

Õigussotsioloogia ja õigusloome

Henn Käärik (RiTo 1), Tartu Ülikool

Õiguse, õigusteaduse, õigussotsioloogia ja õigusloome vahekorrad kuuluvad paljuvaieldud ja paljuvaieldavate probleemide hulka. Eesti auditooriumi jaoks on need probleemid olulised, sõltumatult sellest, kas ja millal Eesti Vabariik liitub Euroopa Liiduga. Alljärgnevas kirjutises on püütud neid küsimusi lühidalt lahata, lähtudes juristi, sotsioloogi ja õigussotsioloogi Max Weberi seisukohtadest, liikudes tuntud saksa sotsiaalteadlaste Niklas Luhmanni ja Jürgen Habermasi kaudu konkreetsete õigusteadust, õigussotsioloogiat ja õigusloomet siduvate uurimusteni.

Õigussotsioloogia rajaja Max Weber on õigust määratlenud järgmiselt: mingit korda (*die Ordnung*) nimetatakse õiguseks,

- a) kui see kord on väliselt garanteeritud selleks spetsiaalselt määratud inimeste grupi poolt ja
- b) kui sellel grupil on võimalus kasutada füüsilist või psüühilist sundi ja
- c) kui see sund tagab korrast kinnipidamise või väljendub sellest üleastumise karistamises (Weber 1990, 17).

Weberi õiguse määratlusest ilmneb selgelt, et õigus garanteeritakse väliselt. Erinevalt eetilistest normidest, kus põhirõhk on seesmistel, vabatahtlikel etc. teguritel, on õigus tagatud spetsiaalse "õigusp personali" poolt, kellel on volitused vajadusel tarvitada jõudu või jõuähvardust õigusnormidest kinnipidamise tagamiseks.

Õiguse järkjärguline ratsionaliseerumine, vastastikus toimes oma sotsiaalse kontekstiga on Weberi õigussotsioloogia peateema. Peale selle on Weber õigussotsioloogia uurimisobjektina näinud ka indiviidide igapäevase sotsiaalse tegevuse uurimist õiguslikus kontekstis.

Õiguse erineva tähenduse kohta juriidilise ja sotsioloogilise käsitluse raames kirjutab Weber:

"Kui me räägime õigusest, õiguskorrast, õigusnormist tuleb rangelt eristada juriidilist ja sotsioloogilist käsitlusviisi. Esimest huvitab ideaalselt kehtiv õigus. Teisisõnu: millist tähendust, millist normatiivset mõtet peaks, loogiliselt korrektselt, omama mingi õigusnormina esinev keeleline väljend. Teine seevastu küsib, mis tegelikult juhtub mingis grupis, tulenevalt tõenäosusest (võimalusest), et sotsiaalsesse tegevusse haaratud individid – eriti need, kellel on sotsiaalselt olulised võimuresursid – peavad subjektiivselt teatud norme kehtivateks /.../" (Weber 1990, 181).

Õiguse ajaloolise ratsionaliseerumisprotsessi käsitlemisel kasutab Weber kaht analüüsitasandit: ratsionaalsuse–irratsionaalsuse (mitteratsionaalsuse) tasand ning formaalse–materiaalse tasand. Õigus võib olla:

1. irratsionaalne, st mitte juhinduda üldistest reeglitest või printsiipidest
 - a. formaalselt: juhindudes meetoditest, mis pole mõistuspärased (jumalakohus, oraaklid *etc.*);
 - b. materiaalselt: juhindudes üksikjuhtumi konkreetsest poliitilisest, eetilise, emotsionaalsest *etc.* hinnangust;
2. ratsionaalne, st juhinduda üldistest reeglitest
 - a. formaalselt:
 - väliselt: omistades teatud tähenduse meeltega tajutavatele faktidele (sümboolne käitumine *etc.*),
 - loogiliselt: väljendades oma reeglid üldistamise alusel saadud abstraktsete mõistete süsteemina;
 - b. materiaalselt: juhindudes ideoloogilise süsteemi mitteõiguslikest printsiipidest (eetika, religioon, võim, poliitika *etc.*).

Kui ratsionaalse–mitteratsionaalse vahekord on üldjoontes selge, siis formaalse–materiaalse vahekord vajab täpsustamist. Formaalne tähendab Weberil eeskätt protseduurilist, menetluslikku külge. Formaalne ratsionaliseerimine tähendab protsessi, mille käigus korrastatakse loogiliselt protseduurireegleid. Materiaalne ratsionaliseerimine tähendab olemasolevate protseduurireeglite allutamist kindlate eesmärkide saavutamisele. Esimesel juhul on tähtis, **kuidas** otsustatakse, teisel juhul on tähtis, **mida** otsustatakse.

Õiguse areng on tihedalt seotud poliitilise arenguga ja sellest tingitud. Rääkides õhtumaade õiguse evolutsiooni põhietappidest, märgib Weber, et “need kõik on väga olulisel määral konkreetset poliitiliselt põhjustatud protsessid” (Weber 1990, 505). Õiguse ajalooline areng on olulisel määral vastuseks konkreetsetele poliitilistele vajadustele ja tellimustele. Õiguse areng jõuab oma kõrgpunkti formaal–ratsionaalses õiguses, mis kujutab endast ühelt poolt tavalist, igapäevast ja pidevat ning teiselt poolt rangelt asjakohast ja loogilist (s.o mitte konkreetse isiku huvidele allutatud) õigussüsteemi.

Me võime niisiis öelda, et Weberi jaoks on õiguse arengu allikad eeskätt ühiskonnas ja mitte riigis. Weberi käsitlusele on iseloomulikud kaks järgmist momenti.

1. Weber rõhutab eriti õiguse formaalse kvaliteedi tähtsust. Õigus peab olema erapooletu, kindel, protseduuriliselt selge. Selline õigus suudab tagada individidele maksimaalse tegevusvabaduse. Õigusformalismist ohustavad mitmesugused materiaalsed (eetilised *etc.*) nõudmised, mida esitavad erinevad õigusest huvitatud jõud (*Rechtsinteressenten*). Weber toob siin näitena ühelt poolt tööliklassi, kes nõuab oma sotsiaalmajandusliku olukorra parandamise õiguslikku reguleerimist. Teiselt poolt viitab Weber nn õigusideoloogidele, kes nõuavad sotsiaalset õigust, mis rajaneks kõlbelistel postulaatidel (õiglus, inimväärikus *etc.*). Siinkohal on vajalik osutada asjaolule, et kõik sellised nõuded ei ole tingitud õiguse enda materiaalsest (eesmärgile suunatud) ratsionaalsusest, vaid on õiguse jaoks välise iseloomuga. Õigus saab olla ennekõike erinevate huvide lepitamise, reguleerimise tehniline vahend. Õiguse formaalne puhtus kannatab tõsiselt “kui sotsioloogilised ja majanduslikud või eetilised arutlused astuvad juriidiliste mõistete asemele” (Weber 1990, 512).¹ Weberi

jaoks ei ole vastuvõetav vabaõiguse koolkonna katse sotsioloogiliselt jurisprudenti põhjendada (Weber 1990, 508).

Anglosaksi jurisprudent ei ole Weberi arvates midagi muud kui empiiriline kunst, sest siin:

1) puudub üldiste abstraktsete normide süsteem ja toimib ainult pretsedent;
2) kohtupidamine on oluliselt mõjutatud kohtuniku isiklikust autoriteedist, mida omakorda mõjutab jõukate huvigruppide ja klientide surve.

2. Teine moment on esimesest tuletatav. Weberi järgi saavad ratsionaalselt õigust mõista, luua ja sihipäraselt muuta ainult akadeemilise hariduse saanud professionaalsed juristid, seda ei saa teha mittespetsialistid (*Laienrichtertum*) (Weber 1990, 513).

Niisiis, õiguse arengu allikas peitub küll ühiskondlikus arengus, ent mitte igasugused ühiskonna poolt tulevad mõjud ei saa õigust muuta. Võib arvata, et Weberi jaoks on õigussüsteemis olemas teatud filter, mis selekteerib väljastpoolt tulevaid mõjusid ja mis võimaldab õigusel ühelt poolt reageerida ühiskondlikele vajadustele ning teiselt poolt säilitada võimaluste piires oma formaalne iseloom.

Võib väita, et Weber, baashariduselt jurist, sotsioloogia suurimaid klassikuid ühtaegu, tehes väga palju kahe teaduse sünteesimisel, säilitas seejuures ometi nende vahel selgepiirilise distantssi. Weberi seisukohad on suurel määral mõjutanud õigussotsioloogilise mõtte arengut ning Weberil on aegade jooksul olnud väga palju toetajaid, nagu õigesti märgib Cotterrell (Cotterrell 1992, 155). Weberi poolt rõhutatud vastuolu formaalselt ratsionaalse õiguse (õigus kui puhtalt tehniline vahend konfliktide lahendamiseks) ning õiguseväliste materiaalsete nõudluste vahel on fundamentaalse tähtsusega kogu Weberi-järgse õigussotsioloogia jaoks. Sellest, millise seisukoha võtab üks või teine autor antud küsimuses, sõltub ühemõtteliselt ka tema hinnang sotsiaalse informatsiooni kasutamise võimalustele õigusloomes.

Sajandi teise poole suurimad saksa sotsioloogid Niklas Luhmann ja Jürgen Habermas on Weberi tõstatatud küsimustele vastates jõudnud diametraalselt vastandlike tulemusteni.

Luhmann, Parsonsi järel, rõhutab, et indiviidi võime sõltuda teise käitumisest, võime säilitada kindlaid ootusi teise indiviidi suhtes, sisaldab ühtaegu käitumismustri esitamist sellele teisele indiviidile, mis annab viimasele samasuguse ootuskindluse. Ootuste ootus on inimtegevuse stabiilsete süsteemide põhjanev iseärasus, mis taandab muidu korrastamatute alternatiivsete strateegiate hulga millekski prognoositavaks, ettearvatavaks. Ühiskonnas levinud käitumisootused ise vajavad koordineerimist ja see on see funktsioon, milles Luhmann näeb õiguse olemust. Õigus annab (loob) seega eeldused tegevuseks, kindluse, ilma milleta järjekindel tegevus poleks võimalik.

Kaasaegses ühiskonnas ei vaja indiviidid mitte "tõelist" õigust, vaid õigust, mis võimaldab orienteeruda sotsiaalses keskkonnas (Luhmann 1969, 24). Õiguse kui institutsiooni genees on Luhmanni arvates lühidalt järgmine. Lähtesituatsioonis on ainult kaks kategooriat indiviide: need, kel on teatud ootused, ja need, kes tegutsevad. Järgmisel astmel tuleb sisse

kolmas kategooria: need, kellel on teatud ootused, ent kes konkreetses situatsioonis vahetult ei osale. Luhmann nimetab neid potentsiaalseteks (ettekujutatavateks) kolmandateks. Suure hulga anonüümsete kolmandate baasil toimub aja jooksul erilise ja suhteliselt väikesearvulise, kindlate volitustega kolmandate grupi eristumine, tekib õigus kui institutsioon. Institutsioonid üldiselt aga ei püsi mitte arvamuste faktilisel konsensusel, vaid selle tagajärjekal ülehindamisel (*erfolgreiche Überschätzung*).

“Institutsioonide püsimine on tagatud niikaua, kui peaaegu kõik kujutavad ette, et peaaegu kõik on sellega nõus; ja võimalik, et isegi siis, kui peaaegu kõik kujutavad ette, et peaaegu kõik kujutavad ette, et peaaegu kõik on sellega nõus” (Luhmann 1980, 71).

Käsitledes legitiimsuse küsimust, väidab Luhmann, et 20. sajandil on pidevalt tugevnenud arusaam, mille järgi legitiimsus saab tuleneda (kodanike) faktilisest veendumusest õiguse kehtivuses või nende printsiipide ja väärtuste kehtivuses, millel tuginevad siduvad otsused (Luhmann 1980, 259). Luhmann lisab, et tema institutsionaliseerimisprotsessi analüüs on näidanud, et taoline veendumus ei saa nimetamisväärselt levida. Seepärast pakub Luhmann välja uue ja väidetavalt adekvaatsema legitiimsuse lähenemisviisi. Legitiimsus on Luhmanni arvates kõige paremini määratletav kognitiivsete ja normatiivsete ootuste kategooriates.

“Legitiimsed on need otsused, milliste puhul võib eeldada, et suvalised kolmandad (osapooled) ootavad normatiivselt, et asjassepuutuvad isikud orienteerivad end kognitiivselt sellele, mida otsustajad edastavad kui normatiivseid ootusi” (Luhmann 1980, 261).

Niisiis, kolmanda osapoole eeldatavad ootused meie käitumise osas määravad tegelikult otsuste, seaduste jms legitiimsuse. Siin on vähemalt kaks aspekti, mida tuleb silmas pidada. Esiteks, suvalise kolmanda mõiste sissetoomine välistab mingi ajas ja ruumis piiratud kokkuleppe, tegemist saab olla mingi poliitilise süsteemi kui tervikuga. Teiseks, tegemist on küll kolmanda poole normatiivsete ootustega, ent ei ole selge, mis seisab nende ootuste taga. Siin võib olla tegemist lihtsa huvidel baseeruva ootusega, ent välistatud pole ka usk otsuse õigsusse, s.o mingi otsuse, seaduse *etc.*väärtusratsionaalne jaatus. Teiste sõnadega, tegemist on käsitlusega, mis ei erine oluliselt Weberi omast. Nagu Luhmann, nii pidas ka Weber tõenäoliseks, et väärtusratsionaalset legitiimsus-usku omav kodanikkonna osa kaasaegses ühiskonnas on suhteliselt väike. Kaasaegsete poliitiliste korralduste legitiimsus püsib eeskätt pragmaatilistel huviseisunditel, st on A-legitiimne.²

Need Luhmanni seisukohad kuuluvad tema õigussotsioloogilise tegevuse esimesse perioodi (80–ndate algus). Juba sel ajal käsitleb Luhmann õigust suurelt jaolt õiguspositivismi seisukohalt ning seisab üsna lähedal Weberile, ilma seda ise tunnistamata. Alates 1980–ndate esimesest poolest hakkab Luhmann arendama õiguse autopoieetilist³ teooriat, mille olemuse võib kokku võtta järgmiselt.

Õigussüsteemi autopoiesis on normatiivselt suletud selles mõttes, et ainult õigussüsteem võib anda õiguslikult normatiivse kvaliteedi oma elementidele ja seega luua neid kui elemente ... Mitte mingi õiguslikult relevantne sündmus ei saa tuletada oma normatiivsust väljastpoolt õigussüsteemi ...

Samal ajal on ... õigussüsteem kognitiivselt avatud süsteem, st sõltub õigussüsteemi ümbritseva keskkonna faktidest Iga õiguslik operatsioon, iga õiguslik infotöötlus kasutab seega üheaegselt normatiivset ja kognitiivset orientatsiooni ... (Luhmann 1988b, 20; vrd Teubner 1988a, Teubner 1988b).

Autopoieetiline süsteem on suuteline filtreerima endasse keskkonnast suvalist informatsiooni, ent selle kasutamise viis sõltub ainult tema sisemistest normatiivsetest struktuuridest. Kuigi vormiliselt Luhmann möönab, et õigussüsteem on suuteline õppima keskkonnas toimuvatest muutustest, ei ole ta seda kuskil suutnud lähemalt põhjendada, õigussüsteemi avatus jääb deklaratiivseks.

Habermas, 20. sajandi II poole originaalsemaid ja põhjapanevamaid sotsiaalteadlasi, jõuab Max Weberi sotsioloogia, hermeneutilise filosoofia ja Wittgensteini keeleanalüütiliste tööde kaudu arusaamiseni, et inimsubjektid on *ab initio* üksteisega ühendatud keelelise mõistmise vahenditega. Inimindiviidide eluvorm eristab end teistest eluvormidest intersubjektiivsuse kaudu, mille alused on keele struktuuris. Keeleline mõistmine on sotsiaalse elu taastootmise fundamentaalseks eelduseks. Keele sügavaim tähendus seisneb inimeste jaoks paratamatus püüdluses kommunikatiivselt ratsionaalsete diskussioonide vahendusel üksteist vastastikku mõista. Kommunikatsiooni käigus esitavad inimesed teatud nõudmisi: et nende esitatud informatsiooni usutaks, st tunnistataks kehtivaks. Teisisõnu, inimesed esitavad kommunikatsiooniprotsessis teatud kehtivusnõudeid (*Geltungsansprüche; validity claims*).

Kehtivusnõuete kaudu jõuab Habermas meie jaoks olulise diskursuse kategooriani.

Diskursuse mõiste all olen ma sisse toonud argumentatsioonil rajaneva kommunikatsioonivormi, mille teemaks on problemaatiliseks muutunud kehtivusnõuded ja mille raames püütakse leida viimastele põhjendust (Habermas 1984, 130).

Õigusloome on Habermasi jaoks demokraatlik diskursiivne protsess, mitte aga juristide privileeg (Habermas 1992). Õigus on täielikult avatud süsteem, õigus peab olema materiaalselt ratsionaalne, kasutades Weberi terminoloogiat.

Kolmnurgas õigus – poliitiline võim – diskursus seisavad kaks esimest elementi komplementaarses vahekorras. Õigus annab seadusliku aluse võimu realiseerimiseks. Riiklik võim aga teeb sanktsiooniähvarduste kaudu õiguse sotsiaalselt efektiivseks. Teiselt poolt, ja see on äärmiselt oluline, õigus oma eri tasanditel peab olema legitimeeritud kodanike ja nende esindajate laiema diskursuse kaudu (Rehg 1996). Teisisõnu, kõik olulised seadused saavad olla ainult diskursiivselt legitiimsed. Diskursiivne legitiimsus on oma olemuselt B-legitiimsus.

D: Kehtivad (=legitiimsed) on ainult need käitumisnormid, millega nõustuksid kõik asjassepuutuvad indiviidid kui ratsionaalsete diskursuste osalised (Habermas 1992, 138).

Seadusloome sidumine diskursusega Habermasi versioonis on ühelt poolt maksimaalselt demokraatlik, ent teiselt poolt äärmiselt raskesti realiseeritav. Antud teema aspektist on tähtis see, et õigusloome diskursiivne legitiimatsioon ja sotsiaalse ning sotsioloogilise

informatsiooni kasutamine õigusloomes on samasuunalised protseduurid. Sotsiaalse informatsiooni kogumine ja kasutamine uute seaduste väljatöötamisel on vaadeldav kommunikatiivse protseduurina, mille raames õigusloome väljub juriidiliselt suletud ruumist ja kohandab ennast sotsiaalse kontekstiga. Ehk: õigusloome väljub õiguspositivistliku paradigma raamest, ja kasutades Weberi terminoloogiat, materialiseerub (*Materialisierung des Rechts*).

Ainult kõikide diskursiivselt või läbirääkimiste kaudu kujundatud programmide kokkusobivus moraalselt põhjendatuga garanteerib diskursiivse printsiibi igakülgse elluviimise. Poliitiline tahtekujundamine lõpeb otsustega poliitika(te) ja seaduste kohta, mis tuleb formuleerida juriidilises keeles. See teeb lõpuks nõutavaks normide kontrolli (*Normenkontrolle; judicial review*), mille käigus selgitatakse, kas uued programmid sobivad olemasolevasse õigussüsteemi. Poliitiline seadusandja saab kasutada oma õigusloomejõudu ainult selliste seadusprogrammide esitamiseks, mis on ühendatavad kehtivate seaduste korpusega – seda juhul, kui uued programmid vahetult ei interpreteeri ega viimistle vanu seadusi.

Käsitledes õigusloome probleeme, jõudsid Luhmann ja Habermas niisiis erinevate tulemusteni. Luhmann, seistes märgatavalt lähemal Weberile, rõhutab õigussüsteemi suletust ja autonoomsust, Habermas aga vajadust muuta õigussüsteem ja õigusloome diskursiivse printsiibi kaudu maksimaalselt avatuks.

Õigusloome ja õigusloome legitiimsuse probleemid on õigussotsioloogia jaoks ühed kesksamad. Samas on nii seadusandlussotsioloogia teoreetilise kui rakendusliku külje problemaatikale pühendatud uurimuste hulk silmatorkavalt väike. Üks vähestest autoritest, kes seda teemat on käsitlenud, on prantsuse sotsioloog Jean Carbonnier. Carbonnier teeb vahet õigusloomesisesel sotsioloogial ja õigusloomevälisel sotsioloogial. Õigusloomeväline sotsioloogia tegeleb põhiliselt õigusloome protsessi mehhanismi kui sellise uurimisega, pööramata tähelepanu selle protsessi sisule. Õigusloomesisene sotsioloogia aga tegeleb kõige sellega, mida saab mõista seadusandluse abiteadusena, mõistes uuringute objektina seaduste sisu ennast. Õigusloomesisene sotsioloogia ongi õigusloomesotsioloogia ranges tähenduses. Õigusloomeväline sotsioloogia jaguneb prelegislatiivseks ja postlegislatiivseks sotsioloogiaks.

Prelegislatiivse sotsioloogia ülesandeks on mingi planeeritava seaduse “psühholoogiline ettevalmistamine” auditooriumi jaoks. Postlegislatiivse sotsioloogia põhifunktsiooniks on vastuvõetud seaduste seletamine. Seadusloome on tinglikult käsitatav kui tootