
Jarkko Tontti ja Kaisa Mäkelä
(toim.)

Filosofien oikeus II

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567, f. (09) 604 668

s-posti: sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen kuva: La Justice, B 5 rés., Bd II, fol. 20.

(julkaistu Bibliothèque Nationalen luvalla)

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© 2001 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-189-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001

Sisällys

Esipuhe	7
1 Martin Heidegger – oleminen ja oikeus	9
<i>Ari Hirvonen</i>	
2 Oikeuden fenomenologia Adolf Reinachin mukaan	71
<i>Juha Pöyhönen</i>	
3 Carl Schmitt: päätöksestä <i>nomokseen</i>	89
<i>Mika Ojakangas</i>	
4 H. L. A. Hart oikeusfilosofina	131
<i>Raimo Siltala</i>	
5 Hannah Arendt ja oikeuden poliittinen perusta	147
<i>Susanna Snell</i>	
6 Rakkaus ja panttivankeus Emmanuel Levinas oikeudenmukaisuuden perustasta	161
<i>Marke Europaeus</i>	
7 John Rawls ja yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus reiluna pelinä	183
<i>Sirkku Hellsten</i>	
8 Martha Nussbaum – hyvän elämän filosofi	205
<i>Marjaana Kopperi</i>	
9 Hans-Georg Gadamer – oikeus, traditio ja tulkinta	219
<i>Jarkko Tontti</i>	
10 Paul Ricœur ja oikeuden kehät	239
<i>Jussi Kotkavirta</i>	
11 Michel Foucault ja tuottavan vallan järjestys	257
<i>Markku Koivusalo</i>	
12 Ronald Dworkin	295
<i>Eerik Lagerspetz</i>	
13 Laki käytännöllisen järjen instituutiona Uudet aristoteelikot ja ”uusi luonnonoikeuskoulu”	315
<i>Juha-Pekka Rentto</i>	
14 Jürgen Habermas – oikeuden kommunikatiivinen rationaalisuus	339
<i>Kaarlo Tuori</i>	
15 Gianni Vattimo – filosofinen perustelu postmodernille oikeudelle? ...	361
<i>Jussi Vähämäki</i>	
16 Derrida ja oikeus	393
<i>Jari Kauppinen</i>	
Kirjoittajat	415

2 Oikeuden fenomenologia Adolf Reinachin mukaan

Adolf Reinach (1883–1917) oli fenomenologi Edmund Husserlin oppilas ja työtoveri. Reinach pyrki soveltaen kehittämään Husserlin ideoita fenomenologisesta ja eideettisestä reduktiosta. Yksi Reinachin keskeisistä tarkastelun kohteista oli oikeus. Hänen habilitaatiöväitöskirjansa käsitteli harkinnan merkitystä etiikassa ja oikeudessa (*Die Überlegung: ihre ethische und rechtliche Bedeutung*, 1912). Hänen tärkein julkaistu työnsä tarkastelee siviilioikeuden, erityisesti varallisuusoikeuden, apriorisia perusteita (*Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1913). On kuitenkin huomautettava, että Reinachin käsitys apriorisesta ei palaudu Kantin filosofiaan. Fenomenologia merkitsi Reinachille tiedettä olemuksista eikä siinä sen vuoksi keskeistä ollut subjektiivisen tietämyksen ehdot, kuten Kantin apriorissa. Olemuksien ei katsottu voivan olla tietoisuuden konstruktioita, vaan fenomenologinen apriori tarkoittaa sitä, että jokin tietty piirre seuraa välttämättä tutkitun ilmiön olemuksesta, eikä tätä piirrettä siksi tarvitse sen kummemmin perustella.

Aluksi

Tässä kirjoituksessa esittelen Reinachin teoksessaan *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1913) toteuttaman apriorisen oikeusopin pääpiirteet. Reinachin erittely on muodostanut perustan erilaisille oikeusfenomenologisille suuntauksille, joita ei tässä ole mahdollisuutta esitellä tarkemmin. Tässä artikkelissa varsin uskollisesti kuvattua analyysia voidaan pitää *sopimusten sitovuuden eideettisenä reduktiona lupaukseen sosiaalisena tekona*. Tämä analyysi perustuu monesti kielellisiin intuitioihin, ja sen perusteella voimme ymmärtää miksi lauseet ”sinähän lupasit” ja ”sinähän kerroit aikovasi tehdä” ilmaisevat erilaisen sidonnaisuuden. Analyysin keskeinen oivallus on lupauksen näkeminen sosiaalisena tekona, ja siihen

liittyvä ajatus siitä, että lupaukset ovat vaateita ja sidonnaisuuksia luodesaan itseriittoisia.

Vallitsevan käsityksen pääpiirteet

Reinach kuvaa aluksi (s. 11–14)¹ kritiikkinsä kohteeksi asettuvaa vallitsevaa käsitystä. Sen mukaan matemaattiset lauseet ja oikeutta koskevat lauseet ovat erilaisia. ” $2 \times 2 = 4$ ” on aina ja kaikkialla pätevä kun taas lause ”velkoja voi siirtää saamisensa kolmannelle velallista kuulematta” on vain nykyisin pätevä muttei suinkaan kaikkina aikoina. Oikeutta koskevien väitteiden kannalta ei ole järkeä puhua pysyvästä, immanentista totuudesta. Oikeuden ovat tehneet ja tekevät tarpeelliseksi tietyt, lähinnä taloudelliset tarpeet: juuri ne tekevät välttämättömäksi sallia saamisen siirtämisen velallista kuulematta. Oikeudella ei ole mitään pysyvää materiaalista sisältöä. Ainoat pysyvämmät ominaisuudet liittyvät oikeuden formaalisiin ominaisuuksiin.

Vallitsevassa käsityksessä näitä lähtökohtia sovelletaan *oikeuslauseiden* (*Rechtssätze*) ohella oikeudellisiin *käsitteisiin* (*Rechtsbegriffe*). Myös oikeudelliset käsitteet luodaan oikeutta asettavien tekijöiden kautta. Oikeudessa on toki mukana käsitteitä muiltakin aloilta, ja ne voivat viitata fyysisiin tai psyykkisiin asioihin. Mutta varsinaisia oikeudellisiä käsitteitä (omistus, vaade, sidonnaisuus, edustus, jne.) ei katsota löydetyn vaan ajatellaan, että oikeus on ne itse asettanut ja luonut.

Lupauksen sitovuus selitetään vallitsevassa käsityksessä faktisesta vaihdosta lähtien. Kun tavaravaihdossa molemmat luovuttavat suorituksensa samanaikaisesti, ei synny minkäänlaista pulmaa. Mutta jos toinen osapuoli ehtii tehdä oman suorituksensa ensin, jää väliaika. Tätä väliaikaa varten tarvitaan jokin yllyke vastapuolelle täyttää lupauksensa senkin jälkeen, kun tämä on jo saanut haluamansa edun. Tällainen yllyke tarvitaan, jottei tilanteesta aiheutuisi taloudellisia haittoja. Näiden estämiseksi ajatellaan tarvittavan pakkoa; oikeus asettaa valtansa kautta *vaateen* (*Anspruch*) toiselle puolelle ja *sidonnaisuuden* (*Verbindlichkeit*) toiselle.

¹ Reinach, Adolf: *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*. Kösel-Verlag, München 1953 (1913); jäljempänä pelkät sivunumerot viittaavat tähän teokseen.

