

Raul Narits

**ÕIGUSTEADUSE
METODOLOOGIA
I**

1

1997



Õigusteabe AS Juura

Kentmanni tn 13, Tallinn EE-0001

☎ (37 2) 631 37 95, Faks (37 2) 646 64 03

TARTU ULIKOOL

Raul Narits

ÕIGUSTEADUSE METODOLOOGIA, I.

ISBN 9985-822-61-7

ISBN 9789949483006 (pdf)

© Avatud Eesti Fond, 1997

*Raamat ilmub Avatud Eesti Fondi
poolt valjakuulutatud õigusreformi
toetusprogrammi raames*

Kirjastaja Õigusteabe AS Juura

Kaane kujundus Merike ja Tiit Kaunissaare

Trukk Tallinna Raamatutrukikoda

SISUKORD

Sissejuhatus.....	5
I peatükk. Õigusteadus: süsteemne-struktuurne käsitlus	9
1. Süsteemse-struktuurse käsitluse olemus.....	9
2. Olulisemad õiguse tunnetusviisid.....	11
2.1. Õiguse filosoofia kui õiguse tunnetusviis	11
2.2. Õiguse sotsioloogia kui õiguse tunnetusviis.....	17
2.3. Õiguse ajalugu kui õiguse tunnetusviis.....	21
II peatükk. <i>Multi Level Approach</i> moodsas õigusmõtlemises (seoses	
 praktilise õigusteadusega)	27
1. <i>Multi Level Approachi</i> olemusest	27
2. Tänapäevane diskussioon õiguse teooria üle.....	32
3. Juriidilise argumentatsiooni teooria	41
3.1. Juriidilise argumentatsiooni teooria piirid.....	50
3.2. Juriidilise argumentatsiooni teooria struktuur	52
3.3. Transformatsioonid õiguses.....	54
3.3.1 Transformatsiooni mõiste.....	54
3.3.2. Transformatsioonireeglitest	55
3.3.3. Transformatsiooniliikidest	57
3.3.4. Transformatsioonikriteeriumid	58
3.3.5. Transformatsioon õiguse sees.....	59
3.3.6. Transformatsioon seoses õiguse allikatega, seoses	
õigusnormidega ja seoses juriidiliste otsustustega	60
3.3.7. Juriidilise transformatsiooni õigustamine.....	65
III peatükk. Keeletunnetus ja õigusteaduse metodoloogia.....	75
1. Keeleteooria kohaväärtusest õigusteaduse meetodiõpetuses.....	75
2. Keele roll õiguses	84
3. Grammatilise tõlgendamise võimalustest	88
4. Analüütiline jurisprudents ja kõneaktiteooria tänapäeva	
õigusmõtlemises	97
Kasutatud kirjanduse loetelu.....	101
Kasutatud õigustloovate aktide loetelu	111

Sissejuhatus

Eesti õiguskord on olnud tihedalt seotud mandri-Euroopa õiguskultuuriga. Täpsem oleks öelda, et ta on olnud seotud kontinentaalse õigustraditsiooniga. Selle mõju suurusel Eestis annab tunnistust peale taasiseseisvumist 1991. aastal päevakorda kerkinud põhimõtte "restitutio in integrum", mis õiguse vallas tähendab endise õigusliku olukorra täielikku taastamist. Siinkohal mõeldi Eesti õiguskorra restaureerimist 1930-aastate lõpu seisuga. Sellisesse küsimuse püstitamisse tuleb suhtuda kriitiliselt, kuid midagi õpetlikku sisaldab see siiski. Nimelt ei tohi unustada mandri-Euroopa õiguskordade ühiseid juuri, ajaloolist kogemust ja nendel põhinevate õiguskordade struktuurilisi ning sisulisi sarnasusi. Mandri-Euroopa õiguskordade erinevused peituvad peamiselt poliitiliste arengute erisustes. Kaasajal pole võimalik üle hinnata õiguskordade ühtsust. Euroopa ühinemise (integreerumise) objektiivne protsess lausa nõuab ühtsuse kui õiguskordadele immanentse faktori tugevdamist. Tegelik olukord on ju selline, et vaevalt leidubki enam õiguse ala, mida poleks puudutanud või kujundanud Euroopa õigus. Tõepoolest, institutsionaalselt on see võrdlemisi uus nähtus, kuid õiguse sisulist poolt arvesse võttes mitte.

Eesti õiguskorra taastamine ja tänapäevasel tasemel kujundamine on endiselt kantud euroopalikust kodifikatsiooni-ideest, mis pärineb 17.–18. sajandist. Täiuslik õiguskord euroopalikus mõttes saabki olla seaduseraamatute abil kujundatud ja nendel tuginev õiguskord. Selline tee annabki tunnistust sellest, et Eesti õiguskord on kuulunud ja kuulub kontinentaal-Euroopa õigussüsteemi või, kui soovite – õiguskultuuri. Samas ei tohi unustada õigusemõistmise osa ja kaalu õiguse edasiarendamisel ja konkretiseerimisel. See aga tähendab vastuolu puudumist mandri-Euroopa õiguskultuuri ja üldise (*common law*) õiguskultuuri vahel. Loomulikult pole põhjust rääkida anglo-ameerikalikust traditsioonist, küll aga õigusmõtlemise ühisjoontest.

Mandri-Euroopa õiguskultuuri on kujundanud eelkõige rooma õiguse retseptatsioon. 13.–16. saj. levis rooma õigus ülem-Itaaliast üle kogu Euroopa. Selline kirjalikult fikseeritud ja dogmaatiliselt kommenteeritud õiguskord astus Euroopas ühelt poolt sugukonnaõiguse kõrvale ja teiselt poolt hakkas teda asendama. 19. saj. süstematiseeriti retsepteeritud õigus põhjalikult ja nii kujunes rooma õigusest üks tänapäevase mandri-Euroopa õiguskultuuri põhialus. Euroopalikust õiguse tähistamisest ja mõistmisest lähtuvalt kujundati Eesti õiguskorda tema esimesest iseseisvusperioodist alates.

Kuid kindlasti tuleb lisada, et tänapäevane õigusemõistmine, vähemalt Eesti kontekstis, pole võimalik ilma, et võetaks arvesse nn. nõukogude perioodi, mis kestis tervelt pool sajandit. Kuna tollal samastati õigus võimuga, siis on täna oluline rõhutada, et Eesti Vabariigi Põhiseadus fikseerib Eesti kui

iseseisva ja sõltumatu demokraatliku vabariigi, mis on rajatud vabadusele, õiglusele ja õigusele. Kull on nõukogude perioodi parand õiguses (nii selle mõistmises kui ka õigusemõistmises) seotud õiguspositivismiga, millele vastandub ulipositiivne õigusmõtlemine. Õiguspositivismi peamiseks tunnuseks on teatavasti tanaseks valdavalt uletatud arusaam õiguse ja moraalilahutamises. Kui aga seda uletada ei suudeta, millel võib olla mitmelaadilisi põhjuseid ja soodustegureid, siis võib ka ekstreemselt moraalivaba õigus endaga kaasa tuua õiguslikke tagajärgi. Kohustuslik tingimus on seejuures see, et vastavad satestused tulenevad positiivsest ehk kehtivast õigusest. Seevastu ulipositiivne õigusmõtlemine konstitueerib õiguse ja eetiliste printsiipide kooskõla. Nimelt kaotab õigus siis oma kohustuslikkuse, kui ta eksib fundamentaalsete moraalsete printsiipide vastu. "Kehtivad mastaabid on parit erinevatest allikatest: ajaloolisest kogemusest, loomuõigusest, inimese loomusest või loomusest uldse, praktilisest mõistusest, ajalooliselt või kultuuriliselt kasvanud põhistruktuuridest kultuuriõiguse tähenduses või muutuva sisuga loomuõigusest, jumalikust ilmutusest või loominguist, lõpuks inimkonna õigusmõtlemise rahvusvahelisest seisust."¹

Mõlemal mõtlemisviisil – nii õiguspositivistlikul kui ulipositiivsel – on tanapaeval oma pooldajad. Võib-olla prevaleerub Eesti oludes õiguse mõistmises õiguspositivism, kuid seda mitte tema klassikalisel kujul. Viitamine juba põhiseadusele, nuud lisame, et põhiseadusest tuleneb samuti klassikaline ja samas tanapaevane põhiõiguste ja -vabaduste kataloog, mis sunnib igat õiguse rakendajat tahes või tahtmatult iga otsustuse tegemisel kaaluma, milline otsustus kõige enam õigusele vastab.

Olemegi jõudnud arutluses nikaugale, et võime tõdeda õiguse tundmine pole pelgalt seaduseraamatute tekstidega tuttav olemine või koguni nende peast teadmine. Õiguse tundmine eeldab kohustusliku elemendina õigusest arusaamist. Arusaamine omakorda saab tuleneda teatud reeglite, seadusparasuste, printsiipide jms tundmisest, mis aitavad kaasa õiguse olemuse, tema seadusparasuste tunnetamisele, seoste ja suhete tuvastamisele teiste sotsiaalsete fenomenidega, lõpuks individuaalsete juriidiliste otsustuste tegemisele.

Tuleb uletada kohati levima kippuv arusaam õigusteadusest kui mingist "tehnilisest teadusest", mille ulesandeks on näiteks andmebaaside loomine ja nende viimine interneti. Õigusteaduskonna 1996 a teadustoo aruanne vaidab, kirjeldades õigusteaduse alusuuringuid õiguse ajaloos kui õigusteaduse uhes immanentises osas. "Loodud **Balti eraseaduse** andmebaasi alus viimiseks interneti. Balti eraseaduse viimine elektroonilise andmebaasi vormi võimaldab viia edaspidi kogu

¹ **Robbers, Gerhard** Einführung in das deutsche Recht 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsges., 1994, lk 19.

Eesti eraõiguse alase infobaasi rahvusvahelisse kaiblesse”², vaatamata sellele, et sama aruande selles osas, kus käsitletakse teadustegevuse uldiseloomustust, on korrektselt margitud **“Eraõiguse instituut alustas 1996 aastal uue uhtse teema – Eesti eraõiguse loomise ja arendamise põhiprobleeme – uurimist, mis hõlmab nii ajaloolist aspekti kui ka Eesti eraõiguse kujundamise ja arendamise problemaatikat kaesoleval ajal. Selle teema raames uuriti 9 Balti eraseaduse tahtsust Eesti eraõiguse kujundamisele”**³

Kaesoleva monograafia ulesandeks on mõnede õigusteaduse probleemide kasitlus, millede teadmine aitab suvendada tunnetusmaailma õigusest ja mis lõppastmes peaksid võimaldama süsteemset ja sisukat orienteerumist – seda nii aine metatasemel kui ka praktiliste õigusotsustuste tegemisel – õiguses kui reaalselt eksisteerivas sotsiaalses fenomenis. Nagu raamatu pealkirjast nahtub, on rõhuasetus õigusteaduse metodoloogia küsimustel. Samas pole mindud mooda vajalikest kulgnevatest probleemidest ilma milleta poleks võimalik mõista meetodiõpetuse kohta ja rolli õigusteaduses. Eelkõige puudutavad need probleemid õigusteaduse enda olemust ja struktuuri (struktuurne-süsteemne kasitlus iseloomustab õigusteaduse tundmaõppimist tervikuna), samuti õiguse tundmaõppimise eri viise rõhuasetusega uldisele õpetusele õigusest/õiguse teooriale. Kolmanda põhiprobleemina peatatakse monograafias õiguse ja keele vahelistel seostel. Loomulikult ei amendu õigusteaduse meetodiõpetus siin kasitlemist leidvate probleemidega. Samas leiän, et just kasitletud küsimused õigusteaduse meetodiõpetusest on hetkel Eestis sellised, mis vajavad süsteemset kasitlemist kõige enam.

Kaesoleva too kirjutamine on saanud võimalikuks tanu paljudele minu jaoks õnnelike asjaolude kokkulangemisele. Nimelt on mul olnud võimalik 1995 ja 1996 aastal ennast erialaliselt täiendada Kielis ja Munsteris. Minu jaoks pole nimetatud linnad pelgalt ulikoolilinnad, vaid hoopis midagi enam. Nimelt tootab Kielis üks kaasaja tunnustatum õigusteoretik ja -filosoof R. Alexy, Munsteris aga vahemalt sama teatud-tuntud õigusteoretik ja -sotsioloog W. Krawietz. Vahetud kontaktid oma valdkonna tõeliste asjatundjatega on tähendanud mulle väga palju ja lubanud ammutada erialakirjandusest sootuks enam kui see muidu oleks võimalik olnud. Suur ja vaaratuslik kogemus oli minule A. Aarnio monograafia “Laintulkinnan teoria” tõlke sisuline toimetamine. Tunnetusteoreetiliste ja isiklik-vahetute tegurite põimumine ja kohatne kokkulangemine suhteliselt lühikese ajaperioodi jooksul ongi minus kasvatanud julgust oelda ka omalt poolt midagi õigusteaduses. Õiguse teooria põhjalikum kasitlus rõhuasetusega Soome õigusteadlase O. Brusini õiguse teooriale pole tingitud mitte ainult sellest, et tegemist on meie naabermaa teadlasega, ka mitte sellest, et minu esimene tea-

² Õigusteaduskond 1996 aastal. Teadustoo aruanne. Tartu, 1997, lk 13.

³ Samas, lk 2–3.

duskomandeering avatud ühiskonda (tänu prof. A. Künnapile) sai teoks just Helsingi Ülikooli (1991. a.), vaid sellest, et O. Brusiini näol on tegemist sisuliselt uue paradigma julge kujundajaga õiguse teoorias.

Loomulikult kuuluvad minu siirad tänusõnad Tartu kolleegidele, kelle nõuanded ja kogemused mind samuti otsustavalt aitasid esitatud probleemide valikul ja esitatud seisukohtade põhjendamisel. Avatud Eesti Fond toetas mind materiaalselt, mida selles asises maailmas sugugi alahinnata ei saa.

Tartus 10. aprillil 1997. a.

Raul Narits,
Tartu Ülikooli võrdleva
õigusteaduse professor

I peatükk

ÕIGUSTEADUS: SÜSTEEMNE-STRUKTUURNE KÄSITLUS

1. SÜSTEEMSE-STRUKTUURSE KÄSITLUSE OLEMUS

Kontinentaal-Euroopa õiguskultuur tunneb kolme suurt õiguse valdkonda. Nendeks valdkondadeks on eraõigus, avalik õigus ja kriminaalõigus. Sealjuures tuleb kohe märkida, et vaatamata toodud liigitusele kuulub kriminaalõigus sisuliselt avalikku õigusesse, kuna nii karistuspoliitika kui ka sanktsioonid on olnud ja on ka praegu riigi pädevuses. Sellisest liigitusest on lahtunud ulikoolide õigusteaduskondade akadeemiliste õppekavade ulesehitamisel. Õiguse valdkondadest lahtuvalt leiavad endale koha õiguse püsivaartused, millede hulka tuleb arvata ka õiguse printsiibid. Mõistagi veel, et üksikud õiguse valdkonnad lubavad eristada erinevaid aineid. Distsipliine, mis tegelevad vahetult objektivse õiguse tundmaõppimisega (seletamisega) võiks nimetada dogmaatilisteks aineteks. Nende kõrval eksisteerivad alusained, mille hulka kuuluvad näiteks õiguse ajalugu, õiguse filosoofia, õiguse teooria, õiguse sotsioloogia jms. Samas pole õigusteadus taandatav üksikutele ulikoolides õpetatavatele distsipliinidele.

Igat teadust peab olema võimalik maaratleda tema uurimiseseme ja uurimismeetodite kaudu. Siinkohal jätkame kõrvale küsimuse sellest, kas õiguse tunnetamiseks on üldse vaja mingit teadust. Peaks ju iga seadusandja kindel eesmärk seisnema selgete ja arusaadavate eeskirjade koostamises, milledes sisalduvatest siduvatest normidest igauks aru peaks saama, mis enamuse poolt heakskiitu palvivad ja seega enamuse poolt ka aktsepteerimist leiavad. Nii arutledes on õigus omaparane kaitumisreeglite kodeks. 'Õigus on sellisel ideaaljuhul osa reeglitest, mida inimene vabatahtlikult järgib ja mis koos moraali kaskudega ja ühiskondlike normidega moodustavad lihtsa ja suletud kaitumiskodeksi.'⁴ Ilmselt oli see kunagi tõesti nii. Tänapäeva ühiskonda iseloomustab mitte lihtsalt suhteline keerukus, vaid ühiskond on tõesti diferentseerunud. Keerukaks on muutunud inimestevaheliste suhete kogu kompleks. Korra ja julgeoleku loomiseks – selleks aga ongi õigus ellu kutsutud – toimib tänapäeval väga keerukas õigusnormide kompleks, mille struktuuri saab ja tuleb tund-

⁴ Horn, Norbert. Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Heidelberg Muller, 1996, lk 26.

ma õppida erinevatel tasemetel Jutt on õiguse tundmaõppimisest, tema seletamisest, tunnetamisest alates rahvuslikest õiguskordadest kuni interaktiivsete õiguskordadeni (naiteks Euroopa Liidu õigus, Euroopa õigus jms) välja

Õigusteadusest saab sisuliselt kõnelda seoses Rooma riigi õiguskorra kujunemisega Ajaliselt võib õigusteaduse tekkimise dateerida III sajandiga e Kr Sellel perioodil formeerus antiikne juristspetsialist Tahistusele "juristspetsialistid" omistatakse vahel isegi tänapäeval võrdne tähendus õigusteadusega Õiguse õpetamisel tunti nn *instructio* instituuti, mis tähendas seda, et õigust ei õpetatud mitte ainult kehtiva õiguse tundmaõppimise (õiguse allikate lugemine – *institutio*) tähenduses, vaid sellele lisandus asjatundlik seletus (*instructio*)⁵

Õigusega tegelevad eriala spetsialistid, olgu nad juristid-praktikud või siis õigusteadlased Raagitakse isegi "juristide ühiskonna" eksisteerimisest Samas ei pruugi erialateadmised mitte alati tähendada tingimata teaduslikku (süsteematilist) teadmist Kontinentaal-Euroopa õiguskultuuris on võimalik õigusteaduslikust lahenemisest, õigusteaduse õpetamisest raakida seoses ülikoolide õigusteaduskondade tegevusega **Õigusteaduse ülesanne on õiguse kui reaalselt eksisteeriva sotsiaalse fenomeni igakülgne ja süsteemne uurimine selle kriitilise interpretatsiooni ja esitatud seisukohtade argumenteerimise abil.**

Naeme, et õigusteaduse raames saab eristada kindlale õiguse valdkonnale vastavate ja positiivõiguslike distsipliinide kõrval – millede tundmaõppimist maarabki kontinentaal-Euroopas objektivse õiguse jagunemine õiguse valdkondadeks ehk tundmaõppimise objekt – suurt hulka uksteisega suuremal või vähemal määral põimunud distsipliin, mille olemust ei maara mitte vaatlusobjekt, vaid uurimisviis Kui illustreerida seda liigitust, siis kuuluksid esimesse gruppi naiteks lepinguõigus, kriminaalõigus, haldusõigus jms, teise gruppi aga õiguse filosoofia, õiguse teooria, õiguse etnograafia, õiguse sotsioloogia jms

Teadus kui selline on internatsionaalne nähtus, ta ei tunne riigipiire või vähemalt ei tohiks riigipiirid – aga miks mitte ka mered ja ookeanid – talle takistuseks saada Nii on ka õigusteadus internatsionaalne, sest lihtsalt eksisteerib selline sotsiaalne fenomen nagu õigus, mille tundmaõppimisega tegeletakse Samas erineb tundmaõppimise objekt nii erinevas ajas kui ruumis ja veel enam ajalooliselt kujunenud õiguskultuurides tublisti Seega determineerib – ja see on täiesti loomulik ja vajalik – uurimistöö õiguse sisuline pool See puudutab nii positiivset õiguse tundmaõppimist kui ka õiguse tunnetamisel kasutatavaid uurimisviise

⁵ Wiacker, Franz Romische Rechtsgeschichte Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur Bd 1, München Beck, 1988, lk 310, Ilus, Elmar Rooma eraõiguse alused Tartu, 1969, lk 35

Naiteks ei ole võimalik *common law* maades ules ehitada objektiivse õiguse tundmist õigusharude tundmaõppimisele. Põhjus selleks on lihtne, kuid otsustava tähendusega. *Common law* ei jagune objektiivset õigust silmas pidades õigusharudeks, vaid *common law* struktuur on kujunenud ajaloo jooksul üldise õiguse normideks ja õiglase õiguse normideks. Hiljem teeme juttu mandri-Euroopa õigusteadlaste (samal ajal ka õiguspraktikute) jagunemisest kontinentaalsele õigussüsteemile omaste suurte õigusvaldkondade tundjateks. Praegu lisame, et *common law*'s kohtame kas rohkem üldise õiguse tundjaid või siis õiglase õiguse tundjaid.⁶

Igal juhul on aga vähemalt kontinentaal-Euroopas akadeemilise hariduse omandanud juristide olemasolu peamiseks "inimlikuks" eelduseks õigussüsteemi funktsioneerimisel. Õigusteadus, millega tegeldakse ülikoolides, ei produtseeri mitte ainult õigusteaduslikku kirjandust, millega objekteeritakse õigusteaduslik mõtlemine, vaid ta produtseerib uusi asjatundjaid keerulise õigusmaailma seletamiseks ja objektiivse õiguse rakendamiseks.

2. OLULISEMAD ÕIGUSE TUNNETUSVIISID

2.1. ÕIGUSE FILOSOOFIA KUI ÕIGUSE TUNNETUSVIIS

Filosoofia on tunnetuslikus tähenduses aluseks kõikidele teadusvaldkondadele. Filosoofia on orienteeritud "mina" tunnetuse saavutamisele umbritsevast maailmast, tegelikkusest, et oleks võimalik tõmmata paralleele eesmärgiparase kaitumise ja tegelikkuse vahel. Kullalt iseloomulik on filosoofiale see, et ta küsib nn põhimõtteliste küsimuste kohta ning puuab neile küsimustele vastata kasutades ratsionaalselt kontrollitavat, meetoodiliselt süstemaatilist menetlust. Filosoofia püstitab oma tegevusele – uurimise viisile – eesmärgi kasvõi mõneti jõuda tunnetuslikul tasandil edasi kasitlemist leidvate põhiküsimuste mõistmisel ehk siis põhiküsimuste sisulisel edasiarendamisel. 'Oma lakkamatul ja ulatuslikul otsingul tunnetuse järele pörkub filosoofia oma põhiprobleemile, et inimtunnetusel puudub kindel lahtepunkt. Inimtunnetus ei ole kasutada nagu juba kord kindlaks tehtud vaimne alus, kust siis kõik tunnetusmenetlused ennast arendaksid ja lubaksid teadmist ammutada. Siit tuleneb skepsis filosoofias, aga ka skepsis filosoofia vaartuse suhtes.'⁷

Sünkirjutaja puuab alljärgnevalt kasitleda filosoofia ja õiguse filosoofia vahekordi, samas mitte täielikult jagades skepsist filosoofia tunnetusvaartuse suhtes.

⁶ Давид, Рене. Основные правовые системы современности. Москва: Юридическая литература, 1988.

⁷ Horn, Norbert. Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Heidelberg: Muller, 1996, lk 36–37.

Filosoofiat eristab üksikteadustest tunnetuseseme ulatus. Tegelevad ju üksikteadused suhteliselt piiratud ulatusega uurimisesemega ja kasutavad selle tundmaõppimiseks kindlat meetodite kompleksi. Ajalooliselt on üksikteadused välja kasvanud filosoofiast. Ka tänapäeval, nagu märkisime, tegeleb filosoofia üksikteaduste põhimõtteliste küsimustega. Filosoofia Euroopa kontinendil on saanud oma alguse Kreekast ning kannab tänapäevalgi endas kreeka filosoofia traditsioone. Kreeka filosoof Platon eristas filosoofia põhivaldkondadena loogikat ehk õpetust mõtlemise seaduspärasustest; eetikat ehk õpetust õigest käitumisest ja esteetikat ehk õpetust tajumisest. Platoni õpilane Aristoteles nägi filosoofias midagi enam kui tema õpetaja. Nimelt eristab Aristoteles:

- metafüüsikat kui õpetust loomuliku teadmise taga seisvatest üldistest tegelikkuse seadustest;
- natuurfilosoofiat, mille alusel on ajalooliselt hiljem tekkinud loodusteadused;
- retoorikat kui õpetust argumenteerimisest ja
- riigifilosoofiat.

Uue aja filosoofilises mõistmises (kuni Kantini) kujutab filosoofia endast metafüüsikat või ontoloogiat (õpetust olemisest); loogikat, eetikat, esteetikat ja tunnetusteooriat. Üksikteaduste eraldumine filosoofiast toimus loodusteaduste puhul 17. ja 18. saj., teiste teadusvaldkondade puhul veidi hiljem. Muide, näiteks Euroopa ülikoolide filosoofiateaduskondade tähistustes tuleb tänapäevalgi selgelt ilmsiks side filosoofia kui sellise ja vaimu(humaniitaar-)teaduste vahel.

Õiguse ja riigi filosoofia olid algselt üldise filosoofia klassikalisteks ainevaldkondadeks. Alles 19. sajandil kaotasid nad selle rolli. Sellest ajast tegelevad õiguse ja riigi filosoofiaga (mida sagedamini ka kui õiguse filosoofiat tähistatakse) väljaõppinud juristid, kes peavad olema suutelised orienteeruma üldise filosoofia probleemistikus ja meetodites.

Ajaloost on teada, et esimesena kasutas sõna "filosoofia" tema tänapäevases – traditsioonilises – tähenduses Pythagoras. Küllalt kujundlikult nimetas ta filosoofiat "tarkuse sõbraks ja lemmikuks". Õiguse filosoofia on õigupoolest üks filosoofia harudest ning mitte õigusteaduse haru selle puhtas tähenduses. Õiguse filosoofia eristub teistest filosoofia harudest mitte oma "erilisusega", vaid ta eristub selle poolest, et õiguse filosoofias reflekteeruvad juriidilised põhimõttelised küsimused. Õiguse filosoofias tegeldakse nende põhimõtteliste küsimuste tunnetamisega, diskuteeritakse nende üle ja püütakse loomulikult küsimustele leida vastuseid. Erialakirjanduses märgitakse, iseloomustamaks õigusteaduse ja filosoofia vahekorda, et õiguse filosoofia

fiis esitab küsimuse jurist, vastuse annab filosoof⁸ Siinkohal tulebki teha oluline märkus selle kohta, et õiguse filosoofiaga tegeleja peab olema varustatud süstemaatiliste teadmistega mõlemast ainevaldkonnast. Mulle on kirjandusest meelde jäänud R. Stammleri iseloomustus hea õiguse filosoofi kohta: "Kes soovib edukalt harrastada õiguse filosoofiat, peab ennast labi kaevama aktide kuhjast"⁹. Just selline iseloomustus sobib uhe õiguse filosoofi jaoks, kes tegutseb mandri-Euroopa õiguskultuuris ja mandri-Euroopa õiguskultuuri jaoks. Küsimus on selles, et õiguse filosoof peab olema õiguse enda hea tundja.

Olen teinud kull tahelepaneku selle kohta, et oma enamuses pole "kontinentaalsed" õiguse filosoofid – kui nii võib väljendada – universaalid. Nimelt eeldaks universaalsus kontinentaal-Euroopa õiguse filosoofi jaoks vahemalt kahe suure õiguse valdkonna – eraõiguse ja avaliku õiguse – põhjalikku tundmist. Siiski võib õiguse filosoofe lugitada kas rohkem era- või siis rohkem avaliku õiguse tundjateks. Selline juriidilise materjali selekteeriv põhjalikum tundmine annab tunda õigusfilosoofilistes toodes. Näiteks ulalviidatud A. Kaufmann ja W. Hassemer – nii vahemalt olen ma aru saanud – tunnevad mõlemad erihuvi kriminaalõiguse, kriminoloogia ja kriminaaltaitevõiguse vastu. Sellest annavad tunnistust nende publikatsioonid, mis pole spetsiaalselt puhendatud õiguse filosoofiale¹⁰. Või näiteks M. Brocker, kelle väga mahuka monograafia¹¹ pealkirjas endas peegeldub autori huvi ja teadmiste gamma tsiviilõigus, tööõigus, õiguse filosoofia. Lugeses Karl Larenzi toid kujuneb veendumus, et ta "tunneb ennast kodus olevat" eraõiguse küsimustes. Tundes Helmut Coingi toid, võib vaita, et tema huviobjektiks õiguse valdkondi silmas pidades on eraõigus ning eriti eraõiguse ajalugu¹². Klaus Adomeit tunneb kindlasti objektiivselt õigusest paremini tööõigust¹³, samas avaldas ta 1992. aastal väga tahelepanuvaarse too antiikfilosoofiast¹⁴. Teistsugune on olukord näiteks anglo-ameerika õiguskultuuris tegutsevate õiguse filosoofidega.

⁸ Kaufmann, Arthur, Hassemer, Winfried. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart. Heidelberg: Müller, 1989. lk 1.

⁹ Stammler, Rudolf. Die Lehre vom richtigen Rechte. Berlin: Guttentag, 1902. lk 27.

¹⁰ Hassemer, Winfried. Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. München: Beck, 1990. Hassemer, Winfried. Organisierte Kriminalität – geschützt vom Datenschutz. Baden Baden: Nomos, 1993. Kaufmann, Arthur. Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Köln: Heymann, 1983.

¹¹ Brocker, Manfred. Arbeit und Eigentum: der Paradigmawechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie. Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1992.

¹² Coing, Helmut. Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht. Bd 1–2. Hrsg. von Dieter Simon. Frankfurt am Main: Klostermann, 1982. Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Hrsg. von Helmut Coing. München: Beck, Bd 1, 1973; Bd 2, 1977; Bd 3, 1982.

¹³ Adomeit, Klaus. Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht. München: Beck, 1969. Hanau, Peter, Adomeit, Klaus. Arbeitsrecht. 11. neubearb. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1994.

¹⁴ Adomeit, Klaus. Rechts- und Staatsphilosophie. Heidelberg: v. Decker, 1992.

Nimelt võib siin taheldada õiguse filosoofia probleemide kasitlemist kontinentaal-Euroopale omases "uldine õpetus õigusest" stiilis ¹⁵

Vaga raske on uheselt vastata küsimusele filosoofia mõistest. Tõmmates siit paralleeli õiguse filosoofia juurde leiame, et ka õiguse filosoofiat on väga raske maaratleda. Kull aga tundub loomulikuna tõdemus selle kohta, et ammendav vastus küsimusele, mis on õigus – või näiteks matemaatika, ajalugu, botaanika – ei peitu mitte pelgalt nendes ainevaldkondades endis. Vastuse uhe või teise ainevaldkonna loomuse kohta peakski andma filosoofia. Teiselt poolt ei tohiks filosoofide poolt jaada tahelepanuta ainevaldkonnad – kui raakida õiguse filosoofidest, siis peab nende otsese tahelepanu all olema õiguslik tegelikkus – ise, sest vastasel korral polegi võimalik jõuda asjade loomuseni.

Paris uheselt pole vastatud küsimusele "mis on õiguse filosoofia põhiküsimused?" Märksime eelnevalt, et nimelt põhimõttelist tähendust omavad küsimused tulebki lugeda õiguse filosoofia ainesse kuuluvateks küsimusteks.

Ehk on siinkohal mõistlik toetuda kirjanduses esitatud seisukohale, milles õiguse filosoofia põhiküsimused jaotatakse kolmeks suureks probleemideringiks ¹⁶

- (1) kas õigus on olemise komponent ja eksisteerib seoses sellega inimeste jaoks kui reaalselt olemasolev objekt? See on õiguse filosoofia ontoloogiline ese. Suurima kõlapinna on see küsimus leidnud õiguspositivismis ¹⁷
- (2) küsimus kõlab nii "Kas ma saan üleuldse midagi teada millistest tingimustest lahtuvalt või ma kinnitada, et olen tegelikkusest midagi teada saanud?" Seega pole antud juhul tegemist mitte enam maailmast kui objektist arusaamisega, vaid maailma suhtes inimesega, seega teadvusest. Jutt on aratundmisest ja vastavast filosoofiast. Õigusfilosoofiliselt vaadelduna on küsimuseks õige reegel ja marksõnadeks loomuõigus (probleem materiaalsest õiglusest, nagu kohtame seda alates Aristotelesest, Kantist, Marxist kuni Radbruchi, Dreieri ja Alexini välja)
- (3) kolmas positsioon tuleneb tõdemusest, et tuleb võtta seisukoht inimese olemise mõttekusest üleuldse. Jutt on sellest, et ka õigusega seonduvalt eksisteerib eksistentsiaalseid vapustusi, mis jätavad meid ilma maisest õigusest, võrrelduna absoluutsete vaartustega. Jurist, kes suleb silmad õiguse piiramatuse ees, ei jõua aratundmisele õiguse eksistentsialistlikust tähendusest. Seda, kes pimesi usaldab riigi poolt loodud positiivset õigust, või-

¹⁵ Levy, Beryl H. Anglo-American philosophy of law: an introduction to its development and outcome. New Brunswick: Transaction Publ., 1991; Kelly, John M. A short history of western legal theory. Oxford: Oxford Univ. Pr., 1992.

¹⁶ Schwintowski, Hans-Peter. Recht und Gerechtigkeit: eine Einführung in Grundfragen des Rechts. Berlin: Springer, 1996, lk 5–7.

¹⁷ Narits, Raul. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn, 1995, lk 116–129.

dakse suhteliselt kergesti avaliku võimu poolt kurtarvitada Just 20 saj on andnud siin mitu kibedat kogemust

Kokkuvõtvalt võib seega oelda, et õiguse filosoofia eseme moodustavad maailm kui olemine, aratundmine (subjekt) ja õiguse eksisteerimisviis (õigus kui protsess) Kaks esimest küsimusteringi, mis on taandatavad uhelt poolt positivismile ja teiselt poolt loomuõigusele ei ole üksinda võimelised vastama küsimusele õiguse eksisteerimisviisist ja seeparast hõlmab õiguse filosoofia ka kolmandat küsimusteringi Nimetatud küsimusteringiga tegelemine peakski võimaldama leida vastuse küsimusele mis on õigus tegelikult? Kas õigus on midagi inimestele etteantut ehk siis ontoloogiline kategooria või tekib ta läbi teadvuse ja selle abil (arusaamisteooria) või saavutab ta oma efektiivsusi ehk labiloogivõime tanu eksisteerimisele ja rakendamisele

Olenemata rõhuasetustest õiguse filosoofias (eespooltoodud kolm küsimusteringi) on ta otsinud vastust küsimusele, teeb seda tana ja ilmselt küsib ka homme mis on õiglus?¹⁸ Otsides vastust küsimusele "milline peab olema õiglase õigus?" otsib õiguse filosoofia vastust eetilisele (moraalselt) õigele kaitumisele õigusega reguleeritud inimekaitumise sfääris Nii ei saa õiguse filosoofia kuidagi mooda vaadata õiguslikust tegelikkusest, kehtestatud kaitumise mastaapidest ja nende vastavusest vahemalt eetilisele miinimumile Kuid mitte ainult kehtestatud kaitumise mastaapid – seadusandja poolt loodud ja kehtestatud õigusnormid – ei huvita õiguse filosoofi Teda peavad huvitama antud ajas ja ruumis kehtivad uldtunnustatud õigluse mastaapid, sellised õigluse mastaapid, mis on seadusandja jaoks tema professionaalses toos vajalikud või koguni siduvad Loomulikult huvitavad uldtunnustatud õigluse mastaapid peale seadusandja ka õiguse rakendajat Seega ei kujuta õiguse filosoofia endast mitte kuidagi "filosofeerimist", vaid õiguse filosoof, tegutsedes ratsionaalselt, on ise seotud õigusliku tegelikkusega ja pakub toimunud refleksiooni tulemusel omapoolseid lahendusi selle tegelikkuse

¹⁸ Toon sinkohal vaid mõned uuemad tood mis on puhendatud spetsiaalselt õigluse küsimusele Schlink, B Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit Berlin Univ 1996, Demmerling, Christoph, Rentsch, Thomas Die Gegenwart der Gerechtigkeit Diskurse zwischen Recht, praktischen Philosophie und Politik Berlin Akad Ver 1995, Landau, Peter Stufen der Gerechtigkeit München Beck, 1995, Müller, Hans-Peter Soziale Ungleichheit und soziale Gerechtigkeit Opladen Leske & Budrich, 1995, Zippelius, Reinhold Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft Berlin Duncker & Humblot 1994, Bausch, Thomas Ungleichheit und Gerechtigkeit eine kritische Reflexion des Rawlsschen Unterschiedsprinzip in diskursethischer Perspektive Berlin Duncker & Humblot, 1993, Müller, Jorg-Paul Demokratische Gerechtigkeit eine Studie zur Legitimität politischer und rechtlicher Ordnung München Dt Taschenbuch Verl, 1993, Hagel, Joachim Effizienz und Gerechtigkeit Baden-Baden Nomos Verl-Ges 1993, Karlsson, Mikael M Recht, Gerechtigkeit und der Staat Berlin Duncker & Humblot, 1993, Walzer, Michael Sphären der Gerechtigkeit Frankfurt am Main Campus, 1992, Bottke, Wilfried Gerechtigkeit als Aufgabe St Ottilien EOS Verl, 1990

õiglaseks edasiarendamiseks. Vaated ja leppimused õiglasest õigusest on läbi ajaloo prisma olnud väga erinevad ja on seda tanapaevalgi. Eelkõige objektiivsetest põhjustest lahtuvalt jaab küsimus õiglusest alati milleski vaieldavaks, mis ei tähenda, et konkreetne aeg ja ruum ei looks võimalusi õigluse üldtunnustatud mastaapide leidmiseks.

Teiseks õiguse filosoofia põhimõisteks on küsimus riigist¹⁹. Probleemid riigi ulesannetest (eriti õigusloome vallas), riigi eksistents kui selline ja muu analoogiline temaatika kuuluvad lahutamatu osana õiguse filosoofia esemesse. Nagu üldse pole filosoofiliste küsimuste tematiseerimine sageli eksaktselt võimalik, nii valitseb analoogiline olukord ka riigi ja õiguse küsimustes. Lõplik riigi ja õiguse filosoofia eristamine polegi võimalik.

Oligu siinkohal esitatud paralleelne naide teadmiste valdkondade eristamise keerukusest. Näiteks nõuab tanapaeva praktiline jurisdidents – kuid ka õiguse rakendamine – uha sagedamini kõrvuti õiguse filosoofiast tulenevate positsioonide tundmisega inimese filosoofilise pildi põhialuste tundmist. Jutt on antropoloogiast, mida õigusega seonduvalt võib tähistada kui õiguse antropoloogiat. Seoses sellega meenub mulle viie–kuue aasta tagune lugu Tartu Ülikooli õigusteaduskonnast. Tolleaegse õppeplaani jargi õpetasin viienda kursuse tudengitele paevases õppevormis ja VI kursuse tudengitele kaugõppes riigi ja õiguse teooria probleemide kursust. Asja oli tekkinud võimalus koostada aineprogramm ainet õpetava kateedri poolt. Aine õppejõuna luitasin programmi küsimuse põhimõistetest õiguses (ja on sellisena programmis jätkuvalt, ehkki aine nimetuseks on nüüd “õiguse üldteooria probleemid”). Esmapiilgul tundus küsimuse asetuse nii mõnelegi lõpukursuste jaoks triviaalne olevat. Mida on võimalik veel põhimõistete kasitlusele lisada, kui läbitud on peaaegu terve studium. Unustati, et valdavalt ei valjunud studiumi kasitlus – ja seda eriti objektiivset õigust kasitlevates ainetes – mandri-Euroopa õiguskultuuri raamest. Kasitluse vajalikkus tuleneski sellest, et antud juhul ta valjus pelgalt uhe õiguskultuuri raamest. Programmi jargne kasitlus sai alguse kõige tahtsama õiguse põhimõiste kasitlemisest – inimesest õiguses. Küsimus “inimene kui keskne mõiste õiguses” sai luitatud ka lõpueksamit küsimuste hulka. Maletan, et lõpueksamit ajal, just siis, kui üks tolleaegne diplomand tutvustas küsimust, millele ta vastama hakkas, kummardus üks kolleegidest lõpueksamikomisjonist minu poole ja küsis hammastunult: “Kas küsimus “inimene kui keskne mõiste õiguses” üldse kuulub antud ainevaldkonda?” Loodan, et vahemalt nii küsimust enam ei püstitata.²⁰

¹⁹ Zippelius, Reinhold. Geschichte der Staatsideen 9. verbr. Aufl., München: Beck, 1994; Zippelius, Reinhold. Allgemeine Staatslehre 12. neubearb. Aufl. München: Beck, 1994.

²⁰ Oiguse antropoloogia kohta vaata lähemalt Lampe, Ernst-Joachim. Rechtsanthropologie. Berlin: Duncker & Humblot, 1970; Beiträge zur Rechtsanthropologie. E.-J. Lampe (Hrsg.). Stuttgart: Steiner-Verlag-Wiesbaden GmbH, 1985; Law & anthropology. Bd. 1–6. Wien: Renner, 1986–1991; Schmidt, Frank-Hermann. Verhaltensforschung und Recht ethologischen Materialien zu der Rechtsanthropologie. Berlin: Duncker & Humblot, 1982; Pospisil, Leopold. Anthropologie des Rechts. München: Beck, 1982; Siebel, Walter A. Würde und Mut. Texte zur Anthropologie der Sprache und des Rechts auf Gegenwart. Langwedel: Glaser, 1992.

Või võtame jargmise näitena probleemi õiguse etnoloogiast Teame, et õiguse filosoofia tegeleb õiguse põhimõteteliste küsimustega (mis on õigus, millistel tingimustel ta kehtib (positivism/loomuõigus), milliste argumentidega teda põhistada) Kui on leitud vastused nendele küsimustele tekib võimalus võrdlemiseks ja tänapäeval ongi õiguse võrdlemise uheks haruks kujunenud õiguse etnoloogia Veelgi enam, erialaliselt, s t antud kontekstis õiguse uurimisviise silmas pidades raagitakse koguni etnoloogilisest jurisprudentsist²¹ Minu arvates on siiski pigem tegu õiguse filosoofiale väga lähedal seisva uurimisviisiga

2.2. ÕIGUSE SOTSIOLOOGIA KUI ÕIGUSE TUNNETUSVIIS

Nii nagu õiguse filosoofia on üks filosoofia osadest, moodustab õiguse sotsioloogia uhe osa sotsioloogiast Teatavasti on sotsioloogia tunnetusesemeks inimühiskond Mõistet inimühiskond sisustatakse sotsioloogias kui inimkoosluse pinnalt kujunenud inimestevaheliste (ühiskondlike) suhete kogumit Nii huvitubki sotsioloogia ühiskondade tekkest, inimestevaheliste suhete tekkest, arengust, perspektiividest Sotsioloogilises uurimistoos puutakse leida põhjusi, mis mõjutavad või koguni põhjustavad uuritavaid protsesse Nagu teisedki teadused, on sotsioloogiagi kasvanud välja filosoofiast Kuna sotsioloogia tootab paljuski empiiriliselt, siis on võimalik sotsioloogia tulemusi laias ulatuses formaliseerida Olgu oeldud, et just laialdane formaliseerimise võimalus on see, miks paljudel juhtudel sotsioloogia uhte haru – õiguse sotsioloogiat – peetakse “tõeliseks õigusteaduseks” ning aktsepteeritakse seda kui “tõsiteaduslikku” uurimisviisi Selline arusaam on eriti omane ja loogiline loodusteadustes, kus ilma formaliseerimata on raske nende eluvaldkondade süstemaatilisel uurimisel teadusele nii omast ja vajalikku eksaktsust naha Teisalt osutuvad sotsioloogilistes uurimustes vajalikuks meetodid, mis on omased vaimuteadustele²² Sotsioloogia põhiküsimused on redutseeritavad filosoofiale, mida siiski kaasajal sotsioloogide poolt sotsiaalfilosoofiaks nimetatakse Seeparast on õigem, kui me toodud kasitlust silmas pidades teeksime tapsustuse õiguse sotsioloogia kuuluvuse kohta teadmiste valdkondade struktuuris Nimelt kuulub õiguse sotsioloogia sotsiaalfilosoofiast valjakasvanud süstemaatiliste teadmiste hulka ning moodustab sotsioloogia uhe suhteliselt iseseisva haru Iseseisva selles mõttes, millele viitab tema tähistus õiguse sotsioloogia

²¹ Simon, Roberts Ordnung und Konflikt eine Einführung in die Rechtsethnologie Stuttgart Klett-Cotta, 1981, Post, Albert H Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudence Gottingen Ed Re, 1989

²² Lahemalt sotsioloogia ja filosoofia suhetest Elias, N Über den Prozess der Zivilisation 18 Aufl, Bd 1, 2 Frankfurt am Main Suhrkamp, 1993, 1994

Õiguse sotsioloogia esemeks on õiguse ja ühiskonna vaheliste mõjutegurite (seoste) avastamine. Need on küsimused sellest, kas ja millistel eeldustel võimaldab õigus inimkaimumist juhtida ja kuidas õigus ise reageerib sotsiaalsetele muutustele.

