frankfurt am Main 1960. Kirjan ensimmäinen painos ilmestyi 1819, toinen laajennettu ja parannettu painos 1844, kolmas niin ikään parannettu painos 1858. Julkaisijan ”tekstikriittisten jälkisanojen” perusteella lisäykset ja korjaukset eivät vaikuta mittavilta. Uuspainos on tehty viimeisestä. Schopenhauer aloittaa 1. kirjan nipun (*Die Welt als Wille und Vorstellung I; Vier Bücher nebst einem Anhang, der die Kritik der Kantischen Philosophie enthält*) lauseella ”Der Welt ist meine Vorstellung” (§1/s. 31) ja toteaa tämän totuudeksi, joka pätee kaikkien elävien ja ymmärtävien suhteessa.

on jonkun toisen ”voimien sijoittamisen kautta esineessä objektivoitunut tahto”.⁸⁵

Esineen omistus saavutetaan siis Schopenhauerin oman korostuksen mukaan työn kautta, mutta jos tekstiä tarkastellaan kokonaisuutena, näyttää sen taustalla oleva tahtoelementti merkittävämmältä. Valmistamisen kautta tahto on saanut hahmon esineessä, joten sen loukkaaminen on toisen tahdon alueelle tulemistä. Tämä perustelu tulee vielä selvemmin esiin, kun tarkastellaan Schopenhauerin tekstin etenemistä.

Schopenhauer kirjoittaa, että kaikki aito, so. moraalinen omistusoikeus perustuu alkuperäisesti yksinomaan ja vain työstämiseen, kuten tämä voitiin myös ennen Kantia aika yleisesti nähdä, ja kuten sen kaikkein vanhimmat lakikirjat selkeästi ja kauniisti sanovat. Raivattu pello on sen omaisuutta, joka on kaatanut puut, puhdistanut ja kyntänyt; kuten antilooppi kuuluu metsästäjälle, joka sen kuolettavasti haavoitti. Schopenhauer toteaa edelleen, että hänelle Kantin koko oikeusoppi näyttäytyy vain erikoisena vanhuudenheikkoutena ja siis erehdyksen kudelmana. Vain näin selittyy se, että Kant haluaa perustaa omistusoikeuden ensimmäisen hallinnan hankkimiseen. Sillä miten minun pelkän tahtoni selitys sulkisi muut pois esineen käytöstä ja vieläpä perustaisi siihen oikeuden? Schopenhauer väittää olevan ilmeistä, että Kantin selityspäätteeseen tarvitsisi oikeusperusteen. Kant olettaa sellaisen esittäneensä, mutta Schopenhauer ihmettelee, miten se, joka ei kunnioita toisen pelkästään oman selityksensä varaan perustamaa yksinhallintaa, voisi edes toimia moraalisesti väärin. Oikeudellisen hallinnan (*rechtliche Besitzergreifung*) kun voi synnyttää vain omien voimien käyttämisen kautta tapahtuva esineen oikeudellinen haltuunotto (*Aneignung, Besitzerwerbung*).⁸⁶

Schopenhauerin kysymykset ovat retorisia, sillä hän ajattelee asian olevan välttämättä toisin kuin mitä hän katsoo Kantin esittävän. Schopenhauer etsii nimenomaisesti käypää moraalista perustelua omistusoikeudelle. Kant sen sijaan rajaa tarkastelunsa järkiperusteluihin, siihen, mitä hänen käsityksensä mukaan järjen käsitteistä käsin on välttämättä ajateltava; ensiksi sitä, onko omistus ylipäättään perusteltavissa ja sitten sitä, miten perustelu menisi. Kantille oikeus ja moraalit ovat eri asioita ja eri lohkoja. Kant väittää, että omistus on perusteltavissa jo järjen käsitteillä. Niiden avulla voidaan osoittaa momentti, joka antaa yhdelle etuaseman muihin nähden. Sen antaa aikaprioriteetti, sillä se on lopultakin ratkaisevin ensimmäisen haltuunoton perustelussa.

⁸⁵ Schopenhauer jatkaa, että ”vääryyden harjoittaja astuu tarttumisellaan [joka ei koske toisen ruumista vaan elotonta, tästä kokonaan erillistä esinettä] vieraan tahdonmuodostuksen sfääriin. Näin siksi, että tähän esineeseen on samanaikaisesti kasvanut ja identifioitunut vieraan ruumiin voimat ja työ (”*indem mit dieser Sache die Kräfte, die Arbeit des fremden Leibes gleichsam verwachsen und identifiziert sind*”). Ks. Schopenhauer IV §62 s. 459 s.

⁸⁶ Schopenhauer IV s. 459 s.

Useimpien keskustelijoiden perustelu sisältää haltuunottamisen ainakin siinä merkityksessä, että tahtoelementin ohelle ajatellaan tarvittavan joku faktuaalinen elementti. Erityistä Kantin perustelussa on ymmärtääkseni se, että käsitteelliset välttämättömyydet (tahtoelementti ja faktuaalisuus) hänen käsityksensä mukaan antavat samalla sellaisen kriteerin, joka ei ole moraalinen, mutta on kuitenkin sellaista, joka asettaa hallinnan saaneen asemaan, jossa tämä on paremmin oikeutettu kuin kaikki muut. Näin Kant siis pyrkii osoittamaan, että käsitteellisten välttämättömyyksien toteutuminen sisältää samalla jo kriteerin, joka ei ole moraalinen, mutta jonka huomiotta jättäminen olisi vapauden periaatteen vastaista ja siten mahdotonta. Moraalista perustelua ei siten tarvita. Tämä ei merkitse sitä, etteikö positiivisessa oikeudessa sitten voida antaa merkitystä erilaisille tekijöille, sikäli kuin se taas vastaa oikeuden yleisiä periaatteita.

Schopenhauer sen sijaan ymmärtää omistusperustelun nimenomaan moraalisenä kysymyksenä. Schopenhauerin mukaan työ antaa etuaseman verrattuna muihin, mutta työ ja vaiva näyttäisivät saavan merkityksensä pohjimmiltaan siitä, että niissä on kysymys yksilön tahdon laajentumasta ja että puuttuminen toisen työhön olisi tunkeutumista toisen tahdonvallan alueelle. Schopenhauer ei siis näytä ajattelevan työperustelua esineen arvonmuodostuksen näkökulmasta. Se, joka tarttuu toisen työstämään esineeseen, riistää Schopenhauerin mukaan viimeksi mainitulta tämän siihen käyttämän vaivan, ja panee siis toisen ponnistukset palvelemaan omaa tahtoaan. Tämä on Schopenhauerin mielestä toisen tahdon kieltämistä ja siten vääryyden tekemistä. Työ tai vaiva, joka esineeseen on uhrattu, voi Schopenhauerin mukaan olla sangen vähäistäkin kuten poimimista tai viljeilyä kasvineiden hedelmien nostamista maasta tai esineen säilyttämistä ja suojaamista onnettomuuksilta.⁸⁷

Alaviitteessä Schopenhauer lisää vielä, että luonnollisen omistusoikeuden perusteluksi ei siis tarvita kahta perustetta rinnakkain: detentioon perustuvaa ei tarvita formaatioon perustuvan ohelle. Jälkimmäinen riittää kaikkeen. Formaatoin nimi tosin ei ole aivan sopiva, sillä jonkinlaisen vaivan uhraaminen esineeseen ei aina merkitse (uuden) muodon antamista (Formgebung).

Vaikka Schopenhauer osoittaa huomautuksensa Kantia vastaan, voidaan nähdäkseni sanoa, että keskustelut menevät enimmäkseen toistensa ohi. Kantilaisessa mielessä omistusjärjestys on jo olemassa ennen kuin tullaan siihen tilanteeseen, josta Schopenhauer puhuu. Kantin konseptiossa työlle jää perusteena tilaa ymmärtääkseni lähinnä positiivisen oikeuden mukaan asetettuna, sikäli kuin sille on haluttu antaa merkitystä ja aina sellaisessa maailmassa, jossa erityisesti maaomaisuus on jo omistuksen piirissä ja yleisemminkin aines, jota työstetään, yleensä on jo jonkun.

⁸⁷ Schopenhauer IV s. 460.

Schopenhauerin kirjoituksessa omistusperusteluun päädytään ikään kuin kiertoteitse osoittamalla, mikä on vääryys. Perustelun lähtökohta voidaan kiittää siihen, että kukin omistaa ruumiinsa ja voimansa ja nämä palvelevat omaa tahtoa. Kun joku käyttää voimiaan eli näkee jotakin vaivaa ulkoiseen esineeseen liittyen, tahto objektivoituu esineeseen, jolloin toisen puuttuminen siihen on henkilön sfääriin ja tahtoon puuttumista, ja siis oikeudetonta, vääryyttä. Näin tehdessään toinen riistää toiselta ikään kuin palasen tälle kuuluvaa ”objektivoitunutta tahtoa”. Onko tämä siis tahto- vai työperustelu? Lähtökohta on aivan ilmeisesti henkilö tahtosubjektina. Henkilö voi laajentaa tahtosubjektuudensa aluetta käyttämällä voimiaan johonkin esineeseen. Voimat ja niiden käyttäminen, siis ”vaiva”, on henkilön omaa ja se, minkä eteen vaivaa on nähty, tulee myös hänen omakseen. Schopenhauerin voi tässä sanoa edustavan projektioajatusta. Tahto projisoidaan ulkoisiin esineisiin.

Toisaalta Schopenhauer kiistatta monin paikoin korostaa työn merkitystä. Hänen mukaansa pelkkä esineen nautinta ilman sen työstämistä tai turvaamista häiritsemistä vastaan antaa yhtä vähän oikeutta esineeseen kuin pelkkä julistus tahdosta yksinhallintaan (”die Erklärung seines Willens zum Alleinbesitz”). Schopenhauer pyrkii tässä ensisijaisesti erottelemaan toisistaan pelkän nautinnan ja omistuksen perustavan kvalifioitun nautinnan. Aivan tilapäinen käyttäminen ei kelpaa tuottamaan omistusta, sillä pelkkä nautinta ei ole käyttämistä työskentelyn merkityksessä. Toisaalta näyttäisi siltä, että pelkkä käyttäminenkin olisi omistusperuste, jos se vain pyritään suojaamaan ja turvaamaan muiden häirinnältä. Suojaaminenkin on ”vaivan näkemistä”. Voidaan kysyä, kävisikö siis esim. aitaaminen omistusperusteesta? Silloin ollaan jo hyvin lähellä valtausteoriaa. Ratkaisevalta näyttää se, että ihminen näkee jotakin vaivaa, käyttää ”ruumiinsa voimia”, ilmaisee tahtoaan jotenkin, ei lopultakaan kohteen varsinainen työstäminen tai muokkaaminen.

Schopenhauer esittää esineen työstämisen ja sen jonkinlaisen vartioimisen ja turvaamisen yhtäältä ikään kuin työn erilaisina ulottuvuuksina, toisin paikoin taas näyttää siltä kuin hän edellyttäisi pelkän työn lisäksi tiettyjä turvaamistoimia tai hallussapitämistä. Schopenhauer nimittäin katsoo, ettei pelkkä tosiasiallinen käyttö riitä tuottamaan suojattua omistusta. Esimerkiksi perhe, joka on metsästänyt tietyllä alueella yksin vuosisadan ajan kuitenkin tekemättä mitään erityistä reviiirinsä parantamiseksi, ei voi kääntää pois vierasta, niin ikään metsästämään halukasta tulijaa ilman moraalista vääryyttä. Ns. ensivaltausoikeus (Präokkupation-Recht), jonka perusteella voitaisiin vaatia pelkän esineen nautinnan perusteella jonkinlaista palkkiota eli vieraan käytön poissulkevaa oikeutta, on Schopenhauerin mukaan moraalisesti perustetta vailla. Pelkästään tällaiseen oikeuteen tukeutuvaa vastaan voi uusi tulija asettaa paljon paremman oikeuden: ”juuri siksi, että olet sitä jo niin kauan nauttinut, on oikein, että myös muut pääsevät nauttimaan”. Sellaisiin esineisiin, jotka eivät ole soveliaita min-käänlaiseen työstämiseen sen paremmin parantamiseen kuin onnettomuuksia

vastaan turvaamisenkaan muodossa, ei ole olemassa mitään moraalisesti perusteltua yksinhallintaa. Jäljellä on vain kaikkien muiden vapaaehtoisien vetäytymisen mahdollisuus jonkun toisen palveluksen palkkiona. Se kuitenkin edellyttää jo konventioiden avulla säänneltä yhteisöä (Gemeinwesen) eli valtiota.

Näyttää siis siltä, että kaikki esineet eivät ole lainkaan kelpoisia alkuperäisen omistuksen kohteiksi. Niiden kohdalla, jotka ovat, Schopenhauerin peruste omistusoikeudelle on ”työstäminen” (Bearbeitung), joka kattaa kahdenlaista ulottuvuutta ja tuleekin ehkä paremmin ilmaistuksi käsitteellä vaivannäkö (Mühe), koska siihen sisältyy yhtäältä hyvinkin vähäinen esineen ”työstäminen” ja toisaalta sen hallussaolemisen turvaaminen. Schopenhauer ei kuitenkaan puhu näistä kahtena eri perusteena. Hallussaolemisen turvaaminen ei sinällään edellytä esineen työstämistä, vaan kattaa ilmeisesti säilöön asettamisenkin. Schopenhauer ei edellytä, että työn pitäisi olla jotenkin suuriarvoista, enempiarvoista tai edes samanarvoista kuin työstämisen kohteena olevan materiaalin. Schopenhauer viittaa päinvastoin nimenomaisesti siihen, että vaiva voi olla miten pientä tahansa. Näin tullaan siihen, että esineeseen laitettu työ tai vaiva on kriteeri, joka antaa ”vaivannäkijälle” yksilöllisen, moraalisen etuase-man. Tämän oikeus on silloin erottunut kaikkien muiden oikeudesta ja se mikä tekee sen oikeutetuksi muihin nähden, on ”vaiva”. Mielenkiintoista Schopenhauerin kirjoituksessa on se, että hän määrittelee työstämisen tai muotoamisen pikemminkin niin väljästi ”vaivaksi”, että se on lähempänä kaikkea sitä, mitä normaalisti pidetään esineen haltuunottamisena. Schopenhauerin versio ei tällaisena vaikuta mitenkään erikoisesti lockelaiselta työperustelulta.

Schopenhauerin mukaan moraalisesti perusteltu omistusoikeus antaa luonteensa mukaisesti haltijalle yhtä rajoittamattoman vallan esineeseen kuin se, mikä hänellä on omaan ruumiiseensa, mistä seuraa, että hän voi myös siirtää omaisuutensa toiselle, minkä jälkeen saaja voi hallita esinettä samalla moraalisella oikeudella.⁸⁸ Tämän jälkeen Schopenhauer siirtyy eteenpäin vääryyttä koskevassa keskustelussaan. Vääryydessä on kysymys siitä, että indiviidi pakotetaan toimimaan toisen tahdon mukaisesti tai palvelemaan toisen tahtoa oman tahdon sijasta.⁸⁹

Ensimmäisenä havainnollisena vääryyden esimerkkinä Schopenhauer ottaa esiin murhan, jossa toisen ruumis ja henki mitätöidään. Lievempi tai rajoitetumpi on silpominen tai orjuus. Saman janan toisessa päässä on puuttuminen toisen omaisuuteen.⁹⁰ Schopenhauerille omaisuuden loukkaus on ikään kuin lievemmänasteinen ruumiillinen loukkaus, mutta kysymys on vain aste-erosta. Tämä asetelma syntyy juuri sitä kautta, että omaisuuteen on kiinnittynyt ”tahtoa”. Schopenhauer ei näin ole aivan tavanomainen vallitsevan kannan tulkki.

⁸⁸ Schopenhauer IV s. 461.

⁸⁹ Ks. myös Schopenhauerin lähtökohtia keskustelulle (§62).

⁹⁰ Schopenhauer IV s. 459.

Tämä yhteys ei kuitenkaan tule esiin niissä siteerauksissa, joissa Schopenhauerin Kantia koskeva arvio poimitaan osoittamaan vakiintuneita käsityksiä omistuserustelujen kelvollisuudesta ja käypyydestä. Arvio on ehkä helppo poimia, koska se on selkeän kärkevä tuomio. Kuten olen edellä esittänyt, ei Schopenhauerin kritiikki vie Kantin ajatuksilta pohjaa. Näin on perustaltaan siksi, että Schopenhauer arvioi Kantin valtauserustelua moraalisenä perusteluna, jollaiseksi sitä ei lainkaan ole esitetty. Laajemmin vakiintuneita opillisia ja käsitteellisiä aineksia löytyy joka tapauksessa Stahlin esityksestä.

5.5.3 Omistus ja itsemäärääminen

Filosofian historiassaan Stahl kertoo lähtökohdaksi omille oikeusfilosofisille pohdinnoilleen sen, että hän oli alusta alkaen vakuuttunut Hegelin filosofian epätotuudesta.⁹¹ Aluksi hän ei vain osannut muotoilla kritiikkiään vastateoriaksi.⁹² Stahlin mukaan Hegelin oikeusfilosofian alue ei ole oikeus ja valtio, vaan koko siveellinen universumi, jonka Hegel rakentaa puhtaan tahtomomentin varaan. Tästä syystä ei oikeudella, moraalilla, valtiolla eikä eettisillä määräyksillä ole Hegelin ajatusmallissa muuta perustaa tai päämäärää kuin realisoida subjektiton, epäpersoonallinen tahto, eikä muuta sisältöä kuin puhtaan formaalit momentit. Stahl ei näytä hyväksyvän mitään Hegelin ajatuksia, mutta hän tuomitsee Hegelin ennen kaikkea tämän panteismin takia, joka on hänen oman kristillisen, persoonallisen Jumalakäsityksensä vastainen.⁹³ Tarkastelen seuraavassa ennen kaikkea sitä, miten Stahl sijoittaa omistuksen käsitteistöön, kun

⁹¹ Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts. I. Geschichte der Rechtsphilosophie* (5. Aufl. 1878).

⁹² Hegelin Oikeusfilosofian johdannossa Manninen & Wahlberg viittaavat lyhyesti siihen, että Hegeliä vastaan esitettyyn kritiikkiin yhtyi mm. ”romanttis-konservatiivinen oikeusfilosofi” Stahl, jolle Hegelin oikeusfilosofia oli porvarillisen järkeisajattelun (tuomittava) huipentuma, jollain tavalla samaa perua kuin ranskalaisten vallankumous. Stahl oli myös Hegelin oppilaan Gansin vastustaja. Biografisches Wörterbuch kertoo Stahlin (1802–1855) vaiheista mm. sen, että hän oli juutalainen ja kääntynytään sitten kristityksi tiukka luterilainen. Tässäkin viitataan Schellingin vaikutukseen. Stahl perusti valtio- ja oikeusoppinsa kristilliselle perustalle. Stahl ”ei siis asettanut liberaalien luonnonoikeudellisesti perustellun järkioikeuden vastakohdaksi romantiikan luonnollista valtiota vaan no. jumalalliselle oikeudelle perustuvan kristillisen valtion”. Valtion tuli vaikuttaa maan päällä jumalan valtakunnan todellistumiseksi; sieltä tuli innoitus valtiolle ja valtion tuli olla ”siveellinen valtakunta”; vain sellainen, joka voitiin perustaa jumalalliseen ilmoitukseen, oli oikeutta. Stahl oli äärimmäinen konservatiivi ja vaikutti myös puolue-elämässä ”monarkistisen periaatteen” puolesta.

⁹³ Ks. Stahl I s. 433 s. ja 455–458. Kristinusko on se perusta, jolta Stahl esittää oikeus- ja valtiooppinsa perusteet. Oikeutus tähän sitoutumiseen tulee Stahlin mukaan siitä(kin), että se on perustana lähes jokaisella eurooppalaisella ja varsinkin saksalaisilla valtioilla. Myös suurin osa ihmisistä on kiinnittynyt siihen. Sisäinen perustelu kuuluu kuitenkin eri yhteyteen. Ks. myös Stahl, *Die Philosophie des Rechts. II. Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung* (2. Aufl. 1845) s. 4.

hän kritisoi niin vahvasti tahdon ja vapauden lähtökohtia Hegelin konseptiossa, mutta korostaa toisaalta itse yksilön vapautta ja määräämisvaltaa.⁹⁴

Tahtoelementillä on toki monella tavalla sijansa Stahlinkin käsitteistössä. Stahlin mukaan oikeus koskee tahdon muodostamia lakeja: oikeus ja valtio annettussa tosiasiallisessa muodossaan ovat ihmisen tahdonvallan tuotteita. Lisäksi oikeuteen kuuluu osittain myös sellaista materiaalia, joka ei vielä ole, mutta jollaiseksi ihmiset haluavat sen muotoilla. Tarkastelukohde on näin kaksinainen, siihen kuuluu yhtäältä todellinen oikeusmuodostus historiallisesti kehittyneenä ja toisaalta siveellinen mittapuu.⁹⁵ Tahtoelementillä on perustava ja erotteleva merkityksensä myös pohdittaessa oikeuden ja moraalin suhdetta. Stahlin mukaan ihmisen toiminta jakaantuu kahdenlaiseen sisältöön ja luonteeseen; toinen on moraalinen ja toinen oikeuden alue. Dualismilla on perustansa ihmisen kaksoisluonteessa indiividinä ja yhteisöolentona. Tältä pohjalta ihmistä koskee kaksinainen käsky, toinen liittyy indiividin tahtoon, toinen yhteisöelämän muodostamiseen eli niiden sidonnaisuuksien täydellistämiseen, joiden kautta ihmiset muodostavat yhteisön. Ensiksi mainitussa on kysymys uskonnosta ja moraalista ja jälkimmäisessä oikeudesta.⁹⁶

Oikeus on siis ihmisten yhteiselämän normi ja järjestys.⁹⁷ Oikeus on moraalinen tapaan ihmisen tahdon vaatimus, mutta oikeus on yhteistahdon vaatimus, moraalitapa yksittäisen tahdon. Oikeudella on se erityisyys, että sen realisointi ja paikka ei ole tahdossa itsessään, vaan sen jo todellistuneessa ulkoisessa (objektiivisessa) elämän järjestyksessä ja hahmossa, josta se syntyy.⁹⁸

Entä mikä merkitys tahdolla on täsmällisemmin omistuksen instituutiolle? Tämän selvittämiseksi tarkastelen hieman laveammin sitä, mitä Stahl kirjoittaa varallisuutta koskevassa jaksossa. Hän aloittaa jakson esittelemällä raamatullisen perustansa, joka onkin erityisesti varhaisemmissa kirjoituksissa yhteinen lähtökohta useimmille kirjoittajille. Niinpä (§10) ihminen on maasta luotu, mutta samalla henkinen olento ja siten sidottu materiaalistien tarpeiden tyydyttämisessään materiaan, mutta toisaalta kykenevä käyttämään materiaalia välineenä ja aineksena. Tällä tavalla ihminen on luomisessa asetettu herraksi. Ulkoisen maailman kohteet on hänelle osoitettu hänen tarpeittensa tyydyttämiseen, niin

⁹⁴ Stahlin teoksen ensimmäinen kirja keskittyy filosofiaan, mutta toinen ja kolmas kirja koskevat nimenomaisesti oikeutta ja yksityisoikeutta (omaisuutta ja perhettä).

⁹⁵ Ks. Stahl II s. 1 s.

⁹⁶ Stahl II s. 161.

⁹⁷ Stahl korostaa, että oikeuden ja moraalin välinen raja ei koske sitä, onko normin kohteena toisen vapaus, kuten varhaisempi luonnonoikeus opetti ja siksi sulki oikeuden ulkopuolelle joukon todellisia oikeusnormeja, vaan sitä, kuuluvatko normit yhteiselämän alueelle. Esim. se, että laina pitää maksaa takaisin ja ettei ole monivaimoisuutta, kuuluvat sellaisen elämän alueelle, jonka tehtävänä on yhteisön pysyttäminen sen tehtävien tunnustamisena. Sitä vastoin se, että ihmiset toimivat epäitsekäisti, esim. aviopuolisot uhraavat vastavuoroisesti käytäntönsä, on pelkästään indiividien tehtävä, ei yhteisön sellaisenaan sen jatkumiseksi. Ks. Stahl II s. 163.

⁹⁸ Ks. Stahl II s. 178–180.

aineellisten kuin henkistenkin. Ihmisen elämän- ja toimintatavoissa tulee ilmetä ihmisen persoonallisuus (individualiteetti). Tätä tarkoitusta varten hänen tulee hallita ja vallita vapaasti yli ulkoisen ja asettaa se tahtonsa alaisuuteen pysyvästi ja turvautusti. Tästä on kysymys koko varallisuudessa (Vermögen). Stahl korostaa varallisuuden tarkoituksen (telos) näin olevan kahdenlainen: yhtäältä tarpeiden tyydyttäminen (Befriedigung) ulkoisten kohteiden avulla ja toiseksi herravalta (Herrschaft) elämäntavan vapaaseen hahmottumiseen nähden, mutta molemmat erottamattomasti, edellinen vain jälkimmäisen yhteydessä.

Stahl tiivistää tässä jo varsin paljon ja merkitsevää siitä, mitä tulee esiin jäljempänä varsinaisen omistumääritelmän ja perustelun kohdalla.

Stahl jatkaa (§11). Varallisuuden kohteena ovat lähinnä esineet ja oikeus niihin on omistusoikeus. Mutta myös toisten toimet ja suoritukset voivat olla varallisuuden kohteena silloin, kun ne saavat aikaan materiaalisia vaikutuksia.⁹⁹ Stahl kokoa ulottuvuudet varallisuuden ”totaali-ideaksi”. Niinpä hänen mukaansa ”maa antimineen (mukaan lukien inhimilliset suoritukset) on ihmisen tarpeiden tyydytyksen substraatti, mutta tämä realisoituu indiviidien turvautun erityisoikeutuksen välityksellä päämääränä indiviidin elämän vapaa hahmottaminen”.¹⁰⁰

Yhteisomistus sen sijaan ei (§12) Stahlin mukaan vastaa varallisuuden määrittäystä. Stahl tarkoittaa tällä sitä, että se ei vastaa varallisuudelle asetettuja tehtäviä. Stahl kirjoittaa, että jo materiaalistien tarpeiden tyydyttäminen ”vaarantuisi eikä ainakaan täysin tulisi täytetyksi eikä ainakaan kohtuullisella tavalla, jos ei tehtäisi eroa toimeliaan ja hitaan välillä”. Tärkeämpi peruste on kuitenkin Stahlin mukaan siinä, että persoonallisuuden varmentaminen (Beurkundung), varsinainen varallisuuden innoitus, hävitettäisiin sen myötä. Näin siksi, että ihmisen individualiteetti ilmenee keskeisesti hänen varallisuudenkäytössään. Stahl puhuu siitä, miten ravitsemisen, asumisen, pukeutumisen, huvitusten nauttimisen yms. elämisen tavat koskevat omistuksen perustaa, ja ovat ”ihmisen kuva”.

Huomionarvoista on se, että tarpeiden tyydyttäminen ei ole Stahlilla määräävin peruste, vaan persoonallisuuden hahmottuminen. Tässä on jotakin samansuuntaista kuin Hegelillä, vaikka Stahl tätä kritisoikin. Toisaalta Stahl ei tässä liitä individualiteettia mihinkään vapauspiiriin käsitteeseen tai tarpeeseen jotenkin perustavalla tavalla saada määrätä jostain itsensä ulkoisesta, vaan aika ”pinnalliselta” kuulostaviin tapoihin ilmentää itseään ja erottua muista. Vaikuttaa siis siltä, että Stahlin ensiksi mainitsema ”tyydyttäminen” viittaa perustarpeiden tyydyttämiseen elämisen materiaalistien ehtojen merkityksessä ja toises-

⁹⁹ Myös näitä koskee edelläesitetty varallisuuden yleinen tarkoitus. Ne siis palvelevat tyydytystä ja elämäntavan hahmotusta persoonallisuuden vapaana ilmentymisenä. Tästä puolesta puhutaan velvoitteina/vaateina (Forderung, obligatio).

¹⁰⁰ Stahl II s. 278.

sa, varsinaisessa omistuksen innoittajassa, on sitten kysymys sen yli menevistä ja siis myös yksilöittäin vaihtelevammista tarpeista.

Stahlin mukaan (§13) omistuksen oikeusidea on yhtä alkuperäinen kuin sopimuksen tai valtion, mutta omistuksen pätevyys ei ole riippuvainen mistään sopimuksesta tai valtion olemassaolosta. Stahl puhuu oikeustietoisuuden tai näkemyksen yhteisöstä (eine Gemeinschaft des Rechtsbewusstseins und der Beobachtung). Se on jotakin muuta kuin sopimus (Vertrag) tai valtio (Staat). Nämä taas ovat edellytyksiä omistuksen realisoitumiselle. Ilman niitä omistuksen oikeusidealta puuttuisi määrättyisyys, joka on realisoitumiselle välttämätön (esim. saadaanko omistus occupation vai vasta usukapion kautta; miten se menetetään jne.). Mutta tämä koskee yhtä hyvin muita oikeusinstituutteja, ja siis sopimusta ja valtiota itseäänkin. Vastakohta siitä, sitooko omistus itsensä voimasta vaiko vasta sopimuksella (Uebereinkunft) ratkeaa siis viittauksella siihen, että mikään oikeusidea (järjellinen oikeus) ei ole voimassa itsestään, vaan kaikkien täytyy ensin tulla positiivisiksi.

Stahlin mukaan oikeudella on aina syntyperustansa yhteisön oikeustietoisuudessa, mutta tätä hän kieltäytyy näkemästä minkäänlaisena versiona sopimusajattelusta. Stahl korostaa uudestaan (§14), että varallisuusoikeuden kantava voima tai vietti on tarpeiden tyydyttäminen. Sen kautta hahmottavat lukuisat erilaiset varallisuusoikeuden instituutiot. Kaikille instituutioille tunnusmerkillinen on herravalta (die Herrschaft), vapaa turvattu indiviidin määrääminen, ehdoton subjektiivinen oikeutus. Edellinen määrittää siis instituutin hahmon, mutta jälkimmäinen ”die Stellung der Person in ihnen”. Siksi varallisuusoikeuden sisältönä ovat vain oikeudet, sidonnaisuudet ovat vain seurauksia.

Herravallan ominaisuus on siis varallisuusoikeudessa yleinen vaatimus, joka ei saa puuttua. Toisaalta varallisuusoikeuksien merkitys perustuu siihen, että niiden kautta tarpeiden tyydyttäminen onnistuu mahdollisimman monella tavalla.¹⁰¹

Tässä yhteydessä merkitystä on lähinnä sillä, mitä Stahl toteaa aikaisemmista omistusteorioista (§15). Stahlin mukaan luonnonoikeuden opettajilla oli ennen Kantia kanta alkuperäisestä yhteisomistuksesta (communio primaeva). Tämän käsitteen alla useimmat sekoittivat toisiinsa yhteisen käytön siveellisen instituution ja yleisen tahdonvaltaisen haltuunoton (willkürlichen Zugreifens) faktisen tilan. Omistusta tarkasteltiin (vasta) vastavuoroisen sopimuksellisen

¹⁰¹ Stahl esittelee tässä tiettyjä eroja roomalaisen ja germaanisen oikeuden välillä. Aikaisemmin varallisuuden luonnollisena päämääränä olisi pidetty silmällä vain tarpeiden tyydytystä. Vasta roomalaisessa oikeudessa nousi esiin vapaa ehdoton turvattu herravalta, mutta yksipuolisesti ja kapeasti, niin että ensiksi mainitut tarpeet sivuutettiin ja kiinnitettiin huomiota vain paljaaseen tahtoon ja sen ilmiäsuun, ei toimien tarpeidentyydytyspäämäärään. Sen sijaan germaanisessa oikeudessa olisivat molemmat periaatteet päässeet esiin. Stahlin mukaan roomalaiset ajattelivat varallisuutta olemassa olevana, kun taas germaatit kiinnittivät huomiota produktiivisuuteen. Tämä ero vaikutti edelleen haltuunottokäsityksiin ja jakamisajatuksiin.

asettamisen seurauksena. Stahlin mukaan vasta Kant johti omistuksen alkupe-
räisenä persoonan oikeutena, kuitenkin nimenomaisesti vapauden ja tahdon
ajatuksesta, ja siksi esinettä koskevan, tarkoitusta vailla olevan vallan merki-
tyksessä. Tässä häntä seuraa Hegel.

Stahl haluaa kuitenkin ottaa etäisyyttä sekä Kantin että Hegelin käsityksiin.
Stahl kirjoittaa, että näin tarkastellaan vain ihmisen valtaa esineisiin nähden, ei
hänen riippuvaisuuttaan esineistä. Siksi käy niin, että ensimmäinen omistuksen
momentti eli tarpeiden tyydyttäminen siirretään luonnonvastaisesti toiseksi.
Lisäksi itse toinen momentti eli vapaa määrääminen ja herravalta ei tule ym-
märretyksi oikeassa merkityksessään. Stahlin mukaan omistuksen merkitys ei
nimittäin ole siinä, että se ilmaisisi ihmisen vapautta, ja sitä että ihminen
vallitsisi passiivista objektia. Tässä ulottuvuudessa on kyse lähinnä vain ihmis-
kunnan luonnollisesta vallasta luonnon yli, ei suinkaan ihmisen oikeudellisesta
vallasta toisiin nähden. Stahl kirjoittaa omistuksen merkityksen olevan siinä,
että ihminen tämän vallan välityksellä voi muotoilla elämäntapaansa vapaasti ja
näin ilmentää yksilöllisyyttään (*„mittelst dieses Schaltens seine Lebensweise
frei gestalten und darin eine Individualität manifestieren“*).

Stahlin ajatus ei ehkä kokonaan poikkea siitä, mitä myös hänen kritiikkinsä
kohteet, Kant ja Hegel ajattelivat. Erona kuitenkin on se, että Stahlille omistus
on tarkoitussidonnainen, se on väline. Omistus on väline tarpeiden tyydyttämi-
seen, mutta vielä keskeisemmin ”elämäntavan” muotoilemiseen tai itsemäärää-
miseen, ja itseilmaisuun. Hegelille omistuksessa on kysymys ytimeltään varsin
abstraktin vapauden realisoitumisesta, kun taas Stahlille kysymys on persoo-
nallisuuden ilmaisemisesta, erilaisissa elämäntavoissa esiin tulevien vaihtelevien
piirteiden kautta. Keskeinen ero on tietysti myös siinä, että Stahl pitää
silmällä tarpeita. Omistus palvelee aineellisten ja henkisten tarpeiden täyttä-
mistä ja ilmaisemista. Hegelillä sen sijaan ei ole kysymys tarpeista – tarpeet
olisivat aina jotenkin erilaisia, lukuisia, vaihtelevia, ”erityistä”, ainakin perus-
tarpeiden yli. Hegelillä ainoa ”perustarve” olisi ”tunnustetuksi tuleminen” va-
paana, persoonana. Hegel ei siis oikeastaan puhu omistamisen tarpeesta, siis
siitä, miksi ihmiset haluavat omistaa eikä perustele sitä, vaan omistaminen on
vapauden realisoimismuoto, aste vapauden realisoitumisessa. Tässä mielessä se
ei ole riippuvainen mistään, vaan päinvastoin ikään kuin välttämättä toteutuva
– siinä määrin kuin ihminen on persoona.

Yhteistä Hegelin ja Stahlin kirjoituksissa on myös näkemys, että omistus on
välttämättä yksityisomistus, mikä kummallakin liittyy tahdon keskeiseen käsit-
teelliseen merkitykseen omistuksen perustana.

Jaksossa ”Omistus” Stahl kirjoittaaakin (§20), että varallisuuden luonne va-
paana herravalta ja määräämisenä vaatii oikeusinstituuttia, jonka avulla ih-
misellä on koko valta esineeseen nähden. Sitä ei vastaisi sirpaloituminen, jossa
yhellä olisi tämä ja toisella toinen toimi samaan kohteeseen; esineen täytyy
palvella kokonaisuudessaan yhden tahdon kohteena, jotta hän voi vapaasti siitä

määrätä. Tämä kokonaisuikeutus on omistus (das Eigentum). Varallisuuden määrittäminen kaikenlaisten tarpeiden turvaajana vaatii lisäksi sellaisia oikeusinstituutteja, joissa yksittäisiä oikeutuksia erotetaan omistuksen kokonaisuikeutuksesta ja siirretään välittöminä ja ehdottomina esinettä koskevin oikeuksina jollekin toiselle kuin omistajalle. Stahl luettelee tässä naapurirasitteet, reaaliservituutit, perheperinnön, esineellisiä nautinto-oikeuksia sekä personaaliservituutit ja panttioikeuden. Kysymys on selkeästi esineoikeuksista vieraaseen esineeseen.¹⁰²

Stahl jatkaa (§21) esittelemällä omistukseen liittyviä määritelmiä ja tyypillisiä erotteluita. Koska omistus on totaalinen oikeus (oikeudellinen valta) esineeseen nähden, se on myös yleinen ja täydellinen oikeus esineeseen eli se sisältää kaikki oikeutukset, joita ei ole erityisesti otettu pois. Sen sijaan mikään rajoitettu oikeus ei sisällä muuta kuin sellaisen, joka siihen on erityisesti luettu. Omistus on edelleen alkuperäinen ja itsenäinen oikeus esineeseen. Muut esineelliset oikeudet sen sijaan edellyttävät omistusoikeutta ja omistajaa, jota ne rajoittavat. Lopulta omistus on myös muut poissulkeva oikeus esineeseen. Sen sijaan monia muita esineellisiä oikeuksia voi useilla olla samaan esineeseen toisistaan riippumatta.

Siitä, että omistus on muut poissulkeva voidaan päätellä, että omistuksen jakaminen kahdelle niin että omistusoikeutusten kokonaisuus hajaantuisi ei ole Stahlin mukaan mahdollinen. Sen sijaan monenlaisia muita oikeuksia esineeseen voi omistuksen ohella olla. Omistuksen määritelmän ja sisällön suhteen kannalta on tärkeää se, että Stahlin edellä luettelemat määreet esitetään nimenomaisesti käsitteellisenä rajankäyntinä omistuksen ja muiden esineoikeuksien välillä.

¹⁰² Tässä yhteydessä Stahl puhuu jonkin verran myös jaetusta omistuksesta. Hän kirjoittaa, että maaomaisuuden erityinen luonne, se että sen tuotto syntyy kahdenlaisesta faktorista, maasta ja työstä, on synnyttänyt erityisiä oikeussuhteita. Ensiksi (1) oikeuksien jakamisen sen mukaan, mitkä ovat eri kontribuutiot, olkoon se sitten vierasta esinettä koskevan esineellisen oikeuden hahmossa, emphyteuta, taikka todellisen omistuksen jakamisena. Jälkimmäinenkään ei kuitenkaan merkitse välitöntä omistusoikeutusten pirstaloimista (Zersplitterung), vaan ”orgaanista suhdetta” osallisten kesken. Toisena (2) ovat maata ja maapohjaa koskevat oikeudet, jotka todellistuvat haltijan suorituksina eli reaalisitukset.

Stahlin kanta jaettuun omistussoppiin ei tule kohdasta vielä selväksi. Tärkeämpää hänen yleisempien korostustensa kannalta onkin se, mitä hän lisää alaviitteessä. Stahl osoittaa siinä suoraa kritiikkiä Hegelin suuntaan kirjoittaen, että varallisuuden reaalin määritys kaikenlaisten tarpeiden tyydytyksen turvaajana on se perusta, joka synnyttää esineellisten oikeuksien systeemin, ei, ”kuten Hegel esittää, yleisen (arvo) ja erityisen (määrätty esine) loogiset kategoriat tms”. Ks. Stahl II s. 294.

Stahl siis toteaa maaomaisuuden erityisen luonteen, mutta nimenomaisesti siitä näkökulmasta, että erilaisia ja lukuisia esineoikeudellisia instituutteja tarvitaan erilaisten maahan oikeutettujen henkilöiden suhteiden erottelun vuoksi. Omistusoikeudet muodostavat aina kokonaisuuden, mutta Stahlin viittaama ”orgaanisuus” ei kerro vielä mitään osallisten suhteista. Kiinnostava on myös työn esiintulo tekijänä, jolla on merkitystä, mutta toisaalta se tässä yhteydessä jää selvästi maan varjoon.

Stahl jakaa omistukseen sisältyvät oikeudet varallisuusosoikeuksien kahden motiivin (eli tarpeiden tyydyttämisen ja itsensä ilmentämisen) perusteella kahteen; nautinta- ja määräämis- eli proprietasoikeutuksiin. Ensimmäiseen sisältyy käyttö ja tuottonautinta, jälkimmäiseen esineen substanssin tai sen oikeussuhteiden muuttaminen. Stahl jatkaa toteamalla, että määräämisosoikeus ”kuten Hegel oikein esittää” ei voi pysyä, jos kaikki nautinta on otettu pois (nuda proprietas). Näin nautintaoikeuksia voidaan ottaa pois vain rajoitetussa mitassa, nimittäin joko vähäisessä laajuudessa (esim. reaaliservituutteina) tai vähäiseksi ajaksi (esim. personaaliservituutteina).

Hegel voi siis paikoin olla Stahlin mukaan oikeassakin. Sinällään kohta viittaa siihen, että omistuskäsite ei sallisi varsinaista omistuksen jakamista. Vakaan hallintaoikeuden haltijan oikeus esim. olisi liian laaja ja joka tapauksessa liian pitkäaikainenkin. Stahl puhuukin hyväksyvästi erilaisista germaanisista yhteisomistumuodostelmista, joissa sekä orgaaninen yhteisö että yksityinen ovat samanaikaisesti omistajia. Stahl viittaa avio-omaisuuteen ja yhteisön omaisuuteen (yhteismaihin yms.). Hän tosin toteaa, että ne ovat vastakkaisia roomalaisen oikeuden tarjoamille vaihtoehtoilta. Germaaniset yhteisomistuksen muodot ovat Stahlin mukaan kaikki erilaisia artikulaatioita yhteisomistuksen instituutista, joten sen käsitteestä ei pidä johtaa mitään praktisia seuraamuksia niihin nähden, vaan pikemminkin praktisesta käsitteeseen päin.¹⁰³

Stahlin pohdiskelu roomalaisen ja germaanisesta oikeuden eroista omistuksen yhteydessä on tärkeää, koska se kiteyttää roomalaisen oikeuden piirteeksi tietyn formaalin käsitteellisen jaottelun, johon nähden germaaninen oikeus nähdään joustavammin erilaisia olemassa olevia oikeussuhteita vastaavana. Stahlin hahmotelussa näkyy myös yleisempiä tausta-ajatuksia siitä, että oikeussuhteiden nähdään saavan sisältönsä konkreettisissa suhteissa, praktisen tasolla, jonkinlaisista ”sosiaalisista suhteista”; nämä ovat jotenkin ensisijaisia. Yhteisomistuksen kohdalla ensisijaista olisivat erilaiset ”orgaaniset yhteisöt” sitteinen, joissa instituutiolle annetaan tarkempi muoto. Tämä ei sinällään muuta

¹⁰³ Stahl luokittelee jaetun omistuksen käsitteen saksalaisoikeudelliseksi. Se ei hänen mukaansa perustu vain esinettä koskevaan suhteeseen, vaan korkeampaan persoonien orgaaniseen suhteeseen, jossa esine voi palvella heitä yhtä hyvin kuin erotettuna (in welchem ihnen die Sache eben so gut dienen kann als in ihrer Isolirung). Ks. Stahl II s. 296. Stahl tarkoittanee, että esine voidaan ymmärtää osoitetuksi tämän orgaanisen suhteen alaisuuteen eikä yhden tai toisen henkilön. Stahl joka tapauksessa kritisoi roomalaisen oikeuden tarjoamia vaihtoehtoja suhteen hahmottamiseksi. Hän kirjoittaa, että romanistinen käsitteen tulkinta ”in ein Eigentum mit jus in re aliena”, siis erottelu käsiteparilla omistus/toisen esineeseen kohdistuva oikeus, hajottaisi yhtenäisyyden ja oikeusinstituutin sisäisimmän prinssiipin. Näin kävisi, osoitettiinpa varsinainen omistus sitten ylitai aliomistajalle. Stahlin mukaan käsiteparilla omistus/jus in re aliena on mahdotonta konstruoida esim. läänitystä ja subjektiota. Dominium directumia ei voida määrittää pelkäksi poliittiseksi esivaltaisuudeksi; siihen nähden siihen liittyy liian huomattavia yksityisoikeudellisia ja pekuniäärisiä seurauksia. Varallisuusosoikeuden kyky määrittää tällaisia korkeasti persoonallisia siteitä onkin Stahlin mukaan germaanisesta oikeuden etu, vaikkakin on sitten toinen kysymys, pitäisikö persoonallisen siteen säilyä myös jatkossa.

omistuskäsitettä, sitä mitä siihen kuuluu. Kysymys siitä, miten tietyssä orgaanisessa suhteessa osalliset ovat osallisia, jää jäljelle. Lienee kuitenkin niin, että oikeutuksien hajottelu ei Stahlinkaan mukaan ole mahdollista, mutta hän olisi valmis kuvaamaan yhteisoikeuteen osallisten suhteita väljemmin. Stahl viittaa siihen, että voitaisiin tyytyä osallisuusluonnehdintaan, eikä pyrkiä soveltamaan roomalaisen oikeuden karkeaa vaihtoehtomallia (yksi omistaja, muut oikeutetuja vieraaseen esineeseen).

Entä varsinainen omistusperustelu? Stahl kirjoittaa (§23), että omistuksen saanto edellyttää aina saannonsaajan (Erwerbers) tahtoa, omistamistarkoitusta (die Eigenthumsabsicht), koska varallisuus on vapauden asia. Tahto yksinään ei kuitenkaan anna omistusta, vaan siihen kuuluu vielä saantoperuste (Erwerbsgrund), so. jonkin erityisen suhteen vaikutus esineeseen, olipa se välitön tai tapahtui muiden ihmisten välityksellä. Saantoperusteen kautta saavutetaan etu-asema suhteessa muihin, jotka myös tahtovat esineen. Erilaiset saantoperusteen lajit perustuvat siihen, että esineet palvelevat ihmiskuntaa ja vastaavasti kansaa kokonaisuudessaan hengissä säilymiseksi ja tarpeiden tyydyttämiseksi ja ovat silti määrättävissä yksityisille erityisinä oikeuksina ja juuri heidän tekojensa ja kohtalonsa mukaan. Sen mukaisesti omistus jakaantuu alun pitäen osittain yhteisomistukseen, osittain yksityisten saantoakteihin ja esiintyy jatkuvasti osittain omistajalta toiselle siirtyvänä (cirkulaatiossa), osittain myös uussaantoina, mutta vain tekojen tai henkilöiden oikeudellisten suhteiden kautta.

Stahl esittelee myös tarkemman saantoperusteiden systeemin (§24). Siten omistussaantoja on kaksi pääalajia: originaalinen ja derivatiivinen. Originaalinen eli alkuperäinen saanto viittaa itsenäiseen omistuksen perustamiseen pelkän oman aktin kautta, derivatiivinen eli johdannainen taas saannonsaajan ensiaseman johtamiseen aikaisemman omistajan oikeudesta. Jälkimmäinen viittaa jo käsitteensä mukaisesti aina takaisin ensimmäiseen.

Alkuperäinen saanto on edelleen kolmenlajinen: absoluuttinen, ekstinktiivinen tai accessorinen saanto. Selvitän ensiksi sitä, miten Stahl etenee absoluuttisen saannon esittelyssä, sillä siinä on muita alkuperäisen saannon muotoja selkeämmin kysymys ensimmäisen oikeuden syntymisestä.

Absoluuttinen saanto Stahlin mukaan saattaa herrattoman esineen yksityisomistukseen ”kokonaan uudesti”. Omat ryhmänsä tämän saannon kohdalla muodostavat yhtäältä maa ja toisaalta irtain. Stahl viittaa siihen, että maan ja irtaimen saantomuodoissa on nähtävissä jonkinlainen jatkumo yhteisten tarpeiden tyydyttämisen muodoissa. Niinpä maaomaisuuden saanto luontonsa mukaisesti säännönmukaisesti perustuu yhteisön toimesta suoritettuun jakamiseen, joina Stahl mainitsee assignaation ja läänittämisen. Stahl esittelee siis maaomaisuuden synnyn perustaksi jakamisaktin. Yhteisö hallitsee maata ja osoittaa siitä jakamalla yksityisille oikeuksia. Irtainten esineiden absoluuttista saantoa Stahl esittelee runsassanaistemmin. Irtaimen saannon perusteena on Stahlin mukaan ”varallisuutta koskevan vapauden periaatteen mukaisesti” yk-

sityisen itsensä suorittama haltuunotto/valtaus (Selbstaneignung). Haltuunotto syntyy ennen kaikkea fyysisen vallan hankkimisella esineeseen (Besitznahme, Okkupation). Stahl lisää, että itse aikaansaatu fyysinen herravalta oikeutena objektiin nähden vastaa omistuksen luontoa. Se on ”perustelu ja samalla aloitettava momentti, joka asettaa pätevästi esineen persoonan oikeudelliseen sfääriin”. Näin on Stahlin mukaan siksi, että se vaikuttaa tosiasiallisesti siihen asemaan, jonka oikeus antaa keston tunnusmerkkeille omistuksen syntymisessä (der durch das Recht zum Character der Dauer erhoben eben Eigentum ist).

Stahl korostaa, että pelkkä tahto ei riitä haltuunottoon (Aneignung), ei myöskään sen objektiivinen tunnistettavuus, sillä se ei vaikuta olotilaan, vaan vasta toteutettu (loppuunviety) haltuunotto (Besitznahme). Stahl jatkaa, että on puhtaasti positiivisen oikeuden asia, riittääkö pelkkä haltuunottamisen tai tarttumisen akti (Besitzergreifung, Okkupation) vai edellytetäänkö jatkettua hallussapitoa ja käyttöä (Usukapion), jonka kautta esine voidaan nähdä alistetuksi fyysiseen valtaan. Tästä voidaan päätellä, että haltuunotto on Stahlin mukaan riittävä, koska se, mitä Stahl käsitteellisesti vaatii, on ainoastaan jotakin faktuaalista yli pelkän omistamistahdon. Tästä hän puhuukin termillä ”Besitznahme” erotukseksi tarttumiseen viittaavasta termistä ”Besitzergreifung”, joka voinee periaatteessa olla aivan hetkellistäkin.

Positiivisessa oikeudessa voidaan sitten asettaa erilaisia lisäedellytyksiä hallinnan kestolle. Esineen herrattomuus sen sijaan on käsitteellinen edellytys, ”liegt im Begriffe der Besitznahme” absoluuttisen saannon kohdalla. Stahl lisääkin, että vain tässä tapauksessa sillä on myös merkityksensä. Herrattomuus on esiedellytys, ei saantoperuste.

Stahl jatkaa vähän toista ulottuvuutta, ja tässä on nähdäkseni mielenkiintoisella tavalla kysymys edellä jo siteeratusta haltuunoton merkityksestä ”keston tunnusmerkkinä”. Stahl kirjoittaa, että haltuunotto on lisäksi aina myös eräänlainen preventio. Näin on siksi, että kaikilla on samanlainen mahdollisuus haltuunottoon, ja siksi omistussaanotto haltuunoton kautta perustuu myös kahdenlaiseen perustaan: persoonan ja hänen tekonsa tunnustamiseen, mikä on kaiken prevention prinssiippi, ja omistusinstituutin määräykseen, jonka voimasta se ei anna pelkkää etuasemaa faktisessa olosuhteessa, vaan kestävänsä oikeuden. Tässä Stahl kiteyttää sen, että haltuunoton kautta kaikkien samanlainen oikeus muuttuu yhden erityiseksi oikeudeksi ja samalla faktinen haltuunotto muuttuu keston välittämänä oikeudelliseksi.

Stahl puhuu itsevaltaamisen (Selbstaneignung) termin alla haltuunoton ohella saantoperusteena myös valmistamisesta (Verfertigung, specificatio). Stahl kirjoittaa, että kohteen oma aikaansaaminen on ikuisten lakien mukaan varsinainen ja absoluuttisin omistuksen perusta. Vaikka valmistaminen ei olisi aikaansaamista täydellisimmässä mielessä siksi, että se edellyttää materiaalia, on se sitä kuitenkin suhteessa esineeseen tässä hahmossaan ja muodossaan, tähän lajiin nähden. Valmistaminen voi käydä uuden esineen aikaansaattamisesta

myös silloin, kun esineen aikaisempaa hahmoa ei voida palauttaa tai lisäksi tilanteissa, joissa esineen muoto on aivan olennainen. Stahlin mukaan omistus syntyy tällöin valmistajalle ja siihenastinen esine samaten kuin siihen toiselle kuulunut omistus häviävät.

Stahl näyttäisi tässä esittävän, että valmistaja voi saada omistuksen valmistamaansa jopa silloin, kun aines on kuulunut toiselle. Stahlin mukaan tätä ei käsitellä ekstinktiivisen saannon tilanteena siksi, että uusi, valmistettu esine ei ole se, jonka aikaisempi omisti, ”an der jetzigen Sache bestand gar kein früheres Eigentum”. Stahlin mukaan siihenastinen omistus ei siten kumoutunut välittömästi eli oikeudellisesti vaan välillisesti eli faktisesti, siis esineen häviämisen myötä.

On tärkeätä, että Stahl esittää tekemisen luonnollisena omistussuhteiden irtaimiin. Toisaalta se, mitä Stahl tässä kirjoittaa valmistamisen vaikutuksesta kuulostaa osin juristerialta. Voisiko kuka tahansa, joka onnistuu valmistamaan jotakin, olkoonkin vaikka toisen aineksista, saada siihen omistusoikeuden ja näin sillä perusteella, että aines siirtyi eri esineen kategoriaan?

Ekstinktiivistä saantoa Stahl esittelee varsin yleisesti.¹⁰⁴ Myös accessorinen saanto luonnehditaan vain lyhyesti.¹⁰⁵ Tämän jälkeen Stahl jatkaa tärkeällä yleisemmällä huomautuksella. Hän kirjoittaa, että occupatio on katsottava korkeintaan siinä määrin kaiken omistuksen alkuperustaksi kuin maaomaisuuden jakamisen suorittanut kansa itse on maan okkupoinut. Yksityisten omistusten synty sen sijaan nojaa alkuperältään yhteisön suorittamaan jakamiseen (in der Zuteilung der Gemeinschaft), missä maapohjan saannolla ja siis maaomaisuuden koko hallintaperustalla säännönmukaisesti näin on perustansa. Stahlin mukaan ”subjektiivisesti isoleeraava luonnonoikeusteoria eli itse Hegel” ei antanut tälle riittävää merkitystä, vaan katsoi kaiken omistamisen perustuvan yksilön toteuttamaan valtaamiseen. Tämä on Stahlin mukaan ”vastoin historiaa ja vastoin ideaa”. Hän jatkaa, että ylipäättään occupatio, riippumatta siitä keskeisestä merkityksestä, joka sille oikeusfilosofiassa on absoluuttisen alkunsa takia annettu, on siltikin todellisessa elämässä hyvin harvinainen. Lisäksi sillä ei yleensä ole puhdasta merkitystä. Tällä Stahl viittaa siihen, että esim. villien eläinten valtaus on enimmäkseen riippuvainen esiedellytyksistä (kuten mahdollisuudesta metsästykseen). Stahl toteaaakin, että kansojen ja sukupolvien levit-

¹⁰⁴ Sitä edeltää jo olemassa oleva omistus, mutta ei jatkona, vaan kysymys on sen lakkaamisesta. Tässä Stahl mainitsee nautinta-hallinnan, Ersitzung (usucapio sen nykyisessä merkityksessä). Hallinnalla (Besitz) on sen saamisesta lähtien valta antaa omistus herrattomiin esineisiin. Myös hallinnan jatkumisella on yleisen vanhentumisen periaatteen mukaan samalla valta hävittää olemassa oleva omistus. Lainsäädännön eettisen periaatteen mukaisesti näin on vain silloin, kun kysymys on vilpittömän mielen hallinnasta.

¹⁰⁵ Kysymys on esineen saannosta sellaisen siten perusteella, johon jo on oikeudellinen suhde, oli se sitten ulkoista liittymistä (accessio alluvio) tai sisäistä orgaanista kasvamista (hedelmien saanto). Tässä on kysymys pääesineen ja sivuesineen relaatiosta ja saanto perustuu niistä koskevaan oikeussuhteeseen.

täytyminen esinemaailman yli tuottaa mukanaan tilanteen, jossa valtauksen kaltaiselle aktille ei juurikaan ole enää tilaa. Niinpä sen jälkeen, kun ”yhteiskunta on tullut vanhaksi”, omistus perustuu säännönmukaisesti siirtämiseen (Ueberlieferung) ja siellä, missä on käsillä omistuksen syntyminen olemassa oleviin esineisiin (eikä siis vasta valmistettaviin), ei tule kyseeseen absoluuttinen alku, vaan edeltävän hävittäminen, usukapiolla.¹⁰⁶

Stahl ottaa näin nimenomaisesti puheeksi sen, että valtaus on filosofiassa merkittävä peruste, mutta käytännössä vain harvoin esiintyvä. Toisaalta Stahlin kritisoimissa opeissa ei ehkä väitetäkään, että valtaus olisi käypä yleinen peruste, vaan yritetään ainoastaan rakentaa perustelua sille, miten voimme ajatella omistuksen syntyneen. Huomionarvoinen on myös Stahlin germaanistyyppinen väite siitä, että omistuksen alku on ollut pikemminkin yhteisössä ja yhteisomistuksessa, josta olisi jonkinlaisella jakamistoimella siirretty yksityisomistusten olemassaoloon. Riippumatta siitä, minkä merkityksen Stahl näille huomautuksilleen lopulta antaa, on merkittävää, että hän myös tässä yhteydessä pyrkii siirtämään omistuserustelukeskustelua sellaiselle tasolle, jossa reaalisuus tai historiallisuus saisi sijaansa. Tämä painotus vastaa sinänsä Stahlin kriittistä suhtautumista yleistämiseen, jossa ”todellisuus” kielletään tai katoaa olemattomiin. Stahlin tekstissä näkyikin yritys kääntää keskustelua johonkin historialliseen suuntaan, olkoonkin että hän itse mm. tässä viittaa myös ”ideaan”. Stahlin idea tarkoittaa tässä kuitenkin hänen omistuksen perustaksi esittämiään syitä eli tarveperustaa ja itseilmaisua.

Stahlin kritiikki Hegelin konseptioon nähden kiteyttää samalla tärkeän näkökulmaeron filosofian ja oikeudellisen tarkastelun välillä. Stahlin mukaan omistuserustelun on vastattava käsitystä historiallisesta kehityksestä. Stahl on pääpiirteiltään sitoutunut ajalle tyypilliseen germanistiseen historiankäsitkseen. Tähän kuuluu maata koskevan oikeuden syntyminen yhteisön haltuunoton ja jakamisaktin kautta sekä myös eri sääntöjen osoittaminen koskemaan yhtäältä maata ja toisaalta irtainta omaisuutta.

5.6 YHTEENVETOA

Kantin ja Hegelin tekstien tarkastelu kritiikkeineen on muun ohella osoittanut sen, että omistuksen perustan kiinnittyminen alkuperäisenä saantona esiteltävään valtaukseseen on myös filosofisessa keskusteluperinteessä saanut merkittävän sijan. Valtauksen asema ja merkitys käsitteistössä liittyy traditionaalisesti

¹⁰⁶ Stahl II s. 301 s. Stahl siirtyy sitten derivatiivisen saannon lyhyeen esittelyyn (§25). Sitä määrittää siihenastisen omistajan oikeudesta johtamisena edeltäjän omistus. Niinpä esim. haltuunotto ei Stahlin mukaan ole siinä samalla tavalla vaatimuksena kuin ensimmäisessä valtauksessa/haltuunotossa (für die erste Aneignung). Tässä yhteydessä ei ole tarpeen edetä enempää Stahlin tekstin tarkastelussa.

maata koskevan oikeuden perustelemisen tarpeeseen. Se näyttäytyy ennen kaikkea ajatuksena ensimmäisen haltuunoton tuottamasta paremmasta oikeudesta tilanteessa, jossa kaikilla ajatellaan alun pitäen olevan samanlainen oikeus. Tällaisesta traditiosta nousevan ensimmäisen oikeuden perustaksi on asetettavissa vapauden arvolähtökohta, mistä käsin ajatus on myös klassisten oikeusfilosofisten käsitysten perusrakennetta. Valtaukseen kiinnittyneistä Kantin ja Hegelin omistusperusteluista löytyykin mielestäni useita tärkeitä elementtejä, joilla on merkitystä oikeudellisen käsitteistön rakennepiirteiden ymmärtämisen kannalta yleisemminkin.

Haltuunotto tai hallinta esiintyy yhtäältä ensimmäisen valtauksen ajatuksena (Kantilla) ja toisaalta tahdon ja itsemääräämisen ilmauksena ja ulottuvuutena (Hegelillä). Molemmissa on kysymys koko perustelukeskustelun abstrahoimisesta sitä edeltäneestä luonnonoikeudellisesta perustarpeiden tyydyttämisen yhteydestä – mikä on tavallaan paradoksaalista, kun abstrahoituminen tapahtuu valtauksen konseptiolla. Samalla valtaus kiinnittää ja erottaa perustelun jollakin erityisellä tavalla ”juridis-tekniseksi”. Valtaus ensimmäisen (haltuunottajan) oikeutena osoittaa samalla kriteerin, jossa on kysymys aikatekijästä ja erityisesti aikaprioriteetin sijoittamisesta oikeudellisen käsitteistön rakennepuuksi.

Kantin ja Hegelin tekstit auttavat siis kiinnittämään huomion omistusperustelun kannalta kiinnostaviin käsitteellisiin kysymyksiin, vaikka myöhemmin puheeksi tulevien oikeudellisten tekstien kirjoittajien nimenomainen liityntä filosofisiin ulottuvuuksiin olisi heikko tai näkymätön. Samoja aineksia voidaan nimittäin nähdä oikeudellisissa teksteissä, mutta usein niin niukkoina edellyttämöksiin, että ei ole syytä puhua varsinaisesta omistusperustelusta.

Oma ulottuvuutensa juridisessa traditiossa onkin mahdollisuus jättää omistusperustelun käsittely aivan niukaksi. Oikeudellisessa kirjoittelussa on mahdollista ja tavallista vain todeta, että omistuksen perustelu instituutiona ei kuulu oikeustieteen alueelle. Oikeustieteeseen kuuluu näin vain sen tarkastelu ja erittely, millainen instituutio omistus on, käsitteellisesti ja normatiiviselta pohjaltaan. Tässäkin tosin valtaus/ haltuunotto tulee usein esiin siksi, että sillä on aikaprioriteetti- ja presumtio-merkitystä monessakin yhteydessä.

Valtaus/haltuunotto nousee ikään kuin luonnostaan esiin myös silloin, kun viitataan historialliseen kehitykseen ja yhteiskunnan muutoksiin. Tässäkään ei tosin jouduta kovin eksplisiittisesti ottamaan kantaa itse kriteerin kantavuuteen tai syvällisyyteen. Haltuunotolla on ollut kiistatta historiallista merkitystä maata koskevien suhteiden syntymisessä, mutta sen jälkeen, kun ollaan maan jakautumisen järjestelmässä, ei ole enää tarpeen kysyä, onko sen jakaminen aikoinaan tapahtunut oikeudenmukaisimmilla perusteilla, koska myöhemmässä tilanteessa oikeudenmukaisuuden arviointiin vaikuttavat tietysti myös monet muut seikat. Formaalisissa kriteereissä voidaan pitäytyä myös siinä mielessä, että jos muuta ei näytetä, haltuunottajan oikeuden suojaaminen on formaalin aika-

prioriteetti-periaatteen mukaista, suorastaan esineoikeudellisten kiistojen ratkaisuisa vallitsevan periaatteen mukaista.

Juristien kirjoituksille on mielestäni tyypillistä ”historialle jättäminen”. Tarkoitan tällä sitä, että kirjoitusten taustalle voi ajatella monisyisen teorian – jos haluaa –, mutta siitä ei yleensä ole paljon jälkiä. Jälkeä on vain niukasta eksplikoinnista ja historian kulkuun viittaamisesta. Juridinen käsitteistö näyttää jokseenkin luontevasti tuottavan sellaisen kertomuksen, jossa valtaus/haltuunotto esiintyy alkuperäisenä saantona. Muuta ei tarvitse esittää, jos siihen ei ole erityistä halua. Lisäksi sen muun ajatellaan kuuluvan mieluummin muille tieteenlohkoille.

Toisaalta voidaan kysyä, onko omistusperusteluita syytä erotella varsinaisiin perusteluihin, jollaisia olisivat moraaliset tai filosofiset perustelut, ja vain historiallisiin selityksiin tai kuvauksiin? Jos nimittäin juridinen teksti esittelee omistuksen syntymisen vain ikään kuin historiallisena kuvauksena, eikö se samalla väitä sitä, että omistuksen syntyminen tulee näin myös oikeutetuksi? Jospa ainoa perustelu sille, miten haltuunottamisesta siirrytään suojattuun yksinoikeuteen, onkin tuo kertomus itse? Kertomuksen osoittamalla tavalla on syntynyt instituutio, jota suojataan oikeudellisin keinoin. Kertomus nivoo faktuaalisen ja oikeudellisen toisiinsa; hallinnasta tulee oikeus. Niukkasisältöisyydestään huolimatta kertomuksella on suuri merkitys, koska sen avulla tuotetaan asema, jota pidetään selvästi oikeutettuna. Kysymys on tällöinkin omistuksen perusteleminen, kenties vain niukemmin käsittein kuin mitä 1800-luvun filosofit siihen tarvitsivat. Näitä kysymyksiä pohditaan seuraavassa jaksossa tarkasteltavien juristikirjoitusten yhteydessä.

6 Omistuskysymys 1800-luvun juridisessa kirjallisuudessa

6.1 JOHDANNOKSI

6.1.1 Juridisen tradition historiallisuudesta

En etsi vastausta siihen, mikä olisi pätevä tai kestävä omistusperustelu. Pyrin kuvaamaan ja ymmärtämään sitä, miten keskustelua omistuksen synnystä ja perustelemisesta on käyty ja mitä merkityksellisiä eroja siinä on. Olen edellä todennut, että tässä keskustelussa minua kiinnostaa erityisesti ero oikeusfilosofisen ja juridisen kirjallisuuden välillä. Filosofisessa keskustelussa nähdään omistuksen perustelussa suuria linjoja ja paradigmanvaihdoksia ja vieläpä aivan tietynlaisia (esim. siirtymä valtauksesta työperusteluun). Sen sijaan juristi-kirjallisuudessa, kuten pian havaitaan, koko keskustelua on ainakin 1800-luvulta alkaen ollut hyvin niukasti. Lisäksi se keskustelu, jota on, ei vastaa sitä, mitä filosofian esityksissä pidetään vallitsevana tai sellaiseksi tulevana tai ylipäättään kestäväenä ja kelvollisena.

Toisaalta omistusoikeus kiistatta on varsinkin 1800-luvulla muotoillun yksityisoikeus- ja oikeusjärjestelmän kulmakivi, joten instituutiota koskevan perustelun voi kohtuudella odottaa jossakin muodossa esiintyvän myös juristiteksteissä. Onkin kiinnostavaa, että se esiintyy pääsääntöisesti vain marginaalisena, niukasti viitattuna lähtökohtana. Niukkuus ei mielestäni ole osoitus siitä, että koko kysymys olisi oikeustieteessä marginaalinen. Päinvastoin se haastaa kysymään ja paikantamaan sitä, mihin omistus ja omistuksen perustelu sitten nojataan.

Haluan lisäksi tehdä ymmärrettävämmäksi sitä, mitkä tekijät johtivat siihen, että näin on ja voi olla.

Selittävien tekijöiden etsintä johtaa juridisen käsitteistön rakenteeseen ja sen ylläpitämiseen sekä tietynlaiseen omaan traditioon ja lähdepohjaan. Seuraavassa jaksossa on kysymys näiden piirteiden esiin nostamisesta ja osoittamisesta juridisen kirjallisuuden lajeja lähemmin tarkastelemalla. Löytyvät piirteet ovat tietyllä tavalla ilmeisiä. Kysymys onkin siitä, että havaitaan niiden merkitys omistusperustelun saaman aseman ja merkityksen määrittäjinä.

Yleisimmällä tasolla keskusteluperinteiden erilaisuudessa näyttäisi olevan kysymys tieteiden eriytymisestä 1800-luvulla. Filosofia ja oikeustiede eriytyivät toisistaan (ja monia uusia tieteenaloja hahmottui) ja tällä on merkityksensä

oikeustieteelle. Lisäksi oikeusfilosofia, oikeusteoria ja lainoppi eriytyivät.¹ Oikeustieteiden sisällä onkin kysymys tieteellistymisen kriteereistä: juridisesta käsitteistöstä ja argumentaatiosta, joka on kahdella tavalla tärkeä. Ensiksikin tieteellistyminen näkyy käsitteistön yleisessä rakentamisessa, johon sisältyy se, että omistusoikeus määritellään erityiseksi, muista kategorisesti eroavaksi oikeudeksi. Sellaisena se toisaalta mielestäni kiistatta oikeuttaa odottamaan erityistä perustelua. Omistusoikeuden erottaminen muista oikeuksista kertoo havainnollisesti myös tuolloin hahmottelun kohteena olleen oikeuskäsitteistön tunnuspiirteistä. Toiseksi tieteellistyminen näkyy siinä, että käsitteistöstä rajataan pois ei-juridisia kysymyksiä, jotka aikaisemmin ovat siihen kuuluneet ja perustelleet oikeuskäsitteistöä osana laajempaa ajatusrakennetta.

Tämä kaikki aiheuttaa sen, että sitä perustelua, joka nyt olisi oikeastaan ollut tarpeellisempi kuin aikaisemmin (jolloin omistusoikeus ei ollut manifestoitunut aivan erityisenä oikeutenaan), ei juristikeskustelusta löydy tai löytyy vain viittauksia muulle alueelle. Viittaukset voivat sitten olla kahdensuuntaisia, joko filosofisia tai historiatieteeseen vieviä. Näiden suhde ei ole millään tavalla selvä. Pikemminkin on niin, että filosofian suunta on heikommin näkyvissä, koska se nimenomaisesti voidaan torjua ”filosofiana”. Historian suunta taas on sellaista, jota myös juridinen materiaali tuottaa, sekä yleisesti että erityisesti.

Yleisesti oikeudellinen materiaali tuottaa historiallista ainesta siinä merkityksessä, että lainopissa on aina kysymys olemassa olevan oikeusjärjestyksen ja siis olemassaolevien yhteiskunnallisten rakenteiden juridisten muotojen esittelystä. Kun näissä esittelyissä tyypillisesti viitataan jonkin verran myös taaksepäin, selvitetään aineiden historiallista muotoutumista. Näin historia tai tarkemmin historiatieteen käsitys siitä, miten yhteiskunta oikeusjärjestyksineen on hahmottunut, rakentuu sisään juristiesityksiin. Tässä ollaan varsin konkreettisesti aina tiivistämässä jonkinlaista asutus- ja yhteiskunnallisten instituutioiden kehittymisen historiikkaa, joka sellaisena näyttäisi tuottavan tietyn omistusperustelun. Se kertoo sen, miten maa on asutettu ja millä tavalla resurssit on otettu hallintaan ja miten on vähitellen järjestytty yhteisöllisesti ja valtiollisesti. Tämä suunta siis tuottaa maan hallintaan kiinnittymisen pohjalta omistusperusteluksi haltuunoton ja valtauksen, ”luonnostaan”.

Erityisellä rakentumisella tarkoitan sitä, että juridisen käsitteistön oma rakenne tuottaa niin ikään jokseenkin ”luonnostaan” omistusperusteeksi valtauserusteen. Tässä on kysymys siitä, miten selitetään se, että faktinen haltuunottaminen muuttuu oikeudelliseksi hallinnaksi ja omistusoikeudeksi. Tämä – mielestäni – on juridisesta näkökulmasta oikeastaan lähinnä teknisluontoisena esitetty perustelu. Sitä ei välttämättä tarvitse lainkaan ajatella oikeudenmukaisuusnäkökulmasta, siis kysymyksenä siitä, onko kriteeri oikeudenmukainen vai ei. Tämä luonnehdinta ei tarkoita sitä, etteikö sitä voitaisi esitellä arvoperustai-

¹ Tästä ks. kehityksestä Brockmüller in passim ja erit. s. 16–20 ja s. 273–278.

sena omistusperusteluna, vaan vain sitä, että silloin kun ei haluta tai voida ottaa kantaa mihinkään varsinaiseen omistusperusteluun (eettisestä tai siveellisestä tai moraaliseen näkökulmasta), haltuunotto/valtaus on ytimeltään formaali aikaprioriteettiperuste. Sellaisena se taas on juridisen käsitteistön yleisperiaatteiden mukainen. Se esittää perustelun tilanteessa, jossa kenelläkään ei ole parempaa perustetta kuin toisella. Kaikilla on samanlainen oikeus, mutta ihmisen ja esineen peruserottelun pohjalta ollaan toisaalta siinä käsitteellisessä tilanteessa, että ihminen hallitsee joitain paikkoja tai esineitä ja siis jotakin maapalasta, siinä perustavassa mielessä kuin jokainen on olemassa (ja väistämättä jossa-kin). Näin on, jos ylipäättään esitetään jonkinlainen lähtötilanne, puhutaanpa siitä sitten fiktiivisenä alkutilana tai selkeästi vain järjen välttämättä edellyttämänä lähtökohtana. Jos kaikilla tällaisessa alkutilassa on samanlainen oikeus (tai kellään ei ole mitään oikeutta), esineen hallinta antaa paremman aseman haltijalle kuin kellään muulla juuri siihen esineeseen on.

Haltija/haltuunottaja on siten jo käsitteen mukaisesti aina (pelkästään) haltuunottamisellaan sellaisessa asemassa, jossa hänen oikeuttaan voidaan sanoa paremmaksi kuin kaikkien muiden. Muut eivät voi asemaan myöskään puuttua, koska heillä ei ole parempaakaan perustetta. Näin hahmottuva ensimmäisen oikeus on siis myös tradition tai historian tuottama.

Väitänkin seuraavaa. Oikeus- ja omistusjärjestelmää esiteltäessä on tyypillistä lähteä siitä asettamuksesta, että ihmisillä on oikeus ottaa ulkoinen esine hallintaansa. Lähtökohta voidaan nojata myös Raamattuun. Lähtökohdaksi otetun oikeuden toteuttaminen ulkoisen haltuunottamisena tuottaa aseman, joka on haltuunotettuun nähden perustellumpi kuin kenenkään muun, koska ei ole esittää mitään muuta seikkaa, jonka nojalla joku voisi saada siihen paremman oikeuden. Tällöin ”puhtaan” oikeuden toteuttaminen johonkin kohteeseen nähden asettaa sen sellaiseen asemaan, jossa haltijan syrjäyttäminen olisi hänen oikeudenharjoittamiseen perustuvaan asemaansa puuttumista ja jos siihen ei ole perustetta – kun kellään ei ole mitään erillistä omistusperustetta –, puuttuminen ei ole oikeudenmukaista.

Väitteeni mukaan haltuunotto on siis jotakin sellaista, jonka oikeudellinen käsitteistö suorastaan itsestään tuottaa omistuksen kriteeriksi. Näin on erityisesti silloin, kun haltuunotto ymmärretään vain ikään kuin teknisenä ajallisena etusijana eli aikaprioriteettina. Tämän ohella oikeudellinen lähdemateriaali sisältää paljon muitakin sellaista, joka tuottaa haltuunoton alkuperäiseksi perusteluksi, alkaen siitä, että haltuunotto esiintyy säännöstasolla saantoperusteena, jonka ohelle ja varaan vasta voi tulla muita perusteita. Se tulee painokkaammin esiin myös siksi, että aiheen käsittelyssä on tapana lähteä liikkeelle maata koskevasta määräämisvallasta ja hallinnasta (ja siis siinäkin vaiheessa kun maa ei enää välttämättä ollut niin keskeinen varallisuuden kohde).

Edellä hahmotellut ajatukset ja huomiot ovat alustavia ja täsmentyvät jatkossa: jaksoissa 6.2–6.4 tarkastellaan tarkemmin tiettyä otosta juristien teksteistä.

Juristitekstien tarkastelun tarkoitus on osoittaa traditiosta piirteitä, jotka ”tuottavat” valtauksen alkuperäisenä saantona.

6.1.2 Tradition jaosta romanisteihin ja germanisteihin

Keskieurooppalaisessa perinteessä oikeudellista omistujärjestystä hallitsee kaksi traditiota: roomalaisoikeudellinen ja saksalaisoikeudellinen (germaani-nen). Kuten tunnettua roomalaisoikeudelliseen traditioon sisältyy katkoksia, keskeisin Rooman kaupunkivaltion varaan rakentuneen valtakunnan tuhoutues-sa. Keskiaikaisen keskieurooppalaisen roomalaisen keisarikunnan oikeudeksi roomalainen oikeus levisi reseption kautta italialaisista kaupunkivaltioista. Roomalainen oikeus edustaa siten saksankielisen Euroopan omistujärjestyk-sissä nuorempaa traditiota, jonka reseptio vaikuttaa germaanisiin käsityksiin ja työntää niitä osittain syrjäänkin. Tyypillisesti roomalaisen ja germaanisen omistuskäsityksen perustava ero tiivistetään siihen, että roomalaisen oikeuden omistus oli absoluuttista, vapaata ja kaiken kattavaa ja teki kategorisen eron omistusoikeuden ja muiden esinettä koskevien oikeuksien välillä, kun taas germaaniselta oikeudelta puuttuivat abstraktit käsitteet eikä se kehittänyt myös-kään yleistä omistuskäsitettä. Keskeinen käsite oli Gewere, joka ei alun perin ollut oikeuskäsite, vaan kuvasi tosiasiallista suhdetta henkilön ja esineen välil-lä. Esinettä koskevia oikeuksia varten oli lukuisa joukko erilaisia käsitteitä, joiden välillä ei ollut kategorisia eroja.²

Näin kuvattu vastakohta on tavanomainen käsitys kahden eri tradition lähtö-kohtien eroista. Oma monimutkainen kysymyksensä on se, miten ne ovat muokanneet toinen toisiaan. Tässä yhteydessä ei yhtäläisyyksien tai erojen tulkintaan ole tarpeen ottaa erityistä kantaa. Eroja esitellään jonkin verran jäljempänä eri tekstien yhteydessä. Varhaisemmassa lainopissa on kysymys ensisijaisesti roomalaisesta oikeudesta. Saksalaiseen, partikulaariseen oikeu-teen aletaan lainopissa kiinnittää huomiota varsin myöhään ja systemaattisem-min vasta 1700-luvulla. Ero on vahvasti esillä 1800-luvun lainopillisen kirjalli-suuden suuntauksissa. Tällöin ”Gemeines Recht”-oppikirjatradition rinnalle ryhdyttiin laatimaan erityisiä saksalaisen oikeuden oppikirjoja, joissa aineiston systemaattisen käsittelyn malleja kuitenkin haetaan romanistien esityksistä.

Tässä yhteydessä olennaisia ovat vain oikeudellisen aineiston systematisoin-nissa kehittävät käsitteelliset korostukset ja piirteet, jotka yhdistävät ja erotta-vat romanistien ja germanistien omistusta koskevia esityksiä.

² Ks. näistä piirteistä artikkelit ”Eigentum” teoksessa Staatslexikon s. 161 ss. sekä teoksessa Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte 1 s. 882 ss. Erit. roomalaisen oikeuden omis-tuksesta esim. Visser 1985 s. 7 ss. ja 25 ss.

Juridisessa kirjallisuudessa on siis tarpeen yleisemminkin erottaa roomalaisoikeudellinen eli romanistinen ja saksalaisoikeudellinen eli germanistinen. Itse tarkastelen näitä traditioita seuraavassa erikseen siksi, että omistusperustelu tulee niissä esiin eri tavoin liittyen kummankin suunnan omaan oppikirjatraktatioon. Tässä kuvastuu tietysti myös erilainen käsitys oikeudesta. Romanistien kirjoituksissa roomalaisen oikeuden ymmärretään edustavan yleistä oikeuden käsitteistöä ja oppikirjoissa keskitytään tämän käsitteistön systemaattiseen esiin tuomiseen. Tämä ei tarkoita kotimaisen partikulaarin oikeuden merkityksen kiistämistä, mutta se on jotain oikeuden ymmärtämisen kannalta marginaalisempaa. Germanistien traditiossa sen sijaan korostetaan kotimaisen oikeuden merkitystä, mikä voi saada hyvinkin vahvoja muotoja, mutta se voi näyttäytyä myös pyrkimyksenä saattaa germaaninen aines yhtä systemaattiseen muotoon kuin roomalainen oikeus. Tässäkin yhteydessä kiinnostavaa on se, että molempien suuntausten perusta on historiallisessa koulukunnassa, mutta historiallisuus saa romanistien ja germanistien omistusta koskevissa esityksissä varsin erilaisen merkityksen.

Tarkastelen ensiksi romanisteja ja sen jälkeen germanisteja. Erityisesti suomalaisittain viitatuin saksalainen oikeustieteilijä on *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861), tosin usein varsin yleisellä oikeudellisen systeemin tasolla.³ Savignyn täydennyksenä tarkastelen lisäksi *Bernhard Windscheidin* (1817–1892)⁴ sekä neljän muun romanistin tekstejä. Savignyn ja Windscheidin tekstejä tarkastelen vain siitä näkökulmasta, minkälaisia käsitteellisiä puitteita ne osoittavat yksityiskohtaisemmalle oikeudelliselle tarkastelulle, tapahtuipa se sitten romanistin tai germanistin toimesta. Germanistien esityksiin viitataan suomalaisessa, yleisiä oppeja koskevassa kirjallisuudessa niukemmin, mikä liittyy tietysti roomalaisen oikeuden erityisasemaan tämän aihealueen oppikirjallisuudessa. Ilmeisesti germanistit koettiin saksalaiseen historiaan sitoutuneiksi ja romanistit neutraalimmin vain yleiskäsitteellisiksi. Germanistien esityksissä tulee kuitenkin erityisesti omistuskäsitysten osalta kiinnostavasti esiin yleisempää historiallista ainesta, siis käsityksiä, joita myös pohjoismaainen valtio-opillinen ja oikeudellinen kirjallisuus esittelee ja joissa on kysymys yhteiskuntahistorian ja oikeuden suhteesta tavalla, jolla on erityistä merkitystä omistusperustelun kannalta.

³ Savignyn nimeen liitetään mm. historiallinen oikeustiede, historiallinen koulu, uushumanismi, romantiikka, idealismi, oikeusmetafysiikka, kansanhenkioppi, lainsäädäntökritiikki, konservatiiviset reformit, formalismi, positivismi ja käsitelainoppi. Ennen kaikkea Savigny oli juristi, mutta hänen luonnehditaan osoittaneen lainopille tieteellisen tehtävän. Ks. Juristen s. 540–545. Ks. myös Rückert 1991b.

⁴ Windscheidia pidetään eräänä merkittävimmistä 1800-luvun pandektioikeustieteilijöistä. Hän vaikutti erityisesti ensimmäisen BGB-ehdotuksen laatineessa komissiossa niin että kriitikot kutsuivat ehdotusta nimellä ”kleiner Windscheid”; sitä pidettiin siis pandektiooppikirjana lain muodossa. Ks. Juristen s. 654 s.

6.2 OIKEUDELLISEN KÄSITTEISTÖN OMISTUKSEN TARKASTELULLE ASETTAMAT SYSTEMAATTISET PUITTEET

6.2.1 Savignyn käsitys oikeudesta erityisenä systeeminä

6.2.1.1 Tulkintoja Savignyn lähtökohdista

Knut Wolfgang Nörr ja *Joachim Rückert* korostivat edellä viitatuissa 1800-luvun yksityisoikeutta luotaavissa kartoituksissaan sitä, ettei kirjoittajia ole perusteltua sijoitella vain joidenkin lausumien perusteella. Pitää katsoa sitä oikeudellista kokonaisuutta, jota kirjoituksissa edellytetään. Savignyn kohdalla on siis muistettava se, että hän osoittaa valtiolle laajan tehtäväalueen ja puuttumismahdollisuuksia, vaikka hän ei ryhdykään näitä itse täsmentämään. Tämä on ainesta ja piirrettä, joka ei viittaa Kantin vaan pikemminkin Hegelin suuntaan.

Savignyn filosofista taustaa on tulkittu erisuuntaisesti. Eräät näkevät Savignyn oikeussysteemeissä vaikutteita *Hegeliltä*, jotkut taas korostavat kantilaisia sitoumuksia.⁵ Erityisesti *Hans Kiefner* tulkitsee Savignyn ”System”-teosta kantilaisten vaikutteiden valossa. Tarkastelen lyhyesti Kiefnerin väitteitä siksi, että ne kiistanalaisuudestaan huolimatta toimivat hyvänä johdantona Savignyn oikeussysteemin perustavaan rakenteeseen.⁶ Savignyn esitys ei ole kovinkaan antoisa nimenomaisesti omistuserustelun osalta. Merkityksellistä sen sijaan on se, minkälaisia systemaattisia puitteita Savignyn edustama käsitys oikeudesta erityisenä systeeminä asettaa omistuserustelun tarkastelulle tätä systemaatiikkaa noudattavissa oppikirjoissa. On tavallista korostaa systeemin formaaleja piirteitä, mutta varsinkin uudempi tutkimus näyttäisi osoittavan, että Savigny itse kiinnittää käsitteensä – ja siis oikeudellisen toimijan subjektina – kristilliseen perustaan. Tämä merkitsee sisällöllisten vaatimusten asettamista oikeudelle tavalla, jota sen paremmin *Kantin* kuin Hegelinkään filosofiat eivät edusta. Savignyn käsityksen kristillinen perusta on toisaalta yhteensopiva oikeudellisten oppikirjojen taustalla usein näkyvien oletusten kanssa.

Kiefnerin mukaan Savignyn ”System”-teoksen peruskäsitteet henkilö, vapaus ja tahto ovat kantilaisia. Savignyn lähtökohta on siten ihminen, joka luontonsa mukaisesti, sisäisen vapautensa perusteella kykenee siveelliseen toimintaan. Siveellisesti ei toimi ihminen, joka seuraa tarpeitaan kuten omaa hyötyä tai joka noudattaa siveellisyyden lakia ulkopuolelta määräävänä välttämättömyytenä. Siveellistä toimintaa ohjaa puhdas velvollisuudentunto, joka on

⁵ Systemaattisemmin Savigny-tutkimusta esittelee Joachim Rückert (ulottuen 1980-luvun alkuun). Ks. erit. Rückert s. 22 ss.

⁶ Ks. Kiefner 1969 s. 3 ss.

vapaasta tahdosta omaksuttu. Lähtökohdalla on keskeinen merkitys oikeussysteemin piirteiden rakentumisessa siksi, että oikeus alkaa muiden ihmisten tunnustamisesta samanlaisina vapaina ja siveellisen arvon omaavina. Ihmisen tärkein oleminen on muiden kanssa toimimista, jolloin tarvitaan näkymätön raja, joka tunnustetaan vastavuoroisesti niin, että kullakin on vapauden piirinsä, jossa tämä voi vaikuttaa ja toimia, vapaana ja siveellisenä olentona. Ne säännöt, jotka määrittävät nämä rajat, ovat oikeus. Näin oikeus palvelee siveellisyyttä, mutta ei täyttämällä siveellisyyden käskyt, vaan rakentamalla vapaan toiminnan alueen. Oikeus siis osoittaa individuaaliselle tahdolle alueen, jossa se voi vapaana kaikesta vieraasta määräämisestä hallita. Näin oikeus koskee vain ulkoista vapautta, eikä lainsäätäjällä ole keinoja määrätä sisäisestä vapaudesta tai sen käyttämisestä.⁷

Oikeussuhde määrittää individuaalisen tahdon riippumattoman herravallan alueen, jossa henkilö harjoittaa (määräämis-)valtaa ja tätä kutsutaan henkilön oikeudeksi subjektiivisessa mielessä. Subjektiivinen oikeus mahdollistaa siveellisen toiminnan: se on sen mieli ja oikeutus. Kiefnerin mukaan mm. Savignyn esineen käsite ”epävapaan luonnon tilallisesti määrätynä palasena”, johon oikeus kohdistuu, vastaa kantilaisia ajatuksia siitä, miten objekti on jotakin epävapaata, samoin velvoiteoikeuden määrittäminen.⁸ Savigny tosin torjui nimenomaisesti jotkin Kantin käsitykset (mm. perhesuhteesta). Kiefnerin mukaan Savignyn oikeuden systeemissä esine-, velvoite-, perhe- ja perintöoikeudesta muodostuvana on kuitenkin kiistattomat kantilaiset aineksensa, ennen kaikkea peruskäsitteet moraalisesta henkilöllisyydestä, jonka luonteen muodostaa vapaus.⁹

Kiefnerin keskeisin väite Savignyn kantilaisuudesta tiivistyy siinä, miten hän tulkitsee Savignyn ajatusta ”oikeuden itsenäisestä olemisesta”. Kiefner ei halua puhua siitä formalismina eikä abstraktiona, vaan käyttää ilmaisua ”tarkoituksista vapauttaminen”. Tämän selventämiseksi Kiefner hakee tukea Kantin esityksestä. Hänen mukaansa oikeuden käsite ei Kantilla liity toiveiden tai pelkkien tarpeiden mukaisesti määritettäviin suhteisiin. Oikeus tarkoittaa pikemminkin suhdetta muiden tahtoon.¹⁰ Motiivit ja tarkoitukset jäävät (oikeuden) ulkopuolelle. Kiefner korostaa sitä, että jos oikeuden pääsisältö on se, että sen alaisuudessa yhden tahto voi yhtyä toisen tahtoon vapauden yleisen lain mukaisesti, silloin nämä ehdot (objektiiviset oikeusnormit) eivät voi olla niin

⁷ Kiefner 1969 s. 5 s.

⁸ Kiefner 1969 s. 10 s.

⁹ Kiefner 1969 s. 13.

¹⁰ Vastavuoroisissa tahtojen suhteissa ei tahtojen sisältö tule ollenkaan tarkasteltavaksi. Rajana on vain se, että ei loukata toisen vapautta. Kauppasopimuksessa ei rajaa käytännössä ole. Palvelussopimuksessa rajana on se, ettei palvelija luovu herran hyväksi ”kaikesta vapaudestaan” (niin että lakkaisi olemasta henkilö). Tahdon määräytymisperusta on formaali. Kiefnerin (Kiefner 1969 s. 19) mukaan tämä pätee koko objektiivisen yksityisoikeuden alueella.

muodostettuja, että ne palvelisivat joitakin muita päämääriä kuin vain niitä, jotka mahdollistavat tahtojen vapauden (vapauden lakien mukaisuuden).¹¹

Kiefnerin mukaan Savignyn muotoilemat oikeustoimen ja tahdonilmaisun käsitteet vastaavat kantilaista. Esimerkiksi Savignyn kauppasopimuksen sisältö on siinä, että myyjän tahto suuntautuu partiaaliseen ostajan tahdon alistamiseen/haltuunottamiseen ja vastaavasti ostajan tahto on suuntautunut myyjän tahdon partiaaliseen haltuunottamiseen. Kauppasopimuksen oikeudet ja velvollisuudet syntyvät yhdestä, molempien tahtojen jakamattomuudesta. Mitään enempää ei tarvitse kysyä. Kumpaisenkin tarkoitukset ovat juridisesti irrelevantteja, samoin motiivit. Sama pätee kaikkiin tahdonilmaisuihin. Rajan muodostaa periaatteessa vain toisen vapaus. Yhteisymmärryksen abstraktius koskee myös omaisuuden luovuttamista ja saamista. Luovuttaja tahtoo antaa pois vapaudestaan rajoilta määritellyn kappaleen epävapaata luontoa, luovutuksensaaja tahtoo laajentaa vapauteensa tuon rajoiltaan määritellyn palasen epävapaata luontoa. Juridinen, taloudellinen tai joku muu tarkoitus, minkä vuoksi tähän siirtämiseen ryhdytään, olkoon se sitten siveellinen tai epäsideellinen, on samantekevä. Sillä voi olla merkitystä ainoastaan indisiona siitä, onko tahto vapaa vai ei (siirtämiseen ja vastaanottamiseen).¹²

Näin Kiefner korostaa Savignyn tekstissä sitä, että omistusoikeuden ja velvoiteoikeuden avulla annetaan vain välineet erilaisten päämäärien ja tarkoitusten saavuttamiseen tai tavoittelemiseen. Mutta tarkoitusten valinta samoin kuin myös niiden tavoittamiseen sopivimpien välineiden valinta on sellaista, jonka kohdalla tulee ehdottomasti vallita vapaus. Oikeussuhteet ovat juridiselta luonteeltaan täysin tarkoituksesta vapaita. Abstraktein ilmaus tästä on omaisuus ja raha. Juuri tällä alueella yksityisoikeuden luonne näyttäytyy puhtaimmillaan. Sellaiset alueet tai lohkot tai ilmiöt, joihin sisältyy tarkoituksia tai tarpeita näyttäytyvät Savignylle anomalioina (kuten avioliitto). Kiefner laajentaa tulkintansa koskemaan Savignyn suhtautumista paitsi yksityisoikeuteen myös yleisesti lakeihin ja lailla sääntelyyn.¹³

Kiefner pohdiskelee jonkin verran sitä, miten näin tyylipuhdas systeemi sopii yhteen sen kanssa, että Savigny on historiallisen koulun perustajia, sekä sitä, missä määrin Savignyn velvollisuus on aito kantilainen velvollisuudentunne, kun Savigny toisaalta identifioi ihmisen luonnon kristilliseen elämäntapaan. Nämä huomiot eivät kuitenkaan varsinaisesti vaikuta Kiefnerin tulkintaan.

¹¹ Muutoin tahdon formaali määräytymisperusta hävitettäisiin; laki pakottaisi ottamaan tietyn tarkoituksen (vaikka siihen ei Kantin mukaan voida lainkaan pakottaa, eivät muut, eikä myöskään lainsäätäjät). Ks. Kiefner 1969 s. 19.

¹² Kiefner 1969 s. 20.

¹³ Ks. Kiefner 1969 s. 22.

Sen sijaan Nörrin tulkinnassa Savignyn kristillinen tausta saa keskeisen aseman.¹⁴ Jo esitellessään oikeuden syntymistä ja määräytymistä Savigny katsoo, että se ei ole lähtöisin oikeudesta itsestään eikä myöskään ihmisestä sellaisenaan. Lähtökohta on ihmisen kristillisessä elämäntavassa kuvastuvassa siveellisessä määräytymisessä. Oikeuden viimekätinen päämäärä on kristinuskossa. Nörrin mukaan Savignyn lausumista ei löydy kantilaista siveellisyys- ja vapaus-käsitystä (ihmisyydestä ihmisessä ilman mitään rajoituksia). Sen sijaan Savigny tarjoaa kaikkien sisällöllisesti sidottujen vapauskonseptioiden tapaan määrätyn ihmis- ja maailmankuvan.¹⁵

Oikeuden siveellis-kristillinen relativointi merkitsee aivan tiettyjä seureauuksia myös yksityisoikeuden puolella. Savignyn valtio ei ole mikä tahansa valtio. Savignyn lausumat täydellisen autonomisesta yksityisoikeudesta tai yksityisoikeussuhteista taikka individuaalisen tahdon riippumattoman herravallan alueesta on tulkittava sitä vasten, että taustalla on kristillinen valtio.

Nörr kokoa vertailunsa Savignyn ja Kantin käsitysten välillä kolmeen kohtaan.¹⁶ Perusero on siinä, että Savigny ei voinut hyväksyä järjen autonomiaa oikeusopin peruslähtökohtana.¹⁷ Savignyn järki on sidottu kristilliseen käsitykseen ja tämä on kieltämättä aivan fundamentaalinen ero.¹⁸

Joachim Rückertin mukaan Savignylle on tunnusmerkkillistä erityinen kahdentamisen (Doppelung) tekniikka eli vastakohtien yhdistäminen yhden käsitteen alle. Esimerkiksi historiallisesti annettu ei ole vain yksinkertaisesti annettua, vaan samalla jonkin korkeamman ruumiillistumana ymmärrettävä. Rückertin mukaan Savignyn ajatusrakennelmassa on oma logiikkansa, vaikkei se

¹⁴ Nörrin tarkastelun kohteena on Savignyn Systemin v. 1840 ilmestynyt ensimmäinen osa, jossa esitellään yleisimpiä yksityisoikeuden kysymyksiä.

¹⁵ Nörr s. 20.

¹⁶ Ks. Nörr s. 21 s. Niinpä (1) Savignylle siveellisyys on käsite, joka viittaa kristilliseen valtioon. Siveellisyyden käskyt eivät tavoita ihmistä suoraan, vaan kristillisyyden kautta. Kantilaisittain tällainen käsitys edustaa (vasta) esikriittistä epookkia. Kantille itselleen siveellisyys – kategorisen imperatiivin muodossa – viittaa välittömästi yksityiseen ihmiseen ja vapaus individuaaliseen vapauteen. (2) Savignyllä oikeuden perustelu kiinnitetään kansaan, Kantilla indiiviidiin ja indiivien väliseen suhteeseen. (3) Kantin käsitteistössä velvollisuus on yhtä olennainen käsite kuin vapaus, mutta Savignyllä se ei ole lainkaan keskeinen. Ks. Nörr s. 22 ss. Kantille vapaus on velvollisuuden tunnistamista. Vrt. myös Kersting, joka korostaa omalla tavallaan samaa ulottuvuutta Kantin omistuskäsitystä tulkittaessaan. Omistuskäsitteellä rakennetaan nimenomaisesti porvarilliseen valtiotilaan astumisen velvollisuus – mikä on ylipäättäänkin tärkeää havaita, koska se viittaa perustavaan tasoon siinä, mihin kantilainen vapaus käsitteellisesti sijoittuu: rakentamaan velvollisuus (jos sitä katsellaan valtiotilasta käsin).

¹⁷ Nörr s. 24.