Reinachin omat lähtökohdat

Reinachin mielestä (s. 14–20) vallitseva käsitys ei pysty tavoittamaan oikeudessa olevaa *pysyvää*. Oikeudellisten *ideoiden* (*Gebilde*) olemassaolossa on jotakin, joka vastaa sitä tapaa, jolla luvuilla, puilla tai taloilla on olemassaolonsa; siinä on jotain, joka on riippumatonta siitä, käsittävätkö ihmiset ne, riippumatonta siitä, havaitseeko tai jäsentääkö joku niitä. Ei ole lopultakaan vain väärin, vaan myös *mieletöntä* (*sinnlos*) väittää positiivisen oikeuden tuottavan oikeudelliset ideat, yhtä mieletöntä kuin sanoa Saksan valtakunnan perustamisen tai muun historiallisen tapahtuman olevan historiatieteen luomus. Positiivinen, säädännäinen oikeus *löytää* (*vorfinden*) oikeudelliset käsitteet eikä *tuota* (*erzeugen*) niitä.

Toisinaan näen puun kukkivan. Se, että puu kukkii, ei kuitenkaan ole välttämätöntä sille, että tunnistan esineen puuksi. Yksittäisten puiden (tai talojen) ominaisuuksista ei voida suoraan siirtyä siihen, mikä on ominaista kaikille puille (tai taloille). Oikeudessa taas ei edes ole maailmaa mihin verrata. Sen vuoksi oikeudellisten käsitteiden olemassaolo on samankaltaista kuin lukujen olemassaolo: *”Das So-Sein grundet hier im Wesen des So-Seienden”* (s. 15). Tällä olemassaolon alueella ei nimittäin enää ole mahdollista, että on aidosti yksittäisiä ominaisuuksia – jokainen yksittäinen oikeudellinen idea, joka jonakin aikana on ollut olemassa, ei (enää) palaudu johonkin yksittäiseen vaan samankaltaiseen ideaan. Samalla tulee siten sanotuksi, että on jotakin välttämätöntä kaikille samanlaisille asioille. Se, että kaksi ideaa esiintyy rinnakkain, on satunnaista, mutta se, että saaminen lakkaa oikean suorituksen tapahduttua, ei ole satunnaista vaan perustuu vaateen luonteeseen sellaisenaan. Sen vuoksi se pätee välttämättä ja yleisesti. *Oikeudellisia ideoita* (*Gebilde*) *koskevat sen vuoksi aprioriset lauseet*.

Tällaiset lauseet eivät ole mitään hämärää tai mystistä vaan niitä voidaan muotoilla tarkasti, ja niiden pätevyys on ilmeistä, täysin riippumatta positiivisen oikeuden sisällöstä. Positiivinen oikeus voi saada sisältönsä *täysin vapaasti* (*in absoluter Freiheit*) suhteessa aprioriseen; positiivisen oikeuden sisältö määräytyy taloudellisista tarpeista, siveellisistä käsityksistä jne. Positiivinen oikeus voi täysin poiketa apriorisesta. Reinachin perusväite on vain se, että kuten luvuilla on itsenäinen olemassaolo matematiikasta (tieteestä) riippumatta, samoin oikeudellisilla erityiskäsitteillä (siis sellaisilla, jotka eivät viittaa luontoon) on positiivisen oikeuden ulkopuolella oleva olemassaolo. Positiivinen oikeus voi sulkea tuollaiset oikeudelliset käsit-

teet kokonaan pois tai muuttaa niitä, mutta silti tästä apriorisesta pätevät, samalla tavoin kuin matemaattisista asioista, ikuiset lainalaisuudet, jotka eivät ole riippuvaisia käsityksistämme. Vaikka positiivinen oikeus sisällöltään täysin poikkeaisi apriorisesta, on se kuitenkin sidottu siihen siinä mielessä, ettei positiivinen oikeus voi muuttaa noita lainalaisuuksia.

Aprioriset oikeudelliset käsitteet kuitenkin eroavat luvuista siksi, että ensin mainituille on ominaista *ajallisuus* (s. 17). Oikeudellisia käsitteitä koskevat lainalaisuudet ovat sen vuoksi *aprioris-synteettisiä* eivätkä *aprioris-analyttisiä* kuten matemaattiset lainalaisuudet. Samalla tavoin kuin luontoa koskevat lainalaisuudet tekevät tietomme todellisuudesta mahdolliseksi, tekee apriorinen taso positiivisen oikeuden mahdolliseksi, mutta aina uudelleen muotoilussa ja muunnellussa muodossa. On myös tärkeää havaita, että nämä aprioriset oikeudellisia ideoita koskevat lainalaisuudet pätevät niilläkin laajoilla alueilla, joita ei ole positiivisen oikeuden kautta normeerattu – ne ovat eräänlaisia sosiaalisen vuorovaikutuksen apriorisia lainalaisuuksia.

Apriorisen ja positiivisen oikeuden välillä vallitsee siten riippumattomuussuhde. Positiivinen oikeus kuitenkin edellyttää ja käyttää hyväkseen apriorista. Itse asiassa oikeustieteessä argumentoidaan usein *asian luonnolla* (*Natur der Sache*) – ja tällöin tarkoitetaan usein sellaista, joka seuraa suoraan apriorisista lainalaisuuksista. Sen vuoksi, vaikka on syytä korostaa positiivisen oikeuden mahdollisuutta emansipoitua apriorisesta, tuo emansipaatio ei ole helppo ja nopea tapahtuma. Tämän vitkaisuuden vuoksi tieto apriorisesta tekee jotkin oikeushistorialliset ilmiöt ymmärrettävämmiksi. Ja positiivisessa oikeudessa oleva rakenne on seikka, joka käy ymmärrettäväksi vasta positiivisen oikeuden ulkopuolella olevan sfäärin kautta.

Keskeisenä tuollaisena oikeudellisen apriorin sfäärinä Reinach erittelee tarkemmin velvoiteoikeuden apriorista perustaa (s. 21–37). Velvoiteoikeuden käsitteiden, erityisesti vaateen, sidonnaisuuden ja lupauksen, erittely havainnollistaa hyvin Reinachin perusajatuksia, ja sen vuoksi selvitän seuraavassa sen sisällön yksityiskohtaisesti.

Vaateesta, sidonnaisuudesta ja lupauksesta

Sidonnaisuus näyttää lupauksen seuraukselta tai tuotteelta; sidonnaisuus kestää tietyn ajan ja siinä näyttää olevan sisäinen immanentti taipumus odottaa loppuaan tai lakkaamistaan suorituksen, vanhentumisen tai peruutta-

misen vaikutuksesta. Kaikki tuo on sekä itsestään selvää että kummallista. Se on itsestään selvää, koska kaikilla on siitä tuhansittain kokemuksia, mutta se on myös kummallista, koska sen kautta maailmaan tulee jotakin uutta, nimittäin vaade ja sidonnaisuus. Vaade ja sidonnaisuus eivät ole ei-mitään: kukaan ei voi luopua ei-mistään. Toisaalta vaade ja sidonnaisuus eivät myöskään ole fyysistä tai fysikaalista. Pikemminkin ne ovat psyykkisiä ja siis elämyksiä. Mutta miten mitkään elämykset voisivat kestää vuosia muuttumattomina? Ja eivätkö vaade ja sidonnaisuus ole olemassa vaikka kukaan ei ajattelisikaan niitä? Eivätkö vaateeni ja sidonnaisuuteni ole olemassa nukkuessanikin? Ne ovat siis ideaalisia esineitä. Tässä mielessä ne rinnastuvat muihin ideaalisiin esineisiin kuten lukuihin, käsitteisiin ja lauseisiin. Luvut, käsitteet ja lauseet ovat kuitenkin ajattomia, kun taas vaade ja sidonnaisuus eivät ole. Ne lakkaavat juuri sillä hetkellä, kun oikea suoritus tapahtuu. Ja juuri tämä lause on synteettistä apriori tietoa siinä kantalaisessa mielessä, että sen vastakohta olisi väärin, mutta ei loogisesti mahdotonta.

