

HEIKKI PIHLAJAMÄKI

Eurooppa meren takana

Oikeus Espanjan amerikkalaisissa siirtomaissa

Oikeushistorian dosentti Heikki Pihlajamäki käsittelee artikkelissaan Amerikan valloituksen jälkeisiä oikeudellisia järjestelyjä. Artikkelin mukaan Espanjan siirtomaiden oikeushistoria liittyi alusta alkaen saumattomasti eurooppalaiseen traditioon. Tämä koski yhtä lailla hallinnollista sääntelyä kuin yksityis-, rikos- ja prosessioikeutta.

■ Amerikan valloitus oli valtaisa hanke, ja oikeus oli siinä mukana alusta lähtien. Oikeudellisia argumentteja tarvittiin valloituksen legitimointiin,¹ ja ennen kaikkea elämän ja hallinnon järjestämiseen Kastilian kruunulle vuoden 1492 jälkeen valloitetuilla alueilla. Amerikkaa varten kehittyi oma oikeusjärjestyksensä, *derecho indiano*, ”Intioiden oikeus”.² Alan jo edesmennyt *grand old man*, argentiinalainen *Ricardo Zorraquín Becú* kuvaa siirtomaoikeutta:

”*Derecho indiano* voidaan määritellä lakien, doktriinien ja oikeustapojen muodostamaksi oikeusjärjestykseksi, jonka Kastilian kruunu loi järjestääkseen Espanjan uuden maailman hengellisen ja maallisen hallinnon, säädel-
liseen alueen asukkaiden elämää, merenkäyntiä ja kauppaa sekä, ennen kaikkea, liittämään intiaanit katoliseen uskoon.”³

Zorraquín Becú edustaa perinteistä käsitystä, jonka mukaan siirtomaoikeuteen luetaan kruunun ja muiden viranomaisten nimenomaan Amerikan siirtomaita varten antamat säännökset. Näiden lisäksi *derecho indianoon* luetaan usein muutkin espanjalaisessa Amerikassa voimassa olleet normit, ennen kaikkea siirtomaissa syntynyt tapaoikeus ja toissijaisena oikeuslähteenä käy-

tetty Kastilian oikeus soveltuvien osin.⁴ *Derecho indiano* käsite ei ollut käytössä vielä kolonialismin kaudella, vaan vakiintui vasta 1900-luvun puolivälin aikoihin.⁵

Intioiden oikeus

Amerikan valtauksen alkuvaiheessa pidettiin 1300-luvun oikeustieteen perusteella selvänä, että kristityn ruhtinaan valloittamat maat liitettiin valloittajan maihin ja hänen henkilökohtaisiin omistuksiinsa.⁶ Tämä tarkoitti myös valloittajan koko oikeusjärjestelmän omaksumista valloitetulla alueella.⁷ Niinpä Kastilian oikeusjärjestelmän katsottiin alkuvaiheessa olevan ilman muuta voimassa Amerikassa. Vähitellen kuitenkin kävi yhä ilmeisemmäksi, etteivät Iberian niemimaan oloihin syntyneet oikeussäännöt läheskään aina soveltuneet Amerikan oloihin. Kastilian kruunu ja sen alaiset amerikkalaiset hallintoelimet sekä kirkko alkoivat tuottaa Amerikkaa varten erityissäännöksiä, ja myös kreoliväestön⁸ tapaoikeus alkoi eriytyä kastilialaisesta.

Vähitellen siirtomaoikeus eriytyi Iberian niemimaalla noudatetusta oikeudesta siinä määrin, että siirtomaoikeuden voidaan perustellusti väittää muodostaneen oman erillisen oikeusjärjestyksensä. Tomás y Valiente puhuu vuosista 1566–1680 *derecho indiano* vakiintumisen vuosisatana: tuolloin pelkästään Intioita koskeva lainsäädäntö lisääntyi huomattavasti ja erottui laadullisesti emämaan lainsäädännöstä. Myös *derecho indiano* käsittelevä oikeustieteellinen kirjallisuus erottui siinä määrin omaksi lajikseen, että voimme puhua *derecho indiano*stana omana oikeusjärjestyksenään sortumatta 1900-luvulla kehitetyn käsitteen anakronistiseen projisointiin.⁹ Siirtomaiden oikeus eriytyi aikaa myöten niin pitkälle, ettei vain emämaan oikeuteen perehtyneen juristin ollut mahdollista selvittää siirtomaita koskevista oikeusongelmista ilman erillistä perehtymistä.

Edellä sanottu ei tarkoita, että *derecho indiano*n yhteys emämaan oikeuteen olisi vähitellen katkennut. Alun perin yhteys oli ainakin teoriassa lähes täydellinen, sillä kaikki Kastilian lait tulivat periaatteessa heti voimaan myös Amerikassa. Kastilian lain-

säädäntö oli suhteessa uutta maailmaa varten annettuun lainsäädäntöön myös toisista, mikä oli käytännössä tärkeä seikka: jos *derecho indianon* säännös oli tulkinnanvarainen, epäselvä tai ristiriidassa toisen säännöksen kanssa, oli turvauduttava emämaan lakiin. Roomalainen oikeus vuorostaan täydensi Kastilian oikeutta, kuten partikulaarisia oikeusjärjestyksiä yleensäkin. Jo varhain kuitenkin havaittiin, että Amerikan lainsäädäntöasiat kaipasivat erityisasiantuntemusta, jotta oikeudellinen sekasorto voitaisiin välttää. Vuonna 1523 kuninkaallisesta neuvostosta (*Consejo Real*) erotetun Intioiden neuvoston (*Consejo de Indias*) tehtävänä oli hyväksyä kaikki pelkästään amerikkalaisia siirtomaita varten säädetyt lait. Neuvostoon pyrittiin keskittämään Amerikan siirtomaita koskeva poliittinen ja lainsäädäntövalta, vaikka tässä ei täysin onnistuttukaan: osa lainsäädäntövaltaa liukui jo varhaisessa vaiheessa käytännössä siirtomaiden omille paikallisille hallintoelimille.¹⁰

Asetelma muuttui jälleen Filip III:n hallituskaudella vuonna 1614, kun kuningas määräsi, että ollakseen voimassa Amerikassa myös kaikkien uusien Kastilian lakien oli saatava Intioiden neuvoston hyväksyntä. Tässä vaiheessa, yli sata vuotta valloituksen jälkeen, tosiasialliset oikeusolot Amerikassa olivat jo eriytyneet Kastilian oikeudesta niin paljon, ettei Kastilian uuden lainsäädännön voitu ajatella enää olevan ilman muuta voimassa myös merentakaisissa siirtomaissa. Vuoden 1614 jälkeen *Derecho indiano* eriytyi joka tapauksessa vielä aikaisempaakin voimakkaammin, mutta Kastilian oikeus säilyi tämänkin jälkeen toissijaisesti sovellettuna oikeutena.¹¹ Erityisesti yksityis-oikeudessa sekä rikos- ja prosessioikeudessa Kastilian lakien merkitys säilyi koko siirtomaavallan ajan huomattavana.¹²

Derecho indianon erityislaatua korostetaan usein alan esityksissä. Niissä on tapana viitata siirtomaoikeuden partikulaariseen luonteeseen ja nopeaan muuttuvuuteen. Víctor Tau Anzoáteguiin mukaan kysymys oli ”nopeammasta muutostahdistasta kuin jo vakiintuneissa yhteiskunnissa.”¹³ Muuttuvuus liittyy partikularismiin. Vain harvoja säädöksiä nimittäin annettiin koko

hispaanista Amerikkaa varten – yleensä *derecho indianon* säännökset koskivat esimerkiksi yhtä kaupunkia, kuvernementtia tai laajimmallaan kokonaista varakuningaskuntaa.¹⁴ *Derecho indiano* oli vallalla ole-

1. Paavi Aleksanteri VI julisti sarjassaan bulliaan *Inter caetera* vuonna 1493 Kastilian ja Aragonian kuningasparin Ferdinandin ja Isabellan Atlantille vedetyin, 100 liigaan Azoreilta länteen sijaitsevan rajaviivan länsipuolisten alueiden valtiaksi. Samalla paavi – jonka maallisesta vallasta ei tosin ollut keskiajallakaan ollut yksimielisyyttä – jakoi maailman Kastilian ja Portugalin kuningashuoneiden kesken. Rajaviivaa laajennettiin 370 liigan kohdalle Kap Verdestä länteen vuonna 1494 solmitulla Tordesillasin sopimuksella, jonka paavi Julius II vahvisti vuonna 1506.

2. *Derecho indiano* viittaa Intiaan, joksi espanjalaiset kutsuivat Amerikkaa aina 1700-luvulle asti. Nimityksellä ei sen sijaan ole mitään tekemistä Amerikan alkuperäiskansojen oikeuden kanssa, josta käytetään vakiintuneesti nimitystä *derecho indígena*. Alkuperäiskansojen oikeutta tässä kirjoituksessa ei käsitellä.

3. Ricardo Zorraquín Becú, ”Hacia una Definición del Derecho Indiano”, 405–417, *Revista de Historia del Derecho* 22 (1994), 407.

4. Ks. Francisco Tomás y Valiente (1992) *Manual de Historia del Derecho Español*, 327.

5. Käsitehistoriasta ks. Víctor Tau Anzoátegui (1997) *Nuevos horizontes en el estudio del Derecho indiano* (1997), 28–39. 1900-luvun puolivälin jälkeen siirtomaa-ajan oikeuden tutkimus vakiintui omaksi oikeushistorialliseksi erityisalakseen. Vuonna 1966 perustettiin alan kansainvälinen tutkijajärjestö *Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, joka on sittemmin järjestänyt 13 kongressia eri puolilla Amerikkaa ja Espanjaa.

6. 1300-luvun eurooppalaisen oikeustieteen merkittävimpiä nimiä olivat italialaiset Bartolus (1313–57) ja hänen oppilaansa Baldus (1327–1400), jotka molemmat kirjoittivat yllä mainituista kysymyksistä.

7. Espanjalainen Alfonso García-Gallo käytti yleensä Alan Watsonin nimeen liitettyä oikeudellisen siirränäisen (*trasplante, transplant*) käsitettä tässä yhteydessä jo vuonna 1972, siis pari vuotta ennen Watsonia. Vrt. Alfonso García-Gallo (1972) *Estudios de Historia del Derecho Indiano* ja Alan Watson (1974) *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*.

8. Kreoli (*criollo*) tarkoitti siirtomaissa syntynyttä valkoista, vastakohtana ”peninsulaarille” (*peninsular*) eli Espanjassa syntyneelle.

9. Ks. Tomás y Valiente, 328.

10. Ks. Bernardo Bravo Lira (1986) *Historia de las Instituciones Políticas de Chile e Hispanoamérica*, 64–65; Tomás y Valiente, 338.

11. Ks. Abelardo Levaggi (1991) *Manual de Historia del Derecho Argentino I*, 143.

12. Tomás y Valiente, 340.

13. Víctor Tau Anzoátegui (1992) *Casuismo y Sistema: Indagación histórica sobre el Espíritu del Derecho Indiano*, 108.

14. Amerikan siirtomaat oli jaettu varakuningaskuntiin, joita 1700-luvulle asti oli kaksi (Uusi Espanja ja Peru). Vuonna 1718 perustettiin Uuden Granadan ja 1776 Río de la Platan varakuningaskunnat. Muista hal-

vasta laajasta määritelmästä huolimatta ennen kaikkea julkisoikeutta.¹⁵

Tämän artikkelin teemalla on yleistä kantavuutta monessa mielessä. Vaikka *derecho indiano* soveltamisalue käsitti Eurooppaa laajemman alueen, länsimaisen oikeuden historiaesityksissä espanjalaisesta siirtomaaoikeudesta ei kuitenkaan yleensä mainita sanaakaan. Toiseksi, vaikka toisen maailmansodan jälkeisessä keskustelussa on kirjoitettu hyllymetreittäin reseptiosta, oikeudellisista siirännäisistä ja muista vastaavista ilmiöistä, *derecho indiano* on jopa useimmille oikeushistorian tutkijoille tuntematon aluetta. Selvää on, että *derecho indiano* ja Kastilian oikeuden välinen yhteys säilyi 1400-luvun lopulta alkaneesta eriytymisketystä huolimatta kiinteänä. Kastilian oikeuden kautta rakentui myös yhteys eurooppalaiseen oikeuteen.

Tämän artikkelin keskeinen väite on, että *derecho indiano* liittyy joka suhteessa saumattomasti eurooppalaiseen traditioon. Siltä osin kuin kysymys oli hallinnollisesta sääntelystä, *derecho indiano* oli tyypillistä eurooppalaista politiaoikeutta. Muilta osin *derecho indiano* on *ius communen*, eurooppalaisen yhtenäisoikeuden, eräs muunnelma.

Politia ja varhaismoderni valtio

Varhaisen uuden ajan politiaa on tutkittu etenkin Saksassa parin viime vuosikymmenen aikana paljon. Politia ei kuitenkaan yhteiskunnallisena ja oikeudellisena ilmiönä rajoittunut Pyhän Saksalais-roomalaisen keisarikunnan alueelle, vaan oli yleiseurooppalainen.¹⁶ Taustafilosofiana on ajatus ruhtinaasta, joka ”hyvää politiaa” (*buena policia, gute Polizey*) noudattaen isällisesti huolehtii valtakunnastaan. Politiaa toteutettiin käytännössä politiasäädösten avulla. Ne kattoivat laajan kirjon yleisestä turvallisuudesta, terveydestä ja katujen puhtaanapidosta paloturvallisuuteen, juopottelun kontrolliin ja kiertäviä ilveilijöitä koskeviin määräyksiin. Politian alaan luettiin myös mittoja ja painoja, ylellisyystarvikkeita ja viinin tekoa koskevat säädökset.¹⁷

Mutta mistä politiassa oli alunperin kysymys? Käsite on johdettu kreikan kielen

politeia-sanasta. *Politeian* alkuperäinen käyttöala oli laaja: termillä viitattiin paitsi valtioon ja valtionhallintoon, myös yleisemmin julkiseen elämään ja politiikkaan. Myös roomalaiset hyödynsivät ajatusta *politiasta*, mutta heillä käsite kaventui muodolliseksi, hallitsijan valtaoikeuksiin viittaavaksi. Varhais- ja sydänkeskiajalla politia-käsite katosi käytöstä kokonaan, mitä Peter Nietschke selittää julkisen ja yksityisen piirin välisen rajan hämärtymisellä.¹⁸

Politialle löytyi jälleen käyttöä keskiajan lopulta alkaen. Politian alkulähteenä pidetään usein myöhäiskeskiaikaisia kaupunkeja, jotka ensimmäisinä alkoivat tarvita oikeudellista sääntelyä arkipäiväisen elämänsä järjestämiseksi. Myöhäiskeskiaikainen kaupunki oli elämisen muotona uutuuksien, jonka järjestysongelmien hallitsemiseksi otettiin käyttöön myös oikeus. Kaupunkipolitian säännökset käsittelivät esimerkiksi rakentamista, liikennettä, katujen puhtautta ja valaistusta, elintarvikkeiden jakelua, terveysasioita, palontorjuntaa sekä anastamisrikoksia.¹⁹ Politian luonne kuitenkin muuttui uuden ajan alussa, kun kaupunkien itsehallinto väheni ja ruhtinaan valta vastaavasti lisääntyi. Politian painopiste siirtyi kaupungeista laajempiin yksiköihin. Politia tuli nyt ennen muuta käsite, jonka avulla täydelliseen valtaa pyrkivän ruhtinaan vallankäyttö valtiollisessa ideologiassa järjestettiin.²⁰ Tietenkään politia ei ollut tässä suhteessa ainoa väline, mutta tärkeä oikeudellinen instrumentti joka tapauksessa. Siinä missä luonnonoikeus ymmärrettiin muuttumattomaksi, politia oli muuttuvainen, käytännöllisen hallitsemisen väline. Kuvaavaa on, ettei politiasäännöksiä otettu tästä syystä edes Ruotsin vuoden 1734 lakiin, joka oli tarkoitettu ikuisiksi. Politiaa käsittelevät oppineet kirjoitukset käsitelivät laajaa kirjoa asioita, jotka nykyään luettaisiin kansantaloustieteen, tilastotieteen tai esimerkiksi sosiaalipolitiikan alaan.²¹

Politian merkityksestä varhaisen uuden ajan valtion ja yhteiskunnan kannalta on esitetty eri suuntaisia tulkintoja. Max Weber, Gerhard Oestreich ja Norbert Elias ovat nähneet politian merkityksen siinä, että sen avulla muutettiin aktiivisesti yhteiskuntaa.

Weberillä politia liittyy vallankäytön rationaalistumiseen, Oestreichilla sosiaalisen kurinalaistamisen teoriaan ja Eliaksella sivilisaatioteoriaan. Teorioille on yhteistä se, että niissä kaikissa politia palvelee modernin valtion kuoriutumista keskiaikaisen hallinnon rakenteista.²² Hiljattain kuitenkin Michael Stolleis on edustanut pidättyväisempää näkökulmaa. Hänen mukaansa politia-oikeuden keinoin pyrittiin etupäässä säilyttämään sääty-yhteiskunnan *status quo*, vaikkakin politiasäännökset luonnollisesti heijastelivat antajansa yhteiskunnallisia intressejä.²³

Tämän artikkelin rajallinen näkökulma ei tee mahdolliseksi ratkaista politiaoikeuden merkitysongelmaa. Yhtä vastausta tuskin edes on. Politialainsäädäntö syntyi eri puolilla Eurooppaa eri aikaan. Ranskassa politialainsäädäntöä alettiin laatia jo myöhäiskeskiajalla, ja maanosan läntiset, pohjoiset ja eteläiset osat seurasivat 1400- ja 1500-luvulla. Itä-Eurooppaan politia sen sijaan ehti vasta 1700-luvulla. Harvaan asuttu, talonpoikainen Ruotsi tarvitsi toisenlaista politiaa kuin Pohjois-Italian kaupalliset keskukset. Politialainsäädäntöä annettiin eri alueilla myös eritasoisina: esimerkiksi Saksassa politialainsäädäntöä antoivat yhtä hyvin keisari, territoriot kuin myös valtakunnankaupungit.²⁴ Myös Kastilian keskusvalta käytti *derecho indianoa* ja sen ydintä, politialainsäädäntöä, välineenä vakiinnuttaessaan kruunun valtaa Amerikan mantereella.

Vaikka kruunun valta sinänsä vakiintuikin, vähintäänkin epäselvää on, missä määrin tämä oli *derecho indianon* ansiota. Valitseva käsitys alan tutkijoiden keskuudessa on, ettei siirtomaiden hallintokulttuuri ollut kovin lakiuskollista. Tässäkin kohden on kuitenkin jälleen varottava kompastumasta anakronismiin: legalismia ei voida odottaa löytyvän aikakaudelta, jollaisena sellaista ei vielä missään muuallakaan ollut. Antilegalismi kiteytyi vanhaan espanjalaiseen oikeusperiaatteeseen *obedézcuse, pero no se cumpla* (totelkaa, mutta älkää noudattako), jota Amerikan hallintoviranomaiset hyödynsivät vieläkin useammin kuin Espanjassa oli tapana. Periaate jätti oikeusnormin muodollisesti voimaan, vaik-

kei sitä (ainakin tietyllä kertaa) sovellettu-
kaan.²⁵

Koska *derecho indianon* yhteydet Kastilian oikeuteen ovat läheiset, *derecho indianon* politian tarkastelu olisi hyödyllistä aloittaa emämaasta. Tiedossani ei kuitenkaan ole systemaattisia tutkimuksia espanjalaisesta politiasta. Johannes-Michael Scholz on kuitenkin verrannut kahta emämaan oikeuden merkittävintä lakikokoelmaa, *Nueva Recopilaciónia* vuodelta 1640 ja *Novissima Recopilaciónia* vuodelta 1805. Scholz toteaa, että espanjalainen lainsäätäjä kiinnostui vuosien 1640 ja 1805 välisenä

lintoelimestä rajoituttakoon tässä mainitsemaan *audienciat*, joiden toimintaa varten siirtomaat oli jaettu alkuvaiheessa 1500-luvulla yhteentoista alueeseen – 1600-luvulla näihin lisättiin vielä kaksi. *Audienciat* olivat siirtomaiden hallintoelimestä ehdottomasti tärkeimpien joukossa. Tehtäviltään *audienciat* muistuttivat lähinnä tuomioistuimia, mutta niille kuului myös runsaasti muita hallintotehtäviä. Ks. tarkemmin Horst Pietschmann, *Die staatliche Organisation des kolonialen Iberoamerika* (1980), 116–119.

15. Tästä modernista näkökulmasta ehkä muotopuoliselta vaikuttavasta tilanteesta ei tietenkään seuraa, ettei Intioissa voimassa olleiden oikeusnormien kokonaisuutta olisi pidetty omana oikeusjärjestyksenään. Päinvastoin, varhaisen uuden ajan eurooppalaiselle oikeudelle oli tyypillistä, että etenkin yksityisoikeutta, mutta jossain määrin myös rikos- ja prosessioikeutta koskeva oikeus oli kaikiällä melko yhteneväistä. Yhtenäisyys perustui keskiajalla kehittyneeseen oppineeseen oikeuteen (*ius commune*), joka jatkoi eri puolilla Eurooppaa elämänsä pitkälle 1800-luvulle. *Ius commune* tulee tarkemmin puhe jäljempänä.

16. Ks. Michael Stolleis–Karl Härter–Lothar Schilling (1996) *Policey im Europa der Frühen Neuzeit* (1996).

17. Ks. Karl Härter, "Entwicklung und Funktion der Polizeygesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 16. Jahrhundert", 61–141, *Ius Commune: Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* XX (1993), 71–72.

18. Peter Nitschke, "Von der Politeia zur Polizei: Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Polizei-Begriffs und seiner herrschaftspolitischen Dimensionen von der Antike bis ins 19. Jahrhundert", 1–27, *Zeitschrift für Historische Forschung* 1992.

19. Hans Maier (1986) *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 64–65.

20. Maier 79–81.

21. Michael Stolleis (1988) *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland: Erster Band 1600–1800*, 337; ks. myös Maier 238–258.

22. Härter 63–64.

23. Stolleis (1988) 371.

24. Stolleis, "Vorwort", teoksessa *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, vii.

25. *Derecho indianon* juristien suhteesta kirjoitettuun lakiin ks. Tau Anzoátegui (1992), 512–529.

aikana politiasta huomattavasti aikaisempaa enemmän.²⁶ Amerikan oikeudessa politiasekti oli vahvasti esillä jo varhaisemmassa vaiheessa.

Siirtomaiden oikeus hallinnon välineenä

Tutkimuksessa on politian alalle luettavaa amerikkalaista lainsäädäntöä dokumentoitu varsin hyvin, vaikkei säädöksiä olekaan käsitteellistetty politiaksi. Esimerkiksi *Nueva Recopilaciónin, derecho indianon* vuodelta 1680 peräisin olevan tärkeimmän lakikokoelman, on luonnehdittu sisältävän etupäässä aineistoa, joka nykyoikeuden systematiikassa luokiteltaisiin lähinnä hallinto-oikeuden alaan.²⁷ Alan tutkijat ovat käsitelleet muun muassa teatteriin, vesirakentamiseen, kiellettyihin peleihin, ulkomaalaiskontrolliin ja lihantuotantoon liittyvän lainsäädännön historiaa – kaikki tyypillisiä politiaoikeuden teemoja, vaikkei niitä sellaisiksi olekaan tähän mennessä tyyppitetty.²⁸ Ismael Sánchez Bella puolestaan jakaa Filip II:n kaudelta (1556–98) peräisin olevan Amerikkaa koskevan lainsäädännön seitsemään ryhmään: uskonto, oikeuslaitos, hallinto, talous, yhteiskunta, sotalaitos ja löytötöretket.²⁹ Jo Sánchez Bellan luokittelu paljastaa, että kyse oli valtaosin politiasta. Kiinnostavaa on, että Filip II ja hänen edeltäjänsä Kaarle V pyrkivät Berkvensin ja Peteghemin mukaan toteuttamaan absolutistisia ambitioitaan politian avulla myös Alankomaissa. Tästä seurasi normitulva, joka ei ollut omiaan ainakaan hillitsemään Filip II:n toteuttaman kovaotteisen vastauskonpuhdistuksen aiheuttamaa paikallista vastarintaa.³⁰

Julkaistujen lainsäädäntörekisterien avulla voidaan tarkastella politian osuutta *derecho indianon* lainsäädännössä. Río de la Platan³¹ (1534–1717) ja Charcasin³² (1563–1717) rekisterikirjat paljastavat, että suurin osa ainakin näiden alueiden lainsäädännöstä oli tyypillistä politiata. Jotkut Charcasin alueen säädöksistä käsittelevät hallintoa, uskontoa tai intiaanien suojelua. Erityisen paljon on kuitenkin sellaisia, joiden aiheena ovat talous- tai sotilasasiat. Otan esimerkiksi yhden säädöksen, jonka sääntelyala

tosin on poikkeuksellisen laaja. Monipuolisuudessaan säädös kuitenkin kuvaa Kastilian kruunun monipuolista lainsäädännöllistä aktiviteettia ja sen selvää politiaalunetta. Kysymyksessä on 4.10.1563 annettu kuninkaallinen provisio (*Real Provisión*). Se koostuu 21 osastosta ja jakautuu 311 artiklaan. Säädöksessä käsitellään rekisterikirjan luettelon mukaan muun muassa seuraavia asioita: hallintoasiat, kirkolliset riidat, kuninkaallinen taloudenpito, verotusasiat, jäämistöasiat, asianajajat, notaarilaitos, arkistot ja tulkkaukset hallinnossa. Kaikki ovat jälleen sellaisia teemoja, jotka varhaisen uuden ajan vallitsevan käsityksen mukaan kuuluivat hallitsijan politian alaan.³³

Juan Solórzano Pereiran teosta *Política Indiana* (1648) voidaan pitää edustavana kuvauksena aikakauden oikeustieteen tavasta ymmärtää *derecho indiano*.³⁴ *Política Indiana* käsittelee etenkin politian alaan kuuluvia asioita: intiaanien asemaa omissa yhteisöissään ja suhteessa kreoliväestöön (kirja I), kreolien asemaa maanomistajina (kirja II), kirkollista hallintoa (kirja IV), yleishallintoa (kirja V) ja taloushallintoa (kirja VI). Yksityiskohtaisemmin Solórzano käsittelee muun muassa rakentamista, maanviljelystä, postia, kaivoksia, päivätöitä ja kymmenyksiä.³⁵

Teoksen toisessa kirjassa Solórzano käsittelee esimerkiksi ”intiaanien vapautta, säätyä ja olosuhteita” sekä ”henkilökohtaisia palveluksia”, joihin heidät voidaan yhteiseksi hyväksi pakottaa. Sanavalinta ”yhteiseksi hyväksi”, *por el bien público*, paljastaa sekin, että olemme tekemisessä politian kanssa. *Bien público* liittyy käsittehistoriallisesti edellä käsiteltyyn aristoteliseen perinteeseen. Koska tavoitteena on yhteinen hyvä, puhtaasti yksityisiin tarkoitukseen perustuva intiaanityövoiman käyttö ei ole Solórzanon mukaan sallittua.

Tätä taustaa vasten myös *derecho indianon* perusluonne politiaoikeutena käy ymmärrettäväksi. Kysymys oli modernista lainsäädäntötekniikasta, jota Euroopassa oli jonkin aikaa hyödynnetty, ensin kaupunkien ja sitten laajempien alueiden, kuten koko Saksalais-roomalaisen keisarikunnan hallitsemiseksi. Politia, toisin kuin luonnon-

oikeus, oli luonteeltaan myös joustavaa. Politiasäännöksiä voitiin antaa pienistä asioista, kuten Montesquieukin totesi³⁶, ja niiden jatkuvaa muuttumista ei pidetty millään tavoin outona. Politia poikkesi tässä luonnonoikeudesta.

Politia soveltui erityisen hyvin Amerikan kaltaisen valtavan alueen hallintaan: Kuuhan olosuhteet poikkesivat Chilestä lähes yhtä paljon kuin Kastiliasta, eivätkä Meksikoa koskevat lait sellaisenaan soveltuneet Río de la Platan alueelle. Alueellisten eroavaisuuksien ohella on otettava huomioon ajallinen muutos. Amerikan alueiden poliittis-taloudelliset painopisteet muuttuivat Espanjan yli 300-vuotisen hallinnan aikana, yhdet alueet taantuivat, toiset nousivat.

Derecho indianon historia on, kuten politian yleensä, pienten askelten historiaa. Alaa koskevassa nykytutkimuksessa korostetaan siirtomaa-oikeuden partikulaarista ja muuttuvaa luonnetta, eikä näitä luonnehdintoja ole aihetta asettaa kyseenalaisiksi. *Derecho indiano* ei ole tästä huolimatta luonteeltaan aivan niin omintakeista ja erityislaatuista kuin tutkimuksessa on annettu ymmärtää, olkoonkin, että sääntelyn kohde oli Eurooppaan verrattuna hyvin toisenlainen, sisäisesti heterogeeninen ja laaja. Voidaan sanoa, että *derecho indianon* väitetyt erityispiirteet ovat politian erityispiirteitä. Politia oli väline, jolla itsevaltiuteen pyrkivä ruhtinas hallitsi oikeudellista todellisuutta. Näin oli *mutatis mutandis* myös hispaanisessa Amerikassa.

Hispaanisen Amerikan yksityisoikeus

Kuten edellä todettiin, yksityisoikeus ei ole kaikkein tutkituimpia alueita kolonialismin ajan Amerikan oikeushistoriassa. Tutkijoiden päämielenkiinto on sen sijaan suuntautunut samoihin asioihin kuin aikanaan kastilialaisten lainsäätäjien – alueille, jotka nykyisin lukeutuvat etupäässä julkisoikeuden alaan. Nämä ovat epäilemättä olleet niitä aineksia, joista Amerikan ”oma” oikeushistoria on näyttänyt parhaiten rakentuvan. Puhtaasti yksityisten väliset oikeussuhteet olivat sen sijaan julkisia asioita harvemmin sääntelyn kohteena. Roomalaisen oikeuden

reseptio tosin tapahtui myös Amerikassa keskiaikaisten kastilialaisten *Fuero Real- ja Siete Partidas* -lakikokoelmien välityksellä. Näistä lakikokoelmista sovellettiin, toisin kuin Kastiliassa, etupäässä niiden yksityisoikeudellista ainesta. Eurooppalaisen *ius commune* -tradition toinen leviämiskanava

26. Johannes-Michael Scholz ”Policía: Zu Staat und Gesellschaft in der spanischen Neuzeit”, 213–297 teoksessa *Polizey im Europa der frühen Neuzeit* (1996), 230–231.

27. Ks. Tamar Herzog ”The ‘Recopilación de Indias and its discourse: The Spanish Monarchy, the Indies and the Seventeenth Century’”, *Ius Commune: Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte XX* (1993), 143–163.

28. Ks. Carlos M. Storni ”Acerca de la regulación jurídica del abasto de carne a las ciudades: Siglo XVIII”, 439–464 *Revista de Historia del Derecho (RHD)* 1990; Mario Carlos Vivas, ”El régimen jurídico de las aguas en Córdoba (1573–1908)”, 465–524, *RHD* 1990; Ana María Martínez de Sánchez, ”Legislación sobre juegos prohibidos: Su aplicación en Córdoba en la segunda mitad del siglo XVIII”, 243–272, *RHD* 1992; Marcela Aspell de Yanzi Ferreira, ”‘El espejo de la vida’: La regulación del teatro porteño en la primera mitad del siglo XIX”, 75–96, *RHD* 1993; Tamar Herzog, *La administración como un fenómeno social: La justicia penal de la Ciudad de Quito (1650–1750)* (1995); y Eduardo G. S. Gould, ”Los extranjeros y su integración a la vida de una ciudad india: los portugueses en Córdoba del Tucumán 1573–1640”, 63–112, *RHD* 1996.

29. Ismael Sánchez Bella ”El derecho indiano bajo Felipe II (1556–1598)”, 95–134 teoksessa *XI Congreso del Instituto Internacional del Derecho Indiano* (1997).

30. A. M. J. A. Berkvens ”Polizeigesetzgebung in den Habsburgischen Niederlanden”, 412–450 teoksessa *Polizey im Europa der frühen Neuzeit* ja Paul van Petteghem, ”Policeygesetzgebung in der Republik der Vereinigten Provinzen”, 457–488 teoksessa *Polizey im Europa der frühen Neuzeit*.

31. *Libros Registros-cedularios del Río de la Plata (1534–1717: Catalogos I–III)* (1984–1991).

32. *Libros Registros-cedularios de Charcas (1563–1717): Catalogos I–III*, (1991–1992).

33. *Real Provision del 4 de octubre de 1563 con las ordenanzas para la Audiencia Real de la Ciudad de la Plata de los Charcas, de las Provincias del Perú. Libros Registros-Cedularios de Charcas I*, 19.

34. Solórzano Pereira pidetään yleensä merkittävimpänä *derecho indianoa* tunteneista juristeista ja *Política indianaa* hänen pääteoksenaan. Kirja on toimitettu käännös vuodelta 1629 peräisin olevasta teoksesta *Indianum Iure disputatio sive de iusta Indiarum Occidentalium inquisitione, acquisitione et retentione, tribus libris comprehensa*.

35. Solórzano Pereira, II.VIII.1–14, XI.1–40, XIV.1–32, XV.1–56, XIX.1–56, XXIII.1–43.

36. Montesquieu määritteli politian näin: ”Les matières de police sont des choses de chaque instant, et où il ne s’agit ordinairement que de peu.” Montesquieu, *De l’esprit des lois* (s. a.), 453.

– ja ylipäänsä tieteellisen oikeuden omaksumisen ennakkoehto – olivat yliopistot, joita Amerikkaan alettiin perustaa jo 1500-luvulla, suhteellisen pian valloituksen jälkeen.³⁷ Kuten Euroopassa, myös Amerikassa yksityisoikeuden valtavirran kehitys ja roomalaisen oikeuden omaksuminen riippuivat olennaisesti yliopistokoulutetun lakimieskunnan määrästä ja tasosta.

Yhtenäisoikeutta omaksuttiin siitä huolimatta, että Amerikan valloituksen aikaan Kastilian kruunu oli jo alkanut määrätietoisesti rajoittaa *ius communen* käyttöä. Kuten muuallakin Euroopassa, roomalainen oikeus kadotti varhaisella uudella ajalla auktoritaatiivisen oikeuslähteen aseman. Yleisen näkemysmukan roomalaista oikeutta tuli soveltaa sellaisissa tapauksissa, jolloin oikeudellista ratkaisua ei ollut mahdollista johdtaa paikallisesta lainsäädännöstä. Soveltuvan lain etsinnässä edettiin pienemmältä kehältä suurempaan. Jos kaupunkilaki ei soveltunut, turvauduttiin kuninkaan tai muun ruhtinaan oikeuteen. Siinä tapauksessa, että siitäkään ei ollut apua tai sen soveltuvuus oli muutoin epäselvä, sovellettiin viimekätisesti roomalaista oikeutta, ei kuitenkaan sen auktoriteetin, vaan *ration* vuoksi.³⁸

Espanjassa yhtenäisoikeuden soveltamisrajoitukset alkoivat vuodelta 1348 peräisin olevassa *Ordenamiento de Alcalá* -sääädöksessä, jonka tässä käsitellyssä suhteessa olennainen sisältö otettiin myös niin sanottuihin *Toron* lakeihin vuonna 1505. Eräänä ensimmäisistä oikeusoppineista opin muotoili Juan López de Palacios Rubios (n. 1447–1524) käsitellessään kanonisen oikeuden lähteitä. Lópezin mukaan lähtökohdantana kanonisessa oikeudessa olivat kanoniset oikeuslähteet, joiden jälkeen tuli toissijaisesti soveltaa kuningaskunnan kirjoitettua ja tapaoikeutta. Roomalaiseen oikeuteen oli lupa turvautua ainoastaan näiden jälkeen. Lópezin opilla oli suuri merkitys moniin myöhempiin espanjalaisiin ja amerikkalaisiin oikeusoppineisiin, kuten Gregorio Lópezin (1496–1560), Juan de Hevia Bolañosiin (1570–1623) ja Juan del Corral Calvoon (1665–1737).³⁹

Vaikka oikeusoppineiden kanta roomalaiseen oikeuteen näyttää paperilla torjuval-

ta, juuri heidän ansiostaan ja välityksellään roomalainen oikeus jatkoi elämäänsä niin Euroopassa kuin Amerikassakin poliittisen absolutismin vastakkaisista pyrkimyksistä huolimatta. Käytännössä roomalaisen oikeuden asema pysyi yksityisoikeuden alueella merkittävänä, vaikka sen legitimaatioperusta vaihtuikin *auctoritasista ratioksi*.

Chileläinen oikeushistorioitsija Javier Barrientos Grandón on tarkastellut eurooppalaisen yhtenäisoikeuden vaikutusta amerikkalaiseen oikeuskäytäntöön. Uuden Granadan ja Chilen tuomioistuinasikirjat osoittavat Barrientos Grandónin mukaan selvästi, että amerikkalaiset juristit tukeutuivat tavan takaa roomalaiseen oikeuteen. Tämä tapahtui viittaamalla suoraan Digestaan, Codexiin tai Novellae-kokoelmaan tai siteeraamalla justiniaanista oikeutta *mos italicus* -tradition kommentaristien (esimerkiksi Bartoluksen ja Balduksen) ja jopa glosaattorien (Guillelmus Durandis, n. 1237 – n. 1297) välityksellä. Lakimiehet sovelsivat sellaisia eurooppalaisen *ius communen* tulkintasääntöjä kuin *ubi cessat statutum, habet locum ius commune* (missä kirjoitettu oikeus loppuu, sen sijaan astuu yhteinen oikeus) ja *odia restringi, favores convenit ampliari* (kirjoitetun oikeuden rajoittavia säännöksiä on sovellettava suppeasti, suotuisia laajentavasti). Myös oppineiden mielipiteeseen (*communis opinio doctorum*) viitattiin usein varhaisen uuden ajan amerikkalaisessa oikeudenkäytössä.⁴⁰ Yllättävää ei ole, että roomalaisen oikeuden vaikutus oli suurin siellä, missä oikeudenkäyttö oli oppineiden juristien varassa ja vähäisempi syrjäseuduilla.⁴¹

Rikos- ja prosessioikeus

Rikos- ja prosessioikeuden alueella Amerikan oikeuden kehitys on verrattavissa yksityisoikeuteen. Myös rikos- ja prosessioikeudessa hispaanisen Amerikan oikeuden yhteys eurooppalaiseen perinteeseen oli selvä. Näitäkään oikeudenaloja ei ole paljon tutkittu, joten tukeuden seuraavassa esimerkinomaisesti parhaiten tuntemaani todistus- ja menettelyllisen rikosoikeuden yhteys on kiinteä.

Varhaisen uuden ajan rikosoikeuden murros kytkeytyy läheisesti harkinnanvaraisen rangaistuksen (*poena extraordinaria*) käsitteeseen. Keskiaikaisessa doktriinissa harkinnanvarainen, lain määräämästä joko ankarampaan tai lievempään suuntaan poikkeava rangaistus sallittiin tilanteissa, joissa oli käsillä lieventäviä tai raskauttavia asianhaaroja. 1400-luvun lopulta lähtien harkinnanvaraisen rangaistuksen käyttöala laajeni niin, että sitä alettiin soveltaa myös tapauksiin, joissa näyttö ei ollut vallinneen legaalisen todistusteorian mukaan riittävä. Legaalinen todistusteoria edellytti pääsääntönsä mukaan langettavan tuomion perustaksi joko kahden esteettömän silminnäkijätodistajan lausuntoa tai syytetyn tunnustusta. Vielä keskiaikaisessa doktriinissa täyden näytön puute johti vapauttavaan päätökseen – tosin tunnustus voitiin vakavissa rikostapauksissa yrittää hankkia kiduttamalla. Uudelle ajalle tultaessa alkoi kuitenkin murtautua esiin ajatus, jonka mukaan puutteellisellakin näytöllä voitiin tuomita, tosin lain määräämää rangaistusta lievempään rangaistukseen. Esimerkiksi murhasta epäiltyä ei heikolla näytöllä voitu tuomita kuolemanrangaistukseen, mutta hänet saatettiin karkottaa tai määrätä kaleeriorjuuteen. Kehitys johti useissa osissa Eurooppaa 1500-luvun lopulta alkaen sekä kuolemanrangaistuksen että kidutuksen vähenemiseen.⁴²

Espanjalainen tietoisoppi ja oikeuskäytäntö seurasivat 1500-luvulta lähtien yleiseurooppalaisia linjoja. Tietoisopissa harkinnanvarainen rangaistus liitettiin ennen muuta tilanteisiin, joissa kidutus ei ollut tuottanut toivottua tulosta ja näyttö oli jäänyt vajaaksi.⁴³ Harkinnanvarainen rangaistus oli käytössä myös Amerikassa ainakin tilanteissa, joissa kidutus ei tuottanut tunnustusta. Eräiden lähteiden mukaan törkeistä rikoksista voitiin langettaa harkinnanvarainen rangaistus myös pelkkien painavien aiheutusteiden nojalla.⁴⁴

Käytettävissä oleva tutkimustieto tukee käsitystä siitä, ettei Amerikan oikeuskehitys edellä selostetussa olennaisessa suhteessa poikennut eurooppalaisesta. Tiukkojen todistussääntöjen väljentyminen ja vaihteellinen siirtymä kohti vapaata todistushar-

kintaa alkoi molemmilla puolilla Atlantia varhaisen uuden ajan alussa. Eurooppaa käsittelevä tutkimuskirjallisuus on liittänyt murroksen poliittisen keskusvallan voimistumiseen ja kontrollin tehostumiseen. Vajaalla näytöllä tuomitseminen edellytti tuomioistuimelta vakaata poliittista taustatukea.⁴⁵ Kontrolli toisaalta tehostui, kun voitiin tuomita vähemmällä näytöllä, vaikkakin lievempiin rangaistuksiin.⁴⁶ Amerikan hajanaisen alueen hallinnassa näin toimivasta rikosoikeudesta oli epäilemättä enemmän hyötyä kuin jäykästä keskiaikaisesta järjestelmästä.

Kohti länsimaista oikeushistoriaa?

Olen edellä pyrkinyt osoittamaan, että *de-recho indianon* ja eurooppalaisen varhaisen uuden ajan oikeuden yhteys oli kiinteä. Tämä pätee yhtä lailla julkisoikeuteen kuin yksityis-, rikos- ja prosessioikeuteen.

37. Ks. Javier Barrientos Grandón ”*Mos italicus y praxis judicial Indiana*”, 357–428, *Ius Fugit* 5–6 (1996). San Marcosin yliopisto perustettiin Limaan vuonna 1551.

38. Ks. Wolfgang Wiegand (1977) *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*.

39. Ks. Barrientos Grandón, 359–360.

40. Ks. säännöstä tarkemmin Bernardino Bravo Lira, ”*Odia restringi: Forma y destino de una regla del Derecho en Europa e Iberoamérica durante la Edad Moderna*”, *Ius Commune: Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* XIX (1992), 81–93.

41. Barrientos Grandón 357–428.

42. Ks. yleisesti Heikki Pihlajamäki, ”*La institución de la 'poena extraordinaria' y el derecho de la prueba en el Derecho común y el Derecho indiano*”, teoksessa *XI Congreso del Instituto Internacional* (1997), 349–360 ja sama, *Evidence, Crime, and the Legal Profession: The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure* (1997).

43. Francisco Tomás y Valiente (1973) *La tortura en España: Estudios históricos*, 136–137; Bernhard Schnapper, ”*Les peines arbitraires du XIIIe siècle (doctrines savantes et usages français)*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 41 (1973), 237–277 ja 81–112, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 42 (1974), 88–99.

44. Ks. José Gutiérrez (1832) *Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidencias*, 57; Abelardo Levaggi, ”*Aspectos del derecho penal indiano según José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de la Villota*”, teoksessa *Estudios en honor de Alamiro de Avila Martel, Anales de la Universidad de Chile* (1989), 297–333.

45. Ks. tästä John H. Langbein (1976) *Torture and the Law Proof: Europe and England in the Ancien Régime*.

46. Pihlajamäki (1997) 250–252.

Asiaan ei ole kiinnitetty aikaisemmin huomiota, koska vertaileva tutkimusperinne on ohut. Vertailun puutteesta johtuen oikeushistorian kehityslinjoja erehdytään usein pitämään paikallisina erikoispiirteinä. *Derecho indiano* ei ole ollut tapana rinnastaa saman aikakauden eurooppalaiseen oikeuskehitykseen, eikä myöskään toisiin siirtomaoikeusjärjestyksiin, esimerkiksi Hollannin oikeuteen Itä-Intiassa tai edes Portugalin oikeuteen Brasiliassa.

Vertailun puute ei ole pelkästään *derecho indianon* tutkijoille ominaista, vaan positiivismin ajan oikeushistorian tyyppiä kaikilla. Oikeushistorian avulla on 1800-luvulta lähtien rakennettu kansallista oikeudellista menneisyyttä. Toisen maailmansodan jälkeen eurooppalaisten oikeushistorioitsijoiden rakennuskohteeksi on tullut kansallisten oikeushistorioiden lisäksi myös ”yhteinen” eurooppalainen menneisyys.⁴⁷ Latinalaisessa Amerikassa ja Espanjassa kansallisen oikeushistorian rinnalle on vastaa-

vasti kasvanut kiinnostus hispaanisen Amerikan juridiseen historiaan. Olisiko jo pian aika siirtyä puhumaan, jos ei globaalista, niin ainakin läntisestä oikeushistoriasta, joka ottaisi eurooppalaisen oikeushistorian lisäksi huomioon myös eteläisen ja pohjoisen Amerikan oikeudellisen menneisyyden? ■

47. Modernin Eurooppaan suuntautuneen oikeushistoriankirjoituksen alkusysäyksenä voidaan pitää Paul Koschakerin jo klassista teosta *Europa und das römische Recht* (1947). Muista keskeisistä teoksista mainittakoon Franz Wieackerin *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967) ja Helmut Coingin *Europäisches Privatrecht I-II* (1985, 1989). Eurooppa-henkinen oikeushistoriankirjoituksen päämajana on viime vuosikymmeninä totuttu pitämään Frankfurtissa sijaitsevaa *Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte* -tutkimuslaitosta. Viime aikoina eräät tutkijat ovat kuitenkin voimakkaasti kritisoineet ajatusta eurooppalaisen oikeuden yhteisestä historiasta. Ks. esim. Douglas J. Osler, ”The Myth of European Legal History”, *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), 393–410; Tomasz Giaro, ”Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa”, *Ius Commune: Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* XXII (1995), 1–16.