¹⁸ Nörr toteaa kyllä senkin, että Savigny ei toisaalta asetellut siveellis-kristillisiä perustojaan selvästi esille, joten hänen yksityisoikeuskäsitteensä vaikutti autonomiselta, ei heteronomiselta, ja substantiaaliselta eikä funktionaaliselta. Savignyn merkitys yksityisoikeudelle rakentuu erilaisten komponenttien yhteispelistä: yksityisoikeuden arvostamisesta sivistyshyvästä ja johtavana säätöelementtinä sekä autonomisen tahdon- ja vapaudenalueen korostamisesta. Ks. Nörr s. 24 s.

olekaan selkeä.¹⁹ Rückertin merkittävin panos Savignyn tulkintaan on tämän käsitteistön metafyyssisten piirteiden esiin nostaminen. Erityinen avain Savignyn ajatteluun on idealismi.²⁰ Varsinkin laaja Savignyn kielenkäytön erittely kertoo havainnollisesti siitä etäisyydestä verrattuna nykyiseen, joka sitoo Savignyn oman aikansa edustajaksi.²¹

Savignyn aikalaiskontekstissa esiintyi erilaisia idealismin variantteja. Rückertin mukaan Savigny seuraa idealisminsa perusmallissa metafyyssista, objektiivista idealismia. Niinpä Savignyn todellisuuskäsityksessä tosi ei ole vain empiiristä, ei vain ideoita tai normeja, vaan jotakin näiden takaista, ideali-soitua reaalisuutta. Yleinen ja absoluuttinen hallitsee konkreettia todellisuutta; maailma ilmentää itseään erilaisissa olemisissa ja muodoissa.²² Savigny olettaa, että on olemassa yhtenäinen kokonaisuus ja se kuvastuu kunkin todellisen yksittäisen olemisessa. Yksittäistä todellista voidaan kuvata kaksoismääreillä: olemus ja muoto, olemus ja ilmeneminen jne. Näissä on kysymys orgaanisista ulottuvuuksista. Olennainen on todellisessa yhtä todellinen ja annettu kuin pelkkä muutokin, satunnainen. Oikeudessakin on olemassa vain yksi oleva: oikea.²³

Savigny ei ilmaise ajatusmalliaan ohjelmallisesti.²⁴ Pääroolissaan Savignyn idealismi on ikään kuin erilaisina ajatusfiguureina, jotka näyttäytyvät konkreettisten kysymysten käsittelyssä.²⁵ Rückert puhuu metafysiikasta ”in action”.²⁶ Esim. tavanomaisella oikeudella Savigny ei tarkoittanut, että kaikki oikeus aina

¹⁹ Savignylle olennaista oli ”yhteisymmärrys olemisen merkityksen kanssa”. Käsitteillä ei Savignyn mukaan voinut laskea, mutta niillä voitiin tulla sellaiseen vakaaseen tulokseen, jossa ei ollut ”mielivaltaa” (Willkür). Ks. Rückert s. 374.

²⁰ Ks. Rückert s. 117 s. ja 121.

²¹ Savignyn käyttämät kielikuvat ovat usein uskonnollisia metaforia, jotka osoittavat samalla, minkälaisesta ajattelumaailmasta tietyt kohdat versovat. Ks. Rückert s. 233.

²² Rückert s. 237 ss.

²³ Olennaiseksi/olemukselliseksi nimetyt ulottuvuudet ovat korkeampaa laatua, jotakin parempaa. Niiden osuus ei ole ilman muuta nähtävissä. Tunnistaminen ei tule ilman havainnointia, mutta se ei toisaalta riitä. Korkeamman (aineksen) voimasta todellinen saa arvon. Olemisessa on mieli/merkitys. Molemmat voidaan tunnistaa ”havainnoimalla”, joka on objektiivista. Periaatteessa se on myös yksiselitteistä ja kaiken kattavaa. Ks. Rückert s. 240.

²⁴ Rückertin mukaan se voidaan koota Savignyn kielenkäytöstä. Esim. kokonaisuuden haku dokumentoituu universaali-lausumista, sellaisista kuin ”kaikki”, ”ei mikään” jne. Olemuksen/luonteen etsintä jäljitetään sanoilla ”todellinen oikeus-oikeus”, ”oikeus-varsinainen-elävä-objektiivinen” eli adjektiiveilla, joilla viitataan olemuksellisempaan kuin paljas asia. Rückert (s. 241) väittää, että Savigny on tässä pääsääntöisesti hämmästyttävän johdonmukainen. Rückertin mukaan (s. 280) (se) suuri, jota Savigny nimittää absoluutiksi, yleiseksi tms., määrää ”objektiivisesti annetun” eli ”luonnollisen” ja ”varsinais-historiallisen”. Näin Savigny yhtyi tässä mm. Hegeliin kaksoistorjumisessaan ja kritiikissään: hän vastustaa pelkkää empirismää ilman absoluuttia ja samalla hän asettuu väärää absoluuttia vastaan, mutta myös vastustaa ajatusta järjestä sisäisenä kokemuksena.

²⁵ Objektiivis-idealistisia piirteitä ja viittauksia on Savignylla sitä enemmän esillä, mitä etäämpänä ollaan arkipäiväisen lainopin teksteistä. Ks. Rückert s. 286 s.

²⁶ Rückert s. 303.

syntyy näin. Tavanomainen oikeus ei ole empiirinen asia, vaan idealistinen, kokonaisuusajatuksen liittyvä, absoluuttisuusvaateeseen sidonnainen ja kahdentamisen (Doppelung) käsitteistön alainen.

Savignyn erityisen logiikan toimintaa havainnollistavat oikeuden luonnetta koskevat poiminnat. Savigny erotti oikeudessa yleisen ja individuaalisen elementin ja historiallisessa perspektiivissä alkuperäisen ja johdetun, näkymättömän ja näkyvän. Näiden ohella hän käyttää erottelua oikeus ja todellinen oikeus, tai oikeus ja oikeus itse.²⁷ Rückertin mukaan näissä formuloinneissa on kysymys tautologioista, jotka viittaavat aina vain vähän erisuuntaisiin ulottuvuuksiin, joissa yleinen ja välttämätön konkretisoituvat. ”Luonnollinen, yleinen, alkuperäinen, näkymätön, todellinen” asettuu kaikkea sellaista vastaan, joka olisi riippuvainen vain maallisesta tahdosta. Savigny rakentaa barrikadia kaikkea rationalistis-volitiivista tai empiiris-poliittista oikeutta ja tapoja koskevaa oppia vastaan. Näin oikeus tahtona on sidottu objektiiviseen eikä sillä ole ilman tätä sidonnaisuutta mitään arvoa. Rückert sanoo, että kahdentaminen jo perustassa aiheuttaa ymmärtämisvaikeuksia, jos näitä raameja ei oteta huomioon, ja että nimenomaan ”tahto” näyttäytyy silloin kokonaan toisessa merkityksessä.²⁸

Positiivisen oikeuden idealisointi yleisten elementtien ilmenemismuodoiksi avasi laajoja konstruktio mahdollisuuksia tieteellisille systeemeille. Empiirises-ti annettua voitiin järjestellä korkeamman käsitteistön (käsitteen, järjestyksen) mukaan. Näin luotiin jonkinlainen ”ikiliikkuja”, sillä satunnainen ja välttämätön (oikeudessa) muokkaantuivat historian myötä.²⁹

Rückertin mukaan Savignyn paikoin erikoinen käsitteistö tulee käsitettävämmäksi kun otetaan huomioon viitatu idealistiset oletukset. Näin ymmärrettään esim. käsitteiden kansa, valtio ja oikeus suhteet.³⁰ Oikeus ei ole olemassa vasta valtion kautta, mutta se ilmenee vain ja vasta valtiossa. Näkymätön yhtenäisyys pitää vain tuoda näkyväksi tietoisten loogisten sääntöjen avulla. Doppelung-alkuoletuksillaan Savigny tavallaan ”torjuu” kaiken kritiikin, sen

²⁷ Kielenkäyttö kuvastaa sitä, että Savignylle oikeudessa on kaksi elementtiä tai kaksi puolta. ”Oikeus ei voi olla olemassa itselleen, itseään varten”. Kaikki erottelut johtavat takaisin välttämättömän ja tilapäisen erotteluun ja yhdistymiseen (yleinen ja ikuinen puoli ja tunnistettavissa oleva ehdollinen, ajallinen puoli). Rückert s. 309 s.

²⁸ Lisäksi perustan kahdentaminen teki käsitteistön argumentatiivisesti immuuniksi, siis siinä, että kaikki oli tavallaan aseteltu jo ensimmäisissä lauseissa, mutta ne taas säilyivät pimennessä (konkreettisemmalla tasolla). Rückert s. 310 s.

²⁹ Rückert s. 312.

³⁰ Savignylle valtio on ”henkisen kansa-yhteisön ruumiillinen muoto”; siinä näkymätön yhtenäisyys tulee näkyväksi. Sama koskee oikeutta. Henkisessä kansa-yhteisössä se esiintyy pikemminkin elävinä katsomuksina ilman loogista muotoa, mutta valtiossa se saavuttaa ”tuomarikunnan esityksen mukaisena elämän ja todellisuuden”. Valtio on kuitenkin aina vain ilmentymä korkeammasta, eikä se vielä yksin takaa oikeuden oikeutta (oikea-luonnetta). Samanaikaisesti Savigny kuitenkin torjuu oikeuden ulkovaltiollisen mahdollisuuden, sillä oikeus voi löytää täyden hahmonsain vain valtiossa. Ks. Rückert s. 312.

läpivieminen edellyttäisi perustojen esiin tuomista ja kiistämistä. Kun Doppelung-suhteet jäivät avoimiksi ja täsmällisesti määrittämättä, niiden avulla voidaan pyrittä loputtomiin yleisen ja erityisen suhteita (oikean ja satunnaisen). Doppelungit (kuten yleinen/individuaali, henki/hahmo, yhtenäisyys/lukuisuus, olemus/ilmentymä) toimivat kaikella painollaan ilman, että niitä varsinaisesti tuotaisiin keskustelupöydälle. Savigny tekee erotteluja, mutta ei erota asioita toisistaan – mikä siis viittaa juuri ajatukseen ”yleisen olemisesta yksittäisestä”.³¹

Oikeuden, siveellisuuden ja vapauden suhde on tärkeä ja samalla kiistanalainen kysymys Savigny-tulkinnossa, mihin jo Kiefnerin tulkinta edellä viittasi. Savignyn mukaan ”oikeus palvelee siveellisen voiman vapaata olemista”, joten näitä ei Savignynkään mukaan voi pitää kokonaan erillään. Oikeus on erilainen kuin siveellisyys, mutta toisaalta ne ovat yhteisessä päämäärässä sidotut toisiinsa.³² Savignylle oikeus on ”näkymätön raja”, mutta Savigny jättää avoimeksi sen, missä ja miten raja kulkee. Savigny sanoo vain, ettei se ole ”järjellinen yhteisymmärrys tai vain ulkoinen pakko”. Savignylle oikeus ei koskaan ole vain tahdon asia sellaisenaan. Savigny näkee siveellisuuden liittyvän välttämättä kristillisyyteen – ainakin länsimaaisessa kulttuurissa, eikä tämä ole valinnan asia, vaan historiaan ankkuroitunutta.³³

Savigny katsoo, että yksityinen on aina korkeamman kokonaisuuden jäsen.³⁴ Rückert toteaaakin, että Savignyn oikeuskäsitteessä ei ole kysymys positivistisesta käsitteestä. Pikemminkin Savigny harjoittaa ”luonnollisen” metafysiikkaa lainopissa.³⁵ Näin Rückertin tulkinta esittää Savignyn ajatusrakenteen varsin moniulotteisena, mutta samalla keskeiseltä perustaltaan sen tyyppisiin oletuksiin juurtuneena, joista varsinkin Savignyn tarkasteluille ja painotuksille rakentaneen konstruktiivisen suuntauksen ajatellaan selkeästi irtaantuneen. Toisaalta myös Rückert arvioi Savignyn jättäneen ajatusrakenteensa perustat sen verran

³¹ Ks. Rückert emt. s. 312 ss.

³² Rückert viittaa tulkinnassaan ensin tiettyihin Savignyn ja Kantin yhteisiin piirteisiin, kuten oikeuden luonnehtimiseen itsenäiseksi, ja erityisesti siihen, että kumpikaan ei enää johda oikeutta suoraan mistään tietystä siveellisestä periaatteesta (se vain palvelee, mitäkin). Mutta on myös eroa ja nimenomaan siinä, että Savigny sitoo molemmat (oikeuden ja siveellisuuden) erilaiseen yhteispäämäärään kuin Kant (jolla kyseessä on yhtäältä subjektiivinen järki ja praktisena postulaattina vapaus toimia yleisen lain mukaan).

³³ Savigny ei kehitele objektiivista yleistämällä subjektiivisesta järjellisestä autonomisesta pönöksestä, vaan ”historiallisesta” aivan erityisessä mielessä. Tässä Savigny eroaa perustavasti Kantista. Näin tullaan takaisin kysymykseen siitä, kuka yleistämisen tekee (juristisäätö). Ks. Rückert s. 364 ss.

³⁴ Tästä kehitään sitten perheen, kansan, valtion jäsenyys ja ajallinen jatkuvuus, siis kunkin ajan välttämätön oleminen menneen jatkona. Näin historiallis-empiirinen perhe-kansa-valtio on välttämätön ja yksityinen on todellisen vapauden haltija tämän jäsenenä, sen ymmärtävänä. Ks. Rückert s. 367 s.

³⁵ Rückert s. 421.

epäselviksi, että niistä seuraavia johtopäätöksiä ei välttämättä käytännöllisemmästä näkökulmasta tarvinnut ottaa huomioon.

6.2.1.2 Oikeuden syntyperusta ja oikeussuhteet

Savignyn ohjelmallisista kirjoituksista viitataan tyypillisesti kysymyksiin, joita tulee esiin Savignyn ja *Thibautin* kodifikaatiokiistaan liittyvässä artikkelissa.³⁶ Poimin tästä kirjoituksesta tietyn historialliselle koululle ja käsitelainopille yhteisen lähtökohdan, joka on mielestäni tärkeä edustamassaan käsityksessä oikeuden historiallisuudesta. Se myös kertaantuu jatkossa.

Savigny tarkastelee kodifikaatiokysymystä nimenomaan ranskalaisen valtakumouksen taustaa vasten ja valittaa ajattelun historiattomuutta. Valistusajattelun myötä hylättiin historian opetus ja kuviteltiin, että kaikilla lohkoilla voitaisiin saada nopeasti aikaan jotakin täydellistä. Erityisesti oikeustieteen alueella Savigny viittaa kuvitelmaan täydellisestä laista, joka jättäisi lainkäytölle vain mekaanisen soveltamisen tilan. Savignyn mukaan kysymys on perustaltaan siitä, mistä positiivisen oikeuden katsotaan syntyvän. Suuri osa saksalaisista juristeista katsoo oikeuden perustaksi valtiovallan asettaman sääntelyn. Tosiasiassa lainsäädäntö on kuitenkin vaihtelevaa ja satunnaista. Täydellinen tai aukoton lakikirja nähdään siis tarpeellisena, mutta on ilmeistä, että ainakaan Savigny ei pidä ajatusta realistisena.

Omaa kriittistä kantaansa pohjustaakseen Savigny esittelee oikeuden syntymistä kansan kulttuurin mukana. Hän vertaa oikeutta kieleen, mutta tulee myös tunnettuun jaotteluunsa siitä, miten oikeus yhtäältä elää kansan tietoisuudessa, toisaalta vähitellen ja vuorovaikutuksessa sen kanssa muodostuu tieteellisempi käsitys, jota kantaa erityinen juristiryhmä. Savigny kokoaa pohdiskelunsa siihen, että kaikki oikeus syntyy tavanomaisoikeudellisesti, mikä tarkoittaa sitä, että se ilmenee ensin tavoissa ja kansanuskomuksissa, sittemmin lainopissa, mutta joka puolella sisäisten, hiljaa vaikuttavien voimien, ei lainsäätäjän miellivallan (*Willkür*) kautta.³⁷ Kirjoitukseen sisältyykin paljon viittauksia sellaisiin aineksiin, joita Savigny ei – toisin kuin Kant – suinkaan ole valmis antamaan lainsäätäjän muotoiltavaksi.

Savignyn mukaan varsinaisen lain antamisen perusteet voivat olla hyvin erilaisia. Joskus tarkoituksena on olemassa olevan tilan muuttaminen poliittisten päämäärien mukaisesti. Savignyn mukaan tällaiset lait ovat usein hedelmätöntä oikeuden korruptiota ja niiden kanssa pitäisi olla säästeliäs. Kysymys on usein vain (oikeuden) muodosta ja säännökset joutuvat ristiriitaan muun oikeuskokonaisuuden kanssa. Vähemmän kyseenalaista on esim. asettaa lailla

³⁶ Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (s. 69–166 teoksessa *Thibaut und Savigny*).

³⁷ Savigny, *Beruf* s. 14/79.

selkeät aikarajat sellaiselle, joka (muutoin) on epäselvää (kuten vanhentuminen).³⁸

Tällaista osittaisvaikutusta ei kuitenkaan Savignyn mukaan tarkoiteta siinä aikalaieskustelussa, jossa lakia vaaditaan. Sen sijaan halutaan valtion harkitsevan koko oikeustilansa ja tarpeensa ja laittavan sen kirjalliseen muotoon, minkä jälkeen uusi kirja edustaisi ainoaa oikeuden lähdetä. Uuden lain sisältö ajatellaan saatavaksi järkioikeudesta, ilman mitään viittausta olevaan ja pysyvään. Enemmän praktista lainkäyttöä tuntevat ymmärtävät, että lakikirjassa pitäisi olla voimassa olevaa täydennettynä muutoksilla ja parannuksilla.

Oikeuden kirjaamisella lakitekstin muotoon on siis vaaransa. Savigny yltää kuvailemaan oikeuden kokonaisuutta kolmion vertauksella, jossa on tietyt keskeiset pisteet, jotka tekevät siitä sen, mikä se on. Tämäntapaisia ”pisteitä” ovat oikeudessa tietyt johtavat periaatteet, joiden tunteminen ja hallitseminen on tieteen vaikeimpia tehtäviä. Kun lakikirjaa ollaan antamassa aikana, joka ei näitä hallitse, tulos on huono ja heikko. Lakikirja voi uutuuden painotuksillaan jopa hämärtää kansan tietoisuuden ja siten heikentää sen henkisiä voimia.³⁹ Lain antaminen näyttää niin hankalalta tehtävältä, että sellaiseen on taitoa vain poikkeuksellisina aikoina.

Kiinnostavaa on se, mitä ja miten Savigny tässä yhteydessä kertoo oikeudesta Saksassa. Savigny toteaa itsestäänselvästi, että Saksassa on ”hyvin uusiin aikoihin asti” ollut yhdenmuotoinen porvarillinen oikeus käytössä, nimittäin *gemeines Recht*, maoikeuksien käytössä tosin enemmän ja vähemmän modifioituna. Päälähte tälle oikeudelle ovat Justinianuksen lakikirjat, vaikkakin niiden käyttö Saksassa on tietysti modifioitua. Saksalaisten juristien tieteellinen työ on ollut pääosiltaan suuntautunut tämän oikeuden käyttöön. Tämän jälkeen Savigny siirtyy kertomaan siitä, miten tätä vieraaksi väitettyä elementtiä on kritisoitu. Savigny puolestaan todistelee sitä, että roomalainen oikeus on kutoutunut pitkin matkaa saksalaisen oikeuden ainesosaksi. Roomalainen oikeus on ollut tärkeä juridisen metodin esikuva, mutta se on ollut myös historiallisesti *gemeines Rechtin* aines(ta).⁴⁰ Näin Savigny osoittaa roomalaisen oikeuden säännökset perustaksi, josta juridinen tarkastelu eri kysymyksissä lähtee liikkeelle. Tämä näkyy myös omistuksen synnyn tarkastelussa.

6.2.1.3 Varallisuus oikeudellisen oikeussuhteen edellyttämistä ja määrittämistä rajoista

Savignyn siviilioikeudellisia esityksiä lainataan varsinkin sellaisten piirteiden osalta, joissa muotoillaan subjektiivisen oikeuden varaan rakennettavan sulje-

³⁸ Savigny, *Beruf* s. 16/80 s.

³⁹ Savigny, *Beruf* s. 23/84 s.

⁴⁰ Ks. Savigny, *Beruf* s. 37 ss./92 ss.

tun oikeuden systeemin perustavia käsitteellisiä rakennuspuita. Edellä tarkastellut tulkinnat osoittavat, että tätä käsitteistöä ei tarvitse kiinnittää kirjoittajan oletettuun kantilaiseen taustaan. Päinvastoin Savignyn voidaan nähdä oletettavan oikeuden perustaksi aivan tietynlaisen kristillis-siveellisen yhteiskunnan.⁴¹ Joka tapauksessa on syytä tuoda esiin sitä, että Savignyn käsitteistön keskeinen elementti on oikeussuhde, joka kiinnittää tietyn instituution yhteiskunnallistaloudellisen ja oikeudellisen ulottuvuuden toisiinsa. Usein korostetaankin sitä, että oikeastaan vasta Puchtan edustamassa konstruktiiivisessa suuntauksessa oikeuden käsitesysteemi erotetaan erityiseen juridiseen johtamiseen sulkeutuvaksi järjestelmäkseen.⁴²

Mitä Savigny siis itse kirjoittaa erityisesti oikeudesta, oikeussuhteesta ja omistuksesta? Poimin seuraavassa Savignyn ”System”-teoksesta ainesta, jota Savignyltä tyypillisesti lainataan (aikalaisteksteissä ja myös sittemmin). En erittele Savignyn tekstiä kovin yksityiskohtaisesti. Tarkoitus on osoittaa lähinnä ne käsitteelliset puitteet, joihin omistuskysymys romanistisessa traditiossa sijoitetaan. Savignyn ohella tiivistän näitä puitteita Bernhard Windscheidin esityksestä. Omistuskysymyksen rönstylyä ja omistusperustelun käsittelyn muotoja tässä käsitteellisessä kehikossa esittelen jäljempänä tarkemmin muun oppikirjamateriaalin pohjalta.

Savigny tulee omistuskysymykseen ”System”-teoksen ensimmäisen osan toisessa kirjassa.⁴³ Jakso alkaa oikeussuhteiden olemuksesta ja lajeista (§52). Kysymys on samasta tekstikohdasta, josta Kiefner edellä viitatussa tulkinnassaan puhuu. Myös Savignyn oman tekstin mukaan näyttäisi ensin siltä, että oikeus turvaa vapausalueen eikä olisi siveellisyydestä(än) riippuvainen.⁴⁴ Tässä yhteydessä Savigny toisaalta myös erottelee oikeussuhteen materiaallisen ja formaalisen puolen ja puhuu siitä, miten kaikki ihmisten kesket suhteet eivät suinkaan ole oikeussuhteita (eivät kuulu oikeuden alueelle). Suhteita onkin kolmenlaisia: sellaisia, jotka kuuluvat oikeuden alueelle joko kokonaan, eivät lainkaan, tai kuuluvat osittain; ja esimerkkeinä ovat (vastaavassa järjestyksessä) omistus, ystävyys ja avioliitto.⁴⁵

⁴¹ Vrt. kuit. myös esim. Wieacker s. 385.

⁴² Ks. esim. Wilhelm s. 45 ss. ja Björne 1984 s. 154 ss.

⁴³ Savigny, *System des Heutigen Römischen Rechts*. I.Bd.(1840).

⁴⁴ Savigny kirjoittaa, että tärkein elementti siinä, millaisessa suhteessa ihminen on ulkoiseen maailmaan, on hänen suhteensa kaltaisiinsa. Kun vapaat olennot ovat tällaisessa suhteessa keskenään, kaikkien kehitys vaatii sitä, että kukin tunnustaa näkymättömät rajat, joiden piirissä kunkin olemisen ja toiminta saa turvatun ja vapaan tilan. Ne säännöt, joiden kautta nämä rajat ja niiden kautta vapaa tila määrätään, ovat (sama kuin) oikeus. Ja samalla on asetettu liittyvyys ja eroavuus oikeuden ja siveellisyyden välille. Oikeus palvelee siveellisyyttä, mutta ei niin, että se laittaisi täytäntöön siveellisyyden käskyt, vaan siinä, että se turvaa jokaiselle vapaan tilan, jossa kunkin tahto voi ilmetä. Savigny jatkaa, että oikeudella on itsenäinen olemassaoloperusteensa. Siten ei ole mitään ristiriitaa siinä, jos oikeus yksittäisessä tapauksessa antaa mahdollisuuden epäsideelliseen toimintaan. Savigny 1 s. 331.

⁴⁵ Savigny 1 s. 333 s.

Seuraavan pykälän (§53) Savigny aloittaa viittaamalla siihen, että oikeussuhteen olemus määriteltiin individuaalisen tahdon riippumattoman herravallan alueeksi. Niinpä on katsottava, minkälaisia tahdon vaikuttamisen kohteita ja alueita on (joihin herravalta on/ulottuu). Näin tullaan oikeussuhteiden lajeihin. Jakson keskeinen anti on näiden lajien erottelu, ei niinkään oikeuden mahdollinen muu perusta.

Savigny pohtii ensin pitkälti omaan itseen kohdistuvan oikeuden (käsitteellistä) hyödyttömyyttä ja päätty sitten tarkastelemaan kahta jäljellejäävää tahdon-herravallan kohdetta: epävapaita luontoa ja vieraita henkilöitä. Esineeseen kohdistuva on helposti esitettävissä, henkilöön kohdistuvaa täytyy käsitteellisesti syistä enemmän kehittää.⁴⁶ Tässä rakennetaan 1800-luvulle tunnusomainen yksityisoikeuden systematiikka: oikeudenlohkot. Savigny kokoaa näitä tarkastelujaan niin, että näin on löydetty kolme kohdetta, joihin tahtomme herravalta on mahdollinen ja samalla kolme piiriä, joissa tahtomme voi vaikuttaa. Nämä ovat:

- (1) alkuperäinen itse,⁴⁷
- (2) perheessä laajentunut itse, ja
- (3) ulkoinen maailma.

Savignyn mukaan saamme tästä oikeuden kolme pääaluetta: perhe-, esine- ja velvoiteoikeuden. Perheen piirissä mahdollinen tahtomme herravalta kuuluu vain osittain oikeuden alueelle (muodostaen perheoikeuden). Sen sijaan se tahdon herravalta, joka ilmenee ulkoisen maailman piirissä, kuuluu kokonaan oikeuden alueelle ja muodostaa varallisuusoikeuden, joka sitten edelleen jakaantuu esineoikeuteen ja velvoiteoikeuteen.⁴⁸

Olennaista on se, miten Savigny jatkaa. Hän kirjoittaa, että tällä tavalla erillisinä nämä oikeuksien luokat esiintyvät vain meidän abstraktiossamme. Todellisuudessa ne ovat monin tavoin toisiinsa kietoutuneena ja tässä jatkuvassa liikkeessä ja suhteissa vastavuoroiset vaikutukset ja modifikaatiot ovat väistämättömiä. Kun luokkia jatkossa tarkastellaan lähempää, täytyy myös modifikaatiot ottaa huomioon samoin kuin se erityinen kehitys, joka kuhunkin instituutioon positiivisessa oikeudessa liittyy.

Tämän perusrakenteen kehittelyn jälkeen Savigny siirtyy tarkastelemaan ensin perheoikeutta (§54–55), sitten varallisuusoikeutta. Kysymys on lohkojen juridis-käsitteellisen eron kehittelystä.

Savignyn mukaan perheen olemusosia ovat avioliitto, isänvalta ja sukulaisuus, ja kaikkien näiden suhteiden aines on luonnollinen suhde (Naturverhält-

⁴⁶ Ks. Savigny 1 s. 338 ss. Savigny esittelee tässä myös toisen puolen kehittelyn; siis sitä, miten ihminen toisalta on epätäydellinen, ja kahdessa suhteessa (s. 340 s.).

⁴⁷ Tätä tahdon ulottuvuutta ei kuitenkaan käsitellä varsinaisena oikeutena.

⁴⁸ Ks. Savigny 1 s. 344 s.

nis). Se on siis riippumaton positiivisen oikeuden määräyksistä (on välttämätön sinällään), vaikka sen kulloinenkin erityinen muotoilu eri kansojen keskuudessa on monenlainen. Samalla kun tämä (perhe)suhde on ihmiselle välttämätön, se on myös siveellinen suhde. Perheellä on näin kolme erottamattomasti toisiinsa liittyvää hahmoa, luonnollinen, siveellinen ja oikeudellinen. Tästä seuraa se, että perhesuhteet ovat vain osittain juridisia luonteeltaan. Savigny sanoo, että niiden juridinen puoli on jopa vähäisempi, kun taas tärkeämmät puolet kuuluvat muualle kuin oikeuden alueelle.⁴⁹

Savignyn muotoilussa ei näin tarvitse nähdä formaalisuutta sellaisen ”kal-seuden” merkityksessä, josta erityisesti käsiteläinopin rakennelmaa on kritisoi-tu. Pikemminkin Savigny edustaa ajatusta juridisten suhteiden rajoittumisesta (erityisesti perhesuhteiden alueella) vain tiettyjen puitteiden asettamiseen. Puit-teiden määreissä hän voi sinällään nähdä ongelmia, vastaavasti kuin noissa puitteissa varallisuus-oikeuden lohkollakin, mutta se on oma kysymyksensä.

Varallisuus-oikeuteen Savigny siirtyy (§56) vastaavasti viittaamalla ensin siihen, mihin edellä päädyttiin. Niinpä herravallan kohteena ovat esineet tai teot (Handlungen) ja näin perustetaan pääosiot: esineoikeus ja velvoiteoikeus. En-sin mainitun aineksena on hallinta eli faktinen herravalta esineeseen nähden. Oikeutena se näyttäytyy yksinkertaisesti ja täydellisesti omistuksen hahmossa (Gestalt des Eigentums) eli henkilön rajoittamattomana ja poissulkevana her-ravaltana esineeseen nähden. Savignyn mukaan omaisuuden olemukseen sisäl-tyy se, että jokaisella ihmisellä on halu (Beruf) epävana luonnon hallintaan. Sama halu on toisaalta tunnustettava muillekin ihmisille. Tästä vastavuoroises-ta tunnustamisesta syntyy indiuidien tilallisen sijoittumisen järjestämisen tar-ve, joka edellyttää yhteisön välitystä ja siis valtiota ja positiivista oikeutta. Savignyn mukaan valtio ajattelee tässä kokonaisherravallan haltijana, jonka tehtävänä on määritellä selkeät säännöt siihen, millä tavalla (tilan) jakaminen yksityisten kesken tapahtuu. Tässä on useita mahdollisuuksia. Savigny esittelee kolme tapaa, jotka ovat pikemminkin rinnakkaisia kuin vaihtoehtoisia.⁵⁰ Savig-nyn mukaan yksityisomistus ja yksityiskäyttö on kaikkialla hallitseva (muoto) ja ainoa, jonka kanssa yksityisoikeus on tekemisissä.

Savignyn esitys omistusoikeuden synnystä jää näin hyvin abstraktille tasolle. Ihmisillä on tarve luonnon hallintaan, mutta kaikilla olevan tarpeen tyydyttämi-nen edellyttää sääntöjä ja siis valtiota, joka voi ottaa käyttöön erilaisia malleja. Yksityisomistus on kuitenkin hallitseva malli ja osoittaa perustan, johon oikeu-dellinen tarkastelu keskittyy. Savignyn mielenkiinto edellä tiivistetyssä koh-

⁴⁹ Savigny toteaa mm., että hän ei oleta, että avioliiton olemukseen kuuluisi uskollisuus tai isänvaltaan kuuliaisuus. Nämä elementit ovat tärkeitä, mutta ne ovat vain siveellisyyden suojaamia, eivät oikeuden. Ks. Savigny I s. 349. Savignyn mukaan saammekin puolinaisen kuvan jonkun maan perhesuhteista, jos tarkastelemme vain voimassa olevia oikeussääntöjä, ottamatta huomioon siveellisyyden sääntöjä.

⁵⁰ Ks. Savigny I s. 367 ss.

dassa ei koske omistuksen syntytaustaa. Pääasiana on esitellä esineoikeus totaalisena herravallan alueena erotukseksi velvoiteoikeudesta. Mielestäni Savignyn tässä hahmottelema kertomus juuri viitteenomaisuudessaan osoittaa ennen kaikkea sitä, että varallisuussuhteiden oikeudellinen tarkastelu rakennetaan oikeudellisten, toisiin oikeudellisiin käsitteisiin rajautuvien käsitteiden varaan. Tätä runkoa kehitellään ja käsitteistö tarvitsee ehkä taustalle jonkin filosofis- tai historiallisluonteisen viittauksen, mutta sen sisällöksi riittää, että viittauksen kautta päädytään jollakin tavalla valtiotilaan, jonka voimassa olevasta oikeudesta sitten on kysymys ja jonka tieteellinen tarkastelu edellyttää systemaattisia käsitteitä. Savigny etenee käsitteistön hahmottelussa. Hän toteaa, että omistuksen ulkopuolella oleva yksityisen herravalta epävapaaseen luontoon ei ole ajateltavissa. Omistuksen sisälle voidaan kyllä ajatella lukuisia rajoitettuja herravaltoja, missä sitten on kunkin positiivisen oikeuden mukaisesti erityisten esineoikeuksien (iura in re) perusta. Kaikkia esineeseen kohdistuvia oikeuksia – omistusta ja iura in re -oikeuksia – kutsutaan yhdessä esineoikeuksiksi.

Esineoikeuden jälkeen voidaan määritellä varallisuus-oikeuden toinen lohko. Velvoiteoikeuden aineksena on partiaalinen herravalta vieraisiin toimiin. Näin määrittyy ja syntyy kaikki sellainen, jota kutsutaan vaihdannaksi (Verkehr). Velvoitteiden kohteiksi ovat sopivia vain sellaiset toimet, jotka materiaalisen luonteensa perusteella ovat henkilöstä erillisiä ja joita siten voidaan tarkastella esineiden tapaan.

Kun tämä kaikki kootaan yhteen, nähdään Savignyn mukaan läpikäyvä vastakohta perheoikeuteen. Kummassakaan varallisuus-oikeuden osassa aines ei esiinny kuten perheoikeudessa luonnollis-siveellisessä suhteessa. Perheoikeudellisilla suhteilla on siis sekoitettu luonto. Varallisuus-oikeudelliset suhteet sen sijaan ovat pikemminkin puhtaita, pelkkiä oikeussuhteita. Ne eivät kuulu ius naturaleen ja niiden olemassaolon tunnustaminen näyttäytyy vähemmän välttämättömänä, enemmän mielivaltaisena (ehdollisena, willkürlich) ja positiivisena kuin perheoikeuden instituutioiden. Toisaalta niiden oikeudellinen hahmo perustuu indiividin vapauden laajentamisen turvaamiseen, joten niiden säilyttämältä ja herravalta antaa varallisuus-oikeudellisille oikeusinstituutioille sisäl-
lön.⁵¹

Pitäisikö varallisuussuhteita koskevilla säännöillä olla siveellinen perusta? Savignyn mukaan niillä onkin, mutta ajatus edellä olevaan liittyen on se, että tämä ei ole oikeusjärjestykseen kuuluva asia, sille sellainen on vierasta. Savigny korostaakin eroa perheoikeuteen, jossa perhesuhteet ovat vain osittain oikeuden hallitsemia ja suuri osa säilyy siveellisyyden alaisena. Varallisuussuhteissa sen sijaan oikeuselämän herravalta on täydellinen eikä se millään tavalla palaudu siveelliseen tai epäsideelliseen oikeuden harjoittamiseen. Siksi rikas voi antaa köyhän menehtyä kieltämällä tältä avun tai käyttämällä ankarasti

⁵¹ Savigny 1 s. 370.

velkojan oikeuttaan. Apu, joka ehkä annetaan, ei tule yksityisoikeuden perustalta, vaan julkisen oikeuden lohkolta ja se kuuluu armeliaisuuslaitoksille, joiden ylläpitämiseen rikkaat voidaan kyllä pakottaa, vaikkei heidän osallisuutensa niiden ylläpitoon olekaan ehkä välittömästi havaittavissa.⁵² Savigny jatkaa, että näin säilyy se, että varallisuus oikeudella yksityisoikeuden instituutina ei ole siveellistä puolta.

Tässä Savigny siis esittää monesti lainatun, jonkinlaisena oikeuden kylmää, formaalia suhtautumista yleisemminkin edustavana nähdyn lausumansa (”rikas voi antaa köyhän menehtyä”).⁵³ Kun lausuman asiayhteys otetaan huomioon, se suhteellistuu. Savignylle kysymys juuri tässä yhteydessä on ensisijaisesti käsitteellinen ja koskee eri oikeudenlohkosten rakennepiirteiden erottelua.

Varallisuus oikeuden jatkossa (§57) Savigny ottaa uudestaan esiin sen, miten käsitteellisestä erosta riippumatta perhe- ja varallisuus oikeus kietoutuvat toisiinsa todellisen elämän tasolla monin tavoin. Tämä nähdään varsinkin historiasta. Myös nykypäiviin tultaessa lohkojen kesken on Savignyn mukaan palautevaikutusta, kuten myös sellaisia varallisuus oikeudellisia suhteita, jotka ovat mahdollisia vain perhesuhteissa.⁵⁴

Savigny asettelee hahmottelemansa oikeudenlohkot jonkinlaisena välitilinä luonnolliseksi kutsumaansa järjestykseen: ”puhtaat perhesuhteet” (sisältäen avioliiton, isänvallan, sukulaisuuden ja alustalaisuuden), esineoikeus (eli omistus ja iura in re), obligaatiot, sovellettu perheoikeus ja perintöoikeus. Tärkeätä on se, että Savigny kysyy erikseen, onko tämä luonnollinen järjestys samalla tarkoituksenmukainen oppijärjestys. Savignyn mukaan on ilmeistä, että perhesuhteisiin liittyvä tulee ymmärretyksi yhdessä. Toisaalta se sisältää varallisuus kysymyksiä, joiden hahmottaminen ilman edeltävää varallisuus oikeutta on mahdotonta. Näin Savigny päätyy siihen, että tarkoituksenmukaisin järjestys on esine-, velvoite-, perhe- ja perintöoikeus.⁵⁵

⁵² Savigny 1 s. 370 s.

⁵³ Esim. Björne 1986 s. 96.

⁵⁴ Tästä Savigny siirtyy ns. sovellettuun perheoikeuteen ja vielä perintöoikeuteen. Ks. Savigny 1 s. 380 s. Perintöoikeuden esittelyn jälkeen Savigny tulee erikseen jonkinlaiseen yleispiirteiseen kokoavaan jaksoon oikeusinstituuteista (§58). Hän toteaa, että oikeusinstituutti perustuu sisäiseen olemukseen, nimittäin ihmisen itsensä luonnon orgaaniseen yhteyteen. Kaikki muut ominaisuudet sen sijaan ovat alisteisia eivätkä ilmene koko oikeussysteemin perustana. Olennaiseen ainekseen kuuluu ennen kaikkea oikeussuhteen objekti eli se, minkä kautta se tulee tahdon alaiseksi. Toiseksi siihen kuuluu määrittely oikeutettuja vastassa olevien henkilöiden kautta, siis sen mukaan onko oikeus kaikkia vastaan suunnattu vai vain joitakin. Näin oikeusinstituutit voidaan jaotella ja järjestää: 1. kaikkia vastaan; näitä ovat esineelliset oikeudet ja perintöoikeus, ja 2. tiettyjä indiividejä vastaan; näitä ovat perhesuhteet ja velvoitteet. Tästä jaosta näyttäisi nousevan tietty yhteys perhe- ja velvoitesuhteiden kanssa, mutta yhtäläisyys on Savignyn mukaan pikemminkin ulkoista ja satunnaista, ei totta samanlaisuutta. Savigny 1 s. 387.

⁵⁵ Savigny 1 s. 388.

Lausuma tukee sitä, että Savignylle ns. viiden kirjan järjestelmä on vain tarkoituksenmukainen järjestys.⁵⁶ Samalla lausuma oikeastaan kiinnostavammin viittaa siihen, että perhesuhteilla ja perheyksiköllä on aivan erityinen siveellisyyden ja oikeuden liityntää rakentava ja ylläpitävä asemansa Savignyn käsitteistössä. Tämä perustuu kuitenkin nimenomaan siihen, että Savigny ajattelee ainakin länsimaisen ihmisen aina jonkinlaisessa perhesuhteessa olevaksi ja kristilliseen kulttuuriin sitoutuneeksi. Tätä kautta siis rakentuu tietty välttämätön siveellinen perusta viime kädessä myös varallisuussuhteille, vaikka se ei tämän lohkon omaan perustaan kuulukaan.

Edellä Savignyn lausumina poimitut jaottelut ovat monesta yhteydestä tunnettuja. Tärkeää tässä yhteydessä on myös se, mitä jätetään pois tai vain täsmentymättömäksi taustaksi. Näillä rajauksilla oikeuden tarkastelua hallitsevaksi, riittäväksi perustaksi muotoillaan oikeuden jakaminen oikeudenlohkoihin tiettyine siihen kuuluvine käsite-erotteluineen. Kysymys on samalla eri lohkoja hallitsevista, erilaisina nähdystä periaatteista, millä on tärkeä systeminen merkityksensä, mutta on syytä toisaalta korostaa, että perustelut erotteiluille ovat nimenomaisen käsitteellisiä. Ne luonnehdinnat eri oikeuksista, joita tästä lähtökohdasta tehdään ja toistetaan, liittyvät käsitteiden välisiin suhteisiin ja tässä yhteydessä koettuun erottamisen tarpeeseen. Niinpä systeminen yhteys osoittaa määrittelemään omistuksen täydelliseksi määräämisvallaksi ulkoiseen nähden (erotteluna muista määräämisvalloista), mutta siitä ei pidä sinällään lukea sitä, mitä omistaminen sisällöllisesti eri yhteyksissä kattaa tai rajautuuko se ehkä muilla perusteilla.

6.2.1.4 Historiallisen ja systemaattisen yhteydestä

Erityisesti Kiefnerin tulkinnassa korostuva Savignyn oikeussysteemin formaalisuus on kiistatta tärkeä puoli 1800-luvulla muotoiltavaa oikeuden systeemiä. Sen ohella on toisaalta perusteltua *Walter Wilhelmin* tapaan kiinnittää huomiota systeemin kääntöpuoleen eli sosiaalisten ja oikeudellisten suhteiden yhteenkietoutumiseen, jota Savigny niin ikään monella tavalla oikeussysteemissään edustaa.⁵⁷ Wilhelmin mukaan Savignyn spesifi metodiopillinen piirre on vaatia positiivisen oikeuden samanaikaista historiallista ja systemaattista ymmärtämistä: nämä kaksi ulottuvuutta on välttämätöntä yhdistää oikeuden ymmärtämiseksi.⁵⁸

⁵⁶ Näin esim. Björne 1984 s. 167.

⁵⁷ Wilhelm 1969 s. 123.

⁵⁸ Savignyn tarkoittama historiallisuus viittaa kohteen eli positiivisen oikeuden luonteeseen. Laki on yksityisoikeuden alueella jotakin sellaista, jolla vastavuoroisesti rajoitetaan yksityisiä tahtoja niin, että laki sitten on objektiivista, riippumatonta, kaikista individuaalisista pyrinnoista vapaata. Kaikkea tietoa objektiivisesti annetusta nimitetään historialliseksi tiedoksi ja siitä johdettua lainsäädäntötieteen pitää olla luonteeltaan historiallista. Filosofista oikeustiede taas on siinä,

Toisaalta myös Wilhelm huomauttaa siitä, että Savigny aloittaa sellaisen tarkastelun, joka käsitelainopissa sittemmin kukoistaa käsitteenmuodostuksena, jossa kaikki käsitteet ovat samalla tavalla juridisia.⁵⁹ Oppi orgaanisesta oikeusinstituutiosta, erottelu oikeussuhteen ja oikeusinstituution välillä samoin kuin systemaattinen ero oikeuslauseen ja oikeusmateriaalin välillä yhtäältä ja toisaalta oikeusinstituution ja oikeuskäsitteen välillä tulivat osin muuttuneessa muodossa perustaksi tuonaikaiselle ja -jälkeiselle juridiselle dogmatiikalle. Näin siis tapahtui Wilhelmin mukaan sekä romanistien että germanistien leirisä.⁶⁰

6.2.2 Windscheidin oikeussysteemin piirteitä

6.2.2.1 Lähtökohdat roomalaisessa oikeudessa

1800-luvulla muodostetun oikeussysteemin piirteistä puhutaan usein yleisesti ikään kuin koko vuosisataa leimaisi samantyyppinen ”käsitelainopillisen systeemin elämälle vieras juridinen konstruktivisuus”. *Helmut Coingin* mukaan 1800-luvulla oli kuitenkin nähtävissä kolme systeemikäsitettä: systeemi subjektiivisena annetun aineksen suunnitelmallisena järjestyksenä, systeemi objektiivisena asioitten järjestyksen kuvana ja systeemi lauseiden deduktiivisena perusteluyhteytenä. 1800-luvun oikeustieteen systeemi-ajatuksat Coing jakaa kolmeen erilaiseen vaiheeseen. Historiallinen koulu pyrki alkuvaiheessaan rakentamaan systeemin ikään kuin asioitten itsensä järjestystä heijastavana, missä asiat ymmärrettiin sosiaalisen elämän annettuna aineksena. Käsitelainoppi

miten se on systemaattista; kysymys ei ole niinkään ulkoisesta järjestyksestä, vaan sisäisestä yhtenäisyydestä. Ks. Wilhelm 1969 s. 124 ss. Ks. myös Böckenförde 1965 sekä Grawert 1987 erit. s. 442 ss. sekä Rückert 1993 erit. s. 69 ss.

⁵⁹ Ks. myös Wilhelm s. 28 ss., jossa Wilhelm tarkastelee yleisemmin historiallista koulua ja Savignyä sen edustajana. Koulun tarkoituksena oli puhua oikeushistoriallisesta tutkimuksesta tieteellisenä prinssiipinä ”unhistorisch”-tutkimusta vastaan, siis historiatietoiseen oikeustutkimuksen puolesta. Todellinen oikeushistoria toimii nykyisyyden palveluksessa osoittamalla, miten oikeus on nykyisen hahmonsaa saanut. Oikeushistoria ei itse ollut ”historiaa”. Vaatimuksia ei kuitenkaan varsinaisesti täytetty, mistä Wilhelm ottaakin esimerkiksi Savignyn ”Roomalaisen oikeuden historian keskiajalla”. Kun instituutioiden ja dogmien historiallista perustaa ei selvitelty huolella, tutkimus koski tosiasiaa vain ulkoista lähteiden historiaa. Tutkimuksissa ei siis ulotuttu tarkastelemaan menneen systemaattista yhteyttä nykyisyyteen. Näin jäätin historiaksi, ei päästy ”totaalihistoriaksi”. Wilhelmin mukaan historiallinen oikeusteoria ei näin antanut vastausta peruskysymyksiin oikeuden ja yhteiskunnallisen todellisuuden suhteista, vaan luiskahti teeseihin kansanhengestä ym. Oikeus nähtiin sittenkin jonkinlaisena objektiivisena tapahtumisena kokonaishistoriallisen todellisuuden sisällä (saarekkeena). Wilhelmin arvio on tiukka (ks. s. 36 s.). Hänen mukaansa historiallinen koulu ei ollut historiallista siinä mielessä kuin se itse tämän halusi ymmärtää, jos verrataan teoriaa ja käytäntöä toisiinsa: se ei täyttänyt kehityshistoriallista periaatettaan, vaan välitti paloittaista nykyisyydestä erotettua historiaa.

⁶⁰ Ks. Wilhelm s. 55 s.

taas kehitti systeemin juridisten peruskäsitteiden loogisena klassifikaationa. Tällöin positiivisen oikeuden lauseet ymmärrettiin ikään kuin työstettävänä tosiasioina. Vuosisadan lopussa juridista systeemiä perusteltiin lähinnä esteettisesti tyydyttävänä ”ikään kuin” (als ob) systeiminä. Systeemin ymmärrettiin lainaavan oikeussäännöille puhtaan loogisen alkuperän kuoren, vaikka todellisuudessa kysymys oli intressien kamppailun tuloksista.⁶¹

Savignyn ohella romanistisen oppikirjatradition oikeussysteemiä piirteitä ja niiden vakiintumista havainnollistavat osuvasti muutamat poiminnat Bernhard Windscheidin pandektioikeuden oppikirjasta.⁶² Savignyn tapaan Windscheid kertoo siitä, miten roomalainen oikeus on tullut saksalaiseksi.⁶³ Se ei tullut voimassa olevaksi Saksassa lainsäädäntöaktin kautta, vaan tavanomaisoikeuden tietä, ja lähemmin vielä, ei kansan käytännön myötä, vaan juristien käytännön kautta. Juristit asettivat roomalaisen oikeuden oikeudellisten ratkaisujensa ja oikeuslausuntojensa perustaksi, pääasiallisesti sen ylivoimaisen henkisen voiman takia, jota roomalainen oikeus heille edusti. Roomalainen oikeus ei näyttäytynyt vain yhtenä oikeutena vaan ainoana oikeutena. Ottaessaan roomalaisen oikeuden käyttöön saksalaiset juristit seurasivat yleisempää suuntausta, jota leimasi viittaaminen uudelleen löydettyyn antiikin kulttuuriin. Tämän ohella vaikutti myös ajatus siitä, että saksalaisen kruunun kantaja jatkoi roomalaisen keisarin valtakuntaa. Näin justiniaaniselle oikeuskirjalle annettiin sama

⁶¹ Ks. Coing 1969 s. 149 ss. ja 171.

⁶² Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 1. Bd. 5. Aufl.(1879). Rinnalla olen käyttänyt oppikirjan viimeistä painosta: Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 8. Aufl.(1900 Nachdruck). Windscheid puhuu jo aikaisempien painosten esipuheessa siitä, että BGB:n valmistuminen muuttaa tilannetta, mutta joutuu viidennen esipuheessa sanomaan, että oli liian optimistinen. Uuden painoksen on siis tehnyt tarpeelliseksi lähinnä uuden kirjallisuuden huomioon ottaminen ja joidenkin kantojen laajempi (tai suppeampi) perusteleminen; kysymys ei ole mistään uudelleentöstytyä painoksesta. 8. painoksen esipuheista nähdäänkin, että kuudes ja seitsemäs painos eivät olleet varsinaisia uudelleenmuokkauksia ja että viides painos on edustava Windscheidin aikaisemmista kannoista (siinä on mm. tärkeää omistusoikeusmääritelmämuunnelmaa). 8. painoksen teki tarpeelliseksi – sikäli kuin ylipäättään enää voitiin ajatella uutta painosta – tietysti BGB:n valmistuminen ja voimaan astuminen v. 1900. Painoksen julkaisija ja työstäjä Kipp on Windscheidin oppilas, joka kertoo pyrkineensä säilyttämään tekstin suurin piirtein ennallaan, pitkälti myös viitteissä; lyhennelty on lähinnä vain viittausmuotoa ja supistettu ratkaisuselostuksia. Mukaan on lisäksi otettu Windscheidin omia käsikirjoitusmerkintöjä hänen viimeisen painoksensa ”omakappaleesta”. Kippin varsinaisena tehtävänä on ollut BGB-vertailu, mutta myös joidenkin kohtien selventäminen. Kippin lisäykset (seitsemänteen painokseen verrattuna) on merkitty erikseen sulkuhakasilla.

⁶³ Windscheidin mukaan pandektioikeudella ymmärretään roomalaista alkuperää olevaa yhteistä (gemeine) saksalaista yksityisoikeutta. Hän jatkaa, että yhteinen saksalainen yksityisoikeus on sitä, joka pätee Saksassa Saksana ja Saksalle kokonaisuutena. Kohdan alaviitassa (1*) Windscheid ottaa esiin erään keskeisen käsitteistönsä ajatuksen tai piirteen. Tässä se näkyy yleisemmällä tasolla, mutta jäljempänä esim. omistuskäsitteen kohdalla. Windscheid nimittäin kirjoittaa, että gemein-oikeuden käsite koskee ylipäättään ja erityisesti oikeustieteessä olennaisen tärkeää kokonaisuuden käsitettä, sellaisena joka on suhteessa osiinsa itsenäinen, ei summa, vaan osien erillinen yhtenäisyys tai yhteys (als eines seinen Theilen gegenüber selbständigen Dinges, als eines Dinges, welches nicht die Summe, sondern die Einheit seiner Theile ist).

sitovuus kuin valtakunnan lainsäädännölle. Kun v. 1495 perustettu valtakunnan tuomioistuinkin (siis Reichskammergericht) viittasi roomalaiseen oikeuteen, ei tämä ollut enää mitään uutta. 1500-luvun puolivälissä roomalaisen oikeuden reseptio olikin Windscheidin mukaan jo toteutunut.⁶⁴

Windscheid erittelee tarkemminkin roomalaisen oikeuden voimassaolon tapaa, sitä että se ei ole yksittäisiltä normeiltaan sellaisenaan voimassa olevaa, vaan sellaisena kuin se on resipioitu. Merkittävää, vaikkakin tavallaan itsestään selvää esityksessä on se, että juristien asema tavanomaisoikeuden muotoajina todetaan avoimesti ja lakonisesti: juristit käyttävät ja tulkitsevat oikeutta ja nämä kerta kaikkiaan ottivat roomalaisen oikeuden toimintansa perustaksi. Voidaankin ehkä sanoa, että oikeuslähdeoppi, joka antaa tälle oman paikkansa, kuvastelee tapahtunutta. Se ei siis ole ainakaan keinotekoinen oppi, vaan pikemminkin turhankin realistinen. Tavanomainen oikeus tarkoittaa ja viittaa nimenomaan juristien toimintaan eikä kuten nykyisin, jolloin se liitetään ensisijaisesti johonkin kansan tai kansanosan tavanomaiskäytäntöön taikka ”vanhoihin tapoihin”.

Oikeutta koskevasta kirjallisuusjaksosta on tässä tarpeen mainita vain se, että Windscheid asettaa (§9) ehdottoman käänteen 1700–1800-lukujen vaihteeseen ja siihen, että oikeutta alettiin uudelleen tarkastella historiallisesti (geschichtlich). Muutos liittyy historiallisen koulun syntymiseen ja sen ohjelmalliseen ajatukseen roomalaisen oikeuden uudelleen löytämisestä ”vuosisatoja kestäneessä kehityksessään”: koulun perustaja oli *Hugo*, mutta suurin nimi Savigny.⁶⁵ Windscheid viittaa myös historiallista koulua vastaan esitettyyn kritiikkiin, mutta ei pidä sitä osuvana. Olennaista tässä historiallisuuden korostamisessa on se, että sillä ei edes viitata mihinkään tapahtumien historiaan tai jonkin aidon, mutta unohtuneen germaanisen historian esiin nostamiseen. Historialla viitataan yhteiskunnan rakentumiseen oikeudellisena käsitteellistämisenä. Tällaisesta näkökulmasta käsin roomalainen oikeus juristien ajatusrakenteina on ”luontevan” historiallinen.

6.2.2.2 Esineoikeuden rakenteet ja jaottelut

Edellä Savignyn ajatuksien tarkastelussa havaittiin oikeudenlohkojen erottelun merkitys oikeudellisen tarkastelun alueen määrittämisessä ja siten myös omistuskysymyksen rajaamisessa. Myös Windscheidin esityksessä on omistuskäsi-

⁶⁴ Windscheid I s. 1 s.

⁶⁵ Windscheidin mukaan historiallinen koulu eroaa 1500-luvun edeltäjistään ”durch die Energie ihres Bestrebens, die Rechtssätze als das Produkt in den thaatsächlichen Verhältnissen liegenden Kräfte und Bedürfnisse zu begreifen und auf diesem Wege ihr inneres Leben zu ergründen, und durch die gesteigerte Aufmerksamkeit auf die scharfe Ausprägung der Begriffe und auf den Nachweis des systematischen Zusammenhanges zwischen den einzelnen Sätzen des römischen Rechts”. Vm. mielessä Windscheid mainitsee erityisen ansiokkaana Puchtan.

tysten sijoittumisen ja muodon kannalta olennaista se, millä yleisemmillä käsitteillä tarkasteltava konkreettinen aines jäsennellään ja jaotellaan.⁶⁶ Teksti osoittaa havainnollisesti sen, että oikeuden käsitteellisinä rakenteina ovat vakiintuneet erityisesti esineen ja hallinnan käsitteet sekä esineoikeuden lohkon keskeisjaotteluna erottelu omistusoikeuteen ja toisen esineeseen kohdistuviin rajoitettuihin oikeuksiin. Esimerkiksi esine ja hallinta eivät käsitteinä olleet selviä tai kiistattomia, mutta ne olivat kategorioita, joiden puitteissa esineoikeuden lohkoa oli tarkasteltava.

Windscheidin esineoikeus alkaa yleisellä esineen käsitteellä ja merkitystä koskevalla jaksolla.⁶⁷ Windscheid toteaa (§137), että esineoikeus käsittää peruslauseet esinettä koskevista oikeussuhteista. Esineen käsitteen määrittämisessä on lähdettävä siitä, että esineellä ymmärretään yksittäistä järjettömän luonnon osaa (das einzelne Stück der vernunftlosen Natur). Esineen käsitteeseen kuuluu siis reaalin eksistenssi, ruumiillisuus (aineellisuus). Positiivinen oikeus voi kuitenkin kohdella aineellisia myös ajateltuja asioita, siis kohdella niitä oikeussuhteiden kohteina.⁶⁸ Jos näin todella on, voidaan siinä yhteydessä puhua aineettomista esineistä. Windscheid etenee erilaisiin tyypillisiin esineiden jaotteluihin; yksinkertaiset ja yhdistetyt (§138), irtaimet ja kiinteät (§139), kuluvat ja kestävät (§140), individuaalisesti määritellyt ja lajiesineet (§141), esineosat (§142), liittännäiset (§143), orgaaniset tuotteet ja hedelmät (§144).

Windscheidin teksti osoittaa havainnollisesti tärkeän piirteen, joka erottaa 1800-luvun konstruktivisen suuntauksen (käsitelainopin) traditionalistisista oppikirjoista. Esine ja sen käsittely abstrahoidaan ja systematisoidaan niin, että enää ei siirtyillä esineryhmästä toiseen, vaan esitellään nimenomaan niitä käsitteellisiä jaotteluita, joilla vaihtelevaa ainesta voidaan jäsentää. Vaikka tämä on

⁶⁶ Omaa esitysjärjestystään Windscheid perustelee lyhyesti sillä, että kaikki yksityisoikeus koskee kahdenlaista kohdetta. Se järjestää 1) varallisuussuhteita ja 2) perhesuhteita, joten pääjako on varallisuus- ja perheoikeus. Näin varallisuus- ja perheoikeuden kohteena on a) oikeussuhteet esineisiin (an Sachen), ja b) oikeussuhteet henkilöiden välillä, vaadeoikeudet eli obligatiot. Varallisuus- ja perheoikeudella on lisäksi kaukaisempi kysymys vastattavanaan, nimittäin, mikä on kuoleen omaisuuden kohtalo. Tämä muodostaa perintöoikeuden. Ks. Windscheid I §13/s. 36 s. Windscheid viittaa myös keskusteluihin siitä, pitäisikö oikeuden systeemi rakentaa oikeuksien (oikeussääntöjen sisällön luonnollisen yhteyden varaan, joka heijastuu oikeuksina) vai oikeussuhteiden varaan (jolloin ratkaisevia olisivat elämänsuhteet, jotka oikeussääntöjen kautta tulevat järjestetyiksi).

⁶⁷ Windscheidin teoksen ensimmäinen kirja ”oikeudesta yleensä” koskee oikeuslähteitä, oikeuden tieteellistä käsittelyä, oikeuden kohdetta ja aluetta; toinen kirja ”oikeuksista yleensä” oikeuksien käsitettä ja lajeja, oikeussubjektia, oikeuksien syntymistä ja lakkaamista sekä oikeuksien käyttämistä ja suojaa. Tässä tarkasteltava kolmas kirja keskittyy esineoikeuteen.

⁶⁸ Windscheid I/8. painos (Kippin lisäys) osoittaa tähän yhteyteen pohdittavaksi kysymyksen johdossa kulkevan sähkön luonteesta aineellisenä esineenä. Kysymyksen ratkaiseminen sinällään kuuluu tuomarille, mutta on kiistanalaista (luonnontieteellisesti) mitä sähkö on; jos se kuitenkin todistetaan aineelliseksi, juristien on se hyväksyttävä. Mutta niin kauan kuin sitä pidetään vain ilmiönä aineessa, se ei oikeudellisesti ole aine.

”aivan näkyvillä”, sillä on merkitystä siihen, mitä esim. omistusoikeudesta sanotaan tuollaisessa kokonaisuudessa.

Windscheid osoittaa oikeudellisen tarkastelun lähtökohdaksi sen ymmärtämisen, että aineellinen ja oikeudellinen esine ovat käsitteellisesti eri asioita. Oikeus näyttäisi voivan kohdella esineinä jokseenkin mitä vain. Myöhemmin kuitenkin tarkentuu se, että esine joka tapauksessa on ajateltava sellaiseksi, joka voi olla määräämisvallan kohteena. Näin oppi siitä, mikä esine on, kiteyttää osaltaan ihmisen ja luonnon välisen suhteen klassisessa systeemin rakennuspuun mielessä, ja näkee sen ihmisen määräämisvaltaana kaikkeen itseensä nähden ulkoiseksi ymmärrettyyn.

Esinettä koskevien oikeussuhteiden (§145) aluksi Windscheid toteaa, että esineet on määrätty palvelemaan inhimillisten tarpeiden tyydyttämistä ja inhimillisten päämäärien saavuttamista. Se oikeudellinen muoto, jossa tämä tapahtuu, on säännönmukaisesti se, että esine on määrätyn indiividin yksinomaisen ja muiden tahdon poissulkevan tahdon alainen. Jos oikeutetun tahto kattaa esineen sen kaikkien suhteiden kokonaisuudessa, kutsumme oikeussuhdetta omistusoikeudeksi; jos se kattaa sen vain yhdessä tai joissakin suhteissa, puhumme oikeudesta vieraaseen esineeseen. Mutta jo pelkkä tosiasiallinen tahdon päteväksi tekeminen esineeseen nähden, hallinta, on oikeussuhde, jolla on tärkeitä oikeudellisia seurauksia.

Windscheidin tekstissä korostuu tahtoelementti koko esineoikeudellisen käsitteistön perustana ja oikeuksien erottelukriteerinä, mukaan lukien perusero omistusoikeuden ja vierasta esinettä koskevien oikeuksien välillä. Erottelun kriteerinä on se, kattaako tahto kaikki vai vain jotkut esineeseen liittyvät suhteet. Määritelmien esinekeskeisyydestä huolimatta voidaan sanoa, että esim. Windscheidin muotoilu ei suinkaan pyri esittelemään sellaista ajatusta, jossa oikeuksien tai omistusoikeuden katsottaisiin muodostavan jotenkin persoonallisen suhteen ihmisen ja esineen välille.⁶⁹ Sen sijaan koko esineoikeus perustuu abstraktille esinekäsitteelle, mikä tarkoittaa sitä, että periaatteessa mikä tahansa (aineellinen tai sellaisena pidettävä) voi olla oikeuden kohteena. Esineoikeuksien sisällä taas ratkaiseva erottelukriteeri on kokonaisuus/osat tai ulottuvuudet. Se, mikä tätä erottelua määrittää on tahto. Ihminen–luonto-suhteessa ratkaiseva lähtökohta on ihminen, joka määrittyy tahdonvallan haltijana, kun taas luonto asettuu esineeksi järjellistä tahtoa vailla olevana ja siten tahdonvallan kohteena.

Varsinaisista luvun asioista Windscheid käsittelee ensiksi hallintaa (§148). Esineen hallitseminen tarkoittaa sitä, että se on tosiasiallisessa vallassa ja tämä tosiasiallinen valta voi olla oikeudellisesti oikeutettu tai sitten ei, hallinnan käsitteelle tällä ei ole merkitystä. Windscheid kirjoittaa edelleen, että vaikka hallinta ei ole oikeus, sillä on oikeudellisia seurauksia ja tässä suhteessa voidaan erottaa erilaisia hallinnan lajeja. Esimerkiksi haltija voi pitää esinettä

⁶⁹ Vrt. edellä (jaksossa 3) kritisoitu Hecker.

itseään varten tai toisen lukuun. Tärkeä on tässäkin se kriteeri, jonka Windscheid osoittaa. Hän toteaa, että hallinnalla, josta puuttuu haltijan tietoisuus ja näin ollen kaikki tahto, ei ole oikeudellisia seurauksia; se on vain oikeuksille yhdenmukainen tosiasia.

Tahtoelementti on siis ratkaiseva myös hallinnan käsitteelle. Toisaalta hallinta on käsitteenä tärkeä faktisen ja oikeudellisen rajan asettelussa.

6.2.2.3 *Erottelu omistus/toisen esineeseen kohdistuvat oikeudet*

Jaksossa ”oikeudet esineeseen yleensä” (§165) Windscheid viittaa jo kertonmaansa pääjakoon esinettä koskevissa eli esineellisissä (dingliche) oikeuksissa, nimittäin jakoon omistusoikeus/oikeudet vieraaseen esineeseen.⁷⁰

Omistusta Windscheid tarkastelee selvittämällä ensin (§167) käsitteen, sisälön ja kohteen.⁷¹ Windscheidin esittämä määritelmä on pikemminkin selitys. Windscheid kirjoittaa (§167), että omistukselle on tunnusmerkillistä, että jollakulla on (aineellinen) esine omanaan, ja se on omana oikeuden perusteella; tästä syystä omistuksen sijasta puhutaan tarkemmin omistusoikeudesta.⁷² Ja Windscheid jatkaa, ”mutta että jollakulla on esine omanaan, tarkoittaa sitä, että hänen tahtonsa on siihen nähden määräävä sen suhteiden kokonaisuudessa. Tämä osoittaa kahteen suuntaan: 1) omistaja saa määrätä esineestä miten haluaa, 2) toinen ei saa määrätä omaisuudesta ilman omistajan tahtoa (positiivinen – negatiivinen omistuksen puoli)”.

Tahtoelementti esiintyy siis erottelevana kriteerinä, mutta keskeistä ei tässä ole niinkään esineeseen kohdistuvuus, vaan erottelu omistajan/ei-omistajan välillä.

Vasta tuon jälkeen Windscheid etenee esittelemään omistusoikeutta ja sen ulottuvuuksia oikeutuksina. Windscheid kertoo, että ”voidaan luetella yksittäisiä oikeutuksia, jotka omistajalla omistuksen käsitteen perusteella on, esim. oikeutus käyttää ja nauttia esinettä, oikeutus sulkea jokainen vaikutta-

⁷⁰ Windscheid viittaa siihen, että roomalaisilla oli omistusoikeutta varten kaksi ilmaisua, *proprietas* ja *rerum dominium*, mutta että *dominium*-ilmaisua käytettiin myös laajemmassa mielessä; ja että vieraita esineitä koskeville oikeuksille roomalaisilla ei ollut erityistä teknistä nimitystä. Näin Windscheid tavallaan sivumennen myöntää sen, että jako omistusoikeus/oikeudet vieraaseen esineeseen on keskeisjakona vasta myöhempää perua.

⁷¹ Windscheid viittaa tässä Gesterdingin esitykseen (v. 1817) omistusta koskevasta opista, Pütterin esitykseen omistuksesta saksalaisen oikeuden mukaan (v. 1831) sekä Schmidin *Handbuchiin* (v. 1857).

⁷² Windscheid kertoo alaviitteellä, että jotkut haluavat erottaa omistuksen ja omistusoikeuden, ja että Leist yrittää perustella ajatusta omistussuhteen riippumattomuudesta positiivisen oikeuden auktoriteetista; että se olisi luonnollinen, faktisesti olemassa olevan vaihdannan organismi, joka ei antaisi mitään oikeuksia, mutta kylläkin materiaalisia oikeutuksia. Windscheid ei hyväksy tätä, eikä siis asetu kannattamaan Leistin ajatuksia. Huomionarvoista on se, että Leist nojautuu kansantaloustieteen tutkimuksiin ja korostaa tältä pohjalta omistusoikeuden yleisenä perusteluna kunkin oikeutta oman työnsä hedelmiin. Ks. Leist s. 14 ja 20 ss.

masta esineeseen, oikeutus vaatii se takaisin jokaiselta kolmannelta, oikeutus määrätä sen oikeudellinen kohtalo (luovutusoikeutus, Veräusserungsbefugnis). Mutta ei voida sanoa, että omistus koostuisi summasta yksittäisiä oikeuksia, että se olisi yksittäisten oikeutusten yhdistelmä. Omistus on esinettä koskevien oikeuksien täyteys (die Fülle des Rechts an der Sache), ja yksittäiset siinä erotettavat oikeutukset ovat vain ilmauksia ja manifestaatioita tästä täyteydestä”.

Alaviitteellä Windscheid täsmentää vielä omaa paikkaansa omistuksen oikeuksien tai oikeutusten luonteesta käytävässä keskustelussa. Hän kertoo, että hän kirjansa aikaisemmissa painoksissa (painoksissa 1–4) käytti korostusta, jonka mukaan omistus ei ole yksittäisten esineeseen nähden ajateltavissa olevien oikeutusten summa, vaan niiden kokonaisuus tai yhteys (Einheit), kuten jokainen ”Einheit” on erotukseksi osistaan itsenäinen olemus, joten omistus on toinen oikeus kuin sen yksittäiset oikeutukset. Windscheidin mukaan tämä muotoilu on edelleen aivan oikein, mutta siinä pitää vain varoa sitä väärinymmärrystä, että oikeutukset olisivat prius ja omistus posterius. Windscheid korostaa näin kaikin tavoin sitä, että omistuksen käsitteen määrittämisessä ei voida lähteä yksittäisistä oikeutuksista. Omistus ei muodostu siitä, että oikeutusten lukuisuus kootaan yhtenäisyydeksi, vaan päinvastoin yksittäiset omistusoikeutukset ovat olemassa vain omistuksen voimasta.

Tässä Windscheid siis tuottaa ajatuksen omistusoikeuden ja muiden oikeuksien kategorisesta eriluontoisuudesta, sillä omistuksen näin korostaminen on samalla eron tekemistä vierasta esinettä koskeviin oikeuksiin (yksittäisinä, erotettavissa ja määritettävissä olevina oikeuksina).

Windscheid jatkaakin, että omistus sellaisenaan on rajaton (rajoittamaton), mutta se kestää rajoituksia (”als solches schrankenlos, aber es veträgt Beschränkungen”). Niiden suhteiden kokonaisuudesta, joissa esine omistuksen perusteella on oikeutetun tahdon alainen, voidaan erityisellä oikeuden teolla yksi tai useampi suhde ottaa erilleen ja ottaa pois omistajan tahdon alaisuudesta. Tämän kautta omistaja ei lakkaa olemasta omistaja, hänellähän on koko ajan oikeus, joka sellaisenaan tekee hänen tahdostaan ratkaisevan esineeseen nähden sen suhteiden kokonaisuudessa ja joka osoittaa hänelle erityisen oikeutuksen kaikkiin esinettä koskeviin ajateltavissa oleviin oikeutuksiin. Jos omistuksen rajoitus lakkaa, laajenee omistus heti takaisin koko täyteyteensä.⁷³

Windscheidin muotoilu on ehkä kielellisesti kankea, mutta juuri tällaisena juristisena koukeraisuutena se toisaalta tuo varsin havainnollisesti esiin abstraktin ajatuksen esineen tahdonalaisuudesta.

Windscheid osallistuu alaviitteissä (edellä viitatus 2:n ohella erityisesti viitteissä 5 ja 7) omistuskäsitteen määrittämisen vaikeutta koskevaan pohdiskeiluun, jonka olennainen lopputulema Windscheidin kannalta on kuitenkin se,

⁷³ Windscheid 1 s. 519 s.

minkä hän itse tekstissä esittelee. Kiinnostavaa on se, millaisia ehdotelmia Windscheid omistuskeskustelusta mainitsee, mutta hänen arviossaan ne jäävät hänen itse valitsemaansa muotoiluun huonommiksi, koska ne jätetään vain alaviitekeskusteluksi.⁷⁴

Windscheid esittelee muutaman omistuskäsitteen määrittelyehdotuksen⁷⁵, mutta hän ei kommentoi ehdotuksia eikä myöskään asetu niitä kannattamaan. Joka tapauksessa olennaista ehdotuksissa ei nähdäkseni ole se koukeroinen sanamuoto ja esine-ruumis-kieli, jota käytetään, vaan yleisajatus esineestä kohteena, joka on ihmisen tahdon alainen erityisellä totaalilla tavalla. Sellaisena se halutaan luonnehtia jotenkin ihmisen persoonan ja tahdon välittömäksi jatkeeksi ja ilmaisupaikaksi. Kysymys on Hegelin suuntaisesta ajatuksesta, jossa ihminen persoonana ilmenee tahtona ja määräämisvaltana ulkoisessa esineessä. Kaikissa ehdotuksissa yritetään hahmotella omistusoikeus jonakin luonnoltaan muista oikeuksista eroavana.

Girtannerin määritelmä on viimeinen määrittelyehdotus, jonka Windscheid mainitsee luettelossaan määritelmistä.⁷⁶ Seuraavaksi esiteltävät ehdotukset luokittelevat eri ryhmään, sillä Windscheid käyttää ilmaisua ”vertaa”. Tässä hän viittaa ensiksi *Leistiin*, jonka mukaan omistuksessa subjekti ”identifioi” esineen tai esine ”geht im Individuum auf”. Windscheid jatkaa lainauksella, että

⁷⁴ Alaviitteessä 5 Windscheid korostaa sitä, että omistuksen täydelliseen definitioniin täytyy ottaa mukaan kategoria ”an sich”. Windscheid toistaa, että ”omistus on jokainen oikeus, joka sellaisenaan tekee oikeutetun tahdon määrääväksi esineen kokonaissuhteissa”. Windscheid viittaa uuden ajan hankaluuksiin määrittää omistusoikeus silloin, kun siitä puuttuu joitakin esineeseen nähden ajateltavissa olevia oikeutuksia. Tähän liittyen hän mainitsee myös oman aikaisemman viitteensä (numeron 2, jossa selostettiin suhdetta varhaisempien painosten Einheit-määreeseen) sekä luettelee omalla kannallaan olevia kirjoittajia. Hän esittelee myös erilaisia muita käsite-ehdotuksia, mutta ilman että tästä esittelystä voisi tarkasti sanoa, miten Windscheid mihinkin yrittelmään suhtautuu. Lienee katsottava, että ne eivät asetu ainakaan sille tasolle, jota hänen omansa edustaa, koska hän on korjannut määritelmänsä, mutta ei niiden suuntaisesti. On siis syytä muistaa, että Windscheidin mukaan omistuksen tekee se, että oikeutetun tahto on ratkaiseva esineen kaikkien suhteiden kokonaisuudessa, ja että omistusoikeus on esineeseen olevan oikeuden täyteys, joka nimenomaisesti ei ole oikeutusten summa, vaan jotain niitä edeltävää ja niistä itsenäistä, mutta samalla sellaista, jota ei voida oikeutuksina luetella, joka on siis määrittämätön, tietyllä tavalla ”äätetön”, siinäkin mielessä, että sitä voidaan rajoittaa, mutta se ei muuta sen luonnetta an sich.

⁷⁵ Niinpä Böcking näkee omistuksen olemuksen ”abstraktisuudessa ja subjektin aineelliseen esineeseen olevassa yksityisoikeusherravallassa, joka on lukuisiin määräämisiin kelpoinen Unbestimmtheit”. Esine on pelkästään ja totaalisesti tahdon kohteena. Wirth sen sijaan ajattelee avun tulevan siitä, että omistusoikeus kuvataan ”pertinenssisuhteeksi” erotukseksi herravaltaisuhteesta; esine on siten tietyssä mielessä persoonallisuuteni osa, pidennetty/laajennettu ego. Samaten Bring kirjoittaa, että omistusoikeus on aineellisen esineen oikeudellinen liitos persoonaan, luonnon-ruumiin oikeusominaisuuksiin täyttynyt esineen sidos persoonaan, persoonan ominaisuus. Pagenstecher määrittelee omistuksen ”esineen ruumiin täyttäväksi persoonan oikeudelliseksi vallaksi”. Hän ei halua lainkaan puhua omistusoikeudesta ja omistajan oikeuksista, vaan omistuksesta kumpuavat oikeutukset tulevat ”oikeuksiksi” vasta, kun ei-omistaja saa ne.

⁷⁶ *Girtannerin* mukaan omistus on oikeus määrätä esineestä ja esineestä määrääminen (die Bestimmung der Sache) on sitä, että esine on pelkkä oikeudellisen tahdon objekti. Vrt. myös *Girtanner* (1859).

”omistussuhteen perusta on työ... jonka kautta esine materiaalisesti ja substanssiltaan subjektivoituu, ja sitten taas edelleen yleisymmärrettävästi subjektivoituneena objektivoituu”; ”esine on materiaallinen ja definitiivisesti persoonaan liittynyt”; ”esine on täydellisesti assimiloitunut subjektiin”; ”ihminen absorboi samalla substanssin, hän ottaa esineestä sen objektiivisen itsenäisyyden ja siirtää sen substanssin itseensä”. Windscheid ei kommentoi näitäkään ilmaisuja, mutta määrittelyehdotusten jatkeena ne lienevät esimerkkinä kielenkäytöstä, jota Windscheid ei kannata. Windscheid esittää Leistin muotoilun edeltävien ehdotusten jonkinlaisena päätepisteenä. Siinä ei tässä yhteydessään ole kysymys erityisestä työperustelun esille ottamisesta. Se ei siis ole se syy, miksi Windscheid siihen viittaa. Windscheid vain toistaa Leistin erilaisia kuvailuja subjektin ja esineen erityisestä liitoksesta, jossa tavoitellaan sanoa sitä, että omistussuhteessa esine olisi jonkinlainen henkilön osa; että omistuksessa henkilön ja esineen liitos on jollakin tavalla erottamaton.

Windscheid jatkaa vielä keskustelun vivahteiden esittelyä viittaamalla uudemmalla ajalla useasti esitettyyn käsitykseen, jonka mukaan omistus eroaisi muista esineellisistä oikeuksista vain näitä suhteellisesti suuremman laajuutensa perusteella. Tähänkin Windscheid tyytyy mainitsemaan kaksi ratkaisuehdotusta. Ensimmäisen mukaan tässä on sekoitettu määritelmäkeskusteluun toinen ajatus, nimittäin se, että jokainen positiivinen oikeusjärjestys voi asettaa omistukselle rajoituksia.⁷⁷ Toisena ratkaisuehdotuksena on esitetty käsitys, jonka mukaan omistukseen tehtyjä rajoituksia ei nähtäisikään omistuksen rajoituksina, vaan (omaisuuden) käyttämistä koskevin rajoituksina.⁷⁸

Näin ollen Windscheidin erityisesti alaviitteessä 7 käymä keskustelu on kokonaisuudessaan ennen kaikkea keskustelua siitä erityisestä kriteeristä omistumääritelmässä, jolla omistusoikeus voitaisiin erottaa muista oikeuksista. Windscheid itse katsoo, että kategorinen ero on pidettävä. Windscheid ei kuitenkaan varsinaisesti mene mukaan viittaamiinsa persoona-esine-mystifiointeihin, vaan pitäytyy omistajan tahdon ja omistuksen esinekokonaisuutta koskevien kaikkien oikeuksien kriteereissä: omistusoikeus on tahdonvaltaa, jota ei voida yksittäisinä oikeuksina luotella. Juuri tässä se eroaa muista määräämisvalloista esineeseen. Omistusoikeudesta muodostuu näin esineoikeuden peruskäsite, johon nähden muut ovat aina jotakin vähemmän ja sisällöltään tarkasti määriteltävissä. Näin omistusoikeudesta tulee käsitteellinen välttämättömyys, muiden oikeuksien ymmärtämisen edellytys.

Nähdäkseni omistuksen – ja esineen – abstrahoitumisessa on kysymys tästä eikä niinkään esine-mystiikasta. Esineestä hahmotellaan jotakin muuta kuin ”esine”; siitä tulee päinvastoin käsitteellinen entiteetti ja sellaisena se, mikä on tahdon objekti, siis ylipäättään perusta, johon oikeudellisesti merkittävä tahto

⁷⁷ Windscheid mainitsee ajatuksen kannattajina Stobben, Hartmannin, Thonin ja Jheringin.

⁷⁸ Windscheid mainitsee tässä Bremerin, Neunerin, Brunsin, Bürkelin.

voidaan ripustaa sellaisena, joka on niin ikään oikeastaan irtaantunut konkreettisista henkilöistä kaikissa vaihtelevissa ominaisuuksissaan. Tärkeitä ovat siten määrittelysuhteet: omistusoikeus/muut esineoikeudet ja esine/henkilö tai objekti/subjekti ja tässä tahtoelementti. Tässä nähdään oikeudellisen systeemin perusrakennusaineet: tahto ja sen eri lajien tai muotojen esiintuomista mahdollistavat peruselementit (subjekti-objekti-rakenne, jonka valaisemiseksi tarvitaan lisäksi monia muita jaotteluja, sekä esinettä että henkilöä koskevia).

Käsitteellisen pohdiskelunsa lopuksi Windscheid toistaa myös sen, että omistuksen kohteena on aineellinen esine: poikkeuksena on vain se, että myös aineellisten esineiden kokonaisuus voi olla omistuksen kohteena. Sitä vastoin puhetta oikeuksista omistuksen kohteena Windscheid ei hyväksy. Sen sijaan pitää sanoa, että jollakulla on sellainen ja sellainen oikeus. Windscheidin perustelu tähän on se, että muutoin ollaan vaarassa soveltaa muihin suhteisiin sellaisia oikeuden peruslauseita, jotka koskevat vain omistusoikeutta.

Näin Windscheid voi siirtyä esittelemään omistusrajoituksia, joita siis on hänen(kin) mukaansa jokaisessa oikeusjärjestyksessä, mutta tämä ei sinänsä merkitse mitään itse omistuskäsitteeseen.

Yhteisomistusjakson Windscheid aloittaa (169a§) toteamalla omistuskäsitteestä seuraavan, ettei yhteen ja samaan esineeseen voi olla useampia omistuksia. Omistusoikeus esineeseen voi kyllä olla useammalla henkilöllä yhteisesti, mutta tällöin siitä määräämiseen tarvitaan yhtäpitävä tahto.⁷⁹ Alaviitekeskustelu on tässäkin kiinnostavaa ja muodostaa jonkinlaisen jatkumon. Windscheidin keskeinen väite on se, ettei omistusoikeus voi olla jakautunut, ”niin, että kullakin kanssaomistajalla olisi omistus vain osaksi sillä silloin kenelläkään ei olisi mitään, eikä myöskään niin, että yksittäiset omistusoikeutukset olisivat jakautuneet yksittäisten oikeutettujen kesken, sillä silloin kellekään näistä eikä kaikilla yhdessäkään olisi omistusta”. Oikeus eli oikeussisältö ei voi olla jaettu, sillä sellaisella, jolla on oikeutus tehdä tahtonsa päteväksi määrättyllä tavalla vain osaksi, ei ole mitään (gar nichts). Oikeussisältö voi olla useammalla vain yhteisesti ja silloin sitä täytyy myös yhteisesti käyttää. Tässä yhteydessä Windscheid toteaa senkin, että keskiajalla omaksuttu ja uusimpiin aikoihin asti tuotu

⁷⁹ Tässä voi tietysti syntyä ristiriitoja, joiden ratkaisemiseen on omia sääntöjään. Windscheid kuitenkin korostaa sitä, että kanssaomistussuhdetta ei saa ymmärtää niin, että omistusoikeus olisi jaettu useampien omistajien kesken. Mikä todellisuudessa on jaettu, on esineen taloudellinen nautinta. Vain tässä merkityksessä on ymmärrettävä se, että eri kanssaomistajille voidaan osoittaa eri osa esineestä; sen oikeuden kannalta, jonka tahto tehdään esineeseen nähden päteväksi, on tämä eroavaisuus osuudessa yhdentekevä.

oppi siitä, että yhteen ja samaan esineeseen yliomistuksen ohella voisi olla ali-eli nautintaomistus, on kestävä.⁸⁰

Olennaista on havaita, että Windscheidin perusteluna on ennen kaikkea omistuskäsite. Näin Windscheid kieltämättä varsin esimerkillisesti edustaa suuntaa, jossa omistus juututaan määrittelemään totaalisesti oikeudeksi tai esinekokonaisuusoikeudeksi. Tällainen määritelmä (verrattuna aikaisempaan) asettaa erityiseksi kysymykseksi omistuksen jakamisen ja antaa samalla vastaukseksi jakamisen käsitteellisen mahdottomuuden. Windscheid ei anna mitään merkitystä sille, että omistusoikeus oli vuosisatoja hahmotettu jokseenkin toisella tavalla: näin on ollut, mutta se on ollut virheellistä.

6.2.2.4 Johdannaiset ja alkuperäiset saannot

Windscheidin kirja sisältää oman jaksonsa omistusoikeuden saannosta. Jakson otsikko alaviitataan Digestan 41.1 de acquirendo rerum dominio -kohtaan. Tässä yhteydessä otan esiin lähinnä vain erään juridisille omistussaan-toesitte-lyille keskeisen seikan, jonka Windscheid eksplikoi.

Windscheid aloittaa tarkastelemalla yleisesti erilaisia omistuksensaantolajeja, ja toteaa, että omistuksen saanto, kuten kaikkien oikeuksien saanto, kytkeytyy tiettyihin tosiasioihin. Niiden erilaisuus perustaa saantolajien erilaisuuden. Windscheid toteaa, että saantolajien ryhmittely on hyvin vaihtelevaa eri kirjoittajilla. Tämän jälkeen hän esittelee lyhyesti sitä, millä tavalla hän itse saantolajien esittelyssään etenee. Tässä on olennaista se, että – kuten Windscheid kirjoittaa – useimmilla esineillä on jo omistaja ja siksi useimmissa tapauksissa omistussaanto koskee omaisuutta, joka on jo jonkun omistuksessa. Tästä syntyy jako kahteen lajiin: 1. saanto perustuu omistukseen, joka omaisuuteen siihen asti on ollut voimassa eli kysymys on suksessista, tai 2. saanto ei perustu tällaiseen. Näistä kahdesta tapauksesta ensimmäinen on tärkeämpi ja sen alaisuudessa edelleen tapaukset, joissa saanto tapahtuu siihenastisen omistajan tahdonilmaisuu-teen liittyen. Tahdonilmaisun ohella se voi perustua oikeuden

⁸⁰ Windscheid esittelee lyhyesti jaetun omistuksen käsitteitä, mutta toteaa, että ”dominium utile ei kuitenkaan ole todellisuudessa omistusoikeus, vaan oikeus vieraaseen esineeseen, jonka (juridinen) sisältö kuitenkin määrittyy siitä (ei-juridisesta) kuvitelmasta, että dominus utilis olisi omistaja”. Dominus utilisen oikeus ulottuu paljon laajemmalle kuin minkään toisen vieraaseen esineeseen oikeutetun oikeus; mutta omistusoikeudeksi se ei voi tulla ilman että dominus directuksen oikeus lakkaa olemasta omistusoikeus. Myöskään tässä omistusoikeuskäsite ei voi ylittää omia seurauksiaan. Windscheid viittaa Thibautiin ja Dunckeriin ja mm. Schmidiin. Ja jatkaa vielä, että tuki käsitettä, tai ainakin sen ilmaisua, käyttävät vielä nykyisetkin kirjoittajat, kuten esim. Eichhorn, Mittermaier, Beseler, Bluntschli ja Stobbe, ja että partikulaarioikeudellisesti omistuksen jakaminen yli- ja aliomistukseen on tunnustettu Preussissa ja Baijerissa. Ks. alanootit 5–11 sisäisine viittauksineen.

tai lain määräykseen. Toisen tilanteen tärkein tapaus on nautinta (Ersitzung); siihen kuuluu myös liittäminen (Verbindung).⁸¹

Windscheid toistaa vielä sen, että suurin osa meitä ympäröivistä esineistä on jo jonkun omistuksessa, mutta näin ei kuitenkaan ole kaikissa tapauksissa. Silloin kun näin ei ole, esine säännönmukaisesti tulee sen omaisuuteen, joka sitä hallitsee. Lisäksi ovat uudet esineet, joko orgaanisesti tai ihmisen toiminnan kautta syntyvät. Orgaanisesti syntyville uusille esineille on sääntönä, että ne tulevat kasvattavan esineen omistajalle. Ihmisen toiminnan kautta syntyville uusille esineille taas on tietyin rajoituksin sääntönä, että ne tulevat valmistajan omaisuudeksi. Valmistaminen ja liittäminen eroavat kaikista muista saantolajeista siinä, että ne ovat luonteeltaan pelkästään formaaleja, so. molemmat tuottavat omistuksen, mutta eivät oikeuta esineen varallisuusarvon pitämiseen.⁸²

Tärkeätä tässä on huomio siitä, että juridisesta näkökulmasta keskeisiä ovat erilaiset johdannaiset saannot. Alkuperäisiä saantoja esitellään näin jonakin sellaisena, johon on ehkä yleinen sääntö, mutta se tulee kyseeseen vain aika marginaalisten kohteiden yhteydessä. Tällöin voidaan viitata historian takaiseen tilanteeseen tai esitellä vain ne tyypilliset tapaukset, joissa säännöllä on vielä jotain käyttöä. Tämä näkyy paitsi Windscheidilla, myös muilla. Romanisteilla on selvemmin esillä Institutioneksen asettama, sinällään yleinen sääntö siitä, että ”herrattomat esineet kuuluvat ensimmäisen haltuunottajan omistukseen”. Windscheid esimerkiksi lainaa tässä sanamuotoa ”quod... ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur” (§12 I. de R.D.2.1.). Herrattomien esineiden omistusaannosta kirjoittaessaan (§ 184) Windscheid esittelee viisi tilannetta: 1. meren tuotteet ja merestä noussut saari, 2. villit eläimet (vaikka tämä on saksalaisittain pitkälti toisin, koska metsästyksessä on pidätetty joko hallitsijalle tai maanherralle), 3. omistajan hylkäämät esineet, 4. aarteet, 5. vihollisen esineet (sodassa).

Windscheid siis sanoo erikseen (§184), että herrattomien esineiden kohdalla on sääntönä, että ne kuuluvat sille, joka ne ensimmäisenä ottaa hallintaan. Sääntö ei kuitenkaan ole poikkeukseton. Windscheid ei tässä erota toisistaan

⁸¹ Ks. Windscheid emt. § 170.

⁸² Tässä Windscheid viittaa jäljemmäksi valmistamisen ja liittämisen kohtiin (§187 ja §189a), joista selviää, että valmistaja/liitoksen pääesineen omistaja voi tietyin edellytyksin saada omistusoikeuden, mutta joutuu korvausvelvolliseksi. Windscheid kirjoittaa (§187), että ihmisen toiminta ei pysty tuottamaan uutta ainesta, mutta ihminen voi muotoilla sillä tavalla olemassa olevaa ainesta, että siitä muodostuu uusi esine. Tällaisen uuden esineen omistusoikeus lankeaa valmistajalle, jos esinettä ei enää voida palauttaa aikaisempaan hahmoonsa, muutoin aineksen omistajalle. Lisäksi valmistajan omistusaannon edellytyksenä on, että hän on ollut hyvässä uskossa. Se, joka on valmistamisen kautta saanut vieraaseen ainekseen omistusoikeuden, ei ilman muuta saa hyväksyä sen varallisuusarvoa; pikemminkin hän on velallinen korvaamaan obligatorisesti aikaisemmalle omistajalle perusteettomana etuna. Liittämisestä (§189a) taas puhutaan silloin kun esine menettää itsenäisyytensä; siinä ei siis synny uutta omistusta, vaan liitettävä menettää itsenäisyytensä ja se, mihin se liitetään, vain laajentuu.

esim. irtaimia ja kiinteistöjä, mutta sääntö sinällään on roomalaisessa oikeudessa tarkoittanut kumpaakin. Jäljempänä havaitaan, että eräät kirjoittajat ottavat nyt hahmotellussa saantomuotojen esittelyn peruskonseptiossa erikseen keskusteluun maan aseman ja maan olemisen pääsääntöisesti jonkin yhteisön tai yksityisen omistuksessa taikka valtion määräämisvallan alaisuudessa niin, että säännön tarkoittamaa herrattomuutta ei enää käytännössä ole. Windscheid ei kuitenkaan käsittele asiaa laajemmin.

Yhteenvetona totean, että Savignyn oikeuden tarkastelulle esittelemän yleisen rakenteen ohella tärkeää on se, mitä Windscheidin teksti osoittaa esineoikeudellisen tarkastelun käsitteellisestä etenemisestä.⁸³ Tällöin olennaista tarkasteltavan aiheen kannalta on omistuksen määritelmakeskustelu tahtoelementteineen sekä saantotarkastelun roomalaisoikeudellinen puite. Se, mitä näissä puitteissa kirjoitetaan omistusperustelusta, selviää seuraavaksi tarkasteltavista kirjoituksista.

6.3 OMISTUSPERUSTELU ROMANISTISESSA TRADITIOSSA

6.3.1 Oikeuden, esineen ja omistuksen käsitteet. Tradition edustajina Thibaut ja Mackeldey.

Romanistien oppikirjaträditio kehittyi siviilioikeuden yleisten oppien muotoilussa, jolla oli tarkoitus systematisoida roomalaisoikeudellista ainesta. Näin esitysten pohjana vaikutti vuosisatojen kuluessa tietynlaisena esitysjärjestyksenä muokkaantunut pitkälti Institutiones-pohjainen normatiivinen aines ja toisaalta yleisten systemaattisten käsitteiden kehittäminen tämän aineksen esittelemiseksi. Kysymys oli ns. viiden kirjan järjestelmästä, jonka ensimmäisenä osana kehiteltiin muille osille yhteiset yleiset opit, ja joka tunnetusti hallitsi koko 1800-luvulla muotoutunutta erityistä oikeuden systematiikkaa. Merkittävä muutos tässä yhteydessä oli se, että näin yleiset opit eli yleinen osa tuli tarkoitamaan siviilioikeuden yleisiä oppeja, kun yleiset opit vielä luontaisoikeuden järjestelmässä olivat tarkoittaneet koko oikeuden yleisiä oppeja.⁸⁴ Romanistien kehittämien yleisen osan yleisyys sen sijaan kiinnittyi ajatukseen käsitteistön tieteellisyydestä. Vaikka sitä siis kehitellään roomalaisen oikeuden tarkastelemiseksi, se on tältä ajatuspohjalta yhtä hyvin käytettävissä germaanisen oikeu-

⁸³ Windscheidin painotuksista ks. myös Falk 1991 erit. s. 197 ss.

⁸⁴ Tässä ei ole mahdollista mennä yleisemmin niihin monentasoisiiin oikeuskäsitteistön muutoksiin, joita irtaantuminen luontaisoikeudellisesta ajattelusta eri vaiheissa ja kirjoittajilla tuli merkitsemään. Ks. esim. Paasto erit. s. 280 ss. ja 369 ss.

den entistä systemaattisempaan ja tieteellisempään tarkasteluun, samoin kuin vaikka pohjoismaisen oikeuden tarkasteluun uusimman ajan tieteellisyysvaatimusten mukaisesti.

Varhaisimpana pandektioikeuden romanistisia piirteitä edustavasti esittelevänä klassikkona pidetään *Anton Thibautin* (1772–1840) v. 1803 ilmestynyttä ja useaan painokseen yltänyttä oppikirjaa ”System des Pandektenrechts”. Painosten tietyistä muutoksista huolimatta kirjan perusrakenne säilyi samana.⁸⁵ Poinmin Thibautilta muutamia käsitteellisiä lähtökohtia ja jaotteluita, joilla on merkitystä siinä, mitä omistusperustelusta ja omistussaannoista esitetään. Näitä ovat erityisesti esine, omistusraamattelu ja saantomuodot. Yhteisesti ne tuottavat tarkasteltavan aineksen sellaista systemaattista esittelyä, jossa ei jää tilaa kysymykselle omistuksen syntyperusteesta. Thibautin ohella *Ferdinand Mackeldeyn* niin ikään useina painoksina ilmestynyt oppikirja esiintyy tyypillisesti romanistien oman tradition viitteissä. Muun muassa Windscheid piti sitä hyvänä pandektioikeuden perusteoksena. Kirja täydentää romanistien omistusesityksille tyypillisiä piirteitä erityisesti esineoikeudellisesta käsitteistöstä ja erotteluista.⁸⁶ Mackeldey osoittaa romanistien kehittelemien yleisten oppien kohdistavan huomion omistusoikeuden tarkkaan määrittelyyn, mutta ei sen erottamiseksi jostakin omistusta edeltävästä tilasta, vaan nimenomaan sen käsitteelliseen erottamiseen muista oikeudellisista asemista.

⁸⁵ Thibautista Juristen s. 610–612. Thibaut toimi roomalaisen oikeuden professorina Badenissa ja hänen laaja tuotantonsa käsitteli juridisia peruskysymyksiä, ns. pandektioikeutta aktuaalina siviilioikeutena sekä lainsäädännön oikeuspoliittisia kysymyksiä. Seuraavan tarkastelun perustana on lähinnä Thibautin System des Pandekten-Rechts. Oppikirjan kahdeksas painos ilmestyi v. 1834. Itse olen käyttänyt yhdeksättä, Thibautin kuoleman jälkeen toimitettua (Buchholtz) painosta. Buchholtz selvittää esipuheessa lisäyksiä, muutoksia ja poisjättöjä. Lisäykset tarkoittavat etupäässä kirjallisuuslisäyksiä edellisiltä vuosilta ja vastaavasti joidenkin vanhempien poisjättöä. Muutokset ovat suurempia ja koskevat sekä sisältöä että ”Stellung der Lehren”. Jo kahdeksannes-painoksessa yleistä osaa oli kuitenkin supistettu, ja korjausten selitetään olevan sellaisia, jotka Thibaut itse jo muissa kirjoituksissaan teki (jonkin opin kohdalla) (s. III ss.). Erikseen Buchholtz kertoo järjestykseen tekemistään muutoksista (s. VI). Nämä muutokset eivät ole sellaisia, että niihin pitäisi tässä yhteydessä kiinnittää huomiota. Tarkastelen Thibautin oppikirjaa tässä vain tyypillisen oppikirja-aineksen ja käsitteellisen tasolla pysyen, menemättä pandektioikeudellisiin yksityiskohtiin. Sellaisena Thibautia luettiin. Systematiikan kannalta huomionarvoinen seikka on se, että Buchholtz kertoo (s. VIII) muuttaneensa velvoiteoikeuden ja perheoikeuden paikkaa niin, että esitysjärjestys nyt (vasta) on esineoikeus, velvoiteoikeus, perheoikeus, perintöoikeus koska ”wie sie seit länger als dreissig Jahren von allen tüchtigen Systematikern beliebt wird”.

⁸⁶ Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. I–II (10. verbess. Aufl. 1833). Kirja koostuu yleisestä osasta (ensimmäinen kirja) ja erityisestä osasta (toinen kirja), jossa on esine-, obligatio-, perhe- ja perintöoikeus (sekä lisinä vielä In integrum restitutio ja Konkurs der Gläubiger).

6.3.1.1 Oikeuden tieteellistämisestä

Thibautin mukaan (§2) oikeuslait tarvitsevat muiden monialaisten asioiden tapaan tieteellistä eli systemaattista esittelyä tullakseen ymmärrettäviksi.⁸⁷ Roomalaisen oikeuden systematiikan Thibaut katsoo sinällään vaatimattomaksi.⁸⁸ Thibaut ei siis väitä roomalaisoikeudellisen aineksenkaan olevan itsessään tieteellisen järjestyksen mukaista. Päinvastoin sen tarkastelu edellyttää erityisen käsitteistön hahmottelemista. Tästä huolimatta Thibautin oppikirjan edustamasta pandektikirjallisuudesta voidaan sanoa, että sen etenemistä määrittävät monet roomalaisen oikeuden piirteet. Tarkastelua leimaa abstrahoiva käsitteistö, mutta toisaalta erityisesti roomalaisoikeudellisen kannejärjestelmän seurailu on paikoin omiaan hävittämään systematiikan punaisen langan. Molemmilla piirteillä on merkitystä myös omistuskysymyksen asettumisessa ja näkymisessä käsitteistössä. Otankin seuraavassa esiin vain tähän liittyvää.

Lakien tarkastelun Thibaut aloittaa roomalaisen oikeuden jaottelulla (*ius naturale/gentium ja civile*) ja liikkuu jonkin verran tätä koskevassa keskustelussa. Thibautin mukaan (§10) positiivinen oikeus on tärkein kaikista oikeuslähteistä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että Thibaut identifioisi positiivisen oikeuden säädettyyn lakiin. Thibautin mukaan positiivinen oikeus perustuu joko hallitsijan käskyihin, tuomioistuimen hyväksyntään tai kansalaisten hyväksyntään, joille hallitsija on lainannut tai jättänyt tietynlaisen lakia-antavan vallan. Erikseen huomionarvoista Thibautinkin esityksessä on se itsestäänselvyys, jolla roomalainen oikeus vielä 1800-luvulla esitellään voimassa olevana yleisoikeutena.⁸⁹ Tämä osoittaa, miten tosiasiaassa hankalasti arvioitavan aineksen kanssa tuonaikainen saksalainen oppikirjallisuus oli tekemisissä. Tätä ei ehkä ole riittävän vakavasti otettu huomioon esim. siinä pohjoismaisessa kirjallisuudessa, jossa romanistien kehrittelemää ja käyttämää käsitteistöä lainataan.

Abstrahoiva käsitteistö havainnollistuu varsin selvästi mm. siinä, miten Thibaut määrittelee oikeuksien ja velvollisuuksien subjektin, mikä samalla osoittaa

⁸⁷ Thibaut lähtee tarkastelussaan liikkeelle lain luonteesta ja oikeustieteestä yleensä ja esittelee objektiivisen ja subjektiivisen oikeuden käsitteet (§1).

⁸⁸ Thibautin mukaan (§6) *Institutiones*-järjestys auttaa aloittelijaa pääsemään asioihin kiinni, mutta oikeuden tuntijalle pääasiat ovat siinä pikemminkin sivussa.

⁸⁹ Ks. Thibaut §12, jossa Saksassa voimassa olevat positiiviset lait jaetaan ensiksi kahteen ryhmään, *resipioituihin* ja *kotimaisiin*. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat (1). *Institutiones*, pandektioikeus eli *Digesta* ja uudempi *Codex* sekä *Novellae*, ja (2). kanoninen oikeus, sekä (3). roomalaisen oikeuden liitännäisenä oleva ns. *libri feudorum*. Kaikki nämä kokoelmat ovat Saksassa päteviä yleisenä oikeutena, sikäli kuin kotimaiset lait ja niiden analogia ei asetu tielle. Kuitenkin niiden käyttäminen täytyy hylätä siinä määrin kuin sitä kohdetta, jota ne koskevat, ei enää ole. Juridisesti tämä perustan puuttuminen ei sinällään olisi käyttämisen esteenä, toteaa Thibaut (§13).

käsitteistön erääksi perustaksi henkilön ja esineen vastinparin.⁹⁰ Thibautin mukaan (§101) oikeuksien ja velvollisuuksien subjekti on henkilö, jolle joku on mahdollista tai välttämätöntä. Thibaut vielä korostaa sitä, että jokainen, joka johonkin nähden voi olla oikeuden subjekti, on siis persoona, henkilö. Esine taas on kaikki, mikä muodostaa henkilön vastakohdan.⁹¹

Oikeuksien ja velvollisuuksien objektin kohdalla edetään samalla toimien lajierotteluihin. Esineitä voidaan ajatella vain toimien kohteina. Thibaut kirjoittaa, että (§146) esineinä pidetään kaikkea, joka ei ole eikä voi olla oikeudellisten suhteiden subjekti, mutta kylläkin oikeudellisten toimien kohde, ja siten välillisesti oikeuksien kohde. Thibaut jatkaa, että esineitä voidaan tietysti tarkastella lukuisista näkökulmista, mutta oikeustiede ottaa huomioon vain sellaiset jaottelut, joihin sisältyy juridista intressiä.

Niinpä abstraktin esineen erittelemisessä ensimmäinen tärkeä jaottelu on vaihdantakelpoiset/ vaihdantakelvottomat (*extra commercium*), ja sen mukaan, voiko kansalainen sellaisen saada vaiko ei (§147), ja esim. *res publicae/privatae* (§148), kiinteät/irtaimet (§151). Tässä on sitten luonnon ja lain mukaan kiinteitä, ja muutoinkin juuri sellaista erottelua, joka on juristisesti rakennettua; kesto- ja kulutusesineet (§153), yksinkertaiset/yhdistetyt (§154), jaolliset/jaottomat (§155), pääesineet/ sivuesineet (§156), pertinenssit (§157). Voidaan sanoa, että Thibautin esittelemillä jaotteluilla rakennetaan abstraktia, juridis-käsitteellistä esinettä erityisenä kategoriana, josta voidaan puhua yleisen opin tasolla verrattuna siihen, että edettäisiin erilaisten konkreettisten oikeuksien esittelyssä. Tämäntyyppinen muutos on tärkeä ja muuttaa koko käsittelyn ilmettä.⁹² Jaotteluaineokset itsessään ovat käsitteistöä, joka periytyy kaukaa, mutta niiden merkitys itsenäistyy kun ne otetaan yleisen osan aloitukseksi (verrattuna siihen, minkätyyppistä ainesta yleisessä osassa aikaisemmin on ollut).⁹³

⁹⁰ Ylipäätään voidaan sanoa, että erityisesti jaksossa ”lakien kohteesta” esitetyillä erotteluilla esine- ja omistusoikeudesta abstrahoidaan oikeuden käsittelyä, minkä välittömänä kääntöpuolena on irtaantuminen siitä systematiikasta, jota luontaisoikeudelliset esitykset vielä noudattelivat. Niissä yleinen osa sisälsi muuta ja oikeuden kannalta tavallaan perustavampaa: luonnonoikeuden yhteiskuntajärjestystä koskevaa keskustelua.

⁹¹ Sama yleinen määritelmä on esillä jo aikaisemminkin. Thibaut (§57) toteaa, että lakien kohteena ovat oikeudet ja velvollisuudet (*Verbindlichkeiten*). Molempien kohdalla pitää erottaa toisistaan oikeus ja velvollisuus itsessään (eli mahdollisuus ja välttämättömyys, *die Möglichkeit und Nothwendigkeit*); edelleen sen subjekti (eli henkilö, jolle joku on mahdollista tai välttämätöntä); ja objekti (eli kaikki se, mikä on mahdollista tai välttämätöntä); ja lopulta niiden perusta (eli kaikki se, mikä antaa ja pysyttää niiden eksistenssin).

⁹² Oikeuksien ja velvollisuuksien perustaan kuuluu lisäksi joitakin yleisiä, tarkastelua tieteellisiä käsitteitä. Ks. Thibaut §182.

⁹³ Hallinta on keskeinen ja hankala käsite tosiasiallisen ja oikeudellisen välimaastossa. Niin myös Thibautille. Hallinnan käsitteen esittely kertoo toisaalta mielestäni havainnollisesti Thibautin abstrahoivasta tarkastelutavasta. Thibaut toteaa (§211) esittelevänsä hallinnan avulla vielä oikeuden yhden puolen, nimittäin oikeuden käyttämisen, joka ”joko liittyy oikeuteen tai ei tai jota voidaan tarkastella myös erikseen ja erillisenä, ja erikseen sen mukaan käyttääkö oikeutettu oikeuttaan vai ei vai onko kysymys siitä, että ei-oikeutettu on ottanut haltuunsa oikeuden

6.3.1.2 Omistus esineellisenä esineoikeutena

”Esineellisten esineoikeuksien” (dingliche Sachenrechte) keskeinen instituutio on Thibautin mukaan omistusoikeus. Sen tarkasteluun päästään kuitenkin vasta tiettyjen käsitteellisten erottelujen kautta, jotka samalla kertovat jo oikeuksista jotakin. Thibaut kirjoittaa (§240), että esineitä koskevat esineelliset oikeudet ovat edelleen kahdenlaisia. Joillakin on kohteena luontonsa mukaisesti ns. universitas iuris, toisilla ei. Ensimmäisiin kuuluu perintöoikeus. Sitä käsitellään erikseen. Jälkimmäiset jakaantuvat kahteen päälajiin: omistus (Eigenthum) ja oikeudet, jotka koskevat toisen omaisuutta. Jälkimmäisen alle kuuluu neljä alalajia: rasiitteet (Dienstbarkeiten), panttioikeus, emphyteusis ja superficies.

Omistusoikeuden tarkastelu alkaa sen luonnomääritelmällä (§242). Omistus-oikeus (dominium) on ”se tavallisesti esineellinen oikeus, jonka luonnon nojalla jollakulla on ehdoton oikeus vallita yksittäistä aineellista esinettä itselle hyödyllisiin tarkoituksiin mielensä mukaan”.⁹⁴ Määritelmän jatkeena oleva lisäyskin on tärkeä. Thibaut toteaa, että koska oikeudelle voidaan asettaa ulkoisia rajoituksia ja siten esteitä, voidaan käsitteeseen hyvin yhdistää se, että omistajan oikeutta voidaan rajoittaa lain tai tahdon (Willkür) nojalla. Tästä huolimatta omistusoikeutta karakterisoi aina se, että se tulee ehdottomassa laajuudessaan taas vaikutukselliseksi niin pian kuin rajoitukset lakkaavat. Tämä on tärkeä jännite ja korostus, mutta samalla nimenomaan käsitteiden opeilla hiottavia suhteita koskeva kysymys.

Thibaut viittaa siihen, että omistajan valta ulottuu substanssin ohella lisäkeiksiin (§243) ja siirtyy omistusoikeuden osien tarkasteluun (§244). Omistukseen kuuluvat oikeudet jakaantuvat hänen mukaansa kahteen pääluokkaan: nautinta- ja proprietas-oikeuksiin. Jälkimmäisen käsite on pelkästään negatiivinen: sen sisältönä ovat omistuksessa jäljellä olevat oikeutukset sen jälkeen kun nautintaoikeudet on erotettu. Ensiksi mainitut taas sisältävät: 1. oikeuden tuotteiden nauttimiseen, mihin luetaan myös oikeus käyttää kiinteistön mineraaleja ja vettä, avata lähteitä ja perustaa myllyjä ja teitä, ja 2. myös oikeus muuhun käyttöön ilman tuotteiden nautintaa. Kukin voi siten menetellä esineensä kanssa, miten haluaa, sikäli kuin toisen omaisuutta ei immissiolla kuten esim. ylimääräisen savun levittämisellä vahingoiteta.

Propietas-oikeuteen puolestaan kuuluu (§245):

käyttämisen. Tämä pelkästään faktinen tila nimitetään yleisimmin possessioksi (besitz) laajassa mielessä”. Suppeassa alkuperäisessä mielessä hallinta tarkoittaa aineellisten esineiden ruumiillista hallussapitämistä liittyneenä siihen tarkoitukseen, että käyttää tätä detentiota jotenkin oikeudellisessa merkityksessä (§214). Näin Thibaut tiivistää jäljempänä käytettävän käsitteellisen välineen piirteet.

⁹⁴ ”Das Eigenthum ist das gewöhnlich dingliche Recht, vermöge dessen Natur Jemandem die unbedingte Befugniß zusteht, über eine einzelne körperliche Sache zu selbstnützigen Zwecken nach Willkür zu schalten”.

1. oikeus luovuttamiseen/määräämiseen (Veräußerung).⁹⁵
2. oikeutus (Befugnis) vallita esineen substanssia mielensä mukaan (nach Willkür) eli esim. kohottaa rakennuksen korkeutta, rakentaa uusia ikkunoita, aidata kiinteistö, elleivät statuutit sitä estä.⁹⁶
3. oikeutus suojata itseään kaikissa nautinta- ja proprietasoikeuksissa, ja jopa a) ulko-oikeudellisesti itseavun kautta sekä b) tuomioistuinmenettelyjen kautta.

Tästä Thibaut jatkaa erilaisiin kanteisiin. Omistusoikeus tulee tässä määriteltyä periaatteessa rajattomana valtana, johon tosin liitetään rajoitussääntely, mutta poikkeusluontoisena. Omistusoikeuden sisällön Thibaut hahmottelee muista esineoikeuksista kategorisesti poikkeavaksi. Tämä ero on hyvin nähtävissä erottelussa nautintaoikeuksiin ja proprietas-oikeutuksiin. Jälkimmäisen avulla omistusoikeuden sisäinen rakenne säilyy ”tavoittamattomana” ja määrittelemättömänä, sellaisena, jonka sisältämää ainesta ei voida luetella samaan tapaan kuin kaikki muut oikeudet voidaan rajata ja määritellä.

Thibaut on omistusmääritelmänsä puolesta edustava romanisti ja sijoittuu myös sellaiseen ajankohtaan (vuosisadan alussa), jossa häntä voidaan pitää yhtäältä uudenlaisen määritelmän tuojana, mutta samalla myös vakiinnuttajana ja muiden kanssa samansuuntaisia käsityksiä jakavana. Toinen esineoikeuden käsitteelliseen tarkasteluun kuuluva piirre, joka niin ikään löytyy Thibautilta ja jonka merkitys on tärkeää nähdä yhteydessä omistusmääritelmään, on se, että omistuksen korostetun lähtökohtaisen rajattomuuden määritelmästä huolimatta rajoitukset ovat mahdollisia. Hän myös katsoo rajoituksia olevan, jopa lukuisasti. Määritelmä ei siis estä rajoituksia, mutta se asettaa ne käsitteelliselle paikalleen.

Niinpä Thibaut kirjoittaa, että omistusta voidaan muiden esineellisten oikeuksien tapaan rajoittaa monella tavalla. Thibaut jakaa rajoitukset a) oikeuden kestoja koskeviin ja b) sisäisiin. Keston suhteen voidaan ajatella kahta tapausta: jollekulle luovutetaan omaisuus pysyvästi (d. perpetuum) tai tietyksi ajaksi (d. temporale).⁹⁷ Sisäisiä rajoituksia Thibaut (§269) järjestelee rajoitetun, rajoitta-

⁹⁵ Suppeammassa mielessä tähän kuuluu koko omaisuuden luovutus (Uebertragung), mutta yleisemmässä mielessä jokainen kokonainen tai osittainen, ehdoton tai ehdollinen luovutustoimi (Aufhebung oder Uebertragung).

⁹⁶ Tämä ei kuitenkaan rauhan aikana ulotu sotilaalliseen varustautumiseen asti, kuten ylipäättään yleisen mielipiteen mukaisesti eivät omistajalle ole sallittuja sellaiset muutokset, jotka eivät ole tarpeen substanssin kannalta, vaan pelkästään aiheuttavat harmia muille.

⁹⁷ Jälkimmäinen voi tapahtua joko ilman muuta, nimenomaisesti ilmaisten tai hiljaisesti tai lailla asetetun ehdon nojalla. Viimeisessä tapauksessa on kysymys peruutuvasta omaisuudesta (wider-rufliches Eigenthum, d. revocabile).

mattoman, epätäydellisen ja täyden omistuksen käsittein.⁹⁸ Hän etenee kokonais/osittaisrajoituksiin (§270)⁹⁹ ja sanookin tässä yhteydessä, ettei aio luetella kaikkia rajoituksia, koska ”niitä voi olla loputtomasti”.¹⁰⁰

Thibautin esityksessä on systematisointia, joka näyttäytyy lähinnä yleisissä käsitteellisissä jaotteluissa, vaikka kunkin kohdan alla mennään monenlaisiin yksityiskohtiin, joita toisaalta niin ikään ryhmitellään edelleen varsin erisuuntaisinkin kriteerein.

6.3.1.3 Saantomuotojen lajittelua

Omistuksen rajoitusten jälkeen Thibaut siirtyy tarkastelemaan saantotapoja (§279).¹⁰¹ Näihin johdattelussa tulee esille myös titulus/modus acquirendi -oppi. Thibaut kirjoittaa, että ”esineen omistuksen saamiseksi täytyy sitä haluan säännönmukaisesti tulla esineen hallintaan joko luovutuksen (Uebergabe) taikka yksipuolisen haltuunoton (Ergreifung) kautta. Tästä säännöstä on vain muutamia poikkeuksia, jolloin saantoa (Erwerb) kutsutaan nimellä transitus legalis. Hyvin usein tämä esineen haltuunotto tarkoituksin sen omaksi ottamisesta on yksinään riittävä. Monissa tapauksissa, jolloin omaisuus siirtyy henkilöltä toiselle, lait sen sijaan edellyttävät, että sitä ulkoista merkkiä, joka siirtymisen saa aikaan, edeltää toimi, joka tekee mahdolliseksi sen, että hallinnan saaminen vaikuttaa omistuksen saantona. Viimeksi mainittua kutsutaan nimellä titulus ja omistuksen saannon täydentävää tosiasiaa nimellä modus acquirendi”.

Saantomuodot (Arten) Thibaut jakaa ensiksi (§280) sillä perusteella, koskevatko ne luontonsa mukaan vain yksittäistä oikeutta vai yksittäisiä oikeuksia vai oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutta: erityiset ja yleiset (singulares/universales). Nämä ovat hyvin erilaisia sen suhteen, miten ne siirtävät

⁹⁸ ”Jos omistaja on huomioonottaen oikeutensa sisällön erityisesti sidottu, nimitetään omaisuutta rajoitetuksi (beschränktes, limitatum). Sikäli kuin ulkopuolelta (von aussen) tulevat rajoitukset tekevät omaisuuden epätäydelliseksi (unvollständig), nimitetään sitä epätäydelliseksi (unvollkommenes, minus plenum). Tähän vastakohtana nimitetään millään tavalla rajoittamatonta omaisuutta rajoittamattomaksi (das unbeschränkte, illimitatum) tai täydeksi (volle, plenum). Dominum utile ei sinällään ole rajoitetun omistuksen alalaji, vaan voi olla myös täysi (volles)”.

⁹⁹ Omistuksen rajoittamisen perusta on joko lain määräys tai yksityisoikeudellinen dispositio. Laajuutensa suhteen voidaan erottaa (vain) kaksi tyyppiä: joko omaisuuden käyttäminen on joksikin aikaa kokonaan estetty ja siirretty toiselle, tai omistusta rajoitetaan vain osaksi. Edellisessä tapauksessa rajoitettua omistusta nimitetään lepääväksi tai luonnolliseksi (ruhende, naturale); toiselle joksikin aikaa luovutettua sitä vastoin porvarilliseksi (bürgerliche, civile) (tai d. interimisticum).

¹⁰⁰ Niinpä Thibaut luettelee vain lakiin perustuvat osittaisrajoitukset ja niistäkin vain tärkeimmät. Nämä Thibaut ryhmittelee kolmeen pääluokkaan: 1) tapaukset, joissa omistajan pitää sietää jotain, 2) tapaukset, joissa omistaja ei saa tehdä jotain, ja lopulta 3) tapaukset, joissa omistaja on omaisuuteensa nähden velvoitettu johonkin positiiviseen toimintaan.

¹⁰¹ Omistuksen saantomuodot vilahdavat lisäksi mm. kannekohtassa sivulauseessa (§250) Thibautin esitellessä todistustaakkaa. Romanisteille tunnusomainen eteneminen erilaisten kanteiden kautta määrittelee vahvasti asioiden vuorojärjestystä.

joku on hylännyt”.¹⁰² Hylkäystarkoitus on todistettava, mutta mereen heitettyjen osalta se saadaan olettaa kunnes omistaja ilmoittautuu. Esi-
neet säilyvät siis löytäjällä, jollei omistajaa ilmaannu, ja occupatio antaa
löytäjälle myös nautintasaantoperusteen (titel) omistajaa vastaan.
C-kohtana: saalistavarat. Tämä viittaa sotatilaan ja siihen, että nämä
lankeavat valtiolle ja sotilaillekin, jos ryöstely on valtion hyväksymää.

Mitään periaatteellisempaa Thibaut ei selvittele, vaan siirtyy vain accessioon ja
sen lajeihin ja toteaa (§283), että ”se tapahtuu siten, että joku saa jotain sillä
perusteella, että se liittyy hänen omaansa. Tämä liittyminen/yhdistyminen voi
tapahtua joko tarkoituksellisesti tai ilman sitä, luonnonvoimien ja sattuman
voimasta tai sitten puolittain ja puolittain”. Tästä tullaan erotteluun industrialis,
naturalis ja mixta jne. Maininnanarvoista ja siis tavallaan näissä lukuisissa
jaotteluissa etenemistä kuvaavaa on se, mitä Thibaut kertoo keinoitekoisen
(künstlig, industriales) accession lajeista. Thibaut esittelee tässä ensimmäiseksi
(§285) adjunction ja sen ”lajeina” koko joukon tekemisiä, mm. kirjoittamisen,
jossa siis taulun herrasta tulee siihen kirjoitetun kirjoituksen saaja.¹⁰³

Thibautin ”vielä muut”-ryhmä (§294) occupation, nautintasaannon ja acces-
sion ohella kertoo siitä, että Thibautilla on tietyt pääryhmät saantojen lukuisten
tilanteiden tarkasteluun, mutta jaottelu ei ole millään kovin systemaattisella
kriteerillä muodostettu. Sen ohelle jää mainittavaksi yhtä ja toista. Thibaut
kertookin, että omistus voidaan saada vielä monella yksipuolisella saantotaval-
la, joita tässä – kun pois jo jätetään perintöä, legaatteja, fideikomissia ja lahjoi-
tuksia koskeva vaikea oppi – vain lyhyesti mainitaan.¹⁰⁴

Lopuksi Thibaut ottaa vielä esille omistuksen menettämisen ja kertoo (§295)
että omaisuus menetetään 1. kaikissa niissä tapauksissa, joissa sen edellä ker-
rottiin siirtyvän tai palaavan toiselle, 2. tarkoituksellisen, pätevän omaisuuden
hylkäämisen kautta, ja 3. objektin häviämisen myötä, sekä 4. kun kesytetyt
eläimet eivät enää palaakaan, vaan poistuvat omistajan vallan alta. Tämä ryh-

¹⁰² Löydön alaviite yleisen irtainta ja kiinteätä kattavan lausuman osalta ohjaa muutama-
lainpaikkaan (§.18.I. eod. L.7. §.3. de A.R.D. (41.1.), sekä lisäksi Leyseriin Spec. 439.m.4.

¹⁰³ Toisena lajina on specificatio (§286), jolla ymmärretään valmistaminen niin, että joku tarkoi-
tuksella muovaa toiselle kuuluvaa materiaalia tai liittää sellaisia yhteen niin että siitä tulee uusi.
Thibaut kysyy, miten tästä syntyy saanto ja erottelee kaksi tilannetta. Ensiksikin jos valmistaja
valmistaa (kokonaan) toisen materiaalista, valmistaja saa (saannon) ainoastaan, jos esinettä ei
voida palauttaa alkuperäiseen muotoonsa, ei kuitenkaan varas, ja päinvastaisessa tapauksessa
esineen (uusi) muoto siis lankeaa materian omistajalle. Toinen tilanne on sellainen, jossa valmis-
tajalla on osittain oikeus uuden materiaan, vaikka osa onkin toisen, ja tällöin valmistaja saa
esineen.

¹⁰⁴ Thibaut mainitsee sitten mm. täyden omistuksen saamisen consumption kautta ja hedelmien
separation b.f.-haltijan toimesta; iudiciis divisoris -tapauksen tuomarin hyväksymisenä; esineen
lankeaminen valtiolle rangaistuksena; tilanteen, jossa joku on ottanut autioksi jätetyn veronalai-
sen tilan haltuunsa ja viljellyt sitä kaksi vuotta; tilanteen, jossa yhteisomistaja menettää osuuten-
sa toiselle.

mittely osoittaa sitä, että systemaattisena esitetty erottelukriteeri on tosiasiaassa pikemminkin vain erilaisten tilanteiden luettelo.

6.3.1.4 Omistuksen ja hallinnan yhteys ja ero

Mackeldeyn ”Esineoikeus” alkaa esineellisten oikeuksien yleisellä luonnehdinnalla, joka on huomionarvoinen paitsi kattavuudessaan myös siinä, minkäsuuntaisia erotteluja se sisältää. Niinpä (§208) esineoikeus on sellainen oikeutus, joka jollakulla on välittömästi esineeseen (unmittelbar an einer Sache zusteht) ja joka näin on oikeudellisen herravallan ja Willkürin alainen joko kaikkiin nähden tai määrätyissä (henkilö)suhteissa. Tästä esineoikeuden käsitteestä seuraa, että 1. esineoikeus perustaa oikeudellisen mahdollisuuden määrätä esineestä ja eroaa näin pelkästä fyysisestä hallinnasta. Esineoikeus ei näin ole sidottu esineen hallintaan eikä sitä menetetä vaikka esineen hallinta menetettäisiin; 2. jokainen esineoikeus on sinällään absoluuttinen oikeus, so. se on oikeutetulla välittömästi esineeseen itseensä jokaista vastaan ja on ajateltavissa ilman mitään suhdetta määrättyyn velvoitettuun henkilöön. Sitä vastassa on vain kaikkien yleinen negatiivinen velvollisuus olla häiritsemättä oikeutettua tämän oikeuden käytössä. Ja tätä kautta se eroaa olennaisesti obligaatiosta eli velvoitteista; 3. esineoikeus voidaan tehdä päteväksi ketä tahansa vastaan kanteen in rem actio avulla; 4. jokainen esineoikeus lakkaa välttämättä, jos esine, joka on sen perustana, tuhoutuu.

Mackeldey esittää tässä varsin tiiviissä muodossa esineoikeuden esineeseen kohdistumisena. Olennainen on käsitteellisen erottelun suunta: tarkoituksena on tehdä selkeä ero nimenomaan suhteessa velvoiteoikeuksiin. Esineoikeuden esineeseen kohdistuminen tarkoittaa korostaa sitä, että vaatimus ei kohdistu vain johonkin määrättyyn henkilöön, vaan esineoikeus tarkoittaa kaikilla muilla olevaa velvollisuutta. Suhdetta esineeseen korostetaan tästä näkökulmasta, mutta oikeuden esineeseen kohdistumisen korostuminen osoittautuu sitten hankalaksi omistuksen ja hallinnan käsitteellisen suhteen hahmottamisessa. Tästä yhteydestä voisi olettaa löytyvän jotakin omistuksen syntyyn liittyvää, mutta näin ei ole juuri siksi, että juridis-käsitteellisen tarkastelun tarpeisiin riittää oikeudellisen hallinnan käsite.

Mackeldeyn mukaan (§209) ero dominiumin ja iura in ren välillä tehtiin jo roomalaisessa oikeudessa. Sittenmin jälkimmäiset on nimitetty iura in re alienaksi. Näitä ovat servituutit, emphyteusis, superficies ja panttioikeus sekä sittenmin lisäyksenä vielä Erbrecht. Hallinnasta (das Besitz) Mackeldey sen sijaan sanoo, että se ei sellaisenaan ole ollenkaan oikeus, vaan ainoastaan faktinen tila. Sillä on kuitenkin tietyissä olosuhteissa oikeudellisia seurauksia, koska tietyt oikeudet ovat sidottuja siihen (mm. interdicti ja usucapio). Siksi tätä provisorista oikeustilaa täytyy käsitellä ennen omistusta ja esineoikeuksia.

Hallintajaksossa Mackeldey ryhtyykin heti (§210–211) tarkastelemaan faktisen ja oikeudellisen suhdetta. Hän kirjoittaa, että hallinta alkuperäisessä mielessä ei ole muuta kuin faktinen tila, jossa jollakulla on aineellinen esine sillä tavalla vallassaan, että hän voi siihen mielensä mukaan vaikuttaa ja pitää vieraan vaikutuksen loitolla. Tämä faktinen suhde on nimeltään detentio ja se on jokaisen hallinnan perustana. Jotta sinällään vain ruumiillisesta detentiosuhteesta tulisi oikeudellinen hallinta (possessio) ja sitä kautta oikeuksien lähde, täytyy esineen haltijalla olla tarkoitus (animus) pitää se omana (als sein Eigenthum) – eikä siis esim. jonkun muun tarpeisiin tai nimissä.

Erokriteerinä on siis nimenomaisesti omana pitämisen tarkoitus, sillä Mackeldey ei jatkossa sano tästä muuta.

Oikeudellisen hallinnan (§220) edellytyksenä ovat 1. esineen haltuunotto (apprehensio), so. joku ruumiillinen toimi, jonka kautta se, joka haluaa hallinnan saada, tulee esineeseen nähden sellaiseen suhteeseen, että vain hän voi siihen mielensä mukaan vaikuttaa. Tätä apprehensiota pitää ohjata 2. määrätty tahto (Willen, animus) ja sen täytyy olla suuntautunut ottamaan esine omaksi. Kun molemmat ovat käsillä, on hallinta saavutettu.

Mackeldey selittää näitä sitten laajemminkin. Niinpä apprehensio ei välttämättä tarkoita välitöntä ruumiillista esineen kosketusta. Ydin on siinä, että saantoon pyrkivällä on fyysinen mahdollisuus koko ajan menetellä esineen kanssa mielensä mukaan. Kiinteistön kohdalla riittää astuminen tilalle, osittainkin, tai sen läheisyydessä oleminen taikka jos siihenastinen haltija sen kauempaakin hänelle osoittaa luovutustarkoituksessa.

Mackeldeyn tässä hahmottelemat edellytykset oikeudelliselle hallinnalle ovat väljät. Lisäksi näyttää siltä, että kriteerien täytyessä on samalla kysymys omistuksesta. Mackeldey ei kuitenkaan nimeä siirtymää.

6.3.1.5 Omistuksen itsestäänselvyys

Mackeldeyn mukaan (§240) omistus laajemmassa mielessä tarkoittaa kaikkea, joka kuuluu varallisuuteen (zu unserm Vermögen gehört) ja on omaamme, aineellista tai aineetonta. Sen sijaan omistuksen käsite suppeammassa mielessä eli dominium rajoittuu aineellisiin esineisiin. Tämä muodostuu käsitteensä mukaisesti aineellisen esineen proprietaksesta, siitä, että esine itse kuuluu meillemme. Luonteensa mukaisesti omistus on rajoittamaton ja muut poissulkeva oikeus. Niinpä se käsittää oikeutena jokaisen ei-kielletyn tavan määrätä esineen substanssista ja hallita sitä ja nauttia sitä ja sulkea kaikki vieras vaikutus pois.

Mackeldey jatkaa erottamalla vapaan ja rajoitetun omistuksen ja kirjoittaa (§241), että vaikka omistus käsitteensä mukaisesti on rajoittamaton ja muut poissulkeva, se voi olla yhdessä taikka toisessa suhteessa rajoitettu ilman että omistaja siksi lakkaisi olemasta omistaja. Jos kaikki (nämä) oikeudet ovat omistajan käytettävissä, on kyseessä täysi eli vapaa omistus, proprietas plena.

Jos taas koko esineen nautintaoikeus on erotettu proprietaksesta ja se on toisella esineellisenä oikeutena, omistajan jäljellä olevaa oikeutta kutsutaan nuda proprietakseksi (dominium minus plenum). Tämän ohella voi omistus olla monella tavalla rajoitettu myös jonkin muun iura in ren kautta, joka jollakulla muulla kuin omistajalla on esineeseen. Näissä tilanteissa omistus on epävapaa eli räsitetty (unfreies oder belastetes Eigenthum).

Omistus (§242) on luonteensa mukaisesti myös peruuttamaton (unwider-rufliches) oikeus, mikä tarkoittaa sitä, että siltä, joka sen kerran on saanut, ei sitä voida vastoin hänen tahtoaan peruuttaa.

Mackeldeyn määrittelemä omistusoikeus absoluuttisena ja eksklusiivisena, esinettä koskevana oikeutena sisältää siten myös rajoittamisen mahdollisuuden ja se on näissä molemmissa suhteissa tyypillisen romanistinen. Omistuksen saanto saa tässä käsitteistössä – niin ikään tyypillisen mutta sellaisena myös havainnollisen – niukasti tilaa. Mackeldey kirjoittaa ensin yleisistä edellytyk-sistä (§244). Saantoon vaaditaan 1. saantokelpoinen henkilö ja kelvottomia ovat sellaiset, jotka eivät kykene tahtomaan, ja 2. esine, joka voi olla saantoon pyrkivän saannon kohteena, ja 3. oikeudenmukainen saantolaji (causa eli mo-dus adquirendi) joko universaaliperuste tai singulaariperuste.

Yksittäisinä saantolajeina Mackeldey esittelee occupation, spesifikaation, accession, adiudication, tradition ja nautinnan (Ersitzung). Ensimmäisenä saan-tolajina on siten valtaus. Mackeldey kirjoittaa (§245), että valtaus on omistuk-sen saantolaji, joka koskee peruslausetta: res nullius cedit occupanti, so. joka ottaa valtaansa herrattoman esineen tarkoituksin ottaa se omakseen, saa siihen samalla omistusoikeuden. Roomalaisen oikeuden mukaan on kolme occupation lajia: 1. elävien herrattomien esineiden occupatio (villit eläimet ja vapauteen palanneet, eli metsästys, kalastus ja lintupyynti), 2. elottomien herrattomien esineiden occupatio eli löytö (das Finden) (tosin aarre vain puolittain ja kadote-tut eivät ole herrattomia), ja 3. valtaus sodassa (koska roomalainen oikeus pitää vihollisen esineitä herrattomina).

Mackeldey kirjoittaa, että nykyisen saksalaisen oikeuden mukaan kaikki kol-me occupation lajia ovat paljon rajoitetumpia ja perustuvat osittain kokonaan toisiin peruslauseisiin kuin roomalaisessa oikeudessa, erityisesti nykyisen regaa-lioikeuden vuoksi, joka siis kattaa monia roomalaisen oikeuden mukaisesti her-rattomia esineitä. Tämä viimeinen huomio onkin sinällään tärkeä, kuten myös se, että Mackeldey ei lähde sitä itse laajemmin selvittämään. Juuri tätä kysymystä selvittelevät jäljempänä tarkasteltavat romanistit ja varsinkin germanistit paljon yksityiskohtaisemmin. Mackeldeyn esitys sen sijaan osoittaa parhaimmillaan sitä, että omistuksen perustavanlaatuinen merkitys oikeuden käsitteistössä kiin-nittyy roomalaisoikeudelliselta pohjalta nimenomaisesti esineoikeudellisiin kä-sitteellisiin erotteluihin eli tarpeeseen erottaa lähtökohtainen alkuoikeusasema muista, rajoitetuista oikeusasemista, ei kysymykseen alkuoikeudesta jossakin yhteiskunnallisten instituutioiden perustelemisen merkityksessä.

6.3.2 Oikeuden, esineen ja omistuksen käsitteet. Tradition edustajina Pütter ja Schmid.

Karl Pütterin ja *Andreas Schmidin* teokset kokoavat mielestäni edustavasti sitä, mitä edellä viitatuissa romanistisissa traditioissa yleisesti asetetut ja toistetut käsitteelliset puitteet omistuskysymyksen tarkastelussa konkreettisemmin merkitsevät silloin, kun tarkastelu on runsaampaa.¹⁰⁵ Pütterin ja Schmidin teoksia pidetään esimerkillisinä myös tradition sisällä. Windscheid mainitsee ne hyvinä ja laajoina esityksinä erityisesti omistusoikeudesta.¹⁰⁶ Pütterin mukaan merkittävän panoksen saksalaisen oikeuden tarkasteluun antoi Eichhorn. Tämän ohella Pütter mainitsee mestareina *Hassen* sekä Savignyn, Thibautin ja opettajansa Mackeldeyn. Schmid nojautuu usein Thibautiin, *Höpfneriin* ja Gesterdingiin. Tarkastelen seuraavassa Pütterin esitystä siinä eksplikoidun esine- ja omistuskäsitteen osalta. Pütter osoittaa roomalaisen oikeuden tarjoamien sääntöjen merkityksen tarkastelun lähtökohtana, vaikka niiden käytännöllinen merkitys voimassa olevan oikeuden näkökulmasta osoittautuu marginaaliseksi. Schmid on havainnollinen erityisesti siinä, minkälainen asema occupatiolle käsitteistössä jää. Molemmat joutuvat roomalaisen oikeuden käsitteistöön sitoutuvassa omistustarkastelussaan antamaan tilaa saksalaisen yhteiskunnan historiallisille piirteille. Valtaussuannon osalta tämä tarkoittaa sitä, että roomalaisoikeudellisen säännön keskeinen juridinen edellytys on hävinnyt ja näin sääntö on menettänyt tosiasiallisen sovellutusalueensa, vaikka sen paikka juridisessa traditiossa säilyisikin.

6.3.2.1 Käsitteiden puhtaudesta

Pütterin mukaan omistusopin esittäminen edellyttää erityisiä yleisiä esineoikeuden käsitteitä. Ensimmäisenä esteenä on kielenkäyttö, jossa käsitteet eli keinoilmaisut ymmärretään monimielisesti. Vaikka elävä elämä käyttäisi vaihtelevia ja liukuvia käsitteitä, on tieteen tehtävänä selvittää tilannetta. Pütter näkeekin Savignyn ja Hugon erityisenä ansiona roomalaisoikeudellisen käsitteistön puhdistamisen.

Pütterin projektia voidaan luonnehtia yritykseksi suoristaa vanhasaksalaista moninaista esineoikeudellista käsitteistöä.¹⁰⁷ Hän esittää ongelman käsitteiden

¹⁰⁵ Pütter, *Die Lehre vom Eigenthum nach Deutschen Rechten aus den Quellen dargestellt und mit den Römischen Rechtsgrundsätzen verglichen* (1831) ja Schmid, *Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Besond. Th. 1. Bd.* (1847).

¹⁰⁶ Windscheid emt. § 167.

¹⁰⁷ Pütterin mukaan käsitteiden esittelyssä on edettävä niin, että ensin kootaan erilaiset merkitykset, joita sanalla yleisessä kielenkäytössä on. Näistä yritetään löytää yhteinen merkityksperusta, jonka varaan käsite voidaan asettaa. Sitten esitellään käsitteen kehitys sen juurilta asti. Lopuksi tarkastellaan näin saatuja kahta merkitystä vertailevasti ja yritetään löytää siitä niiden täydellinen yhteisymmärrys ja yhteys, kuten sanankäytön oikeellisuus yksittäisissä merkityksissään osoittaa.

sekavuutta koskevana, kun sen voisi toisaalta ajatella liittyvän pikemminkin oikeuksien lukuisuuteen ja luonteeseen. Ohjelmansa mukaisesti Pütter tutkii sanoja oikeus (Recht), esine (Sache) ja esineellinen (Dinglich) sekä omistus (Eigenthum).¹⁰⁸ Pütter keskittyy nimenomaan ihminen-esine-suhteen työstämiseen, mikä sitten täsmentyy omistuksen tarkastelussa.

Oikeuskäsitteen lopputulemana Pütter päätyy siihen, että oikeus on järki (das Recht ist die Vernunft), siinä määrin kuin se määrää ja järjestää ihmisten suhteita toisiinsa. Objektiivisessa oikeudessa on kysymys ihmisten välisten suhteiden järjestelämisestä järjen mukaisesti arvioituna. Subjektiivinen oikeus taas on yksi tällainen suhde. Eri kansoilla on kehitysasteensa mukaan hieman erilainen käsitys siitä, mikä on oikein ja järjestäjä.¹⁰⁹

6.3.2.2 *Esine, esineen hallinta ja omistus*

Ohjelmansa mukaisesti Pütter esittelee esineen käsitettä selvittäessään ensin kielenkäyttöä päätyen siihen, että esine on nimityksenä kaikelle, joka on muuta kuin ihminen; kaikelle sille, joka on järkeä vailla (vernunftlos). Toisessa merkityksessään esine on vastakohta elävälle ja siis tahdoton ja eloton.¹¹⁰ Pütter viittaa myös esine-sananjuriiin, siihen, että saksalainen "Sache" pohjaisi näkemiseen ja havaitsemiseen. Pütter päätyy siihen, että "esineet sinänsä ja erillään, esineinä, ovat kuvitelman ja havaitsemisen kohteita, eivät käsitteiden (kohteita)". Sen mukaan kuin esineet ilmenevät ulkoisesti, ne saavat enemmän ja muuta merkitystä ja tulevat myös käsitettäviksi. Pütter erottaa tässä kolmenlaisia suhteita (a–c).¹¹¹

Niukka luettelo voitaneen tiivistää niin, että Pütterin mukaan esine itsessään ei ole mitään, vaan se on "esine" vain järjen hahmottamisen kautta. Toiseksi

¹⁰⁸ Näin koko esitys jakaantuu seuraaviin pääjaksoihin: 1) oikeuden käsitteestä, 2) esineen käsitteestä, 3) mahdollisista ihmisten suhteista esineisiin nähden. Vm. jakso jakaantuu edelleen kolmeen, a. ihmiskunnan suhde esineisiin, b. yksittäisen ihmisen suhde esineeseen, c. ihmisten suhteet suhteissa esineisiin. Lopuksi on jakso omistuksen käsitteestä.

¹⁰⁹ Pütter emt. s. 14. "Ein Recht ist ein vernünftiges Verhältniss des Menschen, eines zu einem, oder mehreren, oder allen Andern, und recht ist in den Verhältnissen der Menschen vernünftig". Määrätyn kansan oikeus (das Recht) on se, joka sen suhteissa ja sen Bildungin tasolla on järjen mukaan oikein, so. joka tunnustetaan järjellisen-välttämättömäksi (als vernünftig-nothwendig).

¹¹⁰ Pütter s. 14 s.

¹¹¹ Pütterin luettelo on seuraava:

a) esineet asettuvat lajinsa mukaisesti suhteessa järkeen siinä, miten ne laitetaan järjellisen päämäärän välineiksi; silloin ne ovat samalla heti esineitä (Ding),

b) esineet astuvat yksityisen ihmisen tahdon kanssa suhteeseen silloin, kun ne ovat tämän tahdon alaisia; silloin sanomme, että esine on tämän ihmisen hallinnassa (im Besitz), ja

c) valtiossa erotamme vielä esineen oikeussuhteen. Tämä on esineen kohdalla aina ymmärrettävä hallintana, vaikkakin oikeudenmukaisena, oikeudesta johtuvana, so. hallinnan omaavan ihmisen järkeä vastaavassa suhteessa.

Pütter jatkaa, että "oikeussuhde esineeseen voidaan olettaa vain hyvin epävarsinaisessa mielessä". Oppi tästä on nimeltään esineoikeus. Ks. Pütter s. 17.

esine esiintyy erotukseksi ihmisestä hänen tahtonsa kohteena ja alaisena, ja tällöin se aina liittyy ja hahmotetaan hallinnan käsitteellä. Kolmas merkitys on sitten kapein ja viittaa valtionsisäiseen tilanteeseen ja oikeusjärjestykseen. Siinä esine niin ikään aina hahmotetaan ihmisen hallinnan kohteena, mutta varsinaisesta oikeudellisesta suhteesta ihmisen ja esineen välillä ei oikeastaan voida puhua. Pütter esittelee kolmijaotteluaan myös laajemmin.

Pütter kirjoittaakin tarkemmin ihmisen suhteesta ylipäättään esineisiin (lajeina), että kysymys on nimenomaan järjellisen ja järjettömän erottelusta. Järjellisen tulee hallita järjetöntä sekä jumalan että luonnonlain mukaan.¹¹²

Monin osin kiinnostavaa on se, mitä Pütter esittää käsitteiden ”Sache” ja ”Ding” suhteista, vaikka esim. suomen kielessä eroa ei samalla tavalla ole. Esineen ja asian välillä voidaan nähdä eroa, mutta oikeudellisesti sellaista ei liene johdonmukaisesti tehtävissä. Voidaan lähinnä pyrkiä tarkentamaan eroja puhumalla faktisesta ja juridisesta tai materiaalisesta ja käsitteellisestä tms. Pütter joka tapauksessa kirjoittaa, että esineet (die Sachen, corpora) ovat aine-esineitä (Dinge, res) vain siinä määrin kuin ne ovat käsittämisen kohteina. Sinällään Sachen ovat vain havaitsemisen ja kuvittelun kohteita, eivät käsittämisen (des Begriffens) tai puhdasjärkisen ajattelun (kohteita). Ymmärretyksi eli siis ajattelun lakien mukaisesti tunnistetuiksi ne tulevat vasta silloin kun ne asettuvat sellaiseen suhteeseen järjen kanssa että ne näyttävät itse tulevan järjellisiksi. Tällaiseen suhteeseen ne tulevat vain silloin, kun järki asettaa ne jonkin järjellisen tarkoituksen/päämäärän välineeksi, sen saavuttamiseksi. ”Sachen” ovat siis oikeastaan ”Dinge” silloin, kun ne ymmärretään tällaisen päämäärän asettamisen kautta. Useimmat ihmiset kuitenkin sekoittavat Pütterin mukaan Sachen ja Dingen merkitykset ja puhuvat milloin siitä, milloin tästä.¹¹³ Oikeustieteessäkin tämä kielenkäyttö on niin juurtunut, että myös siellä, missä on päämääräasettelu, käytetään Sache-termiä (kuten pääesine/sivuesine, Hauptsache/Nebensache).

¹¹² Pütter s. 17.

¹¹³ Ks. Pütter emt. s. 22 ss. Pütterin todistus eron olemassaolosta on kiinnostava. Hän nimittäin kirjoittaa, että saksalainen ei voisi sanoa, että ”Gott habe alle Sachen geschaffen”, vaan vain ”Gott schuf alle Dinge”. Tämä johtuu juuri siitä, että kaikki mitä on tehty/luotu on tehty sanan avulla. Jumala loi kaiken (Dinge) tyhjästä. Luodut (asiat) syntyivät hänen ajatuksistaan, hänen asettamiaan päämääriä palvelemaan. Mutta Pütter jatkaa, että toiselta puolen oikeusoppineet eivät koskaan puhu Dingeistä, vaan aina vain esineistä (Sachen). Sachen tarkoitus/päämäärä (Zweck) on näille yhdenmukainen ja tulee esille vain erityisenä tunnusmerkinä, erottelevana ominaisuutena, mutta ei enempänä kuin paino tai väri.

Alaviitassa Pütter vielä jatkaa, että tästä tulee kaiken olevaisen jaottelu henkilöihin ja esineisiin (Sachen). Siksi kaikki, mikä voi olla oikeuden kohteena, on Sache. Ja ”als Dinge” tulevat esineet oikeudessa/tuomioistuimessa huomioiduiksi vain silloin kuin niiden arvoa punnitaan, koska niiden arvo määräytyy niiden käyttökelpoisuuden mukaan so. sen mukaan miten niiden avulla voidaan saavuttaa (joku asetettu) päämäärä/tarkoitus. Mutta arvioinnin suorittavat ASIAN-tuntijat (Sachverständigen).

Pütter paikoin suorastaan iloittelee viittaamillaan oikeudellisen kielenkäytön kiemuroilla. Hän tulee kuitenkin samalla ilmaisseeksi jotakin varsin olennaista juridisesta esinekäsitteestä. Esineoikeudellisen terminologian taustaoletuksista voitaisiin epäilemättä väittää yhtä ja toista tarkastelemalla sitä, milloin ja missä yhteyksissä käytetään sachen-, milloin taas dinglich-perustaisia termejä.

Ihmisen suhteesta esineeseen (b-suhde) Pütter toteaa, että yksittäisten ihmisten tulee hallita ja käyttää esineitä, kuten ihmiskunnan tulee hallita koko luontoa. Yksittäinen, erityinen päämäärän asettaminen (Zweckbestimmung) nimitetään oikeimmin määräämiseksi (Verfügung) ja esineen asettaminen johonkin määrättyyn tarkoitukseen on käyttöä (Gebrauch), vastakohtana vieraalle määräämiselle nautintana (Benutzung). Käyttöön sisältyy aina määrääminen; se kattaa myös loppuun kuluttamisen. Jos joku on tiettyyn esineeseen sellaisessa suhteessa että hän hallitsee ja käyttää sitä, sanomme että hänellä on hallinta.¹¹⁴

Tästä siirrytään hallinnan käsitteeseen, joka on Pütterin mukaan kuvitteellinen ilmaisu. Oikeastaan hallinta (Besitz) on käyttö (Gebrauch), eikä tämä tarkoita edellyttää varsinaista nauttimista, vaan esine on hallinnassa ja käytössä, vaikka se olisikin ”käyttämättömänä”. Valtiossa esivalta suojaa hallintaa. Ihmisillä on myös oikeus suojaan riippumatta siitä, mikä on hallinnan peruste, kunhan esine on hallinnassa ja käytössä. Tätä suojaa voidaan nimittää esineelliseksi (dinglich) ja käyttäjää esineelliseksi haltijaksi.¹¹⁵

Pütterin pohdiskelussa tulee tavallaan jo esiin hallinnan hankala käsitteellinen asema yleisemminkin. Hallinta on ”käytössä olemista”, mutta ei edellytä jatkuvaa faktista käyttämistä. Se on pikemminkin mahdollisuus. Ja kun käytöllä on jotain oikeudellista merkitystä, sitä kutsutaan hallinnaksi? On siis jotenkin mahdotonta erottaa toisistaan faktinen ja oikeudellinen hallinta, koska hallinta on oikeudellista heti, kun sillä on jotakin (oikeudellista) merkitystä ohi ”kosketamisen tai kiinnipitämisen (faktisen) hetken”.

Pütter jatkaa osin varsin kankein ilmaisin, mutta ne joka tapauksessa pelkistävät tahtoelementin keskeisyyden ja välttämättömyyden hallintasuhteessa. Niinpä esineellinen hallinta on Pütterin mukaan luonnollinen ensimmäinen muoto, jossa ihmisen suhde esineeseen esiintyy. Jakaminen määräämis- ja käyttösuhteisiin (Verfügungs- und Gebrauchsverhältnisses) on hänen mukaansa keinotekoinen. Oikeussuhde on kahden määrätyn henkilön välillä ja vain määräämisvallan haltija on haltija. Muista/toisesta laki sanoo, ettei tällä ei ole hallintaa. Tämä on oikeastaan vain vieraan tahdon välittäjä, hänellä ei ole mitään (vapaata, siis ei lainkaan) tahtoa suhteessa esineeseen. Hän on siis jo käsitteen mukaisesti sellaisessa suhteessa esineeseen kuin olisi vain vieressä, vain tilallisesti lähellä. Sellaisessa suhteessa voitaisiin yhtä hyvin sanoa, että esine hallitsee ihmistä kuin että esine olisi ihmisen hallinnassa.

¹¹⁴ Pütter s. 27 s.

¹¹⁵ Pütter s. 28 s.

Pütterin vastaus kiistaan siitä, onko hallinta oikeus, on merkittävä ja huomionarvoisen selkeä myös omistuksen määritelmiä tulkittaessa. Pütter nimittäin toteaa, että hallinta itsessään, ihmisen suhteena esineeseen, ei voi olla oikeus. Näin siksi, että oikeus on järjellinen suhde ihmisten välillä. Hallinnassa taas ei ajatella ollenkaan muita ihmisiä. Se on vain määrätyn käyttäjän suhde käytettyyn esineeseen.¹¹⁶

Tästä voidaan lukea myös se, että omistusta(kaan) ei ajatella ihmisen suhteena esineeseen; sellaisena se ei olisi oikeus. Kysymys esinekorostuksissa on siis enemmän kielenkäytöstä, mutta oikeudet ymmärretään ihmisten välisiksi suhteiksi ja näissä tilanteissa vain puhutaan oikeudesta/erilaisista oikeuksista esineisiin. Tätä kysymystä jatkaa ja selventää vielä esineen c-merkityksen tarkempi esittely. Pütter otsikoi sen ”ihmisten suhteista toisiinsa suhteessa esineisiin (in Beziehung auf Sachen), (so. järjestellistä, vernünftige). Alaotsikona on ”oikeuksista esineisiin”.

Pütter kokoaa tässä edeltävää. Esineet ovat hänen mukaansa aine-esineitä (Dinge) silloin, kun ne on asetettu suhteessa järkeen (järjen alaisiksi). Siinä määrin kuin ne ovat määrätyn ihmisen käytössä, ne ovat hallinnassa tai hallussa. Jatkotarkastelua edellyttää se, missä järjestellisissä suhteissa ihmiset ovat toisiinsa esineisiin nähden eli mitkä oikeudet ovat mahdollisia esineisiin (nähdessä).¹¹⁷ Pütter esittää olennaiseksi jaotteluksi persoonalliset ja esineelliset oikeudet ja etenee edelleen esineellisten oikeuksien luettelemiseen. Näin hän tulee omistuksen käsitteeseen (Eigenthum), josta toteaa heti sen hyvin erilaiset käyttölaajuudet yleisessä kielenkäytössä ja toisaalta oppineiden kesken.¹¹⁸ Jotta tästä taustasta saataisiin joku käsitys, on ensin tarkasteltava kielenkäyttötapoja.

Kielellinen juuristo on moninainen.¹¹⁹ Pütter kokoaa omistuksen kielellistä runsautta esittelemällä useamman erilaajuisen omistuskäsitteen. Laajin on omistus (Eigenthum) ihmisen kaikkien oikeuksien sisältönä. Jos siitä erotetaan valtiokansalaisen ja alamaisten valtiolliset oikeudet, loppua ihmisen oikeutta (kansalaisena) voidaan kutsua omistukseksi, jolloin se on sama kuin yksityisöikeus (Privatrecht). Jos tästä sitten erotetaan perheoikeus omaksi alueekseen, jäljelle jäävää voidaan kutsua omistukseksi, jolloin se on sama kuin varallisuus. Jos tästä erotetaan vaateet (Forderungen) omaksi lohkokseen, jäljelle jäävää

¹¹⁶ Pütter s. 32 s.

¹¹⁷ Pütter s. 34 s.

¹¹⁸ Pütter s. 36.

¹¹⁹ Pütter (s. 36 s.) esittelee tässä erilaajuisia omistusmerkityksiä: ihmisen kaikki oikeudet, kaikki valtiokansalaisen oikeudet, omistusoikeus varallisuutena, omistusoikeus esineellisenä (dinglich), omistus oikeutena esineeseen käyttää sitä kaikella tavalla (loppuunkin asti). Voidaan vielä erottaa omistus määäämisvalta (Verfügung). Pütter huomauttaa, että tämän perusteella – ja siksi että määrääminen ymmärretään laajempaan kuin käyttö – omistuksen käsite on ehdotettu määriteltäväksi määräämisoikeudeksi esineeseen. Yleistä merkitystä näistä ei oikein saada kootua. Pütter antaa alustavan ehdotuksen: omistus on yksittäisen ihmisen oikeus, hänen oikeuksensa ulkomaailmaa kohtaan (seine Berechtigung gegen die Aussenwelt).

voidaan kutsua omaisuudeksi merkityksessä esineoikeus.¹²⁰ Jos tästä jäljelle jäävästä erotetaan edelleen omaksi lohkokseen esineelliset oikeudet vieraisiin esineisiin, jäljelle jäävä on omistus merkityksessä määräämisoikeus (Verfügungs-Recht).¹²¹

Pütter käyttää samaa omistustermiä (Eigentum) koko erottelunsa ajan ja kertoo sille vain jatkuvasti (lisätermein) tarkentuvia merkityksiä. Varsinainen määritelmä sisällöllisessä mielessä on vasta viimeinen määräämisoikeus. Kiinnostavaa on omistuksen keskeisyys kaikenkattavana käsitteenä sekä erottelumäärittely ja se, miten olennaisena tässä erottelussa toistuu tahtoelementti. Se ei kuitenkaan tarkoita sitä, että kysymys olisi välttämättä rajattomasta tahdonvallasta, vaan ylipäättään vaaditaan tahdon käyttämistä, järjeställistä suhdetta, joka tarkoittaa päämäärän ja tarkoituksen osoittamista. Tämä juuri on määräämisvaltaa, vallan alaisuudessa olemista.

Pütter kirjoittaa, että siellä missä omistusta käytetään yksityisen ihmisen kaikkien oikeuksien eli minän (Ichs) merkityksessä, se on samanmerkityksinen ihmisen minuuden/itsellisyyden/itse-olemisen (das Ichthum des Menschen) kanssa sellaisena kuin valtio sen tunnustaa ja sitä suojaa. Tavallisempaa on tosin puhua tällöin yksityisoikeudesta (Privatrecht). Mutta tästä voidaan vielä edetä. Pütter kirjoittaakin, että Minä (das Ich) on kokonaan ja yksin oikeutettu vain niihin esineisiin, jotka ovat hänen herravaltansa alaisia. Muiden oikeuksien kohdalla on aina kyseessä myös toisen tahto, vähintäänkin joissakin suhteissa. Siksi omistus siinä merkityksessä, joka viittaa esineelliseen (dingliches) oikeuteen käyttää esinettä, on suppein ja tarkin sanan merkitys. On myös toivottavaa, että ainakin oppineet rajoittuisivat tähän omistus-sanan käyttömerkitykseen. Pütter ei tarkoita, että muut pitäisi hylätä. Ne ovat rikkaus ja juontavat ajatussisällöiltään jo keskiajalta. Toisinaan ja tietyissä yhteyksissä on vain osattava käyttää tarkkaa ilmaisumerkitystä.¹²² On ilmeistä, että omistusilmiön juridinen tarkastelu edellyttää tarkkaan merkitykseen sitoutumista.

6.3.2.3 Omistus esineellisenä oikeutena

Vasta omistuksen määritelmällisen johdattelun jälkeen päästään varsinaiseen ”oppiin omistuksesta saksalaisen oikeuden mukaan”. Pütter esittelee ensin yleisesti saksalaisen gemein-oikeuden kehitystä. Hän asettaa suuren merkityksen saksalaisen alueen kahtiajaolle frankkilaiseen ja saksilaiseen (Sachsen). Frankkilainen (ja suurimpia valtioita hallinnut) oikeus on roomalaisen oikeuden läpitunkemaa, kun taas saksilainen (ja pienemmissä valtioissa hallinnut) on

¹²⁰ ”Dingl. Sachenrecht” eli esineellisesti suojatut oikeudet sillä ”dinglich” tarkoittaa Pütterin terminologiassa nimenomaisesti tuota erityistä suojaa.

¹²¹ Ks. Pütter s. 41 ss. sekä myös kuvio s. 44.

¹²² Pütter s. 43.

puhdasta ja saksalaista. Frankkilainen oikeus on ymmärrettävissä vain roomalaisen oikeuden kautta, sen sekoittumisena saksalaiseen oikeuteen ja sen muotoutumiseen. Gemein-saksalainen siviilioikeus puolestaan voidaan ymmärtää vain frankkilaisen oikeuden kautta.¹²³

Pütterin runsaasta esityksestä on tässä yhteydessä mahdollista ottaa esille vain joitain poimintoja. Pütter esittää jokaisen jakson alussa ensiksi omistusoikeuden määritelmän, jota hän lähtee sitten esittelemään tarkemmin. Niinpä jakso omistuksesta gemein-saksalaisen ja gemein-saksilaisen oikeuden mukaan alkaa toteamuksella siitä, että omistusoikeus on esineellinen oikeus käyttäjä esinettä (das dingliche Recht eine Sache zu gebrauchen).¹²⁴ Omistus on tämän käsitteensä mukaan muut poissulkeva oikeus, sillä on mahdotonta, että useampi voisi käyttää yhtä ja samaa esinettä, so. määrätä ja asettaa sen tarkoituksen. Omistus voi olla esineeseen nähden vain kertaalleen ja missä se on, tulee kaikki vieras käyttö oikeudellisesti mahdottomaksi. Muut oikeudet, joita esineeseen omistuksen ohella on, ovat esineellisiä esinekäyttöoikeuksia. Sikäli kuin ne eivät ole kokonaan omistukseen nähden ulkopuolisia, ne voivat olla vain omistuksesta virtaavia (Ausflüsse).¹²⁵

Olennaista määritelmässä on, että siinä tehdään kategorinen ero omistuksen ja muiden esineoikeuksien välillä. Nämä korostukset ja tarkennukset toistuvat teoksessa eri paikoin. Pütter kirjoittaa, että vaikka esineelliset oikeudet olisivat hyvinkin monenlaisia ja laaja-alaisia, niillä on aina rajoituksensa ja alkuperänsä omistajan tahdossa. Omistaja määrää käytön tarkoituksen ja laajuuden. Kun oikeutus päättyy, palaavat kaikki takaisin omistukseen, kuten alkuoikeuteen. Omistus sen sijaan ei koskaan sellaisenaan lankea esineellisoikeutetulle käyttäjälle. Omistuksen käsite säilyy myös aina samana riippumatta siitä, miten vähän tai paljon esineellisiä käyttöoikeuksia siitä irrotetaan, sillä esine on kaikissa olosuhteissa omistajan tahdon hallitsema ja tulee käytetyksi hänen määräämisensä mukaisesti. ”Omistuksen lajit ovat mahdottomia ajatella siksi, että omistus on olennaisesti ykseys”. Alaviitteessä Pütter toteaaakin, että kunkinhetkinen omistus voi tietysti olla rajoitettu, mutta omistusoikeus on aina rajoittamaton esineellinen oikeus käyttää esinettä.¹²⁶

Pütter viittaa aikaisempiin aikoihin, ajatukseen omistuksen lajeista ja jaetun omistuksen nimitykseen ja yliomistukseen. Nyt hänen mukaansa kuitenkin tiedetään, että tähän oppiin liittyvät nimet syntyivät sattuman kaupalla ja että

¹²³ Näistä eroista ja yhteyksistä seuraa omistuksen käsittelyyn järjestys, jonka mukaan on ensin tarkasteltava gemein-saksalaista gemein-saksilaisen kanssa, toiseksi vanha- ja uus-roomalaista, kolmanneksi frankkilaista ja neljänneksi voimassa olevaa eli gemein-saksalaista siviilioikeutta. Ks. Pütter emt. s. 49 s.

¹²⁴ Määritelmä toistuu täsmälleen samanlaisena roomalaisen oikeuden mukaisessa omistuksessa (esim s. 76).

¹²⁵ Ks. Pütter s. 53.

¹²⁶ Ks. Pütter s. 53 s.

ns. nautintaomistaja on vain vieraaseen esineeseen kohdistuvan esineellisen oikeuden haltija.¹²⁷ Pütter siis etenee hyvinkin tyypillisen käsitelainopillisesti. Omistuksen jakaminen on omistuskäsitteen vastaista, joten sellaista ei voi olla: oikeus on joko omistusoikeus tai oikeus vieraaseen esineeseen. Omistuksessa on ratkaisevaa tahto määrätä esineestä. Tahdon käyttäminen tarkoittaa samaa kuin asettaa järkeä vailla olevalle luonnon osalle tarkoitus: laittaa se palvelemaan jonkin päämäärän saavuttamista. Sellaisia ei voi olla useampia.¹²⁸

Jonkinlaisena loppuarviona käsitteellisestä selvityksestään Pütter korostaa sitä, että vain esineellinen esinekäyttöoikeus on omistus. Siksi se on myös tunnistettavissa kaikissa hahmoissa ja olosuhteissa. Omistuksen käsitteelle on täysin yhdentekevää se, onko esine (die Sache) hyvä vai huono, suuri vai pieni, irtain tai kiinteä. Se on esine niin kauan kuin esineen haltijan oikeus tunnustetaan ja sitä suojataan esineellisesti. Oikeudelle erot esineissä ovat kylläkin hyvin tärkeitä siksi, että omistus voi olla vain joidenkin määrättyjen esineiden omistuksena (ei vain abstraktionä, yleisesti). Saksalainen oikeus perustaa hyvin paljon omistamiselle yksityisten ja valtion kannalta.¹²⁹

Pütter ottaa näin esiin yhtäältä sen, että omistuskäsite on muuttumaton ja että se edellyttää ainoastaan (jotain) esinettä kohteenaan, mutta käsitteen kannalta esine on abstraktio, ilman lukuisia merkitysominaisuuksiaan tai aikasidonnaisuuttaan. Toisaalta erilaisten esineiden omistus palvelee sekä valtion että valtion kansalaisten hyvinvointia ja tällöin oikeus tekee paljonkin eroa aina kunkin omaisuusesineen kohdalla. Tästä syystä maata ja maapohjaa koskeva omistus on aina ollut säänneltyä ja tiukkamuotoista, kun taas vaihdantaesineiden kohdalla on tärkeää, että ne siirtyvät kädestä toiseen niin että mahdollisimman suuri joukko voi tarpeensa tyydyttää. Näin Pütter joutuukin tuomaan kiinteän ja irtaimen erottelun abstraktin esinekäsitteen ohelle tärkeänä saksalaisperäisenä esineoikeuden elementtinä.

6.3.2.4 *Haltuunottosääntö ja sen rajallisuus*

Roomalaista oikeutta koskevassa jaksossa Pütter mainitsee jotakin myös omistussaannoista, mutta ei mitään periaatteellisempaa. Esitys seurailee pitkään roomalaisen oikeuden luovutussääntöjä ja -muotoja edeten erilaisten saantola-

¹²⁷ Ks. Pütter s. 54.

¹²⁸ Esim. valtion yliomistuksen (dominium eminens) Pütter toteaa kaikkien nykyään tunnustavan oppierytyksekä. Pütter s. 56.

¹²⁹ Pütter s. 57.

jien luettelemisessa. Mahdolliset yleisemmät näkökohdat peittyvät erilaisiin kannetilanteisiin.¹³⁰

Occupatiosta Pütter kirjoittaa, että herrattoman esineen haltuunotto siinä tarkoituksessa, että siihen otetaan omistus, antaa omistusoikeuden, koska esineen haltuunottaja asettaa sen ensimmäisenä suhteeseen ihmiseen nähden ja siten samalla suhteeseen järkeen ja oikeuksiin.¹³¹ Pütter jatkaa, että voitaisiin sanoa, että corpus, esine (die Sache) tulee tämän päämäärän määrittämisen (Zweckbestimmung) kautta ensimmäistä kertaa esineeksi (res, ein Ding), ja siksi se tulee omaksi kuten silloin kun esine tehdään tyhjäksi. On samantekevää, ovatko esineet koskaan olleet kenenkään (res nullius) vai ovatko ne lakanneet olemasta jonkun (res derelictae).¹³²

Kun Pütter ei tässä yhteydessä sano muuta, näyttää valtaus periaatteessa tärkeältä alkuperäiseltä saannolta, johon voidaan kiteyttää edellytykset määräämisvallan syntymiselle sellaiseen, joka ei sitä ennen ole oikeudellisesti olemassa. Valtauksen käytännöllinen merkitys jää kuitenkin arvuuteltavaksi. Jäljempää voidaan eri yhteyksistä päätellä, että Pütter edustaa romanisteille varsin tyypillistä käsitystä. Sen mukaisesti valtaus on roomalaisen oikeuden asettamana lähtökohtaisesti kaikenlaisia isännättömiä esineitä koskeva saanto, mutta historia on muuttanut olosuhteita niin, että ”sääntö ei löydä sovellutustaan”.

Irtaimia esineitä koskevan omistuksen osalta Pütter toistaa ensin yleisen määritelmänsä ja jatkaa kohteesta, että irtaimia ovat kaikki esineet, jotka eivät ole maan ja maapohjan osia. Tämän jälkeen siirrytään saantoon ja menetykseen. Pütter sanoo heti aluksi jotakin kiinnostavaa, nimittäin että ”haltuunoton eli occupation kautta olisi herrattomien esineiden omistukseen saaminen mah-

¹³⁰ Vrt. kuit. Pütter s. 99, jossa Pütter viittaa ajatusrakennelmaan, joka toistuu myös myöhemmin ja joka nähdäkseni osoittaa sitä, miksi valmistamis- tai työperustelu(kaan) ei saa kovin paljon tilaa ja esiintyykin päinvastoin lähinnä uuden (esineen) haltuunottona. Kertoessaan omistuksen luonnollisesta saannosta (eräessä res nec Mancipi -tilanteessa) mm. esineen luonnon muuttamisen kautta Pütter nimittäin korostaa, että tässä on aina kysymys vain luonnollisesta, siis ”kuten tosiasia eroaa oikeudesta”. Pütter joka tapauksessa sanoo tässä myös niin, että poikkeaminen kaikista muista oikeuksista johtuu siitä, että esineen omistaja on nimenomaan sen esineen (Dinge) omistaja, ”als welches die Sache gerade jetzt erscheint”. Jos esine sitten lakkaa olemasta se/sellainen, ei hänen omistuksestaan ole enää puhe, mutta hänellä voi tietysti olla vaade sitä kohtaan joka omistuksen on ottanut. Jolla uusi esine (Dinge) on, sillä on siihen uusi omistus.

Ajatusrakennelma selvenee muuttamisen ja työstämisen kohdalla, jossa Pütter viittaa roomalaisten prokuliaanien ja sabinianien kiistaan siitä, tuleeko uuden esineen omistus työn vaiko aineksen omistajalle. Pütter (toisin kuin Justinianus kiistan ratkaisi) katsoo, että prokuliaanien kanta työn omistajan omistusoikeudesta on ainoa oikea (s. 101). Pütter ei kuitenkaan perustele tätä millään ”työ”-argumentilla, vaan sillä että uusi esine on todellakin muu esine kuin se, mistä se tehtiin.

¹³¹ ”occupatio, Besitzergreifung herrnloser Sachen in der Absicht Eigenthum daran zu haben, gibt Eigenthum, weil der den Besitz Ergreifende die Sache zuerst in ein Verhältniss zu Menschen, also auch zur Vernunft und zum Rechte bringt”. Pütter emt. s. 101.

¹³² Pütterin viittaus tässä on tunnettu Gai fr. 3 pr. D. de acquir. rer. dom. (41.1.).

dollinen, jos sellaisia vain joissakin osissa Saksaa olisi”.¹³³ Tämä nimenomainen lausuma koskee irtainta, mutta sitä edeltävästä maata koskevasta tarkastelusta voidaan nähdä vastaavan tilanteen koskevan myös sitä. Valtaus tuottaisi omistuksen, jos herrattomia esineitä vielä olisi. Miksi näin ei sitten ole? Vastaus löytyy historiasta ja vaikka Pütter ei paneudu tähän niin laajasti kuin jotkut germanistit, tietyt keskeiset tekijät tulevat esiin hänenkin esityksessään.

Pütter korostaa sitä, että omistuksen käsite on saksalaisessa ja roomalaisessa oikeudessa sama, joskin nimikkeet voivat olla erilaisia. Hän tuo kuitenkin esiin myös eroja, joilla on merkitystä siinä, minkälaisen sisällön gemein-saksalainen oikeus erilaisista aineksista muotoutuneena saa. Eräs keskeinen on saksalaiselle oikeudelle tärkeä erottelu kiinteän ja irtaimen omaisuuden välillä, jota taas roomalaisessa oikeudessa ei tehty (vaan erot säännöissä rakentuivat eri esineiden erotteluille).¹³⁴

Erityisesti frankkilaista oikeutta selvitellessään Pütter kertoo tarkemmin maan asemasta. Erikseen huomionarvoista on se, että Pütter viittaa omaisuuden saannosta ja menettämisestä puhuessaan ensin perintöön ja sitä koskeviin sääntöihin.¹³⁵ Tämä onkin varsin luonnollinen järjestys. Perintö oli pitkään maa-omaisuuden siirtymisen ensisijainen tapa. Pütter sanoo, että yleinen omistuskäsite on frankkilaisessa oikeudessa useammalla tavalla rajoitettu, koska omistajalla ei ole kaikkia käyttöoikeuksia. Mutta näin ei ole samalla tavalla kaikkien esineiden kohdalla. Lainsäädännölliset rajoitukset koskevat nimenomaan maa-omaisuutta. Näin Pütter päättyy antamaan oman määritelmän maaomaisuudelle: Maanomistusoikeus (Grundeigenthum) on esineellinen oikeus käyttää maapohjaa (den Boden zu gebrauchen). Pütter jatkaa, että maahan joka ei ole maapohjaa, haltijalla ei ole mitään oikeutta.¹³⁶ Haltija ei siten saa esim. kaivaa niin syvälle kuin haluaa.

Omistusoppi gemein-saksalaisen oikeuden mukaan on ymmärrettävä aikaisemmin tarkasteltuja aineksia kokoavana.¹³⁷ Pütter ilmoittaa omistuskäsitteeksi

¹³³ Pütter s. 163. Pütter jatkaa sitten viittaamalla siihen, miten metsästys ja kalastus eivät kuitenkaan yleensä ole jokaiselle sallittuja, ja että jalometallitkin kuuluvat suurimmaksi osaksi maanherrallisen hoheit-oikeuden omistukseen. Niin ikään perijöitä vailla oleva omaisuus menee valtiolle ja löydöistäkin kolmasosa (ja maanomistajalle toinen kolmasosa, löytäjälle vain se loppu kolmasosa).

¹³⁴ Ks. Pütter esim. s. 122 s.

¹³⁵ Ks. Pütter s. 132 s.

¹³⁶ ”Um Grund, der nicht Boden ist, hat der Besitzer kein Recht.” Pütter s. 129.

¹³⁷ Pütter aloittaa jakson viittaamalla sen kahteen perustaan: saksilaiseen, joka on puhtaampi ja yksinkertaisempi, ja frankkilaiseen, joka on rikkaampi ja monimuotoisempi, mutta jo lähtökohdissaan roomalaisen oikeuden vaikuttama. Ks. Pütter s. 149. Muotoutuneen gemein-saksalaisen siviilioikeuden ja erityisesti omistuksen lähteenä Pütter viittaa vanhempien oikeusoppineiden kirjoituksiin, jotka nauttivat tuomioistuimissa suurinta arvovaltaa. Parhaina saksalaisina kirjoittajina Pütter mainitsee Brunneemannin, Strykin ja Heinecciuksen, ja uudemmista Hellfeldin, Höpfnerin, Thibautin ja Mackeldeyn, ”jotka kuitenkin ovat osittain palanneet liiaksi takaisin roomalaiseen oikeuteen”. Ks. Pütter s. 153.

nytkin: Omistus on esineellinen oikeus käyttää esinettä (tavallisemmin ilmaisten ”nauttia ja siitä määrätä”).¹³⁸ Pütterillä termi käyttää (gebrauchen) kattaa kaikenlaisen määräämisen. Sanamuoto on samanlainen kaikkien käsiteltyjen oikeuksien kohdalla ja sellaisena se on tieteelliseksi ymmärretty yleiskäsite. Voidaan kuitenkin havaita, että vaikka Pütter esittää omistusoikeusmääritelmänä esineellisen käyttöoikeuden, hän tosiasiaassa sisällyttää siihen määräämisvalan sellaisessa merkityksessä, että kaikenlainen määräämisvalta ei suinkaan ole omistusta, vaan luokituu vain oikeudeksi toisen esineeseen. Tämä liittyy määritelmän esineellisyyteen (dinglich). Pütter viittaa termillä haltijan nauttimaan oikeussuojaan kaikkia tahoja vastaan.¹³⁹ Suojan ohella esineellisen merkitystä voidaan kuitenkin ajatella myös edellä viitatus SACHE- ja Ding-termien erotellun kautta. Tässä nimittäin palataan tahdon merkitykseen käsitteistössä. Esineestä tulee oikeudellisesti merkittävä (Ding), kun se asetetaan tahdonvallan alaiseksi. Kaikki esineet ovat jonkun (yhden) tahdonvallan alaisia, koska se on sama asia kuin määrätyn päämäärän asettaminen esineelle (ja tällaista voi olla vain yksi). Dinglich viittaa tähänkin Pütterin ajatukseen.

Tässä yhteydessä Pütter tulee uudestaan maaomaisuutta koskevaan tarkennukseensa omistusmääritelmässä. Pütter kirjoittaa, että merkittävin poikkeama nykyisessä saksalaisessa siviilioikeudessa – muutoin sentään varsin puhtaana esitetystä – roomalaisesta opista, ovat regaalit (hoheitsrechte, regalia minora), jotka saksalaisella ruhtinaalla kiistatta on. Tästä johtuu se, että ”oppi herrattomien esineiden saannosta haltuunoton kautta ei ole enää käytössä, koska regaali-oikeuden perusteella kaikki arvokkaat esineet kuuluvat maanherralle (landesherrn)”. Tästä seuraa edelleen se, että gemein-siviilioikeudellisesti maanomistuksen käsite voidaan määritellä vain oikeudeksi käyttää maapohjaa (den Boden zu gebrauchen). Kaivosregali ilman maan omistusta (ohne Eigenthum des Grundes) siinä määrin kuin se ei ole maapohjaa, ei muutoin olisi ajateltavissa.¹⁴⁰ Oikeuden kohteena on siis maapohja (Boden) ja se, mitä sillä on (was darauf und dabei sind). Mitä on maanpinnan alla ja mikä ei kuulu tavallisiin eli maataloudellisiin tarpeisiin, on kaivosregalin kohdetta.¹⁴¹

Pütter siis haluaa sanoa, että saksalainen regaalioppi on merkittävä ja koko omistuskäsitteistöä muokkaava poikkeama roomalaisen oikeuden ajatuksista, mutta se on joka tapauksessa voimassa olevaa oikeutta. Pütter hakee ratkaisun käsitteelliseen ongelmaan erottamalla toisistaan maan ja maapohjan omistuksen termeillä Grund ja Boden. Regalin vuoksi maanomistus on määriteltävä maapohjan käyttämisestä koskevaksi määräämisvallaksi. Regaali-oikeus on näin muuttanut saantokysymyksen antaessaan hallitsijalle sellaisia oikeuksia maa-

¹³⁸ ”Eigenthum ist das dingliche Recht eine Sache zu gebrauchen (vulgo zu benutzen und darüber zu verfügen).”

¹³⁹ Ks. Pütter esim. s. 153.

¹⁴⁰ Ks. Pütter s. 154 s.

¹⁴¹ Pütter s. 155.

han, joita ei roomalaisessa oikeudessa tunnettu. Herratonta maata ei ole, mikä on siirtänyt valtauksen roomalaisen oikeuden yleisen saantoperusteen asemasta marginaaliseksi, joitakin irtaimia koskevaksi saantomuodoksi.

Pütterin kehitemä ei tule aivan selväksi, mutta hänen ajatuksensa on joka tapauksessa se, että hallitsijan oikeuden kohteena on maa/Grund ja maanomistajan/talonpojan yms. oikeuden kohteena on maapohja/Boden. Kun oikeuksille näin on määritelty eri kohteet, erilaiset esineet, ne voivat olla rinnan. Näin ei tulla siihen Pütterin edustamalle omistuskäsitteelle mahdottomaan tilanteeseen, että jouduttaisiin puhumaan kahdesta omistusoikeudesta.

Saantolajeja Pütter poimii esiin yksittäin, ilman, että esittelystä saisi mitään yleisempää irti. Esityksestä ei toisaalta löydy myöskään sellaista, joka nostaisi esim. työperusteen omistusperusteeksi jollakin erityisellä tavalla. Näin kiinnostavimmaksi huomioksi omistusperustelun osalta Pütterin teoksesta jää, että valtaus/haltuunotto näyttäytyy roomalaisen oikeuden pohjalta luonnollisena alkuperäisenä saantona, mutta kun sen edellytyksenä toisaalta on herrattomuus, sellaiselle on enää kovin vähän tilaa. Pütterin edustamassa oppikirjallisuudessa on tarkoitus esitellä ensisijaisesti voimassa olevaa oikeutta, joten tämä on ilmeistäkin. Lainopissa omistusoikeus edellytetään olevaksi ja Pütterinkin teoreettinen mielenkiinto omistusoikeuteen nähden keskittyy siihen, miten omistusoikeus eroaa muista esineoikeuksista.

6.3.2.5 Omistusoikeus määräämisvaltana

Pütterin tapaan myös Schmid puhuu paljon kotimaisen ja vieraan oikeuden muotoutumisen vaiheista ja suhteista. Voimassa olevan siviilioikeuden selvittämiseksi on tarkasteltava osittain resipioitua ja osittain kotimaista oikeutta. Näin tulee Schmidin mukaan tehdä erikseen kunkin instituutin kohdalla, sillä mitään yleistä vastausta ja sääntöjä ei voida antaa.¹⁴²

Schmidin omistusoikeuden määritelmä kiteyttää vahvan oikeuden käsitteelliset tunnusmerkit. ”Omistusoikeus on aineellista esinettä koskeva esineellinen (dinglich) oikeus, jonka voimasta jokainen, jolla se on, saa mielensä mukaan vaikuttaa siihen ja määrätä siitä rajoittamattomasti sekä on oikeutettu sulkemaan muut pois siihen vaikuttamisesta ja määräämisestä.” Omistus sisältää positiivisena puolenaan rajoittamattoman määräämisen kohteesta itsestään ja

¹⁴² Mikään instituutti ei ole säilynyt koskemattomana, joten kotimaisen oikeuden tieteelliseksi tarkastelemiseksi on ensin selvittävä oikeustila ennen reseptiota, reseptiovaihe ja se, miten vieras ja kotimainen oikeus vastavuoroisesti muotoutuivat. Ks. Schmid s. VIII s. Teoksen ensimmäinen kirja koskee esineoikeutta ja sen ensimmäinen jakso omistusoikeutta; ensiksi käsiteltä ja olemusta; toiseksi yksittäisiä omistukseen sisältyviä oikeutuksia ja erityisesti luovutus-oikeutta; kolmannessa jaksossa mennään omistusoikeuden saamiseen – jossa hyvän osan muodostaa occupatio. Omistuksen saantolajeja käsitelläänkin runsassivuisesti ja myös selkeästi ryhmiteltyinä lajeina.

negatiivisena puolena ehdottoman muiden poissulkemisen omistusobjektiin vaikuttamisesta tai siitä määräämisestä. Tästä omistusoikeuden rajattomuuden korostuksesta huolimatta myös Schmid tuo esiin rajoitukset. Kysymys on siis käsitteellisestä lähtökohdasta, jonka tarkoituksena ei ole kiistää tosiasiallisen tilanteen olevan usein toisenlainen. Niinpä Schmid kirjoittaa, että omistus voi olla sen harjoittamisessa sekä faktisesti että oikeudellisesti monella tavalla estetty, mutta se ei muuta sen olemusta ja siksi se rajoitusten lakatessa palaa heti käsitteenmukaiseen laajuuteensa.¹⁴³

Schmid tarkentaa omistusta selvittelemällä omistukseen sisältyviä yksittäisiä oikeuksia. Hän ei tässä yhteydessä viittaa oikeuden totaalisuuteen tai kokonaisluonteeseen siinä merkityksessä, että ne estäisivät omistuksen oikeutuksien luettelemisen. Omistuksen sisältämiin oikeuksiin kuuluu Schmidin mukaan ensiksi oikeus mielensä mukaan määrätä omistuksen kohteesta (*das Recht auf den Gegenstand des Eigentums beliebig einzuwirken und unbeschränkt über denselben zu verfügen*). Tämän oikeuden johdosta omistajalla on oikeus hallita esinettä (*jus possidendi*), nauttia tuotteista ja kaikella tavalla nauttia sen tuomasta lisästä omistukseensa (*jus re sua fruenti*), sekä käyttää sitä muutenkin kaikin tavoin (*jus re sua utendi*) ja tehdä substanssiin muutoksia, osittain tai kokonaan se tuhotakin ja varsinkin kuluttaa se loppuun (*jus abutendi*) ja lopulta luovuttaa esine pois (*jus distrahendi*). Siksi maanomistaja saa maallaan kaivaa, kasvattaa ja rakentaa sekä tehdä toimenpiteitä mielensä mukaan, vaikka siitä aiheutuisi haittaa muille, kunhan omistaja pysyy rajojensa sisällä. Toiseksi omistuksen sisältämiin oikeuksiin kuuluu oikeus sulkea muut pois esineeseen vaikuttamisesta ja siitä määräämisestä. Schmid jatkaa, että maanomistajalla ei ole omistusoikeuksiensa kohteena vain hänen maapohjaansa kuuluva maanpinta, vaan myös sen yläpuolinen ilma ja alapuolinen maa-aines. Näiden oikeuksien nauttiminen/käyttäminen on kuitenkin useasti omistajalta estetty oikeudellisin rajoituksin, vaikkakaan oikeus ei sinällään tästä syystä millään tavalla lakkaa. Päinvastoin oikeus rajoituksen lakatessa nousee taas täyteen vaikutukseensa. Siksi omistuksen käsite ei näiden rajoitusten vuoksi millään tavalla modifioidu.¹⁴⁴

Kun Schmidin esitystä arvioidaan omistusoikeuden käsitteellisen ymmärtämisen vaihtoehtojen kannalta, näyttää ensin siltä, että hän vain luettelee kaikki tai useimmat oikeutukset. Luetteloa kuitenkin jäsentävät modernin omistusoikeuden kaksi keskeisintä tunnusmerkkiä: (1.) määräämisvalta ja (2.) poissulkemisoikeus eli absoluuttisuus ja eksklusiivisuus. Schmidhän sanoo kaiken muun kuin määräämisvallan osalta, että edellisen nojalla omistajalla on sellainen ja sellainen oikeus. Näin Schmid oikeastaan yhdistää vanhempaa (luontaisoikeudelliselle kaudelle vielä tyypillistä) ja uudempaa (käsitelainopissa kiteytyvää)

¹⁴³ Ks. Schmid s. 1 s.

¹⁴⁴ Ks. Schmid s. 16 ss.

ainesta ja tapaa hahmotella omistusoikeuden sisällöllistä ulottuvuutta. Kysymys ei olekaan omistusoikeuden jakamisesta osaoikeuksiin, vaan määräämisvalta on ydin, josta kaikki erilaiset oikeutukset virtaavat ja josta ne johtuvat.

Schmid etenee sitten varsin käsitteellisesti argumentoiden, mutta tässä näkyy sama omistusoikeuden päätunnusmerkkien jäsenitys ja arvio määritelmän ja rajoitusten suhteesta. Schmid nimittäin jatkaa, että omistuksen oikeudelliset rajoitukset ovat joko sellaisia, jotka estävät omistajaa käyttämästä rajatonta määräämisvaltaansa omistuksen kohteesta ja siis velvoittavat hänet olemaan tekemättä jotakin johon hän muutoin omistuksensa nojalla olisi oikeutettu, tai sellaisia, joissa hänen omistukseen kuuluva poissulkemisoikeutensa estetään, jolloin omistajan pitää sietää sellaista, jonka lopettamisen hän muutoin voisi omistuksensa nojalla vaatia. Schmidin mukaan muunlaisia omistusrajoituksia ei voida asettaa siksi, että omistukseen kuuluu vain kaksi oikeutta, omistuskohteesta määräämisen oikeus ja oikeus sulkea muut siitä pois. Omistusrajoitus voi tietysti koskea vain jompaakumpaa näistä. Niinpä, jos omistaja velvoitetaan tekemään jotakin, kyseessä ei ole Schmidin mukaan ole omistuksen rajoitus vaan omistusoikeudesta omistusoikeuden subjektina olevalle johtuva obligatio.¹⁴⁵

Käsitteellisen lähtökohdan ja tosiasiallisen tilanteen eron selvittäminen näkyy hyvin myös omistajan määräämisoikeudessa, jota Schmid esittelee erikseen. Dispositio-oikeuteen, joka omistajalla omistuksensa nojalla objektiin on, sisältyy erityisesti oikeutus luovutukseen (*Befugniss zur Veräußerung*), so. omistuksen lakkauttamiseen tai rajoittamiseen. Schmid jatkaa heti, että tämäkin oikeutus voi olla eri syistä rajoitettu: lain tai tuomarin päätöksellä, testamentilla taikka sopimuksen perusteella. Luovutuskiellon syiden erilaisuudesta riippuen myös vaikutukset ovat erilaiset. Rajoittamaton luovutuskielto koskee kuitenkin aina paitsi omistusta myös siihen nojaavia esineellisiä oikeuksia.¹⁴⁶ Schmid ei selvästikään näe tässä mitään ristiriitaa.

¹⁴⁵ Ks. Schmid s. 18. Tämän jälkeen Schmid mainitsee *gemein-oikeuden* omistusrajoituksina naapurioikeudellisia sääntöjä tullessa viimeisenä (kohta 15) klassiseen yhteishyvään. Schmid nimittäin kirjoittaa viimeisenä kohtana, että jokaisen omistajan täytyy sopivaa korvausta vastaan sietää se, että valtion taholta määrätään hänen omaisuudestaan, tapahtuipa se sitten pakkomuuton tai tilapäisen objektin käytön tavalla, kun yhteinen hyvä tekee sellaisen määräämisen välttämättömäksi (s. 32). Kohdat 1–11 ovat kaikki erilaisia naapurioikeudellisia tilanteita, kohta 12 hiukan yleisempi (jokainen omistaja on oikeutensa käytössä rajoitettu siihen mihin ulottuvat puolestaan muiden esineelliset oikeudet). Kohta 13 toteaa sekin yleisemmin, että omistajan luovutus-oikeus voi olla monella tavalla rajoitettu (tätä käsitellään enemmän seuraavassa pykälässä). Kohta 14 siirtyy jo julkisvaltasuhteesta seuraavaan, kun Schmid kirjoittaa, että jokaisen omistajan tulee sallia sellaiset rajoitukset omistukseensa, jotka johtuvat yhteisen hyvän perusteista poliisei-oikeudellisten sääntöjen nojalla. Nämä ovat hyvin monenlaisia ja erilaisia kuten niiden perusteetkin (esim. metsänkäyttörajoitukset, yksityisvesien sääntely). Tämän jälkeen tulee edellä viitattu kohta 15.

¹⁴⁶ Ks. Schmid s. 33.

6.3.2.6 Saantolajeista ja valtauksen asemasta saantolajina

Schmidin kirjan omistuksen saantoa koskeva jakso on paitsi pitkä myös varsin systemaattinen. Jaksosta voidaankin havainnollisesti koota se, mitä romanistien tradition puitteissa omistuksen syntyperusteesta runsaimmillaan sanotaan. Schmid tarkastelee ensiksi omistuksen saannon yleisiä edellytyksiä ja sen jälkeen saantoja kahdessa osiossa. Schmidin peruste saantojen ryhmittelyssä on omistussaannot ilman erityistä saantotointa/omistussaannot erityisen saantotoimen välityksellä. Jälkimmäiseen kuuluvina käsitellään eri saantolajeja: occupatiota, traditiota, hedelmien saantoa, accessiota, spesifikaatiota, confuusiota, commissiota, nautintasaantoa (Ersitzung).¹⁴⁷

Saannon yleisinä edellytyksinä Schmid esittelee subjektia, kohdetta ja määrättyä saantolajia koskevat vaatimukset. Subjekti on henkilö, joka on kelpoinen saamaan esineen. Tällä abstraktiotasolla ulkopuolelle jäävät vain oikeudettomat, vaikka partikulaarioikeudet sinällään asettavatkin erilaisia rajoituksia esim. kiinteistön saannolle. Esineeltä, johon omistus voidaan saada, edellytetään tällä abstraktiotasolla aineellisuutta, ja sitä, ettei kyseessä ole res communes omniumin (ilma, juokseva vesi, meri). Määrätty saantolaji tarkoittaa tosiasiassa, jonka olemassaoloon laki liittyy esineen kytkeytymisen tiettyyn henkilöön.¹⁴⁸ Näin Schmidin erottelu asian tarkastelemiseksi on varsin moderni ja edustaa tieteellisen tarkastelun vaatimaa abstrahointia.

Schmidin mukaan tärkeimpiä omistuksen saantolajien jaotteluita ovat uni-versaali/singulaari, derivatiivinen/originääri, määrättyä saantotointa edellyttävät/edellyttämättömät. Schmid ei erikseen perustele sitä, miksi hän itse seuraa viimeksi mainitsemaansa jaottelua. Vaikka Schmid tarkastelee ensiksi saantolajeja, joissa ei vaadita erityistä tointa, nämä ovat poikkeuksellisia.¹⁴⁹

Eryistä saantotointa edellyttävän ryhmän esittelyn aloittaa occupatio eli valtaus. Schmid kirjoittaa, että occupatio on se omistuksen saantolaji, jonka kautta peruslauseen ”quod nullius est, id naturaliter ratione occupanti conceditur” mukaisesti, kuka tahansa saa omistusoikeuden herrattomaan esineeseen, joka kera animus dominii adquirendin eli omistustarkoituksin otetaan hallintaan. Saannon täyttymiseksi vaaditaan paitsi animusta myös saannonsaajan sellaista toimintaa, jonka kautta tämä asettaa itsensä sellaiseen fyysiseen suhteeseen esineeseen nähden, että hän voi sen perusteella mielensä mukaan vaikuttaa esineeseen ja sulkea muut pois sellaisesta vaikuttamisesta.¹⁵⁰ Hänen (saajan)

¹⁴⁷ Schmid s. 45.

¹⁴⁸ Schmid s. 45 s.

¹⁴⁹ Schmid s. 47. Kun laki tekee poikkeuksen, puhutaan saannon tapahtumisesta suoraan lain nojalla (ipso iure). Tärkeimpiä näistä ovat 1. adjudikaatio, 2. hätäperintö (Notherben), 3. legaatti ja singulääri-fideikomissaari, 4. aikaisemman avioliiton lapset, 5. donatio mortis causa-tilanteet...

¹⁵⁰ Schmid viittaa lainauksensa (av 1) Digesta-kohtiin, mm. tunnettuun kohtaan ”de j. adq. rer.dom. 41.1.”. Hän viittaa myös Höpfneriin, Gesterdingiin ja Puchtaan sekä (av 2) Savignyn.

pitää siksi tarttua irtaimeen, mutta kiinteän kohdalla astua sille/ottaa se hallintaan.¹⁵¹

Alaviitteessä (3) Schmid täsmentää, että tarttuminen (Ergreifung) ei välttämättä edellytä välitöntä ruumiillista koskettamista. Riittää, että esine ulkoisin välinein ja keinoin saatetaan valtaajaan nähden sellaiseen suhteeseen, että hän voi siihen mielensä mukaan vaikuttaa ja sulkea muut pois sellaisesta vaikuttamisesta. Alaviite 4 jatkaa keskustelua siitä, mikä on haltuunottamista.¹⁵² Schmid kertoo esim. Höpfnerin pitävän irtaimen esineen valtauksessa riittävässä ”das bloss Erblicken der Sache” silloin kun se ”beliebig ergriffen werden kann”. Tätä tukisi roomalainen oikeus. Schmid kuitenkin sanoo, että tämän käsityksen tueksi viitattu kohta koskee vain traditiota, ei occupatiota, ja nämä ovat erilaisia tilanteita. Traditiossa on kysymys jo olemassa olleen hallinnan siirtämisestä toiselle. Tällaisessa tapauksessa riittää se, että hallinnassa olleen tahto siirtää ja luovutuksensaajan tahto saada tulevat ilmaistuksi. Occupatiossa sen sijaan pitää itsenäisesti perustaa sellainen, jota ei vielä ole ollut. Siksi valtaajan taholta vaaditaan sellaista tointa, joka tekee mahdolliseksi mielen mukaisen vaikuttamisen esineeseen ja toisten poissulkemisen sen käytöstä. Näin siis traditioon sinänsä saattavat riittää monetkin toimet, jotka eivät kuitenkaan occupatioon riitä.

Schmidin argumentoinnissa valtauksen tuottamasta omistusoikeudesta näkyy omistusoikeuden määrittelemisen absoluuttiseksi ja eksklusiiviseksi. Niistähän haltuunottajan tahdon ja määräämisen ja muiden poissulkemisen korostuksissa on kysymys. Voidaan kuitenkin sanoa, että Schmid toisaalta eri paikoin ilmoittaa hyvinkin selvästi, että kysymys on käsitteestä ja käsitteen vaatimuksesta ja muuttumattomuudesta. Sitä vastoin konkreettisen oikeusjärjestyksen tasolla rajoituksia ja poikkeamia on ja on aina ollut. Näin tullaan taas siihen, että 1800-luvun monesti kritisoiduissa absoluuttisissa omistumääritelmässä on tosiasiaa – ainakin parhaimmillaan – ytimeltään kysymys nimenomaan *käsitteiden* välisistä suhteista ja siitä, miten omistusoikeus erotetaan muista oikeuskäsitteistä ja ennen kaikkea muista esineellisistä oikeuksista. Omistuskäsite voi näissä käsityksissä estää jakamisen, mutta se ei estä rajoituksia.

Occupation lajeja ovat Schmidin selvityksessä metsästys ja löytö.

Metsästys rajoittuu valtaussaanontona käsitteensä mukaisesti villeihin eläimiin. Se ei koske kesytettyjä kotieläimiä, paitsi silloin kun nämä ovat palanneet villiin tilaansa. Silloin ne voivat olla valtaussaanon kohteita.¹⁵³ Schmid selvittelee tässä laveasti eri tilanteita ja saksalaisyhteisöiden perustaa, joka poikkeaa roomalaisesta. Näihin yksityiskohtiin ei tässä yhteydessä mennä, koska ne eivät

¹⁵¹ ”Er muss daher bewegliche Sachen ergriffen, unbewegliche aber betreten haben”. Schmid s. 51.