On jotain sellaista, jonka välittömästi ymmärrämme kuuluvan vaateeseen ja sidonnaisuuteen. Ensinnäkin molemmilla on oltava *kantaja* (*Träger*), henkilö jonka vaateita ja sidonnaisuuksia ne ovat. Toiseksi niillä on aina tietty sisältö, joka tekee jokaisesta niistä erilaisia vaateita ja erilaisia sidonnaisuuksia. Tämä tuo näkyviin olennaisen eron elämyksiin, sillä myös eläimillä voi olla elämyksiä, mutta eläimet eivät voi olla vaateiden tai velvollisuuksien kantajia. Edelleen sidonnaisuus liittyy aina kantajansa tulevaan käyttäytymiseen. Voin toki olla sidottu siihen, että joku toinen tekee jotakin, mutta tällöinkin on niin, että (alunperin) juuri minun käyttäytymiseni johtaa siihen, että toinen käyttäytyy tietyllä tavalla. Reinach erottaa myös pelkän käyttäytymisen pohjalta yksilöidyn ja tuloksen pohjalta yksilöidyn velvollisuuden. Sidonnaisuuksilla on lisäksi usein kohde, jonka suhteen ollaan sidottuja. Tämä ei kuitenkaan ole välttämätöntä vaan on sellaisiakin sidonnaisuuksia, jotka kohdistuvat kaikkiin. Tällainen absoluuttinen sidonnaisuus on esimerkiksi valtiolla kansalaisiinsa. Sidonnaisuutta vastaavasti toiselle osapuolelle syntyy oikeuksia. Relatiiviset oikeudet kohdistuvat aina johonkin vieraaseen käyttäytymiseen.

Relatiiviset ja absoluuttiset oikeudet (sidonnaisuudet) on erotettava *siveellisistä* (*sittliche*) sidonnaisuuksista ja siveellisistä oikeutuksista. Niitäkin koskevat omat lainalaisuutensa. Ne yhdistää oikeudellisiin asioihin kantajan ja sisällön välttämättömyys. Erona on esimerkiksi se, että kun absoluuttiset oikeudet ja vaateet voidaan siirtää toiselle, niin henkilö ei pysty siirtämään siveellistä oikeutustaan tai sidonnaisuuttaan. Absoluuttisten oi-

keuksien tai relatiivisten vaateiden haltija voi omin toimin tehokkaasti luopua oikeuksistaan. Tällainen luopuminen ei ole mahdollista siveellisten oikeutusten suhteen: henkilö voi vain jättää ne täyttämättä mutta ei poistaa maailmasta. ”*Nur was aus freien Akten entspringt, vermag durch freie Akte wieder aufgehoben werden*” (s. 30).

Äsken lausuttu pätee myös siveellisiin *sidonnaisuuksiin* (*Verpflichtungen*). Ne eivät synny vapaasta toiminnasta vaan edellyttävät sisällökseen tietyn henkilön käyttäytymisen ja ajatuksen siitä, että tuollaiseen käyttäytymiseen liittyvä asiantila on siveellisesti oikein. Yhtä vähän kuin siveellisiä oikeuksia voidaan siirtää, yhtä vähän voin ottaa toisen henkilön siveellisiä sidonnaisuuksia kannettavakseni. Ja vaikka oikeudellisten, absoluuttisten ja relatiivisten sidonnaisuuksien täyttäminen on siveellinen velvoite, on kysymys kahdesta eri asiasta. Siveellinen velvoite voi kuitenkin toisinaan edellyttää sitä, että on olemassa oikeudellisia sidonnaisuuksia.

Jokainen vaade tai sidonnaisuus alkaa ja lakkaa jonkin *syyn* (*Grund*) voimasta. Jokin tapahtuma on vaateen tai sidonnaisuuden synnyn tai lakkaamisen perusta tai reitti. Ja aina kun sama tapahtuma sattuu, käy vaateelle ja sidonnaisuudelle samoin. On kuitenkin varottava liioittelemasta tämän lainalaisuuden merkitystä, sillä kausaalinen suhde ei ole välttämätön ”ideasuhde”. Se, että tuli tuottaa savua, ei ole samanlainen välttämättömyys kuin se, että kolme on suurempi kuin kaksi.

Reinachia kiinnostaa erityisesti lupaus sellaisena syynä, joka voi tuottaa vaateen tai sidonnaisuuden. Lupauksen suhde näihin oikeudellisiin ideoihin ei ole mikään kausaalisuhde vaan välittömästi oivallettava ja välttämätön *olemusriippuvuus* (*Wesenszusammenhang*). Olennainen ero olemusriippuvuuden ja pelkän kausaaliiriippuvuuden (mailan heilahdus – biljardipallon liike) välillä on se, että jälkimmäisen syy (*Grund/Ursache*) ja seuraus voidaan käsittää itsenäisiksi, mutta vaadetta ja sidonnaisuutta ei voi erottaa syystään. Jos haluan vakuuttua tästä, minun on vain suljettava silmäni lyönin ajaksi ja avattava ne, kun pallo liikkuu. Mutta vaateen ja sidonnaisuuden olemassaoloa en pysty toteamaan, ellen jatkuvasti käy ne synnyttäneen lupauksen kautta, siis ellen käy toteamassa sitä lupausta, joka ne synnytti. Minun on käytävä johtamassa vaateen tai sidonnaisuuden olemassaolo sen perustana olevan lupauksen kautta. Tämä on outo tosiasia, mutta tosiasia joka tapauksessa. Rinnakkainen esimerkki on siinä, miten jokin matemaattinen lause on kiinni eräissä toisissa asiantiloissa. Reinachin mielestä tämä matemaattinen ”kiinni oleminen” on kuitenkin erilaista kuin lupauksen liitto vaateen ja sidonnaisuuden kanssa.

Lupauksen sitovuutta koskevia teorioita ja niiden kritiikki

Mutta mikä oikeastaan on lupaus? Tavallisesti vastataan lupauksen olevan tahdonilmaisu, tarkoituksen ilmaisu tai tiedottaminen, joka annetaan toiselle sen vuoksi, että tämä tekisi tai jättäisi tekemättä jotakin. Miten tämä kaikki tarkkaan ottaen tapahtuu? On selvää, ettei pelkkä aikomus saada joku tekemään jotakin ole riittävä. On toki olemassa psyykinen taipumus käyttäytyä tarkoituksenmukaisesti mutta sillä ei ole mitään tekemistä toisen saaman objektiivisen vaateen kanssa. Mikä oikein saa tilanteen muuttamaan sillä, että teen jotakin tietäväksi? Reinach on tyytymätön tehtyihin vastausyrityksiin (s. 64–81).