Eriti ilmekalt tuleb sellise uurimise vajalikkus esile siis, kui ühiskonnas toimuvad tõsised sotsiaalsed muutused, koguni ühiskondlike süsteemide vahetused. Pole raske taibata, et Eesti on siin antud ajas ja ruumis konkreetseks näiteks õiguse sotsioloogiale väga huvitava "toormaterjali" ühiskondlikust pakkujast. Samas on sellise uurimistooga võimalik tegelda uurijal kellel on süstemaatiline ettekujutus nii sotsioloogia uurimise esemest ja sotsioloogias kasutatavatest uurimisvõtetest ja -vahenditest kui ka süstemaatiline teadmine õigusest kui sotsiaalsest reaalsusest ning õiguse tundmaõppimise võimalikest viisidest ja vahenditest.

Oleme juba kahel korral rõhutanud õiguse erinevate uurimisviiside puhul interdistsiplinaarse lähenemise – õiguse filosoofia puhul nii õigusliku kui ka filosoofilise kasitluse ning õiguse sotsioloogia puhul ühelt poolt õigusliku ja teiselt poolt sotsioloogilise kasitluse – vajalikkust. Juridilises keeles oelduna on selline lähenemine siduv. Kuid me pole siiani püstitanud küsimust, kas mingi teadmine prevaleerub või on interdistsiplinaarses lähenemises teadmiste osad võrdse kaaluga? Arvan, et siin võib tuua erinevaid vastuseid olenevalt sellest, milliseid argumente ühe või teise seisukoha põhustamiseks esitada. Toon lühidalt minu seisukoha antud küsimuses. Leian, et ilma üldfilosoofiliste teadmisteta pole võimalik tegutseda tõeliselt eesmärgiparaselt mitte üheski teadusvaldkonnas. Kull aga eeldab tegutsemine üksikteaduses – siinkohal siis õigusteaduses – eelkõige juridilise baashariduse olemasolu. Siiski kujunevad ka sellisel juhul uurijatel õiguses oma lemmikalad, millede tundmaõppimisega nad ennast rohkem seovad. Ülal oli juttu näiteks õiguse filosoofide "sumpaatiatest". Palju ei erine olukord õiguse sotsioloogide puhul. Ka siin on õiguse sotsioloogidel kujunenud need valdkonnad, mille kaudu nad oma uurimistulemusi (ka uurimistood ennast) puuavad ilmestada ning mis on neile abiks empirilise materjali hankimisel. Võib-olla saab üldtendentsina märkida õiguse sotsioloogide suuremat sumpaatiat – kontinentaal-Euroopa õiguskultuuris – avaliku õiguse suhtes. Toon vaid vaikese ülevaate ülaloodud teesi kinnituseks. Nii tunneme Niklas Luhmanni enam õiguse sotsioloogina²³ kui näiteks avaliku õiguse ja eriti kui põhiõiguste, avaliku teenistuse ja avalike õiguste kuritarvitamise probleemide spetsialisti.²⁴ Werner Krawietz on kõrvuti õiguse sotsioloogiaga²⁵ avaldanud keskkonnaõigust – seega avalikku õigust – puudutava huvitava uurimu-

²³ Luhmann, Niklas. Legitimation durch Verfahren. 3. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

²⁴ Luhmann, Niklas. Grundrechte als Institution. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

²⁵ Krawietz, Werner. Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

se²⁶ Õiguse sotsioloog Hubert Rottleuthner²⁷ on lisaks spetsialist protsessiõiguse vallas²⁸ Max Rehbinder²⁹ on tundnud sugavat huvi tooõiguse vastu ja seda eriti tariifilepingut ja toovõtja vastutust silmas pidades³⁰ Erhard Blankenburg³¹ tunneb sama põhjalikult tsiviilprotsessi ainet³² Jean Carbonnier³³ on vaieldamatult asjatundja tsiviilõiguses³⁴

Kuna õiguse sotsioloogia uurib õiguse tekkimise tingimusi, õiguse mõjusid alati mingis konkreetsetes inimühiskonnas, siis kasutab ta selleks eelkõige empiirilisi meetodeid. Just selliste empiiriliste meetodite kasutamine eristab õiguse sotsioloogiat järevalt õiguse filosoofiast, aga ka näiteks õiguse ajaloo, kus empiiriliste meetodite kasutamine vaevalt kõne alla tuleb. Seoses õiguse sotsioloogia selliste võimalustega õigust tundma õppida tahan juhtida tahelepanu sellele, et õiguse sotsioloogial on otsene valjund – uurimistöö tulemuste kaudu – õigusloomingule ja õiguse rakendamisele. Kitsalt dogmaatiline on arusaam seadusandjast kui puhtalt seadusandjast ja õiguse rakendajast kui puhtast õiguse rakendajast. Näiteid pole vaja kaugelt otsida, sest ühiskondliku ja seoses sellega ka õigusliku elu kvalitatiivsed muutused on nii mõnigi kord kaasa toonud olukorra, kus seadusandja pole küllaldaselt tundma õppinud reguleerimisele kuuluvaid elulisi asjaolusid. Eluliste asjaolude ebaadekvaatne hinnang võib aga selleni, et võidakse valida vale reguleerimisviis. Näiteks valitakse lubava regulatsiooni asemel keelav. Eluliste asjaolude mitteteadmine võib aga selleni, et abstraktne faktiline koosseis (hüpotees) satestatatakse puudulikult. Eesti ühiskond maletab ilmselt veel kaua, millist ühiskondlikku resonantsi tekitasid mõned esimesed taasiseseisvumisajajärgel perioodil vastuvõetud seadused. Kõige üldisemalt võttes ei taitnud nad õigusele igiomast ulesannet ühiskonnas luua korda ja julgeolekut.

²⁶ Krawietz, Werner *Eigenrechte der Natur? Ökologischer Rechtsbegriff und normative Verantwortungsattribution in rechtsethischer Perspektive*. In: *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessles zum 70. Geburtstag*. Hrsg. von W. Kuper und J. Welp. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993, lk 11–39.

²⁷ Rottleuthner, Hubert *Einführung in die Rechtssoziologie*. Darmstadt: Wiss. Buchges., Abt. Verl., 1987.

²⁸ Rottleuthner, Hubert *Die Dauer von Gerichtsverfahren*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1990.

²⁹ Rehbinder, Max *Abhandlungen zur Rechtssoziologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

³⁰ Rehbinder, Max *Die Haftung des Arbeitnehmers*. Bern: Staempfli, 1981.

³¹ Blankenburg, Erhard *Mobilisierung des Rechts – eine Einführung in die Rechtssoziologie*. Berlin: Springer, 1995.

³² *Neue Methoden in Zivilverfahren*. Hrsg. von Erhard Blankenburg. Köln: Bundesanzeiger, 1991.

³³ Carbonnier, Jean *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*. 6 ed. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1988.

³⁴ Carbonnier, Jean *Droit civil*. 18 ed. mise à jour. Paris: Presse Univ., 1990.

kõigi jaoks Pigem tekitabid nad rahulolematust ja kindlusetusetunnet. Siinkohal võiks nimetada näiteks Keeleseadust ja Omandireformi aluste seadust, mis eraldi võttes kull erinevates ühiskonnakihtides rahulolematust tekitabid, kuid see ei muuda antud juhul peamist esitatud teesi milleski oli seadusandja eksinud eluliste asjaolude hindamisel. Seda oleks saanud ilmselt vältida, kui õigusloomele oleksid eelnenud vastavad süstemaatilised uurimistööd õiguse sotsioloogiast.

Kuid ka õiguse rakendaja, kes puuab võrrelda elulisi asjaolusid abstraktse faktilise koosseisuga, peab panema tahele, et paralleelselt peab ta tundma õppima elulisi asjaolusid. Kes kohtunikest ei maletaks problemaatilist olukorda (loomulikult juhul, kui on tulnud lahendada antud lüki õiguslikke vaidlusi), kui tema kätte jõudis esimene pankrotivaidlus. Elulised asjaolud olid õiguse rakendaja jaoks ilma pikemata täiesti uudsed, rakendatav normistik varskelt parlamendi poolt heaks kiidetud.

Õiguse sotsioloogia saabki siin abi pakkuda nii seadusandjale kui ka õiguse rakendajale – uurides süstemaatiliselt õiguse jaoks olulisi elulisi asjaolusid.³⁵ Tundub, et tanapaeval on muutunud igati mõistetavaks (puutudes kokku juriidiliste kaasustega) puud õppida tundma vahemalt tahtsamaid elulisi asjaolusid (abstraktset faktilist koosseisu) ka empiirilisel ehk teisisõnu võimalikult eksaktselt. Kuid selline tegevus ei tohi jaada “üksikuritaja” parusmaaks. Süstemaatiliselt saab ja on kutsutud seda tegema õiguse sotsioloogia.

Õiguse sotsioloogia tahab igal juhul jõuda üldiste empiiriliste tahelepanekuteni, mis puudutavad õiguse tingimusi ja mõjuvõimet. Ta võib seejuures vaartuslikke järeldusi anda nii õigusdogmaatilise kui ka õigusteoreetilise ja õigusfilosoofilise too jaoks. Ta ei saa aga õigusfilosoofilistele küsimustele vastata või neid asendada, sest ta tootab põhimõtteliselt mittenormatiivselt ja teeb vastavalt oma empiirilisele panusele kindlaks tõsiasi.³⁶

Anglo-ameerika õiguskultuuris seostatakse õiguse sotsioloogiat analüütilise realismi traditsioonidega.³⁷

³⁵ Chiotellis, Aristide, Fikentscher, Wolfgang. *Rechtstatsachenforschung*. Köln: O Schmidt, 1985.

³⁶ Horn, Norbert. *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. Heidelberg: Muller, 1996, lk 42.

³⁷ Vt lähemalt Llewellyn, Karl N. *A realistic jurisprudence: the next step*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1930; Llewellyn, Karl N. *Jurisprudence: realism in theory and practice*. London: Univ. of Chicago Pr., 1962; Stone, Julius. *Social dimensions of law and justice*. Stanford, Calif.: Stanford Univ. Pr., 1966 (nimetatud monograafia ilmus saksa keeles pealkirjaga *Lehrbuch der Rechtssoziologie*. Freiburg: 1. Br. Rombach, 1976); Reich, Norbert. *Sociological Jurisprudence and Legal Realism in the Rechtsdenken Americas*. Heidelberg: Winter, 1967; Llewellyn, Karl L. *The common law tradition*. 4. Print. Boston: Little, Brown and Co., 1969.

2.3. ÕIGUSE AJALUGU KUI ÕIGUSE TUNNETUSVIIS

Igal nahtusel on oma ajalugu, mida on võimalik tundma õppida. Õigus ei moodusta erandit, kusjuures õiguse ajalugu on selleparast huvitav – aga ka keeruline tundma õppida –, et õiguse tekkimise varajased etapid pole uuri- jale kunagi *ius scriptum* vormis tunnetatavad olnud. Õigusega kui väga tihe- dalt riigiga seotud fenomeniga kuuluvad ajaloolises plaanis lahutamatu- lt kokku rida institutsioone nagu näiteks seadusandja (parlament), kohus, õiguskaitse riiklikud struktuurid, taitevorganid jne. Kõige selle keerulise, mitmetahulise ja osalt vastuolulise arengu teadmise on paljuski võtmeks ta- napaeva õigusest arusaamisel.

Õigupoolest peaks õiguse ajaloo- st raakima alati koos võrdlemisega õigu- ses. Probleem on selles, et õiguse ajaloo ulesandeks on – nagu teistelgi õiguse tundmaõppimise viisidel – avardada meie tunnetamisulatust õigusest. Sün- kohal – nii näib esmapilgul – piisaks, kui meil oleks teatud ulevaade kunagi eksisteerinud õiguskordadest. Kuid tunnetamisulatuse avardamisega peab õiguse ajaloo puhul kaasnema “sildade” tõmbamise oskus moodaniku ja ta- napaeva vahel eesmärgiga kanda tanapaeva (mõeldud on tanapaevast õiguskorda) kunagi eksisteerinud positiivne õiguslikku tähendust omanud kasulik kogemus. Kõik see pole ilma võrdlemiseta õiguses saavutatav.

Ilmselt ei tekita kahtlust see, et nii või teisiti peavad õiguse ajaloo ese- meks olema varasemate ajalooliste epohhide õiguskorrad. Kirjutasin kuna- gi – õiguse kujunemislugu kirjeldades –, et “Õiguse kui teatud sotsiaalse korra kuju- nemine on protsess, mille võib tinglikult jaotada õiguse eelajalooks ja õiguse ajalooks. Sellise jaotuse aluseks on kirjaliku õiguse allikate olemasolu või nende puudumine”³⁸. Õiguse aja- loos asuvad just kirjalikud õiguse allikad esiplaanil. Sünkohal on mõeldud kirjalikke õigust sisaldavaid ajaloolisi dokumente, millest on võimalik am- mutada teavet kunagi eksisteerinud õiguse kohta. Kus (aja ja ruumi tähen- duses) sellised dokumendid puuduvad, on väga raske – kui mitte võimatu – adekvaatset teavet õiguse kohta saada. Sellele vaatamata, et kirjalikele allika- tele on õiguse ajaloo- s antud prioriteet, ei saa unustada, et õiguse ajalugu po- leks tõeline õiguse ajalugu, kui ta unustaks kusida ja uurida õiguse geneesi (õiguse geneetilisel funktsioonil peatume eraldi). See tähendab, et milleski puutub õiguse ajalugu kokku aja ja ruumiga, kus õiguse allikad puudusid või olid tanapaevases tähenduses puudulikult vormistatud.

Oma tõelise tähenduse õiguse tunnetuse uhe viisina saavutas õiguse ajalugu suhteliselt hiljuti. Tuletame sünkohal meelde, et alles C. F. von

³⁸ Narits, Raul. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn 1995. lk 11–12.

Savigny kui ajaloolise koolkonna rajaja oli selleks teadlaseks, kes nagi õiguse ajaloo vaba vajalikkude õiguse tundmaõppimise viisi Savigny jaoks elas õiguse nn Rahvavaimus, kust teda leida tuleb. Ta nõudis – labi oma teaduslike arusaamide – eluõigust ajaloolisele õigusteadusele. **Eriti huvipakkuvad on antud teemaga seoses Savigny loengud õigusteaduse metodoloogiast.**³⁹

Õiguse ajaloo kui õiguse tunnetusviisile pole ajaloolises plaanis kahjuks mitte alati piisavalt tahelepanu omistatud. "Rooma juristid olid võrreldamatult ajalootumad kui enamuses õiguspositivismile puhendunud BGB tundjad. Ajalugu huvitas neid ainult kui kaasaeg, kui miski hetkel aktuaalne. Erandi moodustasid ainult Pomponius oma *enchiridioniga*, Gaius (2 saj p Kr) kommentaariga "12 Tahvli seaduste" (5 saj e Kr) juurde. Ajalootud olid ka õhtumaade esimesed juristidegeneratsioonid. Historism, mis hindab vana kui olnut, tõusetub alles seoses humanistidega. Kuid ka nendel puuduvad süstemaatilised aktuaalsed ambitsioonid, ka nende juures mangib otsustavat rolli veendumus olemasoleva paremast kultuurilisest relevantisist. Alles Savigny "ajalooline koolkond" vinditseerib ajaloo tsentraalse tähenduse."⁴⁰

Selleks, et õiguse ajalugu saaks võimalikult taelikult taita tema ees seisva ulesande – avardada tunnetust ja luua "sillad" moodaniku ja tanapaeva vahel – tuleb silmas pidada õiguse ajaloo tahtsaid funktsioone. Kuna tegemist on uhe võimaliku õiguse tunnetamisviisiga, siis ei saa ka antud juhul kuidagi mooda minna õiguse ajaloo ja filosoofia seosest. Veelgi enam, võrreldes kasitlemist leidnud õiguse sotsioloogiaga asub õiguse ajalugu filosoofiale – üksikteaduse mõttes aga õiguse filosoofiale – kindlasti lahemal. Siit tuleneb õiguse ajaloo **filosoofiline funktsioon**. Õiguse ajalugu tuleb tundma õppida eelkõige sellest seisukohast, milline oli kunagi kehtinud õiguse eesmärk, millised olid tolle aja ja ruumi poolt uldiselt omaksvõetud ettekujutused õiglusest, mis seisid (suure tõenaosusega) objektivse õiguse taga. Kõigele sellele lisanduvad kunagi kehtinud õigusele vastava aja ja ruumi poliitiliste, majanduslike ja sotsiaalsete suhete tunnetamine ehk küsimus sellest, millistes uhisondlikes tingimustes uleuldse õiguse sundis ja õigust loodi.

Reaalses tegelikkuses on sagedamini huvi õiguse vastu olnud geneetiline, millest võibki tuletada õiguse **geneetilise funktsiooni**. Geneetiline lahene mine õigusele võib tähendada seda, et kunagi eksisteerinud õigust kasitletakse tanapaeva õiguse eelastmena ja nii konstrueerub õiguse mõistmisel teatud astmestik, mis on pidevas arengus. Võib-olla uks ekstreemsemaid naiteid õiguse geneetilise funktsiooni kohta on marksistlik (ajaloolis-materialistlik) õiguskahtlus. Skemaatiliselt pakuti lihtsat lahendust, kus ajalugu kujutatakse protsessina, mille hulka arvatakse ka

³⁹ Vt Savignyana Texte und Studien Hisg von Joachim Ruckert Frankfurt am Main Klostermann, 1993

⁴⁰ Mayer-Maly, Theo Rechtswissenschaft 2 uberarb u erg Aufl Munchen Schweitzer, 1981

õiguse ajalugu Jattes praegu kõrvale poliitiliste, majanduslike ja sotsiaalsete tegurite koha antud kasitluses – mis muudavad oma utreerituse ja triviaalsuse parast kasitluse tõeliselt metafüüsiliseks – konstrueerubki läbi erineva aja ja ruumi õiguse genees. Traditsiooniliselt on aga õiguse geneetiline funktsioon kantud nn **õiguse eelajaloo** ideest. Tegemist on perioodiga, kus õigust ei fikseeritud veel mitte kirjalikult, kuid kus on juba võimalik raakida õiguse geneesist tema eelajaloo või eelastmete tähenduses⁴¹. Antud kasitluses asutakse seisukohale, et õiguse geneetilist funktsiooni saab mõista nii tema laias kui ka kitsas tähenduses. Või peab koguni rõhutama laia mõistmise erilist tähendust ja seda eriti Eesti omanäolise ja õigusega seoses. Nimelt on ajaloost teada kahetsusvaarseid olukordi, kus ühiskondlik elu – tema stabiilsus, järjekestvus – on katkenud jaksu ja vagivaldselt. Sageli nimetatakse selliseid olukordi vagivaldseteks revolutsioonideks. Jaksud ja vagivaldsed muutused on toonud endaga kaasa ka õigusliku järjepidevuse – kontinuiteedi – katkemise. Pidades silmas sellist ühiskondlikku muutust ei saa raakida õiguse geneetilise funktsiooni tähendusest. Eesti olusid silmas pidades võib siin näitena nimetada 1940. a toimunud iseseisva Eesti riigi okupeerimist agressiivse naaberriigi, Nõukogude Liidu poolt. Õiguse ajaloolastel on alati olnud ajalooline missioon kanda tagada õiguskorra järjepidevus. Ilma õigusfilosoofilist funktsiooni ja õiguse geneetilist funktsiooni arvestamata pole õiguse ajaloolastel seda võimalik kanda.

Eesti taasiseseisvumine 1991. a tähendas õiguspoliitiliselt Eesti õiguskorra järjepidevuse idee valjakuulutamist ja selle praktilist realiseerimist. Õiguslik järjepidevus saab aga tuleneda ainult ajaloost ja veelkord ainult ajaloost. Seeparast kordan siinkohal juba eelnevalt rõhutatud mõtet selle kohta, et õiguse ajaloolased peavad olema võimelised – kontinuiteedi realiseerimiseks – aitama õiguskorra kujundajaid ratsionaalsete 'sildade ehitamisel' olnu ja oleva vahel. Tihti võib kuulda erinevates ringkondades ja erinevatel tasanditel valjaoeldud mõtet selle kohta, et õiguskorra taastamine ja kujundamine ei lahtu Eestis kahjuks mitte alati selle järjepidevusest kui kandvast ideest, vaid õiguskorra kujundamisel on lahtekohaks võetud hoopis teised mõjurid. Nendest võib nimetada näiteks Euroopa tsiviilühiskondadest ülevõetavaid seadusi, vahel koguni tõlgitud kujul, objektiivse Euroopa Liidu õiguse arvestamist mitte kui subsidiaarset õigust, vaid kui primaarset õigust jne. Millegiparast pole seaduseelnõude toogruppides olnud Eesti õiguse ajaloo tegelejaid. Seeparast pole midagi imestada, kui ikka ja jälle tõuseb küsimus: millest Eestis siiski lahtutakse objektiivse õiguskorra kujundamisel? Paratamatult tuleb tõdeda, et senini pole Eesti oludes tunnetatud õiguse geneetilise funktsiooni tähendust tema sisuliselt laias tähenduses. Ja seda "kivi" pole ilmselt mõtet visata ei poliitikute ega ka mitte kõikide juristide "kapsaaeda".

Õiguse ajaloo funktsioonid ei piirdu filosoofilise ja geneetilise funktsiooniga. Neile kahele funktsioonile lisandub **kogemuslik funktsioon** (teada-
saamine olnust). Ühelt poolt aitab teada-
saamine õigusest õiguse ajaloo raa-

⁴¹ Vt Narits, Raul. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn, 1995, lk 11–13.

mes üldse paremini mõelda järele inimese ja tema tegevuse üle maailmas. Seega kuulub teadasaamine uhte otsa pidi õiguse filosoofiasse.⁴² Teadasaamise vaartus seisneb veel ka selles, et õppides tundma erinevas ajas ja ruumis kehtinud õigust, tekib võimalus võrdlemiseks või vähemalt võimalus nagemaks alternatiivseid võimalusi. Viimane pole samuti midagi muud, kui võimalik alus võrdlemiseks, tõsi, suhteliselt piiratud ulatuses. Teadasaamise funktsioon ongi selleks vahetuks mõjuriks, mis võimaldab naha funktsionaalseid seoseid üksikute erinevas ajas ja ruumis eksisteerinud normide vahel, laiemas plaanis aga võimaldab teadasaamine tõusta tunduvalt kõrgemale tasemele ja naha seoseid ja suhteid õiguse institutide, õigusharude või koguni õiguskordade vahel. Teadasaamise funktsioon näitab selgelt, et õiguse ajalugu nõuab mitte niivõrd historismi kui empiirilise realismi arvestamist.

Teadaasaamise funktsioon – pole raske margata – ei saa olla kunagi piiratud mõne rahvusliku õiguskorra ajalooaga. Toetan igati kõiki neid teadlasi, kes – tegutsedes mandri-Euroopa õiguskultuuris – peavad vajalikuks õiguse ajaloo tunnetamisel silmas pidada Euroopa ajaloo õiguskultuurilist konteksti tervikuna. “Uhtse Euroopa tahtsamate arengute juurde kuulub alates keskajast kõigis Kesk- ja Laane-Euroopa ulikoolides levinud rooma õiguse (retseptiooni) õpetamine. Rooma eraõiguse kursus on samuti aluseks Euroopa eraõiguse uhiste joonte mõistmisel. Rooma õiguse suur mõju Saksamaal viis 19. sajandil kahe teadusliku suuna kujunemisele, millest üks enam rooma õiguse juurtega (romanistid) ja teised rohkem saksa õiguse ajalooaga (germanistid) tegelesid.”⁴³ Olgu margitud, et tehes juttu kull suhteliselt uhtsest kontinentaal-Euroopa õiguskultuurist, võib selle suhtelise uhtsuse taga margata teatud diferentseerumisi. Naiteks eespooltoodud naide õiguse ajaloo uurijate jagunemisest on üks kinnitus selle kohta, et mandri-Euroopa õiguskultuur koosneb suhteliselt iseseisvatest õiguse perekondadest. Sailitades õiguse mõistmisel lahtealusena (vundamendina) õigusnormi, võib raakida romaani õiguse perekonnast (Prantsusmaa, Belgia, Luxemburg, Monaco, Itaalia, Hispaania, Holland), saksa perekonnast (Saksamaa, Austria, Šveits, Türgi, Kreeka), skandinaavia perekond (Soome, Rootsi, Taani, Norra, Island). Minu subjektiivne arvamus on selline, et ka Eesti õigusteadusel tuleks ennast maaratleda, võttes aluseks midagi väga objektiivset – tõsi, olnut –, ja see on meie endi

⁴² Vt Dulckert, Gerhard Philosophie der Rechtsgeschichte die Grundgestalten der Rechtsbegriff in seiner historischen Entwicklung Heidelberg Quelle & Meyer, 1950, lk 17–28

⁴³ Robberts, Gerhard Einführung in das deutsche Recht Baden-Baden Nomos-Verl.-Ges., 1994, lk 45–46

ajalooline areng Selline aspekt ei jata kahtlust sellest, et õiguse ajalool on tihe kokkupuutepunkt õiguse teooriaga ⁴⁴

Kaesoleva paragrahvi alguses viitasin asjaolule, et õiguse ajalugu ning võrdlemine õiguses kuuluvad kokku Võrdlemine õiguses – mitte segi ajada võrdleva õigusega – on õiguse ajaloo osa Maailma suured õiguskultuurid pakuvad sedavõrd rikkalikku ainekku, et see pole naiteks õigusdogmaatiku jaoks hõlmatav materjal Õiguse ajaloo abil – kasutades võrdlemist õiguses – on võimalik uurida õiguskultuuride poolt pakutavaid väga erinevaid lahendusi ja miks mitte ka põhimõtteliselt uhes ja samas küsimuses ettetulevaid diferentse nende tingituses ja iseloomulikes joontes

Olen mõnda aega seotud Euroteaduskonnaga, mille kaudu ja abil on TU õigusteaduskonnas kainud loenguid lugemas mitmed õppejõud valismaalt Vestlustes nendega on koorunud välja tõsiasi, et uheks tanapaevaste teadmiste aluseks õigusest on vahemalt tahtsamate mõistete ja institutide tundmine võrdleva analüüsi tasemel Seeparast on väga kohane, et TU õigusteaduskonna õppekava sisaldab loengukursuse "Sissejuhatus õigussüsteemide ajalukku" Võib ilmselt vaielda aine enda tähtsuse üle, kuid teema asjakohasus on ilmne

Kui ei tugineda võrdlemisele õiguses, võib pikalt arutleda iga õigusesse puutuva probleemi üle Kuid need arutlused jäävad spekulatiivseteks Ainult empiirilisel kontrollitav õiguslik materjal (võrdlevalt) pakub võimaluse ratsionaalseks sotsiaalseks relevantiks ning valistab spekulatiivsed arutluskaigud, mis võivad iseenesest vahel olla vagagi atraktiivsed, kuid suhteliselt sisutuhjad

Tanapaeval ei kahtle vist keegi selles, et võrdlemine õiguses on õiguse ajaloo immanentne ois, mille tahtsus ulatub õiguse ajaloo kaugemale välja poole Tegemist pole pelgalt uue teabe kogumisega ja selle analüüsi-sünteesiga, vaid võrdlemine õiguses kuulub õiguse mõistmise probleemi juurde tervikuna Võrdlemine õiguses pakub tuge jurüidiliste otsustuste langetajatele, võrdlemine õiguses tähendab mõneti õiguse enda edasiarendamist Olulise panuse võrdlemisse õiguses – või õigemini probleemi enda teadvustamiseks – on andnud mitmed õigusteadlased Margime siinkohal naiteks Josef Esserit, Konrad Zweigertit ja Hein Kotzi, kelle kasitlus ei jata kahtlust, et võrdlemisel õiguses on otsene side õiguse enda olemuse tabamisega ning sealt edasi õigusele vastavate – õiglase – otsuste tegemisega ⁴⁵

Esitatud kasitlus tõestab veelkord, et erinevaid lähenemiseviise ühendab ühine uurimisobjekt – õigus Samuti tähendab uurimisviise üksteisele nende kõike seotus filosoofiaga ning veel täpsemalt õiguse filosoofiaga Õiguse

⁴⁴ Vt lähemalt Dreier, Ralf Rechtstheorie und Rechtsgeschichte In Rechtsdogmatik und praktische Vernunft Hrsg von O Behrends u andere Göttingen Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, lk 17–35

⁴⁵ Vt Esser, Josef Juristisches argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts Heidelberg Winter, 1979, Zweigert, Konrad, Kotz, Hein Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts Tübingen Mohr, 1984 (sama inglise keeles Introduction to comparative law 2 Rev ed, Oxford Clarendon Press 1992)

ajaloo puhul märkame, et olenevalt õiguse ajaloo funktsioonist on see side erinev. Nii võime rääkida koguni õiguse ajaloo filosoofilisest funktsioonist, milles pole palju kohta õigusel tema objektiivses tähenduses – olgu siis reservatsiooniga, et tegu saab õiguse ajaloo puhul olla ikkagi kunagi kehtinud õigusega. Õiguse ajaloolane heidab kõigepealt pilgu üksikule õiguses, samas kui õiguse filosoof püüab tunnetada üldisi õigusprintsipi. Õiguse ajaloolane püüab näidata õigust tema muutustes, seevastu õiguse filosoof otsib alati midagi jäävat.

Geneetiline funktsioon, teadasaamise funktsioon, kuid eriti võrdlemine õiguses ei jäta kahtlust, et õiguse ajalugu puutub vahetult kokku – peab tingimata puutama – õiguse enda tekstidega ja tal on selleks võimalus ajast, millal ilmusid esimesed kirjalikud õiguse allikad. Isiklikult leian, et õiguse ajalugu on õiguse tunnetamise viisidest kõige keerukam, rääkimata sellest, et tegemist on kvantitatiivselt mahukaima uurimisviisiga. Siin peab uurija ühtviisi valdama tehnikaid tööks empiirilise materjaliga, olema kodus teaduslike uurimismeetoditega väga laias plaanis⁴⁶, tundma süstemaatiliselt õigust, olema võimeline tegema **põhimõttelisi** ja suuri üldistusi; oskama näha ja hinnata sidet möödajaku ja oleviku vahel tõmbamaks minevikust olevikku ratsionaalseid "sildu". Ilmselt pole sugugi viimasel kohal õiguse ajaloolase jaoks lihtsalt imehea mälu.

⁴⁶ Vt Enzyklopadie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden Methoden der Rechtswissenschaft. München: R Oldenbourg, 1972, kus vahjapaistvad juristid tutvustavad õigusteaduse meetodeid erinevates objektiivse õiguse valdkondades. Näiteks J Esser teeb seda eraõigust, K. Engisch kriminaalõigust, Fr Müller haldusõigust, R. Bruns protsessiõigust silmas pidades

II peatükk

MULTI LEVEL APPROACH

MOODSAS ÕIGUSMÕTLEMISES

(SEOSES PRAKTILISE ÕIGUSTEADUSEGA)

1. *MULTI LEVEL APPROACH*'I OLEMUSEST

Eelnevalt peatusime õiguse tundmaõppimise – või on siiski täpsem öelda õiguse tunnetamise – suhteliselt erinevatel viisidel. Meie ülesandeks ei olnud erinevate lähenemisviiside detailne kirjeldamine, sest see oleks “tungimine” lähenemisviiside üksikasjadesse. Lähenemisviiside üldine kirjeldus oli vajalik selleks, et juhtida õiguse tundmaõppimisel tähelepanu sellele, et meetodiõpetusest ei saa olla selle ratsionaalsel tasemel juttu, kui me ei kujuta endale ette õigusteaduse ainega seonduvat erinevate tunnetusviiside mitte lihtsalt võimalikkust, vaid ka vajalikkust. Õiguse filosoofia, õiguse sotsioloogia ja õiguse ajaloo juures juhtisime tähelepanu sellele, et nad on väga tihedalt seotud filosoofiaga ja kaasajal eriti nn. praktilise filosoofiaga. Meenutan, et näiteks sotsioloogia pole ise midagi muud kui sotsiaalfilosoofia haru ja õiguse filosoofia vastavalt sotsiaalfilosoofia üks valdkond. Teisalt on erinevad õiguse tunnetusviisid nii või teisiti teatud mõttes terviklikud teoreetilised kontseptsioonid. Täpsemini väljendades on nii loodud erinevate lähenemisviiside võimaluste kontekstis võimalus “uurimuslikuks pluralismiks”. Teooria laias mõttes – seda ju iga lähenemisviis endast kujutab – ise nagu saavutaks uurija üle võimu, uurija oleks nagu seotud teatud ühe – mis võib vahel kasvada üle ka kujutluseks kui ainuõige – lähenemisviisiga. Sagedamini – ja seda täiesti õigustatult – mitte ainult ei nähta ja lubata enda uurimisviisi kõrval teisi uurimisviise, vaid olenevalt olukorrast neid ka kasutatakse. Jutt on sellest, et õigusmõtlemine on väga mitmetasemeline.

Seejuures ei kulge õigusmõtlemine mitte ainult horisontaalset teed pidi. Õigusmõtlemisel võivad olla ja tegelikult ongi erinevad tasemed. Iga selline teoretiseerimise *level* viib erinevatele tulemustele ja arusaamadele. Kuni 17. sajandini valitses nii õigusteadlaste kui ka õiguspraktikute hulgas ühtne seisukoht sellest, et jurisprudents on paljalt praktiline distsipliin, mis tähendas enamikul juhtudel seda, et õiguse teooria (õigusteaduse teooria) jaoks jäi väga vähe ruumi. 1687. a. ütles J. B. Braun oma kuulsa lause: “Jurisprudentia est scientia

absolute et simpliciter practica.”⁴⁷ Asjassepuutuvalt resümeerib J. Schröder, et “teoreetiline” jurisdents on “asi iseeneses”, “praktiline” jurisdents seevastu “tautoloogia”, kui võtta arvesse jurisdentsi algne võime – olla “seaduste interpreteerijaks ja rakendajaks”.⁴⁸ Kuna käsitus illustreerib olukorda 19. sajandil, siis lisame, et ka selliselt mõeldud seaduste sisuline tundmine (*cognitio legum*) polnud süstemaatiliselt korrastatud teadmiste süsteem objektiivsest õigusest. Seega ei saa seda käsitada kui teadust õigusest (*scientia*). See oli pigem kunst kui subjektiivne tegevus.⁴⁹

Jurisdentsi liigendumine “teoreetiliseks” ja “praktiliseks” ei toonud aga endaga reaalselt 17. ja 18. saj. kaasa tema diferentseerumist teaduslikus tähenduses. Täpsemalt öeldes ei toimunud suhteliselt iseseisvate teadmiste valdkondade eraldumist jurisdentsist. “Vastupidi, diferentseerumine jurisdentsis – erinevatel abstraktsioonitasemetel – teadusaladeks, eelkõige spetsiaalseks õigusõpetuseks ja üldiseks õigusõpetuseks, toimub alles palju hiljem ...”⁵⁰ Siinkohal on mõttekas tuua näide jällegi Saksamaa teaduselust. Ka edaspidi, kui tuleb pöörata pilk Euroopa õigusteaduse minevikku, opereerin hea meelega näidetega Saksamaa teaduselust. Nimelt on Saksamaa 19. saj. teaduselu, kaasa arvatud õigusteadust, nimetatud kodanliku ühiskonna laboratooriumiks.⁵¹ Diferentseerumine õigusteaduses (eelkõige jurisdentsis) sai hoo 19. saj. Saksamaal. Jutt on **üldise õigusõpetuse** või ka **õiguse teooria** väljaarenemisest.⁵²

Küll pole mõtet kahelda selles, et õiguspraktika ja praktilise õigusteaduse tasemed on ühelt poolt reaalselt eksisteerivad ning et nende tasemete vahel on ka kindel side. Laias mõttes on tegemist üldtunnustatud teooria ja praktika vahelise sidemega. Õigusest arusaamine ise baseerub õigusmõtlemisel.

⁴⁷ Braun, Johann Balthazar. *Jurisprudentia in genere ac specie, nova et scientifica methodo publicata* Salzburg, 1687, lk 200

⁴⁸ Schröder, Jan. *Wissenschaftstheorie und Lehre der “praktischen Jurisprudenz” auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979, lk 19

⁴⁹ Vt Narits, Raul. *Õiguse entsüklopeedia* Tln, 1995, lk 14–16

⁵⁰ Krawietz, Werner. *Recht ohne Staat Spielregeln des Rechts und Rechtssystem in normen- und systemtheoretischer Perspektive.* // *Rechtstheorie*, 24 Bd, Heft 1/2, Berlin Duncker & Humblot, 1993, lk. 101

⁵¹ Vt. Schiera, Pierangelo. *Laboratorium der burgerlichen Welt deutsche Wissenschaft im 19. Jahrhundert* Frankfurt am Main Suhrkamp, 1992

⁵² Täpsemalt vt. üldise positiivse õiguse teooria kujunemisest 19. saj Saksamaal Wieacker, Franz. *Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des Positiven Rechts in Deutschland im 19. Jahrhundert* In: Pawlowski, Hans-Martin (Hrsg) *Festschrift für Karl Michaelis* Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, lk. 254–362; *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker* Hrsg von Otto Berends. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1990

Õigusteoreetiline mõtlemisviis jaotatakse tavaliselt selle sõna laia tähendust silmas pidades kolmeks

- (i) õiguslikke ilminguid kasitletakse kui tõsiasju (fakte) Sellist mõtlemisviisi võib nimetada realistlikuks,
- (ii) teiseks eksisteerib analuutiline õigusmõtlemine, mille raames kasutatakse õigust (kui süsteemi ja mõtlemist sellest) sisemise korrastatuse pinnalt,
- (iii) kolmandaks võib tegemist olla nn vaartustele rajatud mõtlemisega Selle mõtlemisviisi aluseks on õiguslikud vaartused või vaartused õiguses⁵³

Tanapaevases õigusmõtlemises seletub see praktilise juriidilise argumentatsiooni iseloomus, mille moodustavad uhelt poolt õiguspraktika ja teiselt poolt praktiline õigusteadus Sellist korrelatsiooni õiguspraktika ja praktilise õigusteaduse vahel võib kasitada ka kui kahte *level*'it õiguse tundmaõppimisel, kusjuures *level* 1 on alati ja igal juhul õiguspraktika

Ometi kerkib küsimus sellest, kas on olemas "aineteaduslik" teooria, õiguse teooria (õigusteaduse teooria), mis oleks võimeline haarama nii teooria kui praktika, oleks seega teatud mõttes universaalne? Kas on olemas üldine õpetus õigusest või peab ta ikkagi uletama õigusteaduse enda piirid ja sirduma osalt filosoofia, osalt ühiskonnateooria ja osalt sotsioloogia valdkonda?

Markisime, et pikka aega mõisteti jurisprudentsi all ainult praktilist õigusteadust, millel on vahetu seos õiguspraktikaga, kus teooria ja praktika endast midagi homogeenset ja uhtset kujutavad Siiski näitavad jurisprudentsi erinevad lahenemisviisid igapäevasele õiguspraktikale, mis hõlmab nii normatiivse kaitumise kui ka juriidilise otsustamistegevuse, et seesmiselt pole jurisprudents sugugi uhtne Ja seejuures pole tegemist praktika ja teooria teineteisest lahutamisega, olgu siis tegemist analuutilis-mõistelise, õiguskeelilise, teoreetilise vm lahenemisviisiga

Oleme siiani eristanud kahte *level*'it Lisame nuud siia, illustreerimaks praktika ja teooria uhtsust, uued *level*'id Nimelt lisame õiguspraktikale (*level* 1) ja praktilisele (dogmaatilisele) õigusteadusele (*level* 2) juriidilise meetodiõpetuse (*level* 3) ja üldise õpetuse õigusest (*level* 4) Midagi uut pole me õigusmõtlemisse kull lisanud, ehkki puudsime õigusteaduse teooriast välja filtreerida üldise õpetuse õigusest ja juriidilise meetodiõpetuse Sellise õiguspraktika ja jurisprudentsi refleksiooni kohta on ilmekalt ennast valjendanud O Brusin (tana-

⁵³ Tanapaeva õigusteoreetilisi mõtlemisviise analüüsib Juha Tolonen Grundzuge der Finnischen Rechtstheorie In Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation Hrsg von Aulis Aarnio, Ilkka Niiniluoto, Jyrki Uusitalo Berlin Duncker & Humblot, 1981, lk 11-33

paevase õiguse teooria üks loojatest), et antud juhul ei ole tegemist millegi muu kui "entsüklopeedia liigiga", "mõnede üldiste, seaduste poolt kokkuseatud üldiste mõistete herbaariumiga"⁵⁴ Teisisõnu on tegemist teatud teadmiste ringiga, millele viitab O. Brusini kasutatud termin "entsüklopeedia" ja mis puudutab õigusliku praktika ja selle teooria vahekordi.

60-ndate aastate teisel poolel aga olukord muutus. Jutt on üldise õiguseõpetuse kontseptsiooni arengust. Koos kontseptsiooni arenguga muutus midagi oluliselt ka õigusteaduse tähistustes. Nimelt konstitueerus **üldise õigusõpetuse** asemel tähistus **üldine õiguse teooria** või siis ka selle lühendatud variant **õiguse teooria**. Uus tähistus toob paremini esile muutunud tunnetushuvi ja on tanaseks ennast vähemalt tähistusena labi loonud. Piltlikult oeldes tähendab toodud lisandus seda, et *level 4* – üldine õpetus õigusest – saab vähemalt uue uue struktuuri juurde – õiguse teooria. Kull ei tohi jätkuvalt unustada, et nii nagu üldine õpetus õigusest, raakimata juriidilisest meetodiõpetusest ja dogmaatilisest õigusteadusest, peab ka õiguse teooria lõppastmes lahtuma ja toetuma praktikale. Ainult õiguspraktika on suuteline "tarnima" lahte- ja pidepunkte teooria jaoks. Selline õiguspraktika primaarsus valistab juba eos pelgalt mingid "omad" ja "ainulaadsed", kull mõistuspärased mõtted ja ulestahendused õiguse teooria arendamiseks. Praktiline õigusmõtlemine saab alguse mitte *level* neljast ega *level* kolmest või kahest. Praktiline õigusmõtlemine algab alati *level* ühest ja jaab alati temaga seotuks. Selline seotus ei kao ka siis kuhugi, kui õiguspraktikast jargmistel tasanditel hinnatakse ja seletatakse *level* ühte kriitiliselt või – mis noortes õiguskordades, nagu seda on Eesti õiguskord – koguni ebasobivaks tunnistatakse. Iga sugune refleksioon õigusteoreetilisel tasandil saab toimuda tegelikkust arvesse võttes ehk empiirilis-analuutiliselt, mõisteliselt. W. Krawietz tähistab kirjeldatud olukorda nimetusega mõõdetud konstruktivism⁵⁵. Levelispetsifilised konstruktsioonid peavad olema tuletatud uuritavast süsteemist, et neid võiks võtta kui teatud sotsiaalse süsteemi ratsionaalseid saavutusi. Õigusmõtlemises seab uurija ette võimalused ja samas piirid *level 1* ehk referentsiobjekt ise. Iga katse teha mõtlemist ainult mina-aprioorseks on määratud nurjumisele.