¹⁵² Schmid viittaa kohdassa myös Dig. 41.2.-kohtaan (joka koskee maata, fundus).

¹⁵³ Ks. Schmid s. 52 s.

tuo varsinaista lisää valtaussaanon yleisempään merkitykseen. Toisaalta tässäkin argumentaatioissa näkyy se, että roomalainen oikeus asettaa yleiset peruslauseet, joista Schmid pitää kiinni tarkastelun lähtökohtina.¹⁵⁴

Löytö on toinen occupation laji. Schmid erottaa kohteen löydön eli elottomien herrattomien esineiden valtauksen kautta muodostuvassa occupationissa kaksi tilannetta. Ensimmäinen koskee sellaisia esineitä, joilla ei ole koskaan ollut omistajaa, toinen sellaisia, jotka ovat tulleet herrattomiksi siihenastisen omistajan hylkäämisen (dereliktion) kautta.

Alkuperäisesti herrattomien esineiden löytövaltausta Schmid täsmentää toteamalla sen koskevan lähinnä meren saarien valtaamista. Hän lisää myös jotakin yleisemmin kiinnostavaa. Schmid kirjoittaa, että ”kiinteistöjen saanto occupation kautta on ylipäättään, lukuun ottamatta hylättyjä ja autioksi jätettyjä kiinteistöjä, joista puhutaan jäljempänä, poissuljettu Saksan rajojen sisäpuolella. Asia on näin siksi, että kiinteistö, jolla ei ole todistettavaa omistajaa, kuuluu yhteisölle, jos se sijaitsee määrätyn yhteisön alueella, ja muutoin valtiolle”.¹⁵⁵ Mitään alkuperäisesti herrattomia maa-alueita ei siis enää ole vallattavaksi. Sikäli kuin on olemassa joitakin omistajattomilta vaikuttavia maa-alueita, ne kuuluvat alueelliselle yhteisölle tai valtiolle. Valtauksen mahdollisuutta maa-alueeseen voidaan näin pohtia vain sellaisen maan osalta, joka on ollut jonkun omistuksessa, mutta tullut ”jälkiperäisesti” herrattomaksi.

Dereliktiosta on kysymys vain silloin, kun luovutuskompetentti omistaja tarkoituksella lakkauttaa omistuksen ilman tarkoitusta luovuttaa sitä toiselle. Toisena tosiasiaedellytyksenä on, että omistajan hallinta (detentio) on lakannut. Näiden edellytysten myötä esine tulee heti herrattomaksi ja siten occupation kohteeksi. Hylätyistä esineistä tulee erottaa kadotetut esineet, sillä pelkkä detention menettäminen ei muuta esineitä herrattomiksi.¹⁵⁶ Schmid jatkaa, että kiinteiden esineiden osalta hylätyistä tulee erottaa lisäksi *res desertae* eli ne, jotka omistaja on jättänyt autioksi ilman että olisi niitä hylännyt.

Näin Schmid siis tulee tilanteeseen, johon hän edellä viittasi puhuessaan siitä, että Saksan alueella ei kiinteistöön pääsääntöisesti enää voi saada valtaus-

¹⁵⁴ Schmid kirjoittaa metsästysjakson loppuksi (s. 58 s.), että samat peruslauseet, joiden tässä on esitetty koskevan (maan)omistajan metsästys- ja kalastusoikeutta, pätevät myös metsästys- ja kalastusregaliin. Myös siellä, jossa metsästys- ja kalastusoikeus on sellaisenaan tai rajoituksin osoitettu maanomistajalle, roomalaisen oikeuden määräykset voivat tulla käyttöön. Schmid selvittää tässä saksalaisen oikeuden säännöksi sen, että joku on jo sillä perusteella omistaja, että villit eläimet tulevat hänen maalleen. Tällainen omistus on kuitenkin vain välistä ja mahdollistettu siihen aikaan, jolloin eläimet pysyvät hänen maallaan. Välttömäksi, itsenäiseksi ja kestäväksi (unmittelbares, selbstständiges und dauerndes) omistukseksi ne voivat muodostua vasta roomalaisen oikeuden peruslauseiden mukaisesti täydellistyneen (loppuunsaatetun) occupation kautta. Tällä Schmid siis viittaa omistustarkoituksen ja hallintaanottamisen ehtoihin.

¹⁵⁵ Ks. Schmid emt. av 39. Schmid viittaa Westphaliin, Höpfneriin, Gesterdingiin, Thibautiinkin. Ja vertaa-osoituksella Weissein, Seidenstickeriin, Posseen, Hagemanniin, Mittermaieriin, Maurrenbrecheriin.

¹⁵⁶ Ks. Schmid emt. s. 60 ss.

saantoa, mutta jonkinlaisen poikkeuksen muodostavat hylätyt ja autiot tilat. Tarve erottaa hylätty ja autio tila toisistaan ei vaikuta aivan selvältä. Schmidin erottelu näyttäisi perustuvan siihen, että aution tilan kohdalla tila on vain jätetty autioksi tai viljelemättä ilman nimenomaista omistuksesta luopumista, jollainen sisältyy hylkäämisen määritelmään. Schmid kertoo, että tällaiset jätetyt kiinteistöt (verlassenen Grundstücke), jos ne ovat verovelvollisia, voi ottaa haltuunsa (bemächtigen) kuka tahansa, joka haluaa rakentaa ja viljellä niitä. Haltuunottajan täytyy kuitenkin tekemistään muutoksista suoritettavaa korvausta vastaan luopua kiinteistöstä omistajan hyväksi, jos tämä ilmoittautuu kahden vuoden kuluessa. Haltuunottaja voittaa siis vasta tämän ajan kuluttua moitekelvottoman omistuksen.¹⁵⁷

Aution tilan kohdalla on näin kysymys nautintasaannosta. Haltijan saannon täyttyminen edellyttää omistamistarkoituksen ja haltuunottamisen lisäksi tiettyä moitteetonta nautinta-aikaa. Voidaankin sanoa, että käsitteellisesti kysymys ei ole valtauksesta; esine ei ole herraton, mikä taas on löytövaltauksen(kin) edellytys. Pikemminkin aikaisempi omistaja menettää oikeutensa, koska on jättänyt tilan autioksi ja viljelemättä eikä myöskään vetoa oikeuteensa tietyn ajan kuluessa. Schmid ei kuitenkaan kehittele tilannetta pohdinnaksi omistajan mahdollisesta velvollisuudesta käyttää tai viljellä tilaa taikka ota lainkaan esille työn ja työstämisen mahdollista merkitystä.

Hylätyn, kadotetun ja aution erottelussa tiivistyvät omistuksen ja valtaussaannon edellytykset ikään kuin kääntöpuoleltaan. Kadotetussa olennaista on se, että tahto ei ole lakannut, mutta hallintaa ei ole; autiossa se, että hylkäystahtoa ei ole, mutta hallinta on tarkoituksella lopetettu. Autiotilan saannon tarkasteleminen löydön alla siten kuin Schmid tekee vaikuttaa erikoiselta. On vaikea ajatella, että kiinteistöä löydetäisiin. Tilannetta olisi tavanomaisempaa pohtia nautintasaannon (Ersitzung) yhteydessä. Schmidin ratkaisun voi toisaalta ymmärtää lähtökohdaksi asetetusta roomalaisen oikeuden valtaussäännöstä käsin. Kun tämä kerrotaan yleisenä sääntönä, jota lähdetään rajaamaan sen mukaan kuin keskeiset tahto- ja haltuunottoedellytykset määrittävät kiinnittämään huomiota lähtökohtaa muistuttaviin, mutta siitä poikkeaviin tilanteisiin, tullaan esittäneeksi tässä yhteydessä sellaistaakin, joka voitaisiin esitellä myös kokonaan toisessa yhteydessä.

¹⁵⁷ Ks. Schmid emt. s. 62. Alaviite osoittaa roomalaiseen oikeuteen, kohtaan c. 8 C. de omni agro deserto 11.58 sekä mm. Leyseriin, Gesterdingiin, Puchtaankin. Näistä Schmid erottaa toisen kannan, jonka mukaan kohta ei puhuisi lainkaan omistuksesta ja sen saannosta tai menettämisestä, vaan keisarillisista kolonaatti- ja Erbpacht-tiloista (fundi patrimoniales, rei privatae, emphyteuticarii) ja ettei se tulisi ollenkaan nykyisin käyttöön, koska keisarillisia kolonaatteja ei ole ja koko juridinen suhde emphyteutankin osalta on muuttunut vapaaksi omistukseksi. Tällaisen kannan puolesta puhuvat useat seikat, mutta jokaisen kohdalla Schmid tuo esiin vastargumentteja ja päätyy siis siihen, että viitattu kohta koskee omistajaa ja omistuskiinteistöä. Schmid lisääkin, että näin kohta on vielä nykyisinkin käyttökelpoinen ja myös käytetty. Praksiksesta Schmid viittaa Meviukseen, Leyseriin, Strubeniin, Crameriin.

Tässä suhteessa Schmidinkin esitys on oikeastaan tyypillinen omistusta ja omistussaanntoja koskevassa oppitraditiossa. Valtaus esitetään roomalaisen oikeuden mukaisesti alkuperäisenä, omistuksen synnyttävänä perusteena sellaiseen, mihin kenelläkään ei vielä ole omistusta. Esimerkiksi Schmidin esityksestä on vaikea sanoa, ajatteleeko hän tämän enemmän historiallisena vai käsitteellisenä lähtökohtana. Historiallisena tilanteena se todetaan ohitetuksi. Valtauksen edellytykset ovat enää käsillä vain metsästyksen ja löydön kohdalla; tällöinkin vain joiltakin osin ja siis lähinnä irtainta koskien. Tätä kautta Schmid tulee esitysjärjestykseensä, jossa valtaus johdattaa tarkastelemaan metsästysaanntoa ja löytösaantoa. Jälkimmäisen kohdalla näyttää sitten tarpeelliselta osoittaa kiinteän omaisuuden osalta tietty löytö-valtauksen tilanne jälkiperäisesti herrattomiksi joutuneista kiinteistöistä ja tässä yhteydessä ilmaantuu tarve tehdä rajaa hylättyjen ja autioiden tilojen välillä. Tämä viimeinen toisaalta kiteyttää tahtoelementin keskeisyyden omistuskäsitteessä ja niin muodoin myös omistusperustelussa ja omistussaanntossa. Näyttääkin siltä, että tarve erottaa hylätty ja autio toisistaan perustuu oikeastaan vain siihen, että Schmid tarkastelee kysymystä koko ajan pikemminkin omistuskäsitteellisesti. Hylätyn ja aution eroa ei tässä tehdä sellaisella perusteella, joka tulisi esille tai punnittavaksi missään käytännöllisessä yhteydessä.

Schmidin huomiot kertovat selkeästi valtaus-omistussaannton kapeasta sovellutusalueesta. Tämä ei toisaalta muuta sitä, että lähtökohtaisesti valtaus nähdään alkuperäisenä ja omistuskäsitteen tunnusmerkkejä hyvin vastaavana saantomuotona. On vain niin, että sen asettama lähtötilaedellytys on poistunut. Kun lähtötilanne siitä huolimatta nähdään tarpeellisenä esitellä, se voidaan ymmärtää siltä pohjalta, että valtaus on maan osalta joka tapauksessa tuottanut omistussjärjestyksen. Lähtötilanne on ajateltava tuon suuntaisesti, vaikkakin nykyiset saannot ovat valtaosin johdannaisia, sellaisia, joissa kaikella on ollut aikaisempi omistaja. Kaikessa valtauksen kohdalla esiteltävässä aineksessa huomio on omistuskäsitteellisesti keskeisissä omistuksen tunnusmerkeissä, tahdossa ja hallinnassa. Valtaukseen kiteytetään näiden elementtien tai ulottuvuuksien syntyminen, minkä jälkeen voidaan lähteä rakentamaan omistussjärjestystä. Tästä näkökulmasta kysymys alkuperäisestä saannosta ymmärretään enemmän käsitteellisenä kuin historiallisena.

Tämä lopputulos on tavallaan itsestään selvä, mutta silti tärkeä, koska se on myös osa selitystä sille, miksi keskustelu juristikirjallisuudessa jäi niukaksi. Perustan esittelemisen jälkeen oli tarvetta puhua etupäässä omistuksen siirtymisestä. Sen jälkeen, kun kaikella on omistaja, juridinen ongelma ovat vain säännöt erilaisissa tilanteissa, joissa omistaja lakkaa olemasta tai määrää oikeudesta; mistään muusta ei tarvitse keskustella.

Valtauksen jälkeen Schmid siirtyy eteenpäin saantolajeissa. Niillä on tässä yhteydessä mielenkiintoa lähinnä siltä osin, mitä eri tilanteita luetteloon sisältyy. Varsinaisia omistuksen syntymistä ja siirtymistä yleisemmin koskevia

pohdintoja esittelystä ei löydy. Schmid tarkastelee ensiksi traditiota,¹⁵⁸ ja varsin laajasti, jolloin ollaankin siinä, että traditio tosiasiaassa edustaa pitkälti johdannaista saantoa. Schmid käsittelee sitä saantolajina siksi, että yleensä pelkkä omistuksen siirtämisen ja vastaanottamisen tahto (oikeustoimena tahdonilmaisus) ei riitä, vaan tarvitaan vielä näkyvä esineen siirtyminen oikeuspiiristä toiseen. Näin kaikki johdannaiset saannot tavallaan päättyvät tähän ”toimeen” (vaikka se ei sinällään ole saantoperuste).

Hedelmiä koskevan saannon kohdasta voisi odottaa löytyvän tuottoa ja tuotoksia koskevaa pohdintaa, mutta Schmidin näkökulmana on pääesine.¹⁵⁹ Accessiossa eli liittämisessä on kysymys siitä, että esine tulee sellaiseen suhteeseen määrätylle omistajalle kuuluvaan esineeseen, että siitä tulee sen integroitua osa. Näin omistaja saa siihen saannon säännön *res accessoria sequitur rem principalem* mukaan. Tässäkin puhutaan pää- ja sivuesineestä.¹⁶⁰ Ns. keinotekoinen accessio taas tarkoittaa sitä, että eri omistajille kuuluvat esineet liitetään toisiinsa sillä tavalla, että siitä syntyy uusi esine ja vaikka osat ovat erotettavissa toisistaan, ne ovat nyt osa uutta kokonaisuutta.¹⁶¹

Varsinkin viimeksi mainitun kohdalla voitaisiin ajatella pohdittavan työkysymystä ja sen omistuksellista merkitystä. Schmid mainitseekin ensimmäisenä lajina rakentamisen. Hän pohtii asiaa materiaalin ja kiinteistön arvon kannalta. Kysymys on myös rakentajan tietoisuuden merkityksestä sekä irrottamisen mahdollisuudesta. Lähtökohta on Schmidin mukaan se, että maanomistaja saa oikeutensa nojalla omistusoikeuden myös liitännäisiin. Maalauksen kohdalla sen sijaan on toisenlainen sääntö. Maalauksella tarkoitetaan tässä taidemaalausta, jota Schmidin mukaan pidetään pääesineenä, ei materiaaleja sinänsä. Näin maalari saa tauluun omistusoikeuden.¹⁶² Schmid ei siis tässä puhu varsinaisesti työstä, vaan operoi pääesine/sivuesine-kategoriolla. Kun Schmid siirtyy eteenpäin sellaisten liitosten tarkasteluun, joissa erottaminen ei voi vahingoittamatta tapahtua, hän puhuu asiasta edelleen pääesine/sivuesine-kategorioiden

¹⁵⁸ Tradition Schmid määrittelee niin, että omistuksen saantolajina sillä ymmärretään tointa, jonka kautta esineen juristinen hallinta omistuksen siirtämisen tarkoituksessa ja siihen nähden siirretään. Näin se edellyttää oikeustointa ja oikeastaan traditio on ymmärrettävä oikeustoimen päättävänä seurauksena. Schmid *emt.* s. 71.

¹⁵⁹ Schmidin esittelyjärjestyksessä tämä eroaa edellisistä siksi, että kysymys on jostakin uudesta lisäkkeestä, ei vain haltuunottamisesta eikä hyöskään hallinnan siirtämisestä. Hedelmät/tuotto on sellaista, joka kasvaa esineestä. Schmid jakaa nämä *civileen* ja *naturaleen*, edellinen tarkoittaa tuottoja, kuten korko tai vuokra, ja jälkimmäinen luonnollisia hedelmiä, tuotteita. Molemmat lajit kuuluvat pääesineeseen kunnes ne erotetaan, mistä voi sitten seurata erilaisia tilanteita ja kollisioita.

¹⁶⁰ Luonnollisina accessioina Schmid luettelee 1. alluvion, 2. avulsion, 3. kulkusaaret ja 4. kuivuneen joen tapauksen. Schmid päättää tämän siihen, että näiden roomalaisoikeudellisten perussääntöjen mukaista on myös saksalainen oikeus. Luettelo periytyy siten roomalaisen oikeuden esittämistä tilanteista.

¹⁶¹ Ks. Schmid s. 121.

¹⁶² Schmid *emt.* s. 158.

avulla, vaikkakin tässä hänen mukaansa on hankala asettaa mitään yleistä sääntöä. Schmid kirjoittaa, että lähtökohtaisesti pääesineenä on pidettävä sitä, joka näyttää kokonaisuudessa hallitsevalta, arvokkaalta, tunnusmerkkilliseltä, päätarkoituksen mukaiselta. Sivuesine taas on enemmän taustalla oleva. Jos tällaista valintaa ei voida ollenkaan tehdä, jäävät osien omistajat osiensa omistajaksi.¹⁶³

Spesifikaatiossa on kysymys omistuksen saannosta, jossa (koko) esine muutetaan toiseksi. Tämä tapahtuu joko muotoilemalla yksi esine aivan toiseksi tai sitten yhdistämällä useampia uudeksi tavalla, jossa alkuperäisiä ei enää ole tunnistettavissa. Tästä Schmid kirjoittaa, että valmistajan omistussaannon perusta on siinä, että uutena muotoiltuun objektiin ei kenelläkään ole omistusoikeutta. Se on *res nullius* ja niinpä siihen sovelletaan *occupation* peruslauseita. Tällöin valmistaja, joka on ottanut sen haltuunsa omistukseen ottamisen tarkoituksin, saa sen omakseen. Tästä syystä valmistajan täytyy suorittaa työ itseään eikä omistajaa tai jotakin kolmatta varten. Ylipäättäänkin spesifikaation kautta syntyneitä uutta objektia pidetään *res nulliukse*nä vain silloin, kun valmistaja on ryhtynyt toimeen itseään varten (*animo rem sibi habendi*) tai toisen asettamana tehtävänä, siis tämän edustajana. Jos näin ei ole, kysymys ei ole *res nulliuksesta*, joka voitaisiin vallata.¹⁶⁴

Schmid valaisee tarkennustaan esimerkillä. Jos henkilö luuli tekevänsä toiselle, mutta tämä ei ollut sellaista valmistamista tarkoittanut tilata, taikka jos muuttaminen tai valmistaminen on tapahtunut epähuomiossa, kysymys ei ole *res nulliuksesta* eikä valmistaja saa omistusoikeutta. Esimerkki tekeekin selväksi sen, että Schmid hahmottaa koko tilanteen valtauksen edellytysten näkökulmasta. On siis huomattava, että valmistamisen tuloksena syntyy uusi ja samalla nimenomaisesti isännätön esine, jolloin omistusoikeus siihen syntyy valtaamisen eikä suoraan valmistamisen perusteella. Valmistajalle voidaan osoittaa oikeus, mutta ei tekijänä vaan haltuunottajana.

Schmid kokoaa sanomaansa niin, että justiniaanisen oikeuden mielessä aito spesifikaatio on kyseessä vain silloin, kun muutettua kohdetta ei enää voida palauttaa takaisin entiselleen. Mutta jos ennallistaminen onnistuu, aikaisempi omistaja säilyttää asemansa.¹⁶⁵

¹⁶³ Ks. Schmid *emt.* s. 160 ss.

¹⁶⁴ Schmid *emt.* s. 167.

¹⁶⁵ Confuusio eli sekoittuminen puolestaan tarkoittaa juoksevien tai sellaisiksi tehtyjen aineiden yhdistämistä. Eri henkilöille kuuluvien aineiden yhdistäminen/sekoittaminen on toisinaan omistussaan toisinaan ei. Jos omistajat tahtovat yhdistämistä, syntyy yhteisomistus (eikä saanto). Jos taas he eivät tahdo tai vain toinen pyrkii siihen taikka joku kolmas, voidaan puhua saannosta ja erotella tässä taas erilaisia mahdollisia tilanteita. *Commixtio* on samantapainen tilanne ei-juoksevan aineksen osalta. Siinäkin syntyy yhteisomistustilanne ideaalisin osuuksin sikäli, jos eri osien omistajat tahtovat yhdistämistä. Ks. Schmid *emt.* s. 179–183.

Näiden jälkeen tullaan viimeiseen ja sinällään kaikkein laajimman käsittelyn vievään omistussuantolajiin, joka on siis nautintasaanto (Ersitzung).¹⁶⁶ Schmid ei tee varsinaisia yleisempiä huomioita, vaan lähinnä vain poimii esiin lukuisia erilaisia tilanteita.¹⁶⁷ Ensimmäisen kirjan lopussa on vielä muutama lyhyt kapale omistuksen menettämisestä. Schmidin huomiot tässä yhteydessä ovat tyypillisiä esitysteknisiä jaotteluita, jotka eivät kerro itse asiasta mitään yleisempää.¹⁶⁸

6.3.3 Arviota ja kysymyksiä

Romanistien tekstit – viimeksi käsiteltyä ehkä lukuun ottamatta – herättävät helposti jopa enemmän kysymyksiä omistusperustelusta kuin antavat siihen vastauksia.

Usein valtaussuantoa kuvattaessa puhuttiin vain metsästyksestä ja kalastuksesta, mutta ei lainkaan tai ei juurikaan maahan liittyvästä oikeudesta. Tähän täytyy olla erilaisia syitä. Osittain se luonnollisesti liittyy siihen, että vaikka roomalainen oikeus osoitti valtauksen lähtökohtaiseksi säännöksi, se ei osoittanut sitä erityisesti lueteltuihin esineisiin tai tilanteisiin, vaan nimenomaan yleisesti säännöksi kaikkiin herrattomiin esineisiin. Näitä taas ei maan kohdalla enää 1800-luvulla ollut tai oli vain hyvin marginaalisesti. Tähän kietoutuu lisäksi saksalaisoikeuden regaali, joka merkitsi sitä, että kaikki joutomaa ja vastaava katsottiin regaalin alaiseksi ja siis herralliseksi, jolloin occupation sinänsä selkeät ja kiistattomat edellytykset puuttuivat. Näitä lähtökohtia ja käsitteellisiä perustoja on kuitenkin mahdollista käsitellä hyvin vaihtelevin tavoin. Tyypilliset romanistit edustivat sitä tapaa, jossa esiteltiin vain occupation lajit niiltä osin kuin sillä vielä nähtiin sovellutusaluetta, ja kysymys maasta ja alkuperäisestä oikeudesta sivuutettiin. Toisaalta jotkut kirjoittajat totesivat eksplisiittisesti, että tilanne on tältä osin ”nyt” näin. Jotkut (tosin etupäässä

¹⁶⁶ Aines on ilmeisen hankalaa. Sen arviointi ja sijoitteleminen vaihtelee eri kirjoittajilla. Schmid sanoo tästä määritelmäntapaisena, että omistuksen nautintasaanto muodostuu määrätyn ajan kestäneen hallinnan perusteella. Se jakaantuu varsinaiseen eli sellaiseen, joka täyttyy irtaimen kohdalla kolmen ja kiinteän kohdalla 10 tai 20 vuoden kuluttua, ja epävarsinaiseen eli sellaiseen, jonka täytyminen edellyttää 30 tai 40 vuotta. Ks. Schmid emt. erit. s. 229 s., 240 s., 253 s. ja 264 ss.

¹⁶⁷ Schmid tarkastelee nautintasaannon kohdalla tosiasiaa monenlaista johdannaisten saatujen kumoavat -kategoriaan kuuluvaa ainesta, mutta osittain myös sellaista, jossa on vain muita puutteita. Tämän jälkeen Schmid siirtyy kanteisiin.

¹⁶⁸ Schmid toteaa, että sikäli kuin omistus on todellakin syntynyt jonkin edellä esitellyn saantolajin perusteella, se kestää niin kauan kunnes se lakkaa johonkin sellaiseen tosiasiaan liittyen, johon laki kytkee sen päättymisen. Siksi omistuksen olemassaoloa ei tarvitse erikseen todistaa, vaan sen kiistävän on todistettava väitteensä. Omistuksen lakkaamisperusteena on joko se, että tietyn henkilön omistuksessa oleva esine siirtyy jollekin toiselle, tai se, että senhetkinen omistaja menettää omistusoikeutensa ilman että se siirtyy välittömästi toiselle.

jäljempänä tarkasteltavat germanistit) esittelivät joka tapauksessa enemmän jonkinlaisena historiankulkuna sitä, että maan hallinnan ja hallitsemisen tilanne oli muuttunut sillä tavalla, että vapaan alkuoikeuden mahdollisuus oli mennyt.

Tekstien niukkuus nostaa esiin myös kysymyksen siitä, millä tavalla ne kirjoittajat perustelivat omistusoikeuden, jotka eivät esittäneet valtausta varsinaisesti maata ja siis arvokasta ja perustavaa omistusta koskevana. Löytyykö tähän aina lainkaan vastausta? Vai onko vastauksen katsottava tavallaan olevan siinä, miten omistusoikeus määriteltiin: mitä omistukselta edellytettiin? Tällöin pelkistyvät esiin vain haltuunotto ja omistustahto. Siinä siis esiintyivät samat elementit kuin valtausta selviteltäessä, mutta toisessa mielessä. Alkuperäisestä saannosta puhuttaessa perusteltiin instituution syntymistä, sen sijaan omistusta määriteltäessä olemassa olevan oikeuden sisältöä.

Voidaan myös kysyä, oliko valtauskeskustelussa aina kysymys alkuperäisen oikeuden saamisesta? Näin pitänee tavallaan jo käsitteellisistä syistä ymmärtää olevan. Valtauksen edellytykseksi asetettiin aina herrattomuus, joka taas merkitsee samaa asiaa kuin se, että esineeseen ollaan perustamassa uusi oikeus tilanteessa, jossa kellään ei (ainakaan välittömästi) aikaisemmin ole oikeutta ollut ja jota ei johdeta keltään toiselta. Näin valtaus on pitkälti todellakin ”käsitteellinen välttämättömyys”. Ainakin se voidaan asettaa sellaiseksi, siis ikään kuin lähtökohdaksi, jonka varaan voidaan rakentaa koko oikeuksien siirtymisten ja seuraantojen järjestelmä, kunhan ensin valtauskäsitteellä saadaan kuvattua sellainen tilanne, että joillakin on oikeuksia; että oikeuksia esineisiin on. Oikeushan (esineellinen oikeus) on yleisimmillään nimenomaan määräämisvaltaa esineeseen ja oikeustieteessä ollaan kiinnostuneita erilaisten määräämisvaltojen suhteista. Jos siis alkutilaksi oletetaan sellainen, jossa kellään ei ole mitään toisten yli olevia oikeuksia, ”esineet ovat herrattomia”, on sanottava jotakin myös siitä, miten ainakin jotkut esineet sitten tulevat ”herralisiksi”. Valtaus on oikeastaan vain tämän useammalla sanalla sanomista. Se on hallussapitoa, joka mahdollistaa oikeudellisen määräämisvallan muodostumisen.

Voidaanko siis sanoa, että valtaus on tapa kuvata siirtymä tilanteeseen, jossa voidaan puhua oikeuksista määrättyihin esineisiin? Miksi kaikki eivät sitten käyttäneet sitä tai mitään vastaavaakaan? Johtuuko se vain siitä, että juristien ei kerta kaikkiaan tarvitse – eikä 1800-luvullakaan tarvinnut – keskustella oikeuksien rakenteen perustoista, koska oikeustieteessä ja lainopissa lähdetään siitä, että oikeuksia on olemassa. Tätä perustaa ei siis kyseenalaisteta eikä sellaiseen ole tarvetta. Mutta se ei kai välttämättä merkitsisi sitä, etteikö oikeuksien järjestelmää pitäisi jotenkin oikeuttaa vai tapahtuuko oikeuttaminen toisessa yhteydessä?

Voidaan kysyä myös, mitä romanisteilla tuli luonnontila- ja yhteiskuntasopimuskeskustelun tilalle vai tuliko mitään? Alustava vastauksenihan oli, että tämä keskustelu vain rajattiin lainopin ulkopuolelle ja lähtökohdaksi otettiin

juridinen käsitteistö kiinnittämättä enää huomiota siihen, minkätyyppisiä sisällöllisiä latautumia tai sidoksia käsitteillä on. Näin olisi tultu positivismiin (vaikkakin hyvin moniulotteisessa mielessä) eli ajatukseen siitä, että lainopin perustan muodostaa valtionsisäinen, asetettu oikeus. Tosin on ilmeistä, että positiivisen oikeuden ajateltiin sisältävän myös paljon ja olennaisesti muutakin kuin kirjoitetun, säädännäisen oikeuden. Sen perustelu löytyisi joka tapauksessa sittemmin vain oikeusfilosofian tai valtio-opin kirjoituksista. Toinen vaihtoehto on jonkinlainen historiallisempi näkökulma, jossa kerrotaan yhteiskunnan rakentuminen ja järjestyminen oikeuksina(kin) ja jossa siis valtaus esiintyy yhtenä ja usein myös tärkeänä alkuperäisenä saantolajina.

Onko valtauksen merkityksen paikantaminen ylipäätään tärkeää? Sehän esiintyy monissa teksteissä vain hyvin marginaalisena. Valtauksella/occupatiolla on toisaalta monta merkitystasoa lainopissa, oikeustieteessä, oikeusfilosofiassa. Vaikka se joissain teksteissä jäi aivan taustalle, se toisaalta esiintyi samaan aikaan keskeisenä oikeusfilosofian teksteissä ja vieläpä niin, ettei suinkaan voida sanoa, että sen merkitys olisi vähentynyt tai ainakaan kadonnut 1800-luvulle tultaessa. Tavallaan päinvastoin: valtaus oli perusteluaineiksena erityisessä 1800-luvun määräämisvaltakorosteisessa oikeus- ja omistumääritelmässä. Juridisen keskustelun niukkuus voi liittyä myös siihen, että keskustelu asiasta sijoitettiin oikeusfilosofiaan.

Joka tapauksessa tähän asti on liian vähälle huomiolle jäänyt se, että juristitekstien tausta-ajatuksena omistuksen syntymiseen – siinä määrin kuin niistä ylipäätään voidaan jotakin nähdä – on pikemminkin valtaus kuin minkäänlainen työperustelu. Tätä osoittavat myös edellä tarkastellut romanistien saantotaupesittelyt. Niissä työ esiintyi hyvin perinteisessä mielessä ja roolissa, ei yleisenä taikka ensimmäisenä tai alkuperäisenä perusteluna. Tämä havaitaan varsinkin, kun kiinnitetään huomiota siihen, mistä esineistä ja varallisuudesta on kysymys. Maa oli tuolloinkin hyvin arvokas varallisuusryhmä ja varallisuusjärjestelmän perusta. Maahan työperustelua ei käytetty juuri ollenkaan oikeuden syntymistä perustavassa merkityksessä.

Työ esiintyi haltuunoton ohella, mutta jonkinlaisena lisänä ja yleensä niin, että haltuunottoa pidettiin sinänsä riittävänä, ja työstäminen ymmärrettiin vain yhtenä haltuunoton lajina. Sehän osoitti määräämisvallan käyttämistä kohteeseen. Muutoinkin työ esiintyi enemmän tuoton ja tuotoksen ja siis irtaimen kohdalla, mutta ei suinkaan ainoana ja ensimmäisenä, vaan siinä oli kysymys materiaalin omistajan ja työn tekijän oikeuksien suhteista. Tässäkin lähtökohta oli usein se, että työn tekijä on oikeutettu vain korvaukseen (eikä tämä ole silloin omistusperustelu), jos siihenkään. Tässä saatettiin myös operoida erilaisilla konstruktioilla, esim. katsomalla valmistamisen synnyttäneen kokonaan uuden esineen, joka oli vallattavissa res nulliuksena. Tässä on siten kyse nimenomaisesti muusta kuin työperustelusta: tekijälle syntyy omistusoikeus uuden isännättömän esineen haltuunottajana, ei tekijänä.

1800-luvulle tultaessa oli varallisuuden painopiste epäilemättä jo siirtynyt muualle kuin perinteiseen maanomistukseen, mutta se ei muuta sitä, että omistusperustelukeskustelu koski oikeuden syntymistä ja syntykriteereitä. Tämä keskustelu edellyttää keskustelua omistusoikeuden kohteista ja omistuskohteita koskevista oikeuksista. Keskustelu varallisuudesta yleensä, siis sellaisessa mielessä, mistä ihmiset ylipäättään saavat resursseja elämiseensä, ei ole samaa keskustelua. Työstä on aina suoritettu jonkinlaista korvausta, elatuksena, ylläpitona, luontaistuotteina ja rahana, mutta tämä on eri asia kuin se, antaisiko työ/työn tekeminen oikeuden työn/työstämisen kohteeseen (ja mikä sinä kohteena oikeastaan ymmärretään). Näinhän pääsääntöisesti nimenomaan ei ole; työ oikeuttaa juridisissa teksteissä vakiintuneesti korvaukseen, mutta ei anna esi-neellistä oikeutta. Epäilemättä on yleistä ajatella, että työn tekijän on oikeudenmukaista saada korvaus työstään, mutta tällä ei tarvitse olla mitään tekemistä omistusperustelun kanssa.

Työperuste ei siis romanistien teksteissä näytä saaneen sijaa omistusperusteena ja miten olisikaan, kun työ ei tuota oikeutta maahan eikä juuri tuotteisiin-kaan ja omistusjärjestelmä taas on ”ollut olemassa” siinä vaiheessa kun työn tekemisellä korvausta vastaan on alkanut olla yhteiskunnallisesti enemmän merkitystä.

Onko kysymys perustaltaan myös siitä, että jos historiankulkua tarkastellaan niissä rajoissa kuin sitä kohtuullisesti tunnetaan, työ ei suinkaan ole ollut oikeuden ja varsinkaan omistusoikeuden syntymisen perusta eikä historiaa myöskään sillä tavalla kerrota? Historiallisesti painottuneissa juristiteksteissä voitaisiin toki sanoa, että silloin, kun maata ”kauan sitten ja alun perin” otettiin käyttöön ja yksityiseen hallintaan, siinä oli kysymys työstä ja sen antamasta oikeudesta. Edellä tarkastelluissa romanistien teksteissä näin ei tehty ja seuraa-vassa jaksossa tarkasteltavat germanistien tekstit vahvistavat sen, että historiaa ei juristien teksteissä tyypillisesti kerrota näin, vaan nimenomaan niin, että haltuunotto riittää. Työtä ei siis nosteta oikeutta synnyttäväksi, vaikka tähän tavallaan olisi mahdollisuus erityiseksi siksi, että valtaus, haltuunotto ja työstäminen maan hallinnan kohdalla liittyvät toisiinsa niin ilmeisesti. Ehkä tämä haluttomuus liittyy myös siihen, että lainopin perustana olevassa normimateriaalissa työ ei tuota omistusoikeutta kuin aivan poikkeuksellisesti joidenkin uusien instituutioiden kohdalla ja nekin yleensä erotetaan omaksi lajikseen, kuten tekijänoikeus.

Germanistien tekstit antavat romanisteja enemmän tilaa historian moninai-sille vaiheille. Toisaalta kysymys on juridiseen käsitteistöön sovitetusta histo-riasta.

6.4 OMISTUSPERUSTELU GERMANISTISESSA TRADITIOSSA

6.4.1 Historiallisgeneettisestä suuntauksesta

Gerhard Dilcher jakaa 1800-luvulle leimallisen juristikirjallisuuden dogmaattisystemaattiseen ja historiallisgeneettiseen. Dilcher tarkastelee jaottelullaan historiallisen koulun pohjalle rakentuneen oikeustieteen eli romanistien ja germanistien kysymyksenasettelun kehittymistä siirryttäessä 1800-luvulta 1900-luvulle.¹⁶⁹ Olennaista on se, että jaottelu ei erottele romanisteja ja germanisteja kahteen erilliseen leiriin, vaan päinvastoin molemmista traditioista voidaan osoittaa kummankintyyppisiä esityksiä.¹⁷⁰ Kysymys on ehkä yleisemminkin siitä, että tuonaikainen oikeustiede sisältää enemmän yhteisiä kuin erottavia elementtejä, vaikka eroja on tavallisempaa korostaa. Romanisteilta löytyy ehkä useammin ja siis leimallisemmin dogmaattisystemaattista ja rationaaliskäsitteellistä argumentointia, kun taas germanistien esityksiä useammin leimaa historiallisen kehityksen kuvailu. Tämä painotusero näyttäytyy myös siinä, millä tavalla ja mitä katsotaan tarpeelliseksi esittää omistusoikeudesta. Toisaalta kummastakin ryhmästä löytyy molempia piirteitä. Erot eivät myöskään näyttyädy selkeinä sitoumuksina joihinkin taustafilosofioihin. Tässä suhteessa germanistit eivät siis tuo tarkasteluun varsinaista lisäarvoa. Sen sijaan germanistit valottavat historiakäsityksiä useammallakin tavalla, sekä esitellessään ja systematisoidessaan saksalaista normiainesta (vastaavasti kuin romanistit sitoutuessaan pandekteihin) että painottaessaan saksalaisten alueiden monopolivisen historian tuntemusta oikeudellisten instituutioiden ymmärtämisessä. Germanistit eksplikoivat historiatieteen muotoilemia käsityksiä juridisen kirjallisuuden rakenneaineiksena, mutta nojautuvat samalla juridiseen tieteelliseen ja systematisoivaan käsitteistöön, joka vaikuttaa myös historian saamaan merkitykseen.¹⁷¹

Jo edellä tarkastellut tekstit ovat osoittaneet, että kiista erilaisten mahdollisten omistusperustelujen välillä ei ollut keskeinen teema juristien omistuskustelussa. Kiistaa ei juuri edes esitellä. Tyypillisempää on osoittaa ensimmäiseksi saantoperusteeksi valtaus, ja muut ainekset tulevat sen ohelle. Näin ne tulevat perusteina tulkituiksi valtausta/haltuunottoa täydentävinä tai sen lajeina ja ovat merkittäviä vasta sellaisessa oikeudellisessa järjestelmässä, joka rakentuu jo omistusoikeuden olemiselle ja omaisuuksien jakautumiselle yhteisössä.

¹⁶⁹ Ks. Dilcher 1998 s. 109–112. Dilcher korostaa sitä, että kysymys oli historiallisesta lainopista/ oikeustieteestä, ei historiatieteeseen kiinnittyvästä oikeushistoriasta. Hän tarkastelee suuntausten piirteitä taustana sille, millaiseksi oikeushistoria 1900-luvulla hahmottuu.

¹⁷⁰ Dilcher esittelee sekä romanistien että germanistien osalta tietyt ”johtohahmot”, joiden voidaan eri teoksillaan arvioida perustaneen mainitut kaksi erisuuntaista perinnettä. Romanistien kohdalla tämä hahmo on Savigny, germanistien kohdalla Eichhorn. Ks. Dilcher 1998 s. 112–117.

¹⁷¹ Vrt. myös esim. Luig 1995 erit. s. 98 ss.

Kiinteintä ainesta juristien omistusperustelussa erilaisista taustoista ja rön-syistä riippumatta näyttäisikin olevan vain se, että occupatio/haltuunottoperus-te pääsääntöisesti esitetään ensin ja alkuperäisenä. Perusteen status voi silti olla monenlainen. Miten tämä monenlaisuus tulisi paremmin ymmärrettäväksi?

Keskeisin ulottuvuus, jossa germanistit täydentävät juridisesta omistuskäsi-tyksestä syntyvää kuvaa, koskee saksalaisen historian ja sen erityispiirteiden esilletuomista. Esineoikeudellisena käsitteenä tämä tarkoittaa erityisesti germaanista gewere- eli hallintainstituutiota, jonka esitetään alkuperäisesti olleen maata koskevissa oikeuksissa tärkeämpi systematiikan määrittäjä kuin omistus-oikeus.¹⁷² Nytemmin gewere-käsitteenkin asemaa on kyseenalaistettu ja joka tapauksessa suhteellistettu.¹⁷³ Osin sen esiinnostamisessa 1800-luvulla oli kysymys jonkinlaisesta kansallisesta ideologiasta, jolloin germaanisen oikeuden perinteiset rakenteet esitettiin systemaattisempina kuin ne ehkä olivat olleet. Näin kysymys oli myös siitä, että perinteisen saksalaisen oikeuden tieteellistämisen mallina olivat samantapaiset yleiset käsitteet, joiden avulla romanistit järjestivät oikeudellisen aineksen. Germanistit vain pyrkivät käyttämään tähän tehtävään germaanisista käsitteistä ja sellaisena erityisesti gewere-instituutiota.

On hyvin ajateltavissa, että gewere hallintaan kiinnittyvänä instituutiona on samalla sellainen kohta saksalaisen oikeuden käsitteistössä, jossa liikutaan yleisemminkin faktisen ja oikeudellisen suhteen rajan määrittämisessä. Saksalainen oikeus tosin omalla tavallaan piilottaa kysymyksen tai sijoittaa sen toiseen asemaan kuin roomalaisen oikeuden tarkastelussa hiottu käsitteistö. Periaatteessa erityisesti omistusoikeuden perusteleminen instituutiona on oikeuden esittelyssä ja käsitteistössä sellainen kohta, jossa faktisesta oikeudelliseen siirtymisen voi odottaa kysymyksenä nousevan esiin. Asia on näin siksi, että kysymys omistuksen synnystä herättää yleensä tarpeen hallinnan ja omistusoikeuden erotteluun jollakin kriteerillä, joka tekee pelkästä hallinnasta oikeudellisen ja edelleen omistussuhteen. Roomalaisen oikeuden perusrakenteeseen kuuluu osoittaa omistusoikeus erityiseksi muista kokonaan eroavaksi vahvaksi oikeudeksi, joten roomalaisen oikeuden näkökulmasta tarve perustella tällainen poikkeava asema ja sen syntymisen ja olemisen mahdollisuus syntyy tässä yhteydessä. Sen sijaan sellaisessa oikeudellisessä järjestelmässä, jossa omistusoikeus ei ole erityiseksi kategoriakseen erotettava oikeus, erityisperusteluakaan ei samalla tavalla tarvita, vaan kysymys on ehkä yleisemmin koko oikeudellisen rakennelman ja sen instituutioiden perustelemisestä. Tällainen ero voidaan nähdä esim. roomalaisesta oikeudesta 1800-luvulla käsitteellistä tukeaan hakevan, romanistien esittelemän yksityisoikeuden ja varhaisemman,

¹⁷² Gewere-instituutiosta Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte 1 s. 1658–1667.

¹⁷³ Germanistien tutkimustraditiosta ja opillisten käsitysten muutoksista toisen maailmansodan jälkeen ks. Ogorek 1994 erit. s. 60–74 sekä Rückert 1994.

luonnonoikeudelliseen ajattelutapaan nojaavan yksityisoikeuden välillä.¹⁷⁴ Vastaava ero on ehkä nähtävissä myös romanistien ja germanistien teksteissä, mutta liittyen geweren käsitteeseen.

Eron taustalla lieene ensisijaisesti se, että geweren korostaminen jättää omistuskäsitteen vähäisempään asemaan kuin mikä sillä oli romanistien käsitteistössä. Omistusoikeus ei siis näyttäydyn germanisteilla kovin erottelvana kategoriana. Oikeuksia ei ole tarvetta ”jakaa kahteen luokkaan” eli yhtäältä omistusoikeuteen ja iura in re aliena -oikeuksiin, koska germanistisen ajatustavan mukaan yhtä maapalasta koskivat monenlaiset oikeudet. Näin ei pääsääntöisesti ollenkaan ollut erityisiä yksityisomistuksia.

Ajatukseni onkin yksinkertaisesti se, että tarvetta erotella omistaja ja kaikki muut erilaisten oikeuksien haltijat ei samalla tavalla ollut silloin, kun liikuttiin maatalouden, maan viljelemisen ja nautinnan piirissä, ja germanistit esittelivät enemmän omistamisen tätä puolta. Maan viljelemiseen ja nauttimiseen oli erilaisia oikeuksia, mutta omistajankaan tällainen oikeus ei eronnut olennaisesti jonkun muun vähän toisenlaajuisesta tai joissakin suhteissa rajallisemmasta oikeudesta. Ehdoton – tai selkeämpi – erottamisen tarve tuli luovutustilanteista, mutta ei näistäkään sellaisenaan, vaan vasta vapaan luovutuksen tilanteista.

Edellä nopeasti hahmoteltu tausta lieene kiistaton, mutta sen merkityksen ymmärtäminen on oma asiansa. Väitän, että se näyttäytyy myös käsitteistössä ja oikeuden tarkastelussa. Gewere-instituutiosta on monenlaisia, osin edelleen kiistanalaisia tulkintoja. Yleisimmällä tasolla voidaan kuitenkin sanoa, että alkusaksalaisen oikeuden katsotaan olleen yleisluonteeltaan toisenlainen kuin roomalainen ja näin nimenomaan siinä suhteessa, että alkusaksalaisesta oikeudesta puuttui erottelu omistusoikeus/toisen esinettä koskevat oikeudet (keskeisenä tai keskeisesti käsitteellisenä elementtinä). Gewere-instituutio on mielestäni järkevää ymmärtää yhtenä tätä yleisempää rakennepiirrettä kuvastavana tekijänä. Tästä rajauksesta käsin voitaneen ajatella niin, että gewere myös sisältää sellaisia piirteitä, jotka leimaavat käsitteistöä muutoinkin. Näin gewere epäilemättä asiallisesti sisältää jotakin faktisen ja oikeudellisen suhdetta koskevaa piirrettä, mutta siirtymänä, jossa ei ole selvää rajaa vastaavasti kuin ei tehdä selvää rajaa esim. hallinto-oikeuden ja omistusoikeuden välillä. Samalla on muistettava, että roomalaisen oikeuden näkökulmasta tuota rajaa jotenkin väistämättä yritetään hakea. Ajattelen siis, että romanisti ja ylipäätään romanistien käsitteistöstä tukea ammentava juristi pyrkii tulkitsemaan geweren joko omistusoikeudeksi tai hallinnaksi.

¹⁷⁴ Luonnonoikeudellisen järjestelmään kuuluva omistuskäsitteistö on osa laajempaa kerroksellista ja lomittuvaa käsitteistöä, jolloin tässä järjestelmässä faktisen ja oikeudellisen muuntumisen kiinto- ja kääntöpisteitä pitäisi etsiä erityisesti yhteiskuntasopimuskonstruktiosta ja omistuksen sijoittumisesta siihen. Konkreettisemmin keskustelu kiinnittyisi jakamiskonseption lähtökohtaan ja kertomukseen, jossa faktinen hallinta ikään kuin luonnollisesti muuntuu oikeudellisesti merkitykselliseksi.

Kestävää ja kiinnostavaa germanistien omistusesityksissä on läänityslaitoksen kehittymiseen liittyvien lukuisten erilaisten hallintaoikeuksien esitteleminen. Se kertoo maan hallintaa koskevien oikeuksien sellaisesta järjestelmästä, johon roomalaisen oikeuden pohjalta kehitelty omistusoikeuden ja muiden esinettä koskevien oikeuksien jyrkkä jako ei kovin luontevasti soveltunut. Germanistien koulukunnassa tärkeää on se, että alettiin tarkoituksella kiinnittää huomiota saksalaiseen oikeuteen ja partikulaarioikeuksiin ja toisaalta se, että saksalaisen oikeuden tieteellisen tarkastelun esikuvia haettiin niistä kriteereistä, joita romanistit 1800-luvulla oikeuden tieteelliselle tarkastelulle asettivat. Omistusoikeuden kohdalla tämä näkyy siinä, että myös germanistit pyrkivät määrittelemään omistusoikeuden käsitteellisesti täydelliseksi esinettä koskevaksi määräysvallaksi. Tämän rinnalla he kuitenkin tuovat romanisteja enemmän esiin historiallista ainesta tarkoituksenaan osoittaa, että käsitteellisestä lähtökohdasta huolimatta omistusoikeus konkreettisella tasolla ymmärrettiin varsin toisenlaisena ja myös hyvin vaihtelevana oikeusasemana.

Tarkastelen näiden ajatusten esiintuloa seuraavassa muutaman germanistin esityksistä. *Karl Friedrich Eichhornin* (1781–1854) saksalainen yksityisoikeus mainitaan usein ensimmäisenä saksalaisen oikeuden systematisointiyrityksenä.¹⁷⁵ Dilcherin edellä viitatussa erittelyssä Eichhorniin palautetaan molemmat oppikirjoja leimaavat suuntaukset. Eichhornin saksalaisen yksityisoikeuden oppikirja perustui ajatukselle esittää voimassa oleva saksalainen oikeus systeeminä. Tämän dogmaattissystemaattisen oppikirjatyypin eräänlaiseksi huipentumaksi vuosisadan lopusta voidaan osoittaa *Otto von Gierken* vastaava teos. Toinen suuntaus keskittyi germaanis-saksalaisen oikeuden historiallis-geneettisen kehityksen esittämiseen. Alkuperäisesti sen tarkoitus oli olla taustana dogmaattisesti suuntautuneelle lähdetulkinnalle. Sen tuli antaa perusta historiallis-hermeneuttiselle ”oikealle” ymmärtämiselle. Tämä oli kuitenkin hankalampaa saksalaisen oikeuden kohdalla sen lähteiden jakaantumisen takia kuin pandekteihin keskittyvän roomalaisen oikeuden kohdalla. Esitystapa suuntautui voimakkaasti sosiaalishistoriaan ja käsitti myös koko valtiosääntöhistorian. Se halusi esittää saksalaiselle oikeudelle syntyhistorian, joka erottaa sen roomalaisesta oikeudesta. Niinpä siinä tarkasteltiin reseptiä ”vierasoikeuden tunkeutumisena” ja pyrittiin seuraamaan nimenomaan uudella ajalla yhä kapenevaa ”saksalaisen oikeuden virtaa”. Erottelutunnusmerkkinä saksalais- ja roomalaisperäisten ainesten välillä toimii taustaperustana oleva kansanhenkioppi. Tämän

¹⁷⁵ Eichhorn, *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts* (5. verbess. Ausg. 1845). Teoksen ensimmäinen painos on vuodelta 1823. Kun tarkoitus tässä yhteydessä on poimia tyypillisiä germanistien esityksissä toistuvia luonnehdintoja ja painotuksia, tarkastelun perustaksi sopii myös myöhempi (saatavilla ollut) painos.

suuntauksen käsitykset kootaan esimerkillisesti vuosisadan lopulla ilmestyvis-
sä *Heinrich Brunnerin* ja *Richard Schröderin* oppikirjoissa.¹⁷⁶

Seuraavassa jaksossa tarkastellaan jo mainittujen germanistien käsityksiä omistuksesta ja sen syntytavoista sekä täydennetään niitä muutamilla germanistien painotusten kirjoja ja muuttumista osoittavilla poimintoilla. Valikoima ei ole kattava, mutta sen tarkoitus on kuitenkin tavoittaa omistuksen syntyä ja perustelua koskevan keskustelun olennaiset huomiot. Tarkasteltavat kirjoittajat on ryhmitelty kolmeen osioon, jotka viittaavat germanistien tradition hieman eri tavoin painottuviin vaiheisiin.

Ensimmäistä ryhmää (jakso 6.4.2) kokoo otsikko ”saksalainen oikeus, maanomistus ja talonpoikaistilat”. Tässä tarkastellaan jo mainitun Eichhornin oppikirjan lisäksi *Georg Beselerin* (1809–1888) ja *J. K. Bluntschlin* (1808–1881) saksalaisen oikeuden oppikirjoja.¹⁷⁷ Kysymys on vaiheesta, jossa saksalaiselle oikeudelle rakennettiin oma traditio, joka nojautui vahvasti siihen, miten saksalaisen talonpojan oikeuden katsottiin kehittyneen paitsi historiallisesti myös tieteelliseen omistuskäsitykseen nähden arvioituna.

Toista ryhmää (jakso 6.4.3) kokoo otsikko ”saksalaisen ja roomalaisen oikeuden yhdistelmä”. Tässä tarkastellaan *Otto Stobben* ja *Paul von Rothin* saksalaisen yksityisoikeuden oppikirjoja, joissa roomalaisen oikeuden tarkastelussa kehitellyn käsitteistön esikuvallisuus myös saksalaisen oikeuden systematisoinnissa näyttäytyy jo ajatuksena erityisestä systeemistä.¹⁷⁸

Kolmatta ryhmää (jakso 6.4.4) kokoo otsikko ”systematisoitu oikeus ja saksalaisten erityispiirteiden puolustaminen”. Tässä tarkastellaan *Carl Friedrich Gerberin* ja jo mainitun Gierken saksalaisen yksityisoikeuden oppikirjoja.¹⁷⁹ Gerberin teos onkin nimeltään ”System”, mikä osuvasti kertoo siitä, että hänen teoksensa voidaan sanoa vievän loppuun kehityksen, jossa romanistien käsitteistö hallitsee myös saksalaisen oikeuden esittelyä. Germanistien laajaa kirjoja ja painotuksia osoittaa se, että roomalaisen oikeuden keskeinen kriitikko eli Gierke sijoittuu samaan traditioon ja vieläpä hyödyntää kritisointiaan aineksia omassa esityksessään, mutta pitää kiinni niistä saksalaisen talonpoikaisen historian erityispiirteistä, joiden esiin tuomisen varaan traditio alkuvaiheessaan nojasi koko lohkon merkityksen.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Ks. Dilcher 1998 s. 117. Brunnerin *Deutsche Rechtsgeschichte* ilmestyi v. 1887 ja Schröderin *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte* v. 1889.

¹⁷⁷ Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*. 1. Bd. (1853) ja Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts* (3. vermehrte und verbess. Aufl. 1873). Beselerin teoksen ensimmäinen painos ilmestyi v. 1847.

¹⁷⁸ Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*. 1. Bd (2. Aufl. 1882), 2. Bd. (2. Aufl. 1883) ja Roth, *System des Deutschen Privatrechts I–III* (1880–1886).

¹⁷⁹ Gerber, *System des Deutschen Privatrechts* (16. Aufl. 1891) ja Gierke, *Deutsches Privatrecht I–III* (1895–1917).

¹⁸⁰ Ks. myös Dilcher – Kern 1984. Kaksoisartikkelissa esitellään kaksi arviota germanisteista, Kernin lähtökohtana on Beseler, Dilcherin Gierke.

Aiheen kannalta keskeinen jännite tarkasteltavien germanistien esityksissä kulkee siinä, minkä verran painoa ja tilaa saavat yhtäältä saksalaisen alueen historiaan ja erityisesti maan omistus- ja hallintaoloihin liittyvät piirteet ja minkä verran taas tieteellisen tarkastelun edellyttämä jäsennys, mikä tarkoittaa roomalaisen oikeuden asettamia puitteita ja kriteereitä. Esittelemällä eri suuntiin painottuneita kirjoituksia haluan väittää, että kummallakin germanismin suuntauksella oli oma merkityksensä siinä, mitä omistuksen syntyisestä lopultakin juridisessa kirjallisuudessa esitettiin. Germanistien lopputulema on kuitenkin sama kuin romanisteilla, nimittäin se, että omistuksen alkuperäiseksi syntyperusteeksi esitetään valtaus ja samalla se, että omistuksen synty perusteluineen jää marginaaliseksi kysymykseksi. Historiaan suuntautuminen tuottaa tämän sijoittamalla omistuksen syntymisen yhteisön alkuhistoriaan, jonka jälkeen se instituutiona on olemassa ja keskeiset resurssit on jaettu. Roomalaiseen oikeuteen tukeutuminen esittelee käsitteelliseksi lähtökohdaksi isännättömän esineen haltuunoton, mutta sittemmin, ja siis historian myötä ovat juridiset edellytykset säännön soveltamiselle joka tapauksessa jokseenkin kokonaan hävinneet.

Tarkasteltavassa oikeuskirjallisuudessa erityisen kiinnostavaksi omistuksen syntyperusteen osalta osoittautuu se, millä tavoin traditiossa pitäydytään historiatieteen tarjoamien aineiden varassa. Historiatieteestä hyödynnettävien aineiden havainnollistamiseksi tarkastelen germanisteja koskevan luvun päätteeksi edellä jo mainittujen Brunnerin ja Schröderin oppikirjoja omistuksen synnyn osalta (jaksossa 6.5). Historiatieteen tarjoamien aineiden varassa koko kysymys siirtyy ja jää menneisyyttä koskevaksi alkutilaolettamaksi, jonka osalta ei tarvitse ottaa selvää kantaa siihen, onko kysymys historiallisesta vai käsitteellisestä lähtökohdasta.

6.4.2 Saksalainen oikeus, maanomistus ja talonpoikaistilat. Tradition edustajina Eichhorn, Beseler ja Bluntschli

6.4.2.1 Maanomistus *geweren historiana*

Eichhornin teoksen saksalaista oikeutta systematisoiva luonne ei näyttäydy niinkään varsinaisena abstrahoivana tarkasteluna, vaan siinä, että hän kokoaa yhteisen saksalaisen oikeuden piirteitä ja elementtejä menemättä erityisen välle partikulaarioikeuksien yksityiskohtiin.¹⁸¹ Mitään varsinaista omistuspe-

¹⁸¹ Eichhornin saksalaista yksityisoikeutta koskevan teoksen systematiikka on seuraava: ensiksi yleistä ja historiallista, sen jälkeen ensimmäisenä kirjana henkilöoikeus, sitten velvoiteoikeus (Recht der Forderungen) ja kolmantena kirjana esineoikeus (Rechte an Sachen). Neljäntenä on perhe-, viidentenä perintö- ja kuudentena yhteisöjen ja yritysten oikeus (Recht der Gemeinheiten und Gewerbe).

rustelukeskustelua teoksessa ei käydy. Teoksen anti nyt tarkasteltavan kysymyksen kannalta liittyy monopolivisen ja vaihtelevan maanomistuksen historian kuvailemiseen. Selvittäessään geweren merkitystä ja talonpoikaistilojen vaiheita Eichhorn lausuu samalla oletuksiaan omistuksen alkutilasta.

Niinpä ”vanhan oikeuden mukaan” omistusoikeudessa keskeinen käsite on Gewere.¹⁸² Eichhorn esittelee sen varsin käytännöllisesti niin, että ”gewehren kautta jokainen haltija saa oikeussuojaa”. Sivulauseessa todetaan, että omistus on myös saksalaisen käsityksen mukaan itsessään rajoittamaton oikeus (unbeschränktes Recht, jus infinitum) esineeseen. Omistusta, josta ei ole erotettu jotakin osaa (jollekulle), kutsutaan varsinaiseksi Gewehreksi (eigenthümliche, eigentliche). Sen sijaan epätäydellisille gewehreille, siis luovutetuille, ei ole mitään yleistä käsitettä. Puhutaan vain ”erilaisten oikeuksien gewehreistä”, tällainen on esim. ”Nutz- und Gewehre”. Omistajan kohdalla puhutaan usein myös herruudesta, ”Herr”.

Eichhorn esittelee myös omistusterminologiaa. Yleinen omistuksen nimitys oli proprium, proprietas, ja oikeuskirjoissa Eigen, ja Alode. Aidon omistuksen (echtes Eigenthum) termillä omistus erotettiin muista oikeuksista. Oikeutuksia Eichhorn kuitenkin erittelee gewehren avulla. Niinpä vain varsinaisen omistuksen gewehre sisälsi oikeuden määrätä rajattomasti esineestä, eli kaikki käyttötavat, jotka saksalaisen käsityksen mukaan seurasivat omistuksesta, oikeuden vindikaatioon sekä puolustamiseen. Luovuttaminen ei ollut sinällään rajoitettu, mutta sitä rajoittivat lähimmän perillisen oikeudet. Vapaaehtoisen kaupan mahdollisuutta ei liene ollut. Sittenmin edellytykseksi tuli perillisen suostumus.

Tämä on vanhan oikeuden lähtökohta, jonka jälkeen tilanne muuttui. Useat vapaat omistajat menettivät maansa tai oikeudet huononivat. Eichhorn esittelee tätä kehitystä tarkastelemalla epätäydellisiä gewehrejä.¹⁸³

Merkittävää onkin se, ettei Eichhornin esitysjärjestys eikä myöskään itse teksti nosta omistusoikeutta mitenkään erityisesti esiin. Tarkasteluissa tukeudutaan gewehren ja siirtyillään sen jaotteluissa erilaisten oikeuksien esittelys-

¹⁸² Ks. Eichhorn s. 405/§156.

¹⁸³ Tässä yhteydessä Eichhorn tulee erikseen dominium directum ja utile -opin käyttöön, millä on keskeinen käsitteellinen merkityksensä omistusoikeuden erottelussa muista esineoikeuksista. Eichhorn nojaa esityksensä pitkälti Thibautin kirjoitukseen directumin ja tilen syntymisestä glossaattorien opissa. Eichhorn näyttäisi hyväksyvän romanistien määritelmän omistusoikeudesta saksalaisenkin oikeuden arviointiin. Toisaalta hän lisää tähän punnintaa, jossa terminologialle annetaan tietty oikeutuksensa. Eichhorn kirjoittaa, että jos kuitenkin ajatellaan niitä suhteita, joita sittenmin sijoitettiin tilen alaisuuteen erityisinä saksalaisen oikeuden mukaisina jus in re -oikeuksina, on kielenkäyttö sopiva. Jotain termiään tarvitaan erottamaan toisistaan proprietas siinä merkityksessä, joka sillä säilyi dominium utilen erottamisen jälkeen (siis dominium directumina) ja sille vastakkaiset yksittäiset oikeudet. Eichhorn viittaa siihen, että kysymys on joka tapauksessa oikeuksista, jotka eroavat roomalaisista jus in re -oikeuksista, eikä esim. usufructus sovi noita ominaisuuksia kuvaamaan. Eichhorn katsoo, että utiliksella on nautintaoikeus ja sen lisäksi yksittäisiä osia tai juonteita (Ausflüsse) proprietaksesta (nimenomaan vain yksittäisiä kun taas dominuksen oikeus on jus infinitum). Ks. Eichhorn s. 418/§160.

sä.¹⁸⁴ Itse asiassa koko luvussa ei ole varsinaista omistuksen määritelmää. Ensin puhutaan gewehrestä ja omistuskin määritellään oikeastaan ”varsinaisena gewehrenä” (§157). Tässä luonnehdinnassa ei mielestäni näkökulmana ole erityinen ”täydellinen esinettä koskeva määräämisvalta”. Vaikka Eichhorn siis yhdistää saksalaisen omistuksen sellaiseksi kuin roomalainen, se tapahtuu lähinnä sivulauseessa. Esim. Hecker käyttää kuitenkin Eichhornia esimerkkinä (myös) germanistien sitoutumisesta absoluuttiseen ja eksklusiiviseen omistuskäsitteeseen. Hecker lainaa Eichhornin sivulauseita ja saa näin aikaan sellaisen vaikutelman, että germanistit olisivat aivan samoilla linjoilla kuin romanistit.¹⁸⁵ Tämä ei mielestäni ole oikea tulkinta. Eichhornin esityksen henki ja rakenne on toinen, mikä näkyy varsinkin jatkossa, kun läänitysoikeuden kautta tullaan lähemmäs nykypäivää. Otan esille vain poimintoja siitä, miten Eichhorn selvittelee talonpoikaistiloja koskevia oikeuksia.¹⁸⁶

6.4.2.2 Talonpoikaistilojen tunnusmerkit ja lajit

Talonpoikaistilat voidaan Eichhornin mukaan määritellä vain niin, että ne ovat ” muita kuin aatelistiloja tai muita privilegioituja tiloja tai kaupunkimaata”.¹⁸⁷ Eichhornin esitys talonpoikaistilojen luonteesta ei ole aivan selkeä, mutta olenaisista on se, että ne ovat oikeuksiltaan jollain tavalla rajoitetumpia kuin rajoituksista vapaat aatelistilat. Lisäksi talonpoikaistiloja on erilaisia. Eichhorn kirjoittaakin, että talonpoikaistiloja joka tapauksessa ovat sellaiset tilat, joita rasittaa joku ”talonpoikaisrasitus” (bäurliche Lasten), kaikki tai jokin niistä. Tämä on se piirre, joka erottaa ne aatelistiloista. Hankalampaa on sitten tiivistää se, mihin niiden niille tunnusmerkillinen asema perustuu. Eichhornin mukaan talonpoikaistilojen ”erityinen suhde” perustuu maanherralle kuuluvaan tuomio-oikeuteen sekä erityisiin reaalisitteisiin ja rajoituksiin; myös täyteen omistusoikeuteen (vollen Eigenthums), jos niitä sellaisella hallittiin ja jotka on osittain vahvistettu myöhemmissä Polizei-järjestyksissä ja verosäännöissä, osittain myös laajennettu. Lisäksi tietyistä rasituksista vapaaksi on jätetty myös sellaisia tiloja, jotka eivät ole nykyisen käsityksen mukaisia kiinteistöjä (vapaatiloja) tai jotka on vapautettu privilegioilla.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Vasta toisessa osiossa tullaan otsikkoon Omaisuuden saamisesta/saannosta (s. 463/§173), mutta tässäkin lähdetään liikkeelle aika yleisestä ja koskien sitä, kuka saa poimia hedelmät puista. §174:ssä sitten todetaan, että kiinteistön omistussuhteeseen vanhemman oikeuden mukaan kuuluu tuomioistuimen Auflassung, joka tuotti varmuuden oikeuden siirtymisestä (vaikka sitä tietyksi voitiin moittia). Eichhorn kertoo vain näiden sääntöjen muuntumisesta ja moittimisesta yms. Hän ei tässä mene lainkaan esim. omistuksen alkuperäissuhteiden koskettaviin keskusteluihin.

¹⁸⁵ Vrt. Hecker s. 206 ja 208 ml. alaviitteet 14 ja 28.

¹⁸⁶ Ks. Eichhorn viides otsikko (esineoikeus-osiossa) ”Von den Bauerngütern” (s. 610/§245).

¹⁸⁷ Eichhorn viittaa heti jakson aluksi Vogtei-oikeuteen. Vogtei liittyy tuomiovaltaan, mutta se ja omistus on usein sekoitettu talonpoikien vahingoksi.

¹⁸⁸ Ks. Eichhorn §245.

Eichhorn yrittää tässä täsmentää talonpoikaistilan tunnusmerkkejä, mutta yksiselitteistä tunnusmerkkiä ei näytä löytyvän. Ylipäätään näyttää siltä, että suurin osa talonpoikaistiloista on sellaisten rasiusten ja herrausoikeuksien alaisia, ettei talonpoikien oikeus ole ”täysi omistusoikeus”.¹⁸⁹

Talonpoikaistilat ovat omistuksen syntyä koskevien käsitysten kannalta kiinnostavia siksi, että niiden historiasta voi olettaa löytyvän omistukselle asetettavia kriteereitä. Tiloja koskeva historiakertomus sisältää usein enemmän tai vähemmän selkeitä viitteitä siitä, miten yksityisomistus on syntynyt ja mihin sen menettäminen liittyy.

Eichhorn lähestyy talonpoikaistilojen omistusoikeuksien selvittelyä historiallisella tarkastelulla. Hän erottaa ensiksi talonpoikaistiloina kolme luokkaa: 1. omaisuus (Eigenthum), kuitenkin rajoitettuina aidon (echten) omistuksen oikeuksina, 2. hallinnat kartano-oikeuksien mukaan (Hofrecht), ja 3. läänitykset (Leihe) sopimuksen ehtojen mukaisesti.¹⁹⁰ Eichhornin esitys on varsin yksityiskohtainen ja hän ryhtyykin esittelemään nimenomaan erottamansa kolmannen luokan lukuisia erilaisuuksia.

Olennaista tässä historiikissa on se, että roomalaisen oikeuden reseption myötä talonpoikien oikeus näyttää ensin heikentyneen, mutta alkaneen sitten uudella ajalla vahvistua. Eichhornin mukaan roomalaisvaikutuksen alkaessa suurimmalla osalla talonpoikaissäätä ei ollut tiloihinsa omistusoikeutta vaan hallinnan perinnöllisyys. Kun Eichhorn tämän jälkeen siirtyy tarkastelemaan kehitystä 1500-luvulta lähtien, hän toteaa samalla jotakin siitä, että omistuskäsitteellisistä syistä reseptio oli omiaan heikentämään talonpoikaisen hallintaoikeuden asemaa. Eichhornin mukaan perinnöllisen hallinnan kannalta oli vaarallista, että roomalaisoikeudellisesti koulutetut juristit sijoittivat kaikki saksalaiset suhteet roomalaisten instituuttien alle. Missä ei nähty omistusoikeuden tai emphyteusiksen tunnusmerkkejä, vaihtoehdoksi osoitettiin aikavuokra (Zeitpacht). Tämä kehitys ei sinällään voinut estää sitä, että talonpoikien oikeuksien perinnöllisyyttä alettiin lainsäädännöllisesti vahvistaa ja oikeusasemia määriteltiin tarkemmin. Tähän ryhdyttiin siksi, että muutoin ei taas olisi voitu määritellä kiinteitä veroja ja rasituksia. Olennaista on kuitenkin se, että roomalaisoikeudellinen käsitteistö luokitteli talonpojan oikeuden rajoitetuksi eli toisen esineeseen kohdistuvaksi oikeudeksi.

Uusimmalla ajalla kehityssuunta sitten muuttui. Talonpoikaistiloja pyrittiin lainsäädännöllisestikin vapauttamaan joko erityistä maksua maksaviksi (Zinsbares) tai kokonaan vapaaksi omaisuudeksi maanherran menetyksen korvaa-

¹⁸⁹ Eichhorn sanoo talonpojan oikeudesta mm., että sen sisältö määräytyy osittain maakunnallisten lakien ja tavanomaisen oikeuden mukaan ja osittain erityisen hallintaoikeuden luonteesta johtuen, joka ei sisällä todellista omistusta (kein wahres Eigenthum). Se siis palautuu alkuperäiseen ja uudistettuihin sopimuksiin, joissa on asetettu erilaisia rasituksia, mutta niitä johtuu suoraan myös laeista. Ks. Eichhorn s. 615/§247.

¹⁹⁰ Ks. Eichhorn s. 635/§255.

mista vastaan. Eichhorn toteaa, että sen jälkeen kun tämä saadaan viedyksi läpi, talonpoikaistiloja erottaakin (aatelistiloista) vain se, että omistajat ovat ne itse rakentaneet..¹⁹¹

Eichhornilta voidaan siis poimia viittauksia roomalaisoikeudelliseen omistuskäsitteeseen, mutta esitystä varsinaisesti kuljettaa toisenlainen kiinnostus ja näkökulma. Koko saksalainen historia tulvii muuntyyppistä hallintaa ja omistusta ja Eichhorn käyttää paljon tilaa tämän kuvailemiseen.

1800-luvun tilanteeseen päästyään Eichhorn toisaalta kyllä toteaa sellaista, joka osoittaa hänen näkevän vasta uusimman ajan vaiheena, jolloin talonpojisto saavutti modernin oikeuden mukaisen omistajan aseman. Tärkein piirre tässä kuvailussa on se, että nyt oletuksena on talonpojan oikeuden omistuksellisuus. Muuta väittävän on todistettava oikeuden rajoitukset. Eichhorn kirjoittaa talonpoikaistilojen lajien kohdalla, että ”ei vain vapaa-tiloja vaan myös ylipäättään kaikkia talonpoikaistiloja, joihin kuuluu vain ”Landfolge” ja ”Gemeinde-Diensten” ja joiden kohdalla ei voida osoittaa, että kolmannelle tuoton perusteella maksettava ”Zins” olisi ”census reservativus”, on pidettävä haltijoidensa oikeana omaisuutena (Wahres Eigenthum). Tähän on tultu joka puolella Saksaa.”¹⁹²

Eichhornin mukaan todistustaakka on siis käännetty.¹⁹³ Eichhorn esittelee tilanteen niin, että tilan on oletettava olevan haltijansa omistustila, jos ei ole viitteitä erityisestä suoritusvelvollisuudesta takaisinsaantioikeuksineen. Jos näitä viitteitä ei ole, voidaan myös päätellä, mitä haltijan oikeuksiin kuuluu. Tässä mielessä omistus käsitteenä hahmottuu substanssina, jonka osoittamisen jälkeen siitä voidaan johtaa ratkaisusääntöjä. Kokonaisuutena katsoen Eichhornin teksti ei kuitenkaan korosta omistusoikeuden rajattomuutta ja eksklusiivisuutta – pikemminkin kaikkea muuta, mikä tietysti palautuu viime kädessä siihen, että positiivinen oikeus oli edelleen kirjavaa ja sisälsi monenlaista hallintaoikeutta.¹⁹⁴

¹⁹¹ Talonpoikaistilojen vapauttaminen maanherran oikeutta osoittavista suorituksista oli Eichhornin kirjoittaessa vielä kesken, mutta hän arvelee lisäksi todennäköiseksi, että prosessi tulee merkitsemään sitä, että lukuisat talonpojat joutuvat luopumaan tilastaan ja vaihtamaan vuokralaisuuteen tai päivätyöläisyyteen. Ks. Eichhorn s. 638/§256.

¹⁹² Eichhorn emt. s. 639/§257.

¹⁹³ Eichhorn erottaa toisena ryhmänä sellaiset, joihin kuuluu enemmänkin rasituksia, mutta sanoo näistä, että ”merkittävään Zinsiinkin” tai ”laajennettuun palvelusvelvollisuuteen” on yhdistettävissä oikea omistus (wahres Eigenthum). Edes ilmaisu ”Erbzinsgut” ei viittaa epätäydelliseen Gewehreen. Eichhorn jatkaa, että kysymys siitä, luetaanko tietyt tilat tähän luokkaan, jota arvioidaan epäselvissä tilanteissa gemeinoikeuden perussääntöjen mukaan, ratkeaa lähinnä partikulaarioikeuksissa asetettujen tunnusmerkkien perusteella.

¹⁹⁴ Eichhorn jatkaakin edellisen päätelmänsä jälkeen luottelemalla niitä rajoituksia, joita maaomikeuksissa on ja jotka siis pitää ottaa huomioon määräämisvaltaa rajoittavina, mm. jakamista estävinä. Esitysjärjestys heijastelee näin vielä(kin) sitä, että rajoituksia ja velvollisuuksia on tarkasteltuihin erilaisiin hallintaoikeuksiin sisältynyt runsaasti. Ne ovat kuitenkin vähentyneet ja menettäneet merkitystään ajan myötä tavanomaisoikeudellisesti tai lainsäädännöllisesti.

Talonpoikaistilojen lajien esittely jatkuu ”tiloilla, joihin kolmannella on *proprietas*”. Ensimmäiseksi Eichhorn esittelee läänitystä. Tässäkin asetetaan todistustaakkaa niin, että oletuksena on omistus eikä jokin omistusta vähäisempi oikeus, mihin gemeinoikeudelliset ja siis roomalaisperäiset kapeat kategoriat sen asettelisivat.¹⁹⁵ Saksalaisissa läänityslajeissa on kolme luokkaa: kolonaatio-oikeudet, sopimusvuokrat ja toistaiseksi voimassa olevat käyttöoikeudet ja usein on epäselvää, mihin ryhmään oikeus kuuluu. Eichhorn pyrkii asettelemaan tulkintasääntöjä. Tulkintasäännöistä voitaneen sanoa, että ”in dubio pro agricola”.

Mielestäni Eichhorn tavallaan tiivistää saksalaisoikeudellisen omistuskäsityksen jaksossa, joka koskee omistusoikeuden rajoituksia ”korkeimman vallan kautta”. Hän kertoo ensin, että saksalaisen käsityksen mukaan yksityishenkilöt voivat saada omistuksen monella tavalla, mutta omistukseen kuuluu rajoituksia. Osa niistä on sellaisia, jotka ylipäättään vain valtiolta voi asettaa. Jotkut pitävät näitä valtion yliomistusoikeuden ilmauksena tai jäänteinä. Taustalla on ajatus siitä, että kaikki maa ja maapohja olisi alkuaan kuulunut maanherroille ja tämä oikeus olisi myöhemmin kehittynyt valtiovallan oikeudeksi. Eichhorn kuitenkin hylkää tämän feodaalisen käsityksen, jonka taustalla on ajatus siitä, että kaiken määräämisvallan perusta olisi palautettava omistusoikeuteen. Sen sijaan Eichhorn valitsee modernin näkökulman, jonka taustana voi nähdä yksityis- ja julkisoikeuden erottelun. Eichhornin mukaan asia on ymmärrettävissä niin, että valtiovallalle kuuluu oikeus lainsäätämiseen ja sen mukaisesti oikeus rajoittaa yksityisomistuksen luonnollista vapautta politiaoikeudellisin tai valtiosääntöoikeudellisin perustein.¹⁹⁶

Voitaneen sanoa, että Eichhornin esityksen yleisilme on saksalaisen talonpojan oikeutta suosiva. Eichhorn sitoutuu kyllä romanistien yleisenä esittämään omistuskäsitteeseen, ja tuo esiin saksalaisen läänityslaitoksen merkityksen maata koskevia oikeuksia varsin syvältä muokanneena järjestelmänä. Talonpojan oikeus on ollut valtaosin runsaasti säännelty ja rajoitettu, mutta se on silti ajan myötä yltänyt omistusoikeudeksi. Näin on käynyt siksi, että talonpojan asemaa on vahvistettu. Perimmältään kysymys on siitä, että talonpojan oikeus on aina ollut eri tavoin rajoitettu ja säännelty, ei käsitteelle uskollinen täydellinen vapaus, ja tällaisellekin oikeusasemalle pitäisi ehkä löytyä käsitteistössä enemmän tilaa. Nämä ovat niitä saksalaisen oikeuden traditiossa kestäviä piirteitä, joita Eichhorn haluaa valottaa. Hänen esityksestään ei sitä vastoin löydy omistuksen syntyperusteisiin suoraan liittyvää pohdintaa.

¹⁹⁵ Läänityskirjeläänityksiä ovat sellaiset, joissa talonpojalla on *dominium utile*, tai Schulzen-, Zins- tai Beutel-läänitykset ja ylipäättään kaikki, joihin ei kuulu ratsupalvelusvelvollisuutta. Roomalaisen ja kanonisen oikeuden sääntöjen mukaisia emphyteusiksia taas ei voida päätellä vain perintövuokran nimityksestä vaan siihen tarvitaan läänityskirjeen osoitus. Sellaiseksi ei vielä riitä esim. melioraatio-velvollisuus. Ks. Eichhorn s. 642/§258.

¹⁹⁶ Eichhorn s. 658/§265.

6.4.2.3 Tieteellistämisen esikuvat roomalaisessa oikeudessa

Myös Beselerin teos kuvastelee hyvin sitä, miten germanistit pyrkivät rakentamaan tarkasteluaan ja käsitteistöään romanistien esittämän mallin suuntaisesti, mutta saksalainen oikeudellinen aines asetti sille omia ehtojaan, joita ei haluttu sivuuttaa.¹⁹⁷ Niinpä Beseler näkee saksalaisen oikeuden esittämisessä vaikeuksia mm. siksi, että valtio- ja yksityisoikeuden rajaa ei ollut vielä riittävän täsmällisesti tehty. Myöskään saksalaisen ja roomalaisen oikeuden aineksia ei ollut nivottu toisiinsa niin hyvin, että voitaisiin varmuudella sanoa, miten jonkun instituution johtavat periaatteet oikeastaan menivät, jotta saataisiin esille yksittäinen sääntö. Miten asetella oikeaan suhteeseen historiallinen kehitys ja se, mitä pitäisi sanoa voimassa olevasta oikeudesta? Beselerin huoli osoittaa sitä, että hän piti tieteellisen esityksen mallina sen tyyppistä lähestymis- ja käsitteellistämistapaa, jota romanistit olivat käyttäneet.¹⁹⁸ Saksalaisen oikeuden systemaattiseen esittelyyn vain päästään vasta perusselvitysten tekemisen kautta.

Beseler korostaa sitä, että teorian ja käytännön oikeamittainen huomioon ottaminen edellyttää oikeuslähdeopin uudistamista. Hän viittaa myös germanistien ja romanistien eroon, ja sanoo, ettei tarkoitus suinkaan ole kieltää kaikkea vierasta vaikutusta. Tarkoitus on pyrkiä hallitsemaan kansallista oikeuskehitystä ja tehdä se käyttökelpoiseksi nykyisellekin saksalaiselle oikeudelle.

Esimerkiksi yksityisoikeudessa näyttäisi Beselerin mukaan ensi silmäyksellä olevan vain yksittäisiä normeja ja ihmisten elämänsuhteiden lukuisuuksia. Syvempi tieteellinen tarkastelu osoittaa kuitenkin muuta. Niinpä hänen mukaansa ei pidä tyytyä asioiden ulkoiisiin, mielivaltaisiin järjestyksiin. Oikeussäännöt ovat erilaajuisia ja -painoisia. Suppeammat ovat seurauksia laajempien sääntöjen determinaatista. Kun samanarvoiset asetellaan korkeamman periaatteen alaisiksi, saadaan esiin sisäinen yhteenkuuluvuuden systeemi, jossa johtavat

¹⁹⁷ Beseleristä Juristen s. 82–83. Beselerää luonnehditaan johtavaksi germanistiksi, kansallisliberaalina ”poliittisena professorina” hän oli merkittävässä roolissa perusoikeuksien muotoilussa. Professorina Beseler vaikutti pisimpään (v. 1859–87) Berliinissä ja hänen tärkeimpänä henkisenä oppilaanaan mainitaan Gierke. Beselerin saksalaisen yksityisoikeuden oppikirja jakaantuu yleiseen osaan ja siviilioikeuteen. Siviilioikeuden Beseler otsikoi yhteiseksi maa-oikeudeksi eli yleiseksi porvarilliseksi oikeudeksi, ”voisi siis sanoa siviilioikeudeksi”. Ensimmäisenä on henkilöoikeus, sitten esine-, velvoite-, perhe- ja viimeisenä perintöoikeus. Kolmannen kirjan muodostaa jakso erityisoikeudet mukaan lukien säätyoikeudet, jossa aloitetaan läänitysoikeudella ja seuraavana on aatelien koskeva jakso, sen jälkeen maatalousoikeus ja muita elinkeino-oikeuksia. Maan hallinnan ja elinkeinotoiminnan erityisiin piirteisiin liittyvät jaksot esitetään näin lisänä romanistien viiden kirjan järjestelmään.

¹⁹⁸ Vrt. esim. Björne 1984 s. 244 s. Björne poimii romanisteihin pitkälti keskittyvän kirjansa lopuksi lyhyesti neljä nimeä edustamaan germanismia (Beseler, Gerber sekä Thöls ja Stobbe). Poiminnan tarkoituksena lienee vain osoittaa sitä, että systeemiä omaksuttiin myös tällä lohkolla. Björne luokittelee Beselerin savignyläiseksi ja Gerberin puchtalaiseksi (systeemikäsitteyksissä). Björne pitää Beselerin osalta Savignyn vaikutuksena mm. sitä piirrettä, että sisäisen systeemin ja esitysjärjestyksen välillä on vain heikko side.

periaatteet ja niistä johdetut säännöt asettuvat paikoilleen. Tämä kokonaisuus muodostaa oikeusinstituutin. Beseler sanoo, että tällaista systeemiä ei muodosta vain oikeus, vaan itse elämänsuhteet. Kaikki tämä antaa mahdollisuuden erottaa toisistaan entistä tarkemmin myös valtio- ja yksityisoikeuden. On siis pyrittävä erottamaan kunkin oikeussuhteen määräävä momentti ja sitä vastaava oikeusinstituutti (joka sitten voidaan osoittaa joko yksityis- tai julkisoikeuteen kuuluvaksi). Kriteerit Beseler asettaa suhteen tarkoituksen mukaan. Jos kysymys on yksityisten tarpeiden tyydyttämisestä, oikeussuhde kuuluu yksityisoikeuteen, jos taas välittömästi valtioon sidotun yhteisyyden palvelemisesta, oikeussuhde kuuluu julkisoikeuteen.¹⁹⁹

Omistus on epäilemättä oikeusinstituutti, jonka saksalaistenkin piirteiden esittelyyn Beselerin pyrkimys erotella elämänsuhteet ja juridiset suhteet tuo selkeyttä.

6.4.2.4 *Esine ja omistus saksalaisessa oikeudessa*

Esineoikeuden lähtökohdalla maaomaisuuden tarkastelussa on merkitystä myös lohkolle ominaisille tarkasteluille. Beseler kirjoittaa tästä, että maaomaisuus oli hallitsevassa asemassa pitkälle keskiajalle (ennen kuin millään rahaliikenteellä tai kaupalla alkoi olla merkitystä). Suuri osa maasta oli alkuaan ja pitkään erilaisten yhteisoikeuksien alaisia. Niin ikään erottelulla vapaisiin/epävapaisiin oli merkityksensä, koska vapaatiloja saattoivat vain vapaat hallita, muilla oli muunlaisia asemia. Läänityslaitos toi tosin rajoituksia myös vapaiden oikeuksiin, mihin liittyy sitten keisarillisen vallan ohelle kehittyvä territoriaalin hallinto. Monimutkaistavana tekijänä oli lisäksi säätylaitoksen ja varsinkin aatelin muodostuminen.²⁰⁰

Beselerin juridinen esine-käsite on kuitenkin tähän lähtökohtaan nähden tarkastelua abstrahoiva ja keskeinen koko esineoikeuden esittelyn jäsentämisessä. Beseler toteaa, että esine on sellainen aineellinen kohde, joka on omiaan olemaan ihmisen herravallan alainen ja muodostamaan osan hänen omaisuudestaan. Esine on henkilön vastakohta. Beseler viittaakin siihen, että henkilö ei voi olla esine, jos/kun orjuus on kielletty. Henkilö/esine-käsitepari asetetaan näin oikeuden systeemiseksi rakennuspuuksi. Tämän jälkeen Beseler siirtyy erilaisiin esineiden jaotteluihin.²⁰¹

¹⁹⁹ Beseler ei kuitenkaan aseta mitään liberaalia vastakohtaisuutta yksityisoikeuden ja julkisoikeuden väliin. Ks. Beseler s. 14/§5.

²⁰⁰ Ks. Beseler s. 261.

²⁰¹ Ks. Beseler s. 265/§74. Näin tullaan hallintaan, Gewere. Beselerillä se ei saa enää samanlaista asemaa kuin Eichhornilla. Beseler esittelee hieman varhaisempaa vaihetta, mutta toteaa sitten nykyisen oikeuden osalta, että – vaikka noita korostuksia ja pyrkimyksiä joillakin edelleen on –, se on joksenaan toisenlainen kuin varhemmin. Beselerin arvion mukaan pyritään oikeussuojan nyttemmin näkemään kunkin oikeuden suojana (eikä gewere-käsitteen avulla). Ks. Beseler s. 281/§79.

Kirjan koko kolmas luku koskee omistusta. Yleisarviona tästä jaksosta voidaan sanoa, että käsittemääritelmästä huolimatta mitään erityistä absoluuttisen omistusoikeuden korostusta siinä ei ole. Pikemminkin Beseler tuo esiin saksalaisen ja roomalaisen oikeuden erilaista käsitejärjestelmää. Beseler on sillä kannalla, että roomalainen oikeus on vallannut alan, mutta sen ohella on kuitenkin olemassa monenlaisia saksalaisvariaatioita. Näin oli erityisesti kehityksen varhaisemmissa vaiheissa, mutta nykyäänkin näistä on jäänteitä, joita ei voida ohittaa. Esimerkiksi yhteisalueoikeuksia selvitellessään Beseler tuo esiin sen, että roomalaisen oikeuden varaamat käsitteet tällaisten suhteiden hahmottamiseen eivät ollenkaan riitä eivätkä ole osuvia.²⁰²

Beselerin edustama oikeuden tarkastelun tieteellistäminen ei tarkoita sitä, että oikeus esitettäisiin irrallaan elämänsuhteista. Pikemminkin on osattava tehdä ero siinä, miten jotakin käsitettä käytetään juridisessa kielenkäytössä. Tavallisen elämän kielenkäytössä omaisuus (Eigenthum) tarkoittaa Beselerin mukaan varallisuutta ylipäätään. Teknis-juridisessa mielessä se kuitenkin ilmaisee herravaltaoikeutta esineeseen nähden. Tämä omistuksen herravaltamäärittely tarkoittaa esitellä omistuksen absoluuttisena ja eksklusiivisena oikeutena. Beseler siis hyväksyy ajatuksen, että omistusoikeus on kelpoisuus menetellä mielensä mukaan esineen substanssin ja nautinnan kanssa ja sulkea jokainen muu siitä pois.²⁰³ Yleisesti voidaan Beselerin mukaan sanoa, että saksalainen oikeus on omaksunut roomalaisen omistuksen. Toisaalta Beseler esittelee tekstikohdassa omistuksen erilaisia merkitysyhteyksiä historian vaiheissa, joten hänen ensisijainen tarkoituksensa ei ole korostaa omistuksen roomalaisoikeudellista absoluuttisuutta, vaan arkisen ja juridisen kielenkäytön eroa.²⁰⁴

²⁰² Ks. Beseler s. 301.

²⁰³ Beseler ottaa erikseen esiin mm. yli- ja aliomistuksen, mutta ei kovin perusteellisesti. Hän viittaakin Thibautin selvitykseen. Beseler päätyy – Thibautin tapaan – siihen, että opin laajentumisessa oli kysymys virhetulkintoista eikä oppi ollut sopusoinnussa omistuskäsitteen kanssa. Oppi oli osuva kuvaamaan ainoastaan läänityssuhdetta ja perintöläänitystä. Beselerin ajatus kulkee lähinnä niin, että jaetussa omistusopissa on kysymys omistuskäsitteen vastaisesta kehelmästä, mutta oikeudet ovat oikeusasemina merkittäviä ja monella tavalla saksalaiseen oikeuteen juurtuneita. Beseler sanoo, että osittain asiaan (opin leviämiseen) vaikutti gewere-käsite, koska se salli absoluuttisen omistuskäsitteen rajoittamisen. Näin tätä jäännettä on vähän jäänyt moderneihin suhteisiin. Osittain aliomistuksena ajatellut oikeudet ovat toisaalta tulleet niin itsenäisiksi ja merkityksellisiksi, että ne voidaan ymmärtää jura in re aliena -oikeuksina. Näin voidaan ajatella siisikin, että sellainen jaettu omistusoikeus on myös laeissa tunnustettua ja praksiksen itsenäiseksi oikeusinstituutioksi vahvistamaa.

²⁰⁴ Niinpä Beselerin mukaan omaisuus herravaltaoikeuden merkityksessä tulee esiin jo vanha-saksalaisessa oikeudessa, vaikkakin sitä käytetään myös monenlaisista esineoikeuksista, kuten oikeudesta zins-maksuun, maaverosta jne. Beselerin mukaan myös nykyisessä laissa on säilynyt joitakin tällaisia ilmaisuja. Beseler huomauttaa myös siitä, että roomalainen oikeus käyttää vulgääriä merkityksessä dominiumia hyvinkin yleisessä mielessä kuvaamassa mitä tahansa herravaltaa esineeseen. Toisaalta roomalainen oikeus kehitti keskiajalla myös tarkan teknisen merkityksen, sellaisen jossa dominium tarkoittaa rajoittamatonta ja jakamatonta oikeutta esineeseen nähden, jonka yksittäiset osat voitiin jura in re aliena -oikeuksina luovuttaa. Jakamattomuuden periaate on oma kysymyksensä. Ks. Beseler s. 289/§81.

Omistussaantojen osalta Beseler ei kirjoita mitään merkillepantavaa (mikä on lainopissa tyypillistäkin). Hän ei esim. viittaa alkuperäisten/johdannaisten saantojen jaotteluun, ja tarkasteleekin kiinteän omaisuuden osalta vain luovutusta, siis johdannaista saantoja.

6.4.2.5 Aidon maanomistuksen määrittäminen

Bluntschlin oppikirja on omistamisen syntykysymyksissä Beselerin teosta anoisampi.²⁰⁵ Kirja ilmentää lähtökohtaisen kriittistä suhtautumista roomalaiseen oikeuteen. Silti myös Bluntschli hyödyntää roomalaisen oikeuden tarkastelussa kehiteltyä käsitteistöä. Bluntschlin painotukset osoittavat romanistien käsitteiden ymmärtämistä yleisinä oikeuden käsitteinä ja siis tieteellisinä.

Bluntschli keskustelee erikseen nykyisyyteen rajoittuvan ja historiallisen tarkastelun oikeasta suhteesta.²⁰⁶ Joidenkin mielestä saksalainen oikeus olisi suurten muutosten vuoksi menettänyt merkityksensä ja tämä olisi lisäperuste tukeutua vain roomalaiseen oikeuteen. Bluntschlin mukaan germanistit ovat osin itse syypäitä näihin ajatuksiin ”askaroidessaan liikaa antikvaaristen instituuttien parissa ja liian vähän elämäntuoreen modernin valtion kanssa”. Bluntschli itse jättää mm. läänitysoikeuden pois ja vähälle huomiolle muutakin ”nyt jo” vähempimerkityksistä.²⁰⁷ Hänen tarkoituksensa on selvittelemällä ja kehittelemällä modernia oikeutta torjua roomalaisen oikeuden käsitteiden hallitsevuutta.²⁰⁸

Bluntschli ei halua kiistää roomalaisen oikeuden merkitystä, mutta saksalaisen oikeuden käsitteistöstä on hänen mielestään kehiteltävä niin täsmällinen ja hiottu, että se asettuu täysimittaisesti roomalaisen rinnalle. Lopputulos Bluntschlin kritiikissä on se, että pitää aina erikseen selvittää, onko reseptiota tapahtunut ja millaisena. Roomalaisen oikeuden merkitys siis kuljetetaan käytännön omaksumisen kautta, ei minään lähtökohtana saati että Corpus nähtäisiin omaksettuna lakina.²⁰⁹ Sikäli kuin roomalainen oikeus on ilmaissut yleisen inhimilli-

²⁰⁵ Bluntschlista Juristen s. 89–90. Bluntschli toimi professorina Zürichissä, Münchenissä ja Heidelbergissä ja osallistui mm. Zürcher Privatgesetzbuchin (1854) laatimiseen. Deutsches Privatrecht -kirjansa Bluntschli aloittaa kirjoittamalla saksalaisen oikeuden luonteesta ja oikeuslähteistä. Oikeuslähteoppi noudattelee historiallisen koulun ajatuksia. Bluntschli esittelee kansanvakaumusta tavanomaisena oikeutena, juristioikeutta (ilmauksena), lainsäädäntöä. Bluntschlin teoksen systematiikka (henkilö-, esine-, obligatio-, perhe-, perintö- ja prosessioikeus) liittyy pääpiirteiltään viiden kirjan järjestelmään osoittaen siten osaltaan sen vakiintumista.

²⁰⁶ Bluntschli uskoo jonkinlaiseen yleiseen oikeuden edistymiseen. Hän sanookin mm., että meidän aikamme on siirtänyt syrjään paljon keskiaikaista jäännettä. Suurin osa tästä on ollut hyväksi, kuten alustalaisuuden poistaminen, yksityisoikeuden laajentaminen kaikkiin säätyihin, maan vapauttaminen ikuisista rasitteista, huolellinen yksityisoikeuden ja julkisoikeuden erottaminen, viimeistenkin läänitysoikeuden sidonnaisuuksien poistaminen.

²⁰⁷ Bluntschli s. VI ss.

²⁰⁸ Bluntschli s. IX ss.

²⁰⁹ Bluntschli s. 11 s.

sen ja pysyvän oikeustotuuden, sillä on merkityksensä, ei sen sijaan silloin, kun on kysymys vain kaikista niistä erehdyksistä, joita oppi Bluntschlin mukaan on täynnään.²¹⁰

Löytyykö tästä punninnasta jotakin erityistä saksalaisen oikeuden painotusta omistusoikeuden perusteluun? Keskeistä omistusoikeuden ymmärtämisessä on aidon maaomaisuuden (echtes Grundeigenthum) merkitys ja sen muuttuminen.²¹¹ Bluntschli kirjoittaa siitä, miten alun perin kiinteää eli maaomistusta varten oli oma käsitteensä, Eigen, joka korosti oikeuden liittymistä henkilöön. Irtainta varten oli oma käsitteensä, Habe, joka ilmaisi ensisijaisesti hallussapitämistä. Bluntschli kertoilee nimityksien muuntumisesta ja siitä, miten omistus alkuaan kietoutui julkisoikeudellisiin suhteisiin. Uusi aika on sitten purkanut nämä sidonnaisuudet, joten omistusta voidaan tarkastella vain yksityisoikeuden näkökulmasta, als reines Privatrecht, echtes Eigen.

Näin tullaan omistuksen määritelmään, joka Bluntschlin muotoilemana näyttäisi hieman yllättäen mukailevan romanistien luonnehdintoja. Niinpä aito maaomistus (Grundeigenthum) ymmärretään nyttemmin indiividin sisäisesti täydellisenä (innerlich vollkommene) ja poissulkevana herravaltana määrättyyn kiinteistöön.²¹²

Bluntschli jatkaa, että tässä uudempi omistus onkin pitkälti yhtenevä roomalaisen dominiumin kanssa; joitakin eroja tosin on. Bluntschli viittaa hieman poikkeaviin tarpeisto- ja ainesosarajauksiin. Tärkeimpänä edelleen vaikuttavana eroavaisuutena saksalaisen ja roomalaisen omistuskäsitteen välillä Bluntschli mainitsee luovutettavuuden ja jakamattomuuden, jotka siis kuuluvat roomalaisoikeudelliseen ajatustapaan; saksalaisessa pääsääntö on sen sijaan (ollut) päinvastainen: omistusta on tässä suhteessa rajoitettu erityisesti suvun hyväksi.²¹³

6.4.2.6 Maata koskevien oikeuksien järjestelmän synty

Kiinnostavaa omistuksen historiallisen ja käsitteellisen perustelun kannalta on se, mitä Bluntschli kirjoittaa yhteis- ja erityisomaisuudesta (Gesamt- und Sondereigenthum). Bluntschlin mukaan vastakohta yhteis- ja erityisomaisuuden välillä on saksalaisessa oikeudessa yhtä vanha kuin maan jakaminen viljelyn ja nautinnan tarpeisiin. Tieteen sen sijaan on vasta myöhään onnistunut ymmärtää se oikein.²¹⁴ Bluntschli palaa tässä kysymykseen, jota hän on tarkas-

²¹⁰ Bluntschli emt. s. 12.

²¹¹ Ks. myös Bluntschli s. 217 s. Bluntschli aloittaa esineoikeuden tarkastelun keskustelulla omistuskohdeiden luonteen muuttumisesta aikojen kuluessa. Erottelu kiinteisiin ja irtaimiin on kuitenkin edelleen merkitsevä. Erikseen Bluntschli toteaa sen, että vaikka maaomaisuuden merkitys ei enää ole sellainen kuin pitkään oli, se on silti omistuksen perusta.

²¹² Bluntschli s. 249.

²¹³ Bluntschli s. 250.

²¹⁴ Ks. Bluntschli s. 253 s./§58.

tellut lyhyesti aikaisemmin henkilöoikeutta koskevassa osiossa. Tuossa yhteydessä Bluntschli kirjoitti juridisista henkilöistä ja mm. kyläyhteisöstä ja sen perustasta. Bluntschli viittaa jonkinlaiseen historialliseen lähtöasetelmaan, jolloin maa oli jaettu ja oli muodostunut kaksi maaomaisuuden lajia: 1. erityisomaisuus (Sondergüter), jota yksityinen yhteisön vapaa jäsen piti itsellään ja perheellään omaisuutenaan (Eigenthum), ja 2. yhteisalueet (Gemeingüter), jotka jätettiin yhteiseen käyttöön (Benutzung).²¹⁵ Henkilöoikeuden näkökulmana on ensisijaisesti henkilöiden erilaisten asemien pohjustaminen.

Esineoikeudessa esitellään runsaampi kertomus maata koskevien oikeuksien järjestelmän syntymisestä. Bluntschli kertoo tässä, että vain osa tietyn kansan tai pienemmän yhteisöpiirin maasta jaettiin sen yksittäisten jäsenten vapaaksi omaisuudeksi (freiem Eigenthum, Sondereigenthum), tai hankittiin vapaalla valtauksella (durch freie Aneignung). Muut maat säilyivät jakamattomina ja pidätettiin yhteiseen elinkeinon harjoittamiseen ja nautintaan. Ensiksi mainitut tilat olivat erillistiloja (Sondergüter) ja muodostuivat yleensä asuintalosta, pelloista ja niityistä. Jälkimmäisiä maa-alueita sen sijaan ei annettu yksityis- eli erityisomaisuudeksi vaan käytettiin yhteisalueina, metsinä tai niittyinä (gemeine Waldung, gemeine Weide). Ne voidaan koota käsitteen Almende alle (Gemeinemark), ja nimittää niitä koskevaa oikeutta yhteisomaisuudeksi erotukseksi erityisomaisuudesta. Esi-isät ilmaisivat eron usein puhumalla omaisuutena erityisomaisuudesta kapeammassa merkityksessä ja oikeudesta Gemeinmarkiin.²¹⁶

Bluntschli selvittää tätä erottelua vielä hieman tarkemminkin ja siirtyy sitten kysymään, onko käsitys kestävä, siis käsitteellisesti mahdollinen tai järkeenkäypä. Bluntschli viittaa tässä yhteydessä roomalaisen oikeuden sääntöön ”duo eandem rem in solidum possidere non possunt”. Tämä sääntö ei Bluntschlin mukaan koske niinkään erityiskansallista roomalaista oikeutta, vaan suorastaan dominiumin käsitettä indiividin muut poissulkevana herravaltana esineeseen nähden. Näin sillä on tässäkin yhteydessä looginen perustansa. Onko kyseessä siis ristiriita? Bluntschli viittaa ajatukseen siitä, että roomalaisten juristien mukaan useampien herravaltasuhde esineeseen oli joko yhteisomistus (Miteigenthum, ideaalinen) tai sitten ihmiset ajateltiin yhtenä juridisena henkilönä (universitas), jolla oli poissulkeva yksinomistus. Saksalaiselle Gesamteigent-

²¹⁵ Erityisomaisuudesta erosivat sitten edelleen omaksi ryhmäkseen aatelistilat. Niiden alaisuuteen muodostui lisäksi erilaisia hallintamaita. Bluntschlin mukaan luultavasti jo alussa oli olemassa joku täyden erityisomaisuuden (täystilan) mitta, mutta tilat vaihtelivat kooltaan, millä oli vaikutuksensa yksityisen asemaan yhteisössä. Ks. Bluntschli s. 112 ss. Kysymys on osiosta, jossa esitellään ”Die Gemeinden” ja edelleen ”Ursprüngliche genossenschaftliche Gemeinde”. Bluntschli kirjoittaa näistä, että ne ovat luonteeltaan alun pitäenkin olleet sekoitus yksityistä, taloudellista ja sitten poliittista ulottuvuutta (Doppeleigenschaft).

²¹⁶ Jälkimmäisen kohdalla voidaan edelleen puhua kahdenlaisesta suhteesta, yhtäältä gemeindesta kokonaisuutena ja toisaalta yksittäisistä erityisomistuksista, jotka yhteisön jäsenillä oli jäsenyytensä perusteella.

humille ei näyttäisi olevan tilaa. Bluntschli kuitenkin puolustaa sitä, että kyseessä on oikea *gesamt-eigenthum* (eikä *miteigenthum* eikä myöskään *universitas*). Bluntschli täsmentää oikeuden erityispiirteitä, jotka eivät mahdu roomalaisen oikeuden kategorioihin.²¹⁷

Hän kokoaa punnintansa ja kirjoittaa, että ihmisen täysi herravalta esineeseen nähden, ja lähinnä maa-alueeseen, on mahdollinen kahdessa päämuodossa: (1) yksityisen indiividin yksin-herravaltana yksittäiseen rajoitettuun kiinteistöön nähden, tai (2) yhteisherravaltana (*Gemeinherrschaft*). Ensiksi mainittua kutsutaan yksityisomaisuudeksi (*Privateigenthum*) ja varsinaisessa ja tavallisessa mielessä erityisomaisuudeksi (*Sondereigenthum*). Se on muut poissulkeva oikeus. Jälkimmäisessä on kysymys siitä, että yhteisö hallitsee esinettä, jolloin omistuksen eksklusiivisuus jää taustalle. Bluntschlin mukaan kyse ei ole roomalaisen oikeuden mukaisesta ideaalisesta yhteisomistuksesta, joka sijoittuisikin esitellyssä kahtiajaossa pikemminkin ensimmäiseen herravallan päämuotoon.²¹⁸

Bluntschli jatkaa vielä, että roomalainen oikeus tunnustaa vain yksinomaisuuden, mutta saksalaiselle oikeudelle *gemein-omaisuus* taas on niin luonteva muoto, että voidaan sanoa individuaalisenkin yksinomistuksen muodostuneen vanhemman *gesamt-omistuksen* pohjalle, jolloin jälkimmäinen on vetäytynyt kattamaan vain *Almende-alueita*.²¹⁹ Näin Bluntschlin voi sanoa päätyvän kannattamaan alkuperäisen yhteisomistuksen teoriaa, josta jakamisen ja siihen liittyvän yksityisen haltuunoton kautta on tultu yksityiseen maaomistukseen, joka ei ole kuitenkaan merkinnyt yhteisomistuksen kokonaan lakkaamista. Todistuksena tästä Bluntschli viittaa lähinnä siihen, että saksalainen omistujajärjestelmä kokonaisuutena vaikuttaa yhteisoikeusperustaiselta verrattuna roomalaisen oikeuden järjestelmään. Tästä on tosin enää jäänteitä, mutta ne kertovat toisenlaisesta järjestelmästä.

Bluntschlin mielenkiinto kohdistuu siihen, miten saksalainen omaisuus ja maan hallinnan muodot asettuvat omistuskäsitteellisiin kategorioihin. Samalla hän tulee ikään kuin oheisena kertoneeksi myös sen, miten hän ajattelee omistusoikeuden syntyneen. Syntyperusteena näyttäisi olevan lähinnä valtaus. Maa on otettu hallintaan, ensin yhteisesti, minkä jälkeen se on (osin) jakaantunut yksityisiin hallintoihin. Bluntschlin esitys on niukka, eikä siitä voida tehdä pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Mielestäni olennainen piirre hänen esitykses-

²¹⁷ Ks. Bluntschli s. 256 ss.

²¹⁸ Ks. Bluntschli s. 259 s.

²¹⁹ Bluntschli s. 260. Bluntschli viittaa myös siihen, että hahmoteltu yhteisomistus löytyy saksalaisten heimojen ohella myös kelteiltä ja slaaveilta. Bluntschlin mukaan omistuksen kehitys Euroopassa on ollut yksinomistuksen jatkuvaa laajenemista ja yhteisomistuksen väistymistä taustalle. Tähän kehitykseen liittyy kuitenkin poissulkevaa itsekästä henkeä, jonka Bluntschli näyttäisi tuomitsevan. Hän kysyy, onko se oikeastaan monien meidän aikamme taloudellisten ongelmien syynä.

sään on yhteisoikeuden alkuoletus. Sen varassa Bluntschli liikkuu jakamiskustelun perinteessä (jolloin haltuunotto- ja työperusteen erottaminen tarkasti ei välttämättä näyttäytyä tarpeellisena). Kaikki viitteet omistuserusteluun alkuperäisen omistusoikeuden saamisen mielessä osoittavat joka tapauksessa valtauksen ja haltuunoton suuntaan, eivät esim. työperusteluun.

Bluntschlin laajassa selvityksessä nykyisen oikeuden tilasta on tässä yhteydessä olennaista lähinnä sen yleishenki. Se on kokonaan toinen kuin roomalais-oikeudellista absoluuttista, individuaalista omistusoikeutta korostavissa esityksissä. Bluntschlilta voidaan toki poimia määritelmäviittauksia omistusoikeuteen rajoittamattomana oikeutena, mutta esityksen henki rakentuu siitä, miten Bluntschli eri yhteyksissä antaa painoa saksalaisen omistujärjestelmän yhteisoikeuden perustalle ja sen ”aitoudelle”. Bluntschli pyrkii puolustamaan tavoittamaansa saksalaisen omistuksen luonnetta roomalaisen oikeuden käsitteellisiä kategorioita vastaan. Käsitteellisesti omistus määrittyy kuten se on roomalaisen oikeuden pohjalta muotoiltu, mutta saksalaisessa oikeudessa on omat piirteensä.

6.4.2.7 Omistuksen/maan jakaminen omistuksen syntykertomuksena

Bluntschli esittelee erikseen yli- ja aliomistusta ja tämän opin muotoutumista.²²⁰ Otan tämän erittelyn tässä yhteydessä esiin kahdestakin syystä, ensinnäkin osoittaakseni, että omistusoikeuden syntymistä koskevia käsityksiä joudutaan etsimään yksittäisistä tekstikohdista, joiden ensisijainen tarkoitus ei koske omistusinstituution perustaa. Yli- ja aliomistuksen instituutio on eräs tällainen kohta. Se on sitä yleisemmin siksi, että sen yhteydessä on yleensä tarvetta pohdiskella hieman periaatteellisemmin oikeudellisten asemien suhdetta omistuskäsitteeseen. Se on sitä myös erityisemmin siksi, että yli- ja aliomistus esitellään usein jonkinlaisen kertomuksen muodossa, jossa siis suhteutetaan toisiinsa paitsi roomalaista oikeutta ja germaanisista käsityksiä myös käsitteellistä ja historiallista ainesta. Toinen peruste selvittää Bluntschlin yli- ja aliomistusta koskevaa katsausta onkin juuri se, että oikeusasemien erittelystä voidaan löytää eräänlainen oikeusasemien syntykertomus.

Bluntschli aloittaa kertomalla, mitä (läänin- tai maanherralliseen) yliomistusoikeuteen kuuluu. Siihen kuuluu ensiksi muistuma siitä, että se on alkuperäinen täysi omistus ja että se on ikään kuin lähteenä siitä johdetulle nautintaomistukselle. Idean mukaan se on edelleen varsinainen omistus ja siksi siitä käyte-

²²⁰ Bluntschli pyrkii sijoittamaan kehityksen kviriittis-bonitaarisen jaottelun muuntumiseksi, jota hän sitten hahmottaa ideaalisen ja reaalisen omistuksen erolla. Ks. Bluntschli s. 282 ss.

tään myös ilmaisua *proprietas*.²²¹ Nautintaomistusta koskevan esityksen Bluntschli aloittaa vastaavasti toteamalla neljä ominaisuutta, jotka siinä (yleensä läänitys- tai talonpoikainen perintötila) on. Tässä yhteydessä tärkeitä ovat ensimmäinen ja viimeinen. Ensimmäinen ominaisuus (1.) on se, että nautintaomistus on johdettu ja vain vähitellen laajentunut omistus, joka ideansa mukaan on yliomistukselle alisteinen. Sen sijaan materiaalisesti se on reaalisena herravaltana yliomistusta tuottoisampi. Viimeinen ominaisuus (4.) kertoo, mitä seuraa, jos yliomistus herran persoonassa kerta kaikkiaan häviää (esim. perheen kuoleman takia), ilman että siitä määrätään. Tällöin on Bluntschlin mukaan ”nautintaomistuksen todeksi omistukseksi vahvistumisen luonteen mukaista olettaa” että nautintaomistus laajenee täydeksi omistukseksi.²²²

Bluntschli viittaa tässä *Dunckerin* kirjoitukseen *dominium directumista* ja utilesta, mutta kriittisessä mielessä: Duncker on antanut liikaa painoa uudemmille oppikäsitteille ja näin sivuuttanut asioiden luonnollisen kulun ja historian liikkeen.²²³ Nähdäkseni tämä on yksi niistä kohdista, joissa Bluntschli antaa saksalaiselle omistuskäsitykselle merkitystä, vaikka se on ristiriidassa roomalaisoikeudellisten kategorioiden kanssa. Bluntschlin tulkinnassa huomionarvoista on se, että viimeiseksi mainitussa poikkeuksellisessa tilanteessa myös aliomistus voi kasvaa aidoksi omistukseksi. Tämä viittaa siihen, että Bluntschli ei sitoudu roomalaisoikeudellisesti korostettuun kategoriseen eroon omistus/ muut esineoikeudet. Omistuksen jakaminen halutaan ymmärtää oikeana jakamisena, olkoonkin että se oli roomalaiselle oikeudelle vierasta.

Kiinnostavaa tässä kertomuksessa ovat siinä ilmenevät viitteet jonkinlaiseen historialliseen asetelmaan, jossa maata koskevat oikeudet olisivat syntyneet ja muotoutuneet. Tämä historiaan enemmän tai vähemmän paikannettavissa oleva kertomus liitettyä alkuperäisen jakamisen ajatukseen tulee myöhemmin esiin

²²¹ Ensiksi mainitusta ulottuvuudesta seuraa muu sisältö. Bluntschli esittelee kohdat 2–5 luettelona:

(2) siksi yliomistajalla onkin oikeus odottaa, että aliomistaja osoittaa kunnioitusta korkeammalle omistukselle. Eroa osoittavat erilaiset palvelus- ja suoritusvelvollisuudet.

(3) siksi myös nautintaomistuksen lakatessa omistuksen reaalin puoli oikeuden omasta voimasta palaa takaisin ideaaliseen. Näin siihenastinen yliomistus vahvistuu uudestaan täydeksi omistukseksi.

(4) yksittäiset tilan nautinnat (esim. metsäystyoikeus, oikeus aarteeseen yms.) ovat väliajallaakin olleet yliomistajalla.

(5) myös yliomistus on omistusvaihdannan kohde ja voidaan luovuttaa ja pantata. Niin ikään yliomistaja voi vindikoida tilan, jos se on kolmannen hallussa oikeudettomasti.

Ks. tarkemmin Bluntschli s. 286 s.

²²² Bluntschli rinnastaa tilanteen nimenomaisesti vastaavaksi kuin yliomistuksen laajeneminen nautintaomistuksen lakatessa. Nyt vain ei ole kyseessä *consolidatio*, vaan ”realiteetin vahvistuva voima ja todellistuva oikeus”. Nautintaomistuksen ominaisuudet 2 ja 3 sisältävät nautinta- ja hallinto-oikeuden sekä oikeuden tuottoon. Herravalta on perinnöllinen, se on vaihdannassa ja voidaan vindikoida. Luovutus-oikeus on rajoitettu. Ks. tarkemmin Bluntschli s. 287.

²²³ Bluntschli s. 288.

myös jaksossa, jossa Bluntschli nimenomaisesti selvittelee maaomaisuuden saantoa ja menettämistä.²²⁴

Bluntschli aloittaa taas muistuttamalla siitä, että maaomaisuus oli vanhalla ajalla tärkein yksityisomaisuuden muoto ja samalla gemeinde-käsityksen ja julkisten oikeuksien ja velvollisuuksien perusta. Alkuperäinen omistusoikeus-saanto tapahtui maapohjan jakamisen kautta yhteisökokonaisuuden toimesta (...wie der ursprüngliche Eigenthumserwerb durch Vertheilung des Bodens von der Gesamtheit herkam). Siksi on luonnollista, että myös omaisuuden siirto oli tarkasti järjestetty ja yhteisön kontrollin alainen. Niinpä oli vain kaksi säännönmukaista omistuksen siirtämisen muotoa: elävien kesken tuomioistuimen välityksin tapahtuva Auflassung ja kuoleman jälkeen perintöseuraanto (seuraavalle perheenjäsenelle). Jälkimmäisen käsittelyn Bluntschli osoittaa perintöoikeuteen ja selvittelee tässä vain Auflassungia. Esitys on lainopillinen, joten käsittelyn keskiössä on se, että omaisuuden luovutuksissa pelkkä sopimus tai hallinnansiirto ei vielä siirtänyt omistusoikeutta, vaan vasta julkinen toimi. Bluntschli selvittelee tässä erityisesti maakirjakysymyksiä.

Bluntschlin systematiikka saantolajien esittelyssä ei noudattele esim. alkupe-
räiset/johdannaiset-jaottelua. Tuomioistuimen ja kirjaamislaitoksen roolin sel-
vittelyn jälkeen Bluntschli jatkaa otsikolla ”Andere Erwerbs- und Verlustar-
ten”, missä palataan edellä jo viitattuun ensimmäisen jakamisen ajatukseen. Tässäkin Bluntschlin kiinnostavimmat alkuperäiseen omistukseen liittyvät lau-
sumat tulevat pikemminkin sivulauseissa. Bluntschli ei siis nimenomaisesti
aseta vastattavakseen kysymystä siitä, millä tavalla yksityinen omistusoikeus
oikeutetaan tai on historiallisesti oikeutettu.

Bluntschli kirjoittaa, että alkuperäinen saanto maan valtauksen kautta tulee nykyisin Saksassa vain harvoin kysymykseen.²²⁵ Näin on Bluntschlin mukaan siksi, että jo kauan sitten yhteinen käsillä oleva maa on eri kansojen toimesta otettu hallintaan ja siirtynyt omistusvaihdantaan. Jakamattoman maan uudisviljely, joka vanhana aikana oli yhtenä perusteena erityisomaisuuden (Sondereigenthum) syn-
tymiselle, ei enää yksinään tuota rakentajalle/viljelijälle omistusoikeutta, vaan vain yhteydessä yhteisön tai valtion luovutukseen. Näille katsotaan nykyään myös jakamattoman maan omistusoikeuden kuuluvan. Uudemman oikeuden mukaan omistusoikeuden saaminen tapahtuu siten maakirjaan merkitsemisen kautta.

Toisena tapauksena Bluntschli puhuu tilanteesta, jossa omistaja hylkää maansa (dereliktio). Bluntschli kirjoittaa, että on saksalaisen oikeuskäsityksen vastaista ajatella hylätyn maan voivan näin tulla herrattomaksi ja siten mahdol-
lisen valtauksen kohteeksi. Pikemminkin tässä tapauksessa maa siirtyy suvun sisällä ja tulee seuraavalle perilliselle. Vain jos tämä ei sitä halua tai ei ole ketään perillistä, tulee maasta herraton.

²²⁴ Bluntschli s. 289/§61.

²²⁵ ”durch Aneignung herrenloser Grundstücke”, Bluntschli s. 310/§64.

Bluntschli siis tarkastelee herrattoman maan saantokysymystä ikään kuin kartoittamalla sitä, onko Saksan alueella herratonta maata. Hän toteaa ensin sen, että tällainen varhaisessa historiassa ollut tilanne on päättynyt. Kaikki maa on nykyisin joko yksityisten omistuksessa tai erilaisten yhteisöoikeuksien alaisena. Tämän jälkeen on tarpeen pohtia vain sitä, mikä on yhteisalueen asema omistussääntöjen mahdollisuuden suhteen. Tämän osalta voidaan todeta, että pelkkä haltuunotto tai viljeleminen ei tuota omistusoikeutta, koska maa ei ole herraton vaan yhteisön herravallan alainen, joten omistusoikeuden syntyminen siihen edellyttää, että yhteisö käyttää määräamisvaltaansa. Jos siis alkuperäisesti herratonta maata ei enää ole, on vielä jäljellä pohdinta siitä, voidaanko jonkin maa-alueen ajatella tulevan herrattomaksi ja siten valtaussääntöjen kohteeksi. Tämäkin näyttää Bluntschlistä marginaaliselta.

Bluntschlin selvittelyn lähtökohtana on selvästi roomalaisen oikeuden yleinen sääntö herrattomien esineiden kuulumisesta ensimmäisen valtaajan omaisuudeksi.²²⁶ Bluntschli nimittäin jatkaa ja kysyy, voidaanko herraton maa samalla tavalla kuin irtainkin omaisuus vapaasti vallata. Roomalainen oikeus vastaa tähän myöntävästi, mutta uudempi lainsäädäntö kiistää tämän ja katsoo maan rajojen sisäpuolella olevan herrattoman maan kuuluvan valtiolle, siis myös suurimmalle ja mahtavimmalle yhteisölle (Gemeinschaft). Tällä käsityksellä on historiallinen perustansa keskiaikaisessa maata koskevien julkisten ja yksityisten oikeuksien toisiinsa kietoutumisessa. Yksityiset oikeudet osoitettiin maanherralle silloin, kun muuta omistajaa ei tiedetty. Bluntschli toteaa, että nykyaikana julkis- ja yksityisoikeudet erotetaan toisistaan tarkemmin. Hänenkin mukaansa tuntuu silti luonnolliselta osoittaa valtiolle läheisempi ja parempi oikeus maahan tilanteissa, joissa muuta yksityisomistusta ei ole, kuin osoittaa se kenen tahansa indiviidin vallattavaksi.²²⁷

²²⁶ Vrt. omistus irtaimiin esineisiin. Bluntschli kirjoittaa saannosta tässä yhteydessä (s. 349/§71), että alkuperäinen saantotapa, valtaus (Zueignung, occupatio) herrattoman esineen hallinnanotolla tulee vieläkin kyseeseen. Se oli saksalaiselle oikeudelle yhtä tuttu kuin roomalaisellekin. Sillä, onko esine joskus jo ollut jonkun omistuksessa vai ei, ei ole merkitystä. Mutta kadonneet esineet eivät ole herrattomia eikä myöskään löytöä saa sekoittaa valtaamiseen.

²²⁷ Seuraava jakso koskee maaomaisuuden erityisiä muotoja ja rajoituksia. Tässä yhteydessä Bluntschli selvittelee säätyeroja ja erilaisten tilojen käytön sääntelyä. Bluntschli erottaa vanhempien talonpoikaistilojen lajeja varsin yksityiskohtaisesti. Luettelossa on tiettyä mielenkiintoa sikäli, että se osoittaa tilojen oikeuksien kirjoa ja asteittaisuutta ja sitä että vapaa verotila on harvinainen. Ks. Bluntschli s. 321. Nykyaikana talonpoikaistilojen nimityksen tarve liittyy vain elinkeinolliseen ulottuvuuteen. 1800-luvulla muotoutuvan oikeudellisen systematiikan vakiintumisen kannalta merkityksellistä on vielä se, mitä Bluntschli kirjoittaa esim. valtion herravaltaa ja siitä johdettuja oikeutuksia tarkastellessaan. Keskeiseksi jaotteluksi hahmottuu yksityis- ja julkisoikeuden erottelu. Piirre puuttui perinteisestä saksalaisesta oikeudesta. Jaottelua ei Bluntschlin mukaan ole vielä hiottu loppuun. Siihen kuitenkin sisällytetään ajatus yksityisoikeusta jonkinlaisena yksilön vapauden toimintapiirinä. Ks. Bluntschli s. 367 s. Myös regaalien ja vesien herravallan esittelyssä tulee esiin paljon sellaista, joka sivuaa yleisemmin omistuskäsitettä ja samalla yksityisen ja julkisen välillä muotoutuvia rajanvetoja. Tosin huomiot ovat pikemminkin yksittäisiä kuin systemaattisia. Ks. Bluntschli s. 369 ss.

Bluntschlin esityksessä kietoutuu näin mielestäni varsin kiinnostavalla tavalla yleisemmin roomalaisen oikeuden antamaa käsitteellistä ainesta siihen, millaisena nähtiin saksalaisen oikeuden omistuskäsitys ja erityinen maan hallintaan liittyvä historia. Tästä voidaan kuitenkin tiivistää sekä juridiskäsitteelliseksi että historialliseksi alkukertomukseksi tarina maan alkuperäisestä herrattomuudesta, johon valtaus ja haltuunotto antaa omistusoikeuden. Lähtötilanne oli myöhemmin muuttunut niin, että maa oli jo otettu joko yksityisten tai yhteisön haltuun. Näin ollen sellaisia tilanteita ei juuri enää voinut syntyä, jotka tekisivät roomalaisen oikeuden säännön soveltamisen mahdolliseksi. Bluntschlin ei toisaalta tarvitse sanoa tämän enempää, sillä lainopin näkökulmasta hänen viittaamansa tilanteet, joissa ei olisi ketään, jolle maan voitaisiin katsoa kuuluvan, ovat pikemminkin kuvitteellisia kuin todellisia. Bluntschli itse katsoo näissä harvinaisissa tilanteissa perustelluimmaksi hyväksyä maan kuuluvan tuolloin valtiolle, nimenomaan yhteisönä, joka voidaan ymmärtää yhteisoi-
keuksien subjektina.

6.4.2.8 Arviota ja lisäkysymyksiä

Edellä osin varsin yksityiskohtaisestikin esitellyt tekstit osoittavat, että varsinaista omistuksen alkuperäisen syntymisen keskustelua on myös germanistisen perinteen oppikirjojen yleisissä jaksoissa hyvin niukasti eikä sitä välttämättä löydy sen enempää saantomuotojen esittelyn yhteydestä. Viitteitä omistusp-
rusteluun tai jonkinlaisiin lähtökohtakäsityksiin voidaan etsiä lisäksi muista kohdista. Eräs ilmeinen kohta ovat yhteisalueet (Gemeinden) ja niihin liittyvä historia. Esimerkiksi Eichhornilla ei kuitenkaan ole tässä mitään sellaista, joka kertoisi hänen alkutila-ajatuksistaan ja omistusp-
rusteesta, eikä nähdäkseni myöskään Beselerillä. Beseler tosin viittaa Bluntschlin perusteelliseen esitykseen, mutta pelkkää viittausta ei voida tulkita sitoutumiseksi Bluntschlin jokai-
seen lauseeseen.

Bluntschlilta sitä vastoin löytyy yhteisalueen tarkastelusta jotakin omistuk-
sen syntymiseen liittyvää. Hän esittää omistusp-
rusteluksi jakamisen, vieläpä konkreettisen historiallisesti, oletuksena siitä, että näin kyläyhteisöt ovat muo-
dostuneet poliittisina ja taloudellisina yksikköinä ja toimijoina. Bluntschlin kertomuksen mukaan keskiaika herruus-
oikeuksien kehityksineen muunsi ja muotoili varsin paljon kyläyhteisöjä ja niiden oikeuksia, mutta olennainen omistuksen syntyperusteen kannalta on alkuasetelma. Bluntschli viittaa muu-
tostahtumiin selvästikin historiallisen tapahtumisen merkityksessä.²²⁸

²²⁸ Yhteisöjäsenen käyttö- ja nautintaoikeuden sisältöä (yhteisalueeseen) Bluntschli luonnehtii tarkemminkin: kysymyksessä ei ole roomalaisen oikeuden kategorioiden tarjoomusvaraston mukainen, vaan muunlainen. Ks. Bluntschli s. 129 s.

Toinen ”ilmeinen” kohta, josta omistusperustelua voisi ajatella löytyvän, on tekijänoikeus, koska tuo asiayhteys antaisi ainakin tilaisuuden keskustella siitä, mikä ylipäättään antaa ihmiselle oikeuden johonkin tuotokseen ja mikä sellainen oikeus luonteeltaan on. Merkkejä tällaisesta pohdinnasta on myös Bluntschli.²²⁹ Mitään työperustelukorostuksia Bluntschlin esityksestä ei kuitenkaan löydy, joten kohta ei muuta edellä hahmottunutta kuvaa.

6.4.3 Saksalaisen ja roomalaisen oikeuden yhdistelmä. Tradition edustajina Stobbe ja Roth.

6.4.3.1 Roomalaisen oikeuden esikuvallisuus yhteissaksalaisen oikeuden etsinnässä

Saksalaisen systeemiajatuksen kehitystä koskevissa tutkimuksissa ei yleensä anneta kovin paljon tilaa germanistien ajatusten esittelylle. Nämähän jättivät systeemikehitelmät enemmän romanisteille. Esimerkiksi *Lars Björne* ottaa vain lyhyesti esille *Mittermaierin*, *Phillipsin* ja *Gerberin*. Lisäksi Björne poimii Otto Stobbelta muutaman ajatuksen, jotka osoittavat tämän kiinnittymistä roomalaisen oikeuden osoittamaan käsitteelliseen systeemiin. Niinpä saksalainen oikeus on Stobben todistuksen mukaan niin puutteellista, että se voi muodostaa vain aukollisen systeemin, jota on täydennettävä roomalaisella. Täydentäminen käy päinsä, koska nykyinen systeemi joka tapauksessa voi olla vain roomalaisen ja saksalaisen yhdistelmä. Björnen mukaan Stobben systeemi muodostuu oikeusinstituutioista, mutta oikeusinstituution käsite jää hämäräksi. Stobbe luonnehtii sellaisia oikeuslauseita anomaloiksi, jotka eivät näytä sopivan systeemiin eivätkä ole loogisia johtopäätöksiä ylemmästä periaatteesta, vaan vain osia tarkoituksenmukaisuusperusteluista ja liittyvät elämänsuhteisiin, jotka ovat luonnoltaan väistävää ja positiivista.²³⁰

Yleisluonnehdinnat eivät vielä kerro mitään erityisen merkityksellistä omistukseen nähden. Stobben saksalaisen yksityisoikeuden käsikirjat tarjoavat kui-

²²⁹ Bluntschli nimittäin esittelee tekijänoikeuden kehittymisen neljää vaihetta. Nämä ovat privilegio- ja kustantajanoikeusvaihe, kirjallisen omaisuuden eli kirjoitusomaisuuden näkökulma ja viimeisenä toteutunut tekijänoikeusvaihe. Kirjallisen omaisuuden vaihetta tarkastellessaan Bluntschli toteaa, että se on juridisesti käyttökelpoton ja liittyy pikemminkin sellaiseen yleiseen kielenkäyttöön, jossa ihmisen omaisuudeksi kutsutaan hänen mieltään ja käsiään ja kaikkea persoonaan kuuluvaa. Juridisesti ajatellen se sisältää aivan liian erilaisia asioita ja suhteita, jotta sitä voitaisiin käyttää yksityisoikeudessa. Lainoppi voi ymmärtää omaisuutena vain esineoikeutta, vain yksityisen ihmisen täydellistä herravaltaa aineelliseen esineeseen nähden. Tekijän oikeus teokseensa ei ole sellainen. Näin Bluntschli päätyy neljanteen kohtaan eli tekijänoikeuteen, joka on siis oma erityinen henkilöllinen oikeus, ei esineoikeus. Ks. Bluntschli s. 187.

²³⁰ Björne 1984 s. 248 s. Björnellä ei omasta kysymyksenasettelustaan käsin ole tarvetta paneutua tarkemmin Stobben esitykseen.

tenkin tarkemman näkökulman siihen, miten roomalaisen oikeuden antamaa kehikkoa ja saksalaisen oikeuden omia erityispiirteitä sovitellaan yhteen tietyn instituution osalta.²³¹ Toisena edustavana 1800-luvun loppupuolen germanistien käsitysten välittäjänä tarkastelen Paul von Rothin 1880-luvulla ilmestynyttä moniosaista yksityisoikeuden systeemiä.²³²

Molemmissa teossarjoissa pyritään kattamaan koko saksalaisen yksityisoikeuden kenttä. Stobbe asettaa tehtäväkseen esitellä saksalaista oikeutta ja erilaisia partikulaarioikeudellisia sääntelyitä perusteellisemmin kuin on ollut tapana.²³³ Myös Rothin oppikirja yrittää koota pääosan kaikkien eri (saksalaisten) maiden oikeuksista.²³⁴ Kokoamisen ohella Rothin esityksestä löytyy kiinnostavia käsitteellisiä erittelyjä, jotka hahmottavat kuvaa siitä, miten roomalaisen oikeuden pohjalta kehitelty esineoikeudellinen käsitteistö määrittää sitä, minkä verran tilaa saksalaisen oikeuden piirteille annetaan. Tarkastelen ensiksi lyhyesti näitä lähtökohtia Rothin esityksestä, jossa asetetaan tavoitteeksi etsiä yhteissaksalaista oikeutta roomalaisen oikeuden esikuvan mukaisesti. Vastaaavat piirteet leimaavat myös Stobben tarkasteluja.

Rothin mukaan saksalaisen alueen hajanaisuus ja erilaiset oikeusalueet kyseenalaistavat helposti ajatuksen saksalaisen yhteisoikeuden olemassaolosta. Yksityisoikeus muodostuu kuitenkin kaikilla saksalaisilla oikeusalueilla kolmen-tyyppisistä osista. Vanhemman osan keskiössä on saksalaisen oikeuden jäänteiden modifioima roomalainen oikeus, jota ylläpitää osin valtakunnallinen, osin maiden (länder) lainsäädäntö tai tavanomaisoikeus. Uudempi osa muodostuu 1800-luvun alusta suuremmassa mitassa harjoitetusta (maiden) lainsäädännöstä, joka on osittain muotoillut vanhempaa oikeutta, osittain luonut uusia itsenäisiä oikeusinstituutioita. Näin on kaikilla oikeuslohkoilla. Roth näkee haasteenaan selvittää, onko olemassa mitään sellaista yhteissaksalaista oikeutta, joka olisi yhtä laajasti pätevää subsidiäärisenä kuin gemein-roomalainen oikeus.²³⁵

²³¹ Stobben *Handbuch des Deutschen Privatrechts I–II* ilmestyi v. 1882–1883.

²³² Roth, *System des Deutschen Privatrechts I–III* (1880–1886).

²³³ Stobben mukaan roomalaisen oikeuden aika alkaa olla ohi, ei kuitenkaan siinä mielessä, että se ei (laadultaan) kelpaisi. Oikeuskehitys vain on tullut vaiheeseen, jossa se, ”mitä meille on sääntönä eli gemein-oikeutena esitetty, pätee enää vain hyvin rajoitetusti tai on ylipäättään lakannut olemasta voimasta Saksassa”. Ks. Stobbe I 1. painoksen esipuhe.

²³⁴ Niinpä esim. Rothin oikeuslähdeosio lähtee liikkeelle kuninkaallisen Preussin oikeuslähteistä, sitten seuraavat Baijeri, Sachsen, Württemberg, Baden jne., viimeisenä Itävalta. Rothin eksplisiittisenä tarkoituksena on ”koota maa-oikeuksissa ja subsidiäärisissä oikeuksissa kehittynyt saksalainen voimassa oleva siviilioikeus”.

²³⁵ Roth I s. 2 s. Tämä tausta asettaa Rothin esitykselle tietyn järjestyksen. Hän sanoo esittävänsä ensin jokaisen oikeusinstituution kohdalta yhdessä ne peruslauseet, jotka pätevät ranskalaisen, saksilaisen, preussilaisen ja gemein-oikeuden oikeusalueilla, kahden jälkimmäisen osalta sekä partikulaarioikeuksiin että subsidiääriseen oikeuteen nähden. Missä taas ei voida löytää yhteisymmärrystä – kuten monesti ei voida – esitetään eri oikeuksien määräykset rinnakkain, kuten useiden oikeusinstituutioiden osalta siihenkin asti on ollut tavallista. Ranskalaisen oikeusalueen asema selittyy ranskalaismiehityksen jälkeisellä(kin) vaikutuksella ja itävaltalaisen oikeusalueen Roth taas ottaa mukaan siksi, että sitä ei voida erottaa saksalaisesta. Ks. Roth I s. 9.

Rothin tarkoittama kolmirakenteisuus liittyy sellaisen oikeudellisen tilanteen tavoitteluun ja hahmotteluun, jossa kullakin maalla (ruhtinaskunnalla yms.) on oma lakinsa, jonka ohella roomalainen oikeus on *gemein-oikeutta* toissijaisena. Näiden lisäksi olisi (ehkä) olemassa vastaavanlainen *gemein-saksalainen oikeus*. Oikeudellinen järjestelmä näin muodostuvana moniaineksisena verkostona kuulostaa sekavalta, alkaen siitä, että roomalaisenkin oikeuden asema on eriperustainen eri maissa.²³⁶ Tällainen aitosaksalaisuuden etsintä on samaa keskustelua yhteissaksalaisen aineksen löytämiseksi, jota käydään jokseenkin kaikilla itsenäistymään pyrkivillä oikeudenlohkoilla 1700–1800-luvulla. Näin oli esim. polizei- ja kameraali-oikeudessa, joissa niin ikään ja jopa vahvemminkin oli samalla kysymys valtakunnallisen lainsäädännön ja territoriaalisen lainsäädännön suhteista: miten suhde pitäisi ja miten se haluttaisiin nähdä?

Valmistelevan jakson jälkeen Roth antaa rakennuspuut oikeussuhteiden tarkasteluun. Oikeussuhteiden osio on jaoteltu kolmeen kirjaan: ensimmäinen koskee oikeussubjekteja, toinen esineitä, kolmas oikeuksia. Jaottelu osoittaa tarkastelun abstrahoimista. Roth kirjoittaaakin, että oppi oikeussuhteista pyrkii esittelemään yleiset, kaikkien oikeudellisten suhteiden yhteydessä käytettävät peruslauseet. Oikeussuhteet koskevat yhden henkilön suhdetta toiseen henkilöön tai henkilön suhdetta esineeseen.²³⁷ Rothin jaotteluista on tässä tarpeen poimia vain joitakin käsitteistön abstrahoitumista osoittavia aineksia.²³⁸

Oikeuksien ja sidonnaisuuksien kantaja on oikeussubjekti. Jokainen oikeussuhde edellyttää suhdetta tahtoon, joka voi määrätä siitä. Siksi oikeussubjekti on lähtökohtaisesti yksittäinen ihminen (luonnollinen tai fyysinen henkilö).²³⁹

²³⁶ Lähteiden kirjon esittelemisen jälkeen Roth siirtyy oikeuslähteiden teoriaan. Voidaan sanoa, että tässä on näkyvissä yritys hahmotella yhtäältä jotakin yleistä ja toisaalta esitellä moninaisuuden materiaalista sisältöä. Pääpaino on kuitenkin jälkimmäisessä, mikä tavallaan liittyy esiteltävään asiaan, siis siihen saksalaiseen oikeuteen, joka on vuosisatojen kuluessa kehittynyt ilman yhden säännösten tai oppien tukea. Ks. Roth I s. 248 ss. Roth kirjoittaa tässä yhteydessä tavanomaisoikeuden olleen vanhemmassa saksalaisessa oikeudessa lähes ainoa yksityisoikeuden lähde. Roomalainen oikeus ei tätä tilannetta muuttanut. Ks. Roth I s. 257. Roth antaa määritelmänkin. Tavanomaisoikeutta on oikeus, joka syntyy osallisten oikeudelliseksi tunnustaman käytön kautta. Tavanomaisen oikeuden lähteestä Roth sanoo nimenomaisesti, että se on ”die durch die Uebung sich manifestirende Rechtsüberzeugung des Volkes”. Roth I s. 259 s. Kysymys on selvästi historiallisen koulun oppien mukaisesta kansan oikeusvakaumuksesta. Se saa erilaisia ilmauksia, joista yksi on tavanomainen oikeus.

²³⁷ Rothin mukaan hänen esityksensä noudattelee *gemein-oikeudellisten* esitysten tavallista metodia, jossa yleisessä osassa esitetään oppi henkilöistä; fyysiset ja juridiset henkilöt, oppi esineistä ja oppi oikeuksista (oikeuksien syntyminen, päättyminen ja suoja). Roth I s. 334.

²³⁸ Vastaavasti myös Stobben esittelemän oikeuden käsitteellinen runko muodostuu oikeussuhteista, joiden rakennuspuuna ovat henkilöt/subjekti ja esineet/objekti. Oikeussuhde-jakso (ensimmäinen kirja) jaetaan pääjaotteluun henkilöistä ja esineistä, minkä jälkeen on luku ”yksityisoikeuksista yleisesti”.

²³⁹ Ks. Roth I s. 334 s. Mielenkiintoista on kuitenkin se, mitä Roth kirjoittaa käydessään läpi erilaisia tekijöitä, jotka vaikuttavat lähtökohdaksi asetettuun yleiseen kelpoisuuteen. Lisäksi Roth esittelee myös olemassa olevia eroja (joita on vielä 1800-luvun loppupuolellakin). Ks. Roth I s. 385.

Myös jakso esineistä alkaa määritelmällä, joka osoittaa esineen ymmärtämistä abstraktina juridisena käsitteenä. Rothin määritelmän mukaan ”esineellä ymmärretään laajassa mielessä kaikkea, joka voi olla oikeuksien kohteena”.²⁴⁰ Esineet tässä mielessä eivät ole vain aineellisia kohteita, vaan myös oikeuksia, minkä vuoksi erotetaankin aineelliset ja aineettomat esineet. Aineettomiin esineisiin kuuluvat oikeudet, joiden kohteena ovat varallisuus oikeuden muodostavat oikeudet. Aineellisia esineitä ovat ihmisen fyysisen herravallan alaisiksi alistettavissa olevat tilallisesti rajoitetut luonnon osat. Tästä Roth etenee aineellisten esineiden erilaisiin jaotteluihin.²⁴¹

Viimeiseksi tullaan jaksoon oikeuksista, missä niin ikään näkyvät ”yleiset peruslauseet”.²⁴² Rothin mukaan yksityisoikeudet voidaan jakaa seuraavasti: yksityisoikeudet ovat joko henkilö- tai varallisuus oikeuksia, henkilöoikeudet ovat joko absoluuttisia (statusoikeuksia) tai relatiivisia (perheoikeuksia), varallisuus oikeudet jakaantuvat kahteen kategoriaan, esineellisiin ja henkilöllisiin (persönliche) oikeuksiin.²⁴³ Tämän jälkeen Roth viittaaakin tärkeään eroon, joka oli hänen mukaansa saksilaisen, itävaltalaisen ja ranskalaisen sekä toisaalta preussilaisen välillä ja koskee esineoikeuden kriteeriä.

Rothin mukaan esineoikeuksien käsitteestä oli aikaisemmin kahdenlaista kantaa, mutta nykyisin esineoikeuksiin luetaan jokainen oikeus, jossa esine kokonaisuudessaan tai osittain on välittömästi oikeutetun vallan alainen sillä tavalla, että tämä oikeus voidaan tehdä päteväksi jokaista kolmatta vastaan.

²⁴⁰ Vrt. Stobbe I s. 520, jossa on nähtävissä vastaava ero verrattuna traditionaalisempien oppikirjojen polveiluun. Stobben mukaan ”esineenä ymmärretään tilallisesti rajoitettua luonnon osaa, ruumiillista esinettä”.

²⁴¹ Ks. Roth I s.422. Aineelliset esineet voidaan jaotella luonnollisten ja oikeudellisten ominaisuuksiensa mukaan ja sen mukaan, millaisissa suhteissa ne voivat olla toisiinsa. Esineitä laajassa mielessä ovat kaikki varallisuuden osat siinä määrin kuin ne sisältävät varallisuus oikeudellista intressiä eli ovat arvokkaiksi nähtävissä. Vastaavasti esittää Stobbe ja käy sitten läpi erilaisia esinettä koskevia jaotteluita: irtain/kiinteä (§63), vaihdannassa olevat/julkiseen käyttöön osoitetut eli res commercii/res extra commercium (§64), sekä pääesine/liitännäiset (§65). Esim. Irtain/kiinteä-erottelun nostaa tässä esittelyssä systemaattiseksi jaotteluksi juuri se, että erilaisia esineitä koskevat erityyppiset säännöt. Ks. Stobbe I s. 521 ja s. 526 s. Jaotteluiden selvittelyssä hahmotellaan samalla rajoja eri lajien välillä, joten tekstistä löytyy paljon kiinnostavia aineksia herravallan edellytyksistä ja fyysisen ja oikeudelliskäsitteellisen suhteesta. Aikaisemmin operoitiin useammilla kategorioilla, kun taas omistuskäsitteen nouseminen keskeiseksi tarkoittaa samalla käsitteellistä yksinomaisuutta. Ks. Stobbe I s. 529 ss.

²⁴² Vrt. Myös Stobbe I s. 559. Stobbe toteaa mm. että ”kuten henkilöillä ylipäättäänkin vain voi olla oikeuksia” ei reaali oikeuskaan ole esineen oikeus, jota esineen omistaja taikka haltija vain käyttäisi; esine ei ole personifioitu, se ei ole mikään juridinen persoona, jonka edustaja omistaja olisi. Stobbe viittaa alaviitteessä siihen, että tällaista on tosin väitetty useasti. Kyseessä on kuitenkin oikeus sellaisessa sidonnaisuudessa esineeseen, että sen omistaja on samalla oikeutettu. Nämä ilmaukset ovat Stobbellakin vain täsmennystä siitä, että esine-kohdistuvuus on erotte-lua erilaisten oikeuksien välillä. Se ei edusta ajatusta esineiden oikeuksista tai esineitä kohtaan olevista oikeuksista. Paljon tärkeämpi kysymys on esine- ja velvoiteoikeuksien erottelun tekeminen ja sen korostaminen, että tästä huolimatta kaikki oikeudet nähdään henkilöiden suhteita koskevana.

²⁴³ Roth I s. 445.

Sisällöltään se määräytyy sen mukaan, mitä toimintaoikeutuksia sen harjoittaminen kulloinkin edellyttää. Esineellisten oikeuksien piiri oli roomalaisen oikeuden mukaan suljettu ja rajoittui omistusoikeuteen, servituutteihin, emphyteusikseen, superficiesiin ja panttioikeuteen. Vanhemman saksalaisen oikeuden perusteiden mukaan oikeuksien piiri sen sijaan oli laajempi. Siihen kuului läänityksen ja talonpoikaisen ”Leihen” puitteissa emphyteusikselle analogisia, mutta monella tavalla myös siitä poikkeavasti muotoutuneita instituutioita. Siihen kuului myös sellaisia oikeuksia esineeseen, joita ei roomalaisen oikeuden mukaan ollut, nimittäin kaikki oikeudet, joihin liittyi esineen Gewere.²⁴⁴

Rothin tapaan myös Stobbe pohtii yleisemminkin saksalaisen ja roomalaisen oikeuden suhdetta esitellessään tyypillisen viiden kirjan järjestelmän mukaisen systematiikkansa.²⁴⁵ Stobben mukaan esineellisten ja persoonallisten oikeuksien erottelu oli vanhemmalle saksalaiselle oikeudelle vieras. Se kehitti oikeuslauseitaan huolehtimatta niiden käsitteellisestä asettumisesta tiettyjen kategorioiden alaisuuteen. Vieraan oikeuden reseption ajoista lähtien tiede sitten omaksui esineellisten ja persoonallisten oikeuksien jaottelun ja yritti sijoittaa yksittäiset, roomalaiselle oikeudelle tuntemattomat (saksalaiset) oikeudet tähän jaotteluun. Mutta tässä suhteessa on edelleen nähtävissä heikkouksia. Stobbekin viittaa siihen, miten roomalaisessa oikeudessa esineellisten oikeuksien joukko oli kiinteästi rajoitettu. Saksalaisessa oikeudessa taas syntyi erityisen läänitysoikeuden mukana uusia esineellisiä oikeuksia, joita ei vain yksinkertaisesti voitu sijoittaa roomalaisen oikeuden tuntemiin esineellisiin oikeuksiin (läänitysoikeus, talonpoikaistilan oikeus). Saksalainen oikeus käsitteli lisäksi joitakin sellaisia oikeuksia esineellisinä, jotka roomalaisen oikeuden mukaan olivat persoonallisia.²⁴⁶

Huomionarvoista on se, että Stobbe tässä näyttäisi antavan tilaa sille, että saksalaisessa oikeudessa asia voitaisiinkin ajatella toisin. Stobbe nimittäin kirjoittaa, että roomalaiselle käsitykselle tästä suhteesta ei voida välttämättä antaa yleistä pätevyyttä. On hyvin mahdollista, että toisella kansalla on toisenlainen esineellisten oikeuksien joukko kuin toisella kansalla.²⁴⁷ Stobbe itse päättyy sekaannuksien välttämiseksi suosittelemaan sitä, että puhuttaisiin (esim.) ”esi-

²⁴⁴ Näin selittyy Rothin mukaan se, että vanhemman saksalaisen oikeuden mukaan esim. vuokra (Pacht) ja talletus (Commodat) olivat esineellisiä oikeuksia. Mutta Roth jatkaa, että ne eivät kuulu gemein-oikeuteemme, sillä ne ovat säilyneet vain joissakin partikulaarioikeuksissa. Roomalaiselle oikeudelle tuntematon reaalirasiteinstituutio sen sijaan on resipioitu gemein-oikeudeksi. Rothin arvion mukaan gemein-oikeuden mukaisia ja siitä johdettuina maa-oikeuksissa esineoikeuksiksi luettavia ovat omistusoikeus, servituutit, emphyteus ja talonpoikainen Leihe, superficies ja läänitys (das Lehen). Reaalirasitteiden ja panttioikeuden suhteen kannat ovat jakaantuneita. Roth viittaa siihen, että jotkut puhuvat näiden kohdalla esineoikeuksista teknisessä mielessä, jotkut erityisestä reaalielivoitteiden kategoriasta tai esineellisesti vaikuttavista oikeuksista. Ks. Roth I s. 443 s.

²⁴⁵ Ks. Stobbe I s. 552.

²⁴⁶ Stobbe I s. 553 s.

²⁴⁷ Stobbe I s. 554.

neellisesti vaikuttavista” oikeuksista silloin, kun on kysymys erityisistä oikeuksista.²⁴⁸

Voidaan sanoa, että Stobbe tässä näyttää hyväksyvän sen, että eri kansojen oikeuskehitys voi olla erilaista (ainakin tietyissä rajoissa): sitä ei tarvitse kieltää, mutta kielenkäyttöä voitaisiin monin kohdin selvittää.²⁴⁹

Sekä Rothin että Stobben pohdinnat esineoikeuksien kriteereistä ja ryhmitteilyistä yhtäältä roomalaisperäisten ainesten ja toisaalta saksalaisperäisten piirteiden pohjalta kuvastavat hyvin niitä punnintoja, joihin roomalaisen oikeuden esikuva myös germanistit johdattaa. Tämä erisuuntaisten ainesten merkitys näyttäytyy erityisesti omistusinstituution yhteydessä sekä yleisesti että selvitetäessä omistuksen piiriin kuuluvia ilmiöitä. Stobben osalta tämä nähdään esim. alkuperäisen saannon tyyppitilanteiden esittelyssä. Rothin tarkasteluissa kiinnostavaa on mm. se, mitkä tekijät siirtävät talonpoikaisen nautinto-oikeuden omistusoikeuden kategoriaan. Varsinkin saantolajien esittely kertoo roomalaisen oikeuden antamien lähtökohtien vahvuudesta. Palaan esimerkkeihin jäljempänä.

6.4.3.2 *Saksalaisen oikeuden moninaisuus yksityisoikeustieteen haasteena*

Stobben käsikirjassa varsinkin oikeussuhteiden korostus ja niiden rakennusaineet ovat selkeästi ”romanistiaineista”.²⁵⁰ Toisaalta Stobbe korostaa saksalaisen kansan yhteisten tapojen ja kielen merkitystä ja puhuu luonnonolosuhteista, kohtalosta ja sivistystarpeiden muotoutumistavoista. Taustalla on siis saman-

²⁴⁸ Stobbe I s. 558. Stobbe viittaa tässä erit. tilanteisiin, joissa esine on oikeussuhteen kohteena sillä tavalla, että sitä ei ole siirretty yhdeltä toiselle omistus- vaan hallinto-oikeudella. Tällöin luovutuksensaajan oikeus on mahdollista hahmottaa kahdella tavalla. Yhtäältä niin, että luovutuksensaajalla ei ole mitään välitöntä herravaltaa esineen yli, vaan vain tosiasiallinen hallinta seurauksena toisen tahdon sitomisesta (eli persoonallinen oikeus). Toisaalta tilanne voidaan nähdä niin, että luovutuksensaajalla on oikeudellinen herravalta esineen yli (eli esineellinen oikeus). Stobben mukaan jälkimmäinen käsitys sisältyi vanhempaan doktriiniin ja otettiin mukaan myös yksittäiseen lainsäädäntöön, erityisesti Preussissa. Roomalaisen oikeuden ohi pidettiin siis esineellisenä oikeutena kaikkia oikeuksia, joissa henkilöllä oli oikeussuhteen perusteella oikeus hallita esinettä.

²⁴⁹ Ks. Stobbe I s. 558. Stobbe mm. viittaa siihen, että se, millä obligatorisilla oikeuksilla on esineellisiä vaikutuksia, selviää vasta kunkin oikeussuhteen yksityiskohtaisessa tarkastelussa. Oppikirjan II osassa Stobbe toisaalta painottaa kaikin tavoin erityisesti eroa omistusoikeus/iura in re aliena, joka taas jaotteluna on tyyppillisesti roomalaisoikeudellinen ja samalla saksalaiselle oikeudelle vieraampi. Voitanee ehkä ajatella, että Stobbe siis sinällään hyväksyy esineellisten oikeuksien ryhmään enemmänkin oikeuksia, kunhan rinnastuksissa ei kuitenkaan mennä liian pitkälle.

²⁵⁰ Käsikirjan Iosa rakentaa sen käsitteistön, joka sitten II osassa näkyy. Johdannossa tarkastellaan saksalaista yksityisoikeutta, sen lähteitä ja kirjallisuutta, oikeuslähteiden teoriaa ja lähteiden käyttämistä. I kirja koskee oikeussuhteita, ensin yleisesti, ja edelleen jaettuna kahteen pääosiin, (1.) henkilöistä ja (2.) esineistä, minkä jälkeen seuraa vielä (3.) yksityisoikeuksista yleisesti.

laisuutta (sosiaalis-taloudellisena ympäristönä), joka toisaalta saa erilaisia muotoja eri lohkoilla. Oikeus on osa yhtenäisyyttä, samalla moninaisuutta. Oikeuskäsitykset kumpuavat yhteisestä perustasta, mutta saavat vaihtelevia muotoja. Stobbe näkee tämän myös puutteena: saksalainen historia ei ole tuottanut sellaista valtiota, joka olisi vienyt yhtenäistä sääntelyä eteenpäin.

Stobben käsitystä tieteen tehtävästä valottaa hänen luonnehdintansa germanistien vaiheista. Niinpä hänen mukaansa tieteen alkutaipaleella tyydyttiin asettelemaan yksittäisiä partikulaarioikeuden lauseita toinen toisensa viereen ja vertaamaan niitä roomalaisen oikeuden kanssa (*”die Literatur der Differentiae”*). Partikulaarioikeuksien moninaisuus havaittiin, mutta siihen sisältyvää yhtenäisyyttä ei ymmärretty eikä osattu koota eroavaisuuksia yhtenäisten näkökohtien avulla. Vasta 1700-luvulla alettiin seuralla universaalimpia päämääriä; havaittiin, että saksalaisen oikeuden kokoamiseksi piti löytää normien yhteinen ja olennainen luonto.²⁵¹

Stobben tarkoitus onkin esittää ”saksalainen, yhtenäisen kansan oikeus”. Hänen mukaansa yhteneväisyydet oikeuden muodostuksessa eivät ole satunnaisia. Ne perustuvat heimoyhteisyyteen, joka ei ole poliittisesta hajautumisesta huolimatta kadonnut ja siis vaikuttaa elävänä. Stobbe ei silti tarkoita, että voitaisiin poimia vain yhteinen ja yleinen aines; anomaliatkin kertovat kokonaisuudesta ja ”siellä missä hajaantuminen kertoo oikeusvakaumuksen jakaantumisesta, täytyy eri suuntiin kehittyneet linjat ottaa huomioon”.²⁵² Stobbe tarkastelee pitkään vaikeutta vetää rajaa siihen, mikä on yleistä, mikä vain partikulaaria.²⁵³

Stobben esittelemässä oikeuslähdeopissa historialliselle koululle tyypillinen kansan oikeusvakaumus saa keskeisen sijan. Tähän liittyy tavanomaisen oikeuden merkitys, jonka Stobbe myös erottaa selkeästi oikeuskäytännöstä.²⁵⁴ Tavanomainen oikeus syntyy Stobben mukaan välittömästi kansan yhteisestä tai orgaanisten ryhmien vakaumuksesta siitä, että tietty lause on oikeuslause ja sen pitää tulla käyttöön. Laki lähtee valtiosta, mutta tavanomainen oikeus muodos-

²⁵¹ Stobben mukaan ”saksalaisen oikeuden ei pidä esiintyä koottuna partikulaarioikeudellisten aineiden repertuaarina, vaan sen tulee esiintyä immanenttien, hallitsevien peruseriaatteiden ja perusmuodostumiensa sekä luonnonmukaisen kehityksensä hahmossa”. Stobbe I s. 27.

²⁵² Anomaliat voivat olla kahdenlaisia: joko sellaisia, joissa yksittäiset partikulaarioikeudet poikkeavat yleisestä oikeusvakaumuksesta jonkinlaisena omana oikeusvakaumuksena tai instituution yksittäismuodostus ei kaikin kohdin vastaa pätevän lauseen ylemmästä periaatteesta johdettavia loogisia seurauksia, vaan on osittain tarkoituksenmukaisuusperusteiden tai elämäntarpeiden muovaamaa. Stobbe sanoo, että koska tieteen tulee esittää voimassa oleva oikeus, se ei voi näitä anomaliaita erottaa pois tai subjektiivisin mittarein hylätä. Tieteen tulee kritisoida (tätä olevaa), mutta se ei voi sitä kieltää tai ignoroida.

²⁵³ Stobbe I s. 28 ss.

²⁵⁴ Stobben mukaan kaikki oikeus vanhoina aikoina oli tavanomaista oikeutta ja oikeuskirjoitukset, joihin myöhemmin ryhdyttiin, käsittivät vain pienen osan voimassa olevasta oikeudesta. Laaja tavanomaisoikeus säilyi koko ajan kirjallisen rinnalla. Vasta reseptio rajasi sen kapeaksi; näin roomalainen oikeus saikin aina enemmän tilaa. Stobbe I §21/s. 143.

tuu kansassa. Kysymys on tietyn yhteisön vakaumuksesta, jota ei horjuta se, että joku yksityinen ei siihen yhtyisikään. Stobbe viittaa tässä kieleen, jota ei siis muuta se, että joku puhuu sitä toisin tai virheellisesti.²⁵⁵

Toinen tärkeä oikeuslähteopillinen kysymys on oikeustieteen rooli. Stobben mukaan oikeustiede ilmaisee oikeuslähteiden sisällön ja oikeuslauseiden merkityksen tulkitsemalla niitä. Oikeustiede kehittää analyyttisesti oikeusperiaatteista niiden seuraukset, johtaa synteettisellä tavalla annetuista tai löydetystä lauseista niiden perustana olevat periaatteet ja yhdistää osaksi annetuista, osaksi löydetystä lauseista niiden sisäisen yhteyden oikeusinstituutioihin ja nämä edelleen tieteelliseksi kokonaisuudeksi, systeemiksi.²⁵⁶

Näin oikeustiede asetetaan rakentamaan systeemiä. Stobbe ei kuitenkaan osoita sille oikeuslähteen asemaa. Stobben mukaan tieteellisiä lauseita ei saa ymmärtää kolmantena lähdelajina lakien ja tavanomaisen oikeuden rinnalla.²⁵⁷

Tieteen on esitettävä oikeuden ilmentymät oikeuden ominaisen luonteen mukaisina, mutta tässä on Stobben mukaan varottava sekä romanisoimista että germanisoimista. Jokaisen oikeusinstituution osalta on kuitenkin etsittävä se, miten se suhtautuu roomalaisiin oikeuskäsitteisiin, koska tiede oli vuosisatoja roomalaista ja olennaiset juridisen ajattelun kategoriat ovat roomalaisilta lai-

²⁵⁵ Tavanomaisen oikeuden oikeuslause ei ole voimassa oleva siksi, että sitä on käytetty useampaan kertaan tai pitemmän aikaa, vaan nimenomaisesti sillä perusteella, että se vastaa yleistä oikeusvakaumusta. Tavanomaisnormi ei toisaalta voi olla sellainen, jota ei lainkaan käytetä. Stobbe viittaa tässä pitkälti Puchtaan, ks. Stobbe I §22/s. 147 ss., mutta esittää erojakin heidän käsityksissään, mm. sen, että hänen käsityksensä mukaan käyttämisen kautta voi syntyä tavanomaista oikeutta (siis vaikka se ei alun pitäen vastaisikaan oikeusvakaumusta). Stobbe viittaa esimerkkeinä erilaisiin muotoihin ja lukuihin ym. sekä yleisemmin roomalaiseen oikeuteen. Jatkuvan käyttämisen kautta se vain antoi oikeusvakaumuksen kehittymiselle toisenlaisia suuntia.

²⁵⁶ Stobben mukaan (§25) juristisäätö toimii oikeudessa kahdella tavalla. Se asettaa konkreettiset oikeussuhteet jurististen peruslauseiden alaisuuteen (praksis), ja se kehittää oikeuslauseita ilman liityntää konkreettisiin tarkoituksiin, jolloin se pyrkii esittämään niiden henkisen sisällön kaikilta suunniltaan. Ks. Stobbe I s. 169. Positiivisessa oikeudessa voi olla myös aukkoja. Stobben mukaan oikeustiede kehittää puuttuvat normit vapaalla tavalla ”siellä, missä oikeussuhteiden asettaminen jurististen sääntöjen alaisuuteen ei riitä ja missä lainsäädäntö ei ole tyydyttävällä tavalla huolehtinut eikä tavanomainenkaan oikeus vielä muodostanut kiinteitä sääntöjä”. Tämä tapahtuu ”positiivisen oikeuden yleisten peruslauseiden tukemana, ko. oikeussuhteiden luonnosta ja olemuksesta”. Tässä on sulkuviittauksen mukaan ”Natur der Sache”.

²⁵⁷ Tieteen muotoilemat lauseet eivät Stobben mukaan ole oikeuslähteitä sanan varsinaisessa mielessä. Ne ovat positiivisessa oikeudessa tai oikeussuhteiden olemuksessa jo olevia ja tulevat tieteen kautta vain suuremmalla varmuudella esiin. Uusia ne ovat vain siinä mielessä että niitä ei ole aikaisemmin lausuttu ulos. Samalla tavalla kuin fysikaalisten lakien keksijä ei niitä itse tee vaan vain löytää materiaalista maailmaa hallitsevat säännöt, nostaa tiedekin vain positiivisessa oikeudessa latentisti olemassa olevat peruslauseet valoon, mutta ei niitä luo. Ks. Stobbe I s. 170–172. Toisaalta Stobbe toistaa jakson lopuksi sen, että tieteellinen lause voi tulla jatkuvan opin ja käyttämisen kautta muuttua positiiviseksi oikeudeksi kun se siirtyy tavanomaiseksi oikeudeksi, ja on mahdollista, että alkuperäisesti kansanvakaumukselle vieras juristisäädyn katsomus tulee positiiviseksi oikeudeksi sen kautta, että kansan muut jäsenet eivät ole voimissaan vastustamaan sitä.

nattuja. Toisaalta tämä ei saisi johtaa omien oikeusinstituutioiden väkivaltaiseen kohteluun. Kansallisia instituutioita ei saa hylätä sillä perusteella, että ne eroavat olennaisesti roomalaisista periaatteista.²⁵⁸ Stobbe torjuu lisäksi saksalaisoikeudellisen instituution sijoittamisen roomalaisen oikeuden kategoriaan, jos samalla selitetään sitä hallitseviksi oikeuslauseet, jotka ovat subsumtion kanssa ristiriidassa. Tällöin roomalainen käsite on tosiasiaa riisuttu kaikista olennaisista elementeistään.²⁵⁹

On huomattava, että Stobbe ei tässä väitä, etteikö saksalaisia instituutioita saisi sijoitella roomalaisiin kategorioihin. Hän itsekin tekee sitä. Stobbe väittää tarkkaan ottaen vain, että sitä ei saa tehdä sillä tavalla, että poimitaan kategoria ja säilytetään sen alla sellaista saksalaisainesta, joka on käsitteen kanssa ristiriidassa ja näin käsite jäisi vain nimikkeeksi. Stobben oma tapa on lähinnä sellainen, jossa roomalainen käsitteistö osoittaa peruslauseet ja pääperiaatteet, mutta niiden ohella voidaan ikään kuin ”itsenäisinä” säilyttää saksalaisia piirteitä, kunhan niitä ei sekoiteta roomalaisiin ja kunhan ne eivät ole sovittamattomassa ristiriidassa jonkin roomalaisen perusjaottelun kanssa.²⁶⁰

Stobbe jatkaakin, että jos aikaisempina vuosisatoina on sijoitettu joitakin saksalaisia instituutioita väärien roomalaisten instituutioiden alaisuuteen ja tehty vääriä analogioita ja johdettu sillä perusteella vääriä seurauksia, nykyisen teorian pitää se osoittaa ja hylätä ei-oikeutetut oikeuslauseet. Mutta jos nämä kuitenkin on omaksuttu tavanomaisessa oikeudessa tai vahvistettu lainsäädännössä, niitä ei voida sivuuttaa, sillä siinä on kysymys historiallisesti annetusta oikeudesta; siitä, miten oikeus on, ei siitä, miten sen tulisi olla. Tällöin voidaan työskennellä vain normien muuttamiseksi terveempään suuntaan. Saksalaisen oikeuden tieteellinen käsittely onnistuukin Stobben mukaan vain oikeushistorian avulla. Ensiksi on aina esitettävä kunkin instituution historia ja tuotava kehitys sitten nykypäivään asti.²⁶¹

Nämä lähtökohdat ja ristikkäiset punninnat näkyvät sitten havainnollisesti varsinkin tiettyjen hankalasti käsitteistöön sijoitettavien ilmiöiden tarkastelus-

²⁵⁸ ”Sillä roomalaisten tapa nähdä asiat ei ole ainoa mahdollinen ajateltavissa oleva, ja mikä on roomalaisen oikeuden mukaan mahdotonta, voi olla jossain toisessa oikeudessa mahdollista ja jopa järkevää ja tarkoituksenmukaista. Tieteen pitää kritisoida voimassa olevaa oikeutta, mutta ei emansipoitua siitä; muutoin on vaara, että se aiheuttaa vahinkoa elämälle tai sitten praksi kieltää tieteen arvon”. Stobbe I s. 36 s.

²⁵⁹ Stobbe I s. 37

²⁶⁰ Saksalaisen yksityisoikeuden käytännöllistä merkitystä Stobbe tarkastelee useammassa pykälässä. Välttömän käytön (lainkäytössä) Stobbe kiistää. Tieteellisten operaatioiden kautta saadut, eri partikulaarioikeuksia koskevat lauseet voivat Stobben mukaan tulla käyttöön yksittäisissä valtioissa vain siinä määrin kuin ne kuuluvat sen oikeuteen. Ne eivät voi täyttää tai täydentää sen aukkoja subsidiäärisenä oikeutena. Stobbe siis selittää yhteissaksalaisen oikeuden selvästi toisenluonteiseksi kuin roomalainen; sellaista mikä on voitu todeta säännöksi kokonaisuudelle, ei voida ilman muuta olettaa sen eri osia koskemaan. Stobbe viittaa tässä (Stobbe I s. 38 s.) Beseleriin, joka hänen mukaansa olettaa päinvastaista, mutta virheellisesti. Ks. myös Stobbe I s. 41 s.

²⁶¹ Stobbe I s. 62.

sa. Tällainen on mm. historiallisesti pitkään merkittävänä säilynyt kysymys talonpojan perintövuokraoikeuden luonteesta. Jaetun omistuksen tilanteiden tarkastelu osoittaa lisäksi omistuskäsitteen merkitystä argumentaatiossa. Tiivistän Stobben argumentaatiosta keskeiset kohdat.²⁶²

Stobbe aloittaa tarkastelunsa viittaamalla kiinteän omistuskäsitteen puuttumiseen ja kielenkäytön heikkouksiin. Niinpä omistuksena pidettiin myös oikeuksia, joissa oli kysymys hyvin laajasta nautinto-oikeudesta maahan ja maa-pohjaan, kuten vasallin ja talonpojan oikeudessa (Bauern Erbzinsrechtin merkityksessä). Näissä suhteissa käännettiin jo varhain italialaiseen teoriaan dominium directumista ja utilesta, ja vasallin ja perintövuokraajan oikeudet selitettiin yhdeksi lajiksi omistusoikeutta: utile dominiumiksi, nautinto-omistukseksi.

Alaviitteessä Stobbe toteaa mm. *Maurenbrecherin* virheellisesti luulevan, että jaetun omistusopin instituutio olisi ollut vain juristioikeudessa ja ettei sitä löytyisi keskiaikaisista lähteistä. Huomautuksella on sikäli merkitystä, että siitä seuraa se, ettei Stobbe voi sivuuttaa oppia merkityksettömänä. Kysymys on vain siitä, mikä merkitys sille voidaan antaa, jos se on ristiriidassa omistuskäsitteen kanssa.

Stobbe siirtyykin kertomaan, että glossaattorien lähtökohta teoriassaan oli ollut aivan erityinen, nimittäin esineoikeuksiin liittyvän kanneoikeuden osoittaminen ensin superficiariukselle, sittemmin myös emphyteutalle ja edelleen analogian perusteella vasallille ja perintövuokraajalle. Stobbe siis selvästi korostaa omistusnimikkeen siirtymistä ikään kuin liitännäisenä tiettyjen kanne-suojatilanteiden laajentavan tulkinnan yhteydessä.²⁶³ Saksassa sen sijaan dominium utile ymmärrettiin esineoikeudelliseksi nautinto-oikeudeksi, nautinto-omistukseksi. Sitä nimitettiin myös aliomistukseksi erotukseksi varsinaisesta omistuksesta, joka pysyi yliomistajalla. Tämä kielenkäyttö levisi valtakunnalliseen lainsäädäntöön ja joihinkin maa-lakeihinkin. Stobbe esittelee keskustelua ja päätyy itse siihen, että nautinto-omistus ei ole omistusta. ”Se on käsitteen vastainen ja sillä, että eräissä laeissa on niin sanottu, ei tässä yhteydessä sinänsä ole merkitystä.” Stobben arviossa käsitteestä seuraa siis aika paljon, ikään kuin välttämättä. Tämä ei toisaalta Stobbella tarkoita sitä, että virheellisestä kielenkäytöstä pitäisi kokonaan luopua (kun sitä on sentään laissakin). Pitää vain koko ajan ymmärtää se, että kysymys on pelkästä ius in re alienasta. Ei pidä tehdä vääriä johtopäätöksiä ja niitä tehtäisiin, jos oikeus ajateltaisiin ”ikään kuin” omistusoikeudeksi. Tarkastelen Stobben etenemistä tässä kysymyksessä vielä hieman tarkemmin, koska se havainnollistaa Stobben suhtautumista ja käsitteistöä yleisemminkin.

²⁶² Stobbe käsittelee jaettua omistustusta omana pykälänään. Ks. Stobbe II §80. Viite osoittaa Dunckerin directum/utile-artikkeliin ZSf.d.R.II.1. s. 177–212.

²⁶³ Hän lisääkin Libri feudorumin nimenomaan sanovan, että vasalli ei ole omistaja vaan ”voi vindikoida omistajan tapaan”. Myöhemmät feudistit silti nimittävät vasallin oikeutta d. utileksi. Stobbe nojautuu pitkälti Thibautin tekstiin.

Stobbe esittelee ensiksi asiaan liittyvää lainsäädäntöä, minkä jälkeen hän siirtyy varsinaisesti arvioimaan kysymystä omistuksen jakamisesta.²⁶⁴ Hänen mukaansa modernissa kirjallisuudessa kiistellään siitä, pitäisikö jaetun omistuksen käsite säilyttää. Sehän on toisaalta menettänyt merkitystään, kun vasallin ja talonpojan nautintaoikeus on yleisen kehityksen mukana laajentunut lähes omistuksen kaltaiseksi oikeudeksi, jolloin opin käyttöalueeksi jää vain perhefideikomissi. Uusin aika voisi siis ehkä jo lakkauttaa läänitys- ja maanherran yliomistuksen?²⁶⁵ Asian ratkaisemiseksi on Stobben mukaan kysyttävä 1. onko tarvetta roomalaisen oikeuden vastaisesti pitää kiinni jaetusta omistusoikeudesta, ja 2. pitäisikö luopua myöskin yli- ja aliomistuksen termien, dominium directumin ja utilen käytöstä?

Stobben argumentointi on huomionarvoinen. Tarkastelun kohteena oleva talonpojan ja vasallin oikeus on Stobben mukaan laajimmanlaatuinen nautintaoikeus. Oikeutettu voi käyttää lähes kaikkia omistukseen kuuluvia oikeuksia: hän saa nauttia tilaa kokonaan (voll), asettaa erilaisia rajoituksia, rasittaa sitä velalla, hän on prosesseissa legitimoitu jne. ”Mutta hän ei siitä huolimatta ole oikea (wahrer) omistaja: on kiistatonta, että tila ei ole vasallin eikä vastaavasti talonpojan, vaan se on lääninherran ja vastaavasti maanherran”, toteaa Stobbe ja jatkaa vielä: ”vasallilla ja talonpojalla on oikeus toisen esineeseen. Mutta kun heidän käytössään on lähes omistuksen kokonaisuus, hyväksyvät lukuisat juristit kaksinkertaisen (doppeldes) omistuksen, yhtäällä on nautinta ja proprietas, toisaalla muut proprietas-oikeudet.” Stobben mukaan läänitys- ja talonpoika-

²⁶⁴ Stobbe viittaa ALR:n pykäliin ja toteaa mm., että siinä on omaksuttu aivan erityinen terminologia, kun puhutaan ”nutzbare Eigentümeristä”, jolla on omistukseen kuuluva nautintaoikeus erityisenä ja poissulkevana omaisuutenaan ja että tämä voi määrätä esineen käytöstä niin laajalti kunhan vain yliomistajan oikeuksia ei loukata. Tälle kuuluvat kaikki etuudet, jotka voidaan saada esineen substanssia vahingoittamatta, myös poikkeukselliset nautintakäytöt ja että tämä kantaa kaikki rasitukset. Stobbe esittelee myös ABGB:ia. Siinä on vastaavalla tavalla omaksuttu jaettu omistusoppi (alueena on läänitys, Erbpacht-, ja Erbzingüter sekä perhefideikomissi). Samantapaisesti on joissakin muissakin partikulaarioikeuksissa, kun taas ranskalaisessa ja saksalaisessa lainsäädännössä ne on kumottu.

²⁶⁵ Stobbe palaa kysymykseen omistuksen ja laajan esineellisen oikeuden rajasta erityisesti esitellessään ritari- ja talonpoikaistiloja. Sinällään sekä ritari- että talonpoikaistiloja koskevaa oikeutta esitellään Stobben teoksessa suhteellisen lyhyesti. Näin siksi, että ritaritiloja koskevia erityisiä säännöksiä ei juurikaan enää ole ja myös useimmat talonpoikaistilat, joita aikaisemmin koski maanherruus, ovat siirtyneet vapaaksi omaisuudeksi tai ovat sellaiseksi siirtymässä. Lisäksi monet oikeudelliset erot, joita provinsiaalinen tai paikallinen oikeus talonpoikaistiloihin asettaa, ovat enemmän faktisia ja tahdonvaltaisia kuin periaatteellisia. Ks. Stobbe II §130. Stobbe päättää jakson toteamalla, että talonpoikaisten hallinnan erikoisuudet ovat nykypäivänä suurimmaksi osaksi hävinneet. Reaalirasitusten lakkauttamisen jälkeen kolmannella henkilöllä ei ole erityisempää intressiä laajaan oikeuksien rajoittamiseen. Toisaalta omistajalle on myös valtion puolelta annettu ”die freie Disposition über sein Gut”. Sikäli kuin perintöoikeudellisia rajoituksia vielä on, Stobbe viittaa näiden käsittelyyn jäljempänä. Näihin ei ole tässä tarpeen mennä. Stobben esitys on kaiken kaikkiaan tiiviinäkin (§§131–134) perusteellinen selvitys erityisesti saksalaisen talonpoikaisten omistuksen kehittymistä koskevista käsityksistä sovitettuna roomalaisen oikeuden antamaan käsitteelliseen kehikkoon.

tiloille ei ole mitään tarvetta kehitellä yli- ja aliomistuksen tapaisia, yhteisiä ja kuitenkin varsin yleiseksi jääviä käsitteitä. Lisäksi nautintaomistuksen käsitteestä johdetut seuraukset osoittavat Stobben mukaan sen sopivan huonosti seurausten kehittämiseen.

Osin Stobbe kirjoittaa koukeroisesti. Hänen ideaalinsa käsitteistöstä, joka täyttäisi tieteelliset kriteerit on joka tapauksessa se, että käsitteistä pitää voida johtaa seurauksia. Stobben loppupäätelmä on, että nautintaomistus on modernille systeemille hyödytön käsite. Hän toteaa vanhemman oikeuden tosin käytäneen omistussanaa laaja-alaisessa merkityksessä kantamatta huolta juridisesta logiikasta, mutta tieteen tehtävä on harkita, onko kaikki se, mitä omistukseksi kutsutaan, todellista omistusta. Stobben mukaan omistusoikeudeksi ei voida selittää oikeutta, joka ei ole omistusoikeus vaan vain ”ein Ausfluss von diesem”.

Alaviitteessä Stobbe vielä viittaa kysymykseen siitä, eikö lainoppi voi kuitenkin formuloida uusia käsitteitä. Stobben vastaus kertoo siitä, miten tällaisessa kehittelyssä hänen mukaansa on selvät ja ylittämättömät rajansa. Varmasti, huudahtaa Stobbe, ”Aber es müssen auch wirklich wissenschaftliche Begriffe sein”. Stobbe asettuu näin kannattamaan käsitteistön muokkaamista tieteelliseksi, mikä omistusoikeuden osalta tarkoittaa oikeuden kategorista erottamista kaikista muista oikeuksista. Juridis-loogisesti oikeus on joko omistusoikeus tai iura in re aliena. Argumentaatio juuttuu kahtiajakoon; luokittelussa ei ole tilaa vivahteille.

Stobben tavoin myös Roth tukeutuu jaettua omistussoppia koskevissa huomioissaan roomalaiseen oikeuteen, mutta hän päätyy loppuarvioonsa yksioikoisemmin.²⁶⁶ Näin hahmottuvassa ajattelumallissa käsitteiden kuvaamilla oikeuksilla on tietty substantiaaalinen sisältö ja oikeudet muodostavat tietynlaisen systeemin, jossa oikeuden sijoittaminen oikealle paikalleen systemaattisessa kokonaisuudessa antaa vastaukset oikeusaseman ulottuvuutta koskeviin kysymyksiin. Esimerkiksi Stobbea huolestuttaa eniten se, että nautintaomistuksen nimikettä käytettäessä tultaisiin helposti virheellisiin johtopäätöksiin. Jos ja kun kyseessä ei ole omistusoikeus, vaihtoehtona on vain iura in re aliena. Stobbe korostaa sitä, että kunhan tämä nähdään, ”ei ole vaaraa myöskään virhepäätelmistä”. Toinen kysymys Stobben mukaan on se, pitäisikö kielenkäyttö kokonaan muuttaa ja hylätä virheelliset termit. Tämä ei hänen mukaansa kuitenkaan ole tarpeen, kunhan vältetään kaikki omistuksen käsitteestä tehtävät johtopäätelmät. Aliomistuksen, nautintaomistuksen ja utiliksen termejä saadaan siis käyttää, siksikin, että näillä ilmaisuilla on vakiintunut pohjansa kirjallisuudessa ja laeissa. Tämä lisäperuste tuo esiin sitä, millä tavalla Stobbe lopultakin on valmis antamaan tilaa saksalaiselle käytännölle. Tämä käytäntö ja omanlainen maan hallintaa koskeva historia otetaan kuitenkin huomioon vain

²⁶⁶ Ks. Roth III §231/s. 138.

kielenkäytön vivahteiden sallimisen tasolla, ei oikeudellisten käsitteiden ja käsitejärjestelmän merkitysten tasolla. Tämän oikea malli on ainakin keskeisten perusjaotteluiden osalta osoitettu roomalaisessa oikeudessa.

Lopputulema osoittaa toisaalta myös sen, että terminologialla, vaikka siitä käydään vakavaa kiistaa, ei tarvitse olla suurempaa vaikutusta siihen, millaisena termien viittaamat oikeusasemat nähdään. Tässäkään kiista ei koskenut sitä, vaan nimenomaan käsitekokonaisuutta, johon jaettu omistus ei enää sopinut, koska omistus oli uudelleendefinioitu.²⁶⁷ Keskeiseksi käsitteelliseksi apuvälineeksi omistukseen liittyen osoittautuu jaottelu omistus/iura in re aliena, mistä enemmän seuraavassa.

6.4.3.3 *Iura in re aliena ja saksalainen kiinteän omaisuuden järjestelmä*

Oma kiinnostava ulottuvuutensa saksalaisen yksityisoikeuden oppikirjoissa on se, minkälaisia kiinteistöä koskevia esineoikeuksia esitellään olevan jäljellä saksalaisen ja roomalaisen oikeuden lomittumisen tuloksena. Omistusperustelun kannalta tällä on merkitystä siksi, että se kertoo samalla jo siitä, tyydytäänkö romanistien niukkaan perusteluun vai etsitäänkö jotakin muuta ja saksalaisperäisempää.

Stobbe esittelee ”absoluuttista varallisuusoikeutta” koskevan kirjansa johdannossa keskeisiä esineoikeudellisia jaotteluita, mutta kiinnittää yleisemmin huomiota saksalaisen ja roomalaisen käsitteellisen aineksen eroihin, mikä on näkyvissä myös jäljempänä eri oikeuksien yksityiskohtaisessa tarkastelussa.²⁶⁸ Stobben pohdintoissa on selvästi esillä ajatus yhteiskunnallis-taloudellisten suhteiden merkityksestä oikeussääntöjen ja oikeuskäsitteiden muotoutumiseen.

²⁶⁷ Vastaavantyyppistä käsitteellisen mahdollisuuden nojalla ratkeavaa argumentointia on esim. Stobbellalla mm. yhteisomistuksen kohdalla. Stobbe kirjoittaa (§82), että yksittäiset germanistit, Eichhorn, Beseler, Bluntschli, Gierke jne. ovat osoittaneet yhteisomistuksen sekä omistukseen kokonaisuutena että yksittäisille. Tämä on kuitenkin juridinen mahdollisuus: omistus kuuluu joko yksittäisille (osaomistajille) tai näistä erilliselle juridiselle henkilölle. Jälkimmäiseen kyllä hyvin sopii se, että jäsenillä on oikeuksia, mutta nämä eivät ole omistusoikeutta, vaan ne on karakterisoitava jura in re alienaksi. Stobbe II s. 80.

²⁶⁸ Absoluuttinen varallisuusoikeus on yksityisoikeuden toinen kirja ja se jakaantuu kolmeen osastoon. Ensimmäinen koskee hallintaa, toinen kiinteistöesineoikeutta, kolmas irtaimia koskevaa esineoikeutta. Johdanto käsittää vain muutamia sivuja, mikä on luonnollistakin, koska yleisempiä asioita on jo tarkasteltu osassa I. Stobbe toteaa erottelun absoluuttisiin varallisuusoikeuksiin, jotka koskevat oikeuksia, joiden kohteena on aineellinen esine tai immateriaalinen hyvä, ja toisaalta saamisoikeuksiin (Forderungsrechte), joissa henkilö velvoitetaan tekemään tai jättämään tekemättä jotakin. Stobbe tekee erottelun tarkkaan ottaen nimenomaan oikeuksien välillä. Oikeudenalue muodostuu sitten sille kuuluvien oikeuksien käsittelemisestä niin, että irtainta ja kiinteää koskevia on käsiteltävä erikseen, koska niitä koskevat säännökset ovat muotoutuneet erilaisiksi. Näiden ohella tarkastellaan oikeuksia immateriaalisiin hyviin sekä erikseen hallintaa.

Ensimmäiseksi (§71) otetaan esiin jaottelu esineellisiin ja henkilöllisiin oikeuksiin. Jaottelu on roomalaisen oikeuden tekemä, mutta saksalaisessa vanhassa oikeudessa se ei ollut Stobben mukaan tullut ”zum Bewusstsein”. Sitä ei tuotu esille, koska varallisuusoikeudelliset vaatteet ryhmiteltiin toisella tavalla. Stobbe kirjoittaa tosin heti jatkoksi ikään kuin vastaväitteenä (johonkin muualla esitettyyn), että alusta lähtien kyllä erotettiin erilaiset oikeudet, joita henkilöillä saattoi olla: saksalainenkin oikeus tunsikin omistusoikeuden ja esineelliset oikeudet vieraaseen esineeseen. Mutta vasta roomalaisen oikeuden omaksumisen myötä syntyi modernin oikeuden erottelu, jossa oikeudet suuntautuvat joko henkilöä kohtaan tai kohteena on esine.²⁶⁹

Kokonaan omana kohtanaan Stobbe toteaa sen, että saksalainen oikeus käsittelee kiinteätä ja irtainta hyvin eri tavoin (sisällön, syntymisen ja lakkaamisen suhteissa), kun taas roomalaisessa oikeudessa pääsääntönä on yhtenäisyys. Saksalaisen oikeuden erityispiirteitä on säilynyt jäänteinä, vaikka roomalainen oikeuskehitys siirsi saksalaista ainesta yhä enemmän syrjään ja syrjäytti sen lopulta melkein kokonaan.²⁷⁰

Miksi kiinteää omaisuutta sitten ovat koskeneet erilaiset säännöt kuin irtainta aina nykypäiviin asti? Stobbe viittaa siihen, että tämä omaisuus on muodostanut perheiden taloudellisen turvallisuuden ja kansan säätyjärjestyksen perustan. Näin se on määrännyt ihmisten poliittisen ja porvarillisen aseman. Siksi kiinteää omaisuutta koskevien suhteiden syntymiseen ja muutoksiin on aina myös haluttu julkisuutta. Uusia perusteita määrätä kiinteistöistä erityisellä tavalla oli tullut senkin jälkeen, kun maan hallintaan liittynyt jaottelu aatelistoon ja talonpojistoon syrjäytettiin porvarissäädyn tieltä. Maanomistus on takeena sidonnaisuuksien täyttämisestä, pääoman takaisinmaksusta, vuokrien ja korkojen säännönmukaisesta suorittamisesta.²⁷¹

Stobbe korostaa sitä, että saksalainen kiinteitä esineitä koskeva oikeus oli ja on rikasmuotoisempi kuin roomalainen: sillä on ”einem grösserem Reichthum an Instituten”. Stobbe viittaaakin heti keskeisimpään eroon. Roomalainen oikeus tunsikin omistuksen ohella vain rajoitetun määrän iura in re aliena-oikeuksia. Saksalainen oikeus sen sijaan (1.) selitti joitakin roomalaisen oikeuden persoonallisia oikeuksia esineellisiksi, ja (2.) kehitti sosiaalsiin ja taloudellisiin olosuhteisiin liittyen roomalaisille oikeudelle tuntemattomia herravaltaoikeuksia kiinteistöihin. Näitä olivat mm. vasallin oikeus ja talonpojan oikeus. Vaikka nämä oikeudet useimmissa Saksan osissa olivat menettäneet luonteensa iura in

²⁶⁹ Stobbe viittaa Labandiin.

²⁷⁰ Stobbe viittaa Gerberiin.

²⁷¹ Lisäksi tulevat erilaisten yhteisöasteiden kiinnostukset ja intressit, alkaen vanhoista yhteisöistä moderniin valtioon. Tämän ohella olivat tietysti perheen, suvun, naapurien intressit. Ks. Stobbe II §71 k. 4.

re aliena -oikeuksina, oli talonpoikais- ja läänitystilan omistusoikeus edelleen monella tavalla kvalifioitu oikeus.²⁷²

Stobbe siis tunnistaa saksalaisen oikeuden erityisiä piirteitä, mutta soveltaa siihen toisaalta varsin itsestäänselvästi roomalaisen oikeuden jaotteluita. Eriytyyppisiä oikeuksia on, mutta ne ovat iura in re aliena. Toisaalta Stobbe toteaa saksalaisesta oikeudesta sen kiinnostavan piirteen, että se ei käsittele kiinteistöä ”als juristisch unterschiedslos”, vaan asettaa eri lajeja varten erilaisia sääntöjä. Stobbe korostaa sitä, että jos tila on ollut pitemmän aikaa tietyn suvun tai perheen hallussa, se saa erityisen oikeudellisen kvaliteetin. Siten sitä koskevat säännöt ottavat huomioon luovuttamisessa, perinnöllisyydessä, nautinto-oikeuksien sisällössä ja rasisuskelpoisuudessa tapahtuneen kehityksen.²⁷³ Mielestäni Stobben huomio on tärkeä, siis ajatus siitä, että esineoikeuksien kohteet eivät olleet ”juridisen yleisiä”, vaan eriytyneitä. Tärkeää on lisäksi se, että eriytyminen perustuu hallinnan jatkuvuuteen.

Maata koskevien hallinto-oikeuksien kirjo oli toki Stobbenkin mukaan muuttunut.²⁷⁴ Vähäiset olemassa olevat erot olivat enää vain esineoikeudellisia. Niinpä Stobbe käsittelee läänitys- ja talonpoikaistiloja esineoikeudessa. Nykytilaa ja sen tarpeita ei olisi vastannut niiden käsitteleminen iura in re aliena -kohdassa. Tarvittiin oma kohta, koska suuri osa oli muuttunut omistukseksi.²⁷⁵ Stobbe esittää tämän jonkinlaisena selityksenä kirjansa systematiikkaan.

Saksalaisessa oikeudessa on Stobben mielestä myös puutteita. Nämäkin liittyvät jo esillä olleeseen keskeiseen jaotteluun omistuksen ja toisen esineeseen kohdistuvien oikeuksien välillä. Stobben mukaan ”vanhempi saksalainen oikeus ei naivissa, praktisesti suuntautuneessa kehityksessään kiinnittänyt huomiota teoreettisiin kysymyksiin”. Sen jälkeen kun roomalainen oikeus tuli hallitsevaksi, saksalainen oikeus lakkasi kehittymästä. Monet vaikeat teoreettiset kysymykset siirrettiin syrjään, koska niiden ratkaiseminen yleisten käsitteiden avulla ei olisi ollut helppoa.

Omistusoikeus/iura in re aliena -kysymyksestä Stobbe kirjoittaa tässä yhteydessä tavalla, jossa edellä todettu saksalaisen oikeuden runsaus aletaan tulkita

²⁷² Kolmantena (3.) saksalaisena piirteenä on se, että vierasta esinettä koskeviin oikeuksiin on olemassa yksittäisiä oikeuksia, joiden kohteena on obligatorinen suoritus. Näitä ovat reaalisititteet ja takaisinlankeamisoikeus. Stobbe II §71 k. 5.

²⁷³ Stobbe II §71 k. 6. Näin syntyivät erityiset ritari- ja talonpoikaistilojen instituutiot, perintö- ja sukutilojen ja perhefideikomissin instituutiot. Henkilön omaisuuden osana erilaiset osat erotetaan ja asetetaan erityisen oikeuskohtalonsa alaisiksi: allost suppeammassa mielessä erosi läänityksestä, talonpoikaistila, perhefideikomissi jne.

²⁷⁴ Stobbe selvittää, että alkuperäisesti vasalli ja talonpoika eivät tilansa omistajina olleet vain tietynlaisen esineellisen sidonnaisuuden alaisia. Esineellisen suhteen rinnalla oli herravalta- ja subjektio-suhde, jonka nojalla herra harjoitti julkisia oikeuksia, vei sotaan, vaati uskollisuutta, käytti tuomiovaltaa jne. Vasallin ja talonpojan oikeus muodostivat jonkinlaisen suljetun oikeuspiirin, joka siirsi maaoikeuden (Landsrecht) syrjään. Persoonallinen läänin- tai maanherran herravalta on kuitenkin uudella ajalla hävinnyt lähes kokonaan.

²⁷⁵ Stobbe II §71 k. 7.

haitalliseksi epäselvyydeksi. Roomalainen oikeus osoitti omistusoikeuden yhdelle silloin, kun useampi henkilö oli eri tavoin oikeutettu yhteen esineeseen, ja toisille vain esineellisen oikeuden vieraaseen esineeseen tai persoonallisen oikeuden. Saksalainen oikeus sen sijaan ei ryhmittynyt näin selkeällä tavalla ”um den Eigenthumsbegriff herum”. Sen sijaan esinettä koskevat herravaltaoikeudet nautinnasta, luovutuskelpoisuudesta ja muusta dispositiosta jaettiin usein useammalle niin, että oli epäselvää, ketä voitiin pitää omistajana. Vanhempina aikoina ei ollut intressiä osoittaa yhdelle omistus ja toiselle ius in re aliena. Stobben mukaan tuolloin ei myöskään osattu käsittää sitä, miten oikeus, joka saattoi vasta tulevaisuudessa tosiasiallisesti tulla voimaan, olisi nykyisyyden ilmiönä pitänyt ymmärtää. Enintään sitä kuvattiin ”als Anfall”, ”als ein ius futurum”. Stobbe valaisee huomiotaan esimerkeillä. Kaikissa esimerkeissä on kysymys jonkinlaisista välitiloista.²⁷⁶

Ylipäättään Stobben esimerkit osoittavat roomalaisen oikeuden kategorioiden kapeuden. Stobbea vaivaa se, että saksalainen oikeus ei asettunut näihin raameihin kovin hyvin. Havainnollisin esimerkki on ehkä kiinteistön vuokraaminen läänitystilana. Stobben huoli on ensisijaisesti käsitteellinen, ehkä myös uusien, vaihdannallisempien tilanteiden esiinnostama.²⁷⁷ Stobbe päätyy yleistämään siitä, että ”vanhempi oikeus kehittyi välittämättä praktisissa suhteissa yhdenentekeistä kysymyksistä ja juridisen teorian kategorioista. Näin se jätti ongelmien ratkaisun meille”. Tämä myös kiteyttää saksalaisen oikeuden puutteet Stobben näkökulmasta. Vaikka esimerkit viittasivat myös tilanteisiin, joita ei ehkä ollut tullut eteen ja joihin ei ehkä voinutkaan olla valmista ratkaisua, ongelmaksi jää silti Stobben mukaan, että käsitteistö itsessään oli puutteellinen, ja näin jouduttiin operoimaan ilman selkeitä käsitteistä johdettavia peruslauseita tai periaatteita.²⁷⁸

²⁷⁶ Ensimmäinen esimerkki koskee irtaimen kauppaa ja luovuttajan, velkojan ja kolmannen suhteita. Stobbe hahmottelee tilanteen, jossa omistaja siirtää irtaimen toiselle panttina, vuokrana tai talletuksena ja siis säilyttää omistusoikeuden, mutta luovutuksensaaja sitten siirtää sen edelleen... eikä omistaja voi sitä ”hand wahre Hand”-säännön mukaan kolmannelta vindikoida... miten näitä sitten pitäisi kuvata, kuka on omistaja? Tässä Stobben huomio koskee vain sitä, että vanha saksalainen oikeus ei antanut mitään sääntöä tällaiseen.

²⁷⁷ Stobbe siis kertoo tilanteesta, jossa omistaja luovuttaa kiinteistön läänityksenä. Tällöin hän luovuttaa vasallille nautinnan ja geweren ja säilyy itse omistajana, vaikkakaan mahdollisesti ns. totaalista herravallasta esineeseen hänen ja hänen perillistensä osalta ei näy jälkeäkään vuosisatoihin. Jos sitten vasalli vuokraa tilan edelleen ja näin luopuu gewerestä, mikä oikeus hänellä on lääninherran alaisuudessa? Omistusta tietenkään ei, vaan vain ius in re aliena, mikä ei kuitenkaan ilmene millään tavalla ja vahvistuu gewerellä vain, jos alivasallius lakkaa. Lääninheraa vastaan hänellä on gewere, koska hän voi tehdä tähän nähden päteväksi omalle vasallilleen luovuttamansa oikeuden. Mutta oman vasallinsa oikeuteen nähden häneltä puuttuu kiinteä käsite ja sana; joudutaan viittamaan yksittäisiin rasitetta ja takaisinlankeamista koskeviin oikeuksiin. Niitä ei kuitenkaan voida koota yhteen käsitteeseen, joka karakterisoi hänen herravaltansa esineeseen.

²⁷⁸ Stobbe II s. 10.

Saksalaisen esineoikeuden omaleimaisinta perua on Gewereinstituutio, ja niinpä mm. Stobbe tarkastelee sitä hallintaa koskevassa jaksossa lavealti. Vaikka Stobben pyrkimyksenä on esitellä ja tunnistaa saksalaista oikeutta, voidaan sanoa, että Geweren osalta roomalaisoikeudellinen käsitteistö hallitsee tarkastelua. Tämänkin ristiriidan voi kiteyttää jaotteluun omistusoikeus/iura in re aliena. Vaikka Stobbe on monin kohdin valmis korostamaan joitakin saksalaisen historian ja oikeuden piirteitä, hänen lopputuloksensa oli kuitenkin, että kyseessä ovat iura in re aliena. Kun tämä nähdään, erityispiirteiden voi antaa ollakin. Ongelmia ja sekaannusta syntyy vain siitä, jos oikeuksia pidetään omistusoikeutena ja vieläpä ehkä johdetaan tästä joitakin johtopäätöksiä, jotka näin ovat todellisuudessa vääriä. Tietynlaisesta romanistin näkökulmasta käsin geweren merkitys – olkoonkin että se ehkä aikoinaan olisi ollut huomattava – pyrittiin siis tulkitsemaan vähäiseksi: sehän on selvästi jotakin sellaista, joka ei vastaa kunnolla mitään roomalaisesta oikeudesta tuttuja piirteitä. Näin Stobbe sitä esittelee erotellessaan toisistaan geweren ja ”rechte geweren”.²⁷⁹

Myös Rothin esityksessä on kiinnostavaa pohdintaa erosta saksalaisen ja roomalaisen oikeuden ajattelutavassa.²⁸⁰ Rothin mukaan perustava ero on siinä, että saksalaisesta vanhemmasta oikeudesta puuttuivat esineisiin liittyviä oikeussuhteita koskevat yleiset säännöt. Näiden sijaan ero tehtiin kiinteitä koskevan ja irtaimia koskevan esineoikeuden välillä (Mobiliar/Immobilier). Tämä on ero, josta on jäännettä nykypäiviin asti, mutta se kuvastaa myös uusinta oikeuskehitystä. Erottelu näkyy niin oikeuksien syntymisessä, sisällössä kuin päättämisesäkin.²⁸¹

Eron merkityksestä saadaan ilmeisesti käsitys vain tarkastelemalla laajasti erilaisia oikeusasemia. Roth ryhtyy selvittämään eron näkymistä ensin kiinteän

²⁷⁹ Jos Stobben jaotteluita, lausumia ja lainauksia yritetään ryhmitellä tarkemmin, kysymys siitä, kellä on gewere ja kellä ei, menee pikemminkin epäselväksi kuin selkenee. Karkeana yksinkertaistuksena voitaneen kuitenkin sanoa, että vanhasaksalaisen oikeuden mukaan gewereksi nimettiin sellaista tosiasiallista (faktista) hallintaa, jolla oli joku oikeusperuste, riippumatta siitä, luokittuiko oikeus ”esineelliseksi” vai ei. Näin voitaneen sanoa, että kysymys on laajasta käsitteestä tyyppiä ”faktiselle hallinnalle ylipäätään annettiin joku oikeudellinen merkitys, ja tuo merkitys taas on prosessissa esille tulevaa, ja oikeastaan väistämättä näin, siksi että siinä sitten punnitaan sitä, mikä merkitys sillä on ja sellaisenaan sillä ei ole oikeutta korvaavaa merkitys vaan sen pitää aina kuitenkin perustua johonkin oikeuteen....”. Kysymys siitä, miten Stobbe lopultakin ymmärtää geweren alkuperäisen ja muuttuneen merkityksen, jää mielestäni hänen tekstissään epäselväksi. Geweren varhaishistoriikista ks. Stobbe II §72–73/s. 19, ”rechte gewerestä” §74 ja uudemman oikeuden mukaisesta hallinnasta §75.

²⁸⁰ Rothin kirjasarjan esineoikeutta koskeva osa alkaa tällä kysymyksellä. Osa 3 koostuu neljästä kirjasta: 1. esineoikeuksista yleensä, 2. hallinta, 3. omistusoikeus ja 4. esineoikeudet (Die dinglichen Rechte) – neljäs osa on laaja, niin myös omistusoikeutta koskeva (s. 124–371).

²⁸¹ Roth III s. 1 s.

osalta ja ensiksi omaisuuden saannossa.²⁸² Sisällön osalta Roth toteaa eroksi mm. sen, että saksalaiselle oikeudelle on ollut tunnusomaista säätyaseman merkitys kiinteän omistamisessa.²⁸³ Kaiken kaikkiaan roomalaisen oikeuden peruslauseita on saksalaisessa maa-oikeudessa modifioitu hyvin paljon, mutta nostamalla esiin kiinteän ja irtaimen välillä tehty erottelu saadaan saksalainenkin oikeus systemaattisempaan muotoon.

6.4.3.4 Keskustelu omistuksen määritelmästä, rajoista ja rajoituksista

Gewere tunnistettiin vanhasaksalaisen oikeuden keskeiseksi, mutta vaikeasti täsmennettäväksi käsitteeksi. Sen sijaan uuden ajan saksalaisenkin oikeuden keskeiskäsitteeksi katsottiin omistus. Näin tekevät myös Stobbe ja Roth, vaikkakin he ottavat osin erilaisia kantoja omistuksen määritelmästä käytävässä keskustelussa.

Stobbe kirjoittaa omaisuuden käsitteestä (§78), että omistusoikeus on ylin oikeudellinen herravalta esineeseen nähden, sellainen josta kaikki muut oikeudet johdetaan.²⁸⁴

Kiinnostavaa on se, miten Stobbe alaviitteissä ja tekstissäkin lähtee selvittämään oman käsitelmäärittelynsä suhdetta muihin esitettyihin määritelmiin. Stobbe nimittäin toteaa olevansa määritelmästä hieman epävarma. Hän kuitenkin

²⁸² Roth viittaa siihen, että saksalaisoikeuden periaate kiinteän omaisuuden siirroissa on *Auflassung*. Sen sijaan roomalaisessa oikeudessa pätee sama sääntö sekä kiinteän että irtaimen kohdalla (traditoperiaate). Tällä erolla on monella tavalla ja erilaisina kehitelminä seurauksia erotteluun esineelliset/henkilölliset oikeudet. Roth listaa seurauksia luetteloksi, jota voi samalla pitää systemaattisempaan oikeuksien piirteiden tarkasteluna. Niinpä Roth viittaa ensiksi siihen, että saksalainen oikeus on hahmottanut esineellisinä sellaisia oikeuksia, jotka roomalaisen mukaan ovat obligatorisia. Uusimpana tämä näkyy siinä, miten hallinnan saanti muuttaa *ius ad rem*-oikeuden esineelliseksi. Niin ikään henkilöllinen oikeus muuttuu kiinteistökirjaan otettuna esineelliseksi. Omaisuuden nautinta (saanto) ja esineoikeus kiinteään on osittain mahdoton, osittain rajoitettu.

²⁸³ Vapaus ja epävapaus ovat liittyneet määrättyihin kiinteistöihin, mihin liittyy vielä fiskuksen ja kirkon erityinen asema. Lisäksi ovat kaupunkien erityiset tilanteet. Vanhempaan saksalaiseen oikeuteen kuului myös maan sitominen sukuun, mikä merkitsi rajoituksia luovutettavuudessa. Erikseen Roth toteaa sen, että esineellisen nautinto-oikeuden perustaminen niin laajana, että siinä ei jäänyt juurikaan tilaa omistusoikeudelle, ei ollut vain saksalaisen oikeuden piirre. Roomalainen oikeus muodosti emphyteusyksessä ja superficiesissa vastaavanlaisia asemia. Irtaimen osalta Roth viittaa eroon siinä, että peruslause ”*Hand muss Hand Wahren*” sisälsi saksalaisessa oikeudessa sen, että esinettä ei voinut vapaaehtoisin luovutuksen jälkeen vindikoida edelleen kolmannelta. Viimeisenä Roth viittaa siihen, että regaalien kautta perustettiin sellaisia oikeusasemia, joita roomalainen oikeus ei tuntenut. Roth III s. 2 ss.

²⁸⁴ Kiinteistöesineoikeusosa on Stobben kirjan laajin osio. Se sisältää kuusi lukua: ensimmäinen koskee omistusta, toinen rasitteita, kolmas emphyteusista ja superficiesista (hyvin lyhyesti), neljäs reaali-rasitteita, viides panttioikeutta ja kuudes (hyvin laaja, 200 sivua) ”erityisiä omaisuuslajeja koskevia oikeuksia” (*Das Recht besonderer Güterarten*). Tässä on mm. läänitystä ja aatelis- ja talonpoikaistiloja koskevaa. Osan aloittava omistusta koskeva jakso on sekä jaettu edelleen viiteen jaksoon: ensimmäinen koskee ennen kaikkea omistuksen käsitettä; toinen maanomistuksen rajoituksia nautinnassa; kolmas maanomistuksen rajoituksia luovutuksessa; neljäs maanomistuksen saantoa; viides omaisuuden suoja.

kin uskoo määritelmän näin muotoiltuna vastaavan paremmin asiaa kuin ne, joita laajasti levinneenä esitetään ja joiden mukaan omistusoikeus on "die volle ausschliessliche rechtliche Herrschaft über eine Sache". Sellaisen mukaan iura in re alienan rajoittama omistus ei nimittäin olisi ollenkaan omistusoikeus, toteaa Stobbe. Sama vastaväite voitaisiin Stobben mukaan esittää myös esim. Gerberin ja Forsterin määritelmiin.²⁸⁵

Näiden sijaan Stobbea tyydyttää *Dernburgin* muotoilu, jonka mukaan omistuksen käsitteelle ei ole olennaista, antaako se konkreettisesti tilanteessa täyden herravallan esineeseen, vaan se, että siihen aina sisältyy kelpoisuus ja tarkoitus kasvaa sellaiseen rajoittamattomaan valtaan.²⁸⁶

Omaa määritelmäänsä Stobbe täsmentää niin, että omistusoikeus ei sellaisenaan (an sich) ole täydellinen ja poissulkeva, vaan ainoastaan ylin oikeudellinen herravalta, sillä sen olemusta vastaan ei ole ristiriidassa se, että samaan esineeseen on yksittäisissä suhteissa oikeuksia myös toisilla ihmisillä kuin omistajalla. Nämä iura in re aliena -oikeudet karakterisoituvat Stobben mukaan kolmella kriteerillä: ne ovat omistusoikeudelle alisteisia oikeuksia, ne johdetaan omistusoikeudesta ja niiden lakatessa ne palaavat omistajalle.

Stobbe käy siis nimenomaista keskustelua omistusoikeuden määrittelystä juuri suhteessa mahdollisuuteen erottaa oikea määritelmä valitsemalla omistusoikeus muista oikeuksista. Näin tehdessään Stobbekin kiistatta rakentaa kahtiajakoa omistusoikeuteen ja toisaalta muihin oikeuksiin, jotka ovat jollakin perustavalla tavalla eriluonteisia, "johdettuja". Omistusoikeus taas on niihin verrattuna joustava, laajuuteensa palautuva oikeus – ja oikeus, johon aina sisältyy mahdollisuus "täydestä laajuudesta". Missä on siis ero verrattuna niihin määritelmiin, joita Stobbe nimenomaisesti kritisoi? Mielestäni voidaan sanoa, että Stobbe ei halua ainakaan kovin selvästi nähdä eroa periaatetason ja konkreettisen tason välillä. Eiväthän nuo Stobben kritisoimat "totaalivalta-määritelmäkään" tosiasiaassa esittäneet ristiriitaa ylittämättömänä, vaan asettivat vain sen lähtökohdan, että kaikki rajoitukset näyttäytyivät poikkeuksellisina.

Itse ajattelenkin niin, ettei Stobben kritisoimissa määritelmissä, joissa vedetään rajaa dominiumin ja iura in ren välille, ole oikeata ongelmaa: omistusoikeus määritellään tyypillisesti noin juuri siinä mielessä ja tarkoituksessa, että kaikki muut oikeudet ovat sitten jotakin olennaisesti vähemmän ja eriluonteisi-

²⁸⁵ Gerberin määritelmän mukaan "omistusoikeus on periaatteessa totaalinen määräämisvalta esineeseen nähden". Stobben mukaan Forster puolestaan edustaa yritystä pelastaa määritelmä väittämällä, että rajoitukset eivät koskisi oikeutta määräämiseen sinällään, eivätkä sitä siis vähentäisi, vaan koskisivat ainoastaan sen yksittäisten ilmaisujen käyttämisestä, jotka olisivat käsitteeseen nähden ei-ratkaisevia ja poikkeuksellisia. Stobben mukaan tällainen ei selitä mitään, vaan on ristiriidassa Forsterin määritelmän kanssa (omistusoikeudesta als "ganzen und vollständigen Beherrschung"). Stobbe viittaa tässä yleisesti lisäksi Brunsiin saks. Ensyklopediassa (§33) ja G. Hartmannin teokseen Rechte an eigener Sache (Freiburg 1877).

²⁸⁶ Lopuksi Stobbe viittaakin tässä lukuisiin erilaisiin yrityksiin määritellä omistusoikeus. Määritelmiä löytyy koottuna mm. Windscheidin esityksestä.

sia, ”toisen esinettä koskevia”. Tämänäyttävyyksillä absoluuttisuus- ja poissulkevuus-määreillä saadaan vain kaikki muut oikeudet asettumaan selkeästi toisen esinettä koskeviksi. Tässä ei siten ”tarvitsisi” ensisijaisesti kantaa huolta siitä, onko sellaisten oikeuksien olemassaolo ristiriidassa omistusoikeuden kanssa. Mielestäni Stobbe näkee tilanteen jotenkin niin, että täydellinen omistusoikeus ei oikeastaan sallisi muita oikeuksia ollenkaan: jos nimittäin kaikki esineet ovat jonkun omistuksessa, pääsääntöisesti, ja tämän oikeus kattaa koko määräämävallan, muunlaisia oikeuksia ei voisi ollenkaan olla, koska ne rajoittaisivat omistajan oikeutta, joka taas olisi määritelmänsä mukaan rajoittamaton. Tämä kuulostaa kärjistetyltä, mutta näinhän Stobbe argumentoi. Sen sijaan hänen voisi odottaa suuntaavan argumenttinsa kärjen siihen, voiko omistukseen olla osallisuutta ja voidaanko puhua rajoitetusta omistusoikeudesta jollakulla toisella olevana. Nyt Stobben huomio on pelkästään siinä, että toisella oleva oikeus ylittää jo rajoittaisi omistajan oikeutta ja sitä taas absoluuttinen määritelmä ei muka lainkaan sallisi, minkä vuoksi määritelmää on muokattava niin, että sen ohkeen mahtuisi muiden oikeuksien olemassaolo.

Stobben teksti ei ole niukkaa, vaan päinvastoin purkaa laajasti kaikkea asiaan liittyvää keskustelua. Määritelmäkysymykset, määritelmien muotoilut ja niiden osuvuus eivät tuolloinkaan olleet helppoja tai itsestään selviä. Roth puolestaan edustaa viittaamaani toisensuuntaista punnintaa rajoitusten suhteesta määritelmään.

Rothin mukaan esineoikeudet ulottuvat joko esineeseen kokonaisuudessaan kaikkine siihen liittyvine suhteineen tai vain joihinkin niistä. Suhteiden kokonaisuuteen ulottuva esineoikeus on omistusoikeus. Se antaa oikeutetulle täyden herravallan esineeseen, sikäli kuin siihen ei ole perustettu oikeudellista rajoitusta.²⁸⁷ Yksittäisiä suhteita tarkoittavat esineoikeudet ovat oikeuksia vieraisiin esineisiin. Myös Rothin kielenkäyttö viittaa siihen, että omistusoikeus on kategorisesti oma ”ryhmänsä”, joka ymmärretään kokonaisuutena, jossa eri ulottuvuuksia ei erotella lueteltavaksi. Muista puhutaan ryhmä-termillä, mutta nimienomaisesti yksittäisinä ja vain määrättyä suhdetta koskevana.²⁸⁸

²⁸⁷ Rothin Esineoikeuskirja alkaa yleisjaksolla (kirja 1) ja yleiskatsauksella, jossa erotetaan ensiksi pääesineoikeudet. Ks. Roth III s. 4. Rothin sanamuoto ”soweit nicht nach der einen oder anderen Seite eine Beschränkung rechtlich begründet ist” viittaa aivan ilmeisesti siihen, että rajoitukset tulisivat joko omistajan toimista taikka jonkun toisen puolelta tai hyväksi perustettavista oikeuksista (siis sopimuksellisesti tai rasitteina).

²⁸⁸ Roth etenee tyypillisissä jaotteluissa. Niinpä esineoikeudet sisältävät vaatimuksen joko esineen nautinnasta eli ovat käyttö- ja nautinto-oikeuksia tai ne sisältävät vaatimuksen esineeseen itseensä eli ovat substanssioikeuksia. Toinen kirja kohdistaa tarkastelun rekistereihin ja hallintaan. Liikkeelle lähdetään jaottelusta tosiasialliseen ja oikeudelliseen, mikä jatkaa edellä jo hahmotunutta tietynlaista abstrahoivaa esitystapaa. Roth ottaa kyllä esiin myös niitä piirteitä ja eroja, joita eri maa-oikeuksissa hallinnan merkityksestä on, mutta yleistävällä tavalla. Ks. Roth III s. 54. Roth toteaa, että vanhemmassa saksalaisessa doktriinissa hallintaan liitettiin sellaista, joka ei siihen varsinaisesti kuulunut. Uudempi doktriini on selkeämpi. Roth ei kaikin osin pidä luonnehdintoja onnistuneina, mutta hän esittelee tässä yhteydessä joka tapauksessa myös piirtei-

Hallinnan ja omistuksen määritelmässä on sitten jo selvästi nähtävissä tietty käsitteellinen systeemi rakennuspuineen, jonka lähtökohdaksi asetetaan tahto-elementti. Roth kirjoittaa hallinnan saannosta, että se tapahtuu, kun tahto hallita (kohdetta) toimii siihen soveliaan toimen (Handlung) kautta. Yksittäisinä momenteina voidaan näin erottaa 1. hallintatahto ja 2. saantotoimi hallinnan ottona (aktina) – ja näissä voidaan edetä edelleen erilaisiin jaotteluihin.²⁸⁹

Omistusta koskevat ”pätevät peruslauseet” alkavat käsitteen määrittelyllä.²⁹⁰ ”Omistus on oikeus määrätä muut poissulkevasti aineellisesta esineestä taikka oikeudesta”. Määritelmän niukkuutta täydentää selostus. Rothin mukaan omistusoikeus on muodostettu sillä tavalla, että omistajan tahdon kohteeseen nähden ei ole osoitettu minkäänlaisia rajoituksia ja omistajalla on kolmanteen nähden oikeus poissulkea tämä kaikesta vaikutuksesta. Tätä kutsuttiin aikaisemmin omistuksen luonnolliseksi vapaudeksi. Roth toteaa, että omistuskäsite ei muutu, vaikka omistajan tahdonvaltaa (Willkür) kohteesta määrittämisessä rajoitetaan yleisen lain avulla tai kolmannen oikeuden perusteella, sillä näiden rajoitusten/määräysten lakatessa omistajan vapaus astuu taas esiin. Omistuksen jakamattomuus tarkoittaa sitä, ettei siihen sisältyviä yksittäisiä oikeutuksia voida jakaa eri omistajille. Omistusoikeus on luontonsa mukaisesti pysyvä.²⁹¹

Rothin omistuksen määritelmän keskeinen elementti on rajoittamaton määrittämisvalta eli tahto ja tahdonvapaus. Tämä on myös korostetusti käsitteellinen lähtökohta. Roth ei tarkoita, etteikö omistajan valtaa rajoitettaisi joko lailla tai sopimuksin. Rothin mielestä nämä eivät kuitenkaan ole sellaisia tekijöitä, jotka pitäisi ottaa varsinaiseen määritelmään mukaan. Roth viittaakin samassa yhteydessä säädösteksteihin, joissa rajoituselementit ovat mukana.²⁹² Rajoitusten

tä, joita luetaan hallinnan vaikutuksiin. Kiinnostavaa tässä on se, että oikeastaan kaikki kuusi ”vaikutusta” liittyvät tavalla tai toisella hallinnan ja omistuksen eroon ja siirtymään. Ks. Roth III s. 58–61. Hallinta, valtaus ja omistus kytkeytyvät toisiinsa. Roth viittaa tässä Windscheidiin, Arndtsiin ja Dernburgiin ajatusta kannattavina, mutta myös siihen, että asiasta on eri kantoja. Näitä edustavat Savigny, Puchta ja Randa, joiden mukaan ”omistussääntö ei tässä seuraa hallinnasta pitkään jatkuvana tilana vaan hallinnan saamisesta”. Näin ollen erimielisyys koskee vain hallinnan keston vaatimusta, ei kytköstä sinänsä.

²⁸⁹ Roth III s. 74.

²⁹⁰ Aivan ensiksi Roth viittaa taas saksalaisen ja roomalaisen oikeuden eroon siinä, että roomalainen oikeus tunsikin omistuksen (vain) aineellisiin esineisiin. Vanhempi saksalainen oikeus sen sijaan ulotti omistuksen myös aineettomiin esineisiin. Ks. Roth III s. 124.

²⁹¹ Roth III §230/s. 124 s.

²⁹² Ks. Roth III s. 124 s. Roth osoittaa välittömästi määritelmään alaviitteen, jossa esitellään lainkohtia, jotka lausuvat samansuuntaisesti. Niinpä Rothin käsittemääritelmä on hänen mukaansa se, joka esitetään ”laissamme” eli Baijerin LR:ssa, jota Roth sitten lainaa (II.2.1.): ”Das Eigentum ist eine Macht und Gewalt mit dem Seinigen nach eigenem Belieben frei und ungehindert soweit zu disponieren, als Gesetz und Ordnung zulässt”. Roth jatkaa lainaamalla Preussin lain (ALR) määräystä (I.8.1.): ”Eigentümer heisst derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache mit Ausschluss anderer aus eigeber Macht durch sich selbst oder durch einen Dritten zu verfügen.” Ja edelleen Sachsen (BGB §217): ”Das Eigentum gewährt das Recht der vollständigen und ausschliesslichen Herrschaft über eine Sache.” Ja Itävallan ABGB (§354)

mahdollisuus ei siis Rothille – toisin kuin Stobbelle – perustele käsitteen muokkaamista. Roth viittaakin päinvastoin juuri tässä yhteydessä siihen, että omistus palautuu rajoitusten lakkaamisen jälkeen.

Omistuksen rajoitukset ymmärretään siis mahdollisina, mutta käsitteeseen nähden ei-vaikutuksellisina. Tämä on yleisemminkin Rothin tarkastelujen näkökulma. Kun Roth jatkossa selvittelee mm. jaetun omistusoopin mahdollisuutta ja esim. erilaisia rajoituksia, jää yleisvaikutelmaksi se, että lähtökohtana on alussa annettu omistajan periaatteellinen rajattomuus ja määräämisvalta, johon nähden Roth joutuu sitten ikään kuin tekemään myönnytyksiä saksalaisen oikeuden omien muunnelmien takia. Kysymys on poikkeuksista ja ne joudutaan hyväksymään lähinnä siksi, että ne on otettu lakiin. Roomalainen oikeus on kuitenkin osoittanut omistuskäsitteen sellaisena kuin se varsinaisesti on.²⁹³

Kiinnostavaa on se, että Roth listaa yhden ja saman omistuskäsitteen tueksi lakeja ja kantoja, jotka äkkiseltään näyttäisivät ristiriitaisilta. Rothin viittaamisessa laeissa on esitetty omistusoikeuden jakaminen määritelmän rinnalla ja hänen lainaamansa kannat taas ovat niitä, jotka edustavat erityisen tiukasti absoluuttista ja rajatonta omistusoikeutta.

Minkä vuoksi sillä on merkitystä, minkämuotoinen määritelmä on? Mihin nähden sillä halutaan tehdä eroa ja mitä se selittää? Määritelmäkeskustelun merkitys on eron tekemisessä omistajan ja muiden oikeuksien välillä. Kun omistajan oikeus on määritelty, voidaan siirtyä selvittelemään konkreettisia tilanteita, joissa tosiasiallinen määräysvalta voi olla kokonaan toisenlainen.²⁹⁴ Absoluuttisen ja eksklusiivisen omistusmääritelmän valinta voidaan tosin torjua sillä perusteella, että se estäisi omistajan oikeuden rajoittamisen. Näin tekee

”Als ein Recht betrachtet ist Eigenthum die Befugniss mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten”. Roth lainaa vielä CC:äkin ja sanoo tämän päätteeksi, että kaikki nämä määritelmät ovat identtisiä ja vastaavat sitä, mitä Savigny kirjoittaa (Systemissä), nimittäin, että omistusoikeus on henkilön poissulkeva ja rajoittamaton herravalta esineeseen. Roth jatkaa viittaamalla keskusteluun määritelmien formulaatioista. Pääosiltaan määritelmät ovat hänen mukaansa yhteneviä, vaikkakin vähän erilaisia modifikaatioita. Yritykset ottaa omistusoikeuden käsitteeseen mukaan rajoitusten mahdollisuus lain ja kolmannen oikeuden kautta Roth kuittaa toteamalla vain, että ”näitä yrityksiä ei ole puuttunut”. Roth viittaa Windscheidin määritelmään, Arndtsiin, Gerberiin, Stobbeen, mutta toteaa vain näiden olevan erilaisia konstruktioyritelmiä ilman vaikutusta materiaalliseen oikeuteen, josta ei vallitse erimielisyyttä.

²⁹³ Määritelmän jälkeen Roth käsittelee ensin (oikeuden) subjektia, sitten kohdetta. Ks. Roth III s. 126.

²⁹⁴ Niinpä Stobbekin voi todeta, että omistajalla olevan herravallan laajuus riippuu siitä, onko ja missä laajuudessa muilla henkilöillä osittaisia herravaltaoikeuksia samaan esineeseen. Omistaja on, jos ei oteta huomioon lainsäädännöllisiä rajoituksia, kaikissa (niissä) suhteissa esineen herra, joissa hän ei ole rajoitettu iura in re alienan (oikeuksien) kautta. On siis mahdollista, että omistajalla on jokseenkin rajoittamaton herravalta (ehdoton määräämis- ja nautintaoikeus). Mutta hän voi olla myös niin suuressa määrin rajoitettu, ettei hänellä ole mitään vaikutusta esineeseen nähden ja hänen omistusoikeutensa vasta konsolidatiossa on siinä tilanteessa, että määräämisvalta palaa hänelle (iura in re alienan lakatessa). Ks. Stobbe §78.

Stobbe (ja muokkaa määritelmäänsä). Sen sijaan absoluuttisen ja eksklusiivisen määritelmän valinta tai korostaminenkaan ei sinällään sisällä väitettä siitä, ettei omistajan oikeuksia voitaisi rajoittaa, päinvastoin. Tämän osoittaa hyvin Roth.

Oma juonteensa omistumääritelmää koskevassa keskustelussa on kysymys siitä, onko saksalaisessa vanhemmassa oikeudessa tunnettu omistuskäsitettä ollenkaan. Stobbe toteaa tähän nimenomaisesti, että epäily ei pidä paikkaansa, sillä oikeutta ei ylipäättäänkään voida ajatella ilman omistuskäsitettä. Saksalainen omistuskäsite ei vain ole ollut riittävän tarkka.²⁹⁵ Niinpä oltiin taipuvaisia nimittämään omistukseksi sellaista henkilön herravaltaa esineeseen, joka ilmeni välittömänä hallintana, vaikka se ei todellisuudessa ollut omistusoikeus, vaan vain ius in re.²⁹⁶ Käsitteen laajennus näkyy myös uudemmassa lainsäädännössä, jossa Stobben mukaan omistukseksi nimitettiin kaikkea, joka kuuluu jollekulle ja on hänen varallisuuttaan. Ei siis edes rajauduta sellaisiin oikeuksiin, jotka jotenkin perustuvat maahan, vaan joissa on hyvin yleisesti vain kysymys omistuksesta oikeuksiin, erityisesti vaateista. Selvää on, että Stobbe ei pidä tällaista omistuskäsitteen käytön laajentamista hyväksyttävänä. Hän sanoo, että näin omistusta käytetään läpeensä ei-juridisessa merkityksessä. Stobbe puoltaakin tulkinnallisissa tilanteissa pitäytymistä tarkemmassa omistuskäsitteessä sillä perusteella, että ”käsitys on roomalaisen oikeuden mukainen, mutta se on perusteltu myös siksi, että se yksin vastaa omistuksen luonnetta (Wesen) sekä praktista tarvetta. Poikkeaminen siitä aiheuttaisi monenlaisia epäselvyyksiä”.²⁹⁷

Nähdäkseni hahmoteltuun omistuskäsitteeseen sitoutuminen antaa Stobbelle vahvan näkökulman ja kriteerit arvioida erilaisia oikeuksia. Arvioiminen käy pääsääntöisesti niin, että saksalaisen oikeuden piirteiden havaitaan ”poikkeavan” oikeasta. Stobben mukaan ”meidän ei ole tarpeen pitää omistuksena

²⁹⁵ Stobben mukaan peltojen omistusoikeudesta varhaisempina aikoina ei voi olla varma, mutta talot ainakin omistettiin ja irtainta. Stobbe viittaa asiakirjojen kielenkäyttöön ja siirtyy sitten siihen, että omistuksena puhuttiin sellaisestakin, jossa ei ollut kysymys omistuksesta varsinaisessa mielessä (oikean käsitteen mukaisesta), siis muiden esineellisten oikeuksien kohdalla, kuten ”das Leibzuchtsrecht, Erbzinsrecht, Pfandrecht”.

²⁹⁶ Epätäsmällinen omistuskäsite ja kielenkäyttö selittävätkin Stobben mukaan mm. sen, että Saksassa omaksuttiin niin helposti italialainen oppi jaetusta omistusoikeudesta. Stobben mukaan (§78) omistuskäsitettä ei käsitelty vain esineoikeudellisena, vaan puhuttiin myös omistusoikeudesta oikeuksiin, kuten Vogtein, tuomiokelpoisuuden, patronaatin, korkojen ja kymmenysoikeuksien kohdalla. Stobbe viittaa siihen, että nämä oikeudet olivat sellaisen vaihdannan kohteena, että ne voitiin siirtää läänityksenä ja panttioikeutena ja siis saada hallintaan. Tämä tarve otettiin tavallaan etukäteen huomioon puhumalla omistuksesta (niihin), koska oikeutettu sitten hallitsi täydesti eikä ollut oikeudessaan muista riippuvainen.

²⁹⁷ Näin Stobbe esim. §79, jossa tarkastellaan omistuksen ulottuvuutta maahan ja maapohjaan (siis kiinteistöillä) ja Stobbe päättyy toteamaan, että yleisesti on syytä lähteä siitä, että maan omistaja on samalla koko sillä olevan rakennuksen omistaja.

kaikkea sitä, mitä lähteet sellaiseksi nimittävät”.²⁹⁸ Stobben lausumassa tiivistyy se, että roomalaiseen omistuskäsitteeseen kiinnittyminen antaa kategoriat, joihin erilaiset oikeudet (vain) voidaan sijoittaa. Lainsäätäjälläkään ei oikeastaan ole valtaa nimittää oikeuksia miten vain.

Myös Roth toteaa omistusoikeuden sisällöstä kirjoittaessaan jotakin yleisempää omistuskäsityksen muutoksesta. Hänen kirjoituksissaan roomalaisperäisten ja saksalaisperäisten käsiteainesten punninnassa saksalainen osoitetaan väistyväksi. Niinpä Rothin mukaan vanhempi teoria askarteli paljon yrittämällä määritellä omistusoikeuden sisältöä luettelemalla yksittäiset osat (Bestandtheile). Tällä luettelemisella oli vain se tarkoitus, että pystyttäisiin määrittelemään tilanteet, joissa yksittäiset oikeutukset jakaantuivat pysyvästi. Mutta siksi tämä onkin Rothin mukaan menettänyt merkityksensä (oikeutemme kannalta). Sen sijaan tärkeäksi on tullut erottelu omistuksen positiivisen ja negatiivisen sisällön välillä. Positiivinen viittaa omistajan oikeutuksien ulottuvuuteen määrätä omaisuudestaan mielensä mukaan, negatiivinen taas siihen puoleen, että omistaja voi sulkea pois jokaisen kolmannen vaikutuksen ja käyttää sellaista vastaan kaikkia lain suomia keinoja. Omistajan oikeuksien harjoittaminen on sinällään kahdellakin tavalla rajoitettu. Roth viittaa siihen, että oikeuksien käyttö ei saa tapahtua niin, että tarkoituksena on vain vahingoittaa toista, eikä myöskään niin, että omistuksen rajan ylittäminen vahingoittaisi toisen omaisuutta. Kysymys ei kuitenkaan Rothin mukaan ole varsinaisista omistuksen rajoituksista vaan luonnollinen seuraus jokaiseen omistukseen kuuluvasta kielto-oikeudesta ja samalla siitä, että omistuksen määrättyjen rajojen huomioimisessa on velvollisuuksia. Rothin esimerkit viittaavat erilaisiin naapurioikeudellisiin suhteisiin.²⁹⁹

Olennaista omistuksen sisältöä hahmoteltaessa on muutos siinä, että omistajan oikeutuksien sijaan korostettiin omistajan aseman lähtökohtaisuutta.

²⁹⁸ Lausuma päättää arvion, jossa Stobbe pohtii rakennuksen ja tontin omistajan oikeuksien suhdetta. Stobbe toteaa, että jos kyseessä on oikeus, joka on määrätty, ajallisesti rajoittamaton, perinnöllinen ja luovutettavissa oleva johonkin tiettyyn rakennuksen alaan, sellainen voidaan hyvin ymmärtää esineellisenä oikeutena toisen esineeseen. Se voidaan ymmärtää superficies-oikeutena tai ideaalisena yhteisomistuksena. Useimmissa tapauksissa ensimmäinen konstruktio riittää, koska superficies kattaa koko rakennuksen (kellaria myöten) ja tämän jus in re alienan tunnustamisella myös omistajan oikeudet tulevat turvatuiksi. Ratkaisevaa ei ole se, käyttävätkö lähteet ilmaisua omistus. Kysymys on siitä, että superficiesin omaksuminen tyydyttää praktiset tarpeet. Stobbe jatkaa tätä keskustelua vielä kasvien osalta. Vanhempi ja osittain myös uudempi lähteistö pitää kasvien erillistä omistusta mahdollisena silloin kun jollakulla muulla kuin maan omistajalla on oikeus kerätä sato (oikeus tuotteisiin). Kasvit, puut ym. selitettiin siis erillisiksi (maapohjasta) ja irtaimiksi. Tällaista on mm. ALR:ssa sekä partikulaarissa praksiksessa. Stobbe toteaa, että tuollainen käsitys on modernin oikeuden näkökulmasta erittäin singulaari eikä ylipäätään voi löytää paikkaa uudemmasta kodifikaatiosta.

²⁹⁹ Ks. Roth III s. 130 ss.

6.4.3.5 Alkuperäisen saannon tyyppitilanne muunneltumiseen

Miten omistusaseman sitten kerrotaan syntyvän käsitteistössä, jossa sitoudutaan roomalaisoikeudellisen omistuksen esikuvallisuuteen? Stobbe selvittelee kiinteistöjä koskevan omistusoikeuden saantoa aloittaen tiloista (Gütern), jotka eivät ole kenenkään omistuksessa (§91). Aloitus on varsin kiinnostava, koska Stobbe menee ikään kuin suoraan keskelle keskustelua, jossa hän vain tiiviisti viittaa käsitysten muuttumiseen ja ristikkäisyyteenkin. Stobben kirjoituksesta voidaan erottaa alkuperäisen saannon tyyppitilanne ja sen kaksi muunneltumaa.

Stobbe toteaa alkuperäiseksi käsitykseksi kannan, jonka mukaan herratton kiinteistön (Grundstück) omistusoikeus saadaan occupatiolla. Toiseksi hän erottaa ”pitkään ja laajasti levinneen kannan”, jonka mukaan yhteisön jäsenillä oli oikeus saada osa (Stücke) allmenningista yksityisomistukseen viljelemisen perusteella (Cultivirung). Kolmanneksi – ja Stobben mukaan kahdelle ensiksi mainitulle vastakkaiseksi – muodostui (ensiksi) frankkilaisessa valtakunnassa kuninkaan vallan vahvistumisen mukana käsitys siitä, että herratton maa, olipa se ollut aina omistajatonta tai hylätty, kuului kuninkaalle ja että sen haltuunotto edellytti kuninkaan hyväksymistä. Tämä viimeksi mainittu periaate tuli Stobben mukaan voimaan myös Saksassa. Näin kehittyi Landes-maanherrallinen regaali, jonka partikulaarioikeudet tunnustivat ja joka vakiintui myös gemeinoikeudellisessa kirjallisuudessa. Sen ohella säilyi kuitenkin käsitys siitä, että herratton maa kaupungin alueella tai yhteisvesistössä kuului yhteisölle. Tärkeä on lisäksi Stobben jatko huomautus siitä, että siellä missä lainsäädännölliset tai tavanomaisoikeudelliset määräykset puuttuvat, tulee käyttöön roomalainen lause siitä, että res nullius saadaan omaksi occupation kautta. Haltuunottajasta tulee omistaja ilman että hänen haltuunottonsa tarvitsee tulla maakirjaan merkityksi.

Stobbe viittaa tuekseen yleisesti mm. Beseleriin ja Gierkeen, frankkilaismuutoksen kohdalla lisäksi Rothiin ja Schröderiin.³⁰⁰ Schröderin Stobbe toteaa arvelevan kuninkaan saaneen omistusoikeuden tai yliomistusoikeuden kaikkeen maahan ja maapohjaan. Omana kantanaan Stobbe sanoo tähän, että voidaan olettaa vain hoheits-oikeus³⁰¹.

Näin ollen Stobben poiminnoista voidaan koota seuraavaa. Alkuperäinen yksityisen omistuksen syntyperuste maahan on valtaus ja sen osoittaa perusteeksi myös roomalainen oikeus. Stobbe esittää tämän isännättömän maan valtaamisen edelleenkin päteväksi omistuksen syntyperusteeksi, sikäli kuin ei ole olemassa mitään lähtöoletuksia muuttanutta tilannetta. Tätä perussääntöä

³⁰⁰ Gemein-oikeuden osalta viitataan Maurenbrecheriin, Mittermaieriin ja Eichhorniin.

³⁰¹ Hoheits-oikeudella viitataan yleisesti kuninkaalle tai ruhtinaalle tms. kuuluvaan herruudelliseen eli hallitsijanvaltaan liittyvään oikeuteen (erotukseksi yksityisoikeudellisesta omistusoikeudesta).

täydentää germaaniselle omistuskäsitykselle tyypillinen ajatus yhteisalueista (allmenningeista). Stobben tekstistä ei selviä, ajatteleeko hän alkutilan ja yksityisten omistusten syntymisen jälkeen enää olevan jäljellä isännätöntä maata vai onko muu maa samalla siirtynyt kokonaisuudessaan yhteisalueiksi. Joka tapauksessa yhteisalue tarkoittaa sitä, että maan ei ajatellakaan olevan res nullius, vaan jonkinlaisen kollektiivisen oikeuden alainen. Tämä merkitsee Stobbenkin tiivistyksessä lähinnä sitä, että alueen haltuunoton jonkin yksityiseksi omaisuudeksi tulee näyttäytyä viljelyyn ottamisena. Tuloksena maan haltuunotosta ja työstämisestä on yksityisen omistusoikeus maahan, mutta verrattuna alkuperäiseen valtauserusteeseen tässä otetaan mukaan yhteisön hyväksyminen.

Varsinainen muutos konseptioon on frankkilaisen kauden mukanaan tuomaksi kerrottu hallitsijan oikeus, jonka luonteesta tosin on erilaisia käsityksiä. Se voidaan esittää hallitsijan maahan edustamana omistusoikeutena, jolloin yksityinen voi saada oikeuksia maahan vain hallitsijan suostumuksella ja näin syntyneet oikeudet ajatellaan rajoitetuiksi oikeuksiksi. Tämän tyyppinen ajatus on tuttu perusta feodaalisten riippuvaisuussuhteiden hahmottumiselle. Hallitsijan oikeus voidaan toisaalta pyrkiä luokittelemaan pelkästään julkisoikeudeksi herravallaksi, joka ei sinällään merkitse sitä, etteikö yksityinen voisi säilyttää tai saada maahan täyttä omistusoikeutta.

Stobbe arvelee, ettei hallitsijalle sittemmin lainsäädännössä ja oppikirjallisuudessa myönnetty oikeus olisi omistusoikeus. Tämä sinänsä sopii siihen, että Stobben konseptiossa omistusoikeutta ei voida jakaa. Toisaalta tämä ei sinällään selitä sitä, miten saksalaisella maaperällä sitten oli niin paljon erilaisia talonpoikaisia maata koskevia hallintaoikeuksia, joita Stobbe ei kuitenkaan halunnut luokitella omistusoikeudeksi..

Stobben teksti osoittaa havainnollisesti sen, että roomalainen oikeus antaa lähtökohdan esittää alkuperäiseksi saannoksi valtauksen, joten tämän käsityksen vallitsevuus juristiteksteissä on tässä mielessä varsin luontevaa. Germaanisen maanherruuden syntyminen muuttaa sitten lähtöasetelmaa, mutta näidenkin alueiden osalta alkuperäiseksi, jonkinlaiseksi ”alkusaksalaiseksi”, saantoperusteeksi esitellään valtaus. Tässä ei tuoda esiin mitään niukkuus- tai kilpailutilanteita, vaan vain asetelma, jossa maata on tietyn yhteisön puitteissa ja kukin viljelemällä osoittaa itselleen paremman oikeuden sellaiseen, mihin kaikilla yhteisön jäsenillä oli ensin samanlainen oikeus. Frankkilaisvaikutus vasta on tuonut siihen lisäksi ajatuksen kuninkaan/hallitsijan/maanherrallisen hyväksymisen elementistä. Esimerkiksi Stobbe ei kuitenkaan täsmennä sen luonnetta tässä yhteydessä. Hänen kantaansa voidaan vain arvuutella sen mukaan, mitä hän eri yhteyksissä esittää erilaisten tilojen luonteesta, muuttumisesta ja suhteesta omistuskäsitteeseen. Perusrakenne tässä argumentaatioissa on hyvin samantyyppinen kuin esim. ruotsalaisissa teksteissä.

Stobbe siirtyy yksityiskohtaisempiin saantokysymyksiin ja puhuu mm. siitä, miten saaret järvessä saadaan. Tämä oli hänen mukaansa jo vanhassa saksalaisessa oikeudessa samalla tavalla kuin roomalaisessa, joten nämä säännöt pätevät uudemmankin oikeuden mukaan. Stobben mukaan on itsestään selvää, että yksityisjoessa oleva saari kuuluu rannan omistajalle, koska tälle kuuluu jokirantakin. Julkisiin jokiin päti roomalaisen oikeuden mukaan sama; saari tulee rantakiinteistön haltijan omistukseen ja sillä tavalla, että vastarannan omistajaan nähden sovelletaan joen keskijuoksusääntöä.³⁰² Kun Stobbe jatkaa vielä vesiuomasta, on huomionarvoista se, että hän argumentoi nytkin vahvasti roomalaisesta oikeudesta käsin. Hän kertoo ensin roomalaisen oikeuden mukaisen kannan ja puntaroi sitten saksalaisen oikeuden suhdetta siihen.³⁰³

Seuraavana kohtana (§92) on ”edellisen omistajan tahdosta riippumaton kiinteistön saanto, erityisesti pakkoluovutus (Enteignung)”. Systematiikasta onkin tässä syytä huomata vielä se, että Stobbe ei ryhmittele saantolajeja millään erityisellä tavalla. Pikemminkin hän etenee lajista toiseen; ensin ovat alkuperäisemmät tai ei-sopimukselliset ja sitten sopimukselliset (joihin tullaan kohdassa §94). Saksalainen kiinteistön omistusoikeussaanto on ”lukuisammissa tilanteissa kuin roomalaisen oikeuden mukaan” riippumaton edellisen omistajan tahdosta.³⁰⁴ Seuraavana saantolajina on nautintasaanto (Ersitzung)³⁰⁵ ja sitä seuraavana (§94) ”sopimukseen perustuva omistuksen siirtyminen (Uebert-

³⁰² Näin määrää myös Sachsenspiegel, ja se on nykyisen gemein-oikeuden ja partikulaarioikeuksien tunnustama. Tämän ohella on partikulaarioikeuksissa sääntöjä, joiden mukaan ranta-asujat eivät ilman muuta tule omistajiksi, vaan heillä on vain kelpoisuus saada omistusoikeus valtauksen kautta. Stobbe viittaa tässä ALR:iin. Toisaalta kerrotun ohella päti laajasti käsitys, jonka mukaan julkiset joet ja niiden uoma ovat valtion omaisuutta (Staatsgut). Näin ollen julkisissa joissa muodostuvat saaret olivat regaaleja ja tulivat siis keisarin tai maanherran omistukseen (Eigenthum). Tämä fiskaalinen oikeus on Stobben mukaan tunnustettu monissa partikulaarioikeuksissa ja säilytetty nykyisyyteen.

³⁰³ Näin esim. kulkusaaren kohdalla, jota koskevat saksalaisen oikeuden säännöt ovat siis Stobben mukaan yhtäpitäviä roomalaisen oikeuden kanssa. Vanhan oikeuden mukaan kiinteistön-omistajan piti tuomioistuimen läsnä ollessa juhlallisin muodoin ottaa (kulku)maa haltuunsa, mutta nyt hänestä tulee ilman muuta omistaja eikä tarvita mitään occupatiota. Ks. Stobbe II s. 164.

³⁰⁴ Ensimmäisenä tähän kuuluu pakkohuutokauppa (Subhastation). Stobbe mainitsee muitakin tilanteita, joissa omistus siirtyy ilman omistajan tahtoa, mm. adjudikation ja retraktin (takaisinlankeamisen). Tärkein näistä on pakkolunastus (Expropriation). Stobbe sanoo, että hän ”pakkolunastusoikeuden luonteen vuoksi” sijoittaa sitä koskevan opin omistuksen saantoa koskevaan oppiin. Näin niukka luonneperustelu ei tosiasiaassa kerro, mikä Stobben peruste on. Onko se vain siinä, että omaisuus näin joka tapauksessa saadaan saantona?

³⁰⁵ Ks. Stobbe II §93. Stobbe esittelee nautinta-opista vain palasia ja viittaaakin muilta osin pandekti-oikeuteen (Jheringiin) ja partikulaarioikeuksiin (Rothiin).

ragung des Eigentums), erityisesti Auflassungin kautta”.³⁰⁶ Saantolajien esittely päättyy tähän. Seuraavat pykälät koskevat omistuksen suojaa (§96) ja rasitteita. Tässä tulee taas esiin historianäkäsitys.

Kiinnostavaa on se, miten alkuperäisen saksalaisen oikeuden erityispiirteitä kyllä tuodaan esiin, mutta samalla Stobbe verraten itsestäänselvästi esittää roomalaisen oikeuden käsitteellisesti selkeänä ja tavoiteltavana mallina tai mittapuuna – huolimatta siitä, että Stobbe luetaan germanisteihin.³⁰⁷

6.4.3.6 Alkuperäiset ja johdannaiset saannot ja herrattomat esineet

Roth tarkastelee omistuksen saantoa ensin yleisesti kysymyksenä kelpoisuudesta saantoon. Roth toteaa, että siviilioikeudellisesta näkökulmasta kelpoisuus hankkia ja saada omaisuutta muodostaa oikeuskelpoisuuden pääasiallisen vaihtuksen. Se on juridiselle henkilölle eksistenssin edellytys, fyysiselle henkilölle eksistenssin itsestään selvä seuraus; molempien kohdalla rajoitukset ovat

³⁰⁶ Stobbe viittaa luovutuksen historian kiistanalaisuuteen. Stobbe nojautuu omassa esityksessään pitkälti Brunneriin, joka on Stobben mukaan tutkimuksessaan antanut ”varman, tuskin heilahtavan fundamentin”. Tähän varsin yksityiskohtaiseen kiinteistönluovutuksen kehittymiseen ei tässä ole syytä tarkemmin mennä. Stobben tekstistä ei mielestäni löydy erityisiä huomioita esim. faktisen ja oikeudellisen hallinnan suhteesta. Stobbe esittelee jonkinlaisena vaiheistuksena sen, miten alun pitäen aika välittömästä ja yhtenäisestä luovutuksesta ja hallinnan siirrosta eriytyy ja muotoutuu monimutkainen toimi, jossa julkisuus on järjestettävä erikseen ja erityisiin muotoihinsa. Lisäksi roomalaisen oikeuden vahvempi reseptio muutti tilannetta. Lopputuloksena on, että saksalainen omistuksen siirtyminen kehkeytyy varsin muotosidonnaiseksi toimitukseksi. Ks. Stobbe II s. 194 ss.

³⁰⁷ Stobbe ei nojautu sellaiseen alkutilanteeseen, jossa yksityinen saisi vapaasti määrätä oikeutensa käyttämisestä. Hän puhuu siitä, miten kiinteistönomistajan naapurussuhteet ovat sekä maalla että kaupungissa jo vanhalla ajalla johtaneet siihen, että toiset ovat saaneet puuttua yhden kiinteistönomistuksen asettamaan oikeuspiiriin. Oli olemassa lukuisia lainsäädännöllisiä määräyksiä, jotka velvoittivat kiinteistönomistajaa ottamaan toisten intressissä huomioon tiettyjä rajoituksia kiinteistönsä käytössä tai sietämään sitä, että naapurit saivat puuttua hänen omaisuuteensa. Tämän ohella oli lukuisia sopimuksellisia rasitteita ja jokaista, joka rasitetta käytti, suojattiin hallinnan perusteella. Näitä oli jo ennen roomalaisen oikeuden tuloa ilman että niitä olisi muodostettu selvän käsitteen mukaiseksi tietoisuudeksi. Reseption jälkeen ne voitiin järjestää yleisen roomalaisen opin alaisuuteen. Myöhemmässä lainsäädännössä ne on saatettu roomalaisen oikeuden peruslauseiden mukaiseksi. Mutta faktisissa suhteissa kiinteistörasitteiden ”lukuisampi monimuotoisuus” on Saksassa säilynyt.

Stobben esitys on sillä tavalla systemaattinen, että hän esittää ensin joitakin yleisiä huomioita, minkä jälkeen seuraa rasitteiden yksittäisten lajien esittelyä. Ks. Stobbe II § 97. Rasitteiden jälkeen seuraa oma, varsin lyhyt kappaleensa emphyteusiksesta ja superficiesista (§99). Systematiikasta voidaankin todeta, että luvun erityisissä kappaleissa näkyy vielä traditionaalisempi järjestys, jossa edetään erilaisten tilojen ja hallintojen ja nautintojen kautta, esittelemällä niiden monimuotoisuutta, siis ilman että ”esinettä” olisi abstrahoitu yleiseksi. Nimenomaan eri tiloihin nähdään kiinnittyvän erilaisia oikeuksia; tarkastelua hallitsee tilojen erilaisuus ja konkreettisuus. Stobben esityksessä tämä on kuitenkin vain jonkinlainen kaatoluokka: systemaattisen esityksen jälkeen jää rippeitä, jotka on saatava esiteltä.

erityislakeihin perustuvia poikkeuksia.³⁰⁸ Rothin tiivistys on omiaan korostamaan omistuksen ja oikeuskelpoisuuden läheistä liittymistä toisiinsa.

Saantolajeista puhuessaan Roth käy ensiksi keskustelua mahdollisista erotte-lukriteereistä. Tämä onkin varsin kiinnostavaa kootessaan useampia eri lähtö-kohdista kehittyneitä jaotteluita. Roth ottaa taas ensin esille (alkuperäisen) roomalaisen oikeuden ja kertoo, että roomalainen oikeus erottaa siviili- ja naturalisaannon. Toiseksi ovat vuorossa gemeinoikeudelliset kriteerit, joita on useampia ja joista Roth samalla mainitsee eri versioiden edustajia. Niinpä on esitetty erottelua alkuperäisiin ja johdannaisiin saantoihin (*Puchta, Arndt, Sintenis, Wächter, Holzschuher, Baron, Randa*), successioon perustuvaan ja ilman sitä tapahtuvaan ja valmistamiseen ja yhdistämiseen (*Windscheid*), saantoon haltuunoton edellytyksellä tai sitä ilman (*Vangerow, Keller*), ja saantoa uusiin, herrattomiin tai vieraisiin esineisiin (*Förster*). Toiset kuitenkin esittelevät vain erilaisia lajeja ilman luokittelua. Niin ikään uudemmat lait noudattavat omia jaotteluitaan. Preussin laissa on jako välittömiin ja välillisiin saantolajeihin; Saksin BGB käsittelee erikseen kiinteän ja irtaimen saantoja; Itävallan ABGB erottaa saannot haltuunoton, kasvun ja hylkäämisen perusteella ja ranskalainen Code Civil erottelee saannot lain, omistajan tahdon ja hallinnan/nautinnan perusteella. Rothin tiivistelmä osoittaa havainnollisesti kriteerien moneutta Roth itse valitsee saantolajien jakamisen alkuperäisiin ja johdannaisiin.³⁰⁹

Huomionarvoista on se, että vaikka Roth kiinnittää huomiota lakien systema-tiikkaan, hän päättyy käyttämään ”gemein-oikeudellista” alkuperäiset/johdan-naiset jakoa.³¹⁰

Alkuperäisiä saantoja ovat:

- (1) tähänastisesta omistuksesta riippuvaiset:
 - 1a. hedelmien saanto
 - 1b. yhdistäminen
- (2) tähänastisesta omistuksesta riippumattomat:
 - 2a. occupatio, alaryhminään: 1. herrattomien esineiden occupatio, 2. löytö, 3. aarre ja 4. sotasaalis
 - 2b. pakko-ottaminen
 - 2c. vieraan esineen hedelmien saanto
 - 2d. työstäminen
 - 2e. nautinta (*Ersitzung*); varsinainen ja epävarsinainen

³⁰⁸ Roth III §241/s.196 s.

³⁰⁹ Ks. Roth III §242.

³¹⁰ Tämä ei ole sama kriteeri kuin esim. ALR:n välittömät/välilliset, vaan vain muistuttaa sitä. Ks. Roth III alaviite pykälän 242 kohdalla.

Johdannaisia saantoja ovat:

- (1) tuomarin tuomiioon perustuvat
- (2) omistuksensiirto; alaryhminään:
 - 2a. irtain
 - 2b. kiinteä³¹¹

Poimin Rothin esityksestä joitakin mielestäni tärkeitä huomioita.

Yksinkertaisinta tilannetta omistussaannoissa edustaa hedelminä esiintyvä tuotto.³¹² Yhdistäminen on jo moninaisempi kysymys.³¹³ Rothin selvitys osoittaa, että hedelmätuoton ja yhdistämisen kohdalla on kysymys alkuperäisestä saannosta ensisijaisesti siinä mielessä, että syntynyt tai muodostunut omistusesine ymmärretään pääesineistä erotetuksi. Alkuperäinen viittaa siis tässä objektin ”alkuperäisyyteen”, joka on luonteeltaan käsitteellinen määrittelykysymys eli kysymys itsenäisen esineen kriteereistä. Uuden esineen omistajuus määräytyy kuitenkin pääesineiden omistajuuksiin nojautuen. Niinpä Rothin näin ensimmäiseksi alkuperäiseksi saantolajiksi erottama ryhmä sijoittuu nimenomaan saannon kannalta tosiasiaa lähemmäs toista ryhmää eli johdannaisia saantoja.

Alkuperäisten saantojen ryhmä siinä merkityksessä, että aikaisempi omistus ei määritä saannon saajaa, sisältää sekin useammanlaisia tilanteita, joissa Rothin ryhmittelyperusteena käyttämä kriteeri vaihtelee. Ensimmäiseksi sijoitettu valtaus viittaa ensisijaisesti siihen tekijään, jonka katsotaan tuottavan omistusoikeuden. Valtaussaannon sisäinen alajaottelu taas erottelee niitä eri tilanteita, joissa valtaus tulee kysymykseen. Tämän erottelun pääjako kulkee akselilla alkuperäisesti herraton/herrattomaksi tullut tai sellaisena pidettävä, vaikkakin Roth esittelee jälkimmäisen ryhmän vain kasuistisesti. Valtauksen jälkeen seuraavat muut alkuperäiset saannot taas eroavat omaksi ryhmäkseen nimenomaan erotukseksi valtauksesta ja verrattuna valtauksen sisältämään erotteluun alkuperäisesti/jälkiperäisesti herraton. Näissä muissa nimittäin saantoon ei riitä pelkkä valtaus eikä kysymys ole herrattomasta esineestä, vaan niissä päinvas-

³¹¹ Kiinteä on alajaoteltu edelleen tradition, transkription ja tuomioistumellisen Auflassungin oikeusalueisiin.

³¹² Roth toteaaakin (§243) hedelmien saannosta vain sen, että luonnolliset hedelmät ovat gemein-oikeudellisesti erottamiseensa asti pääesineen osia. Ne lankeavat erottamisen jälkeen omistajan omaisuudeksi ja gemein-oikeudellisesti vastaavasti emphyteutalle. Sama peruslause pätee saksalaisessa, itävaltalaisessa ja ranskalaisessa oikeudessa. ALR:n mukaan hedelmät kuuluvat jo syntymisessään omistajan omaisuuteen.

³¹³ Roth toteaa (§244) ensin yleisesti, että omistussaan to yhdistämisen (Verbindung) perusteella tulee kysymykseen silloin, kun esine yhdistetään sillä tavalla toiseen, että se ei enää ole itsenäisenä olemassa, ja siihen pätevät sitten ”seuraavat peruslauseet”. Roth siirtyy esittelemään asiaa a. irtaimen yhdistämisenä kiinteään esineeseen (missä pääsääntö on se, että irtain tulee kiinteän omistajan omistukseen); b. kiinteän esineen alueellisenä laajentumisena; ja c. irtainten yhdistämisenä.

toin kumotaan omistajan oikeus. Tämä jälkimmäinen kriteeri taas erottaa ne toisesta pääryhmästä eli johdannaisista saannoista.

Valtauksen käytännöllisestä asemasta ei Rothin esityksen pohjalta synny kovin selvää kuvaa. Roth määrittelee occupation (§245) niin, että se on ”jokainen saantolaji, jonka kautta omistus saadaan yksipuolisen haltuunoton kautta. Occupation edellytyksenä on esineen herrattomuus”. Roth toteaa, että roomalaisen oikeuden mukaan occupatio oli mahdollinen vain esineisiin, jotka laki selitti herrattomiksi tai jotka niiden omistaja oli hylännyt. Tätä lähtökohtaa oli kuitenkin saksalaisissa maa-oikeuksissa laajennettu. Niinpä occupatio on mahdollinen myös esineisiin, jotka selitetään myöhemmin herrattomiksi.

Tietty merkitys lienee myös sillä, että Roth viittaa occupation osalta ensiksi romanistikirjallisuuteen eli Gesterdingiin, Pagenstecheriin, Schmidiin, Windscheidiin, Stobbeen, Försteriin, Dernburgiin. Varsinaisen määritelmän jälkeen ja nimenomaisesti herrattomuusedellytyksestä hän viittaa lainkohtiin, ensimmäiseksi roomalaiseen oikeuteen (§12 Inst.2.1.), sen jälkeen Baijerin lakiin, Saksin BGB:iin sekä Itävallan ABGB:iin. Roth jatkaa, että Code civilessä on toinen lähtökohta; sen mukaan herrattomat esineet kuuluvat valtiolle, mutta herrattomien esineiden occupatio ei ole kokonaan poissuljettu. Se on kuitenkin mahdollinen vain sellaisten osalta, joihin valtiolla ei ole privilegioitua oikeutta. Occupatio esitellään näin jonkinlaisena alkutilanteena, jonka alue on sittemmin kaventunut liittyen siihen, ettei herrattomuusedellytystä juuri ole.

Ensimmäisenä occupation kohteena Rothin esittelyssä ovat herrattomat esineet. Mitä sellaiset ovat? Kuten edellä jo havaittiin, Roth selvittelee kysymystä sellaisella jäsennyksellä, jossa alkuperäisesti herrattomien esineiden jälkeen luetteloidaan eri tavoin jälkiperäisesti herrattomat esineet. Roth yhdistelee tässäkin useampia kirjallisuudessa käytettyjä kriteereitä.

Alkuperäisesti herrattomiin esineisiin kuuluvat – Rothin toteamana ilmeisen itsestäänselvästi – kaikki sellaiset, jotka eivät ole olleet kenenkään omistuksessa. Alkuperäinen herrattomuus tarkoittaa tätä. Näihin nähden pätee Rothin mukaan ”se peruslause, että sikäli kuin ei ole olemassa lakisäänteistä kieltoa, kuka tahansa voi ne occupoida”. Juuri tämän kohdan alaviite osoittaa roomalaisen oikeuden tietyn, lukuisissa teksteissä edellytetyn kohdan (§12 Inst.2.1; 1.3 D.41.1). Oppikirja-auktoriteettina Rothilla on Windscheid (§ 184,1).³¹⁴

Voidaan sanoa, että Roth siten tässä tuo julki sen normi- ja tulkintaperustan, joka on jokseenkin luonnollinen pohja sille, miksi juristikirjallisuudessa valtaus tavanomaisesti on ensimmäisenä esillä. Erityisesti silloin, kun muu filosofisempi pohdiskelu jätetään sivummalle ja omaan kirjallisuuteensa, omistuksen alkuperäkeskustelun ulottuvuus määrittyy saantokeskusteluksi, jossa omistujajärjestyksen perusta muotoutuu valtauserustelun pohjalta. Tämän perustan

³¹⁴ Vasta tämän jälkeen seuraa Preussin ALR I.9.7 ja Förster §174 ja edelleen Saksin BGB 227.228 ja Itävallan ABGB §382 (ja viittaus tuohon ranskalaisen lain poikkeavaan kantaan).

tunnistamisen jälkeen on tietysti jäljellä kysymys siitä, kiinnitetäänkö tuo perusta viime kädessäkin lakiin (tiettyyn auktoritatiiviseen normiainekseen) vai onko se ymmärrettävä historiallisena tai filosofisena. Selvää on se, että alkupe-
räisten saantolajien merkitys sittemmin tai aikalais/nykyisnäkökulmasta näh-
dään jokseenkin rajallisenä. Sellaisena ne esitelläänkin. Teksteissä valtauksen
lähtökohtaisuus yleisenä periaatteena ei tästä kuitenkaan varsinaisesti muren-
nu, pikemminkin kysymys on siitä, että ”periaate ei enää löydä sovellutuskoh-
teita”.

Rothin mukaan nimenomaisesti herrattomia esineitä ovat: 1. merentuotteet,
2. villit eläimet (siinä määrin kuin ne eivät kuuluneet metsästyssääntelyn alai-
suuteen) ja 3. mehiläiset (mutta eivät pöntössä olevat).

Luettelon jälkeen Roth jatkaa yleisemmin, että peruslauseeseen, jonka mu-
kaan luonnostaan herrattomat esineet ovat kenen tahansa occupoitivassa, on
poikkeus silloin, jos laki tunnustaa jollekulle johonkin yksittäiseen esinelajiin
privilegioidun occupatio-oikeuden. Tällaisia sääntöjä on esim. mineraalien
osalta, jotka on kaivoslaissa pidätetty kaivoksen omistajan vallattavaksi, ja
metsästyseläinten osalta, jotka on pidätetty metsästyksen oikeutetuille, sekä
kalojen osalta niin julkisissa kuin yksityisissäkin vesissä. Yksittäisten oikeuk-
sien mukaan valtiolla on privilegioitu occupatio-oikeus sellaiseen autioon maa-
han, joka ei ole kenenkään omistuksessa.³¹⁵

Rothin esiin nostama rajoitus ei siis kiistä omistuksen saamista valtauksen
perusteella, vaan toteaa vain sen, että mahdollisuus valtaamiseen ei mainituissa
tilanteissa ole kaikille samalla tavalla avoimena. Maasta ja kiinteistöistä Roth
ei tässä yleisemmin puhu, mikä tietysti kuvastaa sitä, että sellaista maata, joka
ei olisi kenenkään omistuksessa, ei juuri ole. Jos sellaista on, oikeus siihen taas
osoitetaan useimmiten valtiolle tai yhteisölle.

Ensimmäisenä jälkipärisesti herrattomien luettelossa on löytö. Roth esitte-
lee tässä ensiksi hylätyt esineet. Nämä ovat ”esineitä, joiden omistuksen niiden
omistaja on hylännyt ilman toiselle siirtämistä”. Roth viittaa taas ensiksi roo-
malaiseen oikeuteen (§47 Inst.2.1.), sitten Baijerin lakiin (II.3.5), ALR:iin
(I.9.10) ja Saksin BGB:iin (§228). Hän huomauttaa lisäksi, että Saksin laki
(§294) edellyttää tässä kiinteän omaisuuden osalta tuomioistuimen selitystä
siitä, että omaisuus on hylätty, herraton. Rothin mukaan näihin päti se peruslau-
se, että ne tulevat valtaajan omistukseen haltuunoton kautta.³¹⁶

Kiinteän omaisuuden ja kiinteistöjen kaksinainen asema näkyy Rothinkin
tekstissä. Se näkyy erikseen myös hylätyn esineen kohdalla. Valtauksen lähtö-
kohta, ”peruslause”, saantona koskee hylkäämisen kautta herrattomaksi tullutta

³¹⁵ Roth viittaa tässä Baijerin lakiin, ALR:iin ja Itävallan lakiin, ja mainitsee senkin, että yksit-
täisten lakien mukaan herrattomien kiinteistöjen occupatio-oikeus kuuluu Stadtgemeindelle sen
Feldmark-alueella.

³¹⁶ Viittaukset osoittavat: §47 Inst.2.1., Schmid; ALR I.9.14., Förster, Windscheid; Baijerin laki
II.3.2.; Sachsen BGB §227; Itävallan ABGB §386; ja Code civilen mukaan ne kuuluvat valtiolle.

kiinteääkin, mutta poikkeuksista havaitaan, että herrattomuus voidaan poistaa ja on ilmeisesti ainakin valtaosin poistunut. Tällöin valtaus haltuunottamisena ei enää voi tuottaa saantoa. Roth ryhmittelee peruslauseeseen asetetut poikkeukset kahteen: a. ne hylätyt kiinteistöt (Immobilien), jotka yksittäisten maa-oikeuksien mukaan kuuluvat valtion omistukseen, ja b. rantatilat (Strandgüter), jotka uudemman oikeuden mukaan (Roth viittaa säännökseen v. 1874) on suljettu vapaan occupaation ulkopuolelle.³¹⁷

Löydönkin osalta on huomionarvoista, että Roth taas kertoo ensin roomalaisen oikeuden kannan. Sen mukaan löytö ei ollut saantolaji, mutta omistajan ei ilmoittautuminen (kanteella omaansa vaatimaan) oli saantoperuste löytäjälle. Tämä tietysti edellytti omistajan kanteen vanhentumista. Rothin mukaan tämä on myös gemein-oikeuden lähtökohta ja tulee sovellettavaksi myös maa-oikeudessa, jos asiaa ei siinä ole toisin säännelty. Useampi maa-oikeus tunnustaa, että löytäjä voi tietyissä olosuhteissa saada löytöesineen omistusoikeuden. Tämä on ratkaistu kahdella tavalla. Toisten oikeuksien mukaan löytäjä voi saada omistusoikeuden nautinnan kautta, toisten mukaan on ediktillä ensin vahvistettava löytöesineen herrattomuus. Tällöin löytäjästä tulee haltuunottamisen perusteella omistaja.

Valmistamisen Roth – luonnollisesti – määrittelee koskemaan vain irtaimia esineitä. Niinpä valmistaminen (§248) on kyseessä silloin, kun irtainta esinettä muotoillaan sillä tavalla, että siitä syntyy uusi esine. Roth viittaa erilaisiin käsityksiin roomalaisessa oikeudessa. Sabiniaanit pitivät tapahtunutta accessio-na (liittämisenä), jossa työ liitetään esineeseen, joka (edelleenkin) kuului (esineen) materiaalinomistajalle. Proculejaanit taas katsoivat valmistamisen merkitsevän vanhan esineen hävittämistä, minkä jälkeen uusi esine tuli occupationa työstäjän omistukseen. Kolmannen välittävän kannan mukaan jokainen uusi esine, jota ei enää voitu palauttaa aikaisempaan hahmoonsa, lankesi tekijälle/työstäjälle. Tämän Justinianus otti sitten säännöksi ja näin siitä tuli voimassa olevaa oikeutta. Edelleen kuitenkin kiisteltiin siitä, tuliko työstäjän olla hyvässä uskossa vai saiko tämä aina omistuksen. Rothin mukaan instituution muotoutumisen perusta on preussilaisessa ja saksilaisessa oikeudessa tämäntyyppinen ja näissä vaaditaan bona fidesta (vaikkakin tästä on erilaisia tulkintoja). Materiaali pitää joka tapauksessa korvata. Itävaltalainen ja ranskalainen oikeus ovat toisenlaisia. Esineestä, jota ei voida enää palauttaa tilaansa, tulee yhteisomistuksen kohde. Erilaisia sääntöjä on lisäksi siitä, kumpi (työstäjä vai omistaja) saa lunastaa esineen.

Loppuosa luettelon selvityksistä koskee varsin yksityiskohtaisesti nautinta-saantoa (Ersitzung), sen eri lajeja ja tilanteita. Rothkin toteaa, ettei se alun perin kuulunut lainkaan saksalaiseen oikeuteen, vaan on roomalaisen oikeuden insti-

³¹⁷ Roth viittaa a-kohdasta Baijerin lakiin ja ALR:iin, mutta viittaa lisäksi tiettyihin preussilaisiin erityissäännöksiin, joihin sisältyy valtausoikeuksia yhteisalueilla.

tuutio. Johdannaisia saantoja Roth selvittelee niin ikään laji lajilta, mutta tässä yhteydessä tästä jaksosta on tarpeen todeta vain Rothin monet korostukset roomalaisen ja saksalaisen oikeuden systemaattisesta erosta suhtautumisessa irtaimen ja kiinteään omaisuuteen.³¹⁸

Voidaan siis sanoa, että Rothin monessa yhteydessä korostaman peruslauseen mukaan herrattomat esineet ovat haltuunottajan occupoitivissa ja tämä koskee myös maata. Roth ei tässä kaipaa mitään erityisiä lisäsuorituksia, vaan edellyttää vain haltuunottoa, omaksi ottamista. Tämä lähtökohta näkyy asioiden tarkastelussa ja peruslauseissa, joista muunnokset ovat poikkeuksia. Samalla on tietysti todettava se, että herratonta maata ei juurikaan nähdä olevan enää jäljellä occupoitivaksi. Näin kysymys erityisesti maan osalta on pikemminkin periaatteellisesta lähtökohdasta kuin sellaisesta säännöstä, joka useinkaan tulisi sovellettavaksi. Ylipäätään näissä tekstikohdissa ei useinkaan oteta maata nimenomaisesti puheeksi. Pikemminkin valtaus esitellään ensin yleisenä, kaikenlaisia esineitä koskevana lähtökohtana, ja sen jälkeen esitellään erityisiä esineitä (kohteita), joiden osalta sillä edelleen on merkitystä saannon kannalta. Rivien väleistä havaitaan, että maan osalta valtauksen edellytyksiä (herrattomuutta) ei enää juuri ole, mutta se, milloin ja millä perusteilla muutos on tapahtunut jää usein tarkemmin selvittämättä. Se vain todetaan.

6.4.4 Systematisoitu oikeus ja saksalaisten erityispiirteiden puolustaminen. Tradition edustajina Gerber ja Gierke.

6.4.4.1 Puhdistettu ajattelu irtaantuu satunnaisista aineksista

Walter Wilhelm viittaa juridista metodioppia koskevassa tutkimuksessaan lausumaan, jonka mukaan lainoppi on ”puhdistettua ajattelua” (gereinigtes Denken). Tässä tiivistyy hänen mukaansa 1800-luvun saksalaisessa oikeustieteessä hahmoteltu tieteenteoria. Puhdas tarkoittaa päämääränasetteluista ja arvoista riippumatonta, pelkästään formaalien kategorioiden varaan ja loogisen ajattelun todistusvoimaan perustuvaa positiivisen oikeuden esittelyä. Määrätyn positiivisen oikeuden lohkon dogmatiikan tieteellinen tehtävä oli oikeusinstituutioiden konstruomisessa, yksittäisten oikeuslauseiden palauttamisessa yleisempiin käsitteisiin ja toisaalta näistä käsitteistä seurauksiin johtamisessa. Oikeusinstituution tarkoituksin oli loogisella analyysillä selvitettävissä, mitä ei tullut sekoittaa hyöty- tai tarpeellisuuspohdintaan. Instituution päämäärä oli sen käsit-

³¹⁸ Omistuksenluovuttamisen tarkastelun johdannoksi Roth toteaaakin, että roomalainen oikeus tarkasteli irtainta ja kiinteää samalla tavalla, niin että omistus siirtyi traditiolla, mutta saksalaisessa oikeudessa säännöt olivat alun pitäen erilaiset; irtaimen osalta siirto täyttyi hallinnansiirrolla (Uebergabe), kiinteän osalta vaadittiin formaaliakti eli Auflassung. Roomalaisen oikeuden reseptio muutti näitä sääntöjä, mutta ei kuitenkaan poistanut peruseroa. Ks. Roth III §253.

teessä ja siten selvitettävissä erittelemällä sen loogiset elementit. Puhtaasta ajattelusta tuli esimerkiksi juridisen valtio-opin tieteellinen periaate, mitä Wilhelm esittelee tarkastelemalla *Paul Labandin* käsityksiä.³¹⁹ Oikeustiedettä ei välttämättä tarkoitettu kokonaan erottaa henkietieteistä, mutta dogmatiikan tieteellinen muoto ja tapa haluttiin rajata ”positiivisen oikeusmateriaalin loogiseen hallintaan käsitteiden avulla”. Lainopin välineinä oli formaalin logiikan ohella juridisten kategorioiden etusija.

Kritiikkiäkin esiintyi. Erityisesti Wilhelm viittaa Labandin ja Otto Gierken väliseen kiistaan, jossa ei ollut kysymys vain juristien välisestä erimielisyydestä, vaan ylipäätään siitä, miten yhteiskunnallisen elämän tieteellinen ymmärtäminen piti nähdä. Varsinainen kysymyshän ei ratkennut, vaikka dogmatiikan ohelle hyväksyttiin muutakin oikeustiedettä. Olennainen kysymys koski sitä, oliko dogmatikka mahdollista (tai toivottavaa) ilman taloudellisia, historiallisia, poliittisia, filosofisia ym. elementtejä.

Tarkastelen seuraavassa vielä kahta germanistilinjaa edustajaa, joilla oli lähes vastakkainen käsitys siitä, millä tavalla saksalaisesta oikeudesta tehdään tiedettä ja millainen yhteys yhteiskunnallis-sosiaalis-taloudellisen ja oikeudellisen aineksen välillä pitäisi olla. Esityksissä on kuitenkin kiinnostavalla tavalla myös yhtäläisyyksiä. Kysymys on C. F. Gerberistä (1823–1891), joka omalla tavallaan vei päätökseen saksalaisen oikeuden systematisoimisen,³²⁰ sekä jo mainitusta Otto von Gierkeästä (1841–1921), jonka puolestaan voi sanoa väsymättä pyrkineen puolustamaan saksalaisen oikeuden erityispiirteitä.³²¹

³¹⁹ Laband lähti tieteenteoriassaan siitä, että oikeuden looginen rakenne oli sen reaalisen yhteiskunnallisen liitännän täysi ilmaisu. Niinpä yhteiskunnallisten intressikonfliktien oikea tunnistaminen ja käsitteleminen tapahtui juuri normissa ilmenevien ristiriitaisten intressien loogisten suhteiden erittelyn kautta. Labandin teoria ei ole Wilhelminkin tutkimuksen varsinaisena kohteena. Se on pikemminkin esimerkki ajattelutavasta, jolle etsitään yleisempää ymmärrettävyyttä ja syntyperustaa siitä, miten saksalaisen oikeustieteen metodioppi 1800-luvulla kehittyi. Wilhelm tarkastelee Labandin ohella laajasti mm. Savignyn, Puchtan, Gerberin ja Jheringin käsityksiä. Wilhelminkin idean mukaan Laband vain siirsi yksityisoikeuden puolella kehittyneen tieteellisen käsityksen valtio-opin perustaksi. Ks. Wilhelm s. 7 ja 13. Wilhelminkin tutkimusta voidaan pitää klassikkona, joka on pitkälti muotoillut sen käsityksen, joka 1800-luvun käsiteläinopin systeemistä vallitsee.

³²⁰ Gerberistä Juristen s. 229 s. Siviilioikeustieteestä siirtynyt Gerberä pidetään modernin saksalaisen valtio-oikeustieteen perustajana. Hänen perintöään on erityinen tahtoteoreettinen leima ja tältä pohjalta kehitellyt valtio-oikeudelliset peruskäsitteet. Ks. myös Wilhelm s. 88 s. Wilhelminkin tarkastelussa Gerber ja Rudolf Jhering edustavat germanistista ja romanistista esimerkkiä siitä, miten uudesta juridisesta lainopista tulee hallitseva ja nimen omaan produktiivinen. Tämä metodinen kysymys ei siis Wilhelminkin arvion mukaan erottanut suuntauksia (eli ollut tunnusmerkillistä vain romanisteille), vaan päinvastoin yhdisti.

³²¹ Gierkeä Juristen s. 232–234. Gierke toimi professorina mm. Heidelbergissa ja Berliinissä. Gierke oli Beselerin oppilas ja viimeinen suuri germanisti historiallisen koulun traditiossa. Gierke tunnetaan erityisesti kritiikistään liian romanistiseksi, kansalle vieraaksi ja sosiaalipoliittisessa mielessä yksipuolisen individualistiseksi ymmärtämäänsä BGB-ehdotusta vastaan. Gierken mittava työ ulottui oikeushistorian, oikeusdogmatiikan ja oikeuspolitiikan alueille.

Gerber on tavanomaista lukea nimenomaan julkisoikeudessa vaikuttaneeksi tutkijaksi, mutta hän on varsin tärkeä henkilö myös yksityisoikeuden systeemin rakentamisen kannalta. Esineoikeuden näkökulmasta Gerber on jopa havainnollisempi esimerkki kuin esim. Savigny tai Jhering. Tämä liittyy siihen, että Gerberin teksteissä on eksplisiittisesti kysymys saksalaisen oikeuden yhdistämisestä roomalaiseen ainekseen tavalla, jonka tuloksena saksalainen oikeus saavuttaisi tieteellisiä käsityksiä vastaavan systematiikan. Puchtan oppilaana Gerber hahmotteli saksalaisen oikeuden romanistien esittämän mallin mukaiseksi ja näin omasta näkökulmastaan saattoi loppuun ne kehittelmät, joita häntä edeltäneet germanistit olivat aineiston kokoamisessa ja jäsentämisessä tehneet.³²² Gerber itsekin näki tehtävänsä tämän tapaisesti.

Mielestäni Gerberin tuotanto osoittaa sen, miten edellä Stobben ja Rothin myötä jo varsin pitkälle hahmottunut systeemiajatus aineksineen vietiin läpi germanistilohkolla. Roomalaisen oikeuden ja romanistien kehittämän mallin ohella Gerberin tekstissä on esillä myös se, miten käsitteistöä sovelletaan saksalaiseen ainekseen sen kohottamiseksi tieteelliselle tasolle. Gerberin tekstissä esitellään paljon saksalaisen oikeuden sellaistaakin ainesta, joka osoittaa sen historiassa olevan hyvin toisenlaisia oikeudellisia piirteitä, mm. omistuskäsitteistössä. Näin Gerberia muihin germanisteihin yhdistävä tekijä on saksalaisen aineksen laaja esittely ja tätä kautta tradition muokkaaminen ja edelleenkuljettaminen. Vaikka omistuskäsitteeksi esitetään absoluuttinen roomalaisoikeudellinen omistus (määritelmänä), muu aines suhteellistaa määritelmän merkitystä. Tämän piirteen korostaminen on mielestäni tärkeää. Näin Gerberin esityksestä saadaan lisää selityspohjaa sille, minkälainen aines ja käsitteellinen traditio kannattelee viime kädessä omistuserusteluun liittyvää keskustelua.

Tuovatko germanistien painotukset jotakin lisää pohdintoihin 1800-luvulla hahmottuneen saksalaisen yksityisoikeuden ja lainopin luonteesta, erityisesti kysymyksenä valtion mahdollisuuksista säännellä ja määritellä oikeuden sisältöä? Kysymyksellä on välitön liittymänsä omistukseen nimenomaan silloin, jos germanistien nähdään sitoutuvan romanistien muotoilemaan omistuskäsitteeseen, ja tämän käsitteen nähdään absoluuttisena estävän puuttumisen omistajan

³²² Gerber, *System des Deutschen Privatrechts* (16. Aufl., 1891; ensimmäinen painos ilmestyi v. 1848). Yleisessä osassa tarkastellaan oikeuden syntymistä yleensä sekä oikeussuhteita. Viimeinen oikeussuhteita-osio sisältää eniten ainesta jaoteltuna kolmeen päälohkoon: henkilöstä (fyysisistä ja juridisista) ja oikeuksien kohteesta eli esineestä, oikeuksien syntymisestä ja päättämisestä sekä oikeuden suojasta. Jaksojen sisällä on hyvin hajanaista ainesta. Oma merkityksensä on sillä, että laajin on oikeussuhdetta koskeva osio. Tämähän oli se kategoria, joka saksalaisen oikeuden kohdalla oli hallitsevin (vrt. varsinaiset oikeudelliset instituutiot). Gerberin systematiikasta on syytä todeta se, että ensimmäinen osa käsittelee yleiset opit ja toinen osa muun ”viiden kirjan” järjestelmän: ensin ovat oikeudet esineisiin, toisena oikeudet toimiin (Handlungen), kolmantena oikeudet henkilöihin ja neljäntenä perintöoikeus. Esineoikeusjakso on jaettu kahteen osaan, jossa ensimmäinen osa koskee omistusoikeutta (Das Eigenthum), toinen osa oikeuksia vieraisiin esineisiin (Rechte an fremden Sachen).

määräämisvaltaan ja sen laajuuteen tai ainakin rajaavan sääntelyn poikkeukselliseksi.

Germanistit eivät ainakaan korostaneet oikeuden lähtökohtana yksilöä tai yksilön turvaamista valtiota vastaan. Germanisteille tyypillisen käsityksen mukaan ihminen nähdään ensisijaisesti yhteisön jäsenenä ja yhteisö ruumiillistuu kansassa, joka on oikeuden viimekätinen lähde. Varsinkin Gierke puhui tunnustusti siitä, miten kansa ilmeni kollektiivisena olentona. Gierke ei kuitenkaan esittänyt kansaa valtiolle vastakkaiseksi. Hänen mukaansa oikeus ja valtio juontavat molemmat juurensa kansasta ja ruumiillistuvat lainsäätäjässä, jolloin oikeusidea vaikuttaa vain lain kautta.³²³

Myös Gerberin käsityksen mukaan oikeus ”normaalisti” muodostui historiallisesti kansan siveellisen tietoisuuden elementtien kehittymisen mukana ja siis tässä mielessä yksityisoikeuden oman sfäärin puitteissa, ilman erityistä ylhäältä tapahtuvaa lailla säätämistä. Saksalaisen oikeuden kohdalla näin ei vain ollut päässyt käymään. Gerberin mukaan saksalainen oikeus tarvitsikin kirjallisuuden systematisoivaa tukea tullakseen esille ja muotoutuakseen kunnona.³²⁴ Gerber suositteli tähän erityisesti vertailuja, joiden avulla voitiin nähdä tarkemmin, mikä oikeusperiaate on ”oikea” eli vastaa orgaanista muodostumisesta erotukseksi sellaisesta, joka on tosiasiallisesti vain satunnaista ja siis ohitettavaa. Tässä piti kuitenkin olla varovainen; vaarana oli kiinnittyminen vain ulkoisesti samankaltaiseen.³²⁵ Gerber siis huolehti koko ajan oikeuden historiallisesti muodostuneiden aineiden systematisoimisesta niin, että esiin saataisiin yleisenä kestävä, ei niinkään satunnainen ja vaihteleva.

Korostukset oikeuden muotoutumisesta kansan ja yhteisön kehittymisen myötä toivat joka tapauksessa germanistien teksteihin yhteisöolottuvuuden, jonka perustalle ei rakentunut periaatteellista yksilön ja valtion vastakohtaa. Oikeuden nähtiin hahmottuvan ”yksityisen toiminnan” lohkolla, jonkinlaisena omana kehityksenään, mutta valtiolla oli tehtäviä ja velvollisuuksia ja se voi niistä käsin puuttua yksityisoikeuden puolelle ja määritellä sen sääntöjärjestelmän kehittymistä. Tällaiset näkökulmat tulivat lisäksi aikaisempaa vahvemmin esiin vuosisadan loppupuolella jo siksi(kin), että ”vapaan kehityksen” haitta-vaikutukset alkoivat näkyä selvemmin ja näin niihin tultiin ottaneeksi kantaa.

Systeemiajastusta, sen autonomisuutta ja siis käsitteellistä suljettuisuutta voidaan tarkastella myös konkreettisemmin kysymyksenä siitä, miten roomalais-käsitteellinen aines ja saksalais-materiaalinen aines kulloinkin soviteltiin yhteen. Esimerkiksi Gerber ajatteli selvästi saksalais-materiaalisen aineksen olevan aina samalla jotenkin suoraan yhteiskunnallis-taloudellissosiaalisia raken-

³²³ Ks. Nörr s. 47. Nörr toteaaakin, että Gierken konseptiossa yksilö ja yksityisoikeus ovat alisteisia yhdistyksille (Verbände) ja nämä valtiolle (joka on yhdistymisen korkein muoto) ja tämä valtio-, julkis- ja sosiaali-oikeudelle.

³²⁴ Tämänäsuuntaisesti esim. Gerber s. 37.

³²⁵ Gerber s. 37 s.

teita kuvastavaa, sellaista, joka vain nousi tältä pohjalta. Näin siis linkki oikeuden ja yhteiskunnan välillä nähtiin ”suorana”, mutta varsinainen kysymys koski sitä, tyydyttivätkö tällä tavalla muodostuneet oikeussuhteet tieteellisiä vaatimuksia. Gerber näki asian niin, että saksalaiset oikeussuhteet eivät olleet olleet riittävän vahvoja pystyäkseen luonnolliseen tapaan ja ilman vieraan oikeuden häirintää kehittymään oikeaksi oikeusinstituutioiden systeemiksi, käsitteistöksi, jonka vahvuus on kokonaisuudessa ja instituutioiden suhteissa. Gerber hahmottelee ainesten suhteen jotenkin niin, että muunkinlaista kuin roomalaiskäsitteellistä ainesta voi olla, kunhan se on käyttökelpoista (jonkun erityisen oikeussuhteen kuvaajana) ja kunhan se ei ole ristiriidassa (oikean roomalaisen) systeemin käsitteiden kanssa. Mutta ongelmiin tullaan, jos ja kun roomalaisen oikeuden esittämä ajatellaan loppuunsa hiottuna systeeminä. Silloin kai vieras aines on siihen jokseenkin aina sopimaton? Minkä verran Gerber siis lopulta antaa tilaa saksalaisille elementeille? Gierke löytää tätä tilaa paljon, mutta ei hänkään kiistä esineoikeudellisen käsitteistön systemaattista merkitystä. Päinvastoin. Keskeinen anti Gierken omistuskäsitteepohdintoissa koskee nimenomaan sitä, miten roomalaisoikeudellinen omistumääritelmä on vaikuttanut saksalaiseen omistusjärjestelmään niin, että moderni omistusoikeus hahmottuu yhdistelmänä aineksista, jotka vaikuttavat pikemmin roomalais- kuin saksalaisperäisiltä.

6.4.4.2 Roomalaisen oikeuden tervehdyttävä vaikutus saksalaiseen oikeustietoisuuteen

Gerber ilmaisee saksalaista oikeustiedettä koskevissa puheissaan ja alustuksissaan hyvin selvästi sen, miltä pohjalta ja mihin suuntaan saksalaista oikeustiedettä olisi kehitettävä.³²⁶ Näillä linjauksilla on välitöntä merkitystä hänen yksityisoikeudellisten kirjoitustensa ymmärtämisen kannalta. Niinpä Gerberin virkaanastujaispuhe ”saksalaisen oikeustieteen piirteet” todistaa ennen kaikkea hänen myönteisestä suhtautumisestaan roomalaiseen oikeuteen. Gerberin mukaan roomalaisen oikeuden omaksumisella on ollut tärkein ja merkityksellinen vaikutus saksalaisen oikeuselämän muotoutumiseen. Roomalainen oikeus tuli ikään kuin oikealla hetkellä ”nuorentavine vaikutuksineen hedelmöittämään” saksalaista kehitystä; kun saksalaiseen sekoittui vieraita voimia, se lähti kehittymään korkeammalle asteelle kuin olisi tapahtunut ilman yleisiä ideoita.³²⁷

³²⁶ Erityisesti on mainittava kirjoitukset *Ueber deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt* I (1851), II (1855), III (1865).

³²⁷ Gerber viittaa tosin siihenkin, että roomalainen oikeus on kasvanut roomalaisen kansan oloista ja sen mukana ikään kuin sen alkuperäisenä hyvänä tai aarteena. Se edustaa kuitenkin samanaikaisesti sellaista hyvää, joka ei liity vain alkuperäisiin luojiinsa, vaan sitä voidaan tarkastella juuristaan irtaantuneena ja elävänä. Näin on siksi, että oikeudessa on kansallisen ja välttämättömän ohella myös vapaa puolensa, minkä mukaan se on absoluuttisesti määrättyä. Juuri roomalaiselle kansalle onnistui määrittää oikeuden vapaa puoli täydellisellä tavalla. Ks. Gerber I s. 4 s.

Historialliselle koululle tyypillinen ajatus ja hankaluus yhdistää kansanhengen käsitteeseen yhtäältä jotakin historiallista ja partikulaaria ja toisaalta yleisempää ja kestävää tulee Gerberin teksteissä monella tavalla valaistuksi. Gerberin mukaan roomalaisen oikeuden kautta saavutettu saksalaisen oikeuden aateloituminen sen oman itsenäisyyden säilyttäen oli vaikean työn tulos, koska ”ikuisesti kestävä roomalaisessa oikeudessa”, sen varsinainen ydin, on sekoituneena erilaiseen vieraaseen materiaaliin. Edistysaskeleita oikeuden muotoutumisessa saavutettiin, mutta tämä ei ollut alusta lähtien tietoisien hengen vaikutusta, vaan vuosisatoja vaikuttaneen kansanhengen voimaa, joka vaistonvaraisesti löysi oikean ja otti sen eri yhteyksissä vähitellen käyttöön ja hyödykseen.³²⁸

Miten saksalaisen kansanhengen korostus oli yhdistettävissä roomalaisen oikeuden omaksumiseen? Alkuvaiheessaan roomalaisen oikeuden vaikutus oli Gerberin mukaan vain ulkoista ja lähinnä vieraan lakikirjan säännösten tunnistamista. Näin vaikutus olikin pitkään vain negatiivista; kansan henkisen elämän kohottamisen sijasta se pikemmin häiritsi. Omia kotimaisia oikeuksia hyljeksitettiin ja niistä irtaannuttiin. Gerber sanoo, että edellytykset roomalaisen oikeuden täysipainoiseen vaikutukseen puuttuivat. Ei ollut olemassa sellaista yhteiskunnallista, taloudellista eikä valtiollista järjestystä, joka oli ollut korkeasti kehittyneen roomalaisen oikeuden perustana, vaan aivan toisenlaiset, kehittymättömät kansanelämän olot.³²⁹

Gerber asettelee tässä yhtäältä läheistä suhdetta taloudellis-yhteiskunnallisen elämän ja oikeuden välille, mutta ilmaisee samalla käsityksensä saksalaisen yhteiskunnan tuonaikaisesta alhaisesta kehitystasosta ja myös roomalaisen oikeuden ylivertaisuuden.³³⁰ Gerberin arvion mukaan aikaisempien vuosisatojen saksalaisesta oikeustieteestä puuttui ”kehityksen idea”.³³¹ Vaikka Gerber oli

³²⁸ Gerber kokoa roomalaisen oikeuden tulleen Saksaan, ei mielivaltaisena eikä viisaasti harkittuna tekona, ei sattumasta eikä erehdyksen kautta, vaan kaitselmuksen säätämänä, ”durch seine providentielle Mission war es in diese neue Welt eingeführt”. Tämän kulttuurielementin vaikutus ei kuitenkaan luonteensa mukaisesti voinut olla yhtä välitön kuin muiden klassisen hengen muistomerkkien (kuten taiteen). Ks. Gerber I s. 5 s.

³²⁹ Gerber I s. 6 s.

³³⁰ Gerber viittaa myös toiseen hankaluuteen roomalaisen oikeuden omaksumisessa. Roomalaisille oikeus nojasi roomalaisen kansan yhtenäisyyteen, oikeuden kansalliseen alkuperään ja sen tosiasialliseen harjoittamiseen. Saksalaisille se täytyi välittää tieteen kautta keinotekoisesti luotuna. Tätä varten roomalaisen oikeuden etsiminen sen omista lähteistä ja sen koko henkisen kehitysprosessin jäljittäminen oli tarpeen, koska oikeus on siitä irrottamaton ilmiö. Tästä huolimatta roomalainen oikeus säilyi vieraana elementtinä ja lähinnä juristien salatietona. Gerber I s. 7 s.

³³¹ Gerber selittää puutteen seurauksia vuolaasti. Niinpä vuosisatojen kuluessa omaksuttua oikeusmateriaalia ”ei kyetty näkemään voimakkaana puuna, joka hedelmällisessä maassa heiluttelee lehtiään tuulessa, vaan kuivien lehtien kasana. Ei ollut mitään oikeushistoriaa, vaan vain oikeusantikviteetteja. Ei ollut mitään sisäänrakentuneiden ideoiden kehitystä, vaan vain kokoelmia samanarvoisina nähdystä eri-ikäisistä huomioista, ei ollut mitään kuvaa historiallisesta perspektiivistä. Siksi ei ollut mitään arviota, ei vapautta, ei herruutta, vaan vain orjamaista

germanisti, hän pitää roomalaista oikeutta tieteellisesti esikuvallisena. Hän toteaaakin vasta Savignyn kohottaneen oikeustieteen (tasokkaaksi). Saksalaisen oikeuden osalta sen teki Eichhorn.³³²

Gerber ylistää myös oikeustieteen löytynyttä yhteyttä historiatieteisiin. Tämä ei kuitenkaan riitä. Kiinnostavaa on se, miten Gerber kehittelee oikeustieteelle produktiivisen funktion, jonka ainekset ammennetaan historiasta. Gerberin mukaan oikeuden luonne vaatii lisäksi muunlaista käsittelyä kuin historiallisen. Historiallinen esittely kytkee oikeuden sen kasvuaikoihin, selittää sen syntymisen ja yleisen kasvamisen nykypäiväisiin ilmentymiinsä. Tällä on saavutettu vasta yksi puoli tarpeesta, joka tyydyttää oikeuden ymmärtämistä. Oikeus ei ole vain tosiasia, se on samanaikaisesti elävä valta, jonka avulla nykyisyyttä pitää hallita. Siksi historiasta saadut oikeusideat on irrotettava historiallisesta sidonnaisuudesta. Tämä merkitsi Gerberin mukaan ideoiden tunnistamista tahtomme orgaanisesti kehittyvinä ilmaisuina, ei vain niiden kuvaamista tosiasioiden jatkumona. Tehtävä on olennaisesti produktiivinen: ”se on historiallisen täydellinen uudelleen tuottaminen välitöntä nykyisyyttä varten”. Gerber asetti samana vaatimuksen sekä roomalaiselle että saksalaisella oikeudelle.³³³

Näin Gerber päätyi siihen, että historiallisen koulun vaatimus oikeustieteen historiallisuudesta toteutui sekä roomalaisen oikeuden tutkimisessa siinä antiikin aikaan hakeutuvassa muodossa, jossa sitä tosiasiaa tehtiin, että saksalaisen oikeuden tutkimisessa silloin, kun ainesta systematisoitiin roomalaisoikeudellisen aineksen avulla. Tämä seuraa siitä, millä tavalla Gerber liittää toisiinsa aidon historiallisuuden ja kansanelämän mukana kasvamisen. Roomalaisen oikeuden osalta se on tapahtunut Rooman ajalla. Tuolloin onnistuttiin lisäksi muotoilemaan jotakin yleispätevää ja tämän ymmärrys saavutetaan vain roomalaisen oikeuden tutkimisella, aikaansa vasten. Roomalaisen oikeuden vaikutus keskiajalta lähtien taas on Gerberin näkemyksen mukaan ollut tosiasiaa lähinnä ulkoista. Se ei ole kasvanut kansanelämän mukana, joten se ei ole ”aitoa”. Aito saataneen näin esiin vain yrittämällä löytää sieltä kestäviä elementtejä, mutta toisaalta yhdistäen ne sitten roomalais-yleiseen, ei siis keskiaikana (vain ulkoisesti) omaksuttuun, vaan vasta historiallisen koulun tuottamaan ymmärrykseen roomalaisesta oikeudesta.

asettautumista kuolleen kirjaimen alaisuuteen”. Historiallisen koulun ajatuksia seuraillen Gerber sen sijaan haluaisi nähdä oikeuden ”ytimeltään kansan elämään sitoutuneena ilmiönä”. Gerber kirjoittaa, että oikeus on elämä itse, tietyltä erityiseltä puoleltaan tarkasteltuna. Oikeus on ymmärrettävissä yleisenä kulttuurivirtauksena, jonka kautta kansanelämä saa ilmenemismuotonsa tavoissa, kielessä, taiteessa ja uskonnossakin. Gerber I s. 9.

³³² Gerber I s. 10.

³³³ Vaikka historiallinen koulu Gerberin mukaan oli saavuttanut roomalaisen oikeuden ymmärtämisen, se ei muuttanut sitä, että ”se oli meille vierasta, ei ollut tullut osaksi omaa lihaamme ja vertamme. Tämä sama koski tietysti määrin myös saksalaista oikeutta, koska se oli ollut kiinnittyneenä roomalaisen oikeuden kuolleeseen massaan ja siis kadottanut elävän yhteytensä kansaan”. Gerber s. 11 s.

Mihin suuntaan saksalainen oikeus sitten voisi mennä? Gerber tunnistaa jonkinlaisen ongelman siinä, että omaperäisin saksalainen aines, josta uusi tutkimus toki toi tärkeää tietoa, koski etupäässä sellaisia ilmiöitä ja alueita, joilla oli enää vain vähän merkitystä tai joita vastaan 1800-luvulla joka tapauksessa käännyttiin. Näitä olivat läänityslaitos ja maaomaisuuden sidonnaisuus poliittisiin oikeuksiin sekä erilaiset yhteisömuodot. Saksalaisen oikeuden runsas materiaali uhkasi siis hävitä käsistä. Näin roomalainen oikeus nousi yhä enemmän esiin ja uhkasi peittää saksalaisen kokonaan.

Gerber puntaroi erilaisia mahdollisuuksia ongelman ratkaisemiseksi.³³⁴ Erään ehdotuksen mukaan roomalainen oikeus tulisi syrjäyttää, jotta saksalaiselle tulisi tilaa. Tämän Gerber torjuu tavalla, joka samalla kertoo hänen lähtökohdistaan. Gerber lainaa sanontaa, jonka mukaan sairas mies ei sillä tervehdy, että terve uhrataan. Roomalaista oikeutta vastaan voitiin epäilemättä esittää kritiikkiä. Gerber kuitenkin torjuu sen viittaamalla tässä(kin) siihen, että roomalaisen oikeuden tilanne Savignyn ja Puchtan jälkeen oli aivan toinen kuin justiniaanisen lakikirjan selittäjillä. Nykyinen roomalainen oikeus on tiede, joka on pyrkinyt löytämään roomalaisen oikeuden perustasta oikeuden absoluuttisen luonteen ja omaksunut nykyisen siveellisen ja henkisen elämämme elementit. Tätä ei siis pidä syrjäyttää. Sitä paitsi tilalle ei olisi asettaa muuta kuin kuivaa usus modernusta, joka ei olisi tieteellisempää, tarkoituksenmukaisempaa tai kansanläheisempää kuin nykyiset pandektitkaan.³³⁵

Onko oikeustieteellä muita vaihtoehtoja tai näkymiä? Gerber jatkaa pohdiskelua Eichhornin edustamasta tavasta, jota hän selvästikin arvostaa.³³⁶ Toisaalta hän tavoittelee itse jotakin muuta. Gerberin lähtökohtana on havainto siitä, että keskiaikaisperäinen saksalainen oikeus poikkesi rakenteeltaan paljon roomalaisesta.³³⁷ Puhtaan juridisia periaatteita oli vain vähän ja ne oli kätkeyty faktisten olosuhteiden ketjuihin.

³³⁴ Gerber havainnollistaa huoltaan kielikuvalla, jossa roomalainen oikeus edustaa joka paikkaan soveltuvaan talonmallia, saksalainen vanhaa asekkamaria, josta voi tosin kaiken roinan joukosta löytyä myös hyödyllistä.

³³⁵ Gerberin mukaan on mahdollista, että yksityisoikeus joskus on vähemmässä määrin muotoiltu roomalaisen oikeuden lähteiden pohjalta ja roomalaisoikeudellisten periaatteiden sijaan on olemassa kansallisia oikeusnäköyksiä. Sellainen on kuitenkin vasta historiallisen prosessin tulos eikä jotain sellaista, joka voitaisiin vain teoreettisesti asettaa ennalta. Gerber II s. 18 s.

³³⁶ Gerberin mukaan Eichhorn ensimmäisenä pyrki tieteelliseen tehtävään pelkän aineksen koilemisen sijasta: tieteen tehtävänä on ”koota, järjestää ja kehittää”.

³³⁷ Gerberin mukaan roomalainen oikeus koostui joukosta abstrakteja oikeussääntöjä, kun taas saksalaiset oikeuslähteet sisälsivät vain vähän itsenäisiä oikeusinstituutioita missään periaatteellistemmassa tarkkuusmerkityksessä. Pääosan muodostivat pikemminkin saksalaisesta kansanelämästä kasvaneet oikeussuhteiden joukot. Oikeussuhteiden kuvaaminen erilaisista asiakirjoista koottuna voisi olla keskeinen välitystehtävä. Näin ei kuitenkaan voida saavuttaa sellaista oikeusinstituutiin systeemiä, jonka perusta olisi inhimillisen tahdonmuodostuksen mahdollisuuksissa. Tuloksena on vain systemaattinen esittely oikeusolosuhteista. Ne taas ovat suurimmaksi osaksi sosiaalisten ja poliittisten kriisien heilauttamia ja siksi mahdottomia riippumattoman tieteen

Gerber kehittää tästä kaikesta esiin ”omaa painotustaan”. Hän kysyy, miten olisi mahdollista vapauttaa saksalaisten oikeussuhteiden ideat historiallis-organisaation sidoksestaan, muuntaa ne laajemmiksi oikeuslauseiksi ja oikeusintituutioiksi, ja näin saattaa kotimainen oikeus teoreettisemmalle tielle, sellaiselle, jolla roomalainen oikeus jo luonnostaan on ollut. Gerberin mielestä oikeus on mahdollista säilyttää elämänvoimaisena vain tällä tavalla ja näin myös saavuttaa yksityisoikeuden yhtenäisyys. On kuitenkin selvää, että työn materiaalin löytöpaikka ei ole roomalainen oikeus, vaan saksalaisen kansan oikeushistoriassa ilmitullut oikeustietoisuus. Viimeinen huomautus on tarpeen ”vain niihin nähden, jotka ajattelevat juridisen ajattelun korostamisen tarkoittavan oikeuden roomalaistamista”.³³⁸ Gerber itse sanoo pitävänsä hahmottelemaansa suuntaa tieteellisenä ja varottaa samalla romantisoimasta saksalaisen menneisyyden luonnetta. Vahvistamalla roomalaisen oikeuden esikuvallisuuden myös saksalaisen oikeuden systematisoinnissa Gerber tosiasiaa kyllä vaikutti juuri varoittamaansa suuntaan.³³⁹

Gerberin mukaan oikeuden historiallisen tarkastelun merkitys on siinä, että sen avulla torjutaan individuaalisuus, irrallisuus ja mielivalta, vaihteleva ja satunnainen. Oikeuden historiallisessa ymmärtämisessä ei ole kysymys vain lakien selittämisestä, vaan se pyrkii ymmärtämään kutakin aikaa siitä itsestään käsin ja omine juridisine välineineen, ja tuo näin esiin oikeuden yhteyden kansan siveellisen elämän käsityksiin. Gerberin mukaan tästä seurasi se, että saksalaisen oikeustieteen tuli säilyttää materiaalin jako roomalaiseen ja saksalaiseen. Jaottelu toi esiin käsityksen yhteydestä kansallisuuden ja oikeuden välillä.³⁴⁰

Lopputulema ei ole ehkä aivan johdonmukainen Gerberin esittämien painotusten ja roomalaisen oikeuden eri yhteyksistä ilmenevän ylivertaisuuden kanssa, mutta Gerber kyllä pyrkii puhumaan ikään kuin kummankin puolesta. Sekä romanisteja että germanisteja tarvitaan: roomalainen ja saksalainen oikeus täydentävät toisiaan. Tosin roomalaisella oli enemmän annettavaa. Gerber puhuu tästä myös opetuksellisessa mielessä. Roomalainen oikeus opettaa ehdotonta ja absoluuttista juridisen ajattelun herravaltaa ja käsitteillä laskemista, saksalainen oikeus taas juridista operoimista ehdollisten historiallisten olosuhteiden puitteissa.³⁴¹

perustaksi. Gerber toteaaakin arvionaan, ettei (tällainen) saksalaisen yksityisoikeuden tiede oikeastaan ollut osa juridisesti konstruoivaa dogmatiikkaa. Pikemminkin se oli osa pelkästään kuvailevaa ja tosiasioita re-produsoivaa historiaa.

³³⁸ Gerber II s. 20 s.

³³⁹ Ks. myös Wilhelm s. 96 s., jonka mukaan Gerber esittelee kehityslinjaa, jossa siirrytään taloudellis-poliittisten suhteiden hallitsevuudesta kohti abstrahoivaa oikeutta kunnes tullaan siihen, että ”oikeus ei ole suhteiden ilmaisu, vaan suhteet ovat oikeuden ilmaisuja”.

³⁴⁰ Gerber II s. 24–26.

³⁴¹ Gerber II s. 28. Pelkkää lakitietoutta vastaan Gerber puhuu pitkään ja päätyy toteamaan mm. että todellista oikeuden ymmärrystä lain määräyksistä ei koskaan saavuteta muuta kuin osittain. Lisäksi moderni(kaan) lakikirja ei saa syrjäyttää oikeuden luonnollista lähdettä. Ks. Gerber III s. 31 s.

6.4.4.3 Yksityisoikeuden systeemi-ideaksi henkilön tahto

”System”-teoksen esipuheessa³⁴² Gerber pohdiskelee yleisemminkin sitä, miten saksalaista oikeutta oikeastaan pitäisi ymmärtää ja lähestyä. Gerber ajattelee selvästi sen ”korkeammalle asteelle” kohottamisen edellyttävän sellaista työstämistä, jossa alun historialliset periaatteet jäisivät vähintäänkin taustalle. Alkuperäinen oikeus oli ei-tieteellistä; eikä ollut tarkoitus jäädä niiden asetelmien kuvailuun, joita historiasta löydettiin.

Gerber kysyy suoraan, voidaanko saksalaisen yksityisoikeustieteen systeemi-idea hakea oikeussubjektin eli henkilön merkityksen avulla. Roomalaisessa oikeudessa henkilö oli yleinen ja oikeus samalla tavalla kenen tahansa tahdon ajateltu sisältö, mutta saksalaisessa oikeudessa väitettiin olleen toisin. Saksalaisen oikeuden sanottiin tarkastelevan subjekteja tahdonkelpoisuudeltaan erilaisina ja historiallisesti muotoutuneina.

Jos tuollainen ero oli ollut, Gerber ei kuitenkaan pitänyt sitä kestäväenä. Saksalaisestakin oikeudesta piti kehittää roomalaisen oikeuden mallin mukainen tieteellinen kokonaiskäsitys. Se oli tosin Gerberin mukaan paljon vaikeampaa mm. siksi, että keskiaikaisesta yhteiskunnasta puuttui sittemmin kehittynyt yksityisen ja julkisen ero. Keskiaikainen oikeus ei ollut rakentunut itsenäisistä oikeuslauseista ja oikeusinstituutioista, vaan oikeus oli liittynyt kaikenlaiseen henkilölliseen ainekseen. Tämä oli kuitenkin vain kehittymättömyyttä, joka täytyi Gerberin mukaan voittaa ja ylittää”.³⁴³ Gerber päätyi toteamaan, että yksityisoikeudessa ja siis myös saksalaisessa oikeudessa on aina kysymys ihmisen tahdon merkityksestä. Samalla pitää tietysti nähdä saksalaisen oikeuden piirteet.³⁴⁴

Toisen painoksen esipuheessa Gerber kiinnittää erityisestä huomiota myös germanistien ja romanistien vastakohtaan, jonka hänen mielestään olisi pitänyt jäädä edellisille vuosisadoille, sekä erikseen siihen, että saksalainen oikeus ei antanut paljonkaan aineksia subjektiivisen oikeuden käsitteellä operoimiselle. Gerberin mukaan saksalaista oikeutta hallitsivat yksittäiset oikeussuhteet, eivät varsinaiset (yleisemmät) oikeusinstituutiot. Lisäksi Gerber moitti luonnonoikeuden edustajia epähistoriallisuudesta. Toisaalta historiallinen aines on hänen omis- sa korostuksissaan aina jotakin tilapäistä ja vaihtelevaa, mutta se, mitä tavoitellaan tieteellisenä on pysyvää ja tiettyjen yleisten käsitteiden hallitsemää.³⁴⁵

³⁴² Gerberin yksityisoikeuden systeemin ensimmäinen painos ilmestyi v. 1848.

³⁴³ Jos se ei onnistu, se osoittaa, että saksalainen oikeus on yksityiskohtiinsa ja tilapäisyyksiinsä kiinnittynyttä ja niiden myötä häviävää. Mutta jos se onnistuu, se tarkoittaa jonkin pysyvämmän rakenteen ja periaatteiden löytämistä ja valoon nostamista (saksalaisen oikeuden historiastakin). Käsitteellinen varmuus turvaa Gerberin mielestä pysyvämmän merkityksen. Gerber s. VI.

³⁴⁴ Ks. Gerber s. VIII, jossa Gerber lisäksi julkituo puhtaan juristen elementtien korostuksensa.

³⁴⁵ Gerberin mukaan ”todellinen oikeuden systeemi ei määräydy oikeussuhteiden mukaan, joissa ratkaisevat näkökohdat ovat historiallisia ja ulkoisiin olosuhteisiin liittyviä, vaan ainoastaan oikeuksien systeemi, jossa koko oikeudellista materiaalia tarkastellaan henkilön tahdon mahdollisina ilmauksina”. Gerber s. XIII.

Tämä painotus vahvistuu vielä, kun Gerber tarkastelee muita saksalaisen oikeuden erityisiä kehityspiirteitä, kuten hajanaisten partikulaarioikeuksien tilaa. Gerberin mukaan saksalainen yksityisoikeustiede on ainoa partikulaarioikeuksien selitysväline: vain se antaa fragmentaarisille ilmauksille johtavat materiaaliset ajatukset ja elävät periaatteet.³⁴⁶ Gerber ajatteli, että saksalaisen oikeuden kehitys ja systemaattinen yhtenäisyys oli nimenomaan juridisten periaatteiden varassa. Historialliset näkökohdat kuuluivat historian tai sosiaalipoliitiikan alueelle.³⁴⁷

Gerberille historialliset näkökohdat ovat ainesta, josta tutkimus voi työstää periaatteita, jotka täyttäisivät yleisyyden ja tieteellisyyden vaatimukset. Historiallinen moninaisuus ei itsessään ole systematiikan rakennusperusta.³⁴⁸

Gerberin yleiset näkemykset oikeuden kehityksestä ja kehittämisestä saksalaisen ja roomalaisen aineksen pohjalta liittyvät aivan olennaisesti omistuskysymyksiin ja omistuskäsitteeseen. Voidaan sanoa, että se oikeuden abstrahoituminen, jota Gerber tavoittelee, näyttäytyy konkreettisimmillaan omistusinstituutiossa ja omistumääritelmässä. Gerber tarkastelee saksalaisen ja roomalaisen oikeuden suhdetta varsin monin kohdin ja käsiteliittymin. Näissä tarkasteluissa saksalainen edustaa feodaalisten sidonnaisuuksien oikeutta, roomalainen abstraktia, sidonnaisuuksista irtaantunutta oikeutta. Keskiaikaisen omavaraisalouden varallisuutta leimasivat monenlaiset sidonnaisuudet ja riippuvaisuudet. Toisaalta sille vastakohtaisena kehittyi vaihtotalous porvarillisen yhteiskunnan ja toiminnan alueeksi.

Gerberin tarkasteluissa historiallinen ja käsitteellinen nivoutuvat siirtymänä saksalaisesta roomalaiseen ja kehityssuunta näkyy nimenomaisesti yksityisomistuksessa oikeuden abstraktioperiaatteen kehittymisenä. Gerberin kertomuksessa feodaalisten suhteiden sidonnaisuus kuvastuukin aluksi varsin suoraan oikeuden ja yksityisoikeuden epäitsenäisyytenä, sittemmin oikeuden irtaantuminen materiaalisista suhteista ja rakentuminen abstraktien instituutioiden systeemiksi heijastuu keskeisesti yksityisomistuksen emansipaationa. Näin oikeuden kehittyminen tulee tosiasiaassa merkitsemään oikeuden irrottamista

³⁴⁶ Gerber s. 8 s.

³⁴⁷ Gerber s. 12 s.

³⁴⁸ Kun Gerber johdannon loppuosassa esittelee oikeuden lähteitä ja apuvälineitä, hän korostaa sitä, että saksalaisen oikeuden ymmärtäminen ja tunnistaminen edellyttää saksalaisen kansan historian sekä taloudellisen ja poliittisen kehityksen tuntemusta. Tietämys on niin olennaista siksi, että saksalaisessa oikeudessa (toisin kuin roomalaisessa) on kysymys – ja erityisesti keskiajalla oli – pikemminkin yhteiskunnallisiin, poliittisiin ja taloudellisiin tosiasioihin kiinnittymisestä tai niiden heijastumisesta. Tässäkin viitataan myös yksityis- ja julkisoikeudellisten asioiden erottelemattomuuteen. Gerber s. 36 ss.

yhteiskunnallisesta perustastaan.³⁴⁹ Samalla kun oikeus irrotetaan taloudellispoliittisista suhteistaan, se kytketään henkilön abstraktiin tahdonvaltaan. Gerber muotoileekin uuden ajan yksityisoikeuden periaatteeksi vapaiden tahdonmahdollisuuksien systeemin. Näin historiallisen koulun oikeusinstituutioiden systeemistä tulee oikeuksien systeemi ja sen perustaksi otetussa subjektiivisessä oikeudessa on kysymys vain oikeuslauseista.

6.4.4.4 Oikeussuhteiden yleiset elementit ja esineoikeuksien tunnusmerkki

Gerberin edustamassa oikeuden systeemissä oikeussuhteiden käsite antaa puitteet yksityiskohtaiseen eri oikeudenalueiden asioiden esittelyyn, myös esineoikeuden lohkolla.

Gerberin mukaan ”henkilöiden oikeudelliset suhteet toisiinsa muodostavat oikeussuhteet”. Näiden sisältö voi sitten olla hyvin monenlainen. Kaikissa oikeussuhteissa on tietyt käsitteelliset ainekset (vaikka sisältö vaihtelee). Ne ovat Gerberin mukaan: 1. henkilöt suhteiden kantajina, 2. esineet välittöminä tai välillisinä kohteina, 3. toimet/teot (Handlungen) ja muut juristiset tosiasiat oikeuksien syntyperusteina. Gerberin tarkoitus on esitellä näitä tarkemmin sen mukaan kuin saksalaisella oikeudella on tähän yleisrakenteeseen jotakin erityistä tuotavaa.³⁵⁰

Tässä on harvinaisen selvästi sanottu se, että kaikki oikeudet ovat henkilöiden välisiä ja koostuvat tietyistä ainesosista. Subjekti-objekti-rakenteen ohella on erilaisia ”tosiasioita” – esineoikeudellisen momentin käsitteen tapaisesti –, joiden perusteella oikeussuhde syntyy tai sen laatu voidaan tunnistaa. Niinpä esim. omistusoikeuden määrittelemisen omistajan täydelliseksi määräämisval-

³⁴⁹ Gerberin mukaan saksalainen oikeus tarvitsee tieteen tukea enemmän kuin missään muualla on laita. Yhtäältä Gerber korostaa saksalaisen oikeuden jollakin tavalla välitöntä heijastusluonnetta ”tosiasiallisesta”, siis taloudellisesta ja sosiaalisesta tilanteesta. Tämä heijastuma on toisaalta jotakin sellaista, joka ei ole vielä varsinaisesti ”kypsää” oikeutta, eikä edes valmista kansanvakaumusta, vaan vasta jonkinlaista ainesta ja materiaalia. Se täytyy muokata ja saattaa systemaattiseen muotoon. Tämä taas on erittäin vahvasti oikeustieteen tehtävä, jossa esim. lainsäätäjällä ei ole kovin paljon tilaa eikä erityistä asemaa. Lainsäätäjä voi lähinnä tuottaa sellaista materiaalia, joka tulee työstämisen kohteeksi. Eikö painopiste näin ole ”kansan” puolella? On muistettava, että kansa on konstruktio. Gerber edustaa tässä epäilemättä historialliselle koululle tyypillistä vastausta, jossa oikeustiede esitetään kansan vakaumuksen kättilönä. Ks. Gerber s. 1–13, jossa Gerber tarkastelee sitä, mitä yhteinen saksalainen oikeus on, sekä Gerber s. 49, jossa Gerber jaksossa ”Tieteen oikeus” palaa korostamaan sitä, että saksalainen oikeus tarvitsee tieteen tukea enemmän kuin mikään muu. Tieteen tehtävänä on herättää uudelleen henkiin pysähtynyt kehitys ja saattaa se oikealle kannalle, ”koota yksittäisen kotimaisen oikeuden palaset, nostaa niiden historiasta esiin niiden oma sisäinen luonne ja niissä piilevät lauseet ja antaa näin saaduista periaatteista muodostua peruslauseita, jotka kaikki voidaan yhdistää instituuteiksi ja kehittää ne edelleen omista keskeiskohdistaan liittäen ne systeemiksi”. Tällainen tehtävä on Gerberin mukaan aina konstruoiva.

³⁵⁰ Gerber s. 55.

laksi esineeseen nähden, esineherravallaksi, ei tätä taustaansa vasten tarkoita sen ymmärtämistä ”omistajan ja esineen” suhteena. Omistusoikeus on (sekin) henkilöiden välinen oikeussuhde, mutta siinä on subjekti ja objekti.

Tästä tullaan mielestäni luontevasti siihen havaintoon, että 1800-luvulla muotoutuvassa omistuksen käsitteessä täydellisenä esineherravaltana muut määreet ovat oikeastaan olennaisempia ja kiinnostavampia kuin esinesuhde. Olennaista on ensiksi se, että oikeus nyt määritellään erotukseksi muista rajoitetummista oikeuksista, jotka juuri omistusmääritelmän kautta tulevat ymmärretyiksi kategorisesti toisenlaisina kuin omistusoikeus. Tämä piirre kantaa nykypäivään asti. Toiseksi omistusoikeus määritellään täydelliseksi, totaaliseksi, jakamattomaksi. Tämä taas on sellaista, jolla oli erityinen merkityksensä 1800-luvulla ja käsitelainopissa. Omistusoikeus täydellisenä ja rajoittamattomana tarkoittaa tuolloin aivan erityistä sisällöllistä käsitystä omistusoikeudesta; sellaista, jossa omistusoikeus todellakin ”sisältää kaiken määräämisvallan, jonka voi ajatella ja jota ei ole tilapäisesti suljettu pois tai rajoitettu”. Jälkimmäinen jäi sittemmin pois analyttisen koulukunnan myötä (ja sosiaalisen sidonnaisuuden näkökulmista muissakin konstruktiivisen jälkeisissä koulukunnissa). Näin tullaan nykyiseen formaaliin omistuskäsitteeseen.

Gerberin teksti kertoo nimenomaan siitä, miten käsitteistö abstrahoidaan.³⁵¹ Oikeuksia ei lähdetä vain kuvailemaan ja luettelemaan, vaan kerrotaan ensin, mitä ne kaikki ovat ja minkälaisia yleisiä, kaikille yhteisiä elementtejä oikeussuhteissa on. Niinpä on tarkasteltava hieman tarkemmin sitä, mitä Gerber kirjoittaa subjekteista, mitä objekteista, mitä tuosta muusta.

Subjekteja eli henkilöitä koskeva jakso on jaoteltu kahteen pääosaan – mikä on abstrahoinnin näkökulmasta tärkeätä –, nimittäin fyysisiin henkilöihin ja juridisiin henkilöihin. Kummassakin alajaksossa Gerber esittelee sellaista, osin yksityiskohtaistakin ainesta, joka kertoo saksalaisen oikeuden erityisistä piirteistä. Mutta olennainen on jo mainittu yleisjako.

Fyysisillä henkilöillä todetaan olevan yleinen oikeuskelpoisuus syntymästä lähtien. Tämän jälkeen otetaan esiin erilaisia tekijöitä, joilla on ollut ja on erilaistavaa vaikutusta oikeuskelpoisuuden (oikeussubjektuuden) laajuuteen.³⁵²

Näin tullaan ideaalisiin eli juridisiin henkilöihin. Gerberin mukaan tällaisten hyväksyminen on kaikkien kehittyneiden vaihdantajärjestelmien ehdoton vaatimus. Kotimainenkin oikeus on tuonut ajatuksen käytäntöön ja Gerber esittelee

³⁵¹ Toisin kuin esim. Hecker esittää ajattelen, että tässä ei ole erityistä syytä pohtia tuolloisen esine-herravaltasuhteen oletettua erikoista luonnetta. Gerberinkin teksti osoittaa kiinnostavamaksi sen, mitä tapahtuu oikeuden ja yksityisoikeuden käsitteellisessä rakenteessa verrattuna traditionaalisempiin oppikirjoihin, joissa edetään oikeudesta toiseen erilaisten lomittuvien jaotte- luiden kautta.

³⁵² Näitä tekijöitä ovat ikä, sukupuoli, ruumiillinen ja henkinen vajavuus, yhteiskunnallinen asema (sääty ja ammatti) ja modifikaatioihin vaikuttaneet teot, toiminta ym. (kuten kunnia- tomuusrangaistus, perinnöttömäksi tekeminen jne...), uskonnollinen ryhmä, ulkomaalaisuus. Ks. Gerber s. 55 ss.

yhteisörakennelmia, joita saksalaisessa oikeudessa on ollut ja on. Gerber sanoo, että varsinaista teoriaa näistä on turhaan yritetty konstruoida. Gerber viittaa siihen, että roomalainen oikeus on kehittänyt peruskategoriat (universitas ja communio), mutta saksalaispohjalta on ehdotettu erityistä omaa ryhmäänsä ”Genossenschaft”.³⁵³ Gerber ottaa tässä hyvin selvästi kantaa siihen, että roomalaiskategoriat ovat käsitteellisesti riittäviä eivätkä salli sellaista väli- tai sekamuotoa, jota genossenschaftilla tarkoitetaan. Saksalaistenkin yhteisömuotojen täytyy olla jommankumman alaisia.³⁵⁴

Oikeuksien kohteista eli esineistä puhuessaan Gerber esittelee erilaisia tyyppisiä jaotteluita: kiinteitä ja irtaimia.³⁵⁵ Omana jaksonaan on kysymys oikeuksien alkamisesta ja päättymisestä. Tästä(kin) voinee sanoa, että kysymys on asian käsittelyn abstrahoimisesta. Gerber johdattelee asiaan lyhyesti kertomalla, että oikeuksia perustetaan ja lakkautetaan lähinnä osallisten tekemien erilaisten toimien kautta. Näistä oikeustoimia ovat sellaiset, joiden tarkoituksena on oikeuden perustaminen tai lakkauttaminen, ei-sallittuja toimia sellaiset, joiden ei-tarkoitettu seuraus se on. Oikeus voi lisäksi syntyä valtion määräämisen vaikutuksesta, privilegion asettamisesta, ja lopuksi erityisellä tavalla ajan kulumisen myötä.³⁵⁶

Gerberin esityksestä voidaan mielestäni nähdä saksalaisen oikeuden systemaattisen esittelyn rakennuspuut sellaisena käsitteistön rungon hahmotteluna, jonka avulla voidaan sitten esitellä ja tarkastella lähemmin erilaisia oikeuksia (oikeussuhteita). Tarkastelu abstrahoi, mutta toisaalta pitäytyy paljolti traditiонаalisessa, mikä on väistämätöntäkin juuri siksi, että kohteena ovat erilaiset vuosisatojen kautta muotoutuneet oikeudelliset järjestelyt. Nyt ne vain tietoisesti pyritään saattamaan sellaiseen järjestykseen, joka mukaillee roomalaisen oikeuden käsittelyn yhteydessä kehitettyä systematiikkaa ja systeemiajatusta. Mitä tämä sitten vaikuttaa aineiston tarkastelussa? Epäilemättä erilaisten oikeussuhteiden kohdalla eri tavoin, mutta joka tapauksessa on nähtävissä se, että

³⁵³ Gerber s. 78 ss.

³⁵⁴ Gerber toteaa ensiksi, että on huomattava, että kaikki yhteisömuodot eivät ole oikeussuhteita, vaan vain siveellisiä suhteita. Hän ei kuitenkaan tarkoita sen riittävän, että tarkasteltava yhteisö vain subsumoidaan jomman kumman alaiseksi, vaan tarvitaan tietysti hyvin hienojakoista ja vaikeakin tarkastelua erityispiirteiden täsmentämiseksi. Gerber esittelee sitten (tällaisena) itse mm. kuntahallintoa (Gemeinden) – niillähän on yhteisomistusta mm. allmenninkien muodossa – sekä ammattikuntia. Ks. Gerber s. 79 s.

³⁵⁵ Tässäkin otetaan esille lähinnä erityistä saksalaisoikeudellista sanastoa: oikeudellisesti yhdistettyjä, erityisiä rauhoitettuja (esineitä) sekä julkisia esineitä (mm. julkisia teitä ja erilaisia vesistöjä). Ks. Gerber s. 94 ss.

³⁵⁶ Gerber s. 104. Viimeisenä jaksona on ”oikeuksien suoja”. Gerber toteaa kysymyksen saaneen nykypäivänä sellaisen hahmon, joka eroaa jo hyvin paljon puhtaan roomalaisoikeudellisesta. Systemaattisesti se on kuitenkin esitettävissä vain sen yhteydessä ja pohjalta. Saksalaisen oikeuden erityisyyttä Gerber esittelee tässä lähinnä vain sellaisin osin, joilla on edelleen merkitystä. Tällainen on Gerberin mukaan ennen kaikkea pidätysoikeus (Pfändungsrecht; velkojan oikeus pidättää irtain hallinnassaan). Gerber s. 109 s.

Gerber argumentoi roomalaisen oikeuden käsitteiden auktoriteetilla, mm. omistuskysymyksessä. Roomalainen oikeus on kehitelty käsitteellisesti pitävän järjestelmän, ja saksalaisen yhteiskunnan ja sen kehityshistorian omilla piirteillä on merkitystä vain siihen määrään asti, kun ne eivät ole ristiriidassa em. käsitejärjestelmän kanssa. Ne kelpaavat, sikäli kuin ne voidaan ymmärtää variaatioina ja täydennyksenä.

Yksittäisiä yksityisoikeuksia koskeva osa alkaa huomionarvoisella tahtoelmentin korostamisella. Esineoikeuksien erityinen tunnusmerkki on Gerberin mukaan esineiden välitön alistaminen henkilön tahdon alaiseksi. Tämä yleinen ajatus on Gerberin mukaan löydettävissä niin roomalaisesta kuin saksalaisesta oikeudesta. Nyt on vain kysyttävä, ovatko sen erityiset ilmenemismuodot yhteensopivia (kummassakin oikeudessa).³⁵⁷ Jo tästä lähtökohdan esittelystä nähdään kaksikin asiaa. Yhtäältä se, että yleisimmällä tasollaan käsitteellinen pohja on yhteinen, toisaalta se, että pitävän käsitteistön on joka tapauksessa antanut roomalainen oikeus. Saksalaista oikeutta punnitaan siihen nähden ja edellytetään yhteensopivuutta, ei kylläkään siis samuutta, vaan lähinnä ristiriidattomuutta.

Kun Gerber esittelee keskiaikaista saksalaista oikeuspohjaa, hän vakuuttaa heti ensimmäiseksi tuolloin olleen olemassa sekä täysi omistusoikeus että erilaisissa muodoissa esiintyviä partiaalisia esineen alistusmuotoja. Näitä ei hänen mukaansa tosin ehkä ajateltu erityisinä tietyn oikeusinstituution käytön muotoina, siis sellaisina, joissa olisi hahmotettu olevan kysymys erityisestä oikeudellisesta toimimisesta tai sisällytetty tiettyyn oikeussuhteeseen aivan tietynlaisia oikeudellisia sääntöjä. Niitä pidettiin lähinnä yksittäisinä oikeudellisina tosiasioina, joiden merkitys tunnustettiin, mutta pikemminkin konkreettisten tahdonilmaisujen tuloksena kuin oikeustyypeinä. Näin esineoikeudelliset suhteet näyttäytyivät asiakirjoissa moninaisuutena, eivät itsenäisinä instituutioina omine määrättyine sisältöineen ja pysyvine periaatteineen. Eri oikeuksien määrittäminen jäikin pitkälti vaihdannan satunnaisuuksien osoittamaksi. ”Sie traten weniger als abgeklärte unabänderliche Rechtsbegriffe, sondern mehr nur als die immer in ähnlicher Weise wiederkehrenden rechtlich gesicherten Tatsachen hervor”. Gerber on selvästi tyytymätön näin kuvailemaansa asiantilaan.

Gerberin tavasta asetella sanojaan saksalaisen oikeuden ilmenemismuotojen kohdalla tulee samalla esiin se, miten hän näkee saksalaisen keskiaikaisen ja myöhemmänkin oikeuden olevan jotenkin tosiasioihin kiinnittynyttä. Ei osattu irtaantua yksittäisistä tosiasioista ja hahmotella oikeuksia kuvaavia pysyvämpiä piirteitä tai niitä systematisoivia käsitteitä. Gerberin mukaan erottelu *That-sache/Sache* ei ollut oikein toteutunut. *Sache* tarkoitti tässä abstrahoitua ”oikeuksien objektia”. Gerber ajatteli, että oikeuden tieteellinen käsittely edellyttää nousemista juridisen asia/esine-käsitteen tasolle, mutta saksalaisen oikeu-

³⁵⁷ Gerber s. 115.

den osalta hän joutuu esittelemään vielä paljon sellaista, josta tätä on vaikea erottaa. Gerberille nimen omaan gewere edustaa sellaista saksalaisoikeudellista ainesta, joka osoittaa kykenemättömyyttä vielä erottaa juridisesti merkittävää pelkästään tosiasiallisesta, faktisiin vaihteleviin olosuhteisiin kiinnittyneestä.³⁵⁸ Gewere-pohjainen näkökulma ei siis ollut kehittynyt varsinaiseksi systeemiksi.³⁵⁹

6.4.4.5 Omistuksen roomalaisoikeudellinen olemus ja saantomuodot

Gerberin mukaan keskiaikainen oikeus keskittyi maata koskevaan omistusoikeuteen. Omistuskäsitteen tieteellistä ymmärtämistä ei kuitenkaan löydetä keskiaikaisista lähteistä siksi, että niissä ”keskityttiin oikeuselämään itseensä, ei sen muotoilemiseen abstraktien sääntöjen, vaan tosiasiallisten intressien mukaan. Näin omistus ei aina esiinny tarkkarajaisena instituutiona eikä olemuksensa mukaisena ilmiönä”. Sanan omistus tilalla puhuttiinkin usein varallisuudesta. Oikeus periaatteellisesti täydellisestä herravallasta esineeseen nähden on kuitenkin Gerberin mukaan tuttu sekä vanhemmalle että nuoremmalle saksalaiselle oikeudelle.³⁶⁰

Voidaan sanoa Gerberin katsovan, että on olemassa oikea omistuskäsite ja oikeanlainen esineoikeuksien ryhmittely ja erottelu, vaikkakaan saksalaisperinteessä siitä ei kannettu kovin paljon huolta. Gerber selvittelee tässä yhteydessä saksalaisen omistuksen ja esineoikeuksien erityispiirteitä, mm. aliomistuksen lajeja. Hän sanoo kyllä senkin, että näitä on yritetty harhaanjohtavasti tulkita roomalaisoikeudellisilla kategorioilla, mutta ne ovat oikeastaan olleet omanlaisiaan. Toisaalta ne ovat Gerberin mukaan olleet omistuskäsitteen kanssa ristiriitaisia.³⁶¹

³⁵⁸ Gerber puhuu geweren laveudesta ja merkityksestä. Hän tunnistaa sen kiistatta keskeisenä käsitteenä, mutta toteaa, ettei kysymys ole mistään varsinaisesta systeemistä: gewere ei ehtinyt sellaiseksi kehittyä, ”saksalaisen kansan ei onnistunut viedä kehitysprosessia loppuun”. Vieras roomalainen oikeus kategorioineen häivytti aiheet johonkin yhtenäisempään. Sitä paitsi gewere oli tavallaan myös syynä siihen, että juristien ei tarvinnut riittävästi paneutua yksittäisten materiaalien oikeussuhteiden erityisten teoreettisten piirteiden tunnistamiseen ja kehittämiseen. Tämä selittää Gerberin mukaan sitäkin, miksi vanhemmassa saksalaisessa oikeudessa esine- ja henkilöoikeuksien sisäistä vastakohtaisuutta ei oltu aina nähty. Ks. Gerber s. 118–120.

³⁵⁹ Gerber kiinnittää erityisesti huomiota myös siihen, että yksityis- ja julkisoikeuden alueiden erottelun puuttumisen takia keskiajan oikeustilalla on aivan omanlaisensa piirteet. Maaomaisuus ei ole vain yksityisoikeudellista omaisuutta, vaan siinä on samalla kysymys poliittisista oikeuksista. Gerber s. 122.

³⁶⁰ Gerber s. 122.

³⁶¹ Gerber mainitsee uudemman tutkimuskirjallisuuden ehdotuksia siitä, että kahdentyyppinen tai jakautunut gewere merkitsisi myös kahdentyyppistä tai jakautunutta omistusta Gerber toteaa mm., että aliomistuksen alla käsiteltiin läänitysoikeuksia ja erilaisia talonpoikaisia tilaa koskevia oikeuksia (Gutsrechte). Kielenkäytöllä oli historiallinen perusteensa glossaattorien erään ilmaisutavan virheellisessä tulkinnassa ja se on ristiriidassa omistuksen luonteen kanssa ylipäätään eikä saa tukea myöskään saksalaisista lähteistä. Ks. Gerber s. 124 ja av 6 s. 124. Gerberin mukaan

Gerberin mukaan täytyi tosin tunnustaa, että viitatus hallintaoikeudet olivat laajoja ja poikkeuksellisen itsenäisiä, mutta ne kuuluivat silti vieraaseen esineeseen kohdistuvien oikeuksien joukkoon. Siksi niitä on oikeampaa sellaisiksi kutsua. Kohdan alaviitekeskustelu osoittaa hyvin Gerberin peräänantamattomuutta. Hän viittaa Mittermaierin haluun säilyttää kielenkäyttö, koska sillä joka tapauksessa on laaja praxis takanaan. Gerberin mukaan praxis ei voi pyhittää virheellistä kielenkäyttöä. Eichhorn puolestaan on esittänyt termien hyväksymistä edelleen sillä perusteella, että muutoin nämä hallintaoikeudet sekoitettaisiin usufрукukseen väärällä tavalla. Gerber toteaa tähän lakonisesti, ettei yhden virheen jatkamista voida perustella toisen avulla.³⁶²

Gerber näyttää sinänsä tunnistavan laajasti saksalaisen oikeuden erityislaatuista suhteita. Hän sanoo niiden olevan sellaisia siksi, että niitä eivät ole määränneet niinkään oikeuden luonteen periaatteet vaan ne ovat vain vapaasti muotoutuneet elämänsuhteiden pohjalta. Gerberin arvion mukaan tämä kaikki on kuitenkin sellaista, joka kuuluu tiettyyn, vielä monella tavalla kehittymättömään oikeuden vaiheeseen. Siitä on päästävä eteenpäin.³⁶³

Gerberin näkökulmaa hyvin kuvaavaa on hänen toteamuksensa siitä, ettei omistus roomalaisessa mielessä ole kaikkialla Saksassa päässyt voimaan. Viitatus saksalaiset erityisyydet ovat uuden ajan yhtenäistävissä pyrkimyksissä heikenneet, mutta silti niistä pilkahtaa vielä joitakin yksittäisiä jälkiä.³⁶⁴ Hän luonnehtii näitä piirteitä ”modifikaatioiksi sisällössä”, mikä viittaa ajatukseen, jonka mukaan on olemassa yleinen sisältö, josta sitten esitellään saksalaispoikkeuksia. Saksalaisella erityisyydellä on siis merkityksensä, mutta sitä punni-

jakautumisesta ovat puhuneet mm. Beseler, Bluntschli ja Walter. Viimeksi mainittu olikin kysynyt, eikö lainoppi saa formuloida myös uusia käsitteitä. Gerberin vastaus on hänelle tunnusmerkillinen, hän kun toteaa, että tietysti, mutta niiden täytyy olla oikeita ja vastata tarvetta. On ilmeistä, että aliomistus ei Gerberin mukaan täytä kumpakaan ehtoa.

³⁶² Gerber av 7 s. 124 s.

³⁶³ Tämä havaitaan mm. siitä, että Gerber esittelee saksalaisen oikeuden piirteet ristiriitaisuuksina selittämässä osaltaan sitä, miksi saksalainen oikeus ei asetu absoluuttisen omistuskäsitteen alle. Gerberin mukaan tätä ”selittää myös se erikoisuus, että omistuksen sisältöä itseään modifioi individualiteetti sekä sen subjekteissa että objekteissa”. Subjektien osalta Gerber viittaa siihen, että sääty vaikuttaa omistusoikeuksien laajuuteen, objektien osalta siihen, että omistusoikeus maahan on aivan erityisessä asemassa. Niinpä aateliston (ritarisäädyn) maaomaisuuteen on lisätty vogtei ja tuomiovalta. Vapaita talonpoikia taas on raskautettu erityisillä rasituksilla. Alaviitteessä Gerber lisää vielä toisen omistuksen määräämisvaltaa rajoittavan tekijän, nimittäin perheen/suvun oikeuden (jota käsitellään myöhemmin). Tarkkaan ottaen nämä rajoitukset eivät suurimmaksi osaksi Gerberin mukaan kuitenkaan kosketa modaliteetteina omistuskäsitettä, vaan vaikuttavat vain omistusoikeuden historiassa subjektiivisessa mielessä. Ks. Gerber s. 127 ja av 1 s. 127.

³⁶⁴ Gerber s. 128. Gerber puhuu vielä erikseen aatelismaasta, jonka kohdalla on kysymys omistuskäsitteen ”steigerungista”, ja talonpoikaismaasta, jonka kohdalla on kysymys käsitteen ”schmälerungista” (liittyen rasituksiin, jotka tosin on sittemmin uudella ajalla vähitellen poistettu).

taan roomalaisoikeudellisten käsitteiden mittapuulla ja tämä yleinen Gerberin asenne näkyy esimerkiksi hänen omistusta koskevista käsityksistään.³⁶⁵

Omaisuuksien hankkimista koskeva jakso alkaa jaottelulla derivatiiviset saannot/alkuperäiset saannot. Gerber ei perustele tätä valintaa, vaan esittää sen ikään kuin itsestäänselvyys. Huomionarvoista on myös se, että Gerber esittelee ensin johdannaisia saantoja. Tyypillisempää on aloittaa alkuperäisistä saannoista. Derivatiivisissa saannoissa Gerber puhuu vain tuomioistuimessa tapahtuvasta kiinteistönluovutuksesta (Auflassung).³⁶⁶

Alkuperäisinä saantoina Gerber esittelee occupation ja accession. Näiden jälkeen on vuorossa tuotteiden omistussääntö ja viimeisenä nautinta (ersitzung). Alkuperäisistä saannoista occupatio vie suurimman osan, mutta Gerber ei lausu siitä juurikaan mitään yleistä. Hän vain toteaa, että maa (Grundstück), joka on rakentamaton ja isännätön, voidaan valtauksella ottaa vapaasti omistukseen gemein-oikeuden mukaan. Gemeinoikeudellisesti oikeus ei aseta tähän valtion hyväksymisen edellytystä. Jos rakentamaton maa sen sijaan sijaitsee yhteisalueella tai vastaavalla, siihen tarvitaan erityinen saanto.³⁶⁷

Yllä lainattujen peruslauseiden jälkeen Gerber siirtyy isännättömien irtainten occupationiin, jossa hänen mukaansa pätevät nykyisin roomalaisen oikeuden perussäännöt. Näin on asia niin eläinten, fossiilien kuin suolankin suhteen. Niinpä lähtöasetelma on – kuten roomalaisessa oikeudessa – se, että occupatio on periaatteessa henkilöllisyyteen sisältyvä vapaa oikeus (toimia). Saksalaisessa partikulaarioikeudessa on tästä lähtökohdasta kuitenkin erilaisia poikkeamia ja näitä Gerber sitten esittelee.

Gerberin niukasta esityksestä voidaan todeta lähinnä se, että perustaksi on selvästi otettu roomalaisoikeudellinen ja sellaisena perustelluksi ymmärretty oppi. Sen mukaan omistusoikeus isännättömään esineeseen hankitaan valtauksella. Tähän kiistattomana esitettyyn lähtökohtaan nähden kerrotaan sitten sellaisia yksittäisiä tilanteita, joissa otetaan huomioon tiettyjä saksalaisen oikeuden erityispiirteitä (tiettyjä erikoisia instituutioita tai poikkeavia sääntöjä). Gerber siis vain olettaa tietyn luonnollisen roomalaisoikeudellisen lähtökohdan ja tarkastelunäkökulman esitysjärjestyksineen, mutta ei erityisesti tätä yleistä näkökulmaansa enää tässä perustele. Niinpä hän toteaa accessiostakin vain, että roomalaisen oikeuden mukaan se koski kulkusaarta ja vastaavia. Se ymmärret-

³⁶⁵ Esimerkiksi kysymys siitä, onko talonpoikaistila haltijansa omistuksessa, voidaan Gerberin mukaan ratkaista vain tutkimalla sen historiaa. Partikulaarioikeudet ovat osin helpottaneet asian ratkaisua määräämällä, että tietty oikeus on omistusoikeus. Erityisen määräyksen puuttuessa asia ei ratkea pelkästään tilan nimikkeeseen, rasiuksen suuruuteen tai jakamattomuuteen tai tilanherralta vaadittavan suostumuksen perusteella. Nämä olivat aikaisemmin tunnusmerkkejä talonpoikaisten oikeuden pelkistä nautinto-oikeusluoteesta. Nykyisin voidaan päätyä myös omistuksen puolelle, jos voidaan osoittaa perimystä tai vapaita luovutuksia. Ks. Gerber s. 131.

³⁶⁶ Gerber toteaa vanhemman saksalaisen oikeuden erityiseksi piirteeksi mm. julkistamisen maaomaisuuden saannon kohdalla (ennen kuin kirjaamislaitos toteutui). Ks. Gerber s. 145 ss.

³⁶⁷ Ks. Gerber s. 150 ss.

tiin kiinteistön luonnollisena kasvujatkona, mutta joissakin partikulaarioikeuksissa siitä oli omia sääntöjään (fiskukselle).³⁶⁸

Tällaisenaan Gerberin esitys heijastaa lähinnä ja tyypillisesti sitä, miten vähän omistuksen alkuperästä on tarpeen roomalaisoikeudelliselta pohjalta sanoa. Gerberin näkökulma on lisäksi jo niin itsestäänselvästi roomalaisoikeudelliseen käsitteelliseen ainekseen kiinnittynyt, ettei hänellä ole juurikaan tarvetta tässä yhteydessä muistuttaa saksalaisen historian erityispiirteistä, jotka paikoin vahvastikin modifioivat roomalaisoikeudellisia sääntöjä. Omistus on järjestelmänä syntynyt varhaisemmissa vaiheissa ja nyttemmin on tarpeen selvittää vain niitä sääntöjä, joilla on vielä käyttöä. Käyttöä taas on ensisijaisesti derivaatiivista saantoa koskevilla säännöillä.

Tietyllä tavalla sisällöllisesti antoisampi onkin seuraava, oikeuksia vieraisiin esineisiin koskeva osio, jossa Gerber käsittelee läänitysoikeutta, nautinto-oikeutta talonpoikaistiloihin, servituutteja sekä panttioikeutta.³⁶⁹ Nämä esittelyt osoittavat selkeästi sitä, että jako omistusoikeuden ja toisen esineeseen kohdistuvien oikeuksien välillä on myös Gerberille keskeinen ja kategorinen. Se myös esitetään eksplisiittisesti roomalaisoikeudellisena ja samalla tieteellisen tarkastelun tuottamana välttämättömänä käsitteellisenä erotteluna. Saksalaisen oikeuden historiasta löytyy tosin vaiheita, joissa tätä ei vielä ymmärretty, mutta sittemmin oikeudet ovat sisällöllisestikin kehittyneet niin, että ne voidaan myös systematisoida oikeisiin kategorioihin.

6.4.4.6 Omistus rajoitettujen esineellisten oikeuksien järjestelmässä

Gierken saksalainen yksityisoikeus edustaa merkittävästi toisensuuntaista germanistista linjausta kuin Gerberin painotukset, koska Gierken kritiikin kärki kohdistuu roomalaisen oikeuden ylivaltaan.³⁷⁰ Nyt tarkasteltavassa yhteydessä

³⁶⁸ Hedelmien omistussuunnosta on oma pikkujaksonsa (Gerber s. 165). Gerberin mukaan sellainen industriaali-hedelmä, jonka saaminen on edellyttänyt työtä, katsottiin vanhemman saksalaisen oikeuden mukaan saannoksi ja ansaituksi niin pian kuin sen kasvamiseen tarvittava työ oli tapahtunut eli kun maa oli käännetty. Tämä seuraus ei kuitenkaan koskenut niitä tilanteita, joissa joku oli tieten laittanut työtään vieraan maahan/kiinteistöön. Alaviitteessä Gerber viittaa myös siihen, että ei ole varmaa, onko tämä ymmärretty omistusoikeussuunnosta vai vain vaateena (saamisesta). Kysymys on siis nimen omaan tilanteista, joissa joku ”kylvää” omistajattomalle maalle tai bona fides jonkun maalle. Tietty mielenkiintonsa on siinä, että tässä kohdassa Gerberin tekstissä vilahtaa ajatus ”työllä ansaitsemisesta”, muualla siihen ei viitata.

³⁶⁹ Esimerkiksi läänitysoikeudesta kirjoittaessaan Gerber lausuu joitakin kiinnostavia huomioita omistusoikeusrajoista. Gerber toteaa mm., että omistusoikeuden rajoituksista läänitysoikeus ja siis vasallin oikeus kestossaan ja laajuudessaan lähestyy omistusoikeutta. Läänitysoikeus ei kuitenkaan ole osoitus säännönmukaisen oikeuselämän tarpeista, vaan se oli ”seurausta sattumanvaraisista ja erikoisista julkisen elämän intresseistä, joiden yhteisvaikutus sitten sai aikaan tämän instituution syntymisen”. Ks. Gerber s. 171–223. Talonpoikaistilan osalta erit. s. 224 ss.

³⁷⁰ Gierke, *Deutsches Privatrecht. I–III* (1895–1917). Ensimmäinen osa käsittelee kaksi kirjaa: yleisen osan ja erityisestä osasta henkilöoikeuden. Toisessa osassa on esineoikeus.

mielenkiintoisin ulottuvuus tässä kritiikissä on Gierken käsitys omistusoikeudesta.³⁷¹ Samalla Gierke kuitenkin kiteyttää esineoikeudellisen käsitteistön keskeisen yhteisen rakenteen. Gierken suora roomalaisen omistuskäsitteen torjunta on sinällään harvinaista germanisteillakin. Gerberhän puolestaan kiinnittyi erityisesti omistuskäsitteessään roomalaisoikeudelliseen käsitteistöön. Onko siis Gierkellä enemmän tai saksalaisempaa sanottavaa myös omistuksen synnystä?

Gierken mukaan omistuksella on erityisasema esineoikeuksien joukossa.³⁷² ”Se on esineellinen oikeus, joka on suuntautunut esineen hallitsemiseen kokonaisuudessaan” (... das dingliche Recht, das auf Beherrschung der Sache im Ganzen gerichtet ist). Sille vastakkaisena ilmenevät kaikki muut esineoikeudet rajoitettuina esineoikeuksina, siksi että ne koskevat esinettä vain määrättyissä suhteissa.³⁷³

Määritelmä tarkastelee omistusoikeuden ja muiden esineoikeuksien eroa ja asettaa tässä kriteeriksi oikeuden kohdistumisen (esineeseen) joko kokonaisvaltaisesti tai jollakin tavalla rajatusti ja määrätysti. Onko tämä samalla jo sisällöllinen erottelu? Onko siis omistus kategorisesti toisenlaisena (kokonaisuutena) jo sinällään samalla jotakin määrittämätöntä, rajatonta, luettelematonta, olemukseltaan periaatteellisesti toisenlaista kuin muut oikeudet, jotka ovat määriteltäviä, rajattuja, lueteltavia? Gierke korostaa kaikissa yhteyksissä ”kokonais-esineellisyyttä”, jolloin tämä piirre on nimenomaisesti omistusta muista esineoikeuksista erottava kriteeri. Jos siitä luovuttaisiin, mitään selkeätä eroa ei olisi, sillä Gierke korostaa aina myös omistusoikeuden rajoitettavuutta ja sitä, että rajoituksia on aina ollut. Määräämisvallan esineeseen kohdistuminen ei ole Gierken määritelmän keskeinen elementti, vaan vallan lähtökohtainen kokonaisvaltaisuus, jonka Gierke näkee omistusoikeutta muista oikeuksista erottavana kriteerinä. On siis tärkeää havaita, että vaikka Gierke ei manifestoi absoluuttista rajatonta omistusoikeutta, myös hän erottaa omistusoikeuden erityiseksi oikeudeksi: se on jotakin muista poikkeavaa.

Käsitteiden keskeisyyttä todistaa osaltaan myös määritelmän selitys. Gierken mukaan vastakohta (”Dieser Gegensatz”) omistuksen ja rajoitettujen esineoikeuksien välillä on saanut eri kansoilla ja eri aikoina monenlaisia leimoja tai merkityspainotuksia. Sen mukaisesti on myös omistuskäsite muuttanut hah-

³⁷¹ Ks. Gierke II (Sachenrecht), jossa kolmas kappale koskee omistusoikeutta, neljäs rajoitettuja esineellisiä oikeuksia. Gierken järjestys on omintakeinen siinä, että hän tarkastelee kakkoskappaleessa (Gewere, Besitz und Grundbuchrecht) ja siis ennen omistusoikeutta kiinteistövaihdannan muotoja saksalaisessa oikeudessa sekä kiinteistökirjaa ja sen esineoikeudellista merkitystä, pitkänä jaksona (§117–120).

³⁷² Omistusosio alkaa yleisellä jaksolla omistusoikeudesta. Ensimmäisenä alajaksona on omistus ja rajoitetut esineelliset oikeudet (§120), missä mennään ensiksi käsitteeseen. Liikkeenlähtö osoittaa hyvin sitä, että omistuskäsitteen määrittelyssä on kysymys omistuksen suhteesta ja erosta muihin oikeuksiin.

³⁷³ Ks. Gierke II s. 347 s.

moaan.³⁷⁴ Näyttääkin siltä, että Gierke nostaa historiassa vaikuttaneeksi perusjaoksi tämän jaottelun. Sillä on tosin ollut erilaisia muotoja, mutta omistus oikeutena saa kulloisenkin muotonsa pikemminkin tähän jaotteluun liittyen kuin että asia olisi päinvastoin (että omistus määrittäisi käsitteistöä).

Gierken mukaan omistus on historiallinen eikä suinkaan looginen kategorია. Tämä huomautus on osoitettu tarkoituksella kritiikiksi roomalaisoikeudellisia määritelmiä vastaan. Gierke väittääkin, että roomalaisen käsityksen mukaan muotoillut definitiot ovat saksalaiselle oikeudelle (”meille”) käyttökeltvottomia. Niiden mukaan omistusoikeus itsessään, sinänsä (an sich) olisi rajaton tai absoluuttinen ja muut poissulkeva oikeus ja siksi kaikki omistusoikeusrajoitukset olisivat ristiriidassa omistuskäsitteen seurausten kanssa tai eivät koskettaisi omistusta itseään, vaan vain sen harjoittamista.³⁷⁵

Omana kantanaan Gierke kuitenkin toteaa, että nykyisen oikeuden kannalta omistuksen käsite saadaan ymmärtää vain niin, että se sisällyttää itseensä yksityisen esineherravallan relativiteetin ja rajoitettavuuden, jättää avoimeksi osaherravallan luovuttamisen ja turvaa rajoitettujen esineellisten oikeuksien koordinoitun aseman. Mielestäni tärkeä on myös Gierken huomautus, kun hän arvioi ehdotusta omistuksen määrittelemisestä ”poissulkemisoikeudeksi”. Hän nimittäin katsoo, että omistuksen määrittelemisen muut poissulkevaksi oikeudeksi on ristiriidassa historiallisen tapahtumainkulun kanssa. Tästä näkyy Gierken alkukorostus: omistus on historiallinen kategorია.

Alkuperäisestä saksalaisesta omistusjärjestyksestä kertoessaan Gierkekin katsoo tarpeelliseksi pyrkiä vakuuttamaan sitä, että puhe omistuksen rajallisuudesta ei samalla tarkoita sitä, että saksalainen oikeusjärjestys olisi ollut aivan omanlaisensa. Gierken mukaan saksalainen oikeus tunsi enemmän tai vähemmän täyden herravaltaoikeuden sekä irtaimiin että kiinteisiin esineisiin. Kysymys oli yhteisöille tai yksityisille osoitetusta, geweren järjestyksestä erillisestä materiaalisesta esineoikeudesta. Varhaisvaiheissaan saksalaisesta oikeudesta vain puuttui abstrakti esineellisen oikeuden käsite. Siitä puuttui myös käsitteellinen vastakohta omistuksen ja rajoitettujen esineoikeuksien välillä.³⁷⁶

Esineellisen oikeuden käsite saksalaisessa oikeudessa Gierken mukaan liittyi konkreettiseen käsitykseen oikeudellisesta herravallasta erilaisiin esinehyviin (Sachgütern). Sitävastoin ei ollut olemassa teknistä nimeä, joka olisi erottanut esineellisen oikeuden sellaisenaan sen kohteesta. Pikemminkin herravaltaoi-

³⁷⁴ Gierke II s. 348.

³⁷⁵ Gierke II s. 348 s. Roomalaisoikeudellisen määritelmän edustajina Gierke mainitsee Arndtin, Vangerowin, Windscheidin, Gerberin.

³⁷⁶ Gierke s. 349 ss.

keus ajateltiin sisällöllisenä (täyteytenä) yhdessä herravalta-alaisen esineen kanssa. Tämä ilmaistiin esinettä tarkoittavalla nimellä.³⁷⁷

Gierken mukaan vanhagermaaniseen oikeuteen kuului erityinen oikeudellisen esineherravallan käsite, jota hän kutsuu ”vaihtelevaksi omistuskäsitteeksi”. Gierke korostaa, ettei se vastaa roomalaista eikä nykyistäkään omistuskäsitettä. Perinnöllisen ohella oli elämänmittainen, ikuisen ohella määräaikainen, lunastusoikeutetun ohella ehdollinen, nykyisen ohella lykätty ehdollinen ja odotuksenvarainen omistus. Samanaikaisesti vapaan, täyden ja rasittamattoman omistuksen ohella oli sidottu, rajoitettu tai rasitettu omistus. Kysymys oli siis oikeastaan omistusjärjestelmästä, joka kattoi erilaisia oikeusasemia. Gierke toteaaakin, että tällä tavalla omistusjärjestys saattoi säilyttää moninaisia samaan esineeseen kohdistuvia herravaltoja puitteissaan, jotka siis oikeutuksiansa suhteen määrittivät ja rajoittivat hallintaa, määräämisvaltaa ja nautintaa. Gierke kiteyttää hahmottelemansa järjestelmän luonteen kirjoittamalla, että ”rajoitetut esineelliset oikeudet olivat sisällöllisesti olemassa, mutta ne ilmenivät omistuksen muotoina ja vaikutuksina”.³⁷⁸

Mielestäni Gierke tässä varsin monipuolisesti kertoo siitä, että lukuisia, käytännön tarpeiden muokkaamia maan hallintaa koskevia oikeuksia oli olemassa, mutta käsitteellinen perusjako nimen omaan oikeuksien kahteen ryhmään jakamisen mielessä ei hallinnut germaanista käsitteistöä. Tätä osoittaa myös historiikki, jonka Gierke esittää saksalaisen omistus- ja esineoikeusjärjestyksen muotoutumisesta.³⁷⁹

Johtoajatus Gierken historiikissa on se, että ajan myötä seurasi jatkuva esineoikeuksien henkistyminen (Vergeistigung) ja erottautuminen. Esineelliset oikeudet irtaantuivat kohteesta ja saivat erityisen nimen, mutta samaan aikaan muotoutui ja itsenäistyi moninaisia rajoitettuja esineellisiä oikeuksia. Gierken mukaan tämä kehitys jätti kuitenkin omistuskäsityksen ytimen muuttamatta. Kehitys tähtäsi erotteluun, mutta ei vastakohtaiseen jakamiseen omistuksen ja muiden esineoikeuksien välillä. Kaikkien herravaltojen tietty yhtenäinen luonne säilyi. Omistus ja rajoitetut esineoikeudet eivät koskeneet esinettä eri tavoin (erilaisilla tavoilla tai lajeilla) vaan erilaisessa laajuudessa.³⁸⁰

³⁷⁷ Siksi kielenkäyttö herravaltaoikeuksista muodostui erilaisten esineryhmien mukaan ja osoitti mm. kiinteille ja irtaimille tavaroille (Gut) erityiset nimet, jotka koostuivat erilaisista oikeussisällöistä. Herravaltaoikeutta kiinteistöön kutsuttiin samalla kohteen omaksi, eigen (proprium, proprietas), perittyjen tilojen kohdalla erbeksi tai eigen und erbeksi, ja herravaltaa irtaimen kutsuttiin kohteen mukaan nimellä varnde habe tai varend gut.

³⁷⁸ Oikeastaan erilaisten esineoikeudellisten herravaltojen yhdistyminen yhteen käteen tuli ylipäättäänkin kysymykseen vain irtaimen osalta. Gierke jatkaa kiinteistöistä, että maata ja maapohjaa koskeva herravalta oli alun pitäenkin jaettu yhteisön ja yksityisen toisiinsa lomittuviin oikeuksiin ja hajaantui sittemmin edelleen. Gierke viittaa tässä perheen ja suvun intresseihin, yhteisön oikeuteen sekä kuninkaan ja muiden herra-oikeuksien haltijoihin. Ks. Gierke II s. 352 s.

³⁷⁹ Ks. Gierke II s. 354 ss.

³⁸⁰ Gierke II s. 355.

Gierke kokoa saksalaisen omistuksen piirteet kahdeksaan kohtaan.³⁸¹ Näissä kohdissa keskustellaan samalla ikään kuin suhteessa johonkin toisenlaiseen omistuskäsitteeseen. On ilmeistä, että vertailukohdetta edustaa lähinnä roomalaisoikeudellinen omistus. Kahdeksalla kohdallaan Gierke maalaa saksalaisen omistuksen hyvin ihanteellisena, laajana, monialaisena, joustavana, sosiaalista tilannetta huomioon ottavana käsitteenä. Tämä kuvailu on samalla kritiikkiä roomalaisoikeudellista abstraktia, yleistä, absoluuttista omistuskäsitettä vastaan. Mielestäni tärkeintä luettelossa on se, että useimmat kohdat kiinnittävät huomion siihen, että saksalainen käsite ei erottelisi omistusta ja muita esineoikeuksia kategorisesti toisistaan. Roomalaisoikeudellinen käsitehän nojaa tämän erottelun varaan.

Tässä ei tarvitse ratkaista sitä, pitääkö Gierken käsitys saksalaisesta omistuskäsitteestä paikkansa, mutta kiinnostavaa on se, että tällaisena hän eron joka tapauksessa näkee. Gierke siis näkee roomalaisoikeudellisen ja saksalaisoikeudellisen omistuksen eron juuri tuossa omistus/muut esineoikeudet-suhteessa. Saksalainen oikeus ei tee jyrkkää eroa niiden välillä, mutta roomalainen oikeus tekee. Voidaan tietysti pohtia myös sitä, onko eron tekemisessä kysymys oikeastaan vain siitä kehityksestä, jossa oikeuskäsitteet eriytyvät ja abstrahoituvat, siis tämän yleislinjan paikantumisesta esineoikeudellisen käsitteistön sisällä. Näin voi olla, mutta tärkeätä on kuitenkin huomata se, miten myöhään se oikeastaan tapahtuu. Se ei suinkaan tapahdu jossakin ”uuden ajan alussa” vaan 1800-luvulle tultaessa, kun omaksutaan roomalaisoikeudelliselta pohjalta muotoiltu omistuskäsite.

Gierken selvitys jaetun omistusoikeuden vaiheista keskiajalla ja myöhemmin täydentää hänen käsitystään germaanisesta omistuskäsitteistöstä.³⁸² Gierke korostaa siinäkin esineoikeuksien omintakeista germaanista luonnetta. Niinpä hänen mukaansa jokainen esineoikeus perusti välittömän sidonnaisuuden esiineseen. Tämä ei vielä sinällään kertonut siitä, kenelle koko esine kuului. Sen ohella, että oli olemassa epätäydellinen omistus esinekokonaisuuteen, saattoi

³⁸¹ Ks. Gierke II s. 356 ss. Niinpä saksalainen omistuskäsite (1) kattaa määritelmänsä mukaan esineeseen mahdolliset herravallat, (2) kattaa kaikki esineeseen liittyvät suhteet, (3) kattaa niin yhteis- kuin erityisoikeudetkin esineeseen, (4) kokoa sekä persoonalliset että varallisuusoikeudelliset suhteet, (5) kantaa rajoitukset käsitteessään, (6) on ”asteittaisuuteen mahdollinen”, (7) on esineellinen oikeus muiden esineellisten oikeuksien joukossa ja (8) ei koske vain aineellisia esineitä.

³⁸² Ks. Gierke II (§121) s. 368 ss. Gierken mukaan jaettu omistusoppi kiteyttää germaanisesta omistuskäsityksen piirteitä yleisemminkin. Gierke kirjoittaa, että alkuperäinen germaanimainen omistus oli käsitteellisesti jaollinen. Siihen sisältyvät valtaoikeudet voitiin siis hajottaa ja jakaa osiin. Näin hahmotettava käsite vastasi tuonaikaisen yhteiskunnan rakennetta. Gierke kirjoittaa, että käsitteen jaettavuudessa ilmeni esineoikeudellisesti oikeudellinen väline keskiaikaisen maanhallintajärjestyksen poliittisen, sosiaalisen ja taloudellisen herravaltaorganisaation hahmotamiseen. Maanherruus muutosi omistusoikeuden sisältöä ja toisaalta maanvuokran monet muodot saivat aikaan maata ja maapohjaa koskevien omistusoikeutusten pitkällemenevää hajaantumista.

sen ylä- tai alapuolella olla esineoikeus oikeutena niin ikään esinekokonaisuuteen. On huomattava, että Gierke tässä nimenomaisesti pyrkii selittämään sitä, että ”koko-esinettä”, ”esine-kokonaisuutta” katsottiin keskiajalla voineen samanaikaisesti koskea useamman oikeuden. Tämä on vastakkainen sittemmin yleistyneelle – ja nykyiselle –, Gierkenkin kannattamalle ajatukselle siitä, että omistusoikeus juuri kokonaisvaltaisuudessaan eroaa kaikista muista esineoikeuksista.

Gierken mukaan keskiaikaisessa ajattelussa ajatus jaetusta omistusoikeudesta oli tosiasiaassa läpikulkeva.³⁸³ Tämä yleisempi hahmotustapa omistusoikeuteen on olennainen ja tunnuspiirteinen ja erikseen huomionarvoinen. Siitä erillinen kysymys on sitten varsinainen jaettu omistusoppi ja sen erilaiset variaatiot.³⁸⁴

Historiikin ohella Gierke esittelee nykyisestä oikeudesta lyhyesti niitä paikkoja, joissa jaettua omistusoppia vielä näkyy.³⁸⁵ Erityisen kiinnostavaa on se, miten Gierke esittelee aliomistusoikeuden. Esityksen taustalla voidaan nähdä

³⁸³ Gierke II s. 369.

³⁸⁴ Gierkekin siirtyä tietyistä puhumaan myös roomalaisen oikeuden vaikutuksesta ja ”doppelt Eigentum”-opista, jota yhdisteltiin germaanisiin hallintasuhteisiin. Lopuksi hän tulee vaiheeseen, jossa oppi havaittiin roomalaisen oikeuden vastaiseksi. Gierke sanoo tästä, että romanistit hylkäsivät jaetun omistuksen, mutta tuolloin ei tyydytty sen poistamiseen roomalaisesta oikeudesta, vaan sen olemassaolo selitettiin epäoikeutetuksi kaikissa oikeuksissa. ”Koska se oli yhdistämiskelvoton roomalaiseen omistusoikeuskäsitteeseen, tuli se loogisesti mahdottomaksi, pelkäsi väärinymmärryksen todisteeksi.” Tähän menivät mukaan useat germanistitkin. Gierke katsoo selvästi, että näin ei olisi pitänyt tehdä. Oppi oli vuosisatoja osa eurooppalaista oikeusvakaumusta ja elävään todellisuuteen perustuva. Opin piirteiden hävittäminen oikeushistoriasta oli siis järjetöntä sillä perusteella, että se soti roomalaisoikeudellista logiikkaa vastaan. Gierke lisää, että opin piirteiden säilyttäminen on tärkeitä myös oikeusdogmatiikan kannalta, koska saksalaisperäiset oikeussuhteet kantavat sitä perusteissaan. Sitä paitsi opin piirteitä on lainsäädännössäkin, samaten kuin tavanomaisessa oikeudessa. Kriitikkilään Gierke ei kiistä sitä, etteikö jaettu omistusoppi olisi tosiasiallisesti jo menettänyt suurimman osan merkityksestään. Gierke toteakin, että opin mukaiset oikeudet ovat muuntuneet ja lunastettu ja uusien sidosten perustaminen on sittemmin lainsäädännöllisesti kielletty. Ks. Gierke II s. 371 s.

³⁸⁵ Jaettu omistus on gemein-oikeudellisesti tunnustettu vain Lehen-tilanteissa ja tietyissä talonpoikaistiloissa, partikulaarioikeudellisesti myös muutamissa muissa, erityisesti perhefideikomississa. Kohteena on yleensä maatila tai Grundvermögen, joka esiintyy Sonder-varallisuutena. Yliomistus on Gierken mukaan omistus, joka on itsenäisenä yksityisoikeutena perinnöllinen ja luovutettavissa ja suojattu omistuskantein. Sen sisältö kuitenkin rajoittuu ns. proprietäsoikeuksiin eli substanssia koskevaan oikeuteen. Yksityiskohdissaan se sisältää erilaisia oikeutuksia; useimmiten myötävaikutuksen aliomistuksen luovutukseen, ja toisaalta vaateen rasituksista ja suorituksista. Olennainen on vain takaisinlankeamisoikeus (Heimfallsrecht). Tässä oikeudessa kiteytyy se tekijä, joka osoittaa yliomistuksen omistusoikeudeksi. Gierke tiivistää tämän siihen, että se (yliomistusoikeus) laajenee omasta voimastaan täysomistukseksi aliomistuksen jäädessä pois. Tämä ominaisuus sisältää itsessään oikeuden, joka koskee Gierkelle omistuksessa keskeistä esinekokonaisuutta (die Sache im Ganzen). Gierke II s. 374.

Gierken hahmotelma germaanisesta omistuskäsityksestä.³⁸⁶ Gierke nimittää kirjoittaa muun ohella, että yliomistuksen jäädessä pois (lakatessa) aliomistus-oikeus laajenee omasta voimastaan täysomistukseksi (appropriatio). Juuri tämän perusteella siihen sisältyy esinekokonaisuutta koskeva oikeus.³⁸⁷

Gierken viimeiseksi poimima piirre aliomistusoikeudessa on erittäin tärkeä. Ymmärtääkseni varhaisemmissa vaiheissa ja myös opillisissa versioissa ja tulkinnoissa aliomistuksen pysytti ”heikommalla puolella” (eli ei-omistusoikeutena) nimenomaisesti se, että siihen ei sisältynyt Gierken nyt viittaamaa itsestään laajentumisen mahdollisuutta. Niinpä aliomistusoikeus sisällöllisestä laajuudesta huolimatta pysyi perimmäisessä mielessä ehdollisena ja sidonnaisena oikeutena. Näinhän Gerberkin korosti edellä. Sen sijaan Gierke lainatussa tekstikohdassaan esittelee molemmat osiot (sekä yliomistuksen että aliomistuksen) tavallaan saman potentiaalin sisältävinä. Näin hän pääsee kummankin kohdalla korostamaan sitä, että ne ovat ”esine-kokonaisuutta” koskevia. Tässä mielessä ne täyttävätkin Gierken itse asettaman omistuskäsitteen ainoan kriteerin, siis kriteerin, joka erottaa omistusoikeuden muista oikeuksista.

6.4.4.7 *Moderni omistusoikeus puhtaana varallisuusoikeutena*

Gierken edellä viitattu luettelo tarkoittaa tiivistää nimen omaan saksalaisen alkuperäisen omistuskäsitteen piirteet. Gierke jatkaa historiikkaa reseptiokehityksellä, johon puolestaan kuuluu roomalaisoikeudellisen omistuskäsitteen tarkastelu. Gierkenkin mukaan on kiistatonta, että roomalaisen oikeuden myötä myös roomalainen omistuskäsite tuli Saksaan. ”Roomalaisen käsityksen mukaan omistus on abstrakti oikeussuhde, jonka voimasta esine on henkilön herravaltapiirissä. Siksi roomalaisella omistuksella on aina sama luonne ja olemus. Se on puhtaan yksityisoikeudellinen. Sellaisena se on voimakkaan individualistisesti määräytynyt. Se näyttäytyy läpikotaisin vapaana varallisuusoikeutena. Käsitteensä mukaisesti se sisältää rajoittamattoman vallan. Konkreettisten rajoitusten tilanteissa se ei muunnu ja säilyy myös ajoittaisissa sisällöllisen tyhjentymisen tilanteissa itsessään samanlaisena. Se on muut poissulkeva herravaltaoikeus, joka koskee koko esineruumista eikä siedä rinnallaan toista samanlaista herravaltaoikeutta. Sen ohella voi olla vain olemukseltaan

³⁸⁶ Gierke kirjoittaa aliomistuksesta, että se on niin ikään omistus, joka on sellaisenaan, vaikkakin rajoituksin, perinnöllinen ja luovutuskelpoinen ja omistuskantein suojattu. Sen sisältö muodostuu osuudesta proprietakseen sekä kattavasta käyttö- ja nautintaoikeudesta, jota rajoittaa vain yliomistajan oikeutta turvaava substanssin säilyttäminen. Aliomistaja on kaikkien kiinteistöä rasittavien reaaloikeuksien subjekti. Myös poikkeukselliset omistajan etuudet lankeavat hänelle, mm. omistajanosuus aarteeseen. Siksi hän kantaa paitsi normaalit myös poikkeukselliset rasitukset (kuten sota-rasituksen). Lisäksi hän kantaa ja edustaa esinettä prosesseissa itsenäisesti.

³⁸⁷ Gierke lisää, että yksinkertaisesti yliomistajan oikeuden lakkauttaminen luopumisen kautta tai oikeuslauseella on riittänyt siihen, että suurin osa aliomistuksista on muuttunut yliomistukseksi. Gierke II s. 374 s.

erilaisia esineoikeuksia, jotka iura in re aliena -oikeuksina voivat koskea esinettä vain omistuksen kautta. Poikkeusluonteensa mukaisesti ne on rajoitettu keran muotoutuneisiin tyyppeihin. Aineettomiin esineisiin omistusta ei voi olla.”³⁸⁸

Gierken tiivistämä kuva roomalaisoikeudellisesta omistuksesta on selkeän vastakkainen verrattuna edellä tarkasteltuun väljään pohdiskeluun saksalaisen omistuksen piirteistä. Gierke osoittaa roomalaisoikeudellisen omistuskäsitteen ytimeksi myös nykyisten juristien tyypillisesti korostaman ajatuksen siitä, että omistuskäsite on puhdas varallisuus oikeus. Näin sitä analysoidessa kaikenlainen muu aines osoitetaan vieraaksi ja sellaiseksi muuksi, jolle ei pidä antaa merkitystä. Tämä suhtautuminen ei välttämättä ole ongelmaton, koska siihen sisältyy käsitys siitä, että roomalaisen oikeuden ilmentämä puhtaan yksityisoikeudellinen, eri esineiden kohdalla sama, yleinen käsite olisi oikea ja varsinainen omistuskäsite. Muu olisi pikemminkin erilaisten sosiaalisten, taloudellisten ja poliittisten suhteiden ja ulottuvuuksien sekoittamista ja liittämistä omistuskysymykseen. Käsitteellisen selkeyden kannalta näin varmaan pitää jossakin määrin ajatellakin. Toisaalta ”muiden ulottuvuuksien” liittäminen nähdään tällöin helposti jonkinlaisena kehitysmättömyytenä tai joka tapauksessa poikkeamina jostakin aidosta ja puhtaasta. Gierke muistuttaa siitä, että historian pitkää linjaa vasten ”sekoittelukäsitteistö” on tosiasiaa ollut puhdasta oikeutta hallitsevampi ja ehkä jopa käyttökelpoisempi.

Gierken esitys saksalaisesta ja roomalaisesta omistuskäsitteestä on esitetty sitäkin silmällä pitäen, että molemmat vaikuttavat voimassa olevassa oikeudessa ja niiden ristiriita tietysti samalla. Gierke sanookin saksalaisesta omistujajärjestyksestä niin, että se koskee modernia omistuskäsitettä, joka on kasvanut germaanisesta ja roomalaisesta ajatuksen yhteenmukaisista.³⁸⁹ Gierke esittelee törmäysten kautta muotoutuneen omistuskäsityksen piirteet niinikään kahdeksana kohtana.³⁹⁰

Gierken kokoava määrittely modernista omistusoikeudesta ”abstraktina ja elastisena, yksityisenä ja individuaalisena, varallisuutta koskevana, eksklusiivisena ja rajoittamattomana esineoikeutena” ei tosin sellaisenaan tuo erityisen painokkaasti esiin sitä, etteivätkö piirteet olisi etupäässä roomalaisesta oikeudesta. Eri määreiden tarkemmasta esittelystä on tässä syytä nostaa esiin lähinnä se, miten Gierke luonnehtii omistusoikeuden rajoittamattomuutta. Niinpä Gierke kirjoittaa tässä, että omistusoikeus on ”an sich” rajoittamaton, mutta se ei ole rajoittamaton herravaltaoikeus, vaan antaa niin täydellisen vallan kohteeseen

³⁸⁸ Gierke II s. 360 s.

³⁸⁹ Gierken mukaan erityisesti ensimmäinen BGB-ehdotus kiinnittyi mitä kapeimpaan roomalaisoikeudelliseen omistuskäsitteeseen. Vaikka varsinainen BGB on vähän toisenlainen, ei sekään ole siitä irtaantunut. Siinä on enemmän tilaa myös saksalaisoikeudelliselle käsitykselle, mutta enimmäkseen sellainen pääsee vaikuttamaan (vain) maa-oikeuksissa. Gierke II s. 361.

³⁹⁰ Gierke II s. 361 ss.

kuin kunkinhetkinen oikeusjärjestys mahdollistaa, jollei sitä (ajallisesti) rajoita erityisesti perustettu kolmannen oikeus. Gierke korostaakin vielä nimenomaisesti, että se on rajaton/rajoittamaton verrattuna muihin esineoikeuksiin.³⁹¹ Gierke jatkaa, että verrattuna kuvitelmaan absoluuttisesta käsitteestä, se sisältää rajoitukset käsitteessään.³⁹² Gierken mukaan tässä vaikuttaa saksalaisoikeudellinen käsitys siitä, että omaisuus on velvollisuuksien läpitunkema. Niin ikään poissulkevuuden tunnusmerkin kohdalla Gierke lisää, että omistus on ”an sich” poissulkeva esineoikeus. Siihen siis sisältyy valta sulkea pois esineestä kaikki, joille ei ole perustettu erityistä oikeutta siihen. Näin ollen sen ohella ei Gierken mukaan ole ajateltavissa toista esinettä kokonaisuudessaan koskevaa yksityisoikeutta, ”ein Sachganze ergreifendes Recht”.³⁹³

Voidaan sanoa, että Gierken tiivistyksessä omistuksen abstrakti, formaali luonne tulee esitellyksi hyvin pitkälti samalla tavalla kuin nykyisissäkin oppikirjoissa. Minusta tämä kertoo havainnollisesti siitä, miten omistuskäsite absoluuttisena ja muut poissulkevana herravaltana todellakin kelpaa myös sellaisille, joiden käsitys omistusoikeuden todellisesta sisällöstä otti huomioon oikeuden rajoitukset. Ytimeltään hahmotellussa abstraktissa käsitteessä on kysymys eron tekemisestä omistuksen ja muiden oikeuksien välillä, ja moderni (positivismin) oikeuteen tuo ero kuuluu rakenteellisena piirteenä (ja siis kiteyttää yleisempääkin oikeudellisen käsitteistön rakennepiirrettä ja samalla eroa aikaisempaan).

6.4.4.8 Valtaus vanhimpana maaomaisuuden saantomuotona

Gierken mukaan omistusoikeus maahan on syntynyt valtauksen ja jakamisen kautta.³⁹⁴ Gierke kirjoittaa, että germaaneilla kuten kaikilla kansoilla vanhin maaomaisuuden saantomuoto oli herrattoman maan haltuunottaminen valtaamisella (die Landnahme durch Aneignung von herrenlosen Lande). Tämä päti sellaiseen maahan, johon ei vielä koskaan ollut ollut omistusta sekä myös sellaiseen, joka oli siihenastisesta omistuksestaan hylätty tai menetetty sodassa.

Gierke jatkaa, että maan haltuunottaminen (die Landnahme) tapahtui germaanisen esihistorian aikana kansankokonaisuuden toimesta (durch Volksgesamtheiten). Se sai säännönmukaisesti välittömästi aikaan vain omaisuuden kuulumisen kansalle (Volkseigentum). Sen sijaan omistus maan ja yksityisen

³⁹¹ Gierke II s. 364.

³⁹² Se ei anna willkürlich-valtaa, vaan oikeudellisesti sidotun vallan. Korostuksensa tueksi Gierke viittailee myös BGB:n erilaisiin määräyksiin, jotka asettavat velvollisuuksia ja rajoituksia omistajalle.

³⁹³ Omistus sulkee pois kaikki ”Vollherrschaft”-yksityisoikeudet esineeseen, mutta ei ”Teilherrschaft”-oikeuksia. Jälkimmäiset ovat rajoitettuja esineoikeuksia ja kun ne eivät ole herravaltaa esineeseen kokonaisuudessaan, ne ovat oikeuksia toisen esineeseen.

³⁹⁴ Maaomaisuuden saanto ja menettäminen (§127) muodostaa oman erillisen jaksonsa, jonka Gierke aloittaa alkuperäisillä saannoilla.

tilallisen välillä muodostui vasta jakamisen kautta (während das Eigentum der engeren Verbände an den Sondermarken und der Einzelnen an den Hufen erst durch Zuteilung entstand).³⁹⁵

Gierke esittää edellä hahmotellun tilanteen alkukertomuksena, sillä hän jatkaa, että asuttamisen jälkeen maan rajojen sisäpuolelle ei jäänyt vapaalle maan haltuunotto-oikeudelle mitään tilaa, kun enää ei ollut täysin herratonta maata. Vielä rakentamaton maa oli yhteisölle kuuluvaa yhteisaluetta (Allmende) tai kansan Volksland. Myöhemmin se kuului kuninkaalle. Erityisomaisuudeksi (Sondereigentum) jaettu maakin palasi yhteisölle, kansalle tai kuninkaalle, jos se vapautui erityisoikeudesta. Mitään herratonta välitilaa ei ollut.³⁹⁶

Alkuperäisen asuttamisen jälkeisessä vaiheessa omistusoikeuden saaminen näyttäisi liittävän haltuunotetun jonkinlaiseen työstämiseen. Gierken mukaan yhteisön jäsenten osuusoikeudesta yhteisalueen nautintaan seurasi oikeus erityisomaisuuden työstämiseen (ein Recht der Erarbeitung von Sondereigentum) yhteisaluemaan uudisraivauksen kautta (durch Urbarmachung von Allmendboden). Aluksi tämä oikeus oli yleisesti yhteisöllisten rajoitusten alainen. Lopulta oikeus kaikkialla sidottiin yhteisön hyväksyntään (Bewilligung). Vastaavanlainen raivaus- ja perkaus-oikeus (Rodungsrecht) oli alkuperäisesti kaikilla kansan jäsenillä Volkslandiin, mutta Volkslandin muuttuminen kuninkaanmaaksi viimeistään frankkilaisella ajalla merkitsi sitä, että sitä voitiin käyttää vain kuninkaan luvalla. Samoin määräämisvalta hylätystä maasta pidätettiin kuninkaalle. Näin kaikki sellainen maa, jolla ei ollut muuta omistajaa oli frankkilaisella alueella ja myöhemmin myös saksalaisessa valtakunnassa kuninkaan omaisuutta. Saksassa tämä oikeus muiden kuninkaan nautintakelpoisten oikeuksien tapaan siirtyi sittemmin maanherruuteen ja muuttui erityiseksi regaaliksi.³⁹⁷

Gierken kertomuksessa haltuunottamisen tuottama omistusoikeus kudotaan eräänlaiseen yhteisen sopimuksen ajatukseen. Omistus sinänsä syntyy yhteisön suorittamalla haltuunottamisella, mutta yksityinen oikeus vasta maan jakamisella yhteisön jäsenten kesken. Muu kertomus onkin sellaisen tilanteen kuvausta, jossa alkuperäisen saannon edellyttämää herrattomuutta ei enää ole. Gierken kertomus sisältää historiallisena kuvauksena esitettyjä piirteitä, mutta toisaalta myös ainesta, jonka merkitys on muuntyyppinen. Alkuletoitus esitellään historiallisena tapahtumana, jossa haltuunotto muuttaa maan isännättömästä yhteis-oikeuden alaiseksi. Erityisomistuksien synty taas edellyttää yhteisön oikeuden jakamistointa. Toisaalta Gierke kertoo jatkon vain toteavasti: kuningas otti sittemmin alkuperäisen oikeuden, joten sellaista ei enää ole. Mitään kerrotuista

³⁹⁵ Gierke II s. 445.

³⁹⁶ Alaviitteessä Gierke huomauttaa siitä, että ajatus yhteismaasta herrattomana maana syntyi ehkä sen vastakkaisuudesta erityisomaisuuteen. Niinpä rakentamattoman maan omistus ilmeni keskiajalla sisällöllisesti heikompana oikeutena, mutta se käsitys kumminkin muodostui, että kysymys on omistuksesta.

³⁹⁷ Gierke II s. 446.

vaiheista ei tässä yhteydessä varsinaisesti perustella historiallisiin lähteisiin vedoten. Kyse on tyypillisestä alkukertomuksesta, jolla omistaminen oikeutetaan ja tehdään ymmärrettäväksi.

Gierke jatkaa, että reseption myötä omaksuttiin gemein-oikeuteen roomalaisen oikeuden sääntö siitä, että herraton kiinteistö on vapaan occupation alainen. Kuitenkin useimmissa maa-oikeuksissa säilyttiin saksalaisen oikeuden kannalla. Niinpä vallitsevana pidettiin regalia, joka siis merkitsi sitä, ettei herratonta maata valtion omistuksen takia katsottu olevan olemassa. Gierken mukaan tämä oppi muuntui vielä roomalaisen oikeuden vaikutuksesta niin, että valtion omistuksen sijasta alettiin puhua fiskaalisesta haltuunotto-oikeudesta (fiskalisches Aneignungsrecht). Lisäksi Gierke kertoo siitä, että yhteisöllä ajateltiin laajalti edelleen olevan omistus (kyläpiirin) yhteisalueen (gemeindemarkung) sisällä olevaan kenenkään erityisomistuksessa olemattomaan kiinteistöön.

Jonkinlaisen neljännen vaiheen Gierken historiikissa muodostaa lopulta BGB. Gierke toteaa, että myös BGB tuntee herrattoman kiinteistön. Gierken mukaan herraton kiinteistö nyt tarkoitettussa mielessä on (vain) §928:n viittama ”tarkoituksella hylätty kiinteistö” (johon tosin rinnastetaan kaikki sellaiset kiinteistöt, jotka olivat herrattomia kiinteistökirjaa aloitettaessa). Gierke kirjoittaa, että on roomalaisen oikeuden occupatio-vapauden vastaista, että herrattoman kiinteistön omistuksen saanto voi tapahtua vain erityisen valtausoikeuden kautta. Mihin Gierke tässä ”erityisellä valtausoikeudella” viittaa? Gierke jatkaa, että valtakunnan oikeuden mukaan valtausoikeus nimittäin kuuluu sen yksittäisvaltion fiskukselle, jonka alueella kiinteistö on tai sitten se voidaan maa-oikeudessa osoittaa myös jollekin muulle määrätylle henkilölle. Omistussaanto ei tämän säännön mukaan seuraa haltuunotosta sinänsä, vaan (vasta) sen kautta, että haltuunotto-oikeutettu antaa kirjata itsensä omistajaksi. Kirjaamisen edellytyksenä olevaan hakemukseen sisältyy valtaustahtoselitys (die Erklärung des Aneignungswillens).

Roomalaisen oikeuden ilmaiseman lähtökohdan vastaista on siis se, että omistuksen syntyminen edellyttää kirjaamista. Gierke jatkaakin keskustelua valtakunnan lain ja maakunnallisten (ruhtinaskuntien) lakien suhteesta. Hänen mukaansa kiinteistöllisen omaisuuden alkuperäinen saanto ilman kirjaan-ottamisen välitystä säilyy kuitenkin mahdollisena maa-oikeuksien (Landesrechte) alueella. Näitä sääntöjä oli erityisesti vesioikeudessa koskien oikeussuhteita syntyviin saariin, hylättyihin jokirantoihin ja vesijättömaihin. Tässä Gierke toteaa vain sen, että veden jättämän/vapauttaman/tuoman maan omistussuhteisiin on kolmenlaista tapaa: siihenastisen omistajan oikeus säilyy, mutta laajentuneena; ranta-omistajan omaisuus laajenee lain määräyksellä, tai maata pidetään herrattomana, mutta se on rantaomistajan poissulkevan valtausoikeuden alainen.

Gierken historiikki osoittaa osaltaan sitä, että maan haltuunottamista valtauksella pidetään jollakin tavalla luonnollisena ja alkuperäisenä. Kysymys on

samalla yhteisön ajattelusta alkuhistoriasta. Näin valtaukseen liitetään ajatus yhteisön jäsenten kesken tapahtuvasta maan jakamisesta. Tämä on jossain määrin samansuuntainen ajatus kuin valtaus yhteiskuntasopimus-konstruktiois-
sa (vaikka niissä liikutaankin ”teoreettisemmalla” tasolla). Tämä on lähtökohta, mutta sen jälkeen ollaan siinä tilanteessa, että herratonta maata ei pääsääntöisesti ole. Siksi joudutaan kertomaan historian kulkuun liittyvää kuninkaan tai valtion mukaantulemista, joka toisaalta vastaa osittain myös yhteisön oikeuden ajatusta; siis joka tapauksessa tullaan siihen, että yksityinen ei voi saada omistusoikeutta muuta kuin yhteisön tai kuninkaan tai valtion hyväksymistoinen kautta, koska tällä katsotaan jo olevan jonkinlainen oikeus maahan, joko omistusoikeus tai jonkinlainen hoheit-oikeus. Valtauksen edellytyksenä oleva herrattomuus on näin poistunut.

Erikseen on syytä huomauttaa siitäkin, että työperustelusta näissä teksteissä ei juuri keskustella eikä varsinkaan alkuperäisenä saantoperusteena. Työhön ja suorittamiseen liittyvää tulee esim. Gierken tekstissä esiin yhteisalueeseen kuuluvan maan yksityiseen omistukseen saamisen yhteydessä. Se raivaus ja perkaus, josta kohdassa puhutaan, viittaa kuitenkin varsin selvästi valtauksen ja haltuunoton kategoriaan. Työstä ja työstämisestä ei siis keskustella itsenäisenä perusteena, jonka katsottaisiin oikeuttavan omistukseen ikään kuin oikeudenmukaisena palkkiona tai että omistus olisi seurausta työpanoksesta. Peruste on yhteisön tai sittemmin kuninkaan lupa ja suostumus siihen, että yksityinen saa ottaa yksittäisen maapalasan haltuunsa. Tässä muodossaan tämä vastaa sitä, miten yhteismaan raivaamista varhemmassakin kirjallisuudessa käsiteltiin. Olennaista on se, että siinä ajatellaan maan kuuluvan jo jollekin, siis yhteisölle, jonkinlaisena yhteismaana ja yhteiskäyttöalueena. Yhteisö voi sitä vuokrata tai luovuttaa pysyvämmiin, ehkä jopa omistusoikeudella, mutta tällöin peruste on tuossa sopimuksessa (koska yhteisöllä on omistusoikeus).

Entä irtain omaisuus? Gierke toteaa irtaimen omaisuuden olleen ulkoisesti heikompi suhteessa kiinteään siksi, että se oli riippuvaisempi tosiasiallisesta hallinnasta. Sisällöltään se oli kuitenkin vahvempi, koska se oli vapaammin luovutettavissa ja siihen kuului täydempi herravalta. Nämä piirteet jatkuvat hänen mukaansa nykyisessäkin oikeudessa. Kiinnostavaa onkin se, että Gierke esittelee irtaimesta omaisuudesta puhuessaan ”absoluuttisempaa” omistuskäsitettä kuin puhuessaan maasta, vaikka kertoo rajoituksistakin.³⁹⁸

³⁹⁸ Ks. Gierke II s. 515 ss. Niinpä omistuksen kohde on perustaltaan ja muuttumattomasti asetettu omistajan vapaaseen määräämisvaltaan; toisella voi olla määräysvaltaa, mutta vain luovutettuna; joidenkin erityisten esineiden osalta laki asettaa kapeampia rajoja (omistajalle). Julkisoikeus rajoittaa omistajan määräämisvaltaa julkisen intressin vuoksi tai kieltolaki rajoittaa vapaaseen vaihdantaan (muutoin) osoitettuja esineitä; tätä on kuitenkin suhteellisen harvoissa tapauksissa. Gierke kirjoittaa edelleen, että esineruumiin herravalta kuuluu eksklusiivisesti omistajalle siinä määrin kuin tätä ei rajoita erityisesti perustettu oikeussuhde tai etuoikeus taikka huomioonottamisvelvoite, joka oikeuttaisi vieraan vaikutusta esineeseen. Herravalta on kuitenkin (ja vain) lain

Irtaimen omaisuuden saanto tapahtui Gierken mukaan vanhemmassa saksalaisessa oikeudessa aineellisen geweren välityksin ja täydellistyi sitten joko yksipuolisella valtaanotolla haltuunotto-oikeuteen nojautuen tai siirrolla siirtosopimuksen perusteella. Kokonaan uusiin esineisiin omistus syntyi yleensä niiden aikaansaamiseen tarvittavan työn nojalla. Sikäli kuin irtain tuli tarkasteltavaksi osana suurempaa esinekokonaisuutta, tuli kyseeseen myös pääesineen omistusoikeus tai esinekäsitteen välittämä omistussaanotto liitososaseen. Roomalaisen oikeuden reseption jälkeen roomalaisoikeudelliset irtaimia koskevat saantosäännöt omaksuttiin paitsi gemein-oikeudessa suuressa määrin myös partikulaarioikeuksissa. Ne koskivat nimen omaan hallinnan välittäjämerkitystä kotimaisoikeudellisissa käsityksissä.³⁹⁹

Gierken arvion mukaan BGB omaksui gemein-oikeudeksi roomalaisesta ja saksalaisesta oikeudesta sekoitetun järjestyksen.⁴⁰⁰ Lomittaessaan roomalaisen ja saksalaisen oikeudellisen aineksen historialliseen on Gierken esitys tämän sekoitetun järjestyksen aineksista itsessään monella tavalla sopiva päätös sekä romanistien että germanistien tekstien tarkastelulle. Se kokoaa keskeiset piirteet omistuksen syntyperustetta koskevasta keskustelusta.

Ensimmäinen piirre on se, että moderni omistumääritelmä korostaa omistajan määräysvaltaa, mutta tällaisen omistumääritelmän merkitysyhteytenä ymmärretään erottelu rajoitettuihin esineoikeuksiin. Tässä yhteydessään omistusta korostetaan erityisenä määräämisvaltana, mutta nämä korostukset liittyvät esineoikeudellisen käsitteistön rakenteellisiin piirteisiin. Näistä erillinen kysymyksensä on se, miten määritelmän mukainen omistus sisällöllisesti ymmärretään. Gierkekin korostaa omistusta erityisenä herravaltana, mutta samanaikaisesti se on hänen mukaansa monella tavalla rajoitettu oikeusasema.

Toinen piirre koskee omistuksen syntyperusteen esittämistä herrattoman maan valtauksena. Tämän lähtökohdan asettaa nojautuminen roomalaiseen oikeuteen. Samalla valtaus alkuperäisenä saantona ymmärretään myös historiassa tapahtuneena maan jakamisena, joka näin synnyttää taloudellisen järjestelmän perusrakenteen. Tähän perusrakenteeseen ei lainopissa ole tarpeen enempää

rajoitusten alainen. Gierke viittaa tässä julkisoikeuden puolelta siihen, ettei irtaimen kohdalla ole olemassa sellaista pysyvää yli-herravaltaa, jota valtio harjoittaa kiinteistöomaisuuteen. Missä on kyseessä pakottava julkinen intressi, täytyy valtion säännellä myös irtainta omaisuutta.

³⁹⁹ Myös saksalainen oikeus vaikutti joissain kohdissa gemein-oikeuteen ja johti partikulaarioikeuksien muuntumiseen. Gierke kirjoittaa, että tässä omaksuttiin roomalaisoikeudellinen omistussaanotto occupatiolla, kuitenkin niin, että saksalainen haltuunotto-oikeus osittain rajoittui, osittain laajeni. (Oikeuden) Siirtymiseen vaadittava (esineen luovuttaminen) siirtäminen muotoiltiin roomalaisen oikeuden tradition mukaisesti. Kuitenkin muotoiltiin myös saksalaisperäisiä traditionmuotoja. Toisaalta saksalainen oikeus säänteli osittain myös tradition vaikutuksia ei-oikeutetun hyväksi. Roomalainen nautinta-saanto (Ersitzung) omaksuttiin, mutta samalla saksalaisin vaikuttein. Uusien (uus-muotoiltujen) esineiden saannon suhteen meni läpi roomalainen oikeus substantiaali-*prinsippi*neen, jossa huomioitiin erityisesti esineellistä alkuperää, mutta siihen vaikutti kuitenkin osittain myös saksalainen produktio-*prinsippi*. Ks. Gierke II s. 518.

⁴⁰⁰ Ks. Gierke II s. 519.

puuttua kuin selvillä sen varaan rakentuvia siirtotoimia niin kiinteän omaisuuden kuin irtaimenkin osalta. Vastaava lopputulema kirjataan myös BGB:n valmistelussa, jossa todetaan, ettei valtakunnalliseen siviililakiin ole tarpeen ottaa yleisempää säännöstä herrattoman kiinteistön saannosta.⁴⁰¹ ”Für das Rechtsleben ist es ziemlich gleichgültig, wie das rechtliche Schicksal der herrenlosen Grundstücke bestimmt wird. Grundstücke von einigem Werthe und Umfange, die keinen Eigenthümer hätten, werden bei dem heutigen Stande der Bodenkultur schwerlich vorkommen.”⁴⁰²

6.5 OPPIKIRJOJEN HISTORIAKÄSITYKSESTÄ

6.5.1 Juristien oikeushistoria

Edellä tarkastellun juristikirjallisuuden taustalla oli tuonaikaisen historian tutkimuksen käsityksiä saksalaisesta historiasta ja yhteiskunnan muotoutumisesta. Osin tarkastelut veivät kauas varsinaisesti oikeudellisista kysymyksistä tai yksityiskohtiin, joiden merkitys ainakin nykylukijalle jää epäselväksi. Takautuminen historiaan on mielestäni kiinnostavaa nimenomaan siitä näkökulmasta, miten historiallisen ja oikeudellisen suhde kerrottiin. Kysymystä omistusoikeuden syntymisestä ei juurikaan asetettu erikseen. Pikemminkin vain esiteltiin yhteiskunnallisen järjestyksen hahmottumista, mihin yhtenä tekijänä sisältyi maata koskevan hallinnan ja omistuksen asema. Niinpä historiallisen ja oikeudellisen suhde näyttäisi asettuneen niin, että juristit antoivat historian tuottaa omistuksen oikeutena.

Entä historian tutkimus? Heinrich Brunnerin ja Richard Schröderin edellä jo mainitut saksalaisen oikeushistorian oppikirjat edustavat 1800-luvun lopussa vakiintuneita käsityksiä oikeuden historiallisesta kehittymisestä.⁴⁰³ Nekään eivät ota nimenomaisesti keskusteluun kysymystä omistusoikeuden perustelusta, mutta ne kertovat vielä astetta perusteellisemmin sen, miten yksityisen omistuksen ajateltiin syntyneen. Tämän kertominen johdattaa kirjoittajat esittelemään laajasti ja polveilevasti eurooppalaisen asutushistorian vaiheita ja vyöhykkeitä. Tiivistän vain tärkeimmät huomiot. Ne tukevat sitä, mihin juristiteks-

⁴⁰¹ Ks. Motive s. 300 s.

⁴⁰² Motive s. 301. Tämän jälkeen perusteluissa viitataan siihen, että maan ja maapohjan geometrisen kasvamisen tilanteita varten on omat erityiset sääntönsä, ja että käytännöllistä merkitystä omistuskysymyksen ratkaisulla on lähinnä vain siitä näkökulmasta, ovatko mahdollisesti olemassa olevat herrattomat maa-alueet vietävissä merkintänä johonkin kohtaan kiinteistökirjassa ja tästä taas on jo kiinteistökirjajärjestyksessä säännökset.

⁴⁰³ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte* (1. painos ilmestyi v. 1887) ja Schröder, *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte* (1889).

tien tarkastelu on jo viitannut, mikä on luontevaakin, koska usea edellä tarkasteltu juristi nojautui ainakin osin joko Brunneriin tai Schröderiin.

6.5.2 Yhteishallinnan jakaminen erityisiin oikeuksiin

Brunner pohtii saksalaisen oikeushistorian luonnetta yleisemminkin.⁴⁰⁴ Varsinaisesti omistuksen hahmottumisen kannalta on merkitystä ennen kaikkea sillä, minkälaisena hän esittelee germaanisen ja frankkilaisen ajan.

Germaaneille alun perin tyypillisenä pidetään yleensä jonkinlaista maiden yhteishallintaa. Myös Brunner esittelee tällaisen alkutilan. Yksityiset saivat sittemmin yksityisoikeuksia jakamisen ja haltuunoton kautta. Mitä tähän kertomukseen sisältyy? Brunner aloittaa historian kertomalla roomalaisen valtakunnan provinseissa tapahtuneesta maan haltuunotosta. Brunnerin mukaan johtava voima, joka ylipäättäänkin vei uudenlaiseen valtiomuodostukseen, oli germaanien maannälkä. Se tapa, jolla germaanit asettuivat roomalaiselle maaperälle, tuli merkitseväksi germaanis-arjalaisen vallan alulle, kehittymiselle ja tuhoutumiselle.⁴⁰⁵

Brunner viittaa eri vaellusheimojen vaihteleviin tapoihin roomalaisen maan valtaamisessa. Yhteistä on se, että germaaniheimot tulivat muualta ja vaativat osan maista ja se toteutettiin jakona olemassa olevien haltijoiden ja germaanisoturien välillä. Maanomistusoikeuden alkuperuste on jonkinlainen valtauksen ja jakamisen sekoitus.

Brunnerin mukaan germaaniheimojen liittyminen roomalaiseen valtakuntaan toteutettiin maanjaolla, jonka esikuvana oli roomalainen majoitussysteemi (Einquartierungssystem). Myöhäisroomalainen sotilaiden majoitus oli järjestetty niin, että majoitusotilas sai vaatia hänelle osoitetulta talonmistajalta kol-

⁴⁰⁴ Ks. esim. Brunner s. 4 s., jossa puhutaan siitä, miten oikeushistoria ”hat mit dem Werden des Rechtes zu tun”; se opettaa meille, miten oikeus on tunnistettavista aluistaan lähtien kehittynyt nykypäivään asti. Näin se eroaa ”von den Rechtsaltertümern”, jossa siis poimitaan joku kysymys ja tarkastellaan sitä tietynä aikana, ”in ruhenden”, ei kehityksen virrassa. Oikeushistoria eroaa antikvaarisesta tutkimuksesta, vaikkakin se voi koskea samaa materiaalia. Brunner puhuu siitä, miten tutkimuskohteilla on merkitys no. ”in dem Werdeprozess des Rechtes und bei den innigen Wechselbeziehungen die zwischen den gleichzeitigen Rechtsinstituten der Vergangenheit obwalten”. Saksalaisen oikeuden historiaa ei voida esittää rajoittumalla vain niihin instituutioihin, jotka kestävät nykypäivään asti. Brunner jatkaa (s. 5), että kaiken historian tapaan oikeushistorialla on arvonsa tieteenä itsessään, ihmisen itseymmärryksen kasvattamisessa, sen ei siis tarvitse olla ”hyödyksi” jollekin muulle. Toisaalta Brunner korostaa sitä, että kaikki mitä on, tulee ymmärretyksi vain sitä kautta, että tiedetään, miten se on sellaiseksi tullut, miten se on kehittynyt; vasta oikeushistorian kautta, joka selittää oikeuden nykyisyyden sen menneisyydestä ”gelangt man zum wissenschaftlichen Verständnisse des bestehenden Rechtes”. Kuten kansat eivät elä vain rinnakkain (toistensa vieressä), vaan sukupolvissaan (kattavat nämä), kattaa kansan oikeus nykyisin voimassa olevan ohella myös sitä ennen olleet oikeuslauseet sisäänsä.

⁴⁰⁵ Brunner s. 72 s.

matta osaa talosta.⁴⁰⁶ Germaanit sovelsivat samaa ajatusta, mutta eivät tyytyneet vain majoitukseen, vaan roomalaisen tilanomistajan täytyi kokonaan luopua osasta maataan. Kaikki roomalaiset tilat eivät joutuneet jakamisen kohteeksi, mutta jakamisen kohteena oli kuitenkin yksittäinen tila. Jakamisen yksityiskohtien Brunner sanoo olevan hämärän peitossa. Esim. itägoottien osalta Brunner kuitenkin jatkaa, että ainakin alkuvaiheissa jako-osuudet olivat germaanien kannalta varsin hyviä. Reaalijakoa ei toisaalta toteutettu kovin nopeasti ja vielä pitkään peltomaan jaon jälkeen oli olemassa jakamatonta metsää ja erottamatonta niittyä. Burgundilaiset toteuttivat jakoja ilmeisesti useampaan kertaan.⁴⁰⁷

Brunnerin mukaan germaaniset tulokkaat sijoitettiin näin roomalaisen valtakunnan provinsseihin periaatteessa roomalaisten määräysten perusteella. Sen sijaan Pohjois-Afrikassa vandaalit toteuttivat asuttamisen valtausoikeudella, eivät majoitussysteemin mallin mukaisesti.⁴⁰⁸

Jakso ”talouselämästä alkuajalla” nostaa esiin pohdintaa, jossa tullaan lähemmäs omistukselle asetettavia kriteerejä. Brunner puhuu metsästyksestä ja siitä, että viljelykulttuuri ylipäänsä oli pitkään hyvin vaihtelevaa, liikkuvaista, ilman kiinteyttä, ”die Sesshaftigkeit ist aber noch eine lose, das Volk nicht fest mit Grund und Boden verwachsen, sondern leicht imstande und leicht entschlossen seine Sitze aufzugeben”.⁴⁰⁹ Tässä tulee esiin kriteeri, jonka Brunner liittää maanhallinnan ja varsinkin omistuksen syntymisedellytyksiin. Asutuksella ja maanhallinnalla pitää olla pysyvyys. Vaikka maata jo työstettiin jopa työkaluilla, oltiin vielä hyvin hanakoita siirtymään. Niinpä talous ei ollut vielä stabiililla kannalla.

Brunnerkin toteaa, että germaanien vanhimmista maanhallintasuhteista on hyvin ristiriitaisia käsityksiä, mikä johtuu myös lähteiden niukkuudesta. Brunnerin mukaan ratkaisu ei löydy etsimällä historiasta yhteisöoikeuden tai erityisöoikeuden ensisijaisuutta. Hedelmällisempää on ottaa lähtökohdaksi yhteisöllinen nautinta (gemeinschaftlicher Nutzung) ja erityinen nautinta (Sondernutzung). Kun raa’an ja neitseellisen germaanien maan nauttiminen ei ollut alussa mahdollistakaan yksityisen erillisten voimien varassa, vaan vain yhdistetyn taloudellisten liittymien työpanoksin, ”konnte das ursprüngliche Landeigentum nicht ein Sondereigentum, sondern nur ein Gemeineigentum sein und musste der Fortschritt sich zunächst durch den Übergang von der gemeinschaftlichen

⁴⁰⁶ Kolmanneksista, joihin talo tällöin jaettiin, sai majoituksenantajaa valita ensin osansa, kaksi muuta olivat sotilaan valinnan alla, ja se kolmannes, jonka sotilas jätti ottamatta, jäi isännälle. Suhde, joka vallitsi isännän ja majoitetun sotilaan välillä, oli nimeltään hospitalas. Ks. Brunner s. 73.

⁴⁰⁷ Ks. Brunner s. 74 ss.

⁴⁰⁸ Brunner s. 78.

⁴⁰⁹ Brunner s. 82

zur Sondernutzung vollziehen, die dann nach längerer Dauer das Sondereigentum an Grund und Boden erzeugte”.⁴¹⁰

Brunner siis esittää ensin jonkinlaisen historiallisen väitteen, jonka mukaan maata ei kerta kaikkiaan pystytty ottamaan tehokkaasti haltuun muuta kuin yhteisin voimin. Niinpä myös käsitteelliseksi lähtökohdaksi on otettava yhteisomistus taikka yhteishallinta. Brunner puhuu tässä paikoin hallinnasta ja nautinnasta, paikoin omistuksesta, mutta termin valinnalla ei liene ratkaisevaa merkitystä. Keskeistä on kiinnittyminen yhteisoikeuden lähtöoletukseen erotukseksi yksityisen oikeuden alkuperäisyydestä.

Keisarin aikaan ei Brunnerin mukaan ollut olemassa sen paremmin yksityisomistusta (Privateigentum) kuin erityishallintaakaan (Sonderbesitz). Pikemminkin on katsottava alueiden eli piirikuntien olleen alueiden omistajia. Esivalta tai ruhtinaat osoittivat yksityisille ”gentes ac cognationes” vuosittain maata nautintaan. Nautintakin oli luultavasti ollut yhteisöllistä. Alueita vaihdettiin ja samalla myös asuntoja. Keisarin aikaan vielä puuttunut erityisomistus kehittyi sitten maan eri alueilla erilaisessa tahdissa, ”je nachdem sie früher oder später in permanente Sondernutzung genommen wurden”. Tässä erotetaan kartanoalueet, peltomaa, metsät ja niityt. Mitään erityisiä laidun- ja puutarha-alueita ei tunnettukaan.⁴¹¹

Erityisomistuksen syntymisen mahdollisuus näyttää näin liittyvän nimenomaisesti pysyvään erityishallinnassa pitämiseen sen mukaan kuin viljelykulttuurissa edistytään.

Brunner kertookin lavealti siitä, miten maita viljeltiin yhteisesti ja sittemmin jaettiin sarkoihin. Brunner korostaa sitä, että yksityisen omistuksen perusta on yhteisössä. Se on yhteisöltä saatu oikeus.⁴¹² Jonkinlaiseksi käännekohtaksi Brunner ilmoittaa ”*Tacituksen* ajan”, mikä liittyy vain siihen, että hän käyttää Tacitusta lähteenä. Niinpä Tacituksen aikaan oli jo erityisomistusta (Sondereigentum). Asuntojen vaihtaminen oli hävinnyt, mutta hallitseva asumisen tapa germaanien keskuudessa oli kyläsystemi (Dorfschaftssystem). Joitain yksinäistalojakin tosin oli, mutta lähinnä maasuhteista johtuen, siis esim. vuoristo-alueilla.⁴¹³

Brunnerin mukaan kyläsystemiin liittyi hyvin pitkä siirtymävaihe pelto- maan viljelyssä yhteisnautinnasta erityisnautintaan ennen kuin erityisnautinnasta tuli pääasiallinen omistusmuoto. Maa-alueiden vaihdon täytyi ensin kadota koko alueelta ennen kuin yhteismetsän osakkuus (Markgenossenschaft) muodostui alueellisesti rajoitetuksi taloudelliseksi yhdistykseksi ja lankesi yhteen kyläosakkuuden (Dorfgenossenschaftin) kanssa taikka kattoi useampia kyliä. Tässä täytyi maata sitten jakaa pienempiin alueisiin. Tacituksen aikaan

⁴¹⁰ Brunner s. 83 s.

⁴¹¹ Brunner s. 84.

⁴¹² Brunner esim. s. 90.

⁴¹³ Brunner s. 85.

yhteisnautinta oli siis jo tehnyt tilaa perheenisäntien erityisnautinnalle. Maa-alueiden vaihtamista esiintyi vielä, mutta heimoyhteisön tai kyläyhteisön puitteissa (siis pienemmässä piirissä). Peltomaa jaettiin tilanhaltijoiden kesken todennäköisesti periodisen arpomisen perusteella. ”Da keiner ein Intresse hatte mehr zu erhalten, als er zu bebauen vermochte, und des Bodens die Fülle vorhanden war, so bestand die Möglichkeit, dem Vornehmeren und Reicheren, der über eine grössere Zahl von Arbeitskräften verfügte, grössere oder mehrere Anteile zuzuweisen.” Kun maa oli ”erschöpft”, jäi se niittymaaksi lepäämään. Brunner sanoo, että taloussuunnitelman asetti yhteisö. Yksityinen oli sidottu sen päätöksiin sadon ajasta ja lajeista. Tällainen Feldsystem kesti niin kauan kuin yhteinen niittyjen käyttötarkoitus oli tärkeämpi kuin pellonrakentamisen erityiskäyttötarkoitus. Näin siis pellonrakentamisen intensiivistymisen myötä tarve erityisnautintojen pidentämiseen kasvoi. Vaihduvat tilat muuttuivat pysyviksi ja lopuksi muodostui erityisomistus peltomaahan. Muutoksen jälkeenkin allmenninkialueet eli yhteiset maat säilyivät vielä pitkään: ne käsittivät kaiken sen maan, joka ei ollut siirtynyt erityisomistukseen taikka erityisnautintaan. Yhteismaihin kaikilla yhteisön jäsenillä oli nautintaoikeudet.⁴¹⁴

Brunner viittaa siihen, että heimon ja kylän alkuperäisestä kollektiiviomistuksesta jäi jäänteeksi tietyissä nuorimmissa lähteissä olevia rajoituksia, jotka rasittivat erityisomistukseen otettua tilaa. Tällainen jäännös oli myös kyläyhteisön jäsenen perimisoikeus kiinteistöön, jonka haltija kuoli ilman poikia.⁴¹⁵

Mitä tähän kertomukseen sisältyvästä faktisen ja normatiivisen suhteen punninnasta pitäisi ajatella? Näyttää siltä, että yhteisö saa haltuunoton kautta oikeuden alueeseen, jota yhteisön jäsenet sitten käyttävät yhteisnautintana. Hallinnan vakiintumisen ja viljelyn tehostumisen kautta päädytään siihen tilanteeseen, että aluksi lyhytaikaiset erityishallinnat muuttuvat vähitellen pysyviksi. Tämä nojaa ikään kuin yhteisön päätökseen. Brunnerin näin esittelemä kertomus noudattaa tyypillistä historiaan vietyä jakamisen mallia, jossa yksityiseen nautintaan osoittaminen tapahtuu haltuunottamisella, joka vain vahvistuu oikeudeksi.

Tuoko frankkilaisia koskeva jakso tähän kertomukseen jotakin lisää? Aina-kin lähtökohta ja osin myös vaiheiden ajoitus ovat erilaisia. Brunnerin mukaan frankkilaiset torjuivat systemaattisen maanjaon. He ottivat provinsseissa maata niin paljon kuin tarvitsivat käyttöönsä ja tästä valloituksesta roomalainen väestö siis kärsi raskaasti. Frankkilaisten maanviljelyssä oli peltoviljely jo keskeistä niittynautinnan sijaan, joten maan viljeleminen oli intensiivistä, esiintyipä monenlaista puutarha- ja viininviljelyäkin. Brunnerin mukaan peltomaan jakaminen oli valtakunnan perustamisen aikaan edennyt jo niin pitkälle, että erillisomistus (Sondereigentum) oli sääntönä. Kyläyhteisöllä oli kuitenkin merkitystä

⁴¹⁴ Ks. Brunner s. 87.

⁴¹⁵ Ks. Brunner s. 90.

viljelyn ja sadon ajankohtien päättämisessä (siis vainiopakko). Myös perintöoikeus oli alun perin rajoitettu haltijan poikaan tai pojanpoikaan, joiden puuttuessa tila lankesi kyläyhteisölle. Tähän tuli sittemmin muutoksia. Brunner viittaa sukulunastusoikeuksiin. Yhteinen niitty- ja metsämaa pysyi allmenninkimaana eli yhteisalueina ”seit der Aufteilung des Ackerlandes” periaatteessa ikuisesti, vaikkakin siitä jaettiin alueita myös yksityisnautintaan. Yhteisalueisiin kullakin oli nautinta tilaosuutensa mukaan.⁴¹⁶

Brunnerin mukaan peltomaan erityisomistuksen suhteen oli siis maanhallintasuhteissa tiettyä samankaltaisuutta saksalaisella heimoalueella, mutta Galliassa tilanne on toisenlainen. Näin Brunner siirtyy vuokra- ja läänityskysymyksiin.⁴¹⁷ Seuraava jakso koskeekin maanherruutta ja läänitysmaita. Tämä historia alkaa toteamuksella siitä, että frankkilainen kuningas oli alusta lähtien suuri maanomistaja: hänelle kuului lukemattomia fiskaalituloja, valtionomaisuutta, kruununomaisuutta, kuninkaan yksityisomaisuutta. Niihin kuuluivat myös metsät ja maat, jotka eivät olleet piirikuntayhteisöjen taikka alamaisten erityisomistuksessa. Tämä omaisuus kasvoi valloitusten myötä ja roomalaisten fiskaaliomistuksen ottamisella. Herraton maa lankesi kuninkaalle, joka jakoi maata edelleen lahjoituksina taikka erilaisilla oikeuksilla kirkolle ja maallikoille.⁴¹⁸

Brunnerin kirja on historiikki, joka kertoo saksalaisen heimon yhteiskunnallisen rakenteen kehittymisestä eri lohkoilla. Samalla se kuitenkin jopa tyylipuhtaasti edustaa yleisempää historianäkäsitystä, jossa oletetut faktuaaliset tapahtumiset tuottavat (yhteiskunnan) oikeudellisen rakenteen ja vieläpä ilman että tätä kysymystä otettaisiin varsinaisesti käsiteltäväksi.

6.5.3 Hallinnan vakiintumisen tunnusmerkki

Schröderin kirja on kirjoitettu samoihin aikoihin kuin Brunnerin, vaikka sen ilmestyminen eri syistä lykkääntyikin myöhemmäksi. Myös Schröderin esitys on jaoteltu germaaniseen ”Urzeitiin” ja frankkilaiseen aikaan, joista edetään sitten keski- ja uuteen aikaan. Missä suhteessa Schröderin teksti täydentää tai poikkeaa edellä jo esilletulleesta? Germaaniajan Schröder hahmottelee samansuuntaisesti kuin Brunner.

Germaanit olivat talonpoikaiskansaa, eivät enää metsästys- ja kalastusasteella. Schröderin mukaan perustan valtiolliselle ja oikeudelliselle kehitykselle pysyvästi asuvien kansojen keskuudessa ylipäättäänkin antaa maa (Boden), jolla ne asuvat, ”ihre Verfassung erscheint als Landesverfassung, ihr Recht als

⁴¹⁶ Ks. Brunner s. 282 s.

⁴¹⁷ Ks. Brunner s. 288.

⁴¹⁸ Brunner s. 293.

Landrecht”. Germaaniens asuttuneisuus (Sesshaftigkeit) ei kuitenkaan ollut vielä näin pitkällä. Yksityisellä ei ollut yksityistä oikeutta maahan eikä edes kansa katsonut olevansa sidottu pysyvästi maahan; ”ihm war das Land nur der Schauplatz, auf dem seine rechtliche und wirtschaftliche Existenz den nodwändigen Raum fand, aber sein Recht war Volksrecht und die staatliche Gliederung schoss sich durcaus an die des Volkes, d.h. des Heeres, an”.⁴¹⁹ Valtion syntymisen sidotaan näin hyvin vahvasti ja konkreettisesti maata koskevaan suhteeseen. Ennen kiinteää pysyväisviljelyä kysymys on ensisijaisesti (vasta) kansasta ja vieläpä kansasta jonkinlaisen sotajoukon merkityksessä. Schröderin selviytyksen mukaan kylätermikin – siis Dorf – tulee armeijan – Heer – jakamisesta osiinsa (thorp).

Schröderin mukaan Tacitus antoi sen harhakuvan, että alkuasutus olisi tapahtunut yksinäistiloina. Vuoristotiloja lukuun ottamatta asuttamisen on kuitenkin pääsääntöisesti katsottava tapahtuneen kyläyhteisinä. Ylipäätään germaaniens keskuudessa ei myöskään Schröderin mukaan ollut jyrkkää vastakohtaa kyläsystemin ja yksinäistalossysteemin välillä, sillä kylätkään eivät välttämättä olleet talo talon kyljessä vaan sijaitsivat pitkin kylänraittia aina maaolosuhteiden mukaan.⁴²⁰

Tietämys varhaisemmista maanomistusoloista on Schröderinkin mukaan hataraa. Germaaniens alkuajan agraarisuhteita koskevat huomiot perustuvat Caesarin ja Tacituksen kertomuksiin ja osittain myös päätelmiin myöhempiens olosuhteiden perusteella sekä vertailevan oikeustieteen antamiin tietoihin. Schröder viittaa myös tiettyyn evolutiiviseen käsitykseen maanomistuksen kehityksen etenemisestä kolmena vaiheena. Nämä ovat yhteisomistus ja yhteisnautinta (Gemeingut und Gemeingenuß), yhteisomistus ja yksityisnautinta (Privatgenuss), sekä yksityisomistus ja yksityisnautinta. Schröderin mukaan viimeksi mainittu on frankkilaisesta ajasta lähtien saavuttanut yhä enemmän tilaa voimatta kuitenkaan kokonaan häivyttää nykypäivästäkään jälkiä toisesta vaiheesta. Näitä jälkiä ovat tietyt piirteet Feldgemeinschaftista (kylien yhteisissä ja erilaisissa metsäyhteisalueissa).⁴²¹

Schröder näyttää pitävän evolutiivista kehitystä itsestään selvänä. Samalla itsestäänselvyydellä tulee esiin myös se, että alkujuuri on ollut jonkinlainen yhteisomistus.

Schröder kirjoittaa ”wie bei anderen Völkerschaften so gab es auch nicht bei den Germanen ursprünglich kein Privateigentum an Grund und Boden, sondern das gesamte Land gehörte dem Staate; es war Volkland und wurde den Einzelnen nur von den Gesamtheit zur Nutzung überlassen.” Germaaneilla ei alkuaan ollut lainkaan yksityisomistusta, vaan maa kuului yhteisölle/valtiolle, joka

⁴¹⁹ Ks. Schröder s. 11 s.

⁴²⁰ Schröder s. 13.

⁴²¹ Schröder s. 43 s.

osoitti kokonaisuudesta osia yksityisnautintaan. Osoittamisen tavasta Schröder viittaa Caesarin kahteen kertomukseen, joiden mukaan viljelyksiä vaihdettiin vuosittain ja päätös asiasta oli yhteisöllä, ei yksittäisillä perheillä. Tacituksen kertomus on myöhemmältä ajalta ja sen mukaan germaanit ovat jo enemmän vakiintuneet (rajamaastoissa asuessaan). Jatkuva vaeltaminen, josta Caesar vielä puhui, oli päättynyt, eivätkä kylät olleet enää telttaleirejä, vaan vakiintuneempaa asumista varten. Schröder siirtyy Tacituksen kertomukseen viljelysten intensiivistymisestä, vaikkakaan peltomaa ei ollut vielä selvästi erottunut metsä- ja niittyalueista. Nyt ei otettu enää aina uutta aluetta uudisviljelyyn vaan Tacituksen aikaan peltoviljely oli jo ”auf einen periodischen Umtrieb berechnet, so dass sich der jährliche Wechsel nicht mehr zwischen Pflugland und Wildnis, sondern zwischen Pflugland und Dreeschland vollzog”.⁴²²

Tässä siis asetellaan varsin konkreettisella tasolla etenevää merkittävää muutosta. Kyntömaan ja villin maan vaihtelu muuttuu kyntö- ja kesantomaan vaihteluksi. Juuri tässä muutoksessa ja vakaantumisessa haltuunotto muuttuu joksi-kin sellaiseksi, jolla on pysyvyyttä luovaa merkitystä. Peltujen vaihtelu pelto- maana/villinä kyllä jatkui, mutta ei enää vuosittaisena, vaan pitempijaksoisena. Tämä vaihtelu liittyi tietysti siihen, että pelto ei jaksanut kauaa tuottaa satoa, koska ei tunnettu lannoitusta. Vuorottelu seurasi käytännön pakoista. Joka tapauksessa juuri peltujen vuoroviljelyn kehittyminen merkitsee samalla hallinnan vakiintumista yksityiseksi oikeudeksi.⁴²³ Schröderin mukaan tämä kehitys pääsi todennäköisesti osittain päätökseensä jo germaaniajalla, ja joka tapauksessa jo ennen Kaarle Suuren aikaa, johon sen syntyminen yleensä liitetään.

Myös Schröderin mukaan ranskalaisen alueen eteläisissä osissa sovellettiin maan haltuunottoon roomalaisia malleja, ”Loiren pohjoispuolella sen sijaan provinsiaalit pitivät omansa taikka jättivät ne kokonaan”. Frankit siis asuttivat joukolla germaaniseen tapaan alueita (asuttamattomia taikka autoiksi jätettyjä) ja germaaninen vaikutus näkyi sitten kaikessa. Asuttaminen tapahtui ”nach Dorfschaften” ja yksinäistalojärjestelmä rajoittui vain tietylle pienelle alueelle. Schröder kertoo viljelyn muotojen ja menetelmien etenemisestä. Viljelymaa erotettiin sitten selkeästi metsästä ja niitystä ja ”in der durch die letzte Acker- verlosung begründeten Gewannlage dauernd in Privatbesitz übergegangen”. Vainiopakon muodossa oleva yksityisen alistuminen yhteisölle kyllä säilyi.⁴²⁴

Jälleen nähdään, että hallinnan pitkittyminen muuttaa sen yksityiseksi oikeudeksi. Toisaalta tärkeää on se, että alkuperusta on yhteisön oikeudessa: yhteisö jakaa yksityisille nautintaoikeuksia, jotka vakiintuessaan merkitsevät sitä, että siirrytään yksityisomistuksiin. Hallinnan vakiintuminen kiinnitetään nimen-

⁴²² Ks. Schröder s. 44 s.

⁴²³ Schröderin mukaan kysymys oli jo jonkinlaisesta ruohoniitty- tai laidunmaataloudesta. Lisäksi tarvittiin vain ”Wintersaaten”-elementin mukaantuonti eli syyskylvö, jonka myötä päästiin kolmivuoroviljelysystemiin (Dreifelderwirtschaft).

⁴²⁴ Ks. Schröder s. 195 s.

omaisesti viljelyn vakaantumiseen ja kehittymiseen. Se tekee pysyvät hallinnat tarkoituksenmukaisemmiksi.⁴²⁵ Tämä ajatuksellinen malli näkyy myös edellä tarkasteltujen germanistien käsitysten taustalla. Tämä näyttää monessa suhteessa erilaiselta kuin se kuva, joka tavallisesti esitellään suomalaisessa ja pohjoismaisessa asutushistoriassa. Varsinkin suomalainen asutushistoria korostaa voittopuolisesti sitä, että asuttaminen on alun perin tapahtunut yksinäistaloina ja siis yksityisen oikeuden syntymisenä.⁴²⁶ Yhteistä näissä historioissa on kuitenkin ajatusmalli, joka esitellään vastauksena kysymykseen yksityisen omistuksen syntymisestä. Ajatusmallin perustava yhteinen rakenne on siinä, että maan hallinta ja hallussapito muuttuu hallinnan keston seurauksena sellaiseksi asemaksi, joka on omistuksellinen.

Mielestäni keskeisiksi tekijöiksi voidaan siis poimia aika ja kesto. Hallinta muuttuu näin oikeudeksi.

Oikeushistorian vakiinnuttamien käsitysten ja kertomuksen merkitys voidaan kiteyttää siihen, miten Schröder vertaa roomalaisen oikeuden omistuskäsitetä ja saksalaista käsitteistöä. Niinpä roomalainen oikeus tunsi omistuksen vain herravaltana esineeseen, esineellisenä oikeutena, kun taas hallinta oli vain ”omistuksen tosiasiallinen eksistenssi”, ”omistustarkoituksen tosiasiallinen ilmaisu”. Kaikki muut esineelliset oikeudet olivat vain iura in re aliena, omistuksen oheisia, oikeutetuilla oli vain detentio, ei possessiota. Sitävastoin saksalaiselle oikeudelle keskeinen Gewere merkitsi sitä, että kaikki oikeudet, joihin kuului kiinteän esineen nautinta, olivat täysii herravaltoja esineeseen, yksittäiset esineelliset nautinto-oikeudet olivat sille samanarvoisia. Eroa oli vain saman käsitteen sisäisessä käytössä. Ei erilainen juridinen luonne, vaan suurempi taikka pienempi kesto perusti eroja sellaisten oikeuksien kuin ”vererblichen Eigentum”, ”lebenslänglichen Eigentum und Leibsucht”, ”Lehnrecht und Leiherecht”, ”ablösbar Satzung und vormundschaftlichem Nutzungsrecht” välille taikka kesken. Näiden myötä tyhjentyi kiinteistöjä koskeva esineellisten oikeuksien alue. Kaikki esineelliset oikeudet kiinteisiin esineisiin olivat nautinto-oikeuksia, joiden vastaava tosiasiallinen tila oli gewere.⁴²⁷

Roomalaisoikeudellinen omistusmääritelmä tuli hallitsevaksi, mutta voitaneen sanoa, että historiankertomukset antavat tilaa myös saksalaisperäiselle omistuskäsitykselle. Ne eivät ole omistuksen synnyn suhteen edes ristiriitaisia. Roomalaisen oikeuden valtaus kiteyttää omistuksen käsitteelliseksi lähtökohdaksi haltuunoton ja omistustahdon. Sen ohelle tarvitaan myös väljempää ja samalla vivahteikkaampaa käsitteistöä. Jos ja kun hallinnan eri vaiheita esitel-

⁴²⁵ Sekä Brunnerin että Schröderin esityksessä on lisäksi paljon kiinnostavia pieniä huomioita, jotka tulevat esiin sivuhuomautuksina jonkin yksittäisen kysymyksen yhteydessä. Esimerkiksi Schröderillä vilahdaa paikoin keskustelua, jossa puhutaan työn merkityksestä omistusoikeuden saamiselle. Systemaattisesti työperustetta ei käsitellä. Ks. Schröder esim. s. 200 ja s. 664.

⁴²⁶ Tämän keskustelun kokoa esim. Jutikkala 1939. Ks. erit. s. 266 ss.

⁴²⁷ Schröder s. 261.

lään, siirrytään samalla nimenomaisesti maata koskevaan hallintaan, jonka lukuisat eri muodot taas tuovat esiin saksalaisperäisen runsaan käsitteistön. Tässä käsitteistössä hallinnalla on niin ikään keskeinen asema, mutta kahdella eri tavalla. Yhtäältä hallinnalle annetaan se merkitys, että hallinnan vakiintuminen ja kesto todetaan siirtymäksi omistukseen. Toisaalta omistuksen syntymisen jälkeenkin oikeuksista puhutaan hallinnan termeillä ja tässä keskustelussa oikeudet määrittyvät ja erottuvat toisistaan hallinnan vakauden ja keston mukaan. Alun perin tässä ei tehty kategorista eroa omistuksen ja muiden oikeuksien välille, sittemmin niin tehdään. Yleisesti tämä kehitys kertoo roomalaisoikeudellisen käsitteistön voittokulusta. Samalla se paikantaa ”voittokulun” tason. Kysymys on käsitteiden välisistä suhteista, ei maan hallinnan sääntelyä ja todellisuutta koskevista väitteistä.

7 Päätelmät

Asetin edellä välitilinpäätöksessä tarkemmin selvitettäväksi kaksi kysymystä, yleisen omistusoikeuden perustelua koskevan, ja erityisen omistusmääritelmää koskevan. Väitin, että omistusperustelun on oppihistoriallisessa tutkimuksessa esitetty 1700-luvulle tultaessa vaihtuneen valtauserustelusta työperusteluksi, ja samalla tai viimeistään 1800-luvulle tultaessa omistusmääritelmän on esitetty muuttuneen absoluuttiseksi esineeseen kohdistuvaksi herravallaksi, jonka katsottiin estävän omistusoikeuden sääntelyn ja rajoittamisen. Arvelin, että tiettyjen keskeisten oikeusfilosofisten tekstien sekä 1800-luvun juristikäsityksiä leimallisesti edustavien romanistien ja germanistien tekstien tarkastelu osoittaisi, että viittaamani tulkinnat omistusperustelun muutoksesta ja väitetystä yhteydestä omistusmääritelmän merkitykseen ja asemaan lainopin käsitteistössä eivät ainakaan sellaisinaan pitäisi paikkaansa. Mielestäni tekstien lähempi tarkastelu onkin osoittanut omistuskeskustelun piirteissä väitettyä enemmän jatkuvuutta ja myös sellaisia vivahteita ja teemoja, joilla on merkitystä nykypäivään asti.

Arvioin seuraavassa lopuksi sitä, mitä lisiä ja piirteitä 1800-luvun omistusta koskeva juristikeskustelu mielestäni toi omistusperusteluun ja sen merkitykseen osana lainopin käsitteistöä. Tarkastelen ensiksi (jaksossa 7.1) oikeusfilosofisen perustelun jatkuvuutta, toiseksi (jaksossa 7.2) romanistien ja germanistien merkitystä omistuskäsitteistön hahmottamisessa. Viimeiseksi (jaksossa 7.3) tiivistän käsitykseni siitä, mitä omistuskeskustelu osoittaa oikeustieteen suhteesta historiaan ja filosofiaan.

7.1 OIKEUSFILOSOFISEN PERUSTELUN JATKUVUUS

7.1.1 Oikeusfilosofinen perustelu Krugin kirjasen kokoamana kertomuksena

Wilhelm Krugin kirjanen ”*Naturrechtliche Abhandlungen*” (v. 1811) vilahtaa muutamassa edelläkin tarkastellun oppikirjan viitteessä. Yleisluontoisesta nimestään huolimatta se käsittelee oikeuksien ja erityisesti omistusoikeuden saa-

mista ja luovuttamista.¹ Kokoan Krugin tekstin avulla keskeisimmät, eri muodoissa edellä esille tulleet omistuskustelun teemat. Tarkoitukseni ei siis ole esitellä Krugin tekstillä enää uusia aineksia. Kirjasen sisältö päinvastoin osoittaa sitä, että olennaisimmat 1800-luvun lainoppia askarruttaneet omistuksen perusteluun liittyvät kysymykset olivat esillä jo 1800-luvun alkupuolella. Kiistattomia ratkaisuja ei ehkä esitetty sen paremmin vuosisadan alussa kuin lopussakaan, mutta se ei johtunut siitä, etteikö ongelmia olisi nähty tai ymmärretty. Niiden ratkaisemattomuus liittyy pikemminkin laajempaan kysymykseen oikeuden, lainopin ja oikeustieteen alueista, joita kiistatta 1800-luvulla määriteltiin uudelleen.²

Eräs toistuva piirre edellä tarkastelluissa teoksissa on se, että kirjoituksissa yhdistyy erilaisia aineksia. Näin on myös Krugin kirjasessa. Tähän liittyy lisäksi toinen, niin ikään yleisempi piirre, nimittäin se, että filosofisimman tason kysymyksiä ei useinkaan tarvinnut varsinaisesti ratkaista. Sama teksti saattoi siis hyvin sisältää viittauksia perustaltaan erilaisiin filosofisiin ajatusmalleihin ilman, että kirjoittaja otti selvää kantaa jonkin puolesta muut hyläten. Se, mistä lainopin piti tehtävänasettelunsa vuoksi sanoa jotakin varmaa, oli säännöistä. Niiden tausta ja perusta sen sijaan oli tästä näkökulmasta jotakin sellaista, johon kyllä erivahvuisesti tunnettiin tarvetta sanoa jotakin, mutta se, mitä tällöin esitettiin, ei välttämättä vaikuttanut niihin konkreettisiin oikeudellisiin kysymyksiin annettuihin vastauksiin, joita oltiin selvittelemässä. Filosofian ”merkityksettömyys” näkyy hyvin juuri omistuskysymyksen tarkastelussa. Tämä voi tuntua yllättävältä, koska omistus sentään kiistatta on keskeinen oikeudellinen ja yhteiskunnallinen instituutio.

Voidaan toisaalta ajatella, että tarkoittamani erikoislaatuinen merkityksettömyys perustuu nimenomaan instituution tärkeyteen ja itsestään selvään asemaan. Omistusinstituutio on kerta kaikkiaan olemassa ja edellytettynä lain tasolla; se on siis osa olemassa olevaa yhteiskuntarakennetta ja siihen liittyy sääntöjä. Näin tullaan siihen notoriseltakin vaikuttavaan tulokseen, että omistusperustelua ei filosofian tarkoittamassa perimmäisessä mielessä tarvitse oikeustieteessä tai ainakaan lainopissa esittää. Tämä taas seuraa siitä, että lainoppi 1800-luvulla rajasi itsensä voimassa olevan oikeuden selvittämiseen (”mitä on oikeutena pidettävä”). Olevan perustelu ei lainopissa ole keskeistä, vaikka kirjoittajilla havaittiin myös sitä koskevia mainintoja.

Lainopin ja filosofian kiinnostavin liitos on siinä, miten omistusinstituution syntyminen selitetään. Miten selitetään tosiasiallisen hallinnan muuttuminen sellaiseksi, joka saa oikeudellista merkitystä? Oikeudellisen merkityksen saa-

¹ Krug, *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*. Krug viittaa aikaisempaan kirjaseensa (Aphorismen), jolle tämä on jatkoa (ja toistoakin). Nyt tarkasteltava kirja koostuu kuudesta kirjoitelmasta (mm. oikeuksien saanto- ja luovutuskelpoisuudesta ja ulkoisen omistuksen saannosta).

² Tästä laajemmin Brockmüller erit. s. 16 ss. ja s. 273–278.

minen tarkoittaa yksinkertaisesti sitä, että olemassa olevaa ja hankittua hallintaa, toisin sanoen olemassa olevia asemia, aletaan suojata muiden taholta tulevaa puuttumista vastaan, joka nyt nähdään oikeudenloukkauksena. Tämä pysyvyyden ja jatkuvuuden ajatuskuvio tuodaan oikeudellisen järjestelmän peruselementiksi nimenomaan omistuksen perustelun yhteydessä, hyvin hienosti ja vastaansanomattomasti. Ensimmäinen haltuunottaja saa aikaprioriteetin ja siis etusijan, johon puuttuminen edellyttäisi erityisiä syitä (esim. ansioita), joita ei yleisinä ole esittää. Filosofisesti onkin yleensä helpompi argumentoida osoittaen johonkin ajatukseen sitoutumisen aiheuttamia ongelmia kuin perustella suoraan jotakin ajatusta. Krugin teksti havainnollistaa myös tätä. Näin hänen tekstistään voidaan tiivistää se, mitä edellä olen kehitellyt ja väittänyt omistuserustelukeskustelun kautta liitettävän oikeudellisen käsitteistön rakennepiirteiksi. Palaan tähän kysymykseen vielä loppuarviossani.

Poimin seuraavassa Krugin tekstistä keskeiset väitteet tai huomiot, joiden yhteisenä nimittäjänä on se, että omistus niiden myötä esitellään instituutiona, jonka syntykertomus osoittaa samalla sen, miten koko oikeus järjestelmänä nähdään ja perustellaan. Väitteitä on seitsemän ja niistä syntyy kertomus, jonka mukaan:

- (1) positiivisella oikeudella edellytetään olevan joku, joskin taustalle jäävä filosofinen perusta;³
- (2) omistuksen filosofiseen perustaan nojautuvassa oikeudellisessa keskustelussa on tarpeen esittää käsitteelliseksi lähtökohdaksi jokin alkuperäinen oikeus, sillä näin hahmottuu vapaa toimija;⁴
- (3) toimintavapauden haltijoilla on määräämisvalta myös johonkin (itsestä eroavaan) ulkopuoliseen;⁵

³ Ks. Krug s. 4–6 ja ss.

⁴ Alkuperäinen oikeus on jonkinlainen käsitteellinen välttämättömyys. Ks. Krug s. 12 ss. Krugin mukaan jokainen oikeuksia koskeva systemaattinen teoria lähtee alkuperäisestä oikeudesta. Alkuperäinen oikeus ei voi olla muuta kuin kaikissa ihmisissä yhteisenä oleva mahdollisuus olla ja vaikuttaa itsetarkoituksena maailmassa. Tämä mahdollisuus on välitön oikeuslain seuraus, sillä ilman sitä järjellisellä olennolla ei olisi ulkoista vapautta. Häntä ei siis voitaisi ajatella persoonana ja henkilönä. Alkuperäinen oikeus on kuitenkin ”unbestimmt” ja täysin formaali. Sikäli kuin henkilöllä tulee olla materiaallinen ja ”bestimmtes” oikeus, tarvitaan joku tosiasia, jonka kautta ulkoinen vapauspiiri tulee täsmennetyksi ja kiinnitetyksi. Krug kirjoittaa tästä tarkemminkin. Ks. Krug (§2) s. 17.

⁵ Mikä voi olla omaa ja millä perusteella? Ks. Krug s. 44–47 s. Omistukseen liittyvien termien määrittely osoittaa omistuksen merkityksen henkilön aseman perustana. Niinpä se, mikä kuuluu järjellisen olennon sisäis- tai ulkoisomaan, on Krugin mukaan hänen omaansa eli omistusta (proprium) ja järjellinen olento on omistaja (Eigentümer eli proprietarius) eli herra (dominus). Tästä johtuu dominium hänelle osoitettavana oikeutena. Se taas, mikä ei kuulu sen paremmin sisäis- kuin ulkoisomaankaan, on herraton (res nullius). Puuttuminen jonkin toisen vapauspiiriin, hänen oikeusalueensa loukkaaminen ja hänen omansa ottaminen tai vahingoittaminen ovat olennaisesti sama asia. Kun vanhat oppineet sanoivat ”neminem laedere” ja ”suum cuique tribuere”, kysymys oli oikeastaan saman asian sanomisesta vain kahdella tavalla – ensimmäinen lause sanoo sen negatiivisessa mielessä, jälkimmäinen positiivisessa. Ks. Krug s. 49 s. Näin järjellisen olennon oikeuspiiri, toimintavapauden alue, on sama kuin oman piiri.

- (4) määräämisvallan oletaminen on välttämättömänä ihmisten tarkoitusten saavuttamiseksi tai tarpeiden tyydyttämiseksi;⁶
- (5) määräämisvallan käyttäminen edellyttää esineiden käyttöä ja siten myös haltuunottoa ja näin muita parempaa oikeutta;
- (6) minkä jatkuvuuden turvaaminen synnyttää yksinoikeuden eli omistuksen, jonka täytyy olla myös muiden havaittavissa;⁷
- (7) oikeuden havaittavuus mahdollistaa sen, että muut voivat hyväksyä oikeuden ja kunnioittaa sitä.⁸

Krugin teksti etenee erottamieni seitsemän väitteen tai huomion kautta ikään kuin vaiheittain muodostaen samalla omistuksen syntykertomuksen. Tarkastellen seuraavassa lähemmin ainoastaan yhtä kertomuksen elementtiä, nimittäin haltuunoton merkitystä (kohta 5). Mielestäni siinä kiteytetään omistuksen syntyperustelun filosofisten elementtien jatkuvuus ja samalla liityntä lainopin lähökohtiin.

⁶ Mihin ulkoisen omistuksen saaminen sitten perustuu? Ks. Krug §9. Krugin sanoin kullakin järjellisellä olennolla on "... nur ein ursprüngliches Recht auf Sachen überhaupt, vermöge dessen es jedem vernünftigen Wesen frei steht, sich gewisse bestimmte Sachen dergestalt zuzueignen, dass es dieselben in seine Freiheitssphäre einschließt, um es beliebig, folglich auch ausschliesslich, als Mittel für seine Zwecke zu brauchen". Krug puhuu alkuperäisen oikeuden yhteydessä erityisesti subsistenssista ja vapaudesta. Subsistenssi viittaa perustarpeisiin ja itsesäilytykselle välttämättömään, mikä ei sinällään estä lukemasta tarpeiden alueeseen paljon erilaista ja laajentuvaa aineesta. Kysymys on perusteluelementistä, joka kiinnittää Krugin luontoisoikeudelle tyypilliseen keskusteluperinteeseen. Vapauselementti sen sijaan korostaa tahdon- ja toiminnanvapautta omistuksen perustana, ja kun Krug itsestään selvästi kertoo esineitä koskevan oikeuden olevan absoluuttista ja eksklusiivista oikeutta, voi perustarpeiden tyydyttämisen sanoa jäävän taka-alalle. Näin myös siksi, että subsistenssiin ensiksi vahvasti kiinnitetty perustelu muotoil-laankin sitten niin, että omistus tarvitaan siksi, että esineitä voitaisiin käyttää "keinona päämääriin". Näissä lauseissa keino ei viittaa ainoastaan itsesäilytyksen tarpeisiin tai ihmiselle hänen ulkopuoleltaan asetettuun päämäärään, vaan kunkin järjellisen olennon tahtoon ja tarkoituksiin, jotka tarvitsevat keinoja. Näin kysymys onkin tahdosta, jonka täytyy saada ilmenemisen alue.

⁷ Riittääkö omistuksen syntyyn haltuunotto vai vaaditaanko sittenkin jotakin muuta ja jos, niin mihin nähden? Ks. Krug s. 60–63 ja s. 64 s. Krug pitäytyy ensimmäiseksi esittämässään valtauserusteen riittävydessä. Krug nimittäin kirjoittaa, että monet luonnonoikeusoppineet näkevät ulkoisen esineen muotoilun omistuksen perusteluna, mutta tässä sekoitetaan toisiinsa syntyperuste ja (omistuksen) tunnistettavuus ja vakaus. Krug lisääkin nimenomaisesti, että "pelkkä occupatio riittää ilman mitään muotoilua tai esineeseen vaikutusta". Krug korostaa sitä, että muotoilu tms. on tarpeen nimenomaan siksi, että omistus olisi muiden tunnistettavissa ja kunnioitettavissa silloinkin, kun sitä ei pidetä hallussa tai hallinnassa

⁸ Krug kiistää sopimuksen tarpeellisuuden omistuksen perustelemissa (ks. Krug s. 58 ss.) mutta ei hänkään tule toimeen ilman yhteiskuntasopimusta. Ks. Krug §12. Krug ei tuo yhteiskuntasopimusta esiin kovin vahvasti, vaan näkee sen pikemminkin elementtinä, joka täytyy ottaa mukaan täydentämään sitä, että muut eivät ehkä havaittavista merkeistäkään huolimatta riittävästi kunnioita toisten omistuksia. Omistus on omistus jo luonnontilaisena. Krug korostaa sitä, että on erotettava toisistaan oikeus ja sen suojaaminen: valtio eli porvarillinen yhteiskunta suojaa jo olemassa olevaa omistusoikeutta.

7.1.2 Krug ja esineen haltuunoton merkitys

Krug kertoo omistuksen synnystä seuraavaa: ”Kun alkuperäisesti on olemassa vain oikeus esineisiin ylipäättään, täytyy kaikkien määrättyjen esineiden, jotka ovat henkilöiden ulkopuolella havaintomaailmassa, katsoa olevan alkuperäisesti herrattomia. Ulkoinen omistus voi näin ollen syntyä vain niin, että yksi henkilö ottaa siihen asti herrattoman esineen haltuunsa ja omakseen, eli ottaa sen itseään varten hallintaan.”⁹

Krug pysähtyy erikseen selvittämään tiivistämänsä lauseen taustaa ja perustaa. Pysähdys onkin tarpeen sillä lauseeseen on koottu sekä siihenastinen tulema (se että kaikilla on samanlainen oikeus käyttää ulkoisia esineitä) että siirtymä tietyn aktin kautta yksityisiin oikeuksiin. Krug kirjoittaa, että jos halutaan selittää järkevällä tavalla ulkoisen omistuksen syntyminen oikeudellisena suhteena henkilöiden välillä heidän ulkopuoliseen esineistöönsä nähden, täytyy luonnollisesti abstrahoida olemassa olevista, empiirisistä oikeussuhteista ja reflektoida niiden ulkopuolisista välttämättä edellytettävistä alkuperäisistä henkilöiden keskinäisistä ja esineitä koskevista suhteista käsin.

Mielestäni Krugin pohdinnat edellä siteeratun tekstin selvittämiseksi kokoaivat osuvasti omistuksen filosofisen ja oikeudellisen perustelun keskeiset elementit ja myös niiden aseman suhteessa toisiinsa. Krug nimittäin kertoo ensiksi sen, mitä on edeltävissä kohdissa esittänyt, siis seuraavasti:

”Ajatelkaamme järjellisiä olentoja, henkilöitä havaintomaailmassa, luokusten ulkoisten esineiden ympäröiminä, jotka voivat palvella heitä välineinä heidän toimeentulonsa ja toimintansa päämäärien turvaamiseksi. Heillä on alkuperäisesti jotakin omaa vain itsessään – sisäinen omaisuus – ja samalla kuitenkin myös oikeus ylipäättään esineisiin, jotka voivat palvella heitä välineinä päämääriin nähden. Kun kellään ei ole vielä omanaan itsensä ulkoista, määrättyä esinettä, kaikki ulkoiset esineet ovat herrattomia. Tässä on kuitenkin samalla annettuna mahdollisuus ulkoisen esineen omistamiseen. Sillä kun oikeudellisessa mielessä kaikki on sallittua, mikä ei loukkaa kenenkään olemassa olevaa oikeutta, jokainen on oikeutettu ottamaan haltuunsa ja omakseen jokaisen ulkoisen, vielä herrattoman esineen, koska siinä ei loukata mitään vierasta omistusta. Tämän ainoan vapauden aktin – occupation – kautta on siis annettu myös ulkoisen omistuksen todellisuus. Se ei tarvitse näin saadun oikeuden perusteluksi määrättyyn ulkoiseen esineeseen mitään muuta perustetta, vaan saantotapa (modus acquirendi) kattaa samalla myös saantoperusteen (titulus acquirendi)”.

⁹ Krug s. 55. ”Ein äusseres Eigenthum kann also nur dadurch entstehen, dass eine Person irgend eine äussere, bis dahin herrenlose sache ergreift und sich zueignet, mithin für sich in Besitz nimmt.”

Tämän jälkeen Krug toteaa, että saman asian kertoo myös tunnettu oikeussääntö: *res nullius cedit primo occupanti*. Se ei edellytä ulkoiseen esineeseen *occupation* nojalla syntyvän oikeuden perustaksi mitään muuta kuin tämän saman aktin, edellyttäen, että esine oli herraton.¹⁰

Näin Krug siis osoittaa sen, että omistuksen filosofisesti ehkä monimutkaisenkin perustelu konkretisoituu haltuunoton merkitykseen, joka on samalla yhteinen tekijä lainopin oman lähdepohjan eli roomalaisen oikeuden tarjoaman perusteen kanssa. Filosofinen perustelu on konstruktio alkutilasta, ja liikkuu ehkä eri tasolla kuin juridinen perustelu, mutta ne ovat yhteensopivia. Omistus-oikeus syntyy valtauksella, sillä tämän aktin kautta yksityinen konkretisoi kullekin alkuperäisesti kuuluvan käyttöoikeuden johonkin esineeseen, johon kellään ei sitä ennen ollut parempaakaan oikeutta. Juridisemmin ilmaisten omistusoikeuden syntyminen valtauksella on mahdollista sen vuoksi, että valtaaminen ei loukkaa kenenkään oikeutta ja on siten sallittua. Se, ettei valtaus loukkaa muiden oikeutta, perustuu siihen, että esineet ovat herrattomia. Perustelujen rinnastaminen osoittaa tietysti kysymään myös sitä, tarvitsevatko juristit filosofista perustelua ollenkaan, jos kerran sama lähtökohta löytyy jo oikeussäännöistä tai lainopista. Krugin mukaan filosofistakin perustelua tarvitaan, sillä hän lähtee kirjoituksessaan liikkeelle siitä, että oikeuden alkuperää ei voida rajoittaa positiiviseen oikeuteen.

Krug toteaa, ettei ulkoisen omistuksen saannon mahdollisuuden kannalta tarvitse tutkia sitä, onko todellisuudessa myös olemassa herrattomia esineitä. Hänen mukaansa edellä mainittu oikeussääntö pitää ikuisesti paikkansa, vaikka kaikki se, mikä voi olla ulkoisen omistuksen kohteena, olisi jo tullut jonkun ihmisen hallintaan otetuksi. Krug korostaa varta vasten sitä, että sääntö on pätevä silloinkin, vaikka olisi niin, että ”meillä”, tässä tietyssä porvarillisessa yhteiskunnassa eläessämme, ei ole enää mitään kokonaan herrattomia esineitä ja vaikka tilanne olisi samanlainen ”muutenkin maan pinnalla”. Näin on siksi, että (säännössä) on kysymys yleisestä ja välttämättömästä oikeuslauseesta eli ihmisten ja esineiden välisen alkuperäisen suhteen transsendentaalisesta luonteesta seuraavasta asiasta, mistä empiirinen – tapahtunut tiettyjen esineiden *occupatio* – on vain pelkkä seuraus. Tämä empiirinen asia voi sinällään uudelleen lakata samalla tavalla kuin se on syntynyt. Näin esine siirtyy takaisin herrattomaksi ja silloin siihen pätee sama peruslause *res derelicta etiam cedit primo occupanti*.¹¹

¹⁰ Ks. Krug s. 55 s.

¹¹ Krug s. 57 s.

7.1.3 Krugin tekstin sanoma

Mielestäni Krug onnistuu tiheisiin virkkeisiinsä kokoamaan suurin piirtein sen, millaisena valtaus juridisessa argumentaatiossa esiintyy tai oikeastaan ajatuskulun, jonka voi olettaa olevan juristien kirjoitusten taustalla, jos se pitäisi pukea sanoiksi. Tässä on filosofisen perustelun kestävä merkitys. Nämä oletukset eivät ole varsinaisesti ristiriidassa myöskään historiallisesti painottuneempien viittausten kanssa. Historiankertomuksessa alkutila viedään kauas menneisyyteen, Krugin edustamassa perustelutyypissä alkutilaan päädytään rationalistisesti, filosofian keinoin. Molemmissa perustelutyypeissä tulos on se, että herrattomuus ja valtaus ovat ajatusvälttämättömyksiä tai oikeammin niitä peruslauseita, joiden varaan voidaan rakentaa se, että omistusjärjestys ylipäättään on ja että se olemassa olevana järjestyksenä on sellainen kuin on. Krughan ei kirjassaan – mikä mielestäni onkin varsin tyypillistä juristiteksteille – kysy sitä, onko omistusoikeus ylipäättään oikeutettu instituutio, vaan ainoastaan sitä, millä tavalla ajatellen sitä voisi pitää perusteltuna. Positiivinen oikeus siis kaipaa filosofiaa, mutta se ei tarkoita sitä, että positiivisen oikeuden instituutiot pitäisi kyseenalaistaa. Niille pitää vain yrittää esittää paras mahdollinen filosofinen perustelu. Tämä vastaa lainopillisen kysymyksenasettelun tarpeita.

Krugin esittelemä ajatusmalli edustaa formaalia oikeudenmukaisuutta siinä perusmerkityksessä, että kaikilla on samanlainen oikeus tai mahdollisuus, kukin toteuttaa sen ja saa käteen, mitä tulee. Hankala on vain niukkuuselementti. Sitä ei saada aivan vakuuttavasti käsitellyksi, mutta kun tarkastelu viedään menneisyyteen, se voidaan pitkälti sulkeistaa. Alkutilassa kaikilla oli mahdollisuutensa. Sen jälkeen siirrytään tilaan, jossa olemassa olevia oikeuksia ei saa loukata (mikä sekin oli jo alkuoletuksien joukossa). Niukkuus on näin enintään ”empiirinen” asia: se vallitsee (ehkä) nyt, mutta voisi periaatteessa poistua. Esineet ovat olleet herrattomia ja valtausmahdollisuuden alaisia ja ne voitaisiin hylätä uudestaan siihen tilaan. Tämä riittää rakentamaan sellaisen omistusjärjestyksen perustan, jossa on ”minimi-tasa-arvo” kaikilla olevana yhtäläisenä mahdollisuutena. Toteutuma on tosin ilmeisen epätasa-arvoinen, mutta siihen ovat omat erityiset empiiriset syynsä. Todellisuus voisi joka tapauksessa periaatteessa kääntyä mahdollisuuksiksi kaikille.

Omistuksen syntykertomus on tärkeä myös siksi, että omistukseen on tyypillistä liittää muiden perustavien oikeudellisten instituutioiden, kuten erityisesti sopimuksen synty. Näin kysymys onkin samalla koko oikeuden perusrakenteen perustelemisesta, ei vain erillisestä omistusta koskevasta kysymyksestä. Niinpä myös Krugin kertomuksessa sopimus instituutiona syntyy omistukseen kuuluvien oikeuksien käyttämiseen liittyen.¹² Kun omistusoikeus tarkoittaa sitä, että

¹² Krug aloittaa neljännen kirjoitelmansa toteamalla, että kun järki oikeuslakien kautta jakaa oikeuksia järjeställisille olennoille, se samalla auktorisoi nämä tiettyihin toimiin ja myös sellaisiin, joiden kautta oikeuksien subjektit vaihtuvat siten, että oikeus siirtyy järjeställiseltä olennot toiselle. Krug s. 71.

oikeudenhaltija voi asettaa esineen palvelemaan tarkoituksiaan, siihen Krugin mukaan jo sinällään sisältyy se, että sen voi myös luovuttaa toiselle. Jos luovutusoikeutta ei olisi, ei olisi oikeastaan oikeuttakaan. Luovuttaminen taas tapahtuu sopimuksin, osapuolten hyväksynnällä. Näin sopimus instituutiona tavallaan välttämättä seuraa omistuksen olemassaolosta tai suorastaan sisältyy siihen. On huomattava, ettei luovutusoikeuden välttämättömyys omistusoikeuteen sisältyvänä tarkoita sitä, etteikö luovutuskelpoisuudessa voisi olla ja olekin rajoituksia.¹³

Ajatusmalli voitaisiin kiteyttää siihen, että omistus ja sopimus sijoitetaan luonnontilaan valtiota edeltäviksi instituutioiksi ja valtio puolestaan konstituoidaan turvaamaan niitä.¹⁴ Tällainen tiivistys antaa kuitenkin sen vaikutelman kuin samalla edellytettäisiin, että valtion tehtävänä on vain noiden instituutioiden turvaaminen, ei sääntelevä. Näin esim. Krug ei kuitenkaan sano eikä ymmärtääkseni tarkoita. Krug korostaa erityisesti instituution syntyperusteen ja sen turvaamisen erottelua. Sama koskee nähdäkseni instituution sääntelyä ja rajoittamista. Vastaava on havaittu edellä tarkastellusta juristikirjallisuudesta. Valtio on tarpeen juuri siksi, että on yhteensovitettava monien ihmisten erisuuntaisia tavoitteita ja toimintamalleja, jotka sääntelemättöminä aiheuttaisivat epäjärjestyä ja kiistoja. Sääntelyn vain pitää tapahtua lain eikä voiman avulla. Tämä on perusnäkemys, joka vastaa lainopin näkökulmaa.

Tarkasteltu oikeusfilosofinen ja juridinen kirjallisuus osoittaa, että se keskustelu, mitä omistuksen synnystä oikeustieteessä tyypillisesti 1800-luvulla kirjoitettiin nojasi pääpiirteiltään niihin aineksiin, jotka oli muotoiltu jo 1700-luvun keskusteluperinteessä. Tärkeää asettamieni kysymysten kannalta on se, että tarkastelemassani oikeuskirjallisuudessa pitäydettiin edelleen valtauserustelussa, ja tälle perustelulle voitiin edelleen esittää myös filosofinen taustansa. Lainopillinen perustelu saattoi nojata roomalaisen oikeuden antamaan lähtökohtaiseen sääntöön herrattomien esineiden kuulumisesta ensimmäiselle haltuunottajalle, mutta sitä tukemaan voitiin tarpeen mukaan esittää myös filosofisempi tausta, jossa lähtökohtana oli vapaus ja sen mukainen oikeus ulkoisiin, kenellekään vielä kuulumattomiin esineisiin. Perustelut olivat siis yhteensopivia, mutta lainopissa ei sen tehtävänasettelusta käsin ollut välttämätöntä tarvetta laventaa perustelua ohi oikeudellisen materiaalin ja tulkintatradition.

¹³ Ks. Krug s. 71 s.

¹⁴ Krug keskustelee erikseen siitä, onko sopimusten pätevyys luonnontilaista vai vasta positiivisen lain suoma. Hän asettuu luonnontilaisuuden kannalle, siksikin että positiivinen laki itsessään edellyttää sopimusta, siis porvarillista sopimusta. Krug argumentoi niin, että jos ei olisi porvarillista sopimusta ja vasta laki tekisi sopimuksen velvoittavaksi, silloinhan pelkkään valtaan nojauva instituutio (laki valtiossa) antaisi oikeudellisen merkityksen niin ikään sellaiselle, jolla ei sitä ennestään olisi. Näin tässä argumentaatiossa sanotaan juuri se, että jotakin pitää edellyttää ennen valtiota.

7.2 ROMANISTIEN JA GERMANISTIEN OMISTUSKÄSITYSTEN MERKITYS

Seurasiko omistusperustelusta tietynlainen omistumääritelmä? Edeltävät tarkastelut ovat mielestäni osoittaneet, että omistusperustelun ja omistumääritelmän välillä ei ole sellaista suoraviivaista yhteyttä kuin *Brocker* ja *Hecker* ovat väittäneet¹⁵. Romanistien teksteissä omistus määriteltiin absoluuttiseksi ja muut poissulkevaksi herravallaksi esineeseen. Myös germanistien teksteissä sitouduttiin tämänsuuntaiseen määritelmään, vaikkakin tekstien yleinen henki oli osin toisenlainen kuin tyypillisten romanistitekstien. Kiistattomat muutokset omistumääritelmässä eivät kuitenkaan vahvista *Brockerin* väitettä. Näin on jo siksi, että omistusperustelua ei vaihdettu. En väitä, etteikö juristien teksteissä esitetty myös työperustelua, mutta edellä tarkasteleman romanistien ja germanistien tekstit osoittavat, että tyypillisissä lainopin teoksissa pitäyduttiin valtausteoriassa ja sen mukaisessa omistuksen alkuperäisessä syntyperusteessa. Omistusperustelu ei siis uudistunut, mutta omistumääritelmä uudistui. Syy määritelmän muuttumiseen lieenee siis muualla.

Muutokset eivät vahvista myöskään *Heckerin* väitettä, mutta tätä ei voida osoittaa virheelliseksi yhtä helposti kuin *Brockerin* tulkintaa. *Heckerin* mukaan omistumääritelmästä tuli korostuneen absoluuttinen ja eksklusiivinen siksi, että aito syntyperustelu jäi kokonaan pois. Kysymys oli perimmältään siitä, että oikeudelle ei enää esitetty luonnonoikeudellista perustaa, jossa ihminen oli nähty riippuvaiseksi Jumalan asettamasta tarkoituksesta ja hänen oikeutensa muuhun luomakuntaan niin ikään tämän tarkoituksen toteuttamiseen liittyen rajoitetuksi. *Heckerin* mukaan tämän taustan poisjäänti tuli merkitsemään sitä, että oikeudellisen käsitteistön lähtökohdaksi jäi ihminen, jonka absoluuttiseksi ja eksklusiiviseksi määriteltäjä valtaa esineeseen nähden ei enää rajoittanut lähtökohtaisesti mikään. Omistuksen määritelmä absoluuttisuudessaan olisi siis estänyt siihen sitoutuneita juristeja hyväksymästä omistusoikeuden sääntelyä ja rajoituksia.

Nähdäkseni edellä tarkastellut romanistien ja germanistien tekstit eivät vahvista myöskään *Heckerin* väitettä. Ensinnäkin voidaan mielestäni sanoa, että juristitekstit eivät osoita, että omistusperustelusta olisi luovuttu. Joissakin teksteissä perustelu oli hyvin niukka ja viitteellinen, mutta joissakin viitattiin suoraan siihen, että juridisena perusteluna esitetyllä valtauserustelulla oli myös filosofinen ulottuvuutensa, jonka merkitystä ei kiistetty; sen vain ei ajateltu kuuluvan laajemmin pohdittavaksi lainopilliseen tekstiin. Lainopillisen kysymyksenasettelun kannalta keskeistä oli voimassa olevan oikeuden selvittäminen. Juristit siis aloittavat tarkastelunsa olemassa olevasta yhteiskunnallisesta tilasta, jossa omistusoikeus jo on. Olevan perustelu ei ole keskeistä. Lainopin

¹⁵ Ks. jaksot 3.2 ja 3.3 edellä.

tarpeisiin riittää niukkakin syntykertomus, jossa olennaista on vain se, että omistusinstituution myötä tullaan tilanteeseen, jossa on olemassa oikeuksia. Oikeuksien olemassaolo tarkoittaa puolestaan sitä, että kukin hyväksyy muut itsensä kaltaisena tahdonvallan subjektina ja määräämisvallan haltijana, joka voi konkretisoida oikeutensa joihinkin esineisiin nähden. Nämä valinnat näyt-täytyvät sitten esineiden välittäminä suhteina muihin eli oikeussuhteina. Kes-keistä ei siis ollut omistuksen perustelu, mutta sen sisällön selvittäminen oli.

Romanistien ja germanistien oikeustiedettä uudistavan panoksen tavoittamiseksi huomio onkin kiinnitettävä siihen, että tarkastelluissa juristikirjoituksissa kehi-tettiin ne käsitteet, joilla voitiin kuvata omistusoikeutta ja muita esineoikeuksia. Oikeuden yleisen rakenteen ohella kysymys on siviilioikeudellisen käsitteistön luomisesta, jota voidaan pitää 1800-luvun oikeustieteen suurena saavutuksena, ja tässä suhteessa sillä, mitä kirjoitettiin omistuksesta, oli aivan keskeinen merkitys.

Heckerin väite aidon omistusperustelun poisjäännistä ei pidä ehkä kokonaan paikkaansa, mutta olennaisempi on hänen väitteensä jatko eli ajatus siitä, että omistusoikeuden määrittelemineen absoluuttiseksi esinettä koskevaksi herraval-laksi sillä tavalla kuin se 1800-luvulla tehtiin olisi nähty yhteensopimattomana omistuksen sääntelyn kanssa. Tämä on tärkeä kysymys myös siksi, että Hecker edustaa tässä tulkinnassaan tyypillistä, 1900-luvun alusta lähtien vahvistuvaa ja nykypäivään ulottuvaa käsitystä, joka näkee absoluuttiseksi ja eksklusiiviseksi määritellyn omistusoikeuden arkkityyppisenä esimerkkinä koko siitä käsite-muodostuksen ja juridisen päättelyn tyypistä, josta konstruktivismia sittemmin on kritisoitu. Absoluuttista omistusoikeutta pidetään yleisesti määritelmänä, joka oli ristiriidassa omistusoikeuden tosiasiallisen sisällön ja laajuuden kans-sa, ja siis aikaansa vastaamaton jo 1800-luvulla saati sitten myöhemmin.

Mielestäni väite absoluuttisen omistusmääritelmän merkityksestä omistuk-sen sisällöllisen ulottuvuuden ymmärtämiselle ei saa tukea edellä tarkastele-mastani oikeuskirjallisuudesta. Omistusoikeus on epäilemättä keskeinen ja hyvä esimerkki 1800-luvulla hahmotellun oikeudellisen systeemin ja ajatteluta-van piirteistä, mutta näitä piirteitä voidaan arvioida toisinkin. Se uusi ja merkit-tävä panos, jonka romanistit ja germanistit omistusperusteluun ja omistusmää-ritelmiin liittyvällä keskustelullaan toivat 1800-luvun oikeuskirjallisuuteen koskee juuri sitä, miten tässä keskusteluyhteydessä rakennettiin juridinen siviilioikeudellinen käsitteistö peruselementteineen. Tähän käsitteistöön kuuluivat esine- ja velvoiteoikeuden erottelu, esineen, hallinnan ja omistuksen käsitteet, esioikeuksien lajit, saantomuodot sekä aikaprioriteetti- ja julkisuusperiaatteet. Nämä elementit eivät myöskään jääneet 1800-luvun aineksiksi, vaan muodos-tavat kestävä rungon modernille oikeussysteemille. Juuri tästä yhteydestä löytyy kestävä merkitys myös edellä monella tavalla viitatulle ja kritiikin kohteeksi joutuneelle omistusmääritelmälle.

Kaikki edellä tarkasteleman 1800-luvun tutkijat ottavat osaa omistusmääri-telmää koskevaan keskusteluun joko laajemmin käymällä läpi erilaisia määri-

telmäehdotuksia tai viittaamalla lyhyesti teeman keskeisyyteen ja esittelemällä oman valintansa. *Thibaut* määritteli omistuksen ehdottomaksi oikeudeksi valli-ta yksittäistä esinettä mielensä mukaan, *Mackeldey* rajoittamattomaksi ja muut poissulkevaksi oikeudeksi. *Pütterin* mukaan omistus oli muut poissulkeva rajoittamaton oikeus käyttää esinettä. Niin ikään *Schmidin* määritelmässä omistusoikeus oli rajoittamaton ja muut poissulkeva määräämisvalta esineeseen.

Myös germanisteilta löytyi omistusoikeuden määritelmä itsessään rajoittamattomana oikeutena (*Eichhorn*) tai oikeutena menetellä esineen kanssa mielensä mukaan ja muut esineen käytöstä poissulkien (*Beseler, Gerber*) tai yksin-omaisena ja täytenä (*Bluntschli, Roth*) tai ylimpänä (*Stobbe*) herravaltana esineeseen. *Gierke* puhui omistusoikeudesta esinettä kokonaisuudessaan koskevana määräämisvaltana. Toisaalta kirjoittajat totesivat yleensä samassa yhteydessä myös sen, että omistusoikeuteen kohdistui sääntelyä ja rajoituksia ja toivat näitä hyvinkin yksityiskohtaisesti myös esiin, romanistit ehkä systemaattisemmin ryhmiteltyinä, germanistit kuvailevammin. Esimerkiksi *Thibaut* totesi, että koska oikeuteen voitiin asettaa rajoituksia ja esteitä, voitiin käsitteeseen hyvin yhdistää omistajan oikeuden rajoittaminen lain tai tahdonilmaisun perusteella. *Mackeldeyn* mukaan omistus saattoi olla yhdessä tai toisessa suhteessa rajoitettu, ja sitä rajoitti usein myös jollakulla toisella oleva iura in re aliena. *Pütter* korosti sitä, että kunkinhetkinen omistus saattoi olla rajoitettu, mutta omistusoikeus säilyi rajoittamattomana. *Schmidin* mukaan omistus saattoi sen harjoittamisessa olla sekä faktisesti että oikeudellisesti monella tavalla estetty, mutta rajoitusten lakatessa se palasi käsitteenmukaiseen laajuuteensa. Esimerkiksi *Stobbe* totesikin, ettei se, että samaan esineeseen oli yksittäisissä suhteissa oikeuksia myös muilla kuin omistajalla, ollut ristiriidassa omistuksen olemuksen kanssa: iura in re aliena -oikeudet olivat omistukselle alisteisia, siitä johdettuja oikeuksia, joiden lakatessa omistus palasi laajuuteensa.

Lopputulema on ilmeinen. Tarkastellut tekstit osoittavat, että omistusoikeuden määrittelemisen absoluuttiseksi oikeudeksi sijoitettiin aivan tiettyyn asemaan oikeuden järjestelmän kehittyessä. Omistusmääritelmän oikeasta muotoilusta ja tunnusmerkeistä käytiin hienojakoista ja vakavaa, osin myös ilmeisen ehdottomiin kantoihin lukkiutunutta keskustelua. Olennaista on kuitenkin se, että näissä yhteyksissä omistus osoitettiin siviilioikeudellisten oikeuksien järjestelmän käsitteelliseksi lähtökohdaksi ja määriteltiin se tavalla, joka erotti sen muista, rajallisemmiksi näin osoitetuista oikeuksista. Tässä keskustelussa muotoillulla omistusmääritelmällä ei ollut oikeuspoliittista funktiota eikä sen avulla pyritty väittämään mitään voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Se esitettiin nimenomaan tieteelliset kriteerit täyttävänä erottelukäsitteenä. Oikeudellisen järjestelmän perustaksi asetettiin absoluuttinen eli rajaton oikeus, jonka rajattomuudella ei viitattu oikeuden tosiasialliseen laajuuteen, vaan ajalliseen ja sisällölliseen rajoittamattomuuteen käsitteellisessä mielessä. Omistusoikeutta voitiin säännellä ja rajoittaa, mutta sen ajateltiin periaatteessa rajoitusten laka-

nessa laajentuvan entiselleen (elastisuus). Näin voitiin myös kaikki eri tavoin ajallisesti ja/tai sisällöllisesti rajatut oikeusasemat erottaa omaksi ryhmäkseen. Niiltä puuttui vastaava elastisuus ja siis vastaava käsitteellinen tulkintaperiaate. Erottelu ei osoittanut sitä, minkä sisältöisiä konkreettiset oikeusasemat kulloinkin olivat. Erottelu päinvastoin jätti sen hahmottumisen lainsäädännön ja tahdonilmaisujen varaan.

Mielestäni voidaan sanoa, että vaikka omistusinstituution syntymisen perusteluun juristiteksteissä tyypillisesti kytkettiin ajatus siitä, että se omistusoikeus, josta sen jälkeen keskusteltiin, oli absoluuttinen ja eksklusiivinen, ei tämän kytköksen tarvinnut tarkoittaa omistusoikeuden sisällöllistä hahmottamista rajattomana ja sääntelemättömänä määräämisvaltana. On eri asia perustella jotakin instituutiota ja sen käsitteellistä rakennetta ja eroa suhteessa muihin oikeudellisiin asemiin kuin keskustella valtionsisäisestä sääntelyn tarpeesta ja tilanteista. Lainoppi oli sitoutunut tämän jälkimmäisen kuvaamiseen ja tulkintaan, joten olisikin ollut suorastaan erikoista, jos se olisi jättänyt huomiomatta sen, että nimenomaan omistusta on läpi historian säännelty monella tavalla ja hyvin voimakkaasti.¹⁶

Olenkin edellä esittänyt, että tuonaikainen lainoppi ei suinkaan jättänyt omistusoikeuden sääntelyä sivuun, vaan esitteli sen osana omistuskysymystä. Tätä ei siis nähty mahdottomana tai käsitteenvastaisena siten kuin myöhemmissä oppihistorioissa ja kritiikissä usein esitetään, mutta se esitettiin omistusoikeuden käsitteellisen rajattomuuden lähtökohtaan nähden poikkeamisena, joka oli jotakin kestoaltaan ja laajuudeltaan lähtökohtaisesti rajallista. Tätä kautta, osoittaessaan sääntelyn käsitteenmukaisen tilan rajoitukseksi, omistusmääritelmä sai kuitenkin välillisesti normatiivista merkitystä. Kun omistusoikeus 1800-luvulla alettiin määritellä määräämisvaltaa aiempaa voimakkaammin korostaen, jouduttiin uudella tavalla kysymään omistuksen sääntelyn ja rajoittamisen perustetta, mikä liittyy modernin valtion hahmottumassa olevaan tehtäväkenttään ja siinä muotoiltavaan yleiseen etuun ja yleiseen tarpeeseen. Sääntelyltä vaadittiin toisella tavalla perusteita, mutta sen mahdollisuutta ei kiistetty.

Vuosisadan vaihteessa ja sittemmin 1900-luvulla tapahtui eurooppalaisessa yhteiskuntarakenteessa kiistatta merkittäviä muutoksia, joiden myötä myös omistuskäsityksen usein katsotaan muuttuneen perustavanlaatuisella tavalla. 1900-luvun lainopillisessa kirjallisuudessa puhutaankin yleisesti kahdesta suuresta muutoskohdasta, joissa yhteiskunta- ja talousrakenteen muuttuminen olisi verraten suoraan heijastunut omistuskysymykseen. Ensimmäinen muutos oli 1800-luvulla tapahtunut omistusoikeuden muotoilu absoluuttiseksi oikeudeksi ja toinen muutos omistusoikeuden ns. sosiaalinen sidonnaisuus, jonka taustana nähdään yhtäältä lisääntyvä vaihdannaistuminen ja toisaalta erityisesti 1900-luvun sosiaali- ja hyvinvointivaltiollinen kehitys. Viimeistään näiden muutos-

¹⁶ Ks. myös Blomeyer 1935 erit. s. 96 ss. sekä esim. Wilhelm 1979 erit. s. 20 ss.

ten seurauksena absoluuttisen omistusoikeuden on katsottu joutuvan väistymään, koska se on aikaansa vastaamaton.¹⁷ Ajanmukaisuudella tarkoitetaan tässä yhteydessä niitä näkemyksiä, jotka nähdään omaisuuden käytön sääntelyn taustana, ja myös sitä, että omistusoikeus ei sääntelyn seurauksena millään periaatteellisella tavalla eroaisi muista niin ikään säännellyistä oikeusasemista.

Onko siis 1800-luvun juristikirjoituksissa absoluuttiseksi määräysvallaksi hahmotettu omistuskäsite vanhentunut yhteiskunnallisten ja taloudellisten muutosten mukana?¹⁸ Jo edellä tarkastellut tekstit kertoivat monella tavalla siitä, että omaisuuden ja erityisesti maaomaisuuden käyttöä ja vaihdantaa on aina säännelty varsin paljon. Sääntelyn muodoissa on epäilemättä tapahtunut muutoksia ja lisääntymistäkin yhteiskunnan taloudellisen, niin teollisen kuin hyvinvointivalttiollisenkin, kehityksen myötä. Silti oma kysymyksensä on, miten tätä kehitystä arvioidaan suhteessa omistuskäsitteeseen.

Tästä on tunnetusti erisuuntaisia tulkintoja sekä eurooppalaisissa että suomalaisissa lainopissa. Toiset korostavat muutosten vieneen pohjan koko perinteiseltä esineoikeudelliselta käsitteistöltä, joka näyttäytyy staattisen maailman jäänteinä. Tilalle olisi luotava uusi varallisuussuhteiden hahmotustapa. Toiset puhuvat varallisuusomistuksen painopisteen siirtymisestä dynaamisen velvoiteoikeuden puolelle tai korostavat maltillisemmin sitä, että esineoikeudellinen käsitteistö on konstruktivistista ajattelua vastaan suunnatun kritiikin jälkeen uudistunut niin, että käsitteistö nyttemmin ymmärretään formaalina, ei materiaalisena, ja tämän mukaisesti myös omistusoikeus täydellisenä, esineeseen kohdistuvana määräämisvaltana on esitystekninen käsite, joka jättää lainsäätäjän määriteltäväksi oikeuden sisällöllisen ulottuvuuden.¹⁹ Se tulkinta, jota edellä olen esittänyt absoluuttisen omistumäärityksen merkityksestä, perustelee sitä, että omistuksen rajoitusten lukumääräinen lisääntyminen ei sinällään merkitse sitä, että omistuskäsitteen muutos olisi välttämätön. Rajoitukset ovat lukuisinakin mahdollista ymmärtää poikkeuksina lähtökohtaiseen vapausasemaan.²⁰

¹⁷ Muutoksista ja niiden arvioinnista ks. Peter s. 30 ja esim. Sontis 1973 s. 981 ss. ja Rittstieg 1983 s. 161 ss. Vrt. myös esim. Lewis 1985 s. 241 s.

¹⁸ Kieltäviäkin vastauksia on esitetty. Ks. erit. Peter s. 63 s. Huomattavimmat omistuksen oikeudellisen järjestyksen muutokset liittyvät julkisoikeudellisen sääntelyn kasvuun, joka alkoi jo 1800-luvun puolivälin jälkeen Ks. Peter s. 66 ss. ja s. 73 ss. Yksityisoikeudellisella alueella ei esim. Peterin (s. 80 s.) mukaan ole tapahtunut samaa mittaluokkaa olevia muutoksia, vaikkakin sääntely on moninaistunut. Ks. myös esim. Georgiades 1977 erit. s. 155 ss

¹⁹ Ks. esim. Zitting – Rautiala s. 205 ss. ja Kartio s. 155 ss. Vrt. Pöyhönen s. XI–XVII.

²⁰ Ks. myös Peter s. 102 ss. Peter suhtautuu kriittisesti vain siihen, että omistukselle olisi esitettävä yksi yleiskäsite, kun kohteet ovat erilaisia ja niitä koskee niin erilainen sääntely ja rajoitukset. Peter viittaa tässä mm. siihen, että roomalaiset eivät – viisaasti kyllä, eivätkä vain puutteellisesta abstrahoinnistaan johtuen – esittäneet omistumääritystä. Jos sellainen täytyisi antaa, se ei oikeastaan voi olla muu kuin formaali ja abstrahoitu. Peter liittyy Martin Wolffin tiivistämään määritelmään: ”omistusoikeus on laajin herravaltaoikeus, joka esineeseen nähden voi (ihmisellä) olla”. Ks. Peter s. 108 ss. Vrt. esim. Larenz 1977 erit. s. 146 ss. ja Maier-Hayoz 1969 s. 185 s.

Nähdäkseni omistusoikeus laajimmaksi tai täydelliseksi herravallaksi määriteltynä kantaa yli niiden yhteiskunnallisten ja oikeusjärjestystä koskevien muutosten, joita viimeisen parinkin sadan vuoden aikana on tapahtunut. 1800-luvulla hahmoteltu määritelmä sisälsi aika paljon enemmän ainesta kuin sittemmin hahmoteltu, korostetun formaali versio. Ero nykypäivään ei kuitenkaan ole siinä, että 1800-luvun romanistit ja germanistit olisivat käsitteellisistä syistä jättäneet huomiotta omistusoikeutta koskevan sääntelyn.²¹

Omistusoikeuden määrittelyllä täydelliseksi herravallaksi oli ensisijaisesti muu funktio kuin oikeusjärjestyksen kuvaaminen. Olen edellä korostanut sitä, että oman käsitykseni mukaan määritelmällä oli erityinen määrittely-yhteytensä ja se on käsiterakennetta koskeva. Tämä perustava tehtävä ei ole hävinnyt. Omistusmääritelmä asettaa varallisuus- ja esineoikeudellisen rakenteen, jossa voidaan erottaa omistajan lähtökohtainen oikeusasema muista eriluontoisista oikeusasemista. Käsitteistön voidaan edelleenkin ajatella tarvitsevan rakenteen, jossa on lähtökohta ja johdannaiset tai pääsääntö ja poikkeukset, yleinen ja erityiset. Omistus määriteltiin tällaiseksi käsitteelliseksi lähtökohdaksi.

Vaikka omistusperustelulla ei nähdäkseni ole voitu osoittaa olevan sellaista vaikutusyhteyttä omistusmääritelmään kuin on väitetty, voidaan ajatella, että omistusmääritelmän uudistamisella on tietty liittymänsä omistusperusteluun, mutta kysymys on lähinnä käsitejärjestelmän rakentamiseen liittyneen tieteellisen tehtävänasettelun merkityksestä. 1800-luvun oikeustieteen pyrkimyksenä oli käsitteiden juridisten tunnusmerkkien hiominen, jolloin sekä omistusperustelussa valtauksena että omistusmääritelmässä absoluuttisena määräämisvaltana kiteytettiin se, että omistusoikeus edellyttää tahtoelementtiä ja hallintaa. Yhteys ei siis ole siinä, että oikeuden synnyn yksilön omiin toimiin liittyvän perustelun olisi ajateltu tuottavan yksilölle rajattoman vallan (esineeseen), vaan siinä, että pelkistetyt elementit olivat käsitteellisiä. Niinpä niiden merkitys oli siinä, minkä elementtien varassa käsitteistöön sisältyvät asiat eroteltiin toisistaan.

²¹ Vrt. Peter s. 113 ss. Peter sivuuttaa liian helposti sen, että omistusoikeus 1800-luvun totaalisesti määriteltynä herravaltana on systemaattinen, mutta myös toisella tavalla sisällöllinen käsite kuin sittemmin formaaliksi kavennettu määritelmä. Suhde on monimutkaisempi. Peter esimerkiksi viittaa siihen, että 1800-luvun filosofiset taustaolettamukset olivat toisenlaisia, mutta kun niistä on irtauduttu, oltaisiinkin (vaivattomasti) irti koko ajatusmaailmasta. Itse ajattelen enemmän niin, että tuonaikainenkin käsite on osa varsin monentasoista kokonaisuutta; että siihen toisaalta pitää lukea mukaan suhde normatiivisen tason sääntelyn ymmärtämiseen, mutta toisaalta myös filosofinen pohja, joka antaa sisältöoletuksia epäilemättä aivan toisella tavalla kuin nykyisempi formaali ja moderni ajatus- ja käsitemaailma. Tätä merkityskerrostumaa on sitoutuneena käsitteistöön eikä se poistu vain sillä, että ajatellaan sama käsite puhtaan formaalina.

7.3 OIKEUSTIETEEN SUHDE HISTORIAAN JA FILOSOFIAAN

Jo alussa tarkasteleman Bergelundin kirjoituksen ainekset herättivät kysymyksen siitä, ovatko oikeuskirjallisuudessa esitellyn omistuksen juuret historiassa vai filosofiassa. Kysymys tukeutumisesta historiaan ja filosofiaan on jossakin muodossa ollut esillä kaikessa edellä tarkastellussa oikeuskirjallisuudessa.

Onko siis omistuksen osalta oikeuskirjallisuudessa esitetty alkutila ja alkuperäinen saanto valtauksena filosofinen konstruktio vai historiallista tapahtumista koskeva väite?

Tarkastelluissa teksteissä juristit puhuivat varhaisvaiheista, alkuvaiheista ja kaukaisesta menneisyydestä ja sijoittivat alkuvaihetta myös johonkin täsmällisempään aikaan, kuten pakana-aikaan tai keisariaikaan tai varhaiseen germaaniaikaan. Toisaalta näissä viittauksissa olennaista ei näytä olleen historiallinen ajoitus, vaan sellaisen alkupisteen osoittaminen, jossa yksityistä omistusta ei vielä ollut. Tällainen tilanne ajateltiin vaiheeseen, jossa ihmisasutus ei vielä ollut pysyvää eikä peltoviljely vakiintunutta. Kysymys on alkutilasta, jossa olennaista on maan herrattomuus. Tämän lähtökohdan varaan omistuksen synnyttäväksi perusteeksi esitetty valtaus voidaan ymmärtää historialliseksi väitteeksi, mutta senkään osalta ei huomio juristiteksteissä ole niinkään siinä, milloin ja miten sen voitaisiin osoittaa tapahtuneen. Jonkin verran viitattiin historian tutkimusta askarruttaneeseen kysymykseen siitä, oliko maan valtaamisen katsottava tapahtuneen kollektiivisesti vai yksityisten toimesta. Jotkut ottivat kantaa jommankumman valtausmuodon puolesta, mutta tyypillisempää oli vain todeta kysymys epävarmaksi. Tällä ei näytä olleen omistuksen syntykertomuksen kannalta juuri merkitystä. Sikäli kuin alkuperäinen valtauksella syntynyt oikeus oli yhteisöllä, yksityisiä oikeuksia saattoi muodostua vasta yhteisön osoittaessa yksityiselle maata. Juristien näkökulmasta valtauksen ajoittaminen tai yksityiskohtaisemmat vaiheetkaan eivät näytä tärkeitä. Tärkeää on nähdäkseni vain se, että valtaukseseen käsitteellisesti sisältyy esineen haltuunotto ja siis hallinta. Hallinnasta voidaan puhua tosiasiallisena ja oikeudellisena, mutta tarkastellut tekstit osoittavat, että alkutilaan sijoitetun valtauksen merkitys oli juuri siinä, että tosiasialliselle haltuunotolle näin tuli oikeudellinen merkitys. Haltuunotto ja sen suojaaminen tarkoittavat samalla oikeuden syntymistä esiineseen, ja tarkastelluissa juristiteksteissä tämä ymmärrettiin yksinoikeuden ja siis muut poissulkevan oikeuden syntymisen merkityksessä. Tämä liitos nähdäkseni osaltaan osoittaa sitä, ettei valtausta ajateltu niinkään historiallisena ilmiönä kuin konstruktiona, jonka avulla rakennettiin oikeudellista käsitteistöä. Valtauksen esitettiin synnyttäneen yksinomaisten oikeuden, vaikka kirjoituksissa yleisesti esiteltiin varhaista, keskiaikaista ja pitkälle uudelle ajalle ulottuvaa maata koskevien oikeuksien järjestelmää, jota leimasivat erilaisten rajoitettujen hallintaoikeuksien moneus ja kerroksellisuus, eivät yksinomaiset omistusoikeudet.

Näyttääkin siltä, että omistuksen juuret on valtaosin haettu filosofiasta, mikä on myös juristitekstien pitkän tradition mukaista. Varsinkin luontaisoikeudellinen ajattelu yhteiskuntasopimusteorioineen on ollut enemmän tai vähemmän selkeä osa oikeuskirjallisuuden aineksia. Filosofinen teoria omistuksen synnystä on usein jopa ohjannut oikeushistoriallista tarkastelua niin, että historian kulku on nähty kehityksenä nykyistä omistusoikeutta kohti, jolloin muunsuuntaiset ilmiöt on kuitattu lyhyesti historian harhapolkuina.

Filosofian etusija ei kuitenkaan tarkoittanut sitä, että historiallinen kehitys olisi voitu kokonaan unohtaa. Se, mikä filosofisten kehittelyjen avulla tuli oikeuttaa, oli omistuksen nykytila, siis historiallinen ilmiö. Tämä asettaa perustelulle tiettyjä historiallisia vaatimuksia. Omistusperustelun historiallisuuden ei kuitenkaan tarvinnut olla kovin syvällistä. Riitti, että se esitti 1800-luvun historiallisen tilanteen johdonmukaisen kehityskulun seurauksena. Voitaneen kuitenkin ajatella, että esim. *Proudhonin* radikaali perustelu ei saanut vastakaikua oikeuskirjallisuudessa juuri historiattomuutensa vuoksi. Perustelu ei voinut olla riippumaton historiallisesta kehityksestä tai jos tällaista esitettiin, se ei saanut oikeuskirjallisuudessa yleisemmin kannattajia. Nähdäkseni valtauserustelun työperusteluun nähden suurempaa historiallisuutta voidaan pitää osasyynä siihen, että juristit pitäytyivät valtauserustelussa vaihtamatta sitä työperusteluun, joka puhtaasti filosofisesta katsannosta käsin näyttäisi paremmin oikeuttavan omistamisen.

Omistuksen syntyperustelun kestävä merkitys lainopille on siinä, että näin hahmotellaan varallisuus oikeudellisen järjestelmän rakenteellinen perusta, jonka varassa lainoppi voi sitten keskittyä tarkastelemaan henkilöiden varallisuutta koskevia oikeudellisia järjestelyjä ja niiden muutoksia. Näissä tarkasteluissa henkilöt esiintyvät määräämisvallan haltijoina esineisiin nähden ja kysymys koskee ensi sijassa sitä, kellä missäkin tilanteessa on parempi oikeus johonkin toiseen nähden. Omistuksen ja sopimuksen instituutioita ei kyseenalaisteta, vaan niiden avulla jäsennetään toimijoille tietyt asemat toimintamahdollisuuksineen.

Haltuunotto on olemassa olevan käyttöoikeuden konkretisoimista muille havaittavalla tavalla joihinkin tiettyihin esineisiin. Sen konkretisoiminen vain tuo mukanaan ensimmäisen erottelevan kriteerin, mikä on tärkeätä. Ensimmäisellä haltuunottajalla on heti juuri hallinnan verran parempi oikeus esineeseen. Kaikilla oli sitä ennen samanlainen oikeus toteuttaa käyttöoikeutensa, mutta nyt haltuunottajalla on etulyöntiasema, koska hänen oikeutensa toteuttamista ei muilla ole oikeutta häiritä, jos heillä ei ole esineeseen parempaa oikeutta ja sitä ei tässä ajatuskuviossa voi olla. Niinpä hallinta saa oikeudellista merkitystä ja tuo väistämättä jatkuvuselementin keskeiseksi. Näin hallinta kerta kaikkiaan ”väistämättä” muuttuu omistusoikeudeksi. Tämä toistuu jokseenkin kaikissa versioissa lainopin omistusperusteluissa. Kertomuksen ympärille voidaan kuoa monenlaista ainesta, mutta ydin on tuossa. Minusta siinä on tietty huomion-

arvoinen viisautensa, kerrotaanpa se sitten ajatusvälttämättömyytenä taikka historiankertomuksen tapaan.

Valtausperustelun erityinen juridiskäsitteellinen merkitys on siinä, että oikeus sen myötä sai kollision ratkaisuperustakseen aikaprioriteetin, ajatuksen siitä, että ensin ehtivällä on muita parempi oikeus. Tämä ei kuitenkaan osoita historian vieneen filosofiasta voittoa oikeustieteen perustana. Alkutila, jonka avulla aikaprioriteetin oikeutus perusteltiin oli kaikilla tarkastelluilla keskustelijoilla filosofinen konstruktio. Toisaalta sidettä historiaan ei katkaistu omaksuamalla uusia, muutoin ehkä ansiokkaita teorioita, jotka eivät perustelisi historian tuottamaa nykytilaa. Kun lainopissa pohditaan peruskysymyksiä, tarvitaan keskeiset säikeet sekä filosofiaan että historiaan.

Omistusoikeus on perustavanlaatuinen yhteiskunnallinen instituutio, joka luo puitteet taloudellisten voimavarojen jakautumiselle. Näihin puitteisiin liittyy runsas ja monimuotoinen käsitteistö, jonka avulla kuvataan oikeuksien siirtymistä ja oikeusasemien muutoksia. Käsitteistö ei löydy laista, vaan sen muotoutumista täytyy etsiä oikeustieteellisestä kirjallisuudesta.

Tässä teoksessa etsitään omistuksen juuria. Miten omistusoikeus syntyy tai on syntynyt ja millä perusteella ihminen ylipäättään voi saada yksinoikeuden jostakin esineestä määräämiseen? Ensiksi selvitetään sitä, millä tavoin omistusoikeuden tarpeellisuutta tai välttämättömyyttä on perusteltu yhteiskuntafilosofisessa kirjallisuudessa. Sen jälkeen tutkitaan, millaisen omistusperustelun, ”alkukertomuksen”, oikeustiede valitsi käsitteenmuodostuksensa lähtökohdaksi. Lisäksi tarkastellaan sitä, mitä tukea tuo alkukertomus saa maanomistuksen syntyä koskevista historiallisista tutkimuksista.

Kirjoittajan perusväite on, että filosofisessa keskustelussa menestystä saavuttanut ajatus omistuksen perustamisesta esineeseen suunnattuun työhön ei lainopillisissa kirjoituksissa saanut juurikaan kannatusta, vaan vallitsevana pysyi omistuksen perustaminen valtaukseen. Filosofit ovat kritisoineet oikeustiedettä tästä valinnasta. Kirjassa pyritään osoittamaan tämä kritiikki osin yksipuoliseksi, ja väitetään, että valtauserustelussa pitäytyminen on ymmärrettävissä oikeustieteen tehtävästä käsin ja että se on myös yhteensopiva tietyn oikeusfilosofisen perinteen kanssa. Valtauserustelun valinta on vaikuttanut puolestaan siihen, millaisiksi varallisuusomikeuden käsitteistö ja kollisioiden ratkaisuperusteet ovat muotoutuneet.

Tutkimuksen keskeisenä aineistona on 1800-luvun saksalaisen siviilioikeudelliseen traditioon lukeutuva kirjallisuus. Se on tunnetusti ollut esikuvana myös suomalaiselle lainopille. Tutkimus sijoittuu oikeushistorian alaan, mutta sillä on merkitystä yleisemminkin oikeudellisen ajattelun rakenteiden ymmärtämisen kannalta. Siviilioikeuden käsitteistö, joka luotiin 1800-luvulla, muodostaa edelleen siviilioikeudellisen ajattelun perustan.