Humen nominalistisen mallin mukaan lupauksella ei ole mitään mieltä, ellei inhimillinen yhteisymmärrys ole sille sellaista antanut. Sidonnaisuuk-sien luonnollinen kasvaminen on tältä kannalta harhaa. Kaikki on kiinni keino-tekaisista instituutioista, jotka valtio tai yhteiskunta on tarkoituksenmukaisuussyistä tuottanut. Hume ajatteli, että ihmisen itsekkyyden vuoksi tarvitaan jokin tehoste, että saadaan ihminen toteuttamaan toiselle edullinen toiminta silloinkin, kun oma etu on jo saatu. Tätä ihmisen itsekkyyttä ja kiittämättömyyttä ei voi muuttaa, mutta sitä voidaan käyttää hyväksi. Laskelmallinen omanvoitonpyynti johtaa siihen, että tavoitellaan etuja siinä odotuksessa, että toinen toimittaa jotain vastavuoroisia etuja. Tällaista tilannetta varten on löydettävä kielellinen kaava, jolla saamme tietyn toiminnon täyttämisen sitovaksi. Tämä kaava konstituoii sen, mitä kutsumme lupaukseksi. Kun ihminen sanoo lupaavansa jotakin, hän Humen mukaan itse asiassa ilmaisee päätöksen täyttää luvattu. Samanaikaisesti hän käyttämällä tätä sanakaavaa saattaa itsensä rangaistusuhan alaiseksi siinä tapauksessa, ettei hän täytä lupaustaan, nimittäin sellaisen rangaistuksen, ettei kukaan enää luota häneen.

Reinach ihailee mutta samalla ironisoi sitä varmuutta, jolla Hume hakee sidonnaisuuden aikaansaavaa mielen tekoa (s. 67). Hume koettaa löytää sen elämyksen, joka lupauksessa ilmaistaan, siis jonkin sellaisen, joka olisi olemassa myös ilman tuollaista ilmaisua. Mutta eihän sellainen voi onnistua, ja Hume hylkääkin perustellusti päättämisen, toiveen ja tahdon elämykset. Hän ei kuitenkaan huomaa, että on sellaisiakin elämyksiä, jotka eivät saa jälki-ilmaustaan sanoissa ja vastaavissa vaan jotka *toteutuvat puheessa itsessään* (*im Sprechen selbst sich vollziehen*). Tahto sitoutua voi hyvinkin olla olemassa samanaikaisesti lupauksen antamisen kanssa. Tämä on ristiriitaista vain, jos ei olisi mitään ympäristöä, josta sidonnaisuus pulp-

puaa. Tältä kannalta pelkkä puhdas tahto velvoitautua on itse asiassa epäasia (*"Unding"*). Velvoitautua voi vain jonkin kautta, ja tuo jokin on lupaamisen akti. Jos se tulee olevan maailmaan, se tuottaa sellaisia sidonnaisuuksia, joita ei aikaisemmin ollut olemassa. Mutta tietenkin lupaamisen aktia voi seurata tahto, ja siksi lupauksella on mieli ennen kuin inhimillinen yhteisymmärrys on lupaamiselle sellaisen antanut. Kun Hume kieltää kaiken tämän, hän joutuu hätätilaan, ja käsittää lupauksen keinotekoisena kaavana, jonka perusta on lupaaajan intresseissä. Tunnustamme kuitenkin lupauksen sitovuuden silloinkin, kun toisella ei ole mitään intressiä suoritukseen, ja jopa silloinkin, kun tällainen intressi ehkä on, sidonnaisuuden perusta ei ole siinä vaan lupauksessa. Ystävyudessa annettu omanvoitonpyyntiin liittymätön lupaus sitoo aivan samassa mielessä kuin suurimpaan omanvoitonpyyntiin suuntautunut. Reinachin mielestä Hume on kuitenkin ehkä pystynyt osoittamaan yhden seikan: juuri ihmisten egoistiset intressit ovat alunperin johtaneet ihmiset pitämään lupauksensa ja täyttämään ne. Mutta lupauksesta syntyvää sidonnaisuutta ja vaadetta ei voi "selittää", ne voi vain ymmärtää ja oivaltaa tuomalla näkyviin lupauksen omalaatuisuudet ja lupaukseen liittyvät olemussuhteet.

Humea paremmin eivät menesty psykologisetkaan teoriat (s. 70–76). Reinach esittelee ja kritisoi aikalaisensa Theodor Lippsin edustamaa käsitystä, että lupaus ei ole mitään muuta kuin tahdon ilmaisu tehdä jotakin toisen intressissä. Tämä teoria perustuu ihmisen empaattisuuteen ja eläytymiseen. Minulla on taipumus ajatella kuten toinen, ja lupaamisessa on tärkeää refleksiivinen sympatia. Tässä teoriassa väitetään, että itse asiassa oma käyttäytymiseni kiertää takaisin minuun, sillä kun käyttäydyn tietyllä tavalla ja toinen tietää tästä, syntyy toisessa myötäelämisen tarve. Kun minä vielä tiedän tästä toisen taipumuksesta, syntyy siitä minulle vastaava käyttäytymistaipumus. Tällä matkalla käyttäytymistaipumukseni on kuitenkin muuttanut luonnettaan sikäli, että nyt se on saanut pitämisen luonteen. Lipps ajattelee siis niin, että lupaamalla toiselle suorituksen ja tietämällä toisen ottaneen vastaan sanani, saan tämän tahdonaktin takaisin itseeni, kuitenkin lupauksen kohteen intressin vuoksi korostuneena. Ja juuri tällaisena lupaukseen on liittynyt pitäminen ja velvollisuus, nimittäin velvollisuus täyttää se, mitä olen luvannut.

Reinachin mukaan Lippsin teoriassa on heikkoutena sen selitysvoima. Millähän perusteella minä tuntisin välttämättömyyttä arvostella asioita samoin kuin toinen, tai miksi myöntäisin vieraalle tahdolle oikeutuksen tahdot? Mutta vaikka nämä vaikeudet pystyttäisiinkin ylittämään, keskeisin

asia lupauksessa jää tavoittamatta. Miksi lupaamisessa käytetään sanoja tai vastaavia tiedottamisessa? Oletetaan, että toinen saa kiertokautta tietää tahdostani, hän on esimerkiksi päätellyt tahtoni jostakin lausumastani, ja minä tiedän että hän on tehnyt tämän päätelmän. Lippsin mukaan hänelle pitäisi nyt syntyä vaade ja minulle sidonnaisuus. Reinachin mielestä mikään ei kuitenkaan ole varmempaa kuin ettei vaadetta ja sidonnaisuutta synny tällaisissa olosuhteissa. Syy Lippsin vaikeuksiin on siinä, ettei hän pidä erossa sitä, jolle lupaus annetaan, ja sitä, joka sen antaa. Lupaajan tahto ei luo sidonnaisuutta, vaan *ilmaisuteko* (*Erklärungsakt*), eikä tuo ilmaisuteko ole vain tahdon ilmaisemista vaan se on erityinen tahtoon perustuva psyykkinen teko, jonka on tiedotustehtävänsä vuoksi saatava ulkoinen ilmaus. Vaade ja sidonnaisuus eivät perustu oikeutuselämyksiin tai oikeutustunteisiin.

Entä voitaisiinko lupauksen sitovuus perustaa velvollisuuteen olla vahingoittamatta toista? Tällöin valittaisiin lupauksen vastaanottajan näkökulma ja väitetään, että ilmaistun tahdon peruuttaminen loukkaisi vastaanottajan perusteltuja odotuksia. Tällaiset perustellut odotukset rinnastetaan omistukseen. Näin lupauksen peruuttamattomuus ja sitovuus perustellaan omistuksensuojalla. Voidaan kuitenkin ajatella miten suurta vahinkoa tahansa, josta ei aiheudu sidonnaisuutta. Esimerkiksi lupauksissa kolmannen hyväksi sidonnaisuus ei koskaan kohdistu kolmanteen vaan vain lupauksensaajaan, vaikka kolmas kuulisikin lupauksesta ja toimisi siihen luottaen. Miksi tällaisissa tilanteissa lupauksensaaja on suojattu mutta kolmas ei? Sen vuoksi, että lupaus on annettu lupauksensaajalle eikä kolmannelle. Jos lupauksen sitovuus perustellaan sillä, että lupauksensaaja antautuu lupauksen varaan, oletetaan juuri se, mikä pitäisi valaista: lupauksen sitovuushan on perustelu sille, että tuollainen antautuminen saa merkitystä.