Markisime, et sisuline murrang *Multi Level Approach*'i saabus 60-ndate aastate teisel poolel. Sellel otsustaval muutusel õigusmõtlemises on aga oma eelareng, mis ulatub 19. saj. lõppu ja 20. saj. algusesse. Tegemist on koguni terve õigusmõtlemise paradigma vahetumisega, mis on endaga kaasa toonud

⁵⁴ Vt Brusini, Otto. Mensch und sein Recht. Ausgewählte rechtstheoretische Schriften. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

⁵⁵ Krawietz, Werner, Welker, Michael. Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, lk 283 j 297.

terava meetodi- ja teooriavaidluse. "Viimastel aastakümnetel on see üha suureneval määral kõiki abstraktsiooninivoosid ja *level*'eid oma kaasatoodud argumentatsiooniga ja õigusmõtlemisega kaaskannatajaks teinud."⁵⁶

Milles on siis küsimus? Nimelt hoiavad paljud juristid-praktikud, aga ka õigusteadlased kiivalt kinni oma aja äraelanud postulaatidest ja ei soovi, ei oska või puudub neil kas empiiriline või teaduslik kogemus nägemaks õigusteaduses viimastel aastakümnetel juurdunud uurimispaletti. Võib-olla oleks selgem öelda, et uurimis-, seega ka tunnetamisvõimalusi. Loomulikult viib selline olukord nii analüütilis-mõistelistel kui ka teoreetilisel tasemel vastuoludeni. Vähemalt esialgse selguse saab siin luua nii, et meil tuleb enda jaoks vastata küsimusele, millistele analüütilis-mõistelistele erinevustele toetudes iga õiguse uurija või ka rakendaja õiguse sotsiaalset tegelikkust vaatab. Veel tuleb tähele panna seda, millisel määral loeb jurist – ning mitte ainult jurist-praktik, vaid ka jurist-õigusteadlane – end seotud olevat otseselt objektiivse ehk kehtiva õigusega. Rõhutagem, et *level*'ite 1–3 puhul peaks see lausa reegel olema. Loomulikult on olemas teinegi võimalus. Selle võimaluse olemus seisneb selles, et luuakse teatud distants – ja mitte lihtsalt ajaline vms – vaid kriitiline distants, et saaks tekkida selgelt distantseeritud reflektiooni situatsioon. Seetõttu tuleb õigusmõtlemises seni "väga praktilistele" *level*'itele lisandada senisest palju abstraktsemaid õigusmõtlemise tasandeid.

Kui jätkata *level* 4 tasemest (üldine õpetus õigusest/õiguse teooria) "kaugenemist" õiguspraktikast (*level* 1), siis konstrueeruks *level* 5 lingvistika, õiguse lingvistika; *level* 6 – sotsioloogia, õiguse sotsioloogia ja *level* 7 – filosoofia (riigi-, õigus-, sotsiaal- ja keelefilosoofia.)

Pelgalt esmane pilk esitatud tähistustele annab tunnistust sellest, et on toimunud teatud eemaldumine õiguspraktikast selle laias ja ka kitsas tähenduses. Samas pole sugugi kadunud side, seos eelnevate *level*'itega. Seda ei tohigi juhtuda, sest vastasel korral muutuks õigusteadus "kabinetiteaduseks" selle sõna tunnetusvälises tähenduses. Küll on aga esitatud uutel tasemetel täiesti võimalik luua ja välja arendada omi teooriaid õigusest. Veelgi enam, riigifilosoofiasse puutuvalt on näiteks täiesti mõeldav, loogiline ja isegi vajalik – kui antud juhul silmas pidada Eesti riikluse arengut antud ajas ja ruumis – välja töötada õigusriigi teooria. Ühest küljest on nende võimaluste positiivsel realiseerimisel resultaat abstraktne – teooria saabki olla teatud üldistustasemega kirjeldus-põhjendus. Teiselt poolt ei ole välistatud teooria raames lausa normideskriptiivsed lahendused, mis ei tähenda muidugi seda, et teooria muutuks mingist hetkest või mingist sisemise struktuuri loogikast

⁵⁶ Krawietz, Werner. *Recht ohne Staat? Spielregeln des Rechts und Rechtssystem in normen- und systemtheoretischer Perspektive.* – *Rechtstheorie*. 24. Band, Heft 1/2, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, lk. 106.

lahtuvalt normeandvaks teaduseks Jutt on võimalustest, mida kirjeldatav *level*-lahenemine uurijale pakub

Tanapaevane õigusmõtlemine on harjunud vahemalt kontinentaal-Euroopas ilma suuremate probleemideta opereerima esimese kolme *level*'iga Tegelikud probleemid algavad lahenemise neljandast tasemest Tasemest, mis puudutab kõige otsesemalt juriidilist hermeneutikat, argumentatsiooni, n-o teoretiseerimist Kusimus on selles, kui puhas võib/saab teooria olla, milline võib/peab olema teooria side praktikaga Sun esitatav kontseptsioon põhineb tõdemusel, et ükski teooria ei saa sundida ilma praktikat tundmata Oleks vaar *a priori* kuulutada teooria primaarseks õiguspraktika ees Samas on tegelik olukord paljudel juhtudel – eriti õigusteadlaste puhul – just selline, kus teooria prevaleerub praktika suhtes Tagajarg või ka tegevuste tulemus oleks sellisel juhul – isegi kui me mingit teooriat loeksime lõpetatuks – see, et ta ilma seoste ja suhete otsimise-leidmiseta reaalselt eksisteeriva õiguspraktikaga ikkagi midagi ratsionaalselt vajalikku endast ei kujutaks

Traditsiooniliselt kujutatakse õiguspraktikat sellisena, mida ei saa võtta “puhta kullana”, vaid millesse tuleb kriitiliselt suhtuda, mis omakorda võimaldab õigusmõtlemisel õiguspraktikat suunata ⁵⁷

2. TÄNAPÄEVANE DISKUSSIOON ÕIGUSE TEOORIA ÜLE

Sissejuhatuses märkisin, et kaesoleva too põhiulesandeks on peatuda mõnedel olulistel õigusteaduse meetodiõpetust puudutavatel küsimustel, kuid et nende paremaks mõistmiseks on vajalik kulgnevate probleemide skitseerimine Uheks selliseks vajalikuks küsimuseks ongi diskussioon õiguse teooria üle Kusimus on põhimõttelist laadi, sest õigusliku ja ka riikliku tegelikkuse tunnetamine ja selle tulemused on otseses sõltuvuses sellest, millist õiguse teooria kontseptsiooni on silmas peetud, milline teoreetiline lahenemine on olnud aluseks uhe või teise õiguslik-riikliku fenomeni tundmaõppimisel

Tanapaevases teoriadiskussioonis osalevad kolm suunda diskursiteooria⁵⁸, õiguse diversne institutsiooniteooria⁵⁹ ja sotsioloogiline normi- ja süsteemiteooria ⁶⁰

⁵⁷ Vt Joerges, Christian; Trubek, David M Critical Legal Thought an American-German Debate Baden-Baden Nomos, 1989

⁵⁸ Vt näiteks Alexy, Robert Begriff und Geltung des Rechts 2 unverand Aufl, Freiburg (Breisgau) Alber, 1994, Alexy, Robert Recht, Vernunft, Diskurs Studien zur Rechtsphilosophie Frankfurt am Main Suhrkamp 1995, Alexy, Robert Theory der juristischen Argumentation die Theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen

Käsitlemata kogu diskussiooni ulatust – see pole antud käsitlemise eesmärk – ei saa jätta märkimata, et R. Alexy ja R. Dreier esindavad – vähemalt esitatud käsitlemist silmas pidades, s.t toetudes siin esitatud õiguse eritasemelise käsitlemise võimalustele – ilmselt liiga kitsast vaatekohta õiguse teoorias, toetudes küll – endi arvates – J. Habermasi kontseptsioonile normatiivsest diskursieetikast ja moraalifilosoofiast.⁶¹ Autorite õiguse teooria kontseptsiooni piiratus seisneb antud juhul selles, et nad välistavad sisuliselt normiteooria integratsiooni süsteemiteooriaga ja, kui soovite, siis sotsioloogiliste institutsioonidega. *Multi Level Approach* eeldab, mis tunnetustulemuste adekvaatsuse saavutamiseks teiselt poolt lausa nõutav on, tasemete endi kui süsteemi tunnetamist. Seepärast redutseerub nende teooria kontseptsioon üldiseks õpetuseks õigusest või veel täpsemini tähistatuna õpetuseks printsiipidest. Nii käsitletuna võib õiguse teooriat määratleda kui üldist juriidilist teooriat õigusest ja õigusteadusest.⁶² Selline käsitus pole vastuvõetav teistelgi põhjustel, mis tuleb selgelt ilmsiks, kui me mõtleme tagasi õiguse uurimistasanditele. Diskursiteooriast lähtuvalt on raske, kui mitte võimatu, näha sidet ja suhet õiguse teooria ning õiguse sotsioloogia ja õiguse filosoofia vahel. Lihtsamalt öeldes pole õiguse sotsioloogia ja õiguse filosoofia puhul tegemist juriidiliste distsipliinidega, vaid nende aladega peaksid tegelema kas sotsioloogid või filosoofid, kes peaksid neid alasid ise ka õpetama. Väga küsitav on, kas selline kontseptsioon on tõepoolest laiendatav J. Habermasi

Begründung. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991; Habermas, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; Dreier, Ralf. Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie? Tübingen: Mohr, 1975.

⁵⁹ Vt. näiteks Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines neuen Institutionalismus im Rechtsdenken der Gegenwart: in Horst Baier (Hrsg.). Helmut Schelsky – ein Soziologe in der Bundesrepublik, Stuttgart: Enke, 1986, lk. 114–148; Zur Theorie der Institutionen. Hrsg. von Helmut Schelsky. Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1970; Mac Cormick, Neil; Weinberger, Ota. An institutional theory of law: new approaches to legal positivism. 2. print, Dordrecht: Reidel, 1992; Recht und Institution. Hrsg. von der Rechtswiss. Fak. Der Univ. Münster: Berlin: Duncker & Humblot, 1985; Institution und Recht. Grazer Inter. Symp. Zu Ehren von Ota Weinberger. Hrsg. von Peter Koller. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

⁶⁰ vt. näiteks Luhmann, Niklas. Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984; Luhmann, Niklas. Die soziologische Beobachtung des Rechts. Frankfurt am Main: Metzner, 1986; Luhmann, Niklas. Die Geltung des Rechts: in Rechtstheorie 22, 1991, lk. 273–286; Eckhoff, Torstein; Sundby, Nils Kristian. Rechtssysteme. Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie. Berlin: Duncker & Humblot, 1988; Krawietz, Werner. Recht als Regelsystem. Wiesbaden: Steiner, 1984.

⁶¹ Vt. Habermas, Jürgen. Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

⁶² Vt. Alexy, Robert; Dreier, Ralf. The concept of Jurisprudence: in Ratio Juris, 3, 1990, lk. 1–13.

diskursiteooriale. Tundub, et õiguse teorias on tegelik olukord teistsugune kui seda kujutavad endale ette mõned diskursiteooria esindajad ja jutt pole mitte dogmaatilise jurisprudentsi teenistuses olevast õigusdogmaatilisest teoriast. Võib-olla piisaks sellisest teoriast kahe esimese lähenemistaseme jaoks (*level 1* ja *level 2*), kuid kuidagi ei saa siit välja arendada tõeliselt üldist õiguse teooriat nagu seda nõuab tänapäeva õigusmõtlemise tase.

Vastupidiselt kirjeldatule leiame institutsiooniteooriast ja normi- ning süsteemiteooriast palju ratsionaalset ja normatiivselt siduvat, samas dogmaatilistest sidemetest vabastatud käsitlust, mis "töötab" *Multi Level Approach*'i raames, kuhu teatavasti paigutasime nn. õigusteadusega külgnevad distsipliinid.⁶³

Paradigmavahetust on õigusmõtlemises "õhus tunda olnud" alates 19. sajandist. Üheks otsustavaks läbimurdeks oli siin sotsioloogilise jurisprudentsi tekkimine ja selle poolt eluõiguse saavutamine, mis tähendas üldise õpetuse õigusest/õiguse teooria mõistmisel taseme saavutamist, mida võib iseloomustada kui ühelt poolt ajaloolis-ühiskondlikku käsitlust (teooriat õigusest) ja teiselt poolt kui kogemusel ja uurimisel baseeruvat kehtiva õiguse tundmaõppimiseks mõeldud kogemusteadust (üldine õpetus õigusest/õiguse teooria).

Õigupoolest ei oska teadlane peaaegu mitte kunagi teha prognoose selle kohta, kui laias ulatuses saab tema poolt tehtu tuntuse ja tunnustuse. Samuti on keeruline ette näha, kuidas tuntus ja tunnustus – juhul kui ta loomulikult üldse saavutatakse – reaalsuses ilmneb. Mis puutub õiguse uurimisse ja õigusmõtlemisse, siis selles valdkonnas ei ole tuua eriti palju näiteid uurimisest õigusmõtlemise kohta, mis on saavutanud 20. sajandil laia ühiskondliku kõlapinna ja mõjutanud õigusteadust rahvusvahelises ulatuses. O. Brusiin on aga käesoleval sajandil sellise tuntuse ja tunnustuse saavutanud. Käesolevas töös peame pikemalt peatuma O. Brusiini õigusteoreetilistel otsingutel, sest – ühelt poolt, mis pole küll tunnetuslikult oluline – on tegemist välja paistva Soome õigusteadlasega (me ilmselt ei tohiks unustada asjaolu, et Soome on meie lähim naaber geograafilises mõttes, kus õigusmõtlemine on saanud võrreldes meiega suhteliselt vabalt areneda tunduvalt pikema aja vältel), kuid teiselt poolt – ja see on kontekstis olulisem – on just alates ja tänu O. Brusiinile saanud teoks läbimurre õigusmõtlemises, mida julgelt **paradigmavahetuseks** võib nimetada. Tõepoolest, O. Brusiini programmiline teos õigusteooriast ilmus juba 1947. aastal ja just see pani alguse nn. tänapäevasele diskussioonile õiguse teooria üle. Erialakirjanduses märgitakse ilmselt

⁶³ Vt. Krawietz, Werner. Theorie und Forschungsprogramm menschlicher Rechtserfahrung – Allgemeine Rechtslehre Otto Brusiins: in Rechtstheorie Bd. 22, Heft 1, Berlin: Duncker & Humblot, 1991, lk. 1–37.

taiesti õigustatult, et "Võib-olla on just tana tingimused Brusini õiguse ulatuslikuks retseptsiooniks veel soodsamad kui need olid Soomes ja Saksamaal nende uue tee alguses peale Teist Maailmasõda"⁶⁴ Õnnelikul kombel avaldati O Brusini teaduslik parand (koos ulatusliku eessõnaga Urpo Kangaselt) ajal, mil Euroopat vapustasid ühiskondlikud poliitilised sündmused, mida lühidalt võiks viia nimetaja alla kommunistliku süsteemi kokkuvarisemine⁶⁵ Nimelt seisavad mitmed Euroopa riigid, kaasaarvatud Eesti, väga tõsiseltvõetava situatsiooni ees õigussüsteemi (õiguskorra) vastavusse viimine printsiipsaalselt uute ühiskondlik-poliitiliste tingimustega Selle ulesande teostamine pole mitte ainult riigi ees seisev "riiklik jõuakt", sin on tegemist kõigi ühiskondlike jõudude uuenemise ja reorganiseerimise vajadusega Järelikult ei ole kuidagi võimalik lülitada põhimõtteliselt uuenenud situatsioonist ja selles osalemisest välja teadust, kuhu uhe loomuliku osisena kuulub ka õigusteadus Tunnetuslikust aspektist tuleb kindlasti lisada, et O Brusini poolt saavutatud õigusteoreetilised arusaamad pole oma originaalsust ja relevantsi tanaseks mitte kaotanud, vaid vastupidi, viimaste aastakümnete rahvusvaheline diskussioon näitab, et nii mõnedki O Brusini poolt tõstatatud probleemid pole tanaseks sugugi püsavalt labi tootatud Igatahes on O Brusin õigusteoreetilist diskussiooni oma toodega ulatuslikult "toetanud"

Miks on ka Eestis nimelt tana vaja tunda O Brusini parandit? Uks vastus sellele küsimusele on algusest peale selge ilma minevikuparandit teadmata polegi võimalik ratsionaalselt ja tanapaevaselt tootada O Brusini teatud mõttes ajalooline kogemus peab olema selleks "sillaks", mida mooda kaies on võimalik tõmmata paralleele, võrrelda, retsepteerida jne Teine vastus sellele küsimusele tuleneb O Brusini teoreetilise parandi olemusest endast ehk mitte lihtsalt parandi kasutamise võimalikkusest, vaid otseselt selle parandi kasutamise vajalikkusest O Brusin kaitses seisukohta, mille jargi õigus on ühiskondades samane mitte lahtudes tema sisust (sisudest), vaid lahtudes tema struktuurist Veelgi enam, selliseid ühiskondi ei tohi samastada riiklikult organiseeritud ühiskondadega Õigus kui juhtnoor struktueerib inimkaimumise kõik sotsiaalsed suhted ja ühiskondlikud institutsioonid Kuna see on nii, siis püstitab O Brusin küsimuse – seda teevad loomulikult kõik juristid kogu maailmas – milline on õigus üksikjuhul, kuidas teda leida või samuti mis on õigem, mis peab olema? Kontinentaal-Euroopas poordutakse nendes küsimustes orienteerumiseks antud õiguskorra poole, mis sisuliselt tahendab eelkõige seadust või laiemas plaanis seadusandlust Seega on

⁶⁴ Vt Krawietz, Werner Theorie und Forschungsprogramm menschlichen Rechtserfahrung – Allgemeine Rechtslehre Otto Brusins in Rechtstheorie, Bd 22, Heft 1, Berlin Duncker & Humblot, 1991, lk 2

⁶⁵ Vt Brusin, Otto Der Mensch und sein Recht Ausgewahlte rechtstheoretische Schriften Hrsg und eingel von Urpo Kangas, Berlin Duncker & Humblot 1990

põhiprobleemiks see, mida õigus produtseerib tanu seadustele, kodifikatsioonidele, abstraktsetele reguleerimisviisidele. Eriti ilmekalt tuleb see kõik esiplaanile siis, kui kogu õiguspraktika paigutatakse järjekindlalt uurimisesemesse (moodsasse baasuuringusse) – **õiguse teooriasse**

Teatavasti on kuni tänaseni vaieldav küsimus selle kohta, kas õiguse teooria on piiratud ainult normatiivsete käsitusviisidega. Puhta õiguse teooria pooldajad toetasid ja toetavad just sellist käsitusviisi. Nende arvates ei tohi õiguse teooria olla kausaalne, vaid peab olema normatiivne.⁶⁶ Lisaks siinkohal, et diskussioon nn puhta õiguse õpetusest pole sugugi ammendunud. Sellest annavad tunnistust arvukad publikatsioonid, milledest mõnedele juhtisid tahelepanu. Teen seda selleparast, et ilmselt pole ratsionaalne raakida mõnest või seda enam uhest ja ainuõigest teooriast õigusteaduses. Kui tõmmata selle mõtte kõrvale paralleel O Brusini teooriaga, siis tuleb nimelt rõhutada, et üks tema teooria suuruse ja kohavaartuse näitajatest peitub selles, et ta näeb ja oskab enda kõrval hinnata ka teisi teooriaid. Nii vaidab O Brusin "rahulikult", et tema kriitika puhta õiguse teooriale lahtub sellest, et nimetatud teoorial on traditsioonilises jurisprudentsis valitsev positsioon. Muidugi ei tohi me unustada, et see mõte on tänaseks juba pool sajandit vana. Nuud aga lubatud allikad tanapaevasest puhta õiguse teooria sisustamisest.⁶⁷ O Brusini käsitus ja õiguse olemusest arusaamine – mis tundub igati tegekkusele vastavat – seisneb siiski selles, et kuigi algselt tuleb õiguses naha normatiivselt mõjuvat ja mõjusat struktuuri, on võimalik ja otstarbekas uhendada normatiivne ja kausaalne õiguse uurimine (vaatlemine, käsitlemine)

Käsitlemata pikemalt tanapaevast diskussiooni õiguse teooria üle toetaksin siinkohal meelsasti W Krawietz'i tahelepanekuid *Multi Level Approach* saavutustest (Krawietz'i käsitlusele on algtõuke andnud tõenäoliselt J Wróbn-

⁶⁶ Vt näiteks Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre* 2. Aufl., Wien: Deuticke, 1960; R. Stammler. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Darmstadt: Buchh. d. Waisenhauses, 1926.

⁶⁷ *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*. Hrsg. von Robert Walter. Wien: Manz, 1992; Dreier, Horst. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 1990; Walter, Robert. *Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre*. Eine Buchbesprechung und eine Erwiderung. Wien: Manz, 1990; Winkler, Gunther. *Rechtstheorie und Erkenntnislehre*. kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht. Wien: Springer, 1990; Lippold, Rainer. *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*. zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der allgemeinen Strafrechtslehre. Wien: Springer, 1989; Weinberger, Ota. *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*. Wien: Springer, 1988; Pawlik, Michael. *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie*. H. L. A. Harts ein kritischer Vergleich. Berlin: Duncker & Humblot, 1993; Winkler, Gunther. *Rechtswissenschaft und Rechtserfahrung*. methoden- und erkenntnistheoretischen Gedanken über Hans Kelsens Lehre und das Verwaltungsrecht. Wien: Springer, 1994.

lewski⁶⁸) Esitatav kasitlus on kantud sisuliselt tõepoolest tanapaevasest õiguse teooria ideest, paradigmatvahetus on teoks saanud

Lahtepositsiooniks on – margime seda veelkord – *level*'ite seotus õiguspraktikaga või rõhutatult õiguspraktika primaarsus iga uurimistaseme ees *Level 1* puhul on kõne all – õigemini kull vaatlusviisiks – “õiguse poolt objektiveeritud” ehk õiguspraktika ise ja sellega tihedalt seoses olev igapäevane õiguspraktika. Probleem on selles, et õiguspraktika objektiveerib ennast mitte ainult praktilises juriidilises otsustamistegevuses, vaid samuti – koguni eelkõige – kehtiva õiguse keeles. Seega ei saa ka O Brusini õigusteooriat taandada paljalt refleksiooniteaduseks. *Level 2* puhul on tegemist praktilise – aga võib ka oelda – dogmaatilise õigusteadusega, mis hõlmab endas süsteemilises vormis nii õigust ennast kui ka selle tõlgendamist. *Level 3* puhul on tegemist juriidilise meetodiõpetusega, mis lahtub uhelt poolt kaeparasest ja olemasolevast juriidilisest metoodikast ja teiselt poolt dogmaatilisest õigusteadusest (traditsioonilistest õigusteaduse meetoditest). Oluline on siinkohal teha järgmine lisandus, mis puudutab põhimõttelist probleemi jurisprudenti mõistmisest kahes suures ja erinevas õiguskultuuris (-süsteemis). Tegemist on jurisprudenti erineva sisustamisega mandri-Euroopa õiguskultuuris ja anglo-saksi õiguskultuuris (*common law's*). Sellele vahetegemisele tuleb tingimata tahelepanu juhtida, sest just esitatud kasitluses ei tohiks jurisprudentist aru saada nii, nagu sellest saadakse aru *common law's*. Nimelt on *common law's* tapsem ja tegelikkusele vastavam mõista jurisprudenti kui “uldise õpetuse õigusest”. Esitatud kasitluses mõistetakse jurisprudenti samuti tema traditsioonilises tähenduses – *iuris prudentia* –, kuid siia lisandub praktiline tegelemine õigustekstidega, mis samas esineb ka juriidilise mõtlemise uhe meetodina. *Level 4* lahutab õiguspraktikast tuntav vahemaa, millega kaasneb abstraherimine, üldiste hüpoteeside püstitamine, nende kaudu õiguskogemuse kontrollimine. Seostades seda taset O Brusini teadusliku paradigga võime oelda, et just siin tulebki kõne alla tema üldine õpetus õigusest või selgemini ja tanapaevasemalt oeldult õiguse teooria. Siin ja just siin ilmneb paradigmatvahetus teoorias selgelt ja kui soovite – revolutsiooniliselt. “Ja nimelt see on revolutsiooniline ja uus õiguse teoorias ja õiguse filosoofias, mida siiani – kahjustamata hermeneutilist lähenemist õigusele – pole ilalgi nii järjekindlalt kui kogemuslikku ja vaatlemist võimaldavat suhet õigusnormide ja kaitumise vahel esiplaanile tõstetud ning neid kui oma aja ajaloolis-uhiskondlikke produkte kasitletud, olles kull lahtunud Iheringist ja Max Weberist, siin sõltumatult Hegelist ja Marxist, eriti kui viimasest distantseerub O Brusini temale iseloomulikul viisil.”⁶⁹

⁶⁸ Vt Wroblewski, Jerzy. The Theory of Law – Multilevel, Empirical or Sociological? In *Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and Humanities* 5, 1979, lk 119–136.

⁶⁹ Vt Krawietz, Werner. Theorie und Forschungsprogramm menschlicher Rechtserfahrung – Allgemeine Rechtslehre Otto Brusins in *Rechtstheorie*, Bd 22, Heft 1, Berlin Duncker & Humblot, 1991, lk 18.

Uue paradigma raames mõtlemine, uudsus õiguslikus mõtlemises on eelkõige selles, et on taandunud radikaalselt euroopaliku õigusmõtlemise traditsiooniks kujunenud mõtlemismallidest Teoreetilisse mõtlemisse tuuakse arusaam teooria ja praktika uhtsusest, mis on õigupoolest aastasadu maaranud kindlaks suhteid õiguspraktika ja õigusteaduse vahel Esmapiilgul tundub postulaat "teadus ei tohi olla lahutatud praktikast" triviaalne ja ammendavalt mõistetud Seda ka õigusteaduses Siiski on antud juhul tegemist ainult nn *iuris prudentia*'ga Paradigmavahetus nõuab õigusmõtlemiselt selget vahetegemist juriidilise mõtlemise (s t juristi-praktiku mõtlemise) ja jurisprudentsile iseloomuliku mõtlemise vahel (s t mõtlemine õiguse teaduslikul tundmaõppimisel) Sellisel vahetegemisel on konkreetsed tulemid, mis lubavad arvata, et "teaduslik" õigusmõtlemine on omane eelkõige õigusteadlastele Naiteks on selline õigusmõtlemine omane ka õppejõududele, kes tootavad ulikoolides ja kõrvuti teadustooga õpetavad õigusteadust õigusest inustunud – või ka pragmaatilistest kaalutlustest lahtuvalt õigusteaduskonnadesse sattunud – noortele

"Õigusteadusliku mõtlemise" ja "juriidilise mõtlemise" eristamine tähendab lisaks seda, kogu õiguslik mõtlemine *level*'ite 1–3 tasemel ei tähenda nendevaheliste sidemete mittenagemist või koguni mittetunnistamist Kogu õigusliku mõtlemise aluseks saab olla ainult õiguslik praktika, mis – nagu vaitsime – toob endaga kaasa tervikliku juriidilise mõtlemise võimalikkuse ja samas vajalikkuse Samas toob alles *level* 4 või sellele järgnevad tasandid (abstraktsiooninivood) endaga kaasa võimaluse, et õigusteoreetiline uurimistoo saaks oma kasutusse kõik teadusliku (kuni filosoofilise tasandini välja) uurimistoo jaoks tarvilikud vahendid

O Brusini õiguse teooria on kontseptuaalselt seotud paljus sotsioloogiliste algetega Traditsiooniline juriidiline mõtlemine – kui seda tana üldse on õige enam nii tahistada, kull aga õigusmõtlemise ajalugu silmas pidades – on selgelt normatiivne juriidiline mõtlemine, mis muudab juriidilise mõtlemise enda "empiriliseks", deskriptiivseks uurimiseks Taiendaksin õige lühidalt mõtet sotsioloogiliste algete või latete osas Siin on jutt eelkõige Rudolf von Iheringist ja Roscoe Poundist,⁷⁰ kes oleksid teaduslikus mõttes sotsioloogilise kasitluse eelkajad Tingimuslikult kuulub eelnimetatutega uhte ritta ka Karl Marx Sotsioloogilise õigusmõtlemise sisulised alused leiame aga siiski eelkõige Max Weberilt, kelle probleemiasetusest ja kasitlusmeetoditest

⁷⁰ Vt naiteks Rudolf von Ihering Die Jurisprudenz der taglichen Lebens 15 Aufl, Jena Fischer, 1927, Rudolf von Ihering Der Zweck im Recht Frankfurt am Main Propylaen Verl, 1992, Pound, Roscoe Jurisprudence St Paul, Minn West Publ Co, 1959, Pound, Roscoe Social control through law Hamden, Conn Archon Broces, 1968, Pound, Roscoe An introduction to the philosophy of law 10 Print, New Haven, Conn Yale Univ Press, 1969

O. Brusiin on saanud innustust.⁷¹ Sotsioloogiline lähenemine tähendab õigusteoreetiliselt teatud erinevuste nägemist põhimõistete tasemel võrreldes teiste – ka nn. traditsiooniliste lähenemisviisidega. Teaduslik tunnetus baseerub nii või teisiti teatud abstraheerimisel või õigemini teatud abstraheerimisvõimel ja oskusel ka selline abstraheerimine realiseerida. Ilma kindlapiiriliste mõistete süsteemita pole selline tegevus mõeldav. Nii tulebki õiguse tundmaõppijal – toetudes mingile kindlale metodoloogilisele alusele – luua mõistete süsteem, mille olulised tunnused toetaksid temale omast ja vastuvõetavat kontseptsiooni. Edasi tulevad mängu kindlasti need vormid ja kategooriad, mille abil õpitakse tundma õiguse sotsiaalset tegelikkust. Kogu küsimus selles ongi, millised tunnused tegelikkusest välja valida ja need “oluliseks” tunnistada, ning kui “kaljukindlalt” selliselt moodustatud mõistete, vormide ja kategooriate “puhtust” kaitsta.

Uue õigusmõtlemise paradigma suurus on ilmsem, kui meenutame aega, millal see toimus. Nimelt on tegemist Teise Maailmasõja järgse perioodiga. Euroopa õigusmõtlemises sai tollal valdavaks loomuõigusliku mõtlemise laiaulatuslik restauratsioon. Ajaloolis-ühiskondlikku konteksti silmas pidades on sellest loomulikult võimalik aru saada ning aktsepteerida. XX sajandi Euroopa arengute kibedad kogemused olid eelkõige selleks sooduspinnaseks, mis tegi võimalikuks ning vajalikukski loomuõigusliku mõtteviisi taas elustumise. Liiga kibedaks oli osutunud Euroopa “õiguslik” kogemus, mis kas samastas õiguse võimuga (nõukogude õigusdoktriin), käsitles õigust kui mõne partei või koguni selle liidri tahet (Hitleri-aegne Saksamaa, Mussolini-aegne Itaalia). Milleski varises õiguspositivism (seaduspositivism) peale Teist Maailmasõda igatahes kokku – nii nagu oli varisenud ajalugu ise. Liiasi oli Soomegi olnud vähemalt poliitikas mõnda aega Kolmanda Reichi poolel. Vaieldamatult vapustas sõda mitte ainult Euroopa ühiskonda ja õigusmaailma, vaid ka õigusmõtlemist. Seda hinnatavam on, et peaaegu vahetult peale vapustusi uuris O. Brusiin mitte ainult normide endi sisu ja väärtust, vaid ka normide põhjustingimusi, nende toimet ja järelmõjusid. Teoreetilise käsitlemise alguspunktiks on aga igal juhul isiklik õiguskogemus (kes tegelevad õigusega, kes on tegelenud õigusega, kes puutuvad kokku õigusega). Selliselt mõistetud õiguskogemuse osaks on ka uurija ise. Nii lähtub ka õigusteoreetik paratamatult, kas teadlikult või tahtmatult, temale endale kuuluvast positiivsete õiguste kompleksist. Võib öelda ka nii, et õiguse teooria puhul on tegemist õiguskorra kui terviku uurimisega tegeleva ja seega ka üksikisiku õigusi käsitleva sotsiaalse fenomeniga. Loomulikult seavad uurija ette piirid mitte ainult aeg ja ruum, vaid ka uurija enda füüsilised võimed ja seetõttu tuleb tänapäevasel õigusteoreetikul luua efektiivseks tegutsemiseks

⁷¹ Vt. näiteks Weber, Max. Rechtssoziologie. 2. überarb. Aufl., Neuwied am Rhein: Luchterhand, 1967.

teatud struktuur õigusest ja abstraheerida selle abil struktuurist tulenevad küsimused. Oluline on lisada, et tanapaevane õiguse teooria käsitleb õigust kui sotsiaalset struktuuri. Selline struktuurne käsitus peab silmas pidama kehtiva õiguse ja tema normatiivsete regulatsioonide ajalisi perspektiive. Perspektiiv ise pole mitte ainult tulevikuga seotud, vaid õiguse uurimisega seotud küsimused on nii või teisiti seotud ajaloo ja ajaloo teooria peab olema seega ajaloolis-ühiskondlik õiguse teooria. Seda teame juba vähemalt alates R. von Iheringist ja M. Weberist. Nii jõuab tanapaevane õiguse teooria sotsiaalsest uldsituatsioonist – ajaloolis-ühiskondliku prisma läbi – objektivse õiguse uurimise metatasemel konkreetsete tulemusteni.

Viiimasena esitatud mõtet tuleks silmas pidada ka eesti õigusteaduses. Tundes kohalikel oludel põhinevat ideede ja normide (laias tähenduses) ajalugu võime kujundada meid mitteesitava õigusteoreetilise tee. Kuid rõhutan, et see saab võimalik olla vaid siis, kui meil on selge ülevaade nn retseptiooni-tagapõhjast. Ainult sellisel juhul on ratsionaalne raakida õigusteoreetiliselt integreerunud teadmised ja selle mõjust – või rakendamise kasulikkusest – tanase õiguskorra jaoks. Teisisõnu aitab tanapaeva õigusteooria otsustavalt kaasa selleks, et tõmmata sild olnu ja kehtiva vahel. Loomulikult ei tule probleemiasetusest aru saada nii, nagu oleks ajalugu – või selle tundmine – iseenesest võimeline andma vastuse küsimusele “Mis on hea ja õiglane?” Kuid ta pakub meile igatahes õiguslikku “toormaterjali”, teatud ajas ja ruumis eksisteerinud “juriidilist objektivsust”, mille labitootamine ja loomulikult kriitiline hinnang võimaldab silla tõmbamiselt minna konkreetsetel juhtudel üle tanapaeva õiguse teooria korrigeerimisele. Võib igatahes oelda, et õiguse ajaloo ja seotud ja puutuvad küsimused on igal juhul õiguskogemuse immanentsed osad ja seega on nad ka õigusteoreetilise uurimistoo esemeks. Nagime, et küsimus pole pelgalt selles, kes ja millal, mida ja kuidas mõistis ja käsitles. Samuti pole küsimus selles, kas minevikku kuuluvaid õigusnorme järgiti ja, kui järgiti, siis millises ulatuses. Jutt on, kordame, õiguskogemusest – kui soovite, siis **rahvavaimust**. Rahvusriikide formeerumise protsess tähendas kõige muu kõrval õiguskorra kujundamist. Euroopalik traditsioon põhineb siin kodifitseerimisideel ja selle elluviimisel. Siiski astus pelgalt kodifitseerimise ja paljalt seaduste tekstide kommenteerimise vastu välja Euroopa õigusemõtlemise ajaloo tuntud ajalooline koolkond eesotsas F. C. von Savigny'ga. Savigny leidis, et põhimõtteliselt elab õigus nn rahvavaimus. Just sealt tuleb ta leida. Selline mõttekaik ei tähenda midagi muud, kui eluõiguse nõudmist ajaloolisele õigusteadusele.⁷²

⁷² Vt Friedrich Carl von Savigny *System des heutigen römischen Rechts* Bd 1–8, Berlin Veit 1840–1849 (3. Aufl., Bad Homburg Geutner, 1961), Friedrich Carl von Savigny *Grundgedanken des historischen Rechtsschule* 3. Aufl., Frankfurt am Main Klostermann, 1965.

Enne, kui poordume tagasi *level*'ite juurde markigem, et nii teoreetiliselt kui ka puhtalt filosoofiliselt on igati põhjendatud nii normide kui ka kaitumise (reaalsuse) normatiivne, aga ka kasuaalne kasitlemine kas mõistelisel tasemel või teoreetiliselt teineteisega seotult ⁷³ Õigupoolest on see juba meie poolt korraldvalt esitatud tõdemus teooria ja praktika teatud uhtsusest, mis ei saa kuidagi mõjutada õigusmõtlemise eri tasandite reaalsust ja nende funktsioneerimist

Samas on olukordi, kus analuutilis-hermeneutiline õiguse teooria ja lingvistika kuni keelefilosoofiani välja profileerivad õiguse sotsioloogilise teooria ees. Sellest teeme aga ulevaate antud too vastavas peatukis

Nuud aga tõepoolest tagasi *level*'ite juurde, kus alati on naha *level/level*'i jarel teatud distants õiguspraktika ja uurimistaseme vahel, *level/level*'i jarel on margatav kasitluse abstraktsioonitaseme muutus ja seda uldistatuse kasvu suunas konkreetsete sisuliste probleemide suhtes, seetõttu on võimalik õiguse sotsiaalsete funktsioonide rekonstruktsioon, mida saab kasutada ja kanaliseerida normatiiv-struktuursete võtete abil, see kõik võib aset leida tanu sellele, et õigusmõtlemise heaks ja selles adekvaatse tunnetuse saavutamiseks ei "foota" mitte üksik *level* või ainult üks *level*, vaid eelkõige diverssete *level*'ite kogum nende uhtsuses, mis võimaldavadki diferentseeritud lahenemist õigusele, et jõuda õiguse sugavalt iseloomulike olemuslike tunnusjoonteni, viimane teostub seelabi, et õigusteaduslik too iga üksiku *level*'iga – vahemalt selles osas, mis on seotud kehtivat õigust saatva reflektsooniga – viib lõppastmes teatud teadmiseni, mida saab enda kasuks tarvitada kui levelispetsiifilist teadmist (saavutust), seejuures tuleb lisaks tahele panna, et õiguslingvistika ja ka õigussotsioloogia (praktiliselt aga kõik nn kõrvaldistsipliinid) vaatamata nende suurele relevantsile õigusteooria ulesehitamist silmas pidades, suudavad taita olulise abimehe rolli, kuna rida nende seisukohti (arusaamu) on uhitatavad ja rakendatavad õiguse tundmaõppimise teenistusse. Seega ilmneb *Multi Level Approach* ilmekalt õigusteaduse kontaktides naaberdistsipliinidega, õiguse teooria (*level 4*) on ise selleks inter- ja multidistsiplinaarseks aluseks, mis võimaldab koöperatsiooni õigusteaduse ja naaberdistsipliinide vahel ⁷⁴

3. JURIIDILISE ARGUMENTATSIOONI TEOORIA

Juriidilise argumentatsiooni teooria on juba mõned aastakumned olnud õigusteoreetiliste ja õigusfilosoofiliste diskussioonide uheks keskseks teemaks. Nii naiteks toimus juba 1971 aastal Brüsselis ulemaailmne õiguse ja sotsiaalfilosoofia

⁷³ Vt Georg Henrik von Wright *An Essay On-Door-Knocking In Rechtstheorie* 19 1988 lk 275–288

⁷⁴ Vt Krawietz, Werner. *Recht ohne Staat? Spielregeln des Rechts und Rechtssystem in normen- und systemtheoretischer Perspektive in Rechtstheorie*, 24 Band Heft 1/2 Berlin Duncker & Humblot, 1993, lk 113–114

kongress, mille teemaks oli juriidiline argumentatsioon, 1978 aastal toimus Saksamaal IVR Saksa sektsiooni konverents teemal argumenteerimine ja õigus, 1979 aastal arutasid Šveitsi õigusteadlased probleemi argumenteerimisest ja hermeneutikast jurisprudentsis, samal aastal korraldasid Soome õigusteadlased rahvusvahelise sumpoosiumi teemal "juriidilise argumentatsiooni metodoloogia ja tunnetamisteooria" jne. Ka tana kõlavad väga aktuaalselt rohkem kui 15 aastat tagasi oeldud sõnad "Tervest reast põhjustest, ja mitte ainult sellest, et maailm ja ühiskond esitavad järjest uusi nõudeid inimesele, on juriidiline argumentatsioon juriidiliste probleemiasetuste ja seisukohavõtude raames igatahes eelkõige Euroopa õigusfilosoofias muutunud üheks põletavamaks probleemiks"⁷⁵ Juriidilist meetodiõpetust silmas pidades pole samuti kuidagi võimalik mooda minna juriidilise argumentatsiooni teoriast. Selleks on rida põhjusi, milledest peatume kolmel olulisemal

- (i) esimene põhjus on seotud õiguse teooria enda arenguga viimastel aastakümnetel mandri-euroopalikus õiguskultuuris. Sellel probleemil peatusime, kui analüüsisime *Multi Level Approach*'i õigusteaduses. Olgu tegemist analüütilise koolkonnaga, õigusliku realismiga, hermeneutikale või mõistusele orienteeritud teooriatega, eraldi võttes on võimalik alati leida nendes nõrku kohti ja seega pole tanapaevane lahendus mitte valik eksisteerivate teooriate vahel, vaid nende teooriate ühildamist ja ühtlustamist võimaldavate osade leidmine ning seelabi integraalse teooria (võimalikult laiapõhjalise teooria) loomine.
- (ii) valjavaated seda eesmarki saavutada on soodsad – või on tana juba täpsem valjendada – olid soodsad. Antud juhul peetakse silmas üldise teadusteooria, filosoofia ja sotsioloogia seisust. Probleem on selles, et alates J. Rawlsi too "A theory of Justice"⁷⁶ ilmumisest on võimalik raakida praktilisele filosoofiale tema vajaliku koha leidmisest, mis võimaldas rajada tee analüütilisele hermeneutikale. Kadus omaparane vastasseis analüütilise ja hermeneutilise vahel. Oluline oli samuti sotsioloogiliste ja ajalooliste seisukohtade ning isegi lahtekohtade kaasatõmbamine teaduslik-teoreetilisse probleemiasetusesse. Erialakirjanduses margitakse lisaks ühe soodsa valjavaatena ka kontakte analüütilise filosoofia ning kriitilise teooria vahel.⁷⁷ Kõik see valistab ohu – nagu see senini ühel või teisel kujul esines – juriidilise argumentatsiooni teooria muutumisest ühekulgseks, vaid ühe või üksikute aspektide silmaspidamiseks argumenteerimisel.