Siten velvollisuus olla vahingoittamatta muita on erilainen *oikeudellinen idea* (*Gebilde*) kuin lupauksen sitovuus. Tämä näkyy selvästi siinä, että vaikka lupaus olisikin syy sille, että vahinko ylipäänsä on mahdollinen, ei lupaus ole näissä tilanteissa korvausvastuun syy. Lupauksen aikaansaamalla sidonnaisuudella ei ole mitään siveellisesti oikeaa asiantilaa edellytyksenään: se perustuu yksinomaan tahdonilmaisuuksiin, tai oikeastaan lupaukseen. Tämän vuoksi on virhe alistaa lupaus sosiaalisena tekona sellaiselle siveelliselle velvollisuudelle (olla vahingoittamatta toisia), joka johdetaan seikoista, jotka eivät lankea yksiiin lupaamisen perustan kanssa ja jotka voivat olla käsillä täysin lupauksesta riippumattakin (s. 77–81).

Reinachin käsitys lupauksen sitovuuden perustasta

Äsken kritisoitujen lupauksen sitovuudesta esitettyjen teorioiden lähtökoh-
ta on jo virheellinen. Lupaus ei nimittäin ole vain tahdonvaraisen päätök-
sen tiedottamista. Jos päätän toimia tietyllä tavalla ja tiedotan sen toiselle,
ei ole vielä kysymys lupauksesta. Aikomuksen ilmoittaminen ja lupaaminen
ovat kaksi eri asiaa. Jotta tämä ero kävisi selväksi, Reinach ottaa käyttöön
(s. 37–64) käsitteen *sosiaalinen teko* (*ein sozialer Akt*).

Sosiaalinen teko liittyy sellaisiin elämyksiin, jossa *minä* (*das Ich*) näyt-
täytyy toimivana (*sich als tätig erweist*). Toimivan minän maailma eroaa
sellaisesta, jossa minuun tulee ulkoa jokin ärsyke (melu, kipu tai vastaava).
Toimivan minän maailmaan eivät kuitenkaan kuulu kaikki tilanteet, joissa
minä ei ole passiivinen. Elämykset, kuten ilo ja suru, ovat spontaaneja te-
koja mutta niissä spontaanisuus luonnehtii objektin sisäistä tekemistä. Spon-
taanisuutta ei saa sekoittaa sosiaalisten tekojen toiseen ominaisuuteen,
tavoitteellisuuteen, sillä myös viha ja sääli kohdistuvat johonkin. Spontaa-
neissa teoissa minä näyttäytyy teon fenomenaalisenä *aikaansaajana* (*Ur-
heber*). On vielä tarkasteltava tilanteita, joissa minulla on jokin tarkoitus,
ja erotettava ne hetkestä, jolloin päätän tarkoituksesta. Esimerkkejä tarkoi-
tuksen päättämisestä ovat *omakohtainen päätös* (*Sich-Entschliessen*), an-
teeksipyyntö, ylistäminen, väittäminen, kysyminen, käskeminen jne. Ne
kaikki muistuttavat lupaamista mutta eroavat kuitenkin siitä jollakin ta-
voin. Juuri nämä erot vievät Reinachin erittelyä eteenpäin.

Omakohmainen päätös on sisäinen. Se voi tietysti näkyä kasvonilmeinä
tai muutoin, mutta tuollainen näkyminen ei ole välttämätöntä itse teolle.
Tässä suhteessa omakohtainen päätös eroaa esimerkiksi käskystä ja pyyn-
nöstä, jotka eivät voi olla samassa mielessä sisäisiä. Lupauksen luonteen
oivaltamiseksi onkin syytä tarkastella tarkemmin juuri käskyä. Käsky on
spontaani teko, koska se esittää subjektin teon. Mutta käsky edellyttää vält-
tämättä toista subjektia, joka on tavalla tai toisella erityisessä suhteessa
käskyn antaneeseen ensimmäiseen subjektiin. Tässä suhteessa ero on selvä
sellaisiin elämyksiin, joissa toinen subjekti ei ole välttämätön: on itse-
inhoa, itsevihaa. Tässä havaitsemme taas selvän eron esimerkiksi itserak-
kauteen. Sosiaalisia tekoja, joissa toinen subjekti on välttämätön, Reinach
kutsuu *vierashenkilöllisiksi* (*fremdpersonal*). Käskeminen on tyypillinen
vierashenkilöllinen teko. En voi käskeä itseäni (tai antaa itselleni anteeksi),
paitsi tempulla, jossa kuvittelen itseni joksikin näennäisvieraaksi.

Vierashenkilöllisissä elämyksissä tärkeämpää kuin se, että niissä on oltava

toinen subjekti, on se, että elämykset suuntautuvat tuohon toiseen. Käskyn on aina tultava annettua tiedoksi, ja se on aina *haltuunoton tarpeessa oleva (vernehmungsbedürftig)*. Tässä suhteessa käsky kuvastaa hyvin lupauksessakin näkyviä sosiaalisten tekojen perusominaisuuksia: spontaanisuus, intentionaalisuus, vierashenkilöllisyys ja haltuunoton tarpeessa olevuus. Jotain keskeistä on kuitenkin vielä saatava esiin. Sosiaalisilla teoilla on sisäinen ja ulkoinen puoli, sisäinen, koska ne ovat spontaaneja elämyksiä, ja ulkoinen, koska ne voivat toteutua vain fyysisen kautta. Sosiaalisilla teoilla on ruumis ja sielu. Sosiaalisten tekojen ulkoinen puoli voi vaihdella; sama sielu saattaa asua erilaisissa ruumiissa. Käsky voidaan antaa elein, sanoin tai kasvonilmein. Ja kun sanon, että olen antanut käskyn tiedoksi, en tarkoita vain käskyn ulkoista muotoa vaan käskyn kokonaisuutta. Se, että sosiaalisen teon on saatava ulkoinen ilmaus, on eri asia kuin se, että se on haltuunoton tarpeessa oleva. Jos olisi olemassa ihmisyhteisö, jossa tarkoituksista voitaisiin kommunikoida suoraan, luopuisivat ihmiset sosiaalisten tekojen ilmaisemisesta. Jo nyt tästä on esimerkkinä hiljainen rukous Jumalalle: sitä ei tarvitse tiedottaa.

Sosiaalisen teon olemuksen ymmärtämiselle tärkeää on teon sosiaalinen ympäristö. Kysyminen on sosiaalinen teko, joka edellyttää vastintoimintaa. Tuo vastintoiminta ei ole mitään ulkoista suhtautumista vaan uusi sosiaalinen teko, vastaaminen. Vastaaminen puolestaan ei enää vaadi uutta tekoa vaan (vain) edellyttää toisen, siis kysymisen. Kaikissa sosiaalisissa teoissa on sisäinen elämys. Pyynnössä tuo elämys on toive siitä, että pyydetty toteutuu; käskyssä se ei enää ole toive vaan tahto, että käskynsaaja toteuttaa käskyn. Toisinaan sosiaalisen teon sisäinen elämys toteutetaan vain näennäisesti. Toteuttava koettaa saada asian näyttämään tietynlaiselta. Tällöin aidosta toteutuksesta puuttuva seikka on juuri sisäinen elämys. Valetiedotuksessa tiedon antaja ei itse usko sanomaan, valetoiveesta ja valesäskystä puuttuu toive tai tahto. Mutta vain valetiedotuksen tapauksessa puhutaan valheesta. Reinach pitää valetoiveelle ja valesäskylle sopivina ilmaisuja sosiaalinen petos tai sosiaalinen huijaus.

Sosiaaliseen tekoon liittyvään ulkoiseen käyttäytymiseen voi osallistua useampia henkilöitä. Reinach vertaa tällöin tilannetta rikosoikeuden tekijäkumppanuusarviointeihin. Sosiaaliset teot voivat olla itse tehtyjä tai edustuksellisia. Joku voi käskä toisen nimissä. Tällainen käsky on edelleen käsky mutta ei oma käsky. Tarkemmin: käskyn välittäjä tekee kyllä hyvin persoonallisen teon mutta asettaa itsensä toteutuksessa sivuun ja palauttaa käskyn toiseen henkilöön. Tässä näkyy selvä ero käskyn välittämisen ja käskyvalta-

suhteen välillä: jälkimmäisessä käskyt eivät välity toisen nimissä. Tällaisessa toisen sosiaalisen teon tekemisessä kahden eri suhteen on oltava tehokkaita: Alkuperäisen henkilön suhteen siihen kolmanteen, joka on kohteena, sekä alkuperäisen henkilön ja sen edustajan, joka asian välittää.

Kaikki nämä sosiaalisiin tekoihin liitetyt yleiset piirteet perustuvat näiden tekojen puhtaaseen *olemukseseen* (*Wesen*) eikä niillä ole vähäisintäkään tekemistä empiiristen havaintojen kanssa. Silti näillä piirteillä on aivan keskeinen merkitys sosiaalisten suhteiden sfäärille.

Sosiaalisena tekona lupaus rinnastuu joissakin suhteissa käskyyn, sillä lupaus avaa, kuten käsky ja toisin kuin tiedottaminen, tapahtumisenkehrän. Käskyn tavoin lupauskin suuntautuu käyttäytymiseen, mutta ei adressaatin vaan lupaajan itsensä. Siten lupaus sosiaalisena tekona ei vaadi muita tekoja, kuten kysyminen, tai edellytä toista, kuten vastaaminen. Kaikkien sosiaalisten tekojen tapaan lupaaminen edellyttää sisäistä kokemusta, joka on intentionaalisessa suhteessa lupauksen sisältöön. Kuten käskemisessä, kysymys on tahdosta, että jokin tapahtuu, muttei jonkun muun vaan lupaajan itsensä toimesta. Omaan toimintaan suuntautunut tahtominen on siten välttämätöntä lupauksessa. Sen vuoksi pinnallinen käsitys lupauksesta tahdonilmaisuna on täysin virheellinen. Tahdonilmaisuhan kuuluu: ”minä tahdon”. Se voidaan osoittaa toiselle, ja silloin tahdonilmaisuu on tiedottamista, ja tiedottamisena se on sosiaalinen teko vaan ei lupaamista. Eikä tahdonilmaisusta tule lupaamista silläkään, että se suunnataan jollekin, jolla on intressi tahdonilmaisun toteutumisesta. Lupaaminen ei ole tahto eikä tahdon ilmaus vaan itsenäinen spontaani sosiaalinen teko, joka ulossuuntautuvana saa ulkoisen ilmauksen. Oikeudellisten suhteiden maailma muodostuu sosiaalisten tekojen tiukan lainmukaisista vaikutuksista eikä minkään kaikkivaltiaan tahdonilmaisun konstituimana. Tahdonilmaisun ja lupaamisen erossa ei ole kysymys ulkoisen ilmauksen eroista, sillä sama ilmaus ”minä haluan tehdä sen sinulle” voi olla tiedottava tahdonilmaisuu tai lupauksen (ulkoisen) ilmaus.

Lupauksen sitovuuden kanalta on selvää, ettei tiedottava tahdonsuunnan ilmaus voi aiheuttaa sidonnaisuutta. Sen sijaan on kysymys siitä, että lupauksen olemukseen sosiaalisena tekona perustuu se, että siitä kumpuaa vaateita ja sidonnaisuuksia. Sosiaalisena tekona lupauksen soveltuvat myös aiemmin esitetyt rakenteet kuten se, että sen voivat tehdä useat yhdessä (tekijäkumppanuus) tai että myös edustaja voi antaa lupauksen (valtuutus). Kaikissa näissä suhteissa lupauksesta pätevät lauseet, jotka ilmaisevat sosiaalisten tekojen apriorisen muodon. Entä sitten valelupaus,

voiko siitä syntyä vaateita ja sidonnaisuuksia? Reinach ei uskalla antaa varmaa vastausta. Missään tapauksessa ongelma ei ratkea jäsentämällä tilanne todellisen tahdon ja sen ilmauksen väliseksi eroksi. Sen sijaan vastaus on löydettävissä hahmottamalla tarkemmin sosiaalisen teon ja sen ilmaisutavan välistä eroa. Lupauksen ja tiedottavan ilmoituksen sekoittaminen toisiinsa voi Reinachin mielestä selittyä vain sillä, ettei lainkaan ole perehdytty fenomenologiseen analyysiin eikä ymmärretä teon ja elämyksen eroa.

Millainen sitten on tarkemmin fenomenologisesti eriteltynä lupaus vaateen ja sidonnaisuuden alkuperänä? Tarkasteltaessa asiaa lupauksensaajan kannalta on selvää, että lupaus voidaan toteuttaa ilman, että se saavuttaa sitä adressaattia, jolle se on tarkoitettu. Ennen tätä saavuttamista ei kuitenkaan voida puhua vaateista ja sidonnaisuuksista. Saavuttamisella ei tietysti tarkoiteta (vain) sitä, että vastaanottaja ottaa vastaan sanat vaan hänen on käsitettävä ne juuri lupauksen ilmaisuksi, hänen on *sisäistettävä lupaus* (*das Versprechen innwerden*). Vaikka lupauksensaaja voi suhtautua lupaukseen eri tavoin, niin mikään hyväksyminen ei ole välttämätöntä – ellei itse lupaus ole asettanut hyväksymistä ehdokseen. Tarkemmassa erittelyssä voidaan erottaa neljä erilaista hyväksymisen tyyppiä: myönteinen vastaus ehdotukseen, täysin sisäinen elämys (sisäinen kyllä), hyväksymisen ilmaus, ja lopulta hyväksyminen itsenäisenä sosiaalisena tekona. Hyväksymisenkin suhteen tulee näkyviin ero tiedottavaan hyväksymiseen ja varsinaiseen itsenäiseen sosiaaliseen tekoon. Tiedottava hyväksyminen voidaan tehdä lukuisia kertoja, mutta sosiaalisena tekona hyväksyminen on mielekäs vain kerran, se on ainutlaatuinen ja toteutuu edellyttäen, että vastapuoli sisäistää hyväksymisen. Tiedottava hyväksyminen voi koskea mennyttä, nykyistä ja tulevaa, kun taas hyväksyminen sosiaalisena tekona voi koskea vain nykyistä.

Positiivinen oikeus edellyttää useimmiten tahtojen yhtymistä ennen kuin lupauksesta tulee sitova. Tässä yhteydessä hyväksymisellä kuitenkin tarkoitetaan edellä mainituista ensimmäistä eli hyväksymistä muodollisessa merkityksessään. Reinach tarkastelee eri ongelmaa: vaatiiko lupaus toimiakseen (materiaalisen) hyväksyminen? Lupauksen hyväksyminen ei voi olla itse lupaus, koska silloin jouduttaisiin päättymättömään regressiin. Sitä paitsi oivallamme intuitiivisesti, että vaateet ja sidonnaisuudet perustuvat alkupe-
räiseen lupaukseen eivätkä hyväksyvään vastaukseen. Sen vuoksi on ole-
muslaki, että vaade syntyy lupauksensaajan henkilössä. Tämän vuoksi on
apriori mahdotonta, että henkilö, jolle lupausta ei ole kohdistettu, voisi

saada lupauksesta vaateen. Positiivinen oikeus kyllä tuntee sopimuksia kolmannen hyväksi, mutta näillä ei voida riitauttaa olemuslogista lainalaisuutta. Sitä paitsi sopimukset kolmannen hyväksi ovat ilmaantuneet oikeuskehityksen varsin myöhäisessä vaiheessa, ehkäpä juuri sen vuoksi, että ne eivät noudata olemuslogisia suhteita.

Lupaus kantaa itsessään määrettä tulla täytetyksi, (jo) lupaukseen sisältyy (aina) velvoittava suhde. Jokaiseen lupaukseen kuuluu sen sisällön toteuttaminen samalla tavalla kuin taideteokseen kuuluu ihailu ja huonoon käytökseen paheksunta. Jos lupauksen sisältö ei toteudu, loukataan lupauksen sisältämää vaadetta. Entä sitten tilanteet, joissa luvataan mahdottomia? Reinachin mielestä mahdottomuus ei lakkauta vaadetta ja sidonnaisuutta. Mutta mahdottomuustilanteissa syntyy kummallinen antinomia täyttämiseen velvoittavan suhteen ja tosiasiallisen täyttämisen mahdottomuuden välillä. Velvoittavaan suhteeseen pesiytyy omalaatuinen mielettömyys, vaade ja sidonnaisuus ovat parantumattomasti sairaita.

On tavallista, että vaade ja sidonnaisuus, ja sitä kautta koko velvoittava oikeussuhde, lakkaa lupauksen sisällön mukaisella suorituksella. Myös luopuminen voi lakkauttaa vaateen ja sidonnaisuuden, ja luopuminenkin perustuu lupauksen apriori olemukseen. Luopuminen on sosiaalinen teko, joka ei ole vierashenkilöllinen. Luopuminen suhteutuu vain siihen, josta luovutaan, ja tässä siis vaateeseen, eikä se kohdistu toiseen henkilöön. Mutta tietenkin se on avattava toiselle henkilölle, lupauksen antajalle, tullakseen tehokkaaksi. Luopuminen on siten haltuunoton tarpeessa oleva. Voiko henkilö sitten luopua mistä vaateestaan tahansa, myös sellaisesta, jonka on hyväksynyt pitkän taivuttelun jälkeen? Tässä näkyy Reinachin mielestä jälleen sekaannus. Eihän ole mitään sidonnaisuutta siihen, että luvattu suoritus otetaan vastaan. Tällainen vastaanottovelvollisuus ei synny pelkällä lupauksen hyväksymisellä eikä sen sisäistämiskään. Tällaisessa tilanteessa on (voi olla) itse asiassa kätkeyty lupaus (vastaanottamiseen), joka häiritsee luopumisen analyysia.

Voiko lupauksen sitten tehokkaasti peruuttaa? Tällainen mahdollisuus vastaa apriorista lainalaisuutta, ettei sidonnaisuuksista voi luopua mutta ne voi kumota. Peruuttaminen on sekin sosiaalinen teko, josta puuttuu vierashenkilöllisyys, ja tältä osin se muistuttaa luopumista. Peruuttamisen intentionaalinen korrelaatti on lupaus, sen adressaatti lupauksensaaja. Luopuminen ja peruuttaminen eroavat kuitenkin olennaisesti toisistaan. Kun luopumiskelpoisuus on vaateen luonteessa, ei peruuttamiskelpoisuus ole lupauksen luonteessa. Sellaisenaan lupaus on peruuttamaton, aivan yhtä pe-

ruuttamaton kuin peruutus sinänsä. Luopumistekoja voidaan kuten peruuttamistekoja tehdä milloin vain. Mutta kun edelliset ovat ilman muuta tehokkaita, jälkimmäiset ovat tehotomia. Vain edellistä luonnehtii yleisesti oikeudellinen voiminen, jälkimmäisen osalta se puuttuu. Luopumisen oikeudellinen voiminen ei ole kotoisin positiivisesta oikeudesta vaan siitä, että vaateenhaltija voi luoda (myöhemmälle) luopumisteolle oikeudellisen voimisen, koska on kysymys juuri hänen (aikaisemman) vaateensa kumoamisesta. Vaateenhaltija ei voi tuottaa tätä voimista (oman) lupauksen(sa) kautta, sillä tällöin hän loisi tilanteen, jossa luopumisen seuraamuksena olisi (uusi) vaade luopumisesta muttei (alkuperäisen) vaateen lakkaaminen sinänsä. Tosiasiassa syntyy vaateenhaltijalle lupauksen sisäistämällä samanaikaisesti sekä vaade että myös oikeudellinen valta luopua vaateestaan. Tälle erittelylle on yhdentekevää, käyttääkö tämän vallan haltija valtaansa vai ei.

Kun lupaus on annettu, sen pitäminen on siveellinen velvollisuus. Kun on synnytetty oikeudellinen sidonnaisuus, rakentuu sen päälle (siveellinen) *velvoite* (*Verpflichtung*), joka edellyttää luvatus sisällön täyttämistä. Ja kuten kaikki olemuslainalaisuudet pätee tämäkin poikkeuksetta. Vastaväitteenä voisi tällöin olla, että näin tehdään sitoviksi ja jopa perustellaan epäsideellistenkin lupauksen siveellinen velvoittavuus. Esimerkiksi lupaus murhata joku kolmas olisi siveellinen velvollisuus. Reinachin mukaan sidonnaisuus on lupauksen olemuksessa tekona, eikä se riipu annetun lupauksen sisällöstä. Siveellinen velvoite taas perustuu tuohon sidonnaisuuteen, ei sisältöön. Tärkeää on havaita, että jos sidonnaisuuden sisältö on siveellisesti *epäoikeudenmukainen* (*unrecht*), niin tuohon sisältöön – eikä sidonnaisuuteen sinänsä – perustuu velvoite jättää teko tekemättä. Tällaisessa tilanteessa on kaksi eri pohjalta kummunnutta velvoitetta vastakkain, ja korkeampi velvoite saa etusijan, esimerkissämme murhan tekemättä jättäminen. Mutta tällaisistakin lupauksista kasvaa sidonnaisuus, ja se pysyy ja siitä syntyy jopa siveellinen velvoite vaikka toinen korkeampi velvoite sivuuttaisikin sen.

Tätä kautta ymmärrämme hyvän tavan vastaisten lupauksen mitättömyyden. Se ei tarkoita, ettei sellaisesta oikeustoimesta, lupauksesta, syntyisi mitään sidonnaisuuksia – eihän positiivinen oikeus voi kieltää olemuslain alaisia riippuvuuksia. Kysymys on vain siitä, että positiivinen oikeus ei tunnusta eikä anna pakkotäytäntöönpanon apuaan tuollaisesta lupauksesta kasvaneille sidonnaisuuksille ja vaateille. Hyvän tavan vastaisten lupauksen mitättömyyttä on käytetty vastaesimerkkinä lupauksen sitovuudelle; pelkkä lupaus ei voi sitoa koska hyvän tavan vastaiset lupaukset eivät sido. Reinachin mukaan

lupaus, jonka sisältö on hyvän tavan vastainen, on edelleenkin lupaus, mutta siveellisenä velvoitteena sen täyttämisen voivat sivuuttaa painavammat näkökohdat. Tämä mahdollinen sivuuttaminen ei kuitenkaan vaikuta siihen, että myös tällaisesta lupauksesta sinänsä syntyy sidonnaisuus ja sen(kin) täyttäminen on siveellinen velvoite. Eiväthän vapaan putoamisliikkeen laitkaan muutu siitä, että joskus putoava esine osuu toiseen.

Yhteenvetoa ja Reinachin ajatusten arviointia

Reinach itse ei katso (s. 84–86) antavansa – ainakaan tiukasti ottaen – lupaaamisen teoriaa. Hänen mukaansa sen selittäminen, että lupaamisesta syntyy vaade ja sidonnaisuus olisi samaa kuin selittää miksi yksi kertaa yksi on yksi. Epäfenomenologisesti suuntautunutta filosofiaa vaivaa tässä *annetun pelko* (*Angst vor der Gegebenheit*). Tuo pelko johtaa tekemään konstruktioita, antamaan selityksiä. Apriorisilla riippuvuussuhteilla on oma *arvokkuutensa* (*Dignität*). Lupauksen olemukseen kuuluu perustaa vaateita ja sidonnaisuuksia. Tämä on helppo ohittaa ajattelemalla, että ihmisethän täyttävät lupaukset, ja yleistää tästä seikasta se, että vaade ja sidonnaisuus perustuvat (vain) ihmisiin. Kun kerran tiedämme vain ihmisistä, voimmeko sanoa mitään meille tuntemattomien subjektien lupauksista? Reinachin mukaan voimme, kun perustamme väitteemme olemuslogisille lainalaisuuksille. Olkootpa nuo tuntemattomat subjektit enkeleitä tai paholaisia, ne, jotka toisilleen lupaavat, kunhan vain voivat luvata ja vastaanottaa lupauksia, synnyttävät välilleen vaateita ja sidonnaisuuksia.

Tämä yhteys perustuu lupaukseen lupauksena eikä siihen kaksijalkaiseen kävelevään subjektiin, jonka on määrä täyttää lupaus. Kun roomalaisessa oikeudessa orjat olivat oikeustoimikelvottomia, tämä oli asiantila, joka ei ollut luonnollisten oikeusperiaatteiden mukainen. Tällainen lause ”ei ollut luonnollisten oikeusperiaatteiden mukainen” on hyvä analyysin pohja, koska se tuo näkyviin sen, ettei kysymys ollut siitä, etteivät orjat olisi ihmisiä siinä kuin vapaat miehetkin. Kysymys onkin siitä, että jos ja kun orjat lupaavat ja orjille voi luvata, saavat näinä toimet aikaan olemustasoisten lainalaisuuksien vuoksi vaateita ja sidonnaisuuksia.

Jatkotarkasteluissaan Reinach keskittyy käyttämään lupauksen suhteen kehittämäänsä analyysivälineistöä (kaiken) sosiaalisen vuorovaikutuksen oikeuksien ja velvollisuuksien tarkasteluun. Keskeisesti tulevat esille omistukseen (s. 87–110) ja siihen perustuvaan valtaan liittyvät olemuslogiset

lainalaisuudet. Tämä jatkotarkastelu kuvastaa myös Reinachin vakaumusta siitä, että lupaus sosiaalisena tekona on yhtä vaikea määritellä erikseen muista sosiaalisista teoista kuin punaista erillään muista väreistä. Yleiset juridiset määritelmät esimerkiksi ”tahdonvallan alueesta” eivät ole osuvia, koska apriorisen opin mukaan tahdolla ei ole valtaa vaan henkilöitä ja koska tämä valta ei toteudu tahdon vaan sosiaalisten tekojen kautta, eikä tuo valta lopulta myöskään ole identtinen oikeutuksiansa kanssa. Reinach katsoo tehtäväkseen määritelmien antamisen sijasta tunkeutua niihin viimekätisiin oikeudellisiin elementteihin, jotka eivät ole voineet ”luoda” tuota valtaa, ja niihin olemustason lainalaisiin vuorovaikutussuhteisiin, joihin näiden elementtien ei tosin tarvitse olla sidottuja, mutta joiden ikuista olemista ne eivät myöskään voi koskettaa.

Reinachin keskeisimpiä pyrkimyksiä on nähdä positiivinen oikeus (korkeintaan) oikeuden filosofisen erittelyn virikeaineistona. Säädännäisen oikeuden normit eivät ole tarkastelun varsinainen kohde tai tarkastelun hyödyllisyyden mitta. Tässä mielessä Neil Duxburyn huomautus siitä, että Reinach tarjoaa meille ei-juridista oikeusfilosofiaa on osuva.² Mielenkiintoinen on myös yhteys Reinachin ja W. N. Hohfeldin tarkastelun välillä: molemmat pyrkivät tavoittamaan oikeuden ei-juridiset perustat.³ Toisaalta Reinachin analyysi oikeuteen intuitiivisesti tajuttavalla tavalla sisältyvistä apriorisista rakenteista muistuttaa yksityiskohdissaan hämmästyttävässä määrin oman aikansa saksalaisen siviilioikeuden kehittämiä teorioita. Silloinkin kun Reinach katsoo olemusloogisten lainalaisuuksien poikkeavan vallitsevasta teoriasta, kuten saamisen siirron osalta, on tilanteen erittely tehty samantapaisten lähtökohtien varassa. Myös Reinachin ajatukset siitä, että oikeuden historiallisia muutoksia saatetaan ymmärtää paremmin aprioristen rakenteiden varassa, muuttaa positiivisen oikeuden ”ulkopuolisuutta” analyysissa. Tällaiset yhteydet eivät kuitenkaan heikennä Reinachin analyysin vakuuttavuutta, vaan oman lukukokemukseni perusteella – ehkäpä vähän paradoksaalisesti – vahvistavat sitä.

² Duxbury, Neil: The Apriori and the Legal. *Rechtstheorie* 21/1990, s. 310.

³ Ks. Hohfeld, W.N.: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven and London 1964 (1919).

Lähteet

- Duxbury, Neil: The Apriori and the Legal. *Rechtstheorie* 21/1990, s. 297–310.
Hohfeld, W.N.: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven and London 1964 (1919).
Reinach, Adolf: *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*. Kösel-Verlag, München 1953 (1913).

Kirjallisuutta

Reinachin kootut teokset on julkaistu Karl Schuhmannin ja Barry Smithin toimittamana: *Sämtliche Werke*. Textkritische Ausgabe in 2 Bänden. Philosophia, München 1989. Tärkeimmät kirjoitukset ovat ilmestyneet käännöksinä ranskaksi, italiaksi ja englanniksi. Tässä kirjoituksessa käsitelty *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*. Kösel-Verlag, München 1953 (1913) on ilmestynyt italiaksi (Falcioni, Daniela: *I fondamenti a priori del diritto civile*. Giuffrè, Milano 1990) espanjaksi (Taladriz, M.: *Los Fundamentos Apriorísticos del derecho Civil*. Bosch, Barcelona 1934) ja englanniksi (Crosby, John F.: *The Apriori Foundations of the Civil Law*. *Aletheia. An International Journal of Philosophy*. 3/1983, s. 1–142). Suomeksi Reinachin ajattelua on esitellyt Juha Varto kirjoituksessaan Adolf Reinach 1883–1917. Eräs varhainen fenomenologi. *niin&näin* 3/1997, s. 56–59. Kansainvälisestä kommentaarikirjallisuudesta voidaan mainita Burkhardt, Armin: *Soziale Akte, Sprechakte und Textillokutionen*. A. Reinachs *Rechtsphilosophie und die moderne Linguistik*. Max Niemeyer, Tübingen 1986 ja Mulligan, Kevin (toim.): *Speech Act and Sachverhalt. Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology*. Martinus Nijhoff, Dordrecht 1987.