⁷⁵ Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation. Hrsg. von Aulis Aarnio, Ilkka Niiniluoto, Jyrki Uusitalo. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, lk 7.

⁷⁶ Vt Rawls, John. A theory of Justice. Oxford, 1971.

⁷⁷ Vt Rottleuthner, Hubert. Marxistische und analytische Rechtstheorie. In: Probleme der marxistischen Rechtstheorie. Hrsg. von H. Rottleuthner. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975, lk 159 jj.

(111) kahest ulaltoodud põhjustest ilmselt ei piisa selgitamiseks, miks juriidilise argumentatsiooni teooria on muutunud õiguse teooria (juriidilise meetodiõpetuse) keskseks probleemiks. Kolmas põhjus kujutab endast kompleksi, milles eristuvad kaks aspekti. Teoreetiliselt pakub juriidilise argumentatsiooni teooria suhteliselt kindlad raamid, milles saab toimuda erinevate teooriate integratsioon, mis võimaldavad leida vastused tervele küsimuste kompleksile ja mille kaudu avanebki juriidilise argumentatsiooni olemus ja tähendus õigusteaduses. "Nii on, tuues ainult mõned näited, tavalikult moodustunud juriidilise argumentatsiooni teooria poolt vastatavad jargmised küsimused: mis on õigus ja millistest tingimustest lahtuvalt tuleb naha kehtivat õigust? Kas valjendid "tõsi", "õige" ja "õiglase" on ka kui juriidilised kategooriad rakendatavad, ning kui jah, siis millal nad seda on? Millised on põhjenduste loogilised struktuurid? Juriidilise argumentatsiooni teooria oluline eelis seisneb selles, et neid üksiküsimusi saab kasutada ulatuslikust teooriast lahtudes."⁷⁸ Teoreetilisele eelisele lisandub praktiline. Probleem on selles, et mitmed õiguse teooria küsimused on õiguspraktikas suhteliselt harva relevantseid ja seetõttu ei tarvitseta nende tähendust ja tahtsust üldse margata. Juriidilise argumentatsiooni teooria on ilmselt võimeline ka selle probleemi lahendamise ehitades "silla" õiguse teooria (juriidilise meetodiõpetuse) ja õiguspraktika vahel. Paljast teoreetiliste seisukohtade teadmise vajaduse ning tunnetamise tahtsuse rõhutamise – tundub – jaab vaheseks ilmselt ei piisa tõdemusest, et "kõige praktilisem on hea teooria", milles ju printsipiis sisu ja vorm on vastavuses. Teoreetiliste seisukohtade legitimeerimisprobleem on eriti aktuaalne tanapaeval, kus sotsiaalsete konfliktide lahendamise juriidiliste kriteeriumide abil plahvatuslikult suureneb "Silla" rajamine teooria ja praktika vahele – näiteks õigusmõistmise protsessis tippotsustaja kohtuniku poolt – ei aita kaasa mitte ainult sotsiaalse konflikti lahendamisele võimalikult õigusele vastaval viisil ja vormis, mis oleks probleemi kvantitatiivne kulg, vaid selline tegutsemine loob kindla aluse teooria vaartustamiseks õiguspraktikas ja kujutab seega probleemi kvalitatiivset poolt. Vahemtahtis pole nende subjektide subjektiivne suhtumine, kelle jaoks ju tegelikult eksisteerib õigussüsteem. Uha enam inimesi ootab õiguselt põhjendatud vastuseid juriidilistele küsimustele ja neid vastuseid ei pea ilmtingimata andma õiguspraktika, vaid vastused võivad sisalduda vastavates teooriates, ka juriidilise argumentatsiooni teoorias. Juristide eneste jaoks on aga juriidilise argumentatsiooni teooria peamiseks abimeheks jõudmaks õigusele vastava otsustuseni.

Esitatud kolm argumenti raagivad tervikliku juriidilise argumentatsiooni teooria poolt, mis iseenesest veel ei tahenda seda, et sellist teooriat on kerge luua. Tegemist on integratiivset iseloomu omava ja laia-aluselise teooriaga,

⁷⁸ Aarnio, Aulis, Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander Grundlagen der juristischen Argumentation. In: Metatheorie juristischer Argumentation. Hrsg. von Werner Krawietz. Robert Alexy. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, lk 11.

mis on kull vajalik, kuid mille realiseerimine on – teoreetilisel tasemel – aarmiselt keeruline ulesanne

Kasitledes õigusteaduse uurimise süsteemse lahenemise vajalikkust ning olemust märkisime, et õigusteaduse ulesanne on õiguse kui reaalselt eksisteeriva sotsiaalse fenomeni igakulgne ja süsteemne uurimine selle kriitilise interpretatsiooni ja esitatud seisukohtade argumenteerimise abil. Juriidilise argumentatsiooni teooria puudutab kõige otsesemalt õigusteaduse kahest olulisimast ulesandest uhte – esitatud seisukohtade argumenteerimist. Seega pole päris tapne taandada juriidilist argumentatsiooni õiguse tundmaõppimisele või, veel tapsemini, õiguse tundmaõppimise mingile konkreetsele viisile. Pigem ilmneb juriidilise argumentatsiooni teoorias *Multi Level Approach* ilmekamalt kui kusagil mujal õigusteaduses. Seda selleparast, et juriidilise argumentatsiooni teooria peab leidma vastuse küsimusele “**kuidas põhjendada juriidilisi otsustusi õigesti?**”

Kontinentaal-Euroopa õiguskultuuris võib püstitada küsimuse milleks on vaja juriidilise argumentatsiooni jaoks mingit teooriat? Põhineb ju kontinentaalne õiguskord seadusõigusel ja nimelt seadusel on kontinentaalses õiguskorras kõrgeim juriidiline jõud igasuguste juriidiliste otsustuste langetamisel. Sageli tahistataksegi kontinentaalset õiguskorda (õiguskultuuri) kui seadusõigusel põhinevat õiguskorda. Esmapilgul võib tekkida mulje, et seadusõiguse efektiivseks toimimiseks pole vaja midagi muud, kui seadusandja poolt formuleeritud (satestatud) õigusreegleid, mis paratamatult muutuvad – kui nad sisalduvad kehtivates õigustloovates aktides – õiguse rakendaja jaoks siduvaks (kohustuslikuks). Vastus sellele küsimusele on igal juhul jaatav ja seda mitmetest põhjustest lahtuvalt.

Esiteks tuletan meelde R. Davidi tuntud teesi selle kohta, et õigusnormi ulesanne kontinentaalses õigussüsteemis on anda **üldised**, kattesaadavad ja mõistetavad käitumisreeglid, mille alusel kohtunikud ja kodanikud minimaalselt pingutades võiksid maaratleda, millisel viisil tuleb probleem lahendada.⁷⁹ Õigusnormide üldisus ehk nende abstraktne iseloom (õigusnormi seda osa, milles on fikseeritud juriidilisi tagajargi kaasatoovad elulised asjaolud tahistatakse kui **abstraktset faktilist koosseisu**) loob alati olukorra, kus kaasuse lahendamine lihtsa subsumeerimise teel pole võimalik. Õigustloovate aktide tekstid vajavad tõlgendamist. Näiteks satestab Eesti Vabariigi Põhiseaduse § 3 “Rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted ja normid on Eesti õigussüsteemi lahutamatu osa.” Esmapilgul kõigiti arusaadav põhimõtte tekstib lähemal analüüsil rüdamisi probleeme. Oletagem, et tegu on kaasusega, mis puudutab inimõigusi. Vaieldamatult pole see ainult siseriikliku õiguse probleem. Prob-

⁷⁹ Vt Давид, Рене. Основные правовые системы современности. Москва. Юридическая литература, 1988, lk 99.

leem inimõigustest on eelkõige rahvusvahelise õiguse probleem. Tekivad küsimused selle kohta, (i) mida lugeda inimõigustes rahvusvahelise õiguse poolt uldtunnustatud põhimõteteks ja (ii) mida normideks ning (iii) kas ja kuidas on võimalik nende otsene kohaldamine?

Aga just need küsimused tuleb püstitada ja leida neile lahendused, et üldse oleks võimalik inimõigusi puudutavas kaasuses langetada õigusele vastavat otsustust. "Rahvusvahelised inimõigused (*Human Rights Law*) erinevad teistest rahvusvahelise õiguse poolt reguleeritud aladest. Oluliseks aspektiks on inimõiguste ja -vabaduste spetsiifilisus õiguse vallas üldse /---/. Eristudes klassikalisest rahvusvahelisest õigusest on selle vormi iseloomustajaks sotsiaalne uhtsus ja eesmärgiks rahvusvaheline sotsiaalne õiglus. Rahvusvahelised inimõigused on regulatsioonid, mis hoiavad ära riigivõimu omavoli, et garanteerida üksikisikute põhilised sotsiaalsed ootused. Riik kui rahvusvahelise ühiskonna liige on kohustatud järgima rahvusvahelisi kohustusi."⁸⁰

Sageli tuleb ette olukordi, kus seadusest ei selgu ühe või teise mõiste tegelik sisu. Piltlikult väljendudes on jõutud sellise üldistustasemeni, kust juriidilise otsustuse tegijal on raske tõmmata võrdlusjooni – raakimata samasuse kindlakstegemisest – eluliste asjaolude ja õigusnormis toodud abstraktse faktilise koosseisu vahel. Planeerimis- ja ehitusseaduse § 38 sätetab ehitise mõiste, mis on omakorda soomõisteks hoonele ja rajatisele. Vastavalt sätetusele kasitletakse hoone-na vaid selliseid objekte, mis on maatuks oluliseks osaks tanu pusivale ühendusele maapinnaga. Rajatisena sätetab seadus maapinnaga pusivalt ühendatud ehitise, mis ei ole hoone. Õigustatult margitakse erialakirjanduses "On selge, et selline maaratlus on kaugel tatuslikkusest ja sellest on vahe abi konkreetsete olukordade lahendamisel. Põhjuseks on ehitise üldmõiste defineerimata jatmine."⁸¹ Kull margib autor õigustatult "Samas tuleb tõdeda, et on mõisteid, mille ammendav defineerimine on praktiliselt võimatu."⁸² Vastuolud õiguse üldise iseloomu ja sellest tuleneva mõistete ebatuslikkuse vahel on igati õigustatud ja isegi normaalsed. Õiguse (seaduse) ulesanne ongi anda õiguse rakendaja kasutusse pusavalt üldised otsustamisreeglid. "Loomulikult on võimalik liigsete arusaamatuste vältimiseks sätetada kõik vajalikud TLS (Toolepinguseadus – R N) rakendusala seonduvad tunnused seaduses. Arvestada tuleb aga seda, et kõiki tunnuseid seadusesse kirja panna ei saa (naiteks kasvõi toolepingu maaratlemiseks vajalikud tunnused). Osa vajalikke tunnuseid ja põhimõtteid peab kindlasti välja tootama tooõigusteadus ning osad peab välja kujundama või kujundab kohtupraktika. Kohtupraktika valjakujunemine on aja küsimus, kuid teaduslikult põhjendatud teoreetiliste seisukohtade valjakujundamisega on juba algust tehtud ning seda tood tuleb jatkata."⁸³ Üldine tahendab üldistatust ehk abst-

⁸⁰ Kerikmae, Tanel. Inimõigused rahvusvahelises õiguses // *Juridica*, 3, 1996, lk 116.

⁸¹ Veinla, Hannes. Planeerimis- ja ehitusseadus ehitusõiguse allikana // *Juridica*, 2, 1996, lk 59.

⁸² Veinla, Hannes. Samas.

⁸³ Tavits, Gabriel. Kellele laieneb toolepingu seadus? // *Juridica*, 4, 1996, lk 162.

raheerimist, teatud iseloomulike tunnusoonte leidmist ning nende fikseerimist ühe või teise mõiste oluliste tunnustena. Ma pole küll päris kindel, kuid toodud näidet silmas pidades võib olla tegemist olukorraga, kus juristile kui teatud kindla professioni esindajale jääb seaduse tekstist tõepoolest selgusetuks rajatise mõiste (puuduvad olulised tunnused). Selgusetuks ei pruugi rajatise mõiste aga jääda näiteks ehitusinsenerile, kellel tänu erialastele teadmistele pole probleeme ehitiste liigitamisel hooneteks ja rajatisteks.

Samas jagan täielikult meie tegevjuristide muret selle kohta, et Eesti õiguskorras peaksid seaduste tekstid sisaldama rohkem legaaldefiniitsioone, et praktikutel oleks kergem kiiresti muutunud ühiskondlike – ka õiguslike – suhete üle otsustada. “Nagu käesoleva töö esimeses peatükis öeldud, tuleb KrMK-s (kriminaalmenetluse koodeks – R. N.) võimalikult täpselt sätestada kriminaalasjas läbivaatamisele kuuluva tsiviilhagi, tsiviilhageja ja -kostja **legaaldefiniitsioonid**, et vältida segadusi kohtupraktikas.”⁸⁴

Teiseks rõhutan, et tänapäevased õiguskorrad on keerulised juriidilised süsteemid, milledesse on kätketud tuhandeid ja tuhandeid õigusnorme. Seejärel pole põhimõtteliselt välistatud nn normide konflikti situatsioon. Õiguskordi on võimalik struktueerida õiguse valdkondi silmas pidades ja nii konstrueerub õiguskorra struktuuriks tema jagunemine era- ja avaliku õiguse normistikuks. Tinglikult võiks seda liigitust pidada õiguskorra horisontaalseks struktuuriks. Kuigi ka horisontaalsest struktuurist võivad tuleneda väga olulised juriidilised probleemid normide konflikti selle laias tähenduses silmas pidades, tuleneb normide konflikt sagedamini asjaolust, et õiguskorra struktuur on hierarhiline. Õiguskorra horisontaalset iseloomu silmas pidades toon näite lähiminevikust, mis puudutab konflikti Eesti õiguskorras. Nimelt oma määruses 9. maist 1996. a. märkis Riigikohtu tsiviilkolleegium, et vaidlused, mis tulenevad eluruumide erastamisest keeldumisest, lahendatakse tsiviilkohtumenetluse korras ja kuuluvad maa- ja linnakohtu pädevusse. Edasi väidetakse määruses, et ühe eraõigusliku subjekti kohustamine müüa vara teisele eraõiguslikule subjektile toimub erahuvides. Seega pole tsiviilkolleegiumi arvates tegemist avalik-õigusliku vaidlusega, vaid eraõigusliku vaidlusega, mida lahendatakse tsiviilkohtumenetluse korras. Lisagem, et faktiliselt oli tegemist kassatsioonkaebusega omandireformi õigustatud subjekti tegevuse peale, kes keeldus erastamisest. Halduskolleegium oli 7. märtsil 1996. a. leidnud, et niisugune vaidlus kuulub halduskohtu pädevusse. Halduskolleegiumi määruse põhjenduste kohaselt kehtestab halduskohtumenetluse seadustiku § 4 lg 2, et halduskohtusse võib pöörduda ka halduslepingust tuleneva või muu avalik-õigusliku vaidluse lahendamiseks. Seadus paneb eluruumide kohustatud subjektidele avalik-õigusliku ülesande – korraldada eluruumide erastamist. Eraõiguse subjektidel on avalik-õiguslike ülesannete täitmise kohustus. Sellest tulenevalt on eluruumide erastamisest keeldumine avalik-õiguslik toiming ja sellest tekkiv vaidlus avalik-õiguslik vaidlus. Kaebusi sellise toiminguga peale lahendab haldus-

⁸⁴ Tampuu, Tambet. Tsiviilhagi kriminaalmenetluses. // Juridica, 4, 1996, lk. 185.

kohus. Kuna kolleegiumid asusid erinevatele seisukohtadele, siis anti asi lahendamiseks Riigikohtu erikogule. Asja ettevalmistamise käigus esitati rida ekspertarvamusi, milledest ühe autorid olid Riigikohtu halduskolleegiumi nõunikud K. Merusk ja R. Narits. Kuna erikogu lahend vastas sisuliselt just nimetatud õigusteadlaste arvamusel, siis tutvustan seda lühidalt. Oma arvamuses väidavad R. Narits ja K. Merusk, et tsiviil- ja halduskohtu pädevuse piirid on määratletud avaliku- ja eraõiguse piiridega, v.a mõned erandid. Klassikaline piiritlemine avaliku ja eraõiguse vahel on saanud alguse mandri-Euroopa õiguskultuuris. Avalik õigus on see, mis lähtub riigi huvist ja eraõigus on see, mis lähtub füüsilise isiku kasust. Nii reguleerivad eraõiguse normid üksiku isiku suhteid teiste isikutega. See tähendab, et reeglina annab eraõigus isikule juriidilise vabaduse määrata õigused ja vabadused kindlaks lepinguga. Riigipoolne vahelesegamine tegevuse reguleerimise mõttes on siin piiratud. Avalikus õiguses määratakse isikute õigused ja kohustused kindlaks seaduse või määrusega, mida konkretiseerivad administratsiooni otsused. Tegemist on subordinatsiooniga, mille kohaselt on avalik õigus määratletud kõrgemalseismise või alluvussuhte kaudu. Nii täpsustub oluliselt eraõiguse ja avaliku õiguse loomus. Siiski võib juhtuda, et huvi- ja subordinatsiooniteooria kriitiline kontrollimine näitab, et toodud materiaalsed eristamise kriteeriumid osutuvad tsirkulaarseteks just avaliku õiguse erilise üle otsustamisel. Lahendusvõimaluse pakub nn institutsiooniline lähenemine. Järeldused toimingute õiguslikust režiimist on siis lõplikud, kui tegutsevat subjekti (avaliku võimu kandjat) ei saa asendada teise (eraõigusliku) toimingusubjektiga. Kuna avaliku võimu kandjad võivad tegutseda ka eraõiguslikes vormides, tuleb nüüd küsida, kas avalik-õiguslik subjekt teatud viisil käitub nii ka talle antud avalikku võimu realiseerib. Jaatav vastus tähendabki, et tegemist on avalik-õigusliku situatsiooniga. Eluruumide erastamist Eluruumide erastamise seaduse alusel ei saa käsitleda eraõigusliku tehinguna, sest:

- (1) eluruumide erastamine ei ole omaniku poolt tema omandis oleva korteri müük, s.t eraõiguslik tehing. Kohustus erastada (võõrandada) tuleneb otseselt seadusest. Oma iseloomult kujutab erastamine endast sundvõõrandamist;
- (2) eluruumide erastamist saab vaadelda üksnes lähtudes avalikest huvidest, s.t ta toimub avalikes huvides. Avalikes huvides – seda väljendas Riigikogu seadust vastu võttes – on tagada elamute parem hooldamine ja säilimine. Lõpuks on eluruumide erastamise näol tegemist omandireformi osaga, mille eesmärgiks on omandisuhete ümberkorraldamine. Vaieldamatult on jälle tegemist avaliku huviga;
- (3) kui me riigi või kohaliku omavalitsuse puhul saame rääkida avalik-õiguslike ülesannete täitmisest, siis sama kehtib ka teiste kohustatud subjektide kohta;
- (4) kuna eluruumide erastamise seadus kuulub avaliku õiguse valdkonda, siis kohustatud subjektile lasuv kohustus erastada eluruumi ei ole juriidiline fakt tsiviilõiguse tähenduses. Tsiviilõigused ja -kohustused tekivad pooltel ostu- ja müügilepingu sõlmimisel. Alates sellest faktist saab rääkida eraõiguslikest suhetest, enne seda on tegemist avalik-õiguslike suhetega.

Õigusnormid, mis sisalduvad õiguse allikates, moodustavad "õiguse püramiidi", kus püramiidi osadel – õigusnormidel ja õigustloovatel aktidel – on oma kindel koht. Õiguskorra hierarhilisuse põhiline idee seisneb selles, et

“õiguse puramüdis” peab iga madalamal astmel asuv norm või õigustloov akt olema vastavuses – mitte olema vastuolus – kõrgemalseisva normi või õigustloova aktiga. Vastuolu korral ongi tekkinud põhimõtteliselt normide konfliktsituatsioon. Kuid normide konflikt võib tuleneda mitte ainult õiguskorra struktuuri aluseks võttes, vaid näiteks sellest, et uhte ja sama elulist asjaolu reguleerivad mitmed õigusnormid.

Kolmandaks tuleb juhtida tahelepanu juriidilise argumentatsiooni teooria vajalikkusele seoses sellega, et igas õiguskorras esineb lünkasid. Ükski seadusandja pole võimeline nii tapselt tulevikku vaatama, et näha ette kõiki võimalikke arenguid, mis nõuavad õigusega reguleerimist. Veel hiljuti ei olnud andmebaaside kaitse juriidiliseks probleemiks, tohutult on edasi arenenud keskkonnaõigus jne. Ka kõige paremal juhul jõuab aga õiguse rakendaja katte objektivse õiguse tekst, mis on vastu võetud teatud aeg tagasi. Õiguse rakendajat lahutab objektivse õiguse sunnist alati ajaline distant. See distant muutub iga ajahükkuga suuremaks. Seega on objektivne õigus õiguse rakendaja vaatepunktist suhteliselt staatiline nähtus võrreldes dünaamilise ühiskondliku eluga. Elulistele asjaoludele vastava abstraktse faktilise koosseisu mitteleidmine võib olla tingitud kahjuks ka sellest, et seadusandja pole tootanud kullalt kvaliteetselt. Parafraseerides kriminaalõigusest tuntud otse tahtluse põhimõtet võis ja pidi ette nägema. Kui seda süüski pole juhtunud, satub õiguskorda õigustloov akt, millesse on lünk juba algselt sisse programmeeritud.

Neljandaks juhün tahelepanu võimalusele *contra legem* otsustuste lange tamiseks. Jutt ei ole süükohal näiteks *contra legem* maarustest, mille vastu võtmiseks peab olema *expressis verbis* põhiseaduslik volitus. Probleem on õiguse mõistmisest õiguse rakendamisel ja see on taandatav kahele põhimõtteliselt erinevale arusaamale: positivistlikule ja loomuõiguslikule. Õiguspositivistid on nimelt seisukohal – toetudes Thomas Hobbesi, Hans Kelseni, H. L. A. Harti parandile –, et iga korralist õigusteed pidi sundinud seadus on vaatamata tema sisule kohustuslik.⁸⁵ Tegemist on põhimõtteliselt “puhtast õiguse teooriast” pärineva seisukohaga, millele andis süsteemiteoreetilise põhustuse Niklas Luhmann, kes vaidab õiguse olevat ühiskonna poolt loovutatud poliitilise süsteemi otsustuse. “Õiguse positiveerimine tähendab, et suvalise sisu jaoks piisab legitiimsusest õiguse kehtimisest.”⁸⁶ Loomuõigus seevastu – toetudes Platoni õpetusele ideest, Kanti õpetusele mõistusest ja Hegeli dialektilisele ajaloo arengule kutsub ules õigust ennast järgima “õiget” õigust.

⁸⁵ Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart Hrsg. von W. Hassemer, A. Kaufmann 6. Aufl., Heidelberg Müller, 1989, lk 179.

⁸⁶ Luhmann, Niklas. Positives Recht und Ideologie. In: Soziologische Aufklärung, 2. Aufl., Köln Westd. Verl. 1971, lk 180.

Tundub, et probleemivaba pole kumbki kasitlus. Uheld poolt ei saa jurist kuidagi jätta tahelepanuta objektiivset õigust. Objektiivset mitte millegi olemasoleva ja "hea" tähenduses, vaid kehtiva õiguse tähenduses. Samas tunnistaks me selliselt näiteks Stalini või Hitleri perioodi õiguse "tegelikuks õiguseks". Teiselt poolt, kui oleks tõepoolest olemas absoluutne moraal ja absoluutne õiglus, mis vastaks inimese loomusele ja tuleneks inimese loomusest, poleks vaja mingisuguse ideaalse põhinormi üle diskuteerida, loomusõigus oleks sellisel juhul meile kaasasundinud.

Pikemalt põhjendamata juriidilise argumentatsiooni teooria vajalikkust rõhutan, et juriidiline argumentatsioon pole mitte ainult õiguspraktika ja praktilise (dogmaatilise) õigusteaduse põhisisuks. Juriidilise argumentatsiooni teooria kujutab endast meetodiõpetuse kesksel osal, mis baseerub just juriidilise argumentatsiooni teoorial. Tavaliselt arvatakse nende argumenteerimisreeglite hulka ka sellised, mida kasutatakse õiguse leidmisel üksikjuhul, s.t. reeglid õiguse tõlgendamisest ja rakendamisest (kaasa arvatud õiguse arendamine kohtuniku poolt), edasi arvatakse siia sellised reeglid, mis puudutavad juriidilist mõiste- ja süsteemimoodustamist.⁸⁷

Samas on viimasel ajal juriidiline argumentatsioon probleemina tõusetunud ka õiguse teoorias (uldises õpetuses õigusest, *Legal Theory*), õiguse filosoofias ja õiguse sotsioloogias kui õiguse tunnetamise erinevates viisides. Kuid ikkagi on jaanud vaieldavaks küsimus sellest, kas ja kui kaugeleulatuv on üldse ratsionaalselt põhjendatud inimpraktika orienteerimine argumentatsiooniteooria raamides. Põhjuseks on siin õiguse teooria enda areng eriti viimastel aastakümnetel, mida kasitleme kui paradigmatvahetust õigusemõtlemises. Kull aga kehtib üldine tahelepanek selle kohta, et see, kes arendab teooriat juriidilise argumenteerimise kohta, arendab paralleelselt oma teooriat juriidilisest argumenteerimisest.

On tõsiasi, et kaasajal eksisteerib mitmeid juriidilise argumentatsiooni teooriaid. Olgu siinkohal näiteks nimetatud ratsionaalse juriidilise diskursi teooria (R. Alexy), praktilise diskursi teooria (M. Habermas), argumentatsiooni teooria kui ühiskonna teooria (H. Rodingen), nn "uus retoorika" (Ch. Perelman), "õiguse transformatsioonide ("hupete") teooria" (A. Peczenik) jne.⁸⁸

Tundub, et selleparast on vajalik probleemi kasitleda metateooria tasandil ehk teisisõnu raakida teooriast, mis hõlmab teooriaid juriidilisest argumentatsioonist. Ja jutt on nimelt juriidilise argumentatsiooni **metateooriast**.

⁸⁷ Krawietz, Werner. Juristische Argumentation und Argumentationstheorien auf dem Prüfstand. In: Metatheorie juristischer Argumentation. Hrsg. von Werner Krawietz. Robert Alexy. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. lk 3.

⁸⁸ Loe ulevaatlikult Neumann, Ulfrid. Juristische Argumentationslehre. Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1986. lk 60–63, 65–66, 70–71, 78–81, 98–100.

ning mitte juriidilisest argumentatsioonist kui kaasajal reaalselt eksisteerivast teaduslike arusaamade pluralismist juriidilise argumenteerimise kohta. Probleem on selles, et vaatamata paljudele juriidilise argumentatsiooni erinevatele teooriatele pole nende hulgas ilmselt siiski "ühte ja ainuõiget", mis annaks ainukesena õigeid lahendusi ja põhjendusi. Tänapäevane juriidilise argumentatsiooni teooria peabki seepärast rajanema erinevate ja üksteisega konkureerivate teooriate integreerimisele. Nii ei tule metateoreetiliselt tasandilt vaadatuna aru saada juriidilise argumentatsiooni teooriast kui olemasolevate teooriate kriitikast. Üks esimesi õnnestunud teaduslikke katseid sellist metateooriat luua ja kirjeldada pärineb A. Aarniolt, R. Alexylt ja A. Peczenikult.⁸⁹

Samas pole juriidilise argumentatsiooni teooria võimeline andma absoluutselt lõplikke vastuseid. Teame, et näiteks õiguse filosoofia, mida võib läbi aegade kutsuda õigluse otsivaks teaduseks, tõstatab sama küsimuse ikka ja jälle. Mispärast ei saa aga püstitada küsimust "miks pole õiguse filosoofia sellele küsimusele küll lõplikult vastanud?". Ehk pole ta enda ette seatud ülesandega toime tulnud? Selliselt ei saa küsimust püstitada eelkõige seepärast, et lõplikke ja absoluutselt täiuslikke lahendusi polegi võimalik leida. Ühelt poolt tegeleb õigusteadus ajas ja ruumis pidevalt muutuva nähtusega ja teiselt poolt on õiguse tundmaõppimine seotud alati nn determinatsiooni koefitsiendiga, mis tähendab seda, et õigusteaduslikus uurimistöös peegelduvad selle uurimistööga tegelejate enda arusaamad, maailmavaade ja teadmiste ulatus ehk – lühidalt öeldes – subjektiivne moment.

3.1. JURIIDILISE ARGUMENTATSIOONI TEOORIA PIIRID

Juriidiline argumenteerimine on kõikide õiguskultuuride immanentseks osaks olenemata sellest, kas tegemist on mandri-Euroopa õiguskultuuriga, anglo-ameerika (*common law*) õiguskultuuriga, islami õiguse või sotsialistliku õigusega. Vaatamata väga erinevatele arusaamadele õiguse olemusest, õiguse allikatest, õiguse realiseerimisest jne sünnivad juriidilised otsustused valdavalt läbi juriidilise argumentatsiooni. Kontinentaal-Euroopas ei kujutata ette, kuidas võiks näiteks juriidilise otsustuse tegemisel toetuda koraanile, mis aga islamimaailmas on tavaline. Just koraan on selles õiguskultuuris tõeline dogma, mida ükski inimene kunagi pole milleski muutnud ega ole pädev seda tegema ka tulevikus. Õigussüsteemi lahutamatu ja muutmatu

⁸⁹ Vt. Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander. Grundlagen der juristischen Argumentation. In: Metatheorie juristischer Argumentation. Hrsg. von Werner Krawietz, Robert Alexy. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, lk. 9–87.

osana aitavad viited “jumalikule õigusele” otsust oluliselt argumenteerida. *Common law*’s seevastu tuuakse menetluse käigus otsustaja – kohtuniku – ette olemasolev *ratio decidendi* ehk juba olemasolevates kohtuotsustes sisalduv ja – mis peamine – otsustaja jaoks siduv ehk kohustuslik juriidiline materjal. Sotsialistlikus õiguses – kuhu näiteks tänapäeval Hiina õiguse võib lugeda – võidakse juriidiliste argumentide hulka arvata sotsiaalsed, poliitilised ja nendega analoogsed mõjurid. Teiste sõnadega – õiguskultuurist lähtuvalt on juriidilise argumentatsiooni teooria jaoks välja kujunenud teatud kindlad piirid. Seetõttu ei tule ei argumentatsiooni piire ega teooria põhiküsimusi vaadelda universaalsetena. Esitatud käsitluses reflekteerub parimal juhul õhtumaade kultuuri poolt kujundatud arusaam juriidilisele argumentatsioonile esitatavatest piiridest.

Kuuludes kontinentaal-Euroopa õiguskultuuri, tuleb arvestada seda kultuuri kujundanud ja kujundavate mõjuritega, mis seavad juriidilisele argumentatsioonile ka kontinendil oma piirid. Põhimõtteliselt oleks mõistlik juriidilise argumentatsiooni piire näha alljärgnevas:

- (i) juriidiline argumentatsioon on vahetult seotud otsustamisprotsessi endaga ja seetõttu on ta alati seotud sotsiaalsete konfliktide menetlemisega. Menetlus ise on teatud siduvate reeglite kogum ja juriidiline argumentatsioon ei saa väljuda selliste siduvate reeglite nõuetest. Otsustamisprotsessis on argumenteerimisel võimalik kasutada kahte vormi: suulist ja kirjalikku. Ei saa märkimata jätta, et otsustamisprotsess peab alati võimaldama kirjalikku vormi. Siin on märgata omapärane side õiguse tegeliku ajaloo (*ius scriptum*) ja juriidilise argumentatsiooni kirjaliku vormistamise vajalikkuse vahel;
- (ii) juriidiline otsustamisprotsess peab võimaldama ratsionaalset diskurssi (vaidlust), mille sisuline külg on määratud sotsiaalse konflikti olemuse ja tegelikkuses asetleidnud eluliste asjaoludega. Sisuline diskurss peab olema piisav selleks, et jõuda õigusele vastava otsustuse langetamiseni;
- (iii) oluline on märkida, et juriidilist otsustamisprotsessi ja juriidilist argumenteerimist ei tohi välja rebida ühiskondlikust kontekstist. Kes meist poleks kuulnud ütlemist, et elus on kõik kõigega seotud. See elutark ütlemine väärib täit tähelepanu ka juriidilises otsustamisprotsessis. Nimelt on nii juriidiline otsustamisprotsess kui ka juriidiline argumenteerimine vastavalt üldise otsustamisprotsessi ja üldise argumenteerimise juhud, nii nagu punktis (ii) märgitud juriidiline diskurss on üldise diskursi erijuht;
- (iv) juriidiline argumentatsioon on praegusaja riikluse tingimustes teatud ulatuses kontrollitav ja kritiseeritav legislatiiv- ja täidesaatva võimu poolt. Jutt on õigusriigile omasest nähtusest. Probleem on selles, et mitte iga poliitiline süsteem, mis ennast õigusriigina identifitseerib, pole tegelikkuses õigusriik. Tal

puudub kas vastav riiklik organisatsioon või vastav otsustamisbürokratia. Teisalt võib aga tegu olla õigusriigiga, kui ta ise seda ei deklareerigi. Eksisteerib traditsiooniline riigiõiguslik mõtlemine, mis kas kontinentaalses õiguskultuuris⁹⁰ või ka *common law's* kui *Rule of Law*⁹¹ lähtub Montesquieu poolt väljatöötatud võimude lahususe teooriast, mis võimaldab juriidilist argumentatsiooni teatud mõttes kontrolli all hoida ning juriidilist argumentatsiooni ka kritiseerida. Näiteks võib siinkohal tuua parlamendis toimuvaid diskussioone, kohtuinstantside tööd apellatsiooni- ja kassatsiooniastmes jms.

Tundub, et toodud piirid iseloomustavadki juriidilise argumentatsiooni "mänguruumi" kontinentaal-Euroopa õigusruumis. Õigusteaduse seisukohalt ei oma aga toodud piirid mingit siduvat tähendust. Märkisime juba kord, et õigusteadus, nagu iga teinegi teadus, on internatsionaalne teadus selle sõna sisulises tähenduses ja pole õiguskultuuri, kus puuduks juriidilise argumentatsiooni teooria. Nii kuuluvad õiguskultuuri õigusteaduses käsitlemist leidnud õiguse tunnetuse võimalikud erinevad viisid: õiguse filosoofia, õiguse sotsioloogia, õiguse ajalugu ja õiguse teooria (*Multi Level Approach*). Kuid uuritavast objektist – õigusest – olemas olevad erinevad ettekujutused ning uurimisviiside enda erisused võivad teadusliku tunnetuse viia erinevatele tulemustele. Käesoleva töö autor annab endale aru, et võib-olla adub ta adekvaatselt seadusõigusel (ja kindlasti tuntavalt vähem teiste õiguskultuuridega seonduvaid) põhinevaid ja seadusõigusest tulenevaid probleeme ning on võimeline pakkuma siin oma-poolseid lahendusi. Sellepärast tulebki töö seda osa käsitleda kui õhtumaa õiguskultuuri poolt kujundatud probleemi, selle probleemi ulatust (struktuuri) ja sisulisi lahendusi.

3.2. JURIIDILISE ARGUMENTATSIOONI TEOORIA STRUKTUUR

Juriidilisest argumentatsioonist saab ratsionaalselt rääkida juhul, kui ühiskonnas on teatud kindla ühiskondliku elu korrastamiseks ja kaitsmiseks olemas kindla kvaliteediga sotsiaalsed normid. Jutt on antud kontekstis loomulikult õigusnormidest kui üldise iseloomuga käitumismastaapide, mis on välja töötatud riigi poolt ja mis on siduvad (kohustuslikud) täitmiseks

⁹⁰ Vt. näiteks Eichenberger, Kurt. *Föderalismus und Regionalismus in Europa*. Baden-Baden: Nomos, 1990 lk. 9 jj.; Häberle, Peter. *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*. In: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*. 18, 1991, lk. 261–274; Schulze-Fielitz, Helmuth. *Der informale Verfassungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

⁹¹ Vt. näiteks Summers, Robert S. *Instrumentalism and American Legal Theory*. London: Ithaca, 1982, lk. 75, 203, 252; MacCormick, Neil D. *Der Rechtsstaat und die rule of law*. // *Juristen Zeitung* 1984, lk. 65–70; Simpson, Brian. *The Common Law and Legal Theory*. In: *Legal Theory and Common Law*. William Twining (Ed.) Oxford–New-York, 1986, lk. 8–25.

kõigile, kes osalevad õiguse realiseerimise protsessis selle sõna laias tähenduses. Eriti aktuaalseks muutub küsimus juriidilisest argumentatsioonist siis, kui on toimunud sotsiaalne konflikt. Õiguse realiseerimine toimub sageli märkamatu õiguse realiseerija seisukohast vaadatuna. Selline olukord on täiesti loomulik, sest valdavalt imponeerib inimestele kord ühiskondlikes suhetes. Paljude suhete korrastatuse n-ö riigipoolseks kinnituseks ongi nende suhete õiguslik reguleerimine või kaitsmine. Õiguse realiseerijad aga elavad lihtsalt oma igapäevast elu ega mõtle ei otseselt ega kaudselt, et üks või teine situatsioon – eluliste asjaolude gamma – kuulub õigusliku reguleerimise sfääri ja seoses sellega on inimese enda staatus omandanud selle situatsiooniga seoses õiguslikud jooned – inimene on muutunud subjektiivsete õiguste ja kohustuste kandjaks. Mõnikord läheb tavainimesel – mõeldud on ilma juriidilise erihariduseta inimest – siiski vaja juriidilisi teadmisi. Siin saavad talle tavaliselt abiks olla kvalifitseeritud juristid. Kuid kõik see ei puuduta veel küsimust juriidilisest argumentatsioonist. Juriidilise argumentatsiooni küsimus tõuseb päevakorda siis, kui (i) õigus sünnib õiguskorda ja (ii) on toimunud sotsiaalne konflikt sellises ühiskondliku elu sfääris, mis kuulub õiguslikult reguleeritud või kaitstud suhete sfääri.

Alljärgnevalt püüamegi konstrueerida juriidilise otsustamisprotsessi ning leida selle seosed ja suhted juriidilise argumentatsiooniga.

I Sotsiaalse konflikti situatsioon:

- (1) elulised asjaolud ehk probleem kui selline;
- (2) õigus kui juriidiline alus konflikti lahendamiseks.

II Sisemine argumenteerimine:

- (1) abstraktne faktiline koosseis;
- (2) juriidilist tähendust omavad elulised asjaolud;
- (3) juriidiline otsustus (punkti 2 suhe punkti 1);
- (4) otsustuse väärtustav järelkontroll (õiguse printsiibid, sotsiaalse korra printsiibid jms).

III Väline argumenteerimine:

- (1) tõlgendamine (teleoloogiline aspekt)
 - (a) keeleline;
 - (b) ajalooline;
 - (c) süstemaatiline;
 - (d) mõtte- ja eesmärgikohane.

Seda põhimõttelist (samamoodi lihtsustatud) skeemi silmas pidades märkame, et juriidiline argumentatsioon tuleb kõne alla siis, kui on vaja langetada juriidiline otsustus. Nii on juriidilise argumentatsiooni teooria seotud ka ar-

gumenteerija subjekti küsimusega. Oluline on tähele panna veel seda, et tegemist pole mitte suvalise subjekti poolt tehtud juriidilise otsustusega.

Juriidiliseks otsustuseks on ju näiteks tavainimese otsustus laenata tuttavale raha või otsustus osta poest järelmaksuga pörandavaip jne. Pole kahtlust, et kui üks abikaasadest on otsustanud oma tuttavale laenata raha, räägib ta sellest ka teisele abielupoolele. Kindlasti tuleb juttu ka põhjustest, miks ta sellise sammu astub. Inimene argumenteerib oma seisukohta antud küsimuses. Küll võib kindel olla, et tegemist pole mitte juriidilise argumentatsiooniga. Ja isegi, kui inimene argumenteerib oma otsustust raha laenata juriidiliste argumentidega – näiteks, et laenuleping näeb ette võimaluse igapähe oma vaba tahte alusel raha laenata ning et ta võtab laenu saajalt allkirja raha laenamise kohta ning et laenulepingus fikseeritakse raha tagasimaksmise kord ning tähtaeg – ei kuulu antud situatsioon juriidilise argumentatsiooni teooria valdkonda.

Õigusteaduses räägitakse juriidilisest argumentatsioonist siis, kui argumenteerimisega tegeleb subjekt, kellel lasub otsustamise kohustus. Juriidilise argumentatsiooni teooria ongi mõeldud neile subjektidele, kes tegelevad ametikohustuste tõttu juriidiliste otsustuste vastuvõtmisega. Tavapäraselt tähistatakse seda osa õiguse realiseerimise protsessist kui õiguse rakendamist. Siiski on juriidilise argumentatsiooni teooria tunnetuslik tähendus laiem. Nimelt kuulub argumenteerimise põhitõdede teadmine immanentse osana juriidilise hariduse juurde ning seepärast on maailma ülikoolides õpetatud alati õigusteaduse meetodiõpetusega seonduvaid probleeme. Seepärast ei lähe ka *Multi Level Approach* õiguse tunnetamisel mööda juriidilisest meetodiõpetusest. *Multi Level Approach*'ist lähtuvalt kuulub juriidiline meetodiõpetus *level 3* tasandil praktilise (dogmaatilise) jurisprudentsi järel järgmise tasandina – ka distantse mõttes – õiguspraktikast enesest õiguse tunnetusvahendite hulka. Sellepärast ei huvitu antud käsitus mitte niivõrd subjekti küsimusest, kuivõrd juriidilise argumentatsiooni teooriast tema metatasemel.

3.3. TRANSFORMATSIOONID ÕIGUSES

3.3.1 TRANSFORMATSIOONI MÕISTE

Inimteadmised on rajatud omapärasele transformatsioonide jadale. Nii-samuti on antud ajas ja ruumis tunnustust leidnud väärtused leidnud oma tee teadvusesse – ka ühiskondlikul tasandil – läbi transformatsioonide. Neid transformatsioone võib tähistada ka kui “hüppeid”.⁹² Transformatsioonide kaudu on võimalik konstrueerida ka üldisi teooriaid olgu siis lähtuvalt looduseadustest, sotsiaalsete normide süsteemidest või väärtussüsteemidest. Igal juhul on võimalik erinevate astmete hierarhiat näha mõistete alusena. Selline arutlus

⁹² Vt. Peczenik, Aleksander. *The basis of legal justification*. Lund: Univ. Humanist. Fak., 1983.

viitab sellele, et transformatsioonidel on oma koht juriidiliste seoste ja suhete tunnetamisel.

Transformatsioon saab toimuda teatud eeldustel ja teatud tingimuste täitmisel:

- (i) p esitatakse kui q põhjus (alus);
- (ii) q ei tulene loogiliselt p -st.

Siit järgneb, et analüütilise eelduse lisamine ei muuda üleminekut p -lt q -le deduktiivseks ehk lihtsaim vormel on transformatsiooni jaoks järgmine: $p \mathbf{T} q$, kusjuures p ja q võivad esineda rohkem kui eeldustena. Sellele vastavalt – kui on vajalik – võib kasutada kompleksvalemit:

$$(p_1, \dots, p_n \mathbf{T} q_1, \dots, q_n).$$

Juhin tähelepanu sellele, et loogilise järjepidevuse puudumine ja transformatsiooni käsitlemine kujutavad endast erinevaid asju. “On psühholoogiline tõsiasi, mida nn avastamisseoses (*context of discovery*) käsitletakse, et “hüpped” haaratakse kaasa. Õigustusseoses (*context of justification*) diskuteeritakse selle üle, kas teadmine, mida “hüppe” abil saavutatakse, on üleüldse õigustatud.”⁹³

3.3.2. TRANSFORMATSIOONIREEGLITEST

Õigustusseoses toimub erinevate transformatsioonide kriitiline reflektioon ja just see näitab, et on olemas teatud transformatsioonireeglid. Vähe-malt mõne transformatsiooni puhul õigustab transformatsioonireegel R üle-minekut p -lt q -le. R on siis transformatsioonireegel, kui p -st koos R -ga järg-neb loogiliselt q ja kui teised tingimused – millest tuleb juttu edaspidi – on täidetud. Ka teiste tingimuste osa on oluline q deduktiivsel õigustamisel. Just transformatsioonireeglid ja nendel põhinev transformatsioon on juriidilise argumentatsiooni algstruktuuri olulisemaks osaks. Transformatsioonireeglite olemasolu ei tee transformatsiooni mõistet iseennast ülearuseks. Võrreldes transformatsioonireeglitega on transformatsiooni mõiste baasmõisteks. Nagu teisigi reegleid – kasvõi jalgpallireegleid – on vaja ainult niivõrd, kuivõrd jalgpall kui teatud reeglitel põhinev mäng üldse olemas on. Tuleb tähele panna, et mitte kõik transformatsioonid ei järgi transformatsioonireegleid,⁹⁴ samuti seda, et transformatsioonireeglid pole “kuldreeglid” ja ei ole võimelised lahendama kõiki küsimusi ühetähenduslikult, mõnikord teevad nad seda piiratult, mõnikord liiga laialt jne. Seega võivad mõningatel juhtudel transformatsioonid olla transformatsioonireeglitega mitte seotud, vaid koguni nen-

⁹³ Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander. Osund. teos, lk. 14.

⁹⁴ Vt. Aarnio, Aulis. Legal Reasoning. Aldershot: Dartmouth, 1992, lk. 72 jj.

dest vabad.⁹⁵ Nüüd saabki ilmselt arusaadavaks, miks on transformatsioonide puhul õigustatud sellise ilmeka väljendi nagu seda on "hüpe" kasutamine. Kui pole olemas transformatsioonireeglit, mis reguleeriks sammu p-lt q-le, siis saab edasi minna p-lt q-le "hüppe" abil. Kui aga selline reegel on olemas, siis välistavad transformatsioonireeglid "hüppe" niivõrd, kuivõrd samm p-lt q-le koos transformatsioonireegluga on deduktiivne. Muus tähenduses elimineerivad "hüppe" teatud juhised, mis pole muidugi transformatsioonireeglid. "Hüpet" elimineerivad juhised on analüütilised. Analüütilisus elimineerib "hüppe". Kui eeldus "kui p, siis q" ja sellele korrespondeeruv juhis on analüütiline, siis pole samm p-lt q-le transformatsioon ja juhis ise pole transformatsioonireegel. Analüütilisusele on võimalik anda loogiline vorm: "Markus on eestlane või Markus ei ole eestlane"; juriidiline näide võiks olla: "kui kaupmees Kallel on õigus ostjalt Mallelt 76 krooni saada, siis ostjal Mallel on kohustus see kaupmees Kallele anda." Mis on analüütiline, see jääb analüütiliseks igapäevase jaoks, kes seda keelt oskab ja kõneleb. (Monograafia viimane osa on pühendatud spetsiaalselt keele ja õiguse vahekordade mõnede aspektide – õigusteaduse meetodiõpetuse – küsimustele ehk teisisõnu analüütilisele jurisprudentsile omasele probleemile.)

Siinkohal esitaksin kolm võimalikku eelduste liiki, mida tulebki käsitleda *a priori*:

- (i) eeldused, mis on tavalises keeles analüütilised ja millised näited me ülal ka esitasime;
- (ii) sellised, mis on tõestatavad definitsioonide k.a loogikareeglite abil. Definitsioonid, kindlad postulaadid jms leiame kas tavalisest keelest või omistame need tavalisele keelekasutusele;
- (iii) eeldused, mis jäävad kahe eespoolkirjeldatu vahepeale. Nad on küll tõestatavad loogikareeglite abil ja neil on väljakujunenud tähendused (-varjundid), kuid samas on nad jäänud tavalises keeles tähendustena vaieldavaiks – on ühtede poolt tunnustatud ja teiste poolt mittetunnustatud.

Transformatsioon $p \rightarrow q$ on siis transformatsioon, kui ta ei toetu eeldustele, mis on tavalises keeles analüütilised. "Teiselt poolt võidakse väidet "kui p, siis q" ühtede poolt põhimõtteliselt aktsepteerida, samal ajal kui teised ennast selle suhtes neutraalselt üleval peavad; või mõnede poolt tagasi lükatakse, samal ajal kui mõned käituvad neutraalselt; või üksikute poolt aktsepteeritakse ja teiste poolt tagasi lükatakse."⁹⁶

⁹⁵ Vt. Feyerabend, Paul K. Erkenntnis für freie Menschen. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979, lk. 57.

⁹⁶ Vt. Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Pecznik, Aleksander. Osund. teos, lk. 17.

3.3.3. TRANSFORMATSIOONILIIKIDEST

Transformatsioonid õiguses toovad eriti selgelt esile transformatsiooni struktuuri, sest jurisprudentsis – silmas on peetud ikka ja jälle kontinentaal-euroopalikule õiguskultuurile omast õigusemõtlemist – eristub “olemise” ja “pidamise” kategooria teistsugusena kui ta eristub loodusteadustes või näiteks sotsiaalsetes uurimistöodes. Ilmar Tammelo on pakkunud kirjeldatava nähtuse tähistamiseks terminit “kategooria-transmutatsioon”.

Õigust puudutavad kahte liiki transformatsioonid. Nagu iga teisegi valdkonna tunnetamine, on ka õiguse tunnetamine sõltuvuses transformatsioonidest. Juriidiline tunnetus on aga kompleksne tunnetus, millest annab tunnistust meie poolt juba esitatud *Multi Level Approach* õiguse uurimise võimalikkus ja vajalikkus. Seepärast pole raske teha järeldust selle kohta, et tegemist saab olla transformatsioonidega õiguses ja transformatsioonidega väljaspool õigust ennast. Meenutagem juriidilise otsustamisprotsessi skeemi ja me näeme, et ka siin on võimalik ja vajalik näha ühelt poolt sisemist põhjendust kui teatud osa juriidilisest argumenteerimisest ja teiselt poolt välist põhjendust kui samuti juriidilise argumentatsiooni ühte immanentset osa.⁹⁷

Transformatsioon õiguses on üldise transformatsiooni erijuht ja ta leiab aset siis, kui konklusioon kehtiva õiguse üle on tuletatud transformatsiooni eeldustest, millest ükski ei väljenda või maini kehtivat õigust. Selline väline transformatsioon on tõepoolest oluline samm, kuna ta tähendab seda, et tõsiasiadest (faktidest) – mitteõiguslikku tähendust kandvast “pidamiskorrast” – jõutakse õiguslikku tähendust kandva “pidamiskorrani”. Õiguslikku tähendust kandev “pidamiskord” polegi midagi muud kui kehtiv õigus: kui on täidetud teatud kriteeriumid, siis peab vastavat normi õiguse seisukohast järgima.⁹⁸ Kirjeldatud transformatsiooni on võimalik esitada valemiga: $S_1 \dots S_n$ (alused) olemasolul on käitumisreegel kehtiv, kui eksisteerivad sotsiaalsed tõsiasiad $K_1 \dots K_n$. Seega peavad eksisteerima teatud alused, tõsiasiad (valdavalt väärtused), et jõuda pidamiskorrani õiguslikus tähenduses. Nii oleme kirjeldanud ühte võimalikku transformatsioonireeglit. Tegemist on transformatsiooni ühe aspektiga õiguses, samas kategooriaga “transformatsioon”. Õigusnormide kui käitumisjuhiste enda kvantiteet ehk hulk, mida hõlmab transformatsioon kui kategooria, on erinevates õiguskultuurides erinev. Seadused (kontinentaal-euroopalikus õiguskultuuris) ja pretsedendid (anglo-ameerika õiguskultuuris) väljendavad just juriidilist pidamiskorda, kuna neid luuakse eelkõige “põhinormist” lähtuvalt, kohtunikuotsustused

⁹⁷ Vt. Schwintowski, Hans-Peter. *Recht und Gerechtigkeit: eine Einführung in Grundfragen des Rechts*. Berlin: Springer, 1996, lk. 77–82.

⁹⁸ Ülevaatlilikult kriteeriumide kohta vt. Narits, Raul. *Õiguse entsüklopeedia*. Tallinn, 1995, lk. 19–21.

väljendavad samuti pidamiskorda, kuna nad peavad vastama seadustes sisalduvatele tingimustele. Nüüd saame transformatsioonivalemiks: $S_1 \dots S_n$ alusel on reegel kehtiv, kui eksisteerivad sotsiaalsed tõsiasiad $K_1 \dots K_n$ ja kui ka sotsiaalselt olemasolevad (reaalsed) tingimused eksisteerivad, siis on käitumisjuhise N õiguse seisukohast siduv.

3.3.4. TRANSFORMATSIOONIKRITEERIUMID

Seoses esitatud transformatsioonivalemiga on võimalik tähelepanu pöörata asjaolule, et kui on täidetud valemis toodud tingimused, siis võib rääkida mitte lihtsalt käitumisjuhise N siduvusest, vaid väita, et käitumisjuhise N on ka kehtiva õiguse allikas. Pole päris identne, kas käitumisjuhise N on õiguse allikas või käitumisjuhise N tuleb õiguse seisukohast täita. Probleem on selles, et mitte ainult õiguse allikad, vaid ka need normid, mis kujunevad interpreteerimise ja argumenteerimise tulemusena, on õiguse seisukohalt täitmiseks kohustuslikud. Kui isegi kehtiva õiguse kui pidamiskorra implikatsioon jätta tähelepanuta, jääb ikkagi päevakorda probleem õiguse allikate identifitseerimisest ehk küsimus sellest, milliste kriteeriumide alusel on võimalik leida õiguse allikaid (*the rule of recognition*).⁹⁹ Näiteks võib märkida, et juba põhiseaduse enda kehtimise kohta eksisteerib erinevaid teooriaid, millest enamus kannavad võrreldes õiguse endaga eksternset iseloomu, kuid on samas kompleksse iseloomuga. Ei saa märkimata jätta, et paljud kasutavad identifitseerimiseks nn väärtuskriteeriume kõrvuti meie poolt esitatud faktiliste kriteeriumidega. Teiste sõnadega – teatud normatiivne süsteem ainult siis (kehtiv) õigus, kui tal on relevantne ühiskonnas üldtunnustatud väärtuste suhtes. Samuti on võimalik näha esitatud kriteeriumide – faktiliste ja väärtuseliste – erinevaid kombinatsioone, mis lõppastmes viivad õiguse (kehtiva) tunnustamiseni. Pole välistatud ka selline olukord, kus toimub “hüpe” sotsiaalselt tõsiasiadelt ja mitteõiguslikelt väärtustelt õiguse allika tunnustamisele. Teatud ulatuses vastab “hüpe” transformatsioonile (kategoriale) traditsioonilises mõttes, kuid teatud ulatuses ta transformatsioonile (kategoriale) ei vasta.

Seega võib väita, et transformatsioon (kategoria) ja transformatsioonikriteeriumid on transformatsiooni jaoks õiguses ühe nähtuse kaks külge, mille eristamine osutub võimalikuks analüüsi teel ning millel on oma eesmärk. Nimelt, rääkides transformatsioonist kategoria tähenduses, ei ole jutt analüütilisest meetodist õiguse kriteeriumide leidmisel – õigust peab õigusühiskonnas ka järgitama. Kui me räägime transformatsioonikriteeriumidest, siis ei huvita meid õigus kui pidamiskord, vaid paljuski tuleb siin tegutseda

⁹⁹ Vt. Hart, Herbert L. A. *The Concept of law*. Oxford: Clarendon Pr. 1961, lk. 97 jj.

väljaspool õigust ennast. Nii võibki jääda mulje, et vajalik on lisaks kolmas samm, mis selgelt ütleks, mis õigus on. Kolleegid Skandinaaviamaadest viitavad siin loomulikult õigusrealismile: “Viimane samm peab ette võetud saama selliste “õigusrealistide” poolt, kes ütlevad (metakeeles ja eksternsest vaatepunktist lähtudes), et kehtiv õigus ei ole midagi muud kui õigus, mida kirjeldatakse kui kehtivat õigust. Et mitte ainult üks kord teada, mida kõikides situatsioonides “kehtivaks õiguseks” nimetatakse, peab otsustama kas “hüppe” abil, või elama juristi rasket elu, kes ei tea, mis on kehtiv õigus.”¹⁰⁰

3.3.5. TRANSFORMATSIOON ÕIGUSE SEES

Transformatsioon (kui kategooria ja kui kriteeriumid) – mis algselt põhineb mitteõiguslikel eeldustel – annab õigusliku kehtivuse normidesüsteemile tervikuna ja võimalusel üksikutele teistele õiguse allikatele. Et aga anda kehtivust alamatel astmetel – mis puudutab ka üksikotsustusi, mis väljendavad õigusest tulenevat pidamiskorda – ongi vajalik teine transformatsioon, mis peab toimuma juba õiguse enda sees. Seega on transformatsiooniga õiguse sees tegemist siis, kui eeldustest, millest vähemalt üks väljendab kehtivat õigust, johtub transformatsioonist tuletatud konklusioon kehtiva õiguse üle.

Ka transformatsiooni õiguse sees on võimalik esitada valemi kujul:

$p \mathbf{T}_1 q \mathbf{T}_2 r$, kus

p on meile juba tuttavad tõsiasjad või mitteõiguslikud väärtused;

\mathbf{T}_1 on transformatsioon õigusse;

q on tervikliku normidesüsteemi õiguslik kehtivus;

\mathbf{T}_2 on transformatsioon õiguse sees;

r on teiste õiguse allikate õiguslik kehtivus (*ius non scriptum*, õiguse printsiibid, mis väljendavad õiguslikku pidamiskorda).

Transformatsioonivalemist, mille abil esitatakse transformatsioon õiguse sees, tuleneb tegelikult õigusesiseste transformatsioonide paljusus. Tundub, et võimalikest transformatsioonidest on kõige olulisemad transformatsioon seoses õiguse allikatega, transformatsioon seoses õigusnormidega ja transformatsioon seoses juriidiliste otsustustega.

¹⁰⁰ Vt. Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander. Osund. Teos, lk. 26.

3.3.6. TRANSFORMATSIOON SEOSSES ÕIGUSE ALLIKATEGA, SEOSSES ÕIGUSNORMIDEGA JA SEOSSES JURIIDILISTE OTSUSTUSTEGA

Õiguse allikaid liigitatakse traditsiooniliselt primaarseteks ja sekundaarseteks ning nende konkreetset liigid on sõltuvad õiguskultuurist. Õiguse allikad, mida nimetatakse primaarseteks võidakse identifitseerida argumentatsiooniprotsessis, kus teistel õiguse allikatel pole oma osa. Siiski on enamuse õiguse allikaid argumentatsiooniprotsessi aluseks võttes sekundaarsed, mis tähendab seda, et neid on võimalik identifitseerida üksnes võrreldes teiste õiguse allikatega. Mõlemal juhul on õiguse allikad õigusliku pidamiskorra immanentseteks osadeks. See "samm", mis tehakse primaarsete õiguse allikate juurest sekundaarsete õiguse allikate juurde, on sageli transformatsioon, mida võib tähistada kui transformatsiooni seoses õiguse allikatega. Teadmine sekundaarsete õiguse allikate õigusliku kehtivuse kohta ei tulene loogiliselt primaarsetest õiguse allikatest.¹⁰¹ Samas on avaldatud arvamust, et erinevad õiguskorrad – vaatamata nende eripärale – on ühes mõttes sarnased. Sarnasus tuleneb õiguse allikate pinnalt. Seepärast on võimalik välja töötada kõikide õigussüsteemide jaoks õiguse allikate mudel, mis on kasutatav kõikides moodsates õiguskordades. Jutt on mudelist, mida õiguse leidmisel (õiguse rakendamisel) peab, saab ja tohib kasutada.¹⁰² Kontinentaal-euroopalikus õiguskorras peab seadusi ja *common law's* pretsedente nii või teisiti õiguse leidmisel kasutama, mis ei tähenda midagi muud kui seda, et nad on siduvad formaalses mõttes. Samas on nii seadused kui ka pretsedendid – antud käsitlust silmas pidades – sekundaarsed õiguse allikad, mis identifitseeritakse argumenteerimise teel ja mis seeläbi saavad faktilise õigusliku pidamiskorra osadeks. Mõned teised õiguse allikad ei pruugi siduvad olla, nagu näiteks kohtuotsused kontinentaal-euroopalikus õiguskultuuris, kuid seda loomulikult ainult formaalses mõttes. Ometigi kasutatakse neid ka kontinendil õiguse leidmisel (rakendamisel). Õiguseleidmine muutuks "nõrgaks", kui kontinentaalses õiguskultuuris ei omistataks tähelepanu teistele õiguse allikatele peale seaduse. Samasugune oleks olukord *common law's*, kui seal ei pöörataks tähelepanu omakorda seadustele.

Erialakirjanduses liigitatakse õiguse allikaid ka lähtudes nende *prima facie* kohustuslikkuse astmest:

- (i) tugevasti kohustavad (sunduslikud) õigusallikad, mis tähendab seda, et õigusallika kõrvalejätmisele järgneb seaduse rakendaja enda suhtes negatiivne õiguslik tagajärg;
- (ii) nõrgalt kohustuslikud õigusallikad, mis tähendab seda, sellise õigusallika arvestamata jätmist ei loeta eksimuseks. Seevastu võimalus, et juba tehtud otsustus muu-

¹⁰¹ Vt. Harris, James W. Law and Legal Science. Oxford: Clarendon Pr, 1979, lk. 79.

¹⁰² Vt. Peczenik, Aleksander. The structure of a Legal System. In: Rechtstheorie, 6, 1975, lk. 7 jj.

detakse, on suur. Kui tahad, et su otsustust ei muudetaks, kasuta ka nõrgalt kohustavaid õigusallikaid;

- (iii) lubatud õigusallikad, mille kasutamiseks puuduvad kirjutatud õiguslikud juhendid. Lubatud õigusallikad tugevdavad argumentatsiooni, aga nende kõrvalejätmisel ei ole prognoositavaid tagajärgi.¹⁰³

Lisagem, et tugevasti kohustavate õigusallikate hulka kuulub näiteks seadus, nõrgalt kohustavate hulka näiteks seaduse *ratio legis* kohtuotsused, lubatute hulka teleoloogilised argumendid ja õigusteaduse (eelkõige jurisprudentsi) seisukohad.

Kuid peale nn "traditsiooniliste" õiguse allikate eksisteerib rida teisi allikaid, mille kasutamise kohta on peaaegu võimatu ühetähenduslikku tõlgendust anda. Jutt on näiteks õigusteaduse monograafiatest, võõrasse õiguskorras kuuluvast õiguspraktikast (kaasustest ja nende juriidilistest lahenditest, pidades silmas kogu lahendi ulatust, s.t ka argumentatsiooniketti). Esiteks, nende kasutamine pole kindlasti keelatud. Pigem annab selliste allikate kasutamine midagi juurde kasutaja enda professionaalsele reputatsioonile. Teiseks, neid on siiski raske positiivselt hinnata, sest sageli on raske märgata, millist mõju on nad avaldanud õiguse leidmisele sisuliselt.

Pidamiskord eeldab kindlate pidamisreeglite arvesse võtmist ja teiste allikate loetelu jääb igal juhul avatuks. Piltlikult võib seega õiguse allikad õiguse allikate transformatsiooniga seoses jaotada kohustuslikeks ja lubatuteks. Neid on võimalik identifitseerida kompleksset argumentatsiooniketti järgides. Igal juhul peaks selge olema see, et pidamisreeglite kasutamine isenesest ei saa kuidagi välistada lubatud allikate kasutamist.

Teise probleemina juhin tähelepanu **õigusnormide transformatsioonile** kui ühele sõlmküsimusele transformatsioonist õiguse sees. Kohe alguses tuleb teha remark selle kohta, et tähistus "õigusnormide transformatsioon" ei peegelda päris adekvaatselt probleemi ulatust. Asi on selles, et õigusnormide transformatsioon hõlmab samuti – kõrvuti objektiivse õigusega kitsamas tähenduses – õiguse printsiipide transformatsiooni. See transformatsioon leiab aset siis, kui on käimas seaduste tõlgendamise protsess – mandri-euroopaliikus õiguskorras – või kui otsitakse juba tehtud kohtuotsustest *ratio decedendi*'t – üldises õigussüsteemis (*common law's*). Õigusnormi transformatsioon viib tõdemusest, mis sisaldab näiteks subjektiivset õigust, sellise tõdemuseni, mis seda ei sisalda ja vastupidi. Loomulikult on mõeldav olukord, kus õigusnormi transformatsioon võib tõdemusest, mis sisaldab subjektiivse kohustuse, viia sellise tõdemuseni, mis seda ei pruugi sisaldada.

Õigusnormi transformatsiooniga on tihedalt seotud **otsustuse transformatsioon**. Vähemalt juristidele on selge, et väga paljudel juhtudel pole juri-

¹⁰³ Aarnio, Aulis. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn, 1996, lk. 173–174.

diline otsustus vahetult relevantne või ei järgne loogiliselt õiguse allika enda formuleeringust. Ta ei pruugi järgneda ka teiste allikate vahetust mõjust. Vahel jääb isegi tavast ja printsiipidest – kui silmas pidada erinevaid õiguskultuure – väheks. Samas on ju kõik see otsustuse vajalikuks ja võimalikuks aluseks olev materjal faktiliselt olemas. Nüüd ei jää juristil-otsustajal muud üle, kui leida õigusest selline toetuspind, mida ta kui parimat – antud kaasusega seonduvalt kui adekvaatseimat – hindab. Selliselt toimubki õiguse sisse transformatsiooni edasiarenemine otsustuse transformatsiooniks.

Parim otsustus juristi jaoks ei pruugi seda mitte alati olla teiste silmis. Töötades monograafia kirjutamise ajal (1996. a. septembrikuus) Saksamaal, toimus parajasti järjekordne üleriigiline Saksa juristide päev. Seekordne juristide päev oli järjekorras 61. ja neid on peetud 1860. aastast alates. Ühe põhiettekannde (avaettekande) teemaks oli juristide päeval Saksamaa Konstitutsioonikohtu tegevus (*Bundesverfassungsgericht – BVerG*). Ettekande pidas saksa konstitutsiooniõigusteadlane Josef Isensee teemal “*Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*” (Konstitutsioonikohus – kuhu lähed?) Ettekandes käsitleti konstitutsioonikohtu poolt langetatud otsuseid, mis on tekitanud sakslaste seas elava vastukaja ja seda kahjuks negatiivses tähenduses. Näiteks keelati BVerG otsusega 1995. a. Saksamaa koolide õppeklassides krutsifikside ülesriputamine, kuna koolides õpib mitme usutunnistusega vanemate lapsi ja see võiks nende jaoks usuvabadust silmas pidades ahistav olla, rääkimata sellest, et vanemate klasside õpilased on võib-olla juba ise enda jaoks kujundanud teatud teoloogilise maailmapildi. Saksamaa üldsuse poolt mitte kuidagi vaibuda tahtev arutelu selle otsuse üle aga näitab, et väga paljud pole ei oma õigusteadvuse tasemelt ega teadvuse taset tervikuna silmas pidades nõus tehtud otsusega. Mõõndakse, et ehkki BVerG on järginud seadusetähte, pole ta sealt osanud välja lugeda seaduse tegelikku mõtet ja – veel enam – täielikult on jätnud tähelepanuta “rahva vaimu”. R. Wassermann, kes refereerib J. Isensee ettekannet, kirjutab: “Konstitutsioonikohus läks vastuollu vaikiva enamuse õigusteadvusega, niiis nende elanike ringkondadega, kelle seaduskuulekus, lojaalsus riigile ja konstitutsioonile on üldiselt iseenesestmõistetavad.”¹⁰⁴ Muide, tegemist pole mitte üksiku samaladilise otsusega, mida juristide päeval kritiseeriti.

Otsustuse transformatsioonil võib olla mitmeid liike, kuid kõigil neil on ühisosa, mis seisneb selles, et otsustust ei ole võimalik taandada ainult olemasolevale juriidilisele materjalile. Otsustuse transformatsiooni kvaliteet selles seisnebki, et tehtav juriidilisse pidamiskorda kuuluv otsustus ei ole loogiline olemasoleva juriidilise materjali tuletis, selle lihtne kirjeldus. Näeme, et otsustuse transformatsiooni mõiste on suhteliselt lai ja hõlmab paljusid

¹⁰⁴ Vt. Rudolf Wassermann. Prüffeld Rechtspolitik.//Die Welt, 18. September, 1996.

probleeme, mille hulgast on olulisemad: täpsus e. pretsisioon; reduktsioon ja elimineerimine; uue normi "loomine"; kollisioonide lahendamine.¹⁰⁵

Alljärgnevalt peatumegi lühidalt otsustuse transformatsiooni kvaliteeti mõjutavatel olulisematel komponentidel.

Otsustuse täpsuses e. juriidiliselt vastava normi valikus ei kahtle keegi. Samas on alati küsimuseks, kas antud norm ka antud kaasuse puhul on kõige sobivam? Loomulikult tuleb täpsuse saavutamiseks appi võtta subsumeerimise "kuldreegel" – loogiline süllogism, et tuvastada, kas subjekti käitumine teatud situatsioonis on vastavuses õigusnormi abstraktses faktilises koosseisus kirjeldatuga. Subsumeerimise loogiline olemus selles seisnebki, et otsustaja võrdleb konkreetseid elulisi asjaolusid õigusnormis esitatud abstraktses faktilise koosseisuga ning, kui nad on omavahelises seoses, siis teeb ta lõppjärel selles õigusnormis sisalduva õigusliku tagajärje rakendamise suhtes. Täielikku õigusnormi aluseks võttes nähtub, et kui faktiline koosseis (T) kajastub konkreetsetes elulistes asjaoludes (S), siis kehtib S suhtes õiguslik tagajärg (R). Subsumeerimisel peabki hoolikalt kontrollima, kas S on tõepoolest üks T juhustest.

$T \rightarrow R$ e. T iga juhuse osas kehtib R

$S = T$ e. S on samane T-ga, on üks T "juhustest"

$S \rightarrow R$ e. S osas kehtib R

Peab ütlema, et ainult skeemina on seda protsessi suhteliselt lihtne – formaliseeritud kujul – esitada. Tegelikuses võib T olla ebamäärane, mitmetähenduslik või muudel põhjustel raskesti subsumeeritav. Kõik see teeb sageli vajalikuks paralleelselt mitme subsumeerimise läbiviimise. Positiivne otsustus osutub sellisel juhul võimalikuks kahte või enam juriidilisse pidamiskorda kuuluvat normi silmas pidades. Nii võimegi rääkida transformatsioonist $p_1, p_2 \dots p_n \rightarrow q$ -le: $p_1, p_2 \dots p_n \text{ T } q$. Kirjeldatud juhtumit võib käsitleda otsustuse transformatsiooni ühe võimaliku liigina.

Otsustuse transformatsiooni liike on teisigi. Näiteks võib otsustuse transformatsioon toimuda selliselt, et otsustuse tegemisel eeldatakse ainult ühe õiguslikku pidamiskorda kuuluva normi rakendamise võimalikkust ja vajalikkust. Nii mõnegi kaasuse puhul ei teki juriidilise otsustuse tegijal kahtlusi rakendatava normi enda suhtes. Kuid just sellisel juhul saame rääkida reduktsioonist ja elimineerimisest. **Reduktsiooniga** on tegemist siis, kui on kindlus selles, et norm on juhusele kohaldatav. ($S \rightarrow R$), kuid pole kindlust selles, kas ka õiguslikud tagajärjed – normist tulenevad – on kohaldatavad. Nüüd lisatakse normi lisatunnus, mis S-st ei tulene. Mingis mõttes muude-

¹⁰⁵ Vt. Alexy, Robert. Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, lk. 17 jj.

takse normi ja seda tähistataksegi kui reduktsiooni. **Elimineerimisega** on tegemist siis, kui samuti puudub algselt kahtlus normi kohaldatavuse suhtes juhusele, kuid kui õiguse ideest lähtuvalt pole selle kohaldamine aktsepteeritav mitte iga juhuse suhtes.

Laskumata edasistesse selgitustesse tuleb siiski märkida, et nii reduktsiooni kui elimineerimise puhul mängib kõige olulisemat rolli juriidiline argumentatsioon. Metatasemel probleemi käsitledes huvitab meid võimalus uurida elimineerimist ja reduktsiooni mõiste tasandil analüütiliselt.

Millal on tegemist nn **uue normi loomisega**, meie käsitlemise kolmanda otsustuse transformatsiooni liigiga? Uue normi loomine osutub vajalikuks, kui juriidilise otsustuse langetaja ei leia vahetult juriidilisest pidamiskorrast vajalikku normi. Selline olukord võib ette tulla juba peale elimineerimist. Erialakirjanduses kohtame siin isegi sellist seisukohta, milles väidetakse, et seadust – juriidilisse pidamiskorda kuuluvat normide kogumit – tuleb käsitleda pelgalt programmi-
na. Määravaim on kohtuniku õigustunnetus ja praktiline mõistus. Kohtunik ratsionaliseerib oma irratsionaalse otsustuse ainult kontrollides seda õigusnormi abil.¹⁰⁶ Samas kohtame kirjanduses peaaegu vastupidiseid seisukohti, milles väidetakse, et sellised fenomenid nagu õiguse edasiarendamine juriidilise otsustuse langetaja poolt või ka üldse väärtus õiguses saavad olla erandlikeks nähtusteks. Ainult seadus saab vastata ja vastabki õigusküsimustele. Üksnes asudes nn piirsituatsioonides on otsustajal lubatud kohaldada õiguse printsiipe, põhiseaduse printsiipe.¹⁰⁷

Nii või teisiti näitab just see transformatsioon, kui kaugele võib ulatuda otsustuse transformatsiooni ulatus. Igatahes senikaua, kuni otsustuse transformatsioon on veel seotud õigusnormi transformatsiooniga – transformatsiooni struktuur on sellega vastavuses – hõlmab ta selliseid põhjendusmenetlusi nagu analoogia, juriidiline induktsioon jms.

Otsustuse transformatsiooni sisuks võib olla ka kollisioonide lahendamine. Erialakirjanduses liigitatakse kollisioonid reeglite kollisiooniks, printsiipide kollisiooniks ja reeglite ning printsiipide vaheliseks kollisiooniks.¹⁰⁸ Kõigile neile on ühine see, et deduktiivse otsustamise aluseks olev üldine reegel pole veel kindlaks tehtud. Seepärast on võimatu iseloomustada kõiki võimalikke kollisioonide liike ja erialakirjanduseski iseloomustatakse vaid põhilisemaid.

Printsiipide vaheline vastuolu leiab oma lahenduse sel teel, et tingimused, millest lähtuvalt on printsiip formuleeritud, võetakse nn eelduslauseks, mis nende tingimuste olemasolul seo-

¹⁰⁶ Vt. Isay, Hermann. Rechtsnorm und Entscheidung. Aalen: Scientia Verl., 1970, lk. 184 jj.

¹⁰⁷ Vt. Engisch, Karl. Einführung in das juristische Denken. 8. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1983, lk. 43, 178.

¹⁰⁸ Vt. Alexy, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: Rechtstheorie. Beiheft 1, 1979, lk. 59–87.

taksegi õiguslike tagajärgedega.¹⁰⁹ Kahe reegli vaheline vastuolu on kõneks siis, kui reeglite alusel tekkivad tagajärjed viivad kahtluseni, millist reeglit kasutada. Võimalik lahendus on siin leida edasisi reegleid. Nii võib olla teatud vahekord juriidilise pidamiskorra reeglite ja olemiskorra reeglite vahel üheks näiteks reeglite kollisiooni kohta. Sageli viidatakse erialakirjanduses sellistele reeglitele nagu *lex posterior derogat legi priori* ja *lex specialis derogat legi generali*. Metanormid, mis sedalaadi kollisiooni väljendavad, peavad olema olemas vahetult õiguse allikatena. Mõnedel juhtudel on lahendus saavutatav õigusnormi transformatsiooniga, mõnedel juhtudel õigusesisese transformatsiooni viiside enestega.

Kollisioonide lahendamine kui otsustamise transformatsiooni viis on nõutav ka sellisel juhul, kui alamalseisva normi õigustühisus ei tulene mitte üksnes eksimustest protseduurireeglite vastu, vaid ka siis, kui ta on selliste normidega vastuolus, millest tulenevad eelkõige sisulised nõuded temale enesele. Samas on probleemil teine pool. Nimelt tuleb tähele panna, et alamalseisvat normi – laias mõttes – tuleb käsitleda kehtivana, kuigi ta on loodud eksides normide hierarhia vastu. Nii võib teatavatel juhtudel otsus olla jõus, kuigi ta on seaduse teatud positsioonidega vastuolus. Võib-olla on siin ekstreemseim näide nn *contra legem* normid.

Lõpetuseks küsigem, kas on üldse põhjust uurida transformatsioone õiguse sees ja teha seda algselt mõiste tasandilt? Või oleks küsimuse täpsem formuleering: kas on võimalik sellise õigussüsteemi olemasolu, kus õiguse sees puuduksid transformatsioonid? Jah, kõlaks vastus teisele küsimusele, kuid seda ainult sellisel juhul, kui õigussüsteem koosneks paljalt primaarsest õiguse allikatest, mis oleksid võimelised kaitsma ka mitte-õiguslikke väärtusi ning kui otsustamist oleks võimalik taandada lihtsalt loogiliste tulemuste jadaks. Selline arutluskäik eemaldab aga meid õiguse enda mõistest sedavõrd, et teda jätkata pole ilmselt mõtet. Kuidas me antud probleemi ka ei sisustaks, igal juhul on ratsionaalne seda teha alates mõistest endast.

3.3.7. JURIIDILISE TRANSFORMATSIOONI ÕIGUSTAMINE

Eeltoodud käsitlusest selgub, et transformatsioon õiguse sees on teatud reeglitel põhinev ja reeglipäraselt toimiv fenomen ilma milleta on raske – kui mitte võimatu – jõuda õigusele vastava otsustuseni. Tõsi, ilmselt pole tegemist nn absoluutse situatsiooniga, vaid sellisega, mis vähemalt õigust silmas pidades võib osutada ka relatiivseks. Õiguspraktikas on võimalik kokku

¹⁰⁹ Vt. täpsemalt Alexy, Robert. Die logische Analyse von Prinzipien. Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. Fr. a. Main: Suhrkamp, 1995, lk. 194 jj.

puutuda selliste kaasustega, mis nõuavad ainult transformatsiooni õigusesse, mis tähendab vahetut jõudmist algse õiguse allikani ning suhteliselt probleemivaba subsumeerimist.

Enamikul juhtudel tõusetub aga küsimus sellest, kuidas on võimalik jõuda ratsionaalse teadmiseni mitte-deduktiivsete transformatsioonide kaudu? Küsimus seisneb selles, et tõsiasi ja mitteõiguslike väärtuste transformatsioonide käigus tuleb jõuda juriidilise pidamiskorra juurde. Suhteliselt määratlemata kriteeriumide juurest peab jõudma küllalt täpse õigusliku identifitseerimiseni, haarates primaarsete õiguse allikate kõrval ka sekundaarsed õiguse allikad, mille kehtimine jällegi ei tulene deduktiivselt primaarsetest õiguse allikatest. Lõpuks peab juriidilise otsustuse tegija jõudma vajaliku normini, mis samuti ei tulene mitte ainult teda sisaldavast õiguse allikast selle formaalses tähenduses. Samuti ei tohi unustada, et kõige lõpuks peab langetatama siduv otsustus ise.

Nendele küsimustele püüab leida vastuseid **ratsionaalse juriidilise diskursi teooria**. Nimetatud teooriat tähistatakse ka kui **ratsionaalse juriidilise argumentatsiooni teooriat**. Seega on käsitus transformatsioonireeglitest võrreldes juriidilise argumentatsiooni teooriaga sissejuhatavaks – mõistelistel tasandil – käsitluseks, mis samas puutub otseselt kokku juriidilise argumentatsiooni probleemiga.

Transformatsioonide õigustuseks võidakse tuua väga mitmesuguseid argumente. Levinud on näiteks viited juba olemasolevale õiguspraktikale. Sellist õigustuste kui argumentide kogumit võib tähistada kui **empiirilisi argumente**. Empiirilise õigustuse kõrval kohtame sageli nn **tehnilist õigustust**. Antud käsitlust silmas pidades tuleks nende all mõista transformatsioonireeglitele enestele viitamist. Üldse võib juriidiliste transformatsioonide õigustus ulatuda lihtsatest järeldusargumentidest kuni komplekssete funktsionaalsete argumentatsioonikettideni välja. Erialakirjanduses räägitakse viimasel juhul nn ühiskonna-adekvaatsetest õiguse mõistetest.¹¹⁰

Tundub siiski, et toetumisest olemasolevale õiguspraktikale – isegi kui juriidiline probleem on “tavaline” – ei piisa. Probleem on siin selles, et sellisel juhul tegutseksime printsiibil: mis on tegelik, see on ka mõistlik. Kuigi toodud eeldusel on oma kehtivusruum, ei tohi seda võtta kui ainuvõimaliku ja veel enam kui ainukehtivat. Iga juriidiline otsustus, mida on võimalik eeskujuna arvesse võtta, kuulub teatud mõttes juba õiguse ajalukku. See tähendab seda, et ainuüksi juriidilise praktika eksisteerimisest ei piisa väitmaks, et see on ka õige – õigusele vastav – praktika. Arutluskäigus võib siinkohal minna veel kaugemale. Nimelt lahutab olemasolevat õiguspraktikat ja

¹¹⁰ Vt. Luhmann, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer, 1974, lk. 49 jj.

selle kujunemise üheks aluseks olevat objektiivset õigust samuti – seejuures alati – teatud ajaline distants. Nii muutub olemasoleva õiguspraktika ja hetkel tehtava juriidilise otsustuse sisuline kaugus õigusest tunduvalt ulatuslikumaks kui see võib-olla esmapilgul näib. Lisaks iseloomustab empiirilist õigustust tema kasutuse teatud piiratud ulatus. Nimelt on olemasolev õiguspraktika sageli ise vastuoluline ja mitteüheselt mõistetav. Sarnaste raskustega põrkume kokku ka juriidiliste transformatsioonide tehnilisel õigustamisel. Nimelt võib transformatsioonireegel teatud olukorda soodustada, takistada jms, aidates sellega kaasa näiteks ühiskondliku süsteemi teatud osa säilimisele või stabiliseerimisele. Seda liiki asjaolud on aga siiski ainult sellisel juhul transformatsioonide aluseks, kui eelpoolmainitud “teatud olukorda” aktsepteerib ühiskondlik süsteem ise.

Sellepärast on mõistlik rääkida juriidiliste transformatsioonide **ratsionaalsest õigustamisest**.

Ratsionaalse juriidilise diskursi teooria lähtekohtadeks on kolm teesi: “Esimene ütleb, et juriidilise argumentatsiooni puhul on tegemist praktiliste küsimustega. Transformatsioonide tulemused on laused, käsud, keelud või lubamised, või laused, millised sisaldavad selliseid lauseid. Otsustus transformatsiooni poolt või vastu sisaldab seepärast alati otsustuse normatiivse lause poolt või vastu. Iga transformatsiooni õigustamise juures on tegemist seega (vähemalt ka) praktiliste küsimustega. Teine tees ütleb, et spetsiaalsete juriidiliste põhjendusreeglite süsteemi, mis igal juhul täpselt tulemuseni viib, ei eksisteeri. See kehtib nii interpretatsioonireeglite süsteemi (*canones*) kohta kui ka reeglite süsteemi kohta, mis puudutavad õiguse printsiipide väärtust. Nende olemus seisneb selles, et juriidiline argumentatsioon sõltub oluliselt väärtustest, mida pole võimalik kontrollida üksnes spetsiifiliste juriidiliste meetodikareeglite ja põhjendusvormide abil. Siit paistab, et juriidilise argumentatsiooni teooria võib ainult siis olla adekvaatne, kui ta õigustab väärtuste rolle, mis leiavad väljenduse üldistes praktilistes argumentides. Kolmas tees ütleb, et see ei tähenda, et juriidiline on redutseeritav üldisele praktilisele argumentatsioonile. Juriidiline argumentatsioon on, vastupidi, kompleksne moodustis, “milles spetsiifiliselt juriidiline on seotud üldiste praktiliste elementidega”.¹¹¹

Juriidilise diskursi teooria lähtekohtadest tulenevalt on võimalik teooriat ennast sisustada mitmeti: võimalik on alustada juriidilistest elementidest ning nende abil ja kaudu jõuda üldiste praktiliste elementideni, kuid samuti on võimalik valida lähtekohaks üldine praktiline argumentatsioon, sidudes selle juriidilise argumentatsiooni teooriaga. Olgu lähenemisega kuidas on, ikkagi tuleb mõlemal juhul näha selget seost juriidilise ja mittejuriidilise vahel ning see “lõhe” kindlasti ületada argumenteerimise enda käigus.

Ratsionaalse juriidilise diskursi teooria teeb valiku teise lähenemisvariandi kasuks. Nimelt käsitleb ratsionaalne juriidiline diskurss juriidilist diskursi kui üldise praktilise diskursi erijuhtu. Selleks on rida objektiivselt eksisteerivaid

¹¹¹ Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander. Osund teos, lk. 38.

aluseid, eelkõige institutsionaalsed tingimused, nagu seotus seadusega, dogmaatika, precedent jms.¹¹² Ratsionaalse juriidilise diskursi teooria on normatiivne-analüütiline teooria. See tähendab seda, et nimetatud teooria uurib argumentide või siis argumentatsioonireeglite loogilist struktuuri (teooria analüütiline pool) ning sisaldab tähelepanekuid selle kohta, mis on sõltumatud kellegi poolt heaks või halvaks peetud argumendist või mõistlikust *contra* ebamõistlikust põhjendusest (teooria normatiivne pool). Lisaks võib argumentatsiooniteooria olla ka deskriptiivne. Seda on ta sellisel juhul, kui teooria kirjeldab fakti- list õiguspraktika argumentatsiooni või näiteks teatud argumentide kasutamise põhjusi, motive või tagajärgi jne. Kolmandaks võib märkida, et ratsionaalne õigustus toimub teatud kindlat protseduuri silmas pidades, mis lubab väita, et tegemist on koguni teatud kindla spetsiifikaga teooria-tüübiga. Tegemist on nn **protseduurilise teooriaga**.

Enne kui asume kirjeldama üldist ratsionaalset praktilist diskurssi, peatume lühidalt protseduurilisel teorial.

Piltlikult öeldes võib väita, et protseduurilise teooria jaoks peitub vastus küsimusele, miks üks või teine normatiivne ütlus on õige, selle tunnustamises, et selline normatiivne ütlus on saadud teatud kindlat protseduuri järgides. Seega iseloomustab protseduuriline teooria sidet ja suhet adekvaatsuse (antud juhul normatiivsuse) ja protseduuri vahel. Samas on selge, et protseduur ise võib olla väga mitmeti sisustatud. Üldine praktiline ratsionaalne diskurss on iseloomustatav nende reeglite kaudu, mis seda lõppastmes täies ulatuses iseloomustavad. Protseduurilisel teorial on oma teatud eelised, mis seisnevad eelkõige selles, et nimetatud teooria lubab erinevate mudelite teoreetiliste konstruktsioonide kasutamist. Vahel omab tähtsust vaid see, kas üks või teine mudel uurija enda ettekujutusele praktilisest ratsionaalsusest vastab või mitte. Sellisel juhul võidakse mitte olla nõus kõigi pakutavate reeglitega, kuid igal juhul peaks vähemalt mõnda reeglit olema võimalik formuleerida praktilise ratsionaalsuse seisukohalt. Nagu teaduslike käsitluste puhul on tavaline, et lõplike teooriate loomine pole võimalik, on ka antud juhul tegemist ühe katsega protseduurilise teooria abil tabada praktilise ratsionaalsuse tuuma juriidilises argumentatsiooniprotsessis.

Alljärgnevalt püüamegi kirjeldada lühidalt nelja protseduuri: (i) üldine ratsionaalne praktiline diskurss; (ii) riiklik õigusloome; (iii) juriidiline diskurss; (iv) kohtumenetlus.

(i) Üldine ratsionaalne praktiline diskurss.

Üldise ratsionaalse praktilise diskursi puhul on võimalik välja tuua mõned reeglid. Esimese gruppi kuuluvad sellised, mis on aluseks ratsionaalsele keelelisele kommunikatsioonile.

¹¹² Vt. Kriele, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, lk. 34.

Keeleline kommunikatsioon peaks olema võimalikult vaba vastuoludest, siiras, peaks kujutama valmisolekut situatsioonist sõltumatute väljendite kasutamiseks, erinevate esinejate keelekasutuse ühtsust.¹¹³ Esitatud reeglid on ühest küljest lihtsad, et neid saaks järgida, teisalt on nad siiski vaid minimaaltingimused ratsionaalsuse jaoks. Seega võiks eeltoodutele lisaks välja tuua nn maksimaaltingimused. Lähtepunkt nendele reeglitele on reegel, mis nõuab *prima facie* põhjendamiskohustust iga põhjenduse puhul. Edasised reeglid on sisuliselt diskursist osavõttu normeerivad reeglid. Näiteks reegel selle kohta, et igaühel, kes võtab osa diskursist, on selles osalemine vaba; reegel selle kohta, et diskursis esitatud iga väidet võib igaüks puudutada; igaüks võib oma soove, huvisid ja vajadusi väljendada. Siia ritta kuulub reegel selle kohta, et nn vabadusreegleid ei tohi keegi ühelt poolt piirata ja teiselt poolt kuritarvitada. Mõnikord nimetatakse esitatud reegleid ka mõistusereegliteks.¹¹⁴ Kolmas reeglite grupp on tehnilise laadiga, mida mõnikord tähistatakse kui argumenteerimiskoormisi. Reeglid on rakendatavad mittedispositiivsuse puhul. Näiteks kuulub siia reegel selle kohta, et sellel, kes on juba argumendi esitanud, on õigus edasisi argumente mitte esitada enne, kui pole esitatud vastuargumenti.¹¹⁵ Neljas reeglite grupp püüab vähendada probleemi avatust. Tegemist on näiteks rollivahetuspõhimõttega, konsensuspõhimõttega, publitsiteedipõhimõttega. Viienda reeglite grupi moodustavad nn üleminekureeglid. Nende olemus on seotud sellega, et alati tuleb arvesse võtta asjaolu, et praktilise diskursi tulemused on sõltuvuses teiste diskursivormide tulemustest. Üleminekureeglid seovad seetõttu üldise praktilise empiirilise keeleanalüütilise ja diskursi-teoreetilise diskursiga. Põhjendatult lisandub viiele reeglite grupile kuues. Tegemist on argumenteerimisvormidega: normatiivsete ütluste põhjendamine reeglite abil; reeglitest lähtuv põhjendamine koos viidetega tagajärgedele jms. Esitatud reeglite kasutamine on ratsionaalne, kuna tegemist on argumentatsioonivormide kui põhjendamismudelitega.

Kirjanduses käsitletakse ratsionaalsele praktilisele arutelule esitatavaid nõudeid ka alljärgnevalt: nimelt nähakse ratsionaalses praktilises arutelus dialoogi, milles kaitsja esitab argumente oma seisukoha toeks ja auditoorium väitleb sellele vastu, esitades vastuargumente. Et dialoog oleks tõepoolest ratsionaalne, peab kinni pidama teatud ratsionaalsetest mängureeglitest (1) aususe ja tõepärasuse nõudest, mis tähendab vaid selliste argumentide esitamist, millesse esitaja ise usub ja mida ta on valmis aktsepteerima; (2) erapooletuse reegel, mis võimaldab tuua esile võimalikult kõik vaatenurgad; (3) üldistatuse nõue kui ratsionaalse mõtlemise nurgakivi, mis tähendab sellist tegutsemist, et see võiks muutuda lausa üldiseks normiks; (4) kriitika lubatavuse nõue, ilma milleta jääks järele vaid keelitamine või sundimine; (5) järjekestvuse põhimõte, mille järgi kord juba tunnustatud põhjendust ei saa vaidlustada il-

¹¹³ Hare, R. M. *Freedom and Reason*. London: Oxford Univ. Press, 1972, lk. 10 jj.

¹¹⁴ Reeglite kohta vaata lähemalt Alexy, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

¹¹⁵ Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander. *Osund teos*, lk. 44.

ma lisapõhjendusteta. Vaidlustamine ise võib kujuneda põhjendatuks vaid liikudes mööda hermeneutilist ringi; (6) tarbetu põhjendamise keeld.¹¹⁶

(ii) Riiklik õigusloome.

Ühiskonnas eksisteerib nn normeeritud nõudlus selle järele, et samalaadilised sotsiaalsed konfliktid leiaksid oma lahenduse samade normide alusel. Probleem pole mitte ainult juriidiline, ehkki kõikide võrdsus seaduse ees on juristide jaoks püha ja puutumatu printsiip. Seda võiks tähistada kui formaalse õigluse põhimõtet. Ja kuigi õiglust võib "jagada" *ius distributiivaks* ja *ius commutatiivaks*, ei murra *ius distributiva* lahendus – ja pole seda kunagi murdnud – kõikide võrdsuse põhimõtet seaduse ees.

Et üldine praktiline diskurss ei vii mitte alati lahenduseni, on üldteada. Tavaliselt on selle põhjuseks asjaolu, et diskursist osavõtjad loevad ennast seotuks olemuslikult erinevate ratsionaalsete põhjendusprotseduuridega ja põhjenduste kontrolli protseduuridega. Siit tulenebki vajadus õigusnormides enestes positiveerida teatud protseduurid. Siinkohal ei tohi unustada, et protseduuride positiveerimine ei saa olla absoluutne. Ehkki riigil kui suveräänsel avaliku võimu organisatsioonil puuduvad põhimõtteliselt tema tegevuses õiguslikud piirangud, ei tohi unustada *ius protectiva* põhimõtet, mis nõuab, et ükski võim ei tohi minna kaugemale, kui seda nõuab asjade loomus. Ka võimukandja on allutatud oma tegevuses juriidilisele vabadusele – tema enda poolt loodud objektiivsele õigusele.¹¹⁷ Peab lisama, et lõplikult ei lahenda ka see olukorda, sest nii nagu enne igasugust diskurssi, võivad selles osalejad jääda ka peale diskurssi praktilistes küsimustes eriarvamusele. Siiski lisab transformatsioon õigusnormidesse midagi olulist ja see on seotud õigusesisese normatiivsuse garanteerimisega. Tegelikult on siin uut kvaliteeti tunda juba enne diskursi lõppu, sest antud juhul pole nõutav diskursist osalejate poolt ühe reegli tunnustamine. Riiklik õigusloome laias tähenduses hõlmab mitmeid protseduure, mis erinevad üksteisest tunduvalt. Siia kuuluvad näiteks õigussüsteemi kui teatud kvaliteediga terviku kujundamine, aga samuti kindlate kodifikatsioonide loomine seadusandlike kogude poolt. Kokkuvõtvalt võib öelda nii, et ratsionaalne diskurss tingib riikliku õigusloome protseduuri vajalikkuse. Samas on riikliku õigusloome protseduur ise lähtekohtaks juriidilisele argumentatsioonile ja kohtumenetlusele.

(iii) Juriidiline diskurss.

Riiklik õigusloomeprotseduur on ellu kutsutud teatud kindlate sotsiaalsete tagajärgede saavutamiseks. Need tagajärjed pole paljus mitte ainult preventiivse iseloomuga. Teatud kindlas ajas ja ruumis ning teatud kindlatel

¹¹⁶ Aarnio, Aulis. Laintulkinnan teoria. Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1988, lk. 144–147.

¹¹⁷ Larenz, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Berlin: Springer, 1991, lk. 73; Coing, Helmut. Grundzüge der Rechtsphilosophie. 4. Aufl. Berlin, 1985, lk. 220.

tingimustel kujunevad faktilised olukorrad, kus juriidilisi küsimusi otsustatakse õigusnormide nõuetest lähtuvalt. Meid ei huvita siinkohal küsimus sellest, miks õiguskorrad – mis on ju rangelt tagatud – võimaldavad mitmeid juriidilisi lahendusi ühe ja sama kaasuse puhul. Küll aga peab juriidiline diskurss võimaldama öelda (1) mida endast sisuliselt kujutab õiguskorra raames sündiv lahendus; (2) mida endast kujutab õiguskorra raames mõistlik (arukas) lahendusprotseduur.

Peatume lühidalt ratsionaalse juriidilise diskursi reeglitel, mis jagunevad nn **sisemise põhjendamise ja välise põhjendamise reegliteks (õigustusteks)**.

Sisemine põhjendus kujutab endast – nagu ka väline põhjendus – transformatsiooni õiguse sees. Siin on aluseks subsumeerimise redutseerimine süllogismile. Tegemist on otsustamisnormi konstrueerimisega, milleks on vaja elulised asjaolud (väike eeldus) paigutada õigusnormi abstraktse faktilise koosseisu (suur eeldus) alla, et veenduda õigusliku tagajärje rakendamise asjakohasuses. Lisame, et tegu on protsessi kirjeldamisega süllogismi kaudu ja abil. Kirjeldus ei tähenda, nagu kirjutataks näiteks kohtuotsuseid ise süllogismina. Loomulikult ei kirjutata kohtuotsuseid ega ka juriidilisi tõlgendusi kaugeltki mitte orjalikult süllogismi vormis. Seevastu otsustust, olgu see vormistatud kuidas tahes, on alati võimalik rekonstrueerida süllogismiks. Siis tuleb esile vähemalt lähim õiguslik argument (suur eeldus), millele otsus tugineb.¹¹⁸

Väline põhjendamine (õigustus) kujutab endast juriidilise argumentatsiooni tõelist tegevusvälja. Ka siin on võimalik näha mitmeid sidemeid nii ratsionaalse diskursi kui ka riikliku õigusloome vahel, rääkimata sidemetest transformatsiooniteooriaga. Juriidilise diskursi puhul võib rääkida järgmistest välise õigustuse reeglitest või vormidest: (1) tõlgendamine, (2) dogmaatiline argumenteerimine, (3) pretsedendi kasutamine, (4) üldine praktiline argumenteerimine, (5) empiiriline argumenteerimine, (6) spetsiaalsed juriidilised argumenteerimisvormid. Esitatud reeglid ja vormid lubavad teha kvalitatiivse järelduse selle kohta, et juriidiline diskurss erineb mitmeti üldisest ratsionaalsest diskursist vaatamata ühisjoontele nende kahe diskursi vormi vahel. Nimelt on juriidiline diskurss seotud alati objektiivse õigusega. Lisaks on juriidilise diskursi omapäraks see, et selle käigus võetakse arvesse ja kasutatakse õigusteaduse poolt väljatöötatud seisukohti. Eriti tulevad arvesse praktilise õigusteaduse ehk õigusdogmaatika poolt väljatöötatud seisukohad.

Mainisime, et väline põhjendamine oleks nagu juriidilise argumentatsiooni tõeline tegevusväli. Probleem on selles, et juriidilise otsustuse eeldused, eriti selle nn suur eeldus, on sageli vaieldavad. Seetõttu tekib küsimus

¹¹⁸ Aarnio, Aulis. Laintulkinnan teoria. Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1988, lk. 197.

antud lahendusnormi valiku mõistlikkusest. Sisemine põhjendamine ei anna siin vastust. Nii tulebki paratamatult minna loogilisest subsumeerimismudel- list väljapoole ja eeldusi endid õigustama. Piltlikult öeldes toimub uute si- semiste põhjenduste moodustamine, mis on tegelikult n-ö algupärasest sise- misest põhjendusest väljaspool. Uute sisemiste põhjenduste arv pole kons- tantne suurus. Kui näiteks teine sisemine põhjendus ei anna rahuldavat tu- lemust, tuleb moodustada kolmas sisemine põhjendus jne.

Normaalolukorras väljendab esimene premiss mingit seaduseteksti. Järgnevad premissid püüavad näidata, et just tõlgendus T_i (T_i kujutab endast antud kontekstis välise põhjendamise algresultaati) on antud paragrahvi "õige" tõlgendus. Sel eesmärgil kasu- tatakse ära teisi õigusallikaid, nagu seaduse ettevalmistustööd või pretsedendid. Tegelikult hargneb siis süllogismikett "süllogismipuuks", mille harudes leidub erinevaid, aga samasuuna- lisi õigusallikaid. Erinevate harude vahel pole loogilist suhet. Argumendid tuginevad vaid koos esialgsele süllogismile. Nad moodustavad omapärase mosaiigi, milles tervikpildi järgi saab ot- sustada, kas põhjendus rahuldab või mitte.¹¹⁹

(iv) Kohtumenetlus.

Juriidilise diskursi tulemuste määramatus tingib neljanda protseduuri – kohtumenetluse – vajalikkuse. Kohtumenetluse tulemus on sõltuvuses nii praktilise ratsionaalse diskursi reeglitest, riikliku õigusloome reeglitest, ju- riidilise diskursi reeglitest kui ka menetluse enda reeglitest. Täpsemini öel- des pole tegu mitte niivõrd sõltuvusega nimetatud reeglitest, kuivõrd sõltu- vusega nimetatud protseduuride reeglitest kinnipidamisest.

Kohtupidamine on üles ehitatud põhimõttel, et kohus tunneb seadust – *iura novit curia*. Seda põhimõtet ei tohi küll mõista nii, et kohtupidamisel (õiguse rakendajatel) polegi vaja midagi teada väljastpoolt menetlusreegleid. Iseenesestmõistetavalt lisanduvad *iura novit curia* põhimõttesse teadmised materiaalõigusest. Meie käsitus juhib aga tähelepanu sellele, et kohus peab tundma puhtalt juriidilise kõrval argumentatsiooniteooriat tervikuna. Seda teooriat saab kirjeldada teatud protseduuridena ja järelikult peab kohtul olema süsteemne ülevaade ka kõigist nendest protseduuridest ja protseduu- ridele esitavatest nõuetest.

"Põhimõtte *iura novit curia* kitsamatel ja laiematel tõlgendustel on see tähendus, et eriti siis, kui juriidilise asjatundmise kasutamist takistatakse, kasvab põhjendamiskohustus. Mida kinnisem on otsusetegemine ise, seda enam eeldab põhjamaine modernne demokraatia ava- likku kontrolli. Ideaalne olukord on selline, et informatsiooni kulg on avatud ja otsuse põhjen- dused üksikasjalikud. Siis on usaldus kohtumõistmisorganite vastu suurim."¹²⁰

Loogiline on järeldada, et kui kolme esimese kirjeldatud protseduuri pu- hul ei saa rääkida otsustamiskohustusest, siis kohtumenetluses kui spetsiifi-

¹¹⁹ Aarnio, Aulis. Samas, lk. 199.

¹²⁰ Aarnio, Aulis. Samas, lk. 249.

lises protseduuris lisandub otsustamiskohustus. Tõsi, erialakirjanduses koh-tame väidet selle kohta, et õiguse enda üks funktsioonidest on nn otsustamis-funktsioon. "Kaugeltki mitte tähtsusetuna tuleb nimetada õiguse **otsustamisfunktsiooni**. Kuigi õigusnormid juba iseenesest annavad võimaluse prognoosimiseks ja stabiliseerivad ühiskonnasuhteid, tekib alati ka otsustamist nõudvaid konfliktolukordi. Õigusnormid on nende otsuste tegemisel aluseks."¹²¹ Näeme, et tegemist pole mitte otsustamise endaga, vaid abstraktsesse normi programmeeritud võimaliku ja vajaliku otsusta-mismudeliga. Õiguse otsustamisfunktsioon realiseerub kohtumenetluse käi-gus ja tal on seal kohustuslik iseloom.

Ülalkirjeldatud protseduuride kett määrabki kindlaks praktilise ratsio-naalsuse ja selle õigustamise piirid. Piirid näitavad ennast juba üldise ratsionaalse praktilise diskursi juures. Seal on neil kaks alust: protseduuri tulemuste sõltuvus osavõtjate te-gelikest normatiivsetest veendumustest ja ratsionaalsusereeglite sõltuvus diskursist osavõtjate kontseptsioonist praktilisest ratsionaalsusest. Inimestele jääb nii võimalus diskuteerida neile kuuluvate põhiveendumuste üle ja oma veendumusi seeläbi kontrollida. Seejuures võivad normatiivsed veendumused muutuda, kuid nad ei pea seda tingimata tegema. Kui nad siiski diskursi protsessis muutuvad, on tegemist ratsionaalse muutusega.¹²²

¹²¹ Aarnio, Aulis. Samas, lk. 65.

¹²² Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander. Osund teos, lk. 58.

III peatükk

KEELETUNNETUS JA ÕIGUSTEADUSE METODOLOOGIA

1. KEELETEOORIA KOHAVÄÄRTUSEST ÕIGUSTEADUSE MEETODIÕPETUSES

Õigusteaduse metodoloogias on üheks suhteliselt uueks suunaks seoses õigusnormide tõlgendamisega seaduse keelelise interpretatsiooni probleem. Seaduse tekstide tõlgendamine on oma tähenduselt alati mingis ulatuses küsimus keele tundmisest. Tegemist on selle keelega, milles seadusandja on õigusreeglid formuleerinud. Kõik see viib mõttele sellest, et õigusteaduse meetodiõpetus peab toetuma keeleteaduslikele ja keelefilosoofilistele nn tähendusteooriatele. Üheks klassikaliseks argumendiks juriidilises hermeneutikas on tõdemus selle kohta, et eksisteerib "sõnade tähenduse piir", mis võimaldabki tõlgendamise eristamist õiguse edasiarendamisest (õiguse loomisest selle formaal-juriidilise välises tähenduses).

Keeleteaduslik lähenemine õigusele pole muidugi päris uus probleem. Üldteada on, et juba Hume postuleeris teoses "Treatise on Human Nature" seisukoha õigusest kui keelevormist. See tähendas – ja tähendab – teatud keele funktsioonide ülekandmist õigusele. Siiski on sagedamini keele funktsioonide ülekandmist õigusesse sisustatud kui keele kommunikatiivset funktsiooni. **Seadus on kommunikatsioonimeedium seaduseandja ja seaduserakendaja suhetes.** Ehkki esitatud seisukoht on küllalt metafüüsiline, võib siit teha ka ratsionaalse ülestähenduse selle kohta, et keel on esimene ja oluline eeldus õiguse kehtimise jaoks.¹²³ Seda seisukohta aluseks võttes tuleb õigust käsitleda kui keele alusel kehtivat õigusreeglite ja normide süsteemi. Iga teksti tõlgendamine algab sõnade mõtte tõlgendamisega. Selle all mõistame me seaduses sisalduva väljendi või sõnade seose tähendust üldises keelekasutuses või, kui see on kindlakstehtav, erilises keelekasutuses.¹²⁴ Tegemist on nn arusaamise ringstruktuuriga, kus seos sõna ↔ lause ↔ mõte saab selgeks **hermeneutilises ringis.**¹²⁵ Loomulikult pole keel mitte ainult õigustloovate aktide kirjalik vorm, vaid näiteks ka kohtuni-

¹²³ Busse, Dietrich. Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationslehre in sprachwissenschaftlicher Sicht. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, lk. 9.

¹²⁴ Larenz, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Aufl., Berlin: Springer, 1991, lk. 208.

¹²⁵ Schapp, Jan. Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr, 1983, lk. 87.

ku tegevuse resultaadi subsumeerimisel, kui ta – püüdes paigutada elulisi asjaolusid õigusnormi abstraktse faktilise koosseisu alla – peab selle igapäevaelu transformeerima “seaduse keelde” ehk teisisõnu andma oma töö resultaadile kindla vormi – õiguskeele. Siinkohal tahaksin põhimõtteliselt nõustuda kirjanduses väljaõeldud mõttega selle kohta, et sõna “õiguskeel” ei tarvitatakski, sest tegu ei ole erilise süsteemse allkeelega. Oskuskeele erivahendiks on – erinevalt mõnest muust allkeelest – ainult tema sõnavara spetsiifiline osa, s.o. terminid. Kogu ülejäänud atribuutika pärineb ühiskeelest. Kitsenduste lähe on oskuskeele asjalikkus: tavaks on kasutada grammatika normitud osa ehk kirjakeelt ning vältida selgelt informaalset sõnavara. Oluline on, et ühiskeele sõnade tähendust võib oskuskeeliti kitsendada, täpsustada, piltlikustada, kuid teda ei tohiks avardada ega muuta.¹²⁶ Seega pole ei abstraktsed faktilised koosseisud ega elulised asjaolud ise juriidilise hermeneutika esemeks, vaid selleks on nende keele abil kirjapandud kirjeldused. Siit võib teha huvitava järelduse: õiguse rakendaja jaoks on nii õigusnorm kui ka otsustamist vajav kaasus esitatud kirjaliku teksti kujul.

Märkisime, et keeleteaduslik lähenemine õigusele pole uudne. Kuid siiski on märgata juriidilises meetodidiskussioonis uut rõhuasetust õigusnormide tõlgendamist ja õiguse rakendamist silmas pidades. Tegemist on õigustekstide semantilise interpretatsiooniga, millekohast huvi on juba paarkümmend viimast aastat märgata.¹²⁷ Kuna tekstide tõlgendamine on nende tähenduse interpreteerimine, otsitaksegi abi keeleteaduslikelt ja keelefilosoofilistelt tähendusteooriatelt. Klassikalise argumendina traditsioonilises juriidilises hermeneutikas kõlas väide “otsida sõna tähenduse piire”. Nii püüti eristada tõlgendamist õiguse edasiarendamisest või koguni õiguse loomisest üksikjuhtu silmas pidades.¹²⁸ Uudne on hoopis küsimuse püstitus õigusreeglist (normist) ja tähendusreeglist (semantiline või süntaktiline) juriidilises mõttes. Õigusreeglid saavad oma sõltumatu reaalsuse nende kirjaliku vormi kaudu. Kuid see reaalsus erineb kvalitatiivselt reaalsusest loodusteadustes (täppisteadustes, tehnikateadustes). On ju loodusteadustes “seadus” teatavasti kindel suurus ja kui teda on kirjeldatud – sageli formaliseeritud kujul – siis on ta edasise tunnetusprotsessi jaoks väljaspool tunnetusprotsessi kirjel-

¹²⁶ Kerge, Krista. Õiguskeel, tema vahendid ja väljavaated. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 4, 1995, lk. 6.

¹²⁷ Schiffauer, Peter. Wortbedeutung und Rechtserkenntnis. Berlin, 1979; Hegenbarth, Rainer. Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Königstein/Ts.: Athenäum, 1982; Krawietz, Werner. Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Berlin: Duncker und Humblot, 1993; Bix, Brian. Law, language and legal determinacy. Oxford: Clarendon Press, 1993; Herbert, Manfred. Rechtstheorie als Sprachkritik: zum Einfluss Wittgensteins auf die Rechtstheorie. Baden-Baden: Nomos, 1995; Viehweg, Theodor. Recht und Sprache. Wiesbaden: Steiner, 1977.

¹²⁸ Hegenbarth, Rainer. Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Königstein/Ts.: Athenäum, 1982, lk. 15–45.

datud suurus. Õigustekstid on keele kirjalikud väljendused. Keele väljendusi on aga võimalik teatud kvaliteediga reeglite-mõistete abil seletada. Nii räägitakse fonoloogilistest, süntaktilistest ja semantilistest reeglitest. Seejuures pole reeglit võimalik lingvistikas üheselt ja absoluutselt defineerida. Lingvistilise pragmaatika abil sai tõmmata silla keelereeglite ja käitumise vahele. Seega saab kirjeldada tähemärkide (sõnade) kasutamist õigustekstides kui käitumist keelereeglite põhjal. Erialakirjanduses kirjeldatakse kahte põhimõtteliselt võimalikku lähtekohta:

- (i) nn kindlad juhused, kus tähendusküsimused vähemalt esialgu päevakorras ei ole. Interpretatsiooniühiskonnas (juristide hulgas) valitseb konsensus;
- (ii) nn avatud juhused, kus interpretatsiooniühiskonnas üksmeel puudub.¹²⁹

Eesti õiguskorra jaoks on õigusterminoloogia küsimused ühed aktuaalsemad. Kui Eestis algas 80-ndate aastate lõpus töö rahvusliku õiguskorra taastamise ja täiustamise kallal, puudusid peaaegu kõigil selle töö tegijatel kogemused õigustloovate aktide tekstide koostamiseks. Tegemist ei ole sisult originaalsete õigustloovate aktide süsteemi kujundamisega. Väga sageli sõltub õigustloova akti sisuline kvaliteet sellest, kui palju on selle loojad suutnud sellesse akumulierida juba olemasolevat õiguskultuuri. Mis aga puutub õigustloovate aktide keelesse, siis pole rahvuslikel õiguskordadel tavaliselt eeskujusid kusagilt võtta.

Kirjanduses märgitakse, et Eesti Vabariigis oli õiguskeelele pandud tugev alus 30-ndateks aastateks – olid loodud vajalikud terminitesüsteemid. 1934. a. ilmus Tartus Karlsoni ja Veski koostatud “Õigusteaduse sõnastik” eestikeelsete õigusterminite ning nende saksa- ja venekeelsete vastetega. Sõnaraamatu koostamisest võtsid osa paljud juristid ning nende töö sai kõrge hinnangu. Tol ajal tegid õiguskeele uuringuid õigusteaduse seltsid, eriti Tartu Õigusteaduse Selts. Selle töö tulemusi tutvustati ajakirjas “Õigus”. Professor Jüri Uluots on sõnastanud tolleaegsed seisukohad tsiviilseadustiku eelnõu seletuskirjas järgmiste nõuetena:

- seadustik peab olema loetav igale keskmisele kodanikule;
- tekst tuleb sõnastada selgelt, vältides võõrsõnu ja keelelisi uuendusi, mis pole küllaldaselt juurdunud;
- sõnavara peab olema täpne ning andma küsimustele vastused;
- sama mõiste väljendamiseks tuleb kasutada võimalikult üht ja sama sõna, tarbe korral ühtsama lauset;
- sõnastus olgu piisavalt abstraktne, kuid üheselt mõistetav.

Professor Uluots on soovitanud kasutada ka võimalikult lühikesi lauseid, millest igaühes sisaldugu iseseisev, kuid eelmise ja järgmise mõttega seotud mõttekäik.¹³⁰

¹²⁹ Schiffauer, Peter. Wortbedeutung und Rechtserkenntnis. Berlin, 1979, lk. 145 jj.

¹³⁰ Varul, Paul. Õiguskeel: seisund ja probleemid. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 5, 1995, lk. 5–6.

Humanitaarteadustes võib märgata "lingvistilist pööret" 70-ndate aastate algusest. Õigusteaduses – jurisprudentsis – said sellest ajast peamisteks märksõnadeks **normatiivsus, tähendus, interpretatsioon**. Need kolm mõistet iseloomustavad ilmselt kõige paremini õiguse ja keele vaheliste sidemete raskuspunkte ning ilma nendeta ei saa hakkama ükski tänapäeva õiguslingvistiline diskussioon. Kui võtta õiguse ja keele vaheliseks võrdlusmastaabiks normatiivsus, siis saab rääkida "sugulussuhetest". Nimelt põhinevad nii õigus kui ka keel teatud reeglitel. Seetõttu on võrdlust võimalik rajada reeglite enda kehtimisele. Ning just reeglite endi kehtimises on õigusel ja keelel ühisjooni. Kuid ilma õiguse ja keele valdkondade reeglite tundmiseta jääb "sugulussuhete" konstateerimine pinnapealseks, väliseks tõdemuseks, mis sisaldab endas näiteks ainult idee kanda keeleteaduse meetodid õigusteadusesse. Ühtpidi on selline arusaam õigusteaduses küllalt tavaline: kasutada õigusteaduses juriidilises tegevuses teiste teaduste meetodeid ja reegleid abivahenditena. Peab ütlema, et selline instrumentalistlik lähenemine on küllalt sagedane õiguskirjanduses. Juriidilise semantika või juriidiliste tekstide ja mõistete semantika pole aga pelgalt tehniliselt lahendatav interpretatsiooniprobleem. Teiselt poolt ei tohiks juriidiliste tekstide ja mõistete semantika redutseeruda õiguskeele kriitikale, mille käigus seatakse kahtluse alla võõrsõnade kasutamine õigustekstides, uudissõnade kasutamine, keeruline süntaks vms. Tahaks loota, et selline probleemi tõstatamine kuulub möödajärgnele ajale.¹³¹ Loobumine õiguskriitikast kui keelekriitikast ei tähenda loomulikult seda, et poleks vaja juhtida tähelepanu näiteks võõrsõnadega liialdamisele, liiga komplitseeritud lauseehitusele või voluntarismi ilmingutele juriidilises keelekasutuses. Näiteks märgitakse kirjanduses ilmselt põhjendatult, et õiguskeele üldkeelest võõrandumise tendentsi on püütud seadustada tsiviilseadustiku üldosa seaduses.¹³² Selle seaduse Riigikogule esitatud eelnõu §-s 2 lg 1 oli veel mõni päev enne selle seadusena vastuvõtmist sõnastatud: "Seaduse tõlgendamisel lähtutakse seaduses kasutatud sõnade üldlevinud tähendusest, kui seaduses ei ole neile antud teist tähendust." Selle formuleeringu kui juriidilise voluntarismi vastu astus resoluutselt välja T. Erelt. Ta pidas lubamatuks anda üldtuntud sõnadele seadusega meelevaldne tähendus. Kriitika tulemusena sõnastati tsiteeritud säte järgmiselt: "Seaduse tõlgendamisel lähtutakse seaduses kasutaud sõnade üldlevinud tähendusest, kui seaduses ei ole otseselt kasutatud sõnade eritähendust."¹³³

Selgitamaks probleemi, tuletan meelde, et TsÜS sätestas §-s 2 "Seaduse tõlgendamine" järgmised põhimõtted: lg 1 "Seaduse tõlgendamisel lähtutak-

¹³¹ kirjandust selle kohta vaata viidetest 23–25: **Busse, Dietrich**. Juristische Semantik: Grundfragen des juristischen Interpretationstheorie in Sprachwissenschaftlicher Sicht. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, lk. 12–13.

¹³² Riigi Teataja I 1994, 53, 889.

¹³³ **Kask, Peeter**. Õiguskeele ja üldkeele vahekord. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletään, 1, 1995, lk. 22.

se seaduses kasutatud sõnade üldlevinud tähendusest, kui seaduses ei ole otsest kasutatud sõnade eritähendust"; lg 2 "Kui sõnal on mitu üldlevinud tähendust, kasutatakse seda tähendust, mis on kõige enam kooskõlas tõlgendatava seaduse mõttega"; lg 3 "Seaduse sätet tõlgendatakse koos seaduse teiste sätetega, lähtudes seaduse mõttest." Kui lugeda lõigete järjekorda paragrahvis tõlgendamisel teatud prioriteete määravateks, siis on põhjust väita, et seadusandja on prioriteedi andnud grammatilisele tõlgendamisele. Arvatavasti asus seadusandja tollal seisukohal, et ilma sisenemata "keelemängu" polegi võimalik jõuda TsÜS-i mõtte ja eesmärgini.¹³⁴

Viimastes muudatusettepanekutes, mis puudutavad TsÜS-i tehti ilmselt samuti vigane ettepanek. Nimelt pakuti välja idee muuta seoses äriseadustiku ja selle rakendamise seotud seaduste muutmise seaduses TsÜS-i § 2. Täpsemini sooviti seda paragrahvi täiendada uue lõikega 1 järgmises sõnastuses: "(1) Seaduse sätet tõlgendatakse esmajoones koos seaduse teiste sätetega, lähtudes seaduse mõttest ja seadusandja tahtest, mitte aga sõnade grammatilisest tähendusest". Selline muudatusettepanek sai parlamendi heakskiidu, kuid see tuli veel presidendi poolt välja kuulutada. Kujunenud olukorras leidis president, et tehtud ettepanek TsÜS-i muutmiseks on vastuolus Eesti Vabariigi põhiseadusega. Põhiseadus aga sätestab, et Eesti on iseseisev ja sõltumatu demokraatlik vabariik (§ 1), kus riigivõimu teostatakse üksnes põhiseaduse ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel. Seadused avaldatakse ettenähtud korras. Täitmiseks kohustuslikud saavad olla üksnes avaldatud seadused (§ 3). President ei kuulutanudki seadust välja.

Tõepoolest, raske on saada aru parandusettepaneku teinute loogikast. Tänapäevane tõlgendamiskriteeriumide kataloog sisaldab endas grammatilist tõlgendamist, mis on õiguse kasutaja, õigusest kinnipidaja ning eelkõige õiguse rakendaja jaoks sisuliseks lähtekohaks õigusele vastava otsustuse langetamisel. See tähendab seda, et tõlgendamise ese, tema lähtepunkti mõttes, on eelkõige seaduse tekst. Parandusettepaneku tegijad aga soovisid ilmselt alustada tõlgendamist süstemaatilise ehk loogilisest tõlgendamisest. Nii võib aru saada, kui tutvuda tähelepanelikult parandusettepaneku tekstiga.

Kogu see lugu lõppes sellega, et Eesti vabariigi Parlament (Riigikogu) arutas "äriseadustiku ja selle rakendamise seotud seaduste muutmise seadust" veelkord ja peale arutelu otsustati TsÜS-i muuta alljärgnevalt: paragrahvis 2: lõige 3 loetakse lõikeks 1; senised lõiked 1 ja 2 loetakse lõigeteks 2

¹³⁴ Üksikasjalikumalt TsÜS-i § 2 kohta seoses õiguse tõlgendamisega vaata: Narits, Raul. Interpretation of law in the Estonian Legal System. // Juridica International. Law Review University of Tartu. 1996, lk. 13.

ja 3.¹³⁵ Vabariigi President kuulutas nimetatud seaduse välja oma otsusega nr. 5-723 30. maist 1996. a.

Õpetlik on võrdluseks lugeda 1940. a. tsiviilseadustiku eelnõust analoogilist sätet (§18 lg 1): "Seaduse tõlgitsemisel tuleb eeskätt silmas pidada seaduses tarvitatud sõnade tähendust. Kui sõnadel on mitu tähendust, siis tuleb eelistada üldist tähendust eritähendusele ja harilikku tähendust piltlikule tähendusele, välja arvatud juhud, mil üldine või harilik tähendus ei sobi seaduse sisu, mõtte või otstarbega." Sellega seoses avaldatakse kirjanduses arvamust, et ka praegune TsÜS-i vastava paragrahvi sõnastus on säilitanud oma esialgse (1994. a. ettepanekus sisaldunud) sisu.¹³⁶

Tahan lihtsalt öelda seda, et õiguse ja keele vahelised seosed pole taandatavad paljale kriitikale või koguni kritikaanlusele. Õiguskeel ehk emakeelse te õigustekstide keel vajab süsteemset käsitlemist, teda tuleb ka kritiseerida. Kõige selle juures on vaja aga silmas pidada, et õigustekstide keele vahenditeks on ühiskeele sõnavara, õigusterminid, õigusteksti esemeks oleva eluvaldkonna terminid, tänapäevane kirjakeele grammatika. Tähendab, lingvistilisel tööl õigustekstidega on oma spetsiifika, mis tuleneb õigusteksti enda olemusest. Samal ajal peab aga tundma-teadma keelereegleid ja -norme.

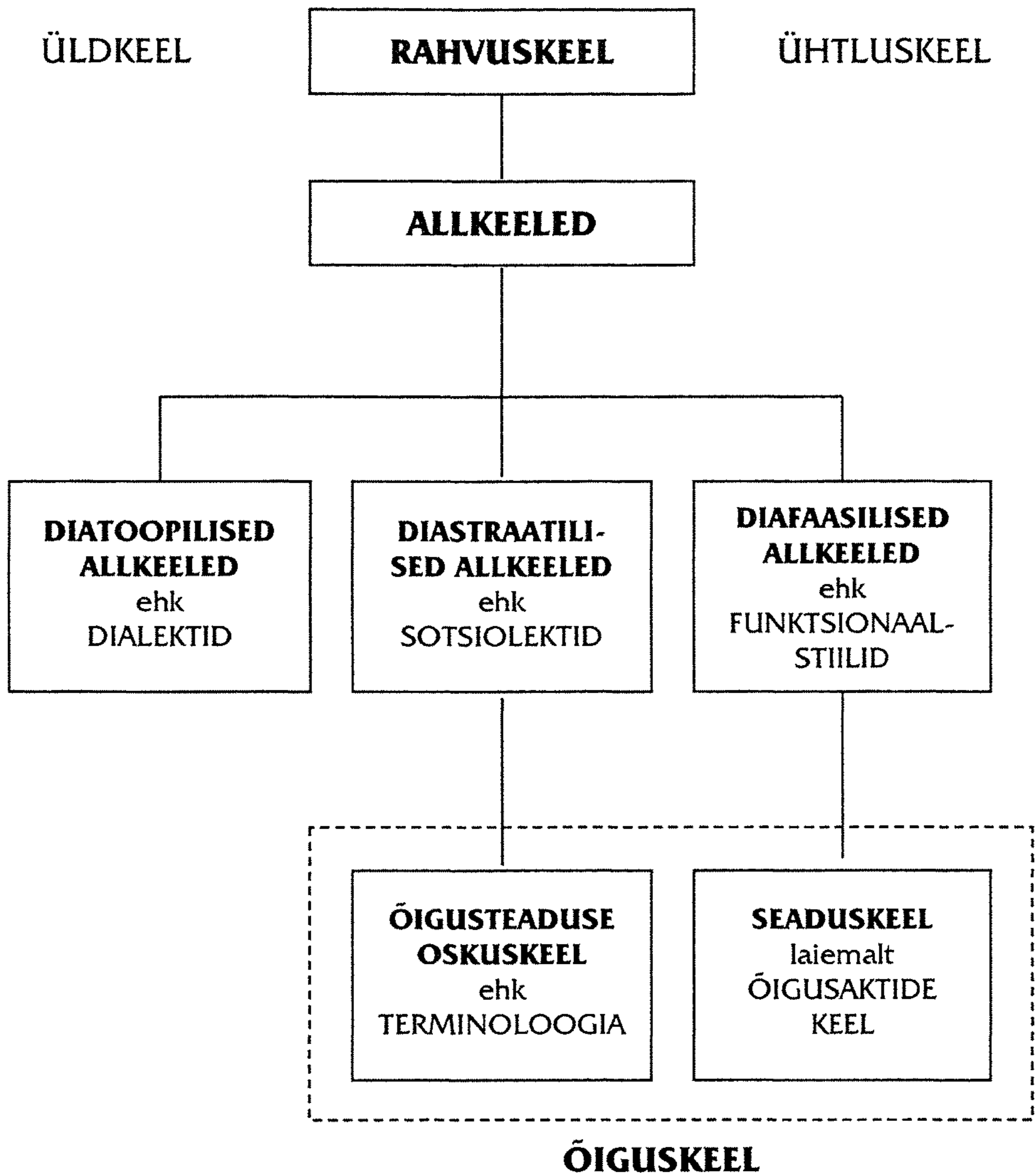
Erialakirjanduses on mindud isegi nii kaugele, et ootusi keelefilosoofiast seoses õigusteadusega on ilmselt üle hinnatud. Näiteks on iseloomustatud õiguse teooriat kui **õiguse keeleteooriat**.¹³⁷ Peab ütleva, et kui on tegemist interdistsiplinaarsete tunnetusviisidega, siis ei saa ühe või teise sellisesse lähenemisviisi kuuluva elemendi tähtsustamist veaks lugeda. Vastasel korral kaotaks interdistsiplinaarne lähenemine ise oma mõtte. Küll oleks olukord problemaatiline siis, kui õiguse teooriat paljalt keeleteooriaks peetaks, nägemata uuritava valdkonna spetsiifikat, mille määrab eelkõige õigus, kuid mitte ainult. Seega võib väita, et ühes oma osas on õiguse teooria kindlasti õiguse keeleteooria. Ilmunud teadustööde tähistusi silmas pidades pole liigne meenutada, et esmajoones pole rõhutatud lingvistika osa, vaid rõhutatud on hermeneutikat, loogikat, keelefilosoofiat, sotsiolingvistikat. Tähistused tähistusteks, kuid problemaatiline on siiski see, et nii on hermeneutika ja loogika kui tunnetusalad jäänud väljapoole keeleteaduslikku mõtet.

Esitame kirjanduses toodud seaduskeele käsitlemise sotsiolingvistika seisukohast vaadatuna, mis esindab ühte võimalikku interdistsiplinaarset lähenemist õiguse ja keele vahekordade uurimisele:

¹³⁵ Riigi Teataja I 1996, 40, 773.

¹³⁶ Kask, Peeter. Õiguskeele ja üldkeele vahekord.//Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletään, 1, 1995, lk. 22.

¹³⁷ Kaufmann, Arthur. Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 1984, lk. 102.



Sotsiolingvistika on sotsioloogia ja lingvistika vahealal kujunenud integratsioonteadus, mille käsitusobjektiks on keele ja ühiskonna vastastikused seosed. Mistahes õigusakt on keelerüüs antud eeskiri sotsiaalsuhete korraldamiseks ja kuulub sotsiolingvistika huviorbiiti. Rahvuskeel on antud skeemis kui toimiv kirjakeele kujul normitud ühtluskeel. Dialekte (territoriaalmurdeid ja -murrakuid) kasutatakse ühtse keeleala eri piirkondades. Sotsiolekte kasutavad eri ühiskonnarühmad ja siia kuulub näiteks professionaalargoo. Diafaasiline allkeel on rahvuskeele funktsionaalstiil. Diatoopilistel

allsüsteemidel puudub õiguskeele seisukohalt tähtsus. Õiguskeele seisukohalt omavad tähtsust diastraatiline ja diafaasiline allkeel. Õigusteaduse oskuskeel on ühtlasi õigusteaduse kui teaduse identiteedi peamisi rõhutajaid ja tagatisi. Juriidiline oskuskeel on vajalik õigusteaduslike probleemide täpseks mõistmiseks, seadmiseks ja lahendamiseks. Õigusaktide keel peab aga olema hästi arusaadav enamikule rahvast, muidu ei ole parlamendi seadusandlik tegevus kommunikatiivne ja seaduste tõhusus võib ohtlikul määral väheneda. Õigusaktide keelel puudub oma kitsam lokaalselt või erialaliselt piiratud keeleühiskond, mis on omane dialektidele ja sotsiolektidele. Järelikult on väär mõelda ja nõuda, et seadused peavad olema kirjutatud õigusteaduse oskuskeeles.

Seaduskeele ja laiemas tähenduses õigusaktide keele mõiste on mahult avaram ja sisult teistsugune kui õigusteaduse oskuskeele mõiste. Õigusteaduse terminoloogia on keele üldsüsteemis selle diastraatiline osa. Õigusaktide keel, sealhulgas ka seaduskeel, on aga diafaasiline allkeel. Nii taotletakse õigusteksti üldarusaadavuse tagatisena kolme komponendi eristamist ning iga komponendi asjakohast käsitlemist.¹³⁸

S E A D U S K E E L		
ÕIGUSTEADUSE OSKUSKEEL	REGULEERITAVATE ALADE OSKUSKEEL	ÜLDKEEL

Õiguse tõlgendaja saab oma tööd alustada alles siis, kui tema käes on mingi osa objektiivsest – või ka kunagi kehtinud – õigusest. Objektiveeritud tähendab antud juhul vaid *ius scriptumit* ehk kirjapandud õigust. Loomulikult ei leia me õigust mitte ainult kirjapandud allikatest, kuid kontekstis ei huvita meid *ius scriptumist* väljuvad juhud. Vastasel juhul ei ole korrektne rääkida keelefilosoofilisest lähenemisest õigusteaduse metodoloogias. Siiski tuleks lisada, et õigus ja keel pole omavahel seotud mitte ainult kirjapandud keelepildi kaudu. Juristidele ja jurisprudentsile on arusaadav ja omane, et nii suuline kui ka kirjalik õiguskeel on omavahel mitte ainult tihedalt seotud, vaid mängivad võrdset osa juriidilises hermeneutikas.

¹³⁸ Mereste, Uno. Seaduskeele struktuur sotsiolingvistika seisukohast vaadatuna. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 5, 1995, lk. 8–11.

Vastus küsimusele, millist relevantsi omavad keeleanalüüs ja keelefilosoofia õiguses ja jurisprudentsis, sõltub sellest, kas ja millised praktilise juriidilise argumentatsiooni aspektid, mis on õiguslikku praktikat ja praktilist õigusteadust kujundanud, üleüldse on keelefilosoofilise analüüsi ja käsitlesega saavutatavad.¹³⁹ Igal juhul on selge see, et *logica iuridica* ja *hermeneutica iuris* kõrval konkureerib keelelis-filosoofiline uurimine, mille põhjuseks on asjaolu, et objektiivsest õigusest kui tähemärkide süsteemist – keelelisest väljendusest – peab esmalt kui keelest tema normatiivses tähenduses ja mõttes aru saama. See peab eelnema õiguse realiseerimisele üksikjuhul, õiguse konkretiseerimisele kaasuse suhtes, õiguse rakendamisele.

Jurisprudentsi seisukohalt on keelefilosoofilised ekskursid siis vastuvõetavad, kui need aitavad lahendada praktilise õigusteaduse nn standardprobleeme. Peamiselt on jutt (1) kehtiva õiguse normide identifitseerimisest, (2) nende tõlgendamisest ja rakendamisest kuni üksikjuhu õigusele vastava lahenduse leidmiseni välja, (3) juriidilisest mõiste- ja süsteemimoodustamisest, mille abil katsutakse kujutada kogu kehtivat õigust ühtse mõistete, normide süsteemina.¹⁴⁰ Kirjeldatud ülesannete täitmist garanteerib moodsale keeleanalüüsile orienteeritud analüütiline jurisprudents. Keelefilosoofia tulebki siis ilmsiks, kui analüütilise jurisprudentsi esindajad kasutavad loogilist analüüsi, mis põhineb keele tundmisel ja mis võimaldab erialateadmisi kasutades aidata kaasa õiguskeeles kasutatavate mõistete seletamisele. Uus on õiguse analüütilise kontseptsiooni juures mitte paljalt normide moodne loogika, vaid asjaolu, et tänapäeva analüütiline jurisprudents ja sellega seotud praktiline juriidilise argumentatsiooni teooria koormab täna üha enam moodsat keelefilosoofiat ennast.¹⁴¹ Teatavasti on keeleanalüütilises filosoofias toimunud pragmaatiline pööre analüütilisusele orienteeritud hermeneutilisele filosoofiale.¹⁴²

Tavaliselt eristatakse tänapäeva jurisprudentsis praktilist ehk dogmaatilist õigusteadust, tema juurde kuuluvat juriidilist meetodiõpetust ja neil mõlemal baseeruvat üldist õpetust õigusest/õiguse teooriat. Kindlasti aitavad esitatud struktuurid kujundada teatud mõttes ühtseid arusaamu kehtivast õigusest. Samas pole nad selgelt ja ühetähenduslikult struktueeritud ning just formaalse loogika ja moodsa keelefilosoofia kasutuselevõtt on aidanud oluliselt kaasa õiguses uue ja kõikehõlmava normi- ja struktuuriteooria ülesehitamisele. Baasiks on siinjuures olnud õiguse keelefilosoofilised uuringud.

¹³⁹ Krawietz, Werner. Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. // Sprachphilosophie. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung. Hrsg. von M. Dascal. 2. Halbband. Berlin: Walter de Gruyter, 1996, lk. 1470.

¹⁴⁰ Samas.

¹⁴¹ Samas, lk. 1486.

¹⁴² Logic and Philosophy. The Hague: Nijhoff, 1980; Aarnio, Aulis. The rational as reasonable: a treatise on legal justification. Dordrecht: Reidel, 1987; Perelman, Chaim. Juristische Logik als Argumentationslehre. Freiburg: Alber, 1979 jt.

2. KEELE ROLL ÕIGUSES

Kontinentaalses õiguskultuuris on õigusele vastava otsustuse tegemine otseselt seotud õigustloovate aktide tekstidega. Õigustloovate aktide tekste võib tähistada kui normatiivset alust õigusele vastava lahenduse leidmisel. Normatiivne alus jõuab juristide ette mitte n-ö valmis kujul, vaid tekstina, milles sisaldub õigustloova akti või selle sätte normatiivne ehk siduv mõte ja eesmärk. Võib-olla see ongi põhjuseks, miks juristide hulgas – eriti õigusteadlaste seas – puudub üksmeel selle kohta, mida lugeda **juriidilise** tegevuse tuumaks. Võib-olla on tõesti mugav ennast siduda ainult õigustloova akti tekstiga ning kõik muu jätta subjektiivse eelotsustuse hulka, kuid selline arusaamine tähendaks enda sulgemist õiguse positiivsuse meelevalda. Kui eeldada, et õiguslikud regulatsioonid tõepoolest väljendaksid ühetähenduslikult õigust, et meieni jõuaks mittereflektoorselt nn seadusandja tahe, siis sellisel juhul oleks tõesti õiguspositivismist palju abi. Tundub siiski, et õigusest arusaamine ei piirdu positiivse õiguse tunnustamisega. Ilmselt tuleb juristil õigusest arusaamise protsessis esimese küsimusena lahendada tõepoolest õiguse kehtivuse probleem: kehtib või ei kehti. Kuid positiivne vastus sellele küsimusele on alles õigusest arusaamise tee algus. Tegelikult oleme ju lahendanud ainult küsimuse sellest, kas meie kätte jõudnud *ius scriptum* kujutab endast positiivset õigust ehk kehtivat õigust. Igaüks, kellel on tulnud kokku puutuda subsumeerimisega, võib kinnitada, et teades kindlalt mingi sätte või õigusakti kehtimisest, ei muutu subsumeerija nn “subsumeerimisautomaadiks”. Õiguspositivism (puhas õpetus õigusest) “degradeerib” aga õiguse rakendaja just sellisesse rolli. Õiguse rakendamine on tegelikkuses tunduvalt sisukam – komplekssem – kui seda lubab eeldada formaal-loogilisele süllogismile taandatav subsumeerimine. Ainult lihtsa subsumeerimise fiktsioon sugereerib, et seadusest eluliste asjaolude formuleeringu ülesleidmine seisneb seadusandja tahte lihtsas järelevaatamises.¹⁴³ Liiatigi on otsustamistvajavad elulised asjaolud mitte alati ainult ühe abstraktse faktilise koosseisuga seotud. Lausa vastupidi, juristide ülesanne on enamikul juhtudel see siduda erinevate õigustloovate aktide tekstidega, et kindlaks teha formaalsest loogikast tuntud pea-(ülem-)lause. Kõik see välistab juriidilises praktikas automaatse subsumeerimise.

Küll aga ei välista see **seadusega seotuse postulaati**. Käesoleva töö autor toetab põhimõtteliselt olukorda, kus õigusele vastava otsustuse tegemisel tuleb piltlikult öeldes luua endale otsustamisnorm ühe või mitme objektiivses-

¹⁴³ Busse, Dietrich. Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in Sprachwissenschaftlicher Sicht. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, lk. 22.

se õigusesse kuuluva normi alusel ning otsustuse enda langetamisel kasutada traditsioonilist subsumeerimismudelit.¹⁴⁴

Otsustamisnormi konstrueerimisel tuleb alati toetuda objektiivse õiguse keelele. Pole kahtlust, et subsumeerimise tulemus – juriidiline otsustus – on vahetus sõltuvuses sellest, kui arusaadavalt ja täpselt on nii otsustamisreegli aluseks olnud normid kui ka otsustamisreegel ise formuleeritud. Ilmselt pole siin liigne meenutada R. von Iheringi, kes on öelnud, et seadusandja peab mõtlema nagu filosoof ja rääkima nagu talupoeg.¹⁴⁵ Seadusandja räägib keele abil. Seepärast peab arusaadavuse ja täpsuse saavutamiseks tundma põhjalikult seda keelt, milles otsustamisreeglid on formuleeritud. Kuid ainuüksi keele tundmisest jääb väheks. Mainisime ülalpool, et õigusaktide keel võib vahel erineda tunduvalt argikeelest või mõnest teisest erialakeelest. Jutt on sellest, et erialakeel peab olema täpsem kui üldkeel. “Teiste keelte” ebatäpsused – ja seda mitte negatiivses tähenduses – terminoloogias tuleb ületada, mitte neid kopeerida. Igat ainevaldkonda saab ja tulebki tähistada mõistetega, mis kõige adekvaatsemalt peegeldavad tema olemust. Õiguskultuurid on oma pika ajaloo jooksul välja töötanud vastava mõisteaparaadi, millega püütakse õigust tähistada tema laias tähenduses. Seega pole õiguskeele puhul tegemist mitte mingi eraldi seisva keelega, vaid küsimus on õiguskeele täpsusest.

Nii kohtame õiguskeeles sageli näiteks väljendit **rahvas**. Ilmselt pole tegemist millegi üldkeelest eraldi seisva tähistusega ega kvalitatiivselt uue sisuga terminiga. Eesti keeles sisustatakse mõiste rahvas järgmiselt:

- (1) etniliste tunnuste alusel piiritletav inimrühm (eesti, saksa, vene, hiina rahvas);
- (2) mingi paikkonna, koha elanikud (kohalik rahvas, oma küla rahvas);
- (3) maa, riigi rahvastik (president esines televisioonis rahvale);
- (4) inimesed, suur rahvahulk (tänavad olid rahvast täis; kadus tagaajajate eest rahvahulka);
- (5) teatud inimrühma või inimrühmkonna tähistus (autojuhid on üksmeelne rahvas, noored on teadmishimuline rahvas).¹⁴⁶

Nii oleme saanud teada **rahva** tähenduse üldkeeles. Õiguskeeles tähistatakse mõistega rahvas eelkõige **riigi rahvast** ja sellel on oma täpne juriidiline sisu. Või teiste sõnadega, riigi rahvas on juriidiliselt täpse sisuga väljend. Riigi rahva kohta on Cicerolt pärit järgmine määratlus: riigi rahvas ei ole mitte igasugune suur inimeste ühendus. Ta on selline suur inimeste ühendus, keda seovad ühised huvid ja lugupidam-

¹⁴⁴ Täpsemalt seotusest seadusega ja subsumeerimismudeli kohta vaata **Larenz, Karl**. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2. Aufl., Berlin: Springer, 1992, lk. 45–55.

¹⁴⁵ **Heindl, G., Schambeck, H.** Prozesse sind ein Silberschweiss oder Juristen Brevier. Wien, 1979, lk. 189.

¹⁴⁶ **Rahvas**. Eesti kirjakeele seletussõnaraamat. Eesti Teaduste Akadeemia Keele ja Kirjanduse Instituut. 1996, lk. 802–803.

mine kehtiva õiguse vastu.¹⁴⁷ Jutt on sellest, et riigi rahva hulka kuuluvaks ei saada juriidiliselt mitte lihtsalt sündimisega, vaid riigi rahva hulka saadakse spetsiaalse seaduse – kodakondsusseaduse – alusel. Riik on juriidiliselt vaba määrama need tingimused, millele füüsiline isik peab vastama, et kõrgema avaliku võimu kandja sõlmiks temaga kodakondsusseaduse alusel juriidilise sideme – arvaks füüsilise isiku riigi rahva hulka kuuluvaks. See osa elanikkonnast, kellega riik on sellise sideme sõlminud, moodustab riigi kodanikkonna. Riigi rahvas on seega juriidiliselt sünonüüm **kodanikega**. Selline õiguskeele täpsus ei anna võimalust segi ajada rahvast rahvusega või mingi paikkonna elanikega või teatud inimrühmaga. Jurisprudents on andnud sõnale rahvas õiguskeeles oma kindlapiirilise tähenduse, mis, tõsi, väljub mõneti traditsioonilistest üldkeele tähendustest, kuid samas annab sõnale oskuskeelele omase täpsuse.

Mandri-Euroopa õiguskultuuri silmas pidades tegeleb suhteliselt iseseisev õigusteadus – jurisprudents ehk õigusdogmaatika – objektiivse õiguse “mõttega”. Täpne on K. Larenz, kui ta väidab, et jurisprudentsi meetodiõpetus ongi normatiivsete lausete (õigusnormide) keel. Jurisprudents on teadus õigusnormidest, kuid mitte norme andev teadus. Ta on arusaamade süsteem kehtivast õigusest, mis teeb ülestähendusi kehtiva õiguse kohta.¹⁴⁸ Jurisprudents ei tee seda kvantitatiivseid meetodeid kasutades. Kuid kuna jurisprudentsi ülesanne on püüdnud seletada objektiivset ehk kehtivat õigust, siis valib ta püstitatud eesmärgi saavutamiseks teatud kindlad meetodid. Tõlgendamine selle laias tähenduses ongi siin üheks kõige olulisemaks meetodiks. Täpsem on küll väita, et tõlgendamine on ühelt poolt teaduse enda osa kui meetodite, vahendite, võtete kompleksi süsteemne seletamine ja teiselt poolt kui kindlate seaduspärasuste ja reeglite alusel toimuv tegutsemine objektiivse õiguse mõtte ja eesmärgi teadasaamisel.

Juba pandektist A. F. J. Thibaut nimetas *hermeneutica iuriseks* tõlgendamiseks vajalikku reeglite süsteemi. Õigusteaduse meetodiõpetust silmas pidades on tõlgendamine meetodiõpetuse tähtsaim osa. Jurist soovib õigusest aru saada selleks, et rahuldada aktuaalse sotsiaalse tegelikkuse nõudmisi.¹⁴⁹

Eesti õiguskorras on seadusi, mis otseselt – s.o tekstis endas – juhivad tähelepanu seaduse tõlgendamise vajadusele. Nii on Tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TsÜS)¹⁵⁰ §2 pealkirjastatud “Seaduse tõlgendamine”. Sisuliselt puudutavad tõlgendamist sama seaduse §-d 3 ja 4. Nendest esimene sätestab üld- ja erisätte vahekorra ning teine seaduse õiguse analoogia

¹⁴⁷ Cicero. Vom Gemeinwesen. 3. Aufl., Zürich-München, 1973, lk. 56.

¹⁴⁸ Larenz, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2. Aufl., Heidelberg: Springer, 1992, lk. 83.

¹⁴⁹ Dubischar, Roland. Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Mainz: Kohlhammer, 1974, lk. 99.

¹⁵⁰ Riigi Teataja 1994, 53, 889; 89, 1516; 1995, 26–28, 355; 49, 749; 87, 1540; 1996, 40, 773.

probleemi. Tõin selle näite veelkord selleks, et rõhutada õigusaktide keele rolli nii õiguspraktikas kui ka praktilises õigusteaduses. Nagu näeme, juhib mõnikord seadusandja ise seaduse tekstidega kokkupuutuvaid subjekte tõsisele tööle seaduse tekstide keelega.

Mida tähendab siis olemuslikult "reegli järgimine" õiguskeelt silmas pidades? Kui keegi ennast keele abil väljendab, siis tähendab see ilmselt seda, et keelereegleid järgides ja tähemärke kasutades sisestatakse teksti mingi kindel mõte, mis peaks tekstiga kokkupuutuvate subjektideni jõudma. Seda protsessi võib iseloomustada ka kui kommunikatiivset käitumist. Kuid kas selline kommunikatiivne käitumine on täiuslik, jääb metoodilise lähenemise lahendada. Asi on selles, et mitte alati ei õnnestu seadusandjal "rääkida lihtsalt nagu talupoeg".

Õiguskeel on nii juristide kui ka lingvistide tegutsemismaa. Keelel on aga alati olemas nn ühisalus. Grammatika puhul tähendab see seda, et:

- abisõnade tarvitus;
- sõnade moodustamine ja moodustamisseosed terminipesades;
- sõnavormide moodustamine, tähendus- ja kasutuspiirid;
- sõnade ühendamise viisid, ühendite kokkuhääldus ja -kirjutus;
- sõnade või fraaside jälgitav pikkus ja järjestus tekstilauses;
- lisaks õigekirjakokkulepped, laenude mugandamise alused, oma- ja võõrterminoloogia tasakaalustatuse aste jpm on määratletud väljaspool õiguskeelt ja ei saa ideaaliski kuigi detailselt kuuluda juristi haridusse.¹⁵¹

Keele kasutamisreegli olemust saab taandada Wittgensteini (1889–1951) tähendusteooriale, mis üldistatult väidab, et sõna tähendus on tema tarvitamine keeles. Seejuures on keel Wittgensteini jaoks mitte enam, kuid ka mitte vähem kui teatud viisil kasutatavate tähemärkide kogum. Et õigesti aru saada, peab teadma, millist rolli sõna keeles üldse mängib. Siit konstrueerub Wittgensteini jaoks nii oluline "keelemäng". Õiguskeelest arusaamiseks tuleb osaleda keelemängus. See pole keele või siis sõnadega manipuleerimine. Keelemängust osavõtt kujutab endast erilist viisi, millega ühe keele raames on võimalik jõuda just keele abil teatud eluvaldkonna tähistuste ratsionaalse tuumani. Õigusega seoses on keelemängus osalemisega võimalik jõuda tähistuste normatiivse tähenduse tunnetamiseni. Tegelik õigustekstide keelehädadest pole kerge jagu saada. Põhjus ei peitu siin mitte niivõrd keeleõppe piiratuses, vaid pigem selles, et õiguskeel omandatakse õigusallikate tekstide enda kaudu ja toel. Keel on harjumus kindlaotstarbeliste tekstide ülesehituse, lausestuse, väljenditega, isegi ebaoluliste sõnade-

¹⁵¹ Kerge, Krista. Õiguskeel, tema vahendid ja väljavaated. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 4, 1995, lk. 6.

ga.¹⁵² Lisaksin mõtte selle kohta, et nii nagu õigusteadus tervikuna kujutab endast teatud korrastatud mõtlemist, kujutab keel õiguses endast juristi jaoks esmalt täpselt samuti korrastatud mõtlemist, millele pannakse alus lugedes õigusallikate endi tekste. Õigusteaduse tekkelugu iseloomustades on teadlased juhtinud tähelepanu asjaolule, et eelklassikalisel perioodil, kui tunti huvi olulisemate reguleerimisvaldkondade vastu, arenes õigusteaduse õpetamine põhimõtteliselt järgmist teed pidi: õpilasi oli vaja tutvustada õiguse põhimõistetega, mis sisuliselt tähendas suures osas õiguse tekstide lugemist, ja lisada sellele teaduslik kommentaar. Õpetamise vorme tähistati *institutio* ja *instructio*.¹⁵³

3. GRAMMATILISE TÕLGENDAMISE VÕIMALUSTEST

Tõlgendamise viisid võib liigitada kahte rühma: subjektiivseteks ja objektiivseteks. Subjektiivsel tõlgendamisel on tähtis teada saada ajaloolise seadusandja poolt kunagi seaduse teksti sisestatud mõte ja eesmärk. Objektiivse tõlgendamise jaoks on määrav seaduse mõte, mis on sõltumatu ajaloolisest seadusandjast. Mõlemaid tõlgendamisviise tuleb lugeda nn teleoloogilisteks, sest oma kindlad eesmärgid püstitavad enda ette mõlemad tõlgendamise viisid.

Ajalooline tõlgendamine annab vastuse küsimusele, kuidas sai ajalooline seadusandja normi mõttest aru ja kuidas ta soovis näha selle rakendamist. Ilmselt saab kindlas ajas ja ruumis langetatud otsustuste kohta kindlamini ja täpsemini midagi väita, kui on teada ajalooline taust.

Objektiiv-teleoloogiline tõlgendamine on, nagu ajaloolinegi tõlgendamine, tahte tõlgendamine. Samas ei ole siin tähtsust ajaloolise seadusandja tahte väljaselgitamisel, vaid oluline on jõuda tänapäeva seadusandja tahteni.

Nii ajaloolise kui ka objektiiv-teleoloogilise tõlgendamise juures tuleb küsida seaduse *ratio legis* järele. Teiste sõnadega – peab leidma vastuse küsimustele “millist eesmärki teenib norm?” ja “milline on normi mõte?”. *Ratio legis est anima legis* – seaduse mõte on seaduse asi.

Olgu tõlgendamise viisiks subjektiivne või objektiivne, ei saa need toimuda ilma grammatilise tõlgendamise kui kindla tõlgendamise võtte kasutamiseta.

Tänapäeva tõlgendamise metoodikas eristatakse järgmisi tõlgendamise kaanoneid:

¹⁵² Kerge, Krista. Samas.

¹⁵³ Ilus, Elmar. Rooma eraõiguse alused. Tartu, 1969, lk. 35.

- (i) tõlgendamine sõnade tähenduse alusel ehk grammatiline tõlgendamine;
- (ii) süstemaatiline tõlgendamine ehk loogiline tõlgendamine;
- (iii) tõlgendamine tekkeloo järgi ehk ajalooline tõlgendamine;
- (iv) tõlgendamine seaduse eesmärgi järgi ehk teleoloogiline tõlgendamine.¹⁵⁴

Tundub, et grammatilise tõlgendamise all peetakse silmas eelkõige orienteerumist "seaduse tähele". Tuleb lisada, et lingvistide jaoks on juristide poolt tähistuse "grammatiline" kasutamine ehk veidi eksitav, sest silmas peetakse kreeka keelest ülevõetud *to gramma* = kiri, kirjapandud ja mitte grammatikat lingvistilises mõttes (süntaksit). Juristide jaoks on tähistus "grammatiline tõlgendamine" juriidilises hermeneutikas ülaltoodud tähenduses omaseks saanud. Siiski tuleb möönda, et kuigi tegemist on nn mõistete killunemise probleemiga, mille käigus mõisted saavad uusi tähendusi või kaovad neilt vanad tähendused, võib siin ette tulla mitmetimõistmist.

Vaieldamatu on aga tõsiasi, et iga seaduse tõlgendamine – juriidilise hermeneutika mõttes arusaamise protsess tervikuna – algab sõnade mõtte, tähenduse selgestegemisest. Küsimus sõnasõnalisest tähendusest on küsimus sellest, kuidas jõuda normi enda mõtteni ja millises suhtes on selline tegevus juristide kui kindla professioni esindajate kutsetöoga. Pole õigussemantilist probleemi, kus eelpoolöeldud küsimus ei seisaks kaalutluste keskpunktis. Tundub, et sellise tegevuse juures ei piisa paljast tõdemusest, et eesti (läti, inglise, norra) keel on minu emakeel ja sellepärast on mul alust arvata, et professionaalsete ülesannete lahendamisel mul keeleprobleeme vastavakeelset tekstist arusaamisel juristina ette ei tule. Vastasel korral tõusetuks küsimus, kas õiguse tõlgendamise all tuleks üldse mõelda empiirilist protsessi tegemaks kindlaks tekstide tähendusi. Siiski võib küsida ka nii: kuna juristid kasutavad oma tegevuses norme sisaldavaid tekste, kas nad peavad lähtuma interpretatsioonil tekstiteaduslikust mõttest? Ajaloolises plaanis tuleks küsida nii: kas on õigustatud Savigny poolt antud iseloomustus juriidilisele tegevusele kui "filoloogilisele meetodile"? Viimasena püstitatud küsimus on tingitud sellest, et "klassikaline" tõlgenduskiitriteeriumide käsitus pärineb Savigny'lt, kelle töödele ei jäta viitamata ükski õigusteaduse meetodiõpetust käsitlev uurimus.¹⁵⁵

Siinkirjutaja on arvamusel, et grammatiline tõlgendamine on juriidiliste erialaterminite ja muude õiguskeeles kasutatavate tähistuste semantika selgitamine, milles on oma kindel osa ka süntaksil ehk keele grammatikareeglite kasutamisel. Selline "positiivne" vastus grammatilise tõlgendamise rollile ei vasta küll küsimusele, millised tekstid kuuluvad grammatilisele tõlgendamisele (seadused, kohtuotsused, seaduste kommentaarid, erialakirjandus jne).

¹⁵⁴ Busse, Dietrich. Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht. Berlin: Duncker und Humblot, 1993, lk. 24–25.

¹⁵⁵ Narits, Raul. Tõlgendamine: teadus või seadus? // Juridica, 9, 1994, lk. 230.

Pole raske märgata, et suur osa nimetatud allikatest kujutavad endast ise algtekstide interpretatsioone. Siiski pole kunagi ohtu, et grammatiline tõlgendamine liiga ulatuslikuks muutuks, sest ühelt poolt on ta seotud kindlate õigustekstidega ja teiselt poolt kindla keelega, tema semantika ja süntaksiga.

Grammatiline tõlgendamine tema klassikalisel kujul saab alguse peale nn faktiküsimuse lahendamist. Üldteada on, et juriidilise küsimuse lahendamise juurde saab jurist asuda alles siis, kui ta on leidnud vastuse küsimusele: mis tegelikult juhtus? See ongi faktiküsimuse lahendamine. Subsumeerimise reegleid järgides jõuab jurist ühe kindla osani õiguskorrast, mille sobivuse üle tal – antud kaasust silmas pidades – tuleb otsustada. Isegi siis, kui vastav norm õiguskorras puudub, s.t, et kui on tegemist lüngaga, jõuab jurist peale lünga ületamist grammatilise tõlgendamise probleemi juurde. Grammatilise tõlgendamiseni jõutakse ka sellisel juhul, kui õiguskord on vastuoluline. Ületades vastuolu jõuab jurist–õiguse rakendaja ikka grammatilise tõlgendamise juurde. Näiteks võib õiguskorras tekkida põhimõtteline väärtusvastuolu, kui uus seadus lahendab juba eelmises seaduses reguleeritud sama küsimuse teisiti. Objektiiv-teleoloogiline tõlgendamine saab siin aidata kaasa probleemi lahendusele. Nimelt tuleb lähtuda normide konkurentsi või vastuolu korral üldisest õiguse printsiibist *lex posterior derogat legi priori* – hilisem seadus ületab varem antud seaduse. Just sellest printsiibist tuleneb antud juhul seaduse *ratio legis* ehk seaduse mõte ja eesmärk. Samas rõhutan, et nimetatud printsiibist ainult tuleneb seaduse mõte ja eesmärk. Õigusest sisuliseks arusaamiseks tuleb *ratio legis* endale selgeks teha. See saab toimuda ilmselt – välistamata ka muid võimalusi – toetudes eelkõige seaduse tekstile.

Õigustloovate aktide tekste silmas pidades võime tõdeda, et need ei ole mitte alati täpsed. See tähendab seda, et tekstid on kas ebatäpsed või mitmetähenduslikud. Probleem on sama, mis ühiskeele puhul: on hea, et keel on väljenduslikult rikas, probleem seisneb selles, et ta on nii või teisiti ebatäpne või mitmetähenduslik. Võib-olla on mõistlik tähistada kõiki ebatäpsuse ja mitmetähenduslikkuse olukordi kui olukordi, kus õiguskeel ei ole **ühetähenduslik**. Paratamatult tuleb selliseid tekste tõlgendada ja eelkõige on tegemist grammatilise tõlgendamisega.

Mida kujutab endast teksti ebatäpsus? Ebatäpsus võib esineda kas teksti ebaselguses või siis semantilises ebamäärasuses. Keeleline väljendus on ebaselge, kui selle tähendus ei ole teada. Kirjanduses analüüsitakse "Vabakaubandust ja kaubandust puudutavaid küsimusi käsitlevat lepingut ühelt poolt Eesti Vabariigi ja teiselt poolt Euroopa Ühenduse, Euroopa Aatomienergiaühenduse (EAEC) ning Euroopa Sõe- ja Terasekoondise vahel". Mulle kättejuhtunud materjalide hulgas on see kindlasti üks kriitilisemaid, sest selles märgitakse: "Nii lepinguga kinnitatud kui ka kinnitamata samme ühinemisteel on juba astunud. Kas on selgitatud prioriteedid? Mis keeles tuleviku-eestlane Eestis oma äriasju ajab, selgub arvatavasti õige pea. Seni aga sillutavad teed keelekaosesse Euroopa lepingute anonüümsed, autorita tõlketekstid, millest eesti keelt otsida on asjatu vaev. Rivvi aetud eesti sõ-

nad ei ole veel eesti ega enam inglise, vaid kvaasi-, aga võib-olla hoopis eurokeel. Juhtinuks lepingu tegijate, ka tõlkijate mõtet ja kätt aade – kui öelda tundeküllaselt –, ei peaks me otsima mõtteid sõnarägast ega lahendama kümnete lehekülgede viisi mõistatusi, eesti keelde tõlkimata jäänud inglise õigus- ja muud fraseoloogiat...”¹⁵⁶ Tooksin siinkohal paar tekstinäidet, mis iseloomustavad **ebaselguse** olukorda:

Ülalviidatud lepingu tekstis on: "Kaupade Kombineeritud Nomenklatuur"; peaks olema: "kaupade loetelu, nimestik, kaubanimestik, kaubanimekiri";

tekstis on: "kusjuures pooled peavad meeles nendevahelisi ajaloolisi sidemeid ja ühiseid väärtushinnanguid; kusjuures nad soovivad neid sidemeid tugevdada, et luua tihedaid ja vastastikkusel põhinevaid suhteid, võimaldamaks Eestil osaleda Euroopa integreerumise protsessis, tugevdades ja edasiarendades eelnevalt, eelkõige kaubavahetuse ja äri- ning majanduskoostöö lepingu raames, loodud suhteid."; peaks olema: "arvestades lepinguosaliste ajaloolisi sidemeid ja ühesuguseid väärtushinnanguid ning soovi sidemeid tugevdada, võimaldamaks Eestil Euroopaga integreerumiseks tihendada eelkõige kaubavahetus- ning äri- ja majanduskoostöölepingul põhinevaid suhteid";

tekstis on: "tollikvoot nuumaks ja tapaks mõeldud elusveiste osas"; peaks olema: "nuum- ja tapaveiste tollikvoot".

Semantiline ebamäärasus on põhimõtteliselt võimalik kahel juhul. Esiteks, kui pole teada küllaldaselt tunnuseid väljendi täpseks mõistmiseks ("säte on lahtine"). Teiseks, kui väljend on "nõrk".

Seoses asjaõigusseaduse jõustumisega on tekkinud arutelu väljendi "omand" üle. Ilmselt peitub probleemi olemus selles, et asjaõigusseadus kasutab väljendit "omand" omandiõiguse tähenduses. Traditsiooniliselt käsitati omandit nii üldkeeles kui ka õiguskeeles üksnes omandiõiguse esemena. Asjaõigusseaduse kohaselt võib asi olla kellegi omandis, traditsioonilise üldkeeles ja õiguskeeles kohaselt kellegi omanduses. Kirjanduses märgitakse: "Asjaõigusseaduses on suures osas võetud kasutusele 1940. aasta tsiviilseadustiku eelnõu terminoloogia. Tõllal tegeldi eelnõu koostamise ja viimistlemisega ligi kakskümmend aastat ning appi võeti ka keeleteadlasi. 1993. aastal, kui töö tehti ära peaaegu aastaga, ei süvenetud sisulise töö suure mahu tõttu asjaoludesse, miks selle sajandi kolmekümnendatel aastatel järgiti keeleuuendust ning omandile anti õiguse tähendus. Üks põhjus oli ilmselt Eesti õigussüsteemi aluseks olevas Saksa õiguses kasutatav termin *Eigentum*, mis eelkõige tähendab omandiõigust ehk isiku õiguslikku võimu asja üle."¹⁵⁷

Samas on selge, et valitud termineid peab kasutama järjekindlalt. Selle põhimõtte vastu on kahjuks eksitud asjaõigusseaduses eneses. "Keeleuuendust

¹⁵⁶ Alasi, Kaia. Jüri Luige poolt Eesti Vabariigi poolt ühelt poolt ja Sir Leon Britanni poolt Euroopa Sõe- ja Terasekoondise poolt teiselt poolt ehk kiirmarsil Euroopasse. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletään, 3, 1995, lk. 23.

¹⁵⁷ Pärna, Priidu. Omand ja omandus juriidilisest vaatenurgast. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletään, 2, 1995, lk. 28.

ei ole alati järgitud ning seetõttu võib asjaõigusseaduses olla termin omand nii õiguse kui ka omandiõiguse eseme tähenduses.”¹⁵⁸

Väljendid võivad õiguskeeles olla lihtsalt “nõrgad”. Nõrk on väljend selisel juhul, kui selle kasutamiskiirid on ebamäärased.

Toon siinkohal järgmise näite: 1934. aastal ilmus F. Karlsoni ja J. V. Veski “Õigusteade sönastik”, mille koostamisega alustati 1920. aastal, mil Tartu Õigusteade Selts moodustas juriidiliste oskussõnade komisjoni, mida hakkas juhtima F. Karlson. Komisjoni tööst hakkas osa võtma keeleteadlane J. V. Veski. Juba alguses selgus, et – nuhtluseadustiku sõnavara kallal töötades – peaks läbi vaatama ja korrastama õigusvaldkondade sõnavara tervikuna. Koos töö mahu kasvamisega kaasati töösse nii tegevjuriste kui ka ülikooli õppejõude. Sõnavara mõttes on “Õigusteade sönastik” tugevasti vananenud, kuid ajahammas pole suutnud teha oma tööd nn põhisõnavaraga, mida juristid tänapäevalgi kasutavad. “J. V. Veski, kes tegeles emakeelse oskussõnavara praktilise korraldamisega, kujundas põhimõtted, millest terminiloomes tuli lähtuda. Nagu praegu, nii seisti ka siis valiku ees: kas minna lihtsama vastupanu teed ja võtta oskussõnu üle rahvusvahelisest pagasist, või luua oma, eesti keelele tuginev terminisüsteem. Esimene, lihtsam viis tähendas – ja tähendab praegugi – eesti keele struktuuri kahjustavat võõrsõnade invasiooni, teine – raskem, aga ohutum – nõudis oma keele põhjalikku tundmist, head intuitsiooni, leidlikkust ning pidevat valmisolekut ületada vastasseise. Karlson ja Veski valisid teise, raskema tee.”¹⁵⁹ Paljud selles sõnaraamatus leiduvad väljendid polnud enne sõnaraamatu ilmumist aga üldse kasutusel. Näiteks võib tuua **ajend, ametkond, elatis, esildis, hagama, igamine, kaasama, kasum, keskkond, lõiv, pärand, teene, toimik, tõend, tõkend, vaie** jne. Kahtlemata tuli need oma ajas ja ruumis lugeda nõrkade väljendite hulka. Tundub, et tänapäevaks on nende väljendite semantiline ebamäärasus nõrkuse tähenduses ületatud. Mitte asjata ei kuulu need tänapäeva õiguskeele põhisõnavara hulka.

Semantiline ebamäärasus võib seisneda lisaks teksti nõrkusele teksti **lahtisuses**. **Semantilise lahtisusega** on tegemist juhul, kui ei ole teada kõiki tunnuseid väljendi kasutamiseks *in casu*. Näiteks Toiduseaduse §-s 3 püütakse avada seaduses kasutatavate mõistete sisu. Üheks selliseks on käitlemine kui toidu turustusotstarbeline korjamine, püük, küttimine, kasvatamine, tootmine või valmistamine, töötlemine, pakkimine, säilitamine, laos hoidmine, laadimine, vedu, eksport ja import ning müümine või muul viisil tarbijale või teisele käitlejale üleandmine (kinkimine, humanitaarabi jms).¹⁶⁰ Nii, kuidas seadusandja ka poleks püüdnud avada täielikult väljendi mõtet antud seaduse jaoks, pole see tal lõpuni õnnestunud, millest annab tunnistust tei-

¹⁵⁸ Pärna, Priidu. Samas.

¹⁵⁹ Vettik, Aime. Õigussõnastikest ja -terminipangast. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 5, 1995, lk. 23.

¹⁶⁰ Riigi Teataja I 1995, 21, 324.

sele käitlejale üleandmise situatsiooni kirjeldav tekst. Ülikooliseaduse §-s 2 on seletatud mõistet ametialane ettevalmistus järgnevalt: "... teadmiste, oskuste ja kogemuste omandamine asjatundlikuks otsustamiseks ja otsuste täitmiseks juhtimises, valitsemises, haldamises ja sidustamises."¹⁶¹ Erialakirjandusest leidsin selle kohta kommentaari: "Võib eeldada, et tavainimene saab aru, mis on juhtimine, valitsemine ja haldamine, sest neist on olnud ajakirjanduses palju juttu. Ent mis on sidustamine? Küsitlesin mitme päeva jooksul umbes 40 kõrgharidusega inimest, nende seas vähemalt pooled professorid, ent ka üks kõrgkooli rektor ja õppeprorektor ning mitu dekaani. Kellelegi küsitletuist ei olnud üheselt arusaadav, mis on sidustamine."¹⁶²

Nagu näeme, ei piisa õigustekstis isegi mitte legaaldefiniitsioonidest, et kõrvaldada teksti lahtine iseloom. Tõsi, mittetäielikud õigusnormid ei too iseseisvalt kaasa õiguslikke tagajärgi, kuid nad teevad seda koos täielike õigusnormidega. Kui aga legaaldefiniitsioon tüüpilise mittetäieliku õigusnormina ise on lahtine, siis võivad tekkida suured raskused tema kokkuvii- miseks mõne täieliku õigusnormiga. Tekib oht, et mõnikord võivad kokku sattuda valed normid ja juriidiliste tagajärgede rakendamisega ei realiseeru mitte õigus, vaid tegemist võib olla omavoli situatsiooniga.

Nn **ebatäpsete** olukordade kohta õigustekstides võib *summa summarum* öelda, et sellisel juhul me ei tea, missugused on võimalikud väljendi tähendused. Ebatäpsuse ületamine tähendab seda, et väljendile antakse mingi mõttekas, ratsionaalne ja juriidiliselt siduv tähendus.

Tõlgendamine võib saada alguse ka siis, kui õigustekst on **mitmetähenduslik**. Sellisel juhul, kui väljend on mitmetähenduslik (mitmemõtteline), on väljendi tähendusala kuulumad võimalused teada. Tõlgendamise vajadus seisneb aga selles, et pole teada, milline teadaolevatest tähendusvõimalustest *in casu* sobib. Mitmetähenduslikkus võib oma loomult olla kas **süntaktiline** või **semantiline**.

Süntaktilise (leksikaalse) mitmetähenduslikkuse situatsioon pakub samuti mitmeid tõlgendamisevõimalusi. Siin mängib võtmerolli sõnade ja väljendite koht lauses. Kui näiteks väita, et "Arvi elab põhiliselt oma majas Tartus, mis on ilus", pole selge, mille kohta "ilus" kehtib. Ilus võib kehtida nii maja kui ka Tartu kohta.

Juhiksini tähelepanu asjaolule, et sõnal **keel** endal on mitu tähendust. Nii võib sõnaga keel tähistada toidu haaramiseks, segamiseks, maitsmiseks ja neelata aita- vaks ning häälitsemisel osalevat liikuvat elundit suuõõne põhjas, millele inimese puhul lisandub tähtsus kõneelundina; keel kui piltlikult kuju poolest keelt meenutav osa millelgi (neem ulatub pika keelena merre); keel kui inimese olulisim suhtlemisvahend, mõtete ja tunnete vahendaja (suuline ja kirjalik keel); keel kui sõnadeta väljendus või informatsioon millegi kaudu, kusjuures siin eelneb harilikult vastav sõna genitiivis (arvude keel, helide keel); keel kui süm-

¹⁶¹ Riigi Teataja I 1995, 12, 119.

¹⁶² Mereste, Uno. Seaduste sõnastamise minimaalsusnõudest. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletään, 1, 1996, lk. 44.

bolite ja reeglite kogum informatsiooni edastamiseks (programmeerimiskeel); keel kui kõnekeeles kasutatav väljend inimese kohta (luurajate ülesanne on kaasa tuua keel); keel kui millegi traatjas pinguldatud osa (klaveri, kitarr, mandoliini keeled). Erialakirjanduses juhitakse tähelepanu muudelegi võimalustele, mida sõna keel abil ja kaudu saab tähistada.¹⁶³ Filoloogia seisukohalt on tegu tüüpilise **homonüümiga**, kus ühel samakujulisel sõnal on mitu tähendust.¹⁶⁴

Üldkeeles peetakse keele mitmeid võimalusi – võttes arvesse väljendite tähendusülekandeid – omaette väärtuseks. Oskuskeeletes, seevastu, püütakse olla täpne. Täpsustatusest tulenevad oskuskeelekorralduse raskused, mis on seotud kolme alaga leksikoloogias: **polüseemiaga**, **sünonüümiaga** ja **paronüümiaga**.

Polüseemia on tavapärane arusaam sõna mitmetähenduslikkusest. Tavakeeles ongi sõnad paljudel juhtudel polüseemilised. Oskussõna sisu peab olema seetõttu võimalikult täpselt määratletud, mis aitab vältida polüseemiat.

Kirjanduses tuuakse näide sõnast kantima: "Sellel on viis tähendust (vt ka "Eesti kirjakeele seletussõnaraamat"):

- (1) üle kandi, nurga või külje lükates või tõstes teisaldama (meenub venekeelne kiri konteineril või pakendil – "ne kantovat");
- (2) puitmaterjali kandiliseks töötlemata;
- (3) kandiga varustama, ääristama;
- (4) suunda muutma (tuule kohta);
- (5) midagi ebaausalt omandama.

Üldkeeles kasutatakse praegu kõige sagedamini viiendat, "kantpäist" varianti, mis on esimese tähenduse ("midagi üle kandi teisale või kõrvale tõstma") ilmselge metafoorne analoog. Teised tähendused kuuluvad eri alade oskussõnavarasse: esimene transpordi, teine puidutööstuse, kolmas õmbluse, neljas purjetamise alale. Igaühel neist on oma kindel ja üheselt piiritletud sisu, mis sõltuvalt ala tuntuusest on hakanud käibima ka üldkeeles. Kõik viis tähendusnüansi kokku moodustavad sõna kantima üldkeelse tähendusvälja.¹⁶⁵

Alkoholiaktsiisi seadus, mis võeti vastu 8. novembril 1995. a.¹⁶⁶ annab §-s 2 rea legaaldefiniitsioone, millest mõned aitavad vältida polüseemiat. Nii seletab seadus mõistet **import** – import vabaks ringluseks tolliseaduse¹⁶⁷

¹⁶³ Eesti kirjakeele seletussõnaraamat. II köide, 1. vihik. Eesti Teaduste Akadeemia Keele ja Kirjanduse Instituut, 1992, lk. 185–187.

¹⁶⁴ Homonüüm. Eesti kirjakeele seletussõnaraamat, III vihik, 45. Eesti Teaduste Akadeemia Keele ja Kirjanduse Instituut, 1991, lk. 476.

¹⁶⁵ Vettik, Aime. Polüseemia, sünonüümia ja paronüümia oskuskeeles. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni büllötään, 1, 1996, lk. 29.

¹⁶⁶ Riigi Teataja I 1995, 87, 1539.

¹⁶⁷ Riigi Teataja I 1993, 62, 891; 76, 1129; 1994, 30, 466; 1995, 20, 297.

mõistes. Üldkeeles on sõnal import vähemalt üks tähendus veel ja see puudutab eelkõige mitte kodumaal toodetud materiaalseid hüvesid. Lisaks võiks küll küsida, miks pole seadusandja kasutanud omaterminit **sissevedu**, teades, et terminite süsteemsusest tulenevalt on olemas nn korralikud sarjad: sissevedu, väljavedu ja läbivedu omaterminitena ja import, eksport ja transiit võõrterminitena. Siin on aga juba tegemist sünonüümiaga, kus mitu väljendit tähendavad sama mõistet. Mitmete sünonüümide üheaegsest kasutamisest peaks hoiduma. Igale mõistele peaks ideaalvariandis vastama üks termin. Selle saavutamine on peaaegu võimatu, kuigi on olnud katseid luua nn juriidilist tesaurust ehk ühetähenduslike juriidiliste terminite sõnastikku. Sellepärast peetakse lubatavaks kahe- või kolmesuguste sünonüümipaaride esinemist oskuskeeles:

- (1) termini grammatilisi variante;
- (2) oma- ja võõrtermini paralleelsust.

Võõrterminite kasutamist pole põhimõtteliselt üldse võimalik vältida. Peamiseks põhjuseks on siin kohanemise vajadus euroopaliku seadusandlusega. Nimelt on üks Euroopa Liidu eripäradest rahvusvahelise koostöö struktuurina selle mitmekeelsus. Liidu üks põhiprintsiipi on, et keeleliselt on kõik liikmesriikide ametlikud keeled võrdõiguslikud. Keelte võrdõiguslikkuse põhimõtte on rajatud sellele, et EL õigusaktid on igas liikmesriigis kehtiva ja kohaldatava seadusandluse otsene osa. Lisaks püüab EL teadlikult vältida igasugust kultuurilisele ühtlustamisele viivat integratsiooni. Riigile, kelle keel ei ole liidu ametlik keel, aktualiseerib EL seadusandluse kas osalise või täieliku oma keelde tõlkimise vajaduse EL teatud õigusakte puudutava harmoniseerimiskohustuse tunnistamine.

“Ideaalolukorras tuleks kõigepealt tõlkida asutamislepingud ja sekundaarõiguse iga ala põhilised õigusaktid, kuna kogu muu tõlketöö põhineb neis tõlgetes omaks võetaval terminoloogial. Et EÜ (Euroopa Ühendus – autori märkus – R. N.) õigusaktid käsitlevad kõige erinevamaid valdkondi loomahaigustest šokolaadini ja traktoritest tootevastutuseni, tuleb tõlkimisprotsessi kaasata lingvistide ja juristide kõrval ka erinevate elualade spetsialiste, näiteks agronome, keemikuid ja insenere. Eriti tähtis on muretseda piisav infosüsteem, millega tõlkeprotsesse juhitakse ja neid tehnilisi probleeme kontrollitakse, mis tulenevad sellest, et EÜ kehtiva seadusandluse tõlkimine ei ole alati kerge. Soomes loodi tõlketöö jaoks spetsiaalne arvutisüsteem, mille abil võis erinevates õigusaktides välja otsida neis sarnastena korduvad väljendid ja fraasid. See oli tõlketöö ratsionaliseerimise ja kvaliteedi seisukohalt esmajärgulise tähtsusega, kuna umbes 60% EÜ õigusaktide tekstist kordub. Kõnealuse programmi abil oli võimalik tagada, et erinevates õigusaktides esinevad väljendid tõlgiti soome keelde alati täpselt ja ühtmoodi.”¹⁶⁸

¹⁶⁸ Jääskinen, Niilo. Kohanemine euroopaliku seadusandlusega. Üldisi tähelepanekuid ja Soome kogemusi. Helsingi, 1996, lk. 33–34.

Soomes kasutati tõlkimise lähtekeelena prantsuse keelt. Seda tehti seepärast, et komisjonis koostatakse EÜ õigusaktide eelnõud valdavalt prantsuskeelsetena, millest need tõlgitakse liikmesriikide ametlikes keeltesse. Soome luges EÜ õigustekstide versioonidest kõik, mis polnud prantsuskeelsed mitteusaldatavateks. EL seadusandlusega kohanemine pole kusagil olnud valutult protsess. See võib eeldada nii võõraste õigusloomemudelite kui ka võõraste õiguskeelte omaksvõtmist. Liidu õigusaktid võivad olla Eesti jaoks, kes pürgib EL liikmeks, kasuistlikud, tundmatu süsteemiga, sisult keerulised nende mitmete muutmiste ja tõlgendust muutva õiguspraktika tõttu.

Paronüümid on kirjapildilt lähedased, kuid erineva tähendusega sõnad. Väline sarnasus sunnib neid sageli segi ajama. Peale selle on paronüümide tähendused sageli lähedased. Kõnekeel ei pruugi neid nüansse arvestada ja seetõttu võib kergesti tekkida polüseemia situatsioon. Paronüümid on näiteks **tunnistama** ja **tunnustama**. Sõnal **tunnistama** on järgmised tähendused:

- (1) asjasse puutuvate faktide (eluliste asjaolude) kohta ütlusi andma;
- (2) omaks võtma (vigu tunnistama);
- (3) heaks kiitma (tunnistas igati kõlblikuks).

Tunnustama tähendab midagi õigeks või kehtivaks pidama. Nii saab tunnustada riiki, seadusi, volitusi jms.

Paronüümid on ka **tõendama** ja **tõestama**. Sõnal **tõendama** on järgmised tähendused:

- (1) suusõnal või kirjalikult toesust, tõepära või tõe vastavust kinnitama või nentima;
- (2) suulisi või kirjalikke tõendeid esitama (kohtus).

Tõestama tähendab:

- (1) tõeseks, õigeks või millelegi vastavaks tunnistama (allkirja, volikirja);
- (2) mingi väite toesust või ebatõesust kindlaks tegema.

Toodud näited kinnitavad seda, et paronüümia situatsiooni saab ületada ainult teadmisega paronüümide tähendustest. Eesti Entsüklopeedia¹⁶⁹ väidab, et paronüüme võidakse nende kujusarnasuse, eriti samatüvelisuse pärast kasutada üksteise asemel kas ekslikult või ka sõnamänguks. Õiguskeeles peaks ka sõnamängu variant olema välistatud.

¹⁶⁹ Paronüümid. Eesti Entsüklopeedia, 7. Tallinn: Eesti Entsüklopeediakirjastus, 1994, lk. 205.

4. ANALÜÜTILINE JURISPRUDENTS JA KÕNEAKTITEOORIA TÄNAPÄEVA ÕIGUSMÕTLEMISES

Monograafia viimases osas juhiksin ülevaاتlikult tähelepanu muudele võimalustele ja teedele, mis on seotud analüütilise ja keelefilosoofilise lähenemisega õigusele ning mis sõltuvad üldiselt sellest:

- (1) mida hõlmab meie jaoks õigus;
- (2) kuidas me sisustame jurisprudentsi ja õigusteadust tervikuna;
- (3) kuidas me kujutame endale ette normiteoreetiliselt ja keelefilosoofiliselt keele, õiguse ja inimekäitumise (nii aktiivses kui ka passiivse mõttes) suhet.¹⁷⁰

Teada on, et nii õigusteoreetiliselt kui ka õigusfilosoofiliselt on õiguse reeglite olemuses ja nende reeglite alusel toimivas käitumises palju vaieldavat. Siiski on võimalik lahendusi leida *Multi Level Approach*'i abiks võttes ja seda eriti praktilist õigusteadust (õigusdogmaatikat), juriidilist meetodiõpetust ja nendel baseeruvat üldist õpetust õigusest/õiguse teooriat silmas pidades. Veel enam, formaalse loogika ja moodsa keelefilosoofia areng on viinud uue, ulatuslikule loogikareeglite kasutamisele allutatud normi- ja struktuuriteooria ülesehitamisele. Selle baasiks on uusimad õiguse ja õigusteaduse põhiprobleemide keelefilosoofilised uurinud. Need toetuvad formaalse loogika ja keele loogika kasutamisele õiguses ja jurisprudentsis, kuid neid saab kasutada ka väljaspool õiguse ala.¹⁷¹

Kõrgeim tase, milles avab ennast tänapäeva moodne keelefilosoofia ja normiteooria, väljendub eelkõige normide ja käitumise seoste seletamises. Jutt on seejuures mitte ainult normide teooriast ja filosoofiast, vaid eelkõige õigusnormide esitluslikust iseloomust ja nende kaudu esitatavatest kõneaktidest. John L. Austin (1911–1960) esitas juba oma aastatel 1952–1954 Oxfordis peetud loengutes teemal "Words and Deeds" ja 1955. aastal Harvardis peetud "How to do things with words", kuidas on võimalik asju sõnadega kindlaks teha (teostada). Ilmselt on võimalik ka õiguslikus praktikas "asju sõnadega teha".¹⁷²

Traditsiooniliselt palju on juriidilisele retoorikale pööratud tähelepanu *common law* õiguskultuuriga riikide õigusteadlaste seas. See on igati arusaadav, sest iseloomustab ju õigusele vastava otsustuse sündi *common law*'s nn induktiivne mõtlemine.¹⁷³ Kirjanduses on palju ruumi pühendatud retoori-

¹⁷⁰ Krawietz, Werner. Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. Sprachphilosophie. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung. Hrsg. von M. Dascal. 2. Halbband. Berlin: Walter de Gruyter, 1996, lk. 1471.

¹⁷¹ Krawietz, Werner. Samas.

¹⁷² Krawietz, Werner. Samas, lk. 1486.

¹⁷³ Ray, Mary B., Ramsfield, Jill J. Legal writing: getting it right and getting it written. 2. ed., St. Paul, Minn.: West. Publ., 1993; Neumann, Richard K. Legal reasoning and legal writing: structure, strategy and style. 2. ed., 2. print. Boston: Little, Brown and Co, 1994;

kale kui kõnekunstile ning vähem tähelepanu retoorika seostele analüütilise jurisprudentsiga.

Nn kõneaktiteooria seoste uurimist analüütilise jurisprudentsi kontekstis seostatakse eelkõige J. L. Austini nimega.¹⁷⁴ Tähelepanuväärselt on seda suunda edasi arendanud poola normiteoreetik ja õigusfilosoof K. Opalek.¹⁷⁵ Nimetatud teadlased väidavad, et teadused, mis tegelevad normidega ja nende jooksva rakendamise küsimustega – eriti mis puudutab õigust ja õigusteadust – puudutavad paratamatult normide võimalike erinevate käsitlemisviiside küsimusi. Erinevaid variante saab kokkuvõtvalt iseloomustada järgmiselt:

- (i) norm kujutab endast keelelist moodustist, mis on esitatud grammatilises vormis (lausena);
- (ii) norm on ka mittekeeleline tõsiasi (eluliste asjaolude kogum).

Tegelikkuses peitub lahendus kahe käsitlemise kombinatsioonis. Kindlasti on võimalik norme – kaasaarvatud õigusnorme – nii süntaktilistest, semantilistest kui ka pragmaatilistest seisukohtadest väga erinevalt sisuliselt iseloomustada. Samas on võimalik norme identifitseerida erinevate eluliste asjaoludega. Nii on norm näiteks kui elamus psüühiliselt üleelatud asjaolust, norm kui sotsiaalne fakt, see tähendab, et norm osutab tema sidemele sotsiaalse käitumisega, sotsiaalse faktiga.¹⁷⁶ Õigusmetodoloogilistes ja õigusteoreetilistes uuringutes ongi K. Opalek mitte ainult näinud normi kahe põhimõtteliselt erineva sisustamise võimalusi, vaid ta on – kasutades kõneaktiteooria seisukohti – pakkunud ratsionaalse võimaluse vähemalt õigusteaduses sellise dualismi ületamiseks.

Normide mittelingvistiline kontseptsioon teeb seega vahet normeerimisakti, normi kui selle produkti ja normatiivse ütluse vahel. Normide esitluslik iseloom tähendab ju seda, et see, kes “teeb sõnadega asju”, hõlmab teatavat osa tegelikkusest selle normatiivses tähenduses. Kõneakti teooria kohaselt iseloomustab normeerimisakti pidevalt “psühho-füüsiline” käitumine. Norm

Calleros, Charles R. *Legal method and writing*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1994; Cohen, Michael H. *Creative writing for lawyers*. New-York: Carol Publ., 1991; Teply, Larry L. *Legal writing, analysis and oral argument*. St. Paul, Minn.: West. Publ., 1990; Pratt, Diana V. *Legal writing: a systematic approach*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West. Publ., 1993; Dernbach, John C. *A practical guide to legal writing and legal method*. 2. ed. Littleton, Colo.: Rothman, 1994.

¹⁷⁴ Austin, John Langshaw. *How to do things with words*. 2. ed. Oxford: Oxford Univ. Pr., 1984; Austin, John Langshaw. *Zur Theorie der Sprechakte*. Stuttgart: Reclam, 1972.

¹⁷⁵ Opalek, Kazimierz. *Theorie der Direktiven und Normen*. Wien: Springer, 1986; *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts*. Festgabe für K. Opalek zum 75. Geburtstag. Hrsg. von W. Krawietz. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.

¹⁷⁶ Vt. Krawietz, Werner. *Sprachphilosophie in der Jurisprudenz*. Sprachphilosophie. Hrsg. von M. Dascal. 2. Halbband. Berlin: Walter de Gruyter, 1996, lk. 1487.

pole aga veel ütlus, vaid normeerimisakti produkt. Nii jääbki tõdeda, et normatiivne ütlus, mis tuleneb kõnelejast, kujutab endast esitlusliku ütluse ühte liiki. Nii arutledes tuleb tõdeda, et kuigi õigus on juristide-praktikute ja õigusteadlaste jaoks antud tavaliselt tekstina, ei saa õigusest arusaamist taandada normide lingvistilisele käsitlemisele. Vastupidi, keele abil on võimalik ja tuleb norme tundma õppida mitte-lingvistiliselt ning kõneaktiteooria annab siin lähtekohti. Õiguse normatiivsust tuleb hinnata seoses inimkäitumisega, seoses sellega, mida inimene on kogunud. See aga tähendab, et keeleakti teooria kõrval (näiteks keelefilosoofiline lähenemine) tõusetub mitmeid muid küsimusi, mis on ainult osalt seotud jurisprudentsiga ning suuremalt jaolt õiguse sotsioloogiliste ning isegi õiguse psühholoogiliste teooriatega. Kui püüda näha normi seoseid inimkäitumisega, siis tõusetuvad paratamatult küsimused psühholoogilistest ja sotsioloogilistest teooriatest, et õiguslikult konstrueeritud normiadressaatide käitumise kirjeldus tõepoolest adekvaatne oleks. Võib isegi veel täpsemalt küsida: kas anda eelistus õiguse psühholoogilistele teooriatele või õiguse sotsioloogilistele teooriatele?

Keeleaktiteooriast lähtuvalt on normil peale kõige muu mittelingvistilise detsisiooni omadus. Normi kui detsisiooni saab välja anda, jõustada ja järgida ning see kõik moodustabki tema mittelingvistilise iseloomu. *Summa summarum* on aga tegemist normiteooria – normi seletava teooria – edasise arenguga. Edasiminekuvõimalusi on mitmeid, neist ühele juhib tähelepanu W. Krawietz õiguse sotsioloogina: “kuidas õigusnormid kui direktiivid ... mõjuda võiksid, inimese käitumisviise mõjutada, see on küsimus ... mida pole võimalik käsitleda ilma rõhuasetusteta õiguse teooriale ja õiguse sotsioloogiale.”¹⁷⁷

Esitatud käsitus kuulub õigusteaduse meetodiõpetusse, kuid on seotud mitme *level*'iga õiguse vertikaalse tundmaõppimise mõttes. Tegemist on õiguse normatiivsuse tunnetamisega ja selle seose nägemisega, mis puudutab õiguse normatiivsust ja inimeste üleelamisi, käitumist. Pikka aega oli üldse küsitav, kas selliste küsimuste lahendamisel nn normide lingvistilisest kontseptsioonist on üldse abi. Lausa vastupidi, väideti mittelingvistiliste kontseptsioonide tähtsust. Ilmselgelt on selline arusaam mandri-euroopaliikus õigusmõtlemises ületatud, mida ei saa aga öelda Eestit iseloomustava õigusmõtlemise kohta. Riigikogu õiguskomisjoni esimees kirjutab: “Tõlgendamisel tuleb teha valik. On vaieldamatu, et seaduse tõlgendamisel tuleb rakendada mitmeid printsiipe, kusjuures tihti ei ole võimalik korruga lähtuda mingi konkreetse lause grammatilisest tõlgendusest ning ühtlasi vaadata seda kontekstis seaduse teiste sätetega ja teiste sama valdkonna seadustega. Sellisel juhul võib ühe või teise tõlgendamisviisi puhul jõuda kardinaalselt vastupidiste järeldusteni. Seega tuleb tõlgendamisel paratamatult teha valik. Eelistuste määramine

¹⁷⁷ Krawietz, Werner. *Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts*. Berlin: Duncker und Humblot, 1991, lk. 19, 25, 58.

peaks vähemalt üleminekuajal olema seadusandja pädevuses, s.t seaduse kehtestajal on õigus ette näha ka reeglid, kuidas seadust tõlgendada tuleb.”¹⁷⁸ Samas kirjatükis väidetakse – seoses tsiviilseadustiku üldosa seadusesse siseviidud täiendustega –, et seadusandja kavatsus on “tuua esikohale seaduse sätte tõlgendamine koos seaduse teiste sätetega, mitte aga eraldi”.¹⁷⁹ Normatiivne kommunikatsioon¹⁸⁰ – nagu näitavad uuemad õiguse ontoloogilised ja deontoloogilised uuringud, mis on võtnud aluseks normide põhjendamise keeleanalüütilised ja keelefilosoofilised teooriad – on siis mõistetav ja õiguse vallas piisav, kui nimetatud teooriatega piisavalt arvestatakse. Kuid loomulikult ei tule ennast ainult keeleanalüütilise ja keelefilosoofilisega siduda. Kõneaktiteooria pakubki siin metafüüsiliste ehk piiratud käsituste ületamise võimalust.

¹⁷⁸ Liiv, Daimar. Kes on Eestis seadusandja? // Eesti Päevaleht, 108 (284), 13. mai 1996.

¹⁷⁹ Liiv, Daimar. Samas.

¹⁸⁰ Kommunikatsioonidest vaata: Hegenbarth, Rainer. Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Königstein/Ts.: Athenäum, 1982, lk. 58–86.

KASUTATUD KIRJANDUSE LOETELU

1. **Aarnio, Aulis.** Laintulkinnan teoria. Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1988.
2. **Aarnio, Aulis.** Legal Reasoning. Aldershot: Dartmouth, 1992.
3. **Aarnio, Aulis.** The rational as reasonable: a treatise on legal justification. Dordrecht: Reidel, 1987.
4. **Aarnio, Aulis.** Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn, 1996.
5. **Aarnio, Aulis; Alexy, Robert; Peczenik, Aleksander.** Grundlagen der juristischen Argumentation. In: Metatheorie juristischer Argumentation. Hrsg. von Werner Krawietz, Robert Alexy. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.
6. **Adomeit, Klaus.** Rechts- und Staatsphilosophie. Heidelberg: v. Decker, 1992.
7. **Adomeit, Klaus.** Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht. München: Beck, 1969.
8. **Alasi, Kaia.** Jüri Luige poolt Eesti Vabariigi poolt ühelt poolt ja Sir Leon Brittani poolt Euroopa Sõe- ja Terasekoondise poolt teiselt poolt ehk kiirmarsil Euroopasse.//Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bülletään, 3, 1995.
9. **Alexy, Robert.** Begriff und Geltung des Rechts. 2. unveränd. Aufl., Freiburg (Breisgau): Alber, 1994.
10. **Alexy, Robert.** Die logische Analyse von Prinzipien. Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. Fr. a. Main: Suhrkamp, 1995.
11. **Alexy, Robert.** Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
12. **Alexy, Robert.** Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: Rechtstheorie. Beiheft 1, 1979.
13. **Alexy, Robert.** Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
14. **Alexy, Robert; Dreier, Ralf.** The concept of Jurisprudence: in Ratio Juris, 3, 1990.
15. **Austin, John Langshaw.** How to do things with words. 2. ed. Oxford: Oxford Univ. Pr., 1984.
16. **Austin, John Langshaw.** Zur Theorie der Sprechakte. Stuttgart: Reclam, 1972.
17. **Bausch, Thomas.** Ungleichheit und Gerechtigkeit: eine kritische Reflexion des Rawlsschen Unterschiedsprinzip in diskursethischer Perspektive. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
18. Beiträge zur Rechtsanthropologie. E.-J. Lampe (Hrsg.), Stuttgart: Steiner-Verlag-Wiesbaden-GmbH, 1985.

19. **Bix, Brian.** Law, language and legal determinacy. Oxford: Clarendon Press, 1993.
20. **Blankenburg, Erhard.** Mobilisierung des Rechts: eine Einführung in die Rechtssoziologie. Berlin: Springer, 1995.
21. **Bottke, Wilfried.** Gerechtigkeit als Aufgabe. St. Ottilien: EOS Verl., 1990.
22. **Braun, Johann Balthazar.** Jurisprudentia in genere ac specie, nova et scientifica methodo publicata. Salzburg, 1687.
23. **Brocker, Manfred.** Arbeit und Eigentum: der Paradigmawechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie. Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1992.
24. **Brusiin, Otto.** Der Mensch und sein Recht. Ausgewählte rechtstheoretische Schriften. Hrsg. und eingel. von Urpo Kangas, Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
25. **Busse, Dietrich.** Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationslehre in sprachwissenschaftlicher Sicht. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.
26. **Calleros, Charles R.** Legal method and writing. 2. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1994.
27. **Carbonnier, Jean.** Droit civil. 18. ed. mise à jour. Paris: Presse Univ., 1990.
28. **Carbonnier, Jean.** Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur. 6. ed. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.
29. **Chiotellis, Aristide; Fikentscher, Wolfgang.** Rechtstatsachenforschung. Köln: O. Schmidt, 1985.
30. **Cicero.** Vom Gemeinwesen. 3. Aufl., Zürich-München, 1973.
31. **Cohen, Michael H.** Creative writing for lawyers. New-York: Carol Publ., 1991.
32. **Coing, Helmut.** Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht. Bd. 1–2. Hrsg. von Dieter Simon. Frankfurt am Main: Klostermann, 1982.
33. **Coing, Helmut.** Grundzüge der Rechtsphilosophie. 4. Aufl. Berlin, 1985.
34. **Demmerling, Christoph; Rentsch, Thomas.** Die Gegenwart der Gerechtigkeit: Diskurse zwischen Recht, praktischer Philosophie und Politik. Berlin: Akad. Ver., 1995.
35. **Dernbach, John C.** A practical guide to legal writing and legal method. 2. ed. Littleton, Colo.: Rothman, 1994.
36. Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines neuen Institutionalismus im Rechtsdenken der Gegenwart: in **Horst Baier** (Hrsg.). **Helmut Schelsky – ein Soziologe in der Bundesrepublik**, Stuttgart: Enke, 1986.
37. **Dreier, Horst.** Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 1990.
38. **Dreier, Ralf.** Rechtstheorie und Rechtsgeschichte. In: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Hrsg. von O. Behrends u. andere. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990.

39. **Dreier, Ralf.** Was ist und wozu Allgemeine Rechtslehre? Tübingen: Mohr, 1975.
40. **Dubischar, Roland.** Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Mainz: Kohlhammer, 1974.
41. **Dulckeit, Gerhard.** Philosophie der Rechtsgeschichte: die Grundgestalten der Rechtsbegriff in seiner historischen Entwicklung. Heidelberg: Quelle & Meyer, 1950.
42. **Eckhoff, Torstein; Sundby, Nils Kristian.** Rechtssysteme. Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.
43. Eesti Entsüklopeedia, 7. Tallinn: Eesti Entsüklopeediakirjastus, 1994.
44. Eesti kirjakeele seletussõnaraamat, III vihik, 45. Eesti Teaduste Akadeemia Keele ja Kirjanduse Instituut, 1991.
45. Eesti kirjakeele seletussõnaraamat. II köide, 1. vihik. Eesti Teaduste Akadeemia Keele ja Kirjanduse Instituut, 1992.
46. **Eichenberger, Kurt.** Föderalismus und Regionalismus in Europa. Baden-Baden: Nomos, 1990.
47. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart. Hrsg. von W. Hassemer, A. Kaufmann. 6. Aufl., Heidelberg: Müller, 1989.
48. **Elias, N.** Über den Prozess der Zivilisation. 18. Aufl., Bd. 1, 2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, 1994.
49. **Engisch, Karl.** Einführung in das juristische Denken. 8. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1983.
50. Enzyklopädie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden. Methoden der Rechtswissenschaft. München: R. Oldenbourg, 1972.
51. **Esser, Josef.** Juristisches argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts. Heidelberg: Winter, 1979.
52. **Feyerabend, Paul K.** Erkenntnis für freie Menschen. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979.
53. **Friedrich Carl von Savigny.** Grundgedanken der historischen Rechtsschule. 3. Aufl., Frankfurt am Main: Klostermann, 1965.
54. **Friedrich Carl von Savigny.** System des heutigen römischen Rechts. Bd. 1–8, Berlin: Veit, 1840–1849 (3. Aufl., Bad Homburg: Geutner, 1961).
55. **Habermas, Jürgen.** Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
56. **Hagel, Joachim.** Effizienz und Gerechtigkeit. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.
57. **Hanau, Peter; Adomeit, Klaus.** Arbeitsrecht. 11. neubearb. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1994.
58. Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Hrsg. von Helmut Coing. München: Beck, Bd. 1, 1973; Bd. 2, 1977; Bd. 3, 1982.
59. **Hare, R. M.** Freedom and Reason. London: Oxford Univ. Press, 1972.

60. **Harris, James W.** Law and Legal Science. Oxford: Clarendon Pr, 1979.
61. **Hart, Herbert L. A.** The Concept of law. Oxford: Clarendon Pr. 1961.
62. **Hassemer, Winfried.** Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. München: Beck, 1990.
63. **Hassemer, Winfried.** Organisierte Kriminalität – geschützt vom Datenschutz. Baden-Baden: Nomos, 1993.
64. **Hegenbarth, Rainer.** Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Königstein/Ts.: Athenäum, 1982.
65. **Heindl, G., Schambeck, H.** Prozesse sind ein Silberschweiss oder Juristen Brevier. Wien, 1979.
66. **Herbert, Manfred.** Rechtstheorie als Sprachkritik: zum Einfluss Wittgensteins auf die Rechtstheorie. Baden-Baden: Nomos, 1995.
67. **Horn, Norbert.** Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Heidelberg: Müller, 1996.
68. **Häberle, Peter.** Gemeineuropäisches Verfassungsrecht. In: Europäische Grundrechte Zeitschrift. 18, 1991, lk. 261–274.
69. **Ilus, Elmar.** Rooma eraõiguse alused. Tartu, 1969.
70. Institution und Recht. Grazer Inter. Symp. Zu Ehren von Ota Weinberger. Hrsg. von Peter Koller. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
71. **Isay, Hermann.** Rechtsnorm und Entscheidung. Aalen: Scientia Verl., 1970.
72. **Joerges, Christian; Trubek, David M.** Critical Legal Thought: an American-German Debate. Baden-Baden: Nomos, 1989.
73. **Jääskinen, Niilo.** Kohanemine euroopaliku seadusandlusega. Üldisi tähelepanekuid ja Soome kogemusi. Helsingi, 1996.
74. **Karlsson, Mikael M.** Recht, Gerechtigkeit und der Staat. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
75. **Kask, Peeter.** Õiguskeele ja üldkeele vahekord.//Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 1, 1995.
76. **Kaufmann, Arthur.** Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 1984.
77. **Kaufmann, Arthur.** Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Köln: Heymann, 1983.
78. **Kaufmann, Arthur; Hassemer, Winfried.** Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Heidelberg: Müller, 1989.
79. **Kelly, John M.** A short history of western legal theory. Oxford: Oxford Univ. Pr., 1992.
80. **Kelsen, Hans.** Reine Rechtslehre. 2. Aufl., Wien: Deuticke, 1960.
81. **Kerge, Krista.** Õiguskeel, tema vahendid ja väljavaated.//Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 4, 1995.
82. **Kerikmäe, Tanel.** Inimõigused rahvusvahelises õiguses.//Juridica, 3, 1996.
83. **Krawietz, Werner.** Eigenrechte der Natur? Ökologischer Rechtsbegriff und normative Verantwortungsattribution in rechtsethischer Perspektive. In: Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes

- Wessles zum 70. Geburtstag. Hrsg. von W. Küper und J. Welp, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1993.
84. **Krawietz, Werner.** Juristische Argumentation und Argumentationstheorien auf dem Prüfstand. In: Metatheorie juristischer Argumentation. Hrsg. von Werner Krawietz, Robert Alexy. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.
 85. **Krawietz, Werner.** Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
 86. **Krawietz, Werner.** Recht als Regelsystem. Wiesbaden: Steiner, 1984.
 87. **Krawietz, Werner.** Recht ohne Staat. Spielregeln des Rechts und Rechtssystem in normen- und systementheoretischer Perspektive. // Rechtstheorie, 24. Bd., Heft 1/2, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
 88. **Krawietz, Werner.** Sprache, Perfomanz und Ontologie des Rechts. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.
 89. **Krawietz, Werner.** Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. Sprachphilosophie. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung. Hrsg. von M. Dascal. 2. Halbband. Berlin: Walter de Gruyter, 1996.
 90. **Krawietz, Werner.** Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts. Berlin: Duncker und Humblot, 1991.
 91. **Krawietz, Werner.** Theorie und Forschungsprogramm menschlichen Rechts- erfahrung – Allgemeine Rechtslehre Otto Brusiins: in Rechtstheorie, Bd. 22, Heft 1, Berlin: Duncker & Humblot, 1991.
 92. **Krawietz, Werner; Welker, Michael.** Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
 93. **Kriele, Martin.** Recht und praktische Vernunft. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979.
 94. **Lampe, Ernst-Joachim.** Rechtsanthropologie. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.
 95. **Landau, Peter.** Stufen der Gerechtigkeit. München: Beck, 1995.
 96. **Larenz, Karl.** Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2. Aufl., Berlin: Springer, 1992.
 97. **Larenz, Karl.** Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Berlin: Springer, 1991.
 98. **Law & anthropology.** Bd. 1–6, Wien: Renner, 1986–1991.
 99. **Levy, Beryl H.** Anglo-American philosophy of law: an introduction to its devlopment and outcome. New Brunswick: Transaction Publ., 1991.
 100. **Liiv, Daimar.** Kes on Eestis seadusandja? // Eesti Päevaleht, 108 (284), 13. mai 1996.
 101. **Lippold, Rainer.** Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin: zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der allgemeinen Strafrechtslehre. Wien: Springer, 1989.
 102. **Llewellyn, Karl L.** The common law tradition. 4. Print. Boston: Little, Brown and Co., 1969.

103. Llewellyn, Karl N. A realistic jurisprudence: the next step. Indianapolis: Bobs-Merrill, 1930.
104. Llewellyn, Karl N. Jurisprudence: realism in theory and practice. London: Univ. of Chicago Pr., 1962.
105. Logic and Philosophy. The Hague: Nijhoff, 1980.
106. Luhmann, Niklas. Die Geltung des Rechts: in Rechtstheorie 22, 1991.
107. Luhmann, Niklas. Die soziologische Beobachtung des Rechts. Frankfurt am Main: Metzner, 1986;
108. Luhmann, Niklas. Grundrechte als Institution. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1974.
109. Luhmann, Niklas. Legitimation durch Verfahren. 3. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
110. Luhmann, Niklas. Positives Recht und Ideologie. In: Soziologische Aufklärung, 2. Aufl., Köln: Westd. Verl., 1971.
111. Luhmann, Niklas. Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Stuttgart: Kohlhammer, 1974.
112. Luhmann, Niklas. Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984;
113. Mac Cormick, Neil; Weinberger, Ota. An institutional theory of law: new approaches to legal positivism. 2. print, Dordrecht: Reidel, 1992.
114. MacCormick, Neil D. Der Rechtsstaat und die rule of law.//Juristen Zeitung 1984.
115. Mayer-Maly, Theo. Rechtswissenschaft. 2., überarb. u. erg. Aufl., München: Schweitzer, 1981.
116. Mereste, Uno. Seaduskeele struktuur sotsiolingvistika seisukohast vaadatu-na.//Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bületään, 5, 1995.
117. Mereste, Uno. Seaduste sõnastamise minimaalsusnõudest.//Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bületään, 1, 1996.
118. Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation. Hrsg. von Aulis Aarnio, Ilkka Niiniluoto, Jyrki Uusitalo. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
119. Müller, Hans-Peter. Soziale Ungleichheit und soziale Gerechtigkeit. Opladen: Leske & Budrich, 1995.
120. Müller, Jörg-Paul. Demokratische Gerechtigkeit: eine Studie zur Legitimität politischer und rechtlicher Ordnung. München: Dt. Taschenbuch Verl., 1993.
121. Narits, Raul. Interpretation of law in the Estonian Legal System.//Juridica International. Law Review University of Tartu. 1996.
122. Narits, Raul. Tõlgendamise teadus või seadus?//Juridica, 9, 1994.
123. Narits, Raul. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn, 1995.
124. Neue Methoden in Zivilverfahren. Hrsg. von Erhard Blankenburg. Köln: Bundesanzeiger, 1991.
125. Neumann, Richard K. Legal reasoning and legal writing: structure, strategy and style. 2. ed., 2. print. Boston: Little, Brown and Co, 1994.

126. **Neumann, Ulfrid.** Juristische Argumentationslehre. Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1986.
127. **Opalek, Kazimierz.** Theorie der Direktiven und Normen. Wien: Springer, 1986.
128. **Pawlik, Michael.** Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts: ein kritischer Vergleich. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
129. **Peczenik, Aleksander.** The basis of legal justification. Lund: Univ. Humanist. Fak., 1983.
130. **Peczenik, Aleksander.** The structure of a Legal System. In: Rechtstheorie, 6, 1975.
131. **Perelman, Chaim.** Juristische Logik als Argumentationslehre. Freiburg: Alber, 1979.
132. **Pospisil, Leopold.** Anthropologie des Rechts. München: Beck, 1982.
133. **Post, Albert H.** Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudence: Göttingen: Ed. Re., 1989.
134. **Pratt, Diana V.** Legal writing: a systematic approach. 2. ed. St. Paul, Minn.: West. Publ., 1993.
135. **Pärna, Priidu.** Omand ja omandus juriidilisest vaatenurgast. // Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bülletään, 2, 1995.
136. **Rawls, John.** A theory of Justice. Oxford, 1971.
137. **Ray, Mary B., Ramsfield, Jill J.** Legal writing: getting it right and getting it written. 2. ed., St. Paul, Minn.: West. Publ., 1993.
138. **Recht und Institution.** Hrsg. von der Rechtswiss. Fak. Der Univ. Münster: Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
139. **Rechtsdogmatik und praktische Vernunft: Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wiacker.** Hrsg. von Otto Berends. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1990.
140. **Rehbinder, Max.** Abhandlungen zur Rechtssoziologie. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
141. **Rehbinder, Max.** Die Haftung des Arbeitnehmers. Bern: Staempfli, 1981.
142. **Reich, Norbert.** Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas. Heidelberg: Winter, 1967.
143. **Robbers, Gerhard.** Einführung in das deutsche Recht. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1994.
144. **Rottleuthner, Hubert.** Die Dauer von Gerichtsverfahren. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1990.
145. **Rottleuthner, Hubert.** Einführung in die Rechtssoziologie. Darmstadt: Wiss. Buchges., Abt. Verl., 1987.
146. **Rottleuthner, Hubert.** Marxistische und analytische Rechtstheorie. In: Probleme der marxistischen Rechtstheorie. Hrsg. von H. Rottleuthner. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975.
147. **Rudolf Wassermann.** Prüffeld Rechtspolitik. // Die Welt, 18. September, 1996.

148. **Rudolf von Ihering.** Die Jurisprudenz der täglichen Lebens. 15. Aufl., Jena: Fischer, 1927.
149. **Rudolf von Ihering.** Der Zweck im Recht. Frankfurt am Main: Propyläen Verl., 1992.
150. **Pound, Roscoe.** Jurisprudence. St. Paul, Minn.: West. Publ. Co., 1959.
151. **Pound, Roscoe.** Social control through law. Hamden, Conn.: Archon Brocos, 1968.
152. **Pound, Roscoe.** An introduction to the philosophy of law. 10. Print, New Haven, Conn.: Yale Univ. Press, 1969.
153. Savignyana: Texte und Studien. Hrsg. von Joachim Rückert. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.
154. **Schapp, Jan.** Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr, 1983.
155. **Schiera, Pierangelo.** Laboratorium der bürgerlichen Welt: deutsche Wissenschaft im 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
156. **Schiffauer, Peter.** Wortbedeutung und Rechtserkenntnis. Berlin, 1979.
157. **Schlink, B.** Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit. Berlin: Univ., 1996.
158. **Schmidt, Frank-Hermann.** Verhaltensforschung und Recht: ethologischen Materialien zu der Rechtsanthropologie. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.
159. **Schröder, Jan.** Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979.
160. **Schulze-Fielitz, Helmuth.** Der informale Verfassungsstaat, Berlin: Duncker & Humblot, 1984.
161. Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre. Hrsg. von Robert Walter. Wien: Manz, 1992.
162. **Schwintowski, Hans-Peter.** Recht und Gerechtigkeit: eine Einführung in Grundfragen des Rechts. Berlin: Springer, 1996.
163. **Siebel, Walter A.** Würde und Mut: Texte zur Anthropologie der Sprache und des Rechts auf Gegenwart. Langwedel: Glaser, 1992.
164. **Simon, Roberts.** Ordnung und Konflikt: eine Einführung in die Rechts-ethnologie. Stuttgart: Klett-Cotta, 1981.
165. **Simpson, Brian.** The Common Law and Legal Theory. In: Legal Theory and Common Law. William Twining (Ed.) Oxford–New-York, 1986.
166. Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für K. Opalek zum 75. Geburtstag. Hrsg. von W. Krawietz. Berlin: Duncker und Humblot, 1993.
167. **Stammler, Rudolf.** Die Lehre vom richtigen Rechte. Berlin: Guttentag, 1902.
168. **Stammler, R.** Die Lehre von dem richtigen Rechte. Darmstadt: Buchh. d. Waisenhauses, 1926.
169. **Stone, Julius.** Social dimesions of law and justice. Stanford, Calif.: Stanford Univ. Pr., 1966 (nimetatud monograafia ilmus saksa keeles pealkirjaga Lehrbuch der Rechtssoziologie. Freiburg i. Br.: Rombach, 1976.).

170. **Summers, Robert S.** Instrumentalism and American Legal Theory. London: Ithaca, 1982.
171. **Zippelius, Reinhold.** Allgemeine Staatslehre. 12. neubearb. Aufl., München: Beck, 1994.
172. **Zippelius, Reinhold.** Geschichte der Staatsideen. 9. verbr. Aufl., München: Beck, 1994.
173. **Zippelius, Reinhold.** Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
174. Zur Theorie der Institutionen. Hrsg. von Helmut Schelsky. Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1970.
175. **Zweigert, Konrad; Kötz, Hein.** Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Tübingen: Mohr, 1984 (sama inglise keeles: Introduction to comparative law. 2. Rev. ed., Oxford: Clarendon Press, 1992).
176. **Tampuu, Tambet.** Tsiviilhagi kriminaalmenetluses. //Juridica, 4, 1996.
177. **Tavits, Gabriel.** Kellele laieneb töölepingu seadus? //Juridica, 4, 1996.
178. **Teply, Larry L.** Legal writing, analysis and oral argument. St. Paul, Minn.: West. Publ., 1990.
179. **Tolonen, Juha.** Grundzüge der Finnischen Rechtstheorie. In: Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation. Hrsg. von Aulis Aarnio, Ilkka Niiniluoto, Jyrki Uusitalo. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
180. **Walzer, Michael.** Sphären der Gerechtigkeit. Frankfurt am Main: Campus, 1992.
181. **Walter, Robert.** Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre: Eine Buchbesprechung und eine Erwiderung. Wien: Manz, 1990.
182. **Varul, Paul.** Õiguskeel: seisund ja probleemid. //Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 5, 1995.
183. **Weber, Max.** Rechtssoziologie. 2. überarb. Aufl., Neuwied am Rhein: Luchterhand, 1967.
184. **Weinberger, Ota.** Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker. Wien: Springer, 1988.
185. **Veinla, Hannes.** Planeerimis- ja ehitusseadus ehitusõiguse allikana. //Juridica, 2, 1996.
186. **Vettik, Aime.** Polüseemia, sünonüümia ja paronüümia oskuskeeles. //Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 1, 1996.
187. **Vettik, Aime.** Õigussõnastikest ja -terminipangast. //Õiguskeel. Valitsuse õigusterminoloogiakomisjoni bulletin, 5, 1995.
188. **Wiacker, Franz.** Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Bd. 1, München: Beck, 1988.
189. **Wieacker, Franz.** Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des Positiven Rechts in Deutschland im 19. Jahrhundert. In: Pawlowski, Hans-Martin (Hrsg.). Festschrift für Karl Michaelis. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1972.

190. Viehweg, Theodor. *Recht und Sprache*. Wiesbaden: Steiner, 1977.
191. Winkler, Günther. *Rechtstheorie und Erkenntnislehre: kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in den Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*. Wien: Springer, 1990.
192. Winkler, Günther. *Rechtswissenschaft und Rechtserfahrung: methoden- und erkenntniskritischen Gedanken über Hans Kelsens Lehre und das Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1994.
193. Wright, Georg Henrik. *An Essay On-Door-Knocking*. In: *Rechtstheorie*, 19, 1988.
194. Wróblewski, Jerzy. *The Theory of Law – Multilevel, Empirical or Sociological?* In: *Poznan Studies in the Philosophie of the Sciences and Humanities*, 5, 1979.
195. Õigusteaduskond 1996. aastal. *Teadustöö aruanne*. Tartu, 1997.
196. Давид, Рене. *Основные правовые системы современности*. Москва: Юридическая литература, 1988.

KASUTATUD ÕIGUSTLOOVATE AKTIDE LOETELU

- Töölepinguseadus. RT 1992, 15/16, 24.
Eesti Vabariigi Põhiseadus. RT 1992, 26, 349.
Eluruumide erastamise seadus. RT I 1993, 23, 411.
Tsiviilkohtupidamise seadustik. RT I 1993, 31/32, 538.
Asjaõigusseadus. RT I 1993, 39, 590.
Halduskohtumenetluse seadustik. RT I 1993, 50, 694.
Tsiviilseadustiku üldosa seadus. RT I 1994, 53, 889.
Kriminaalmenetluse koodeks. RT I 1995, 6–8, 69.
Ülikooliseadus. RT I 1995, 12, 119.
Toiduseadus. RT I 1995, 21, 324.
Planeerimis- ja ehitusseadus. RT I 1995, 59, 1006.
Alkoholiaktsiisiseadus. RT I 1995, 87, 1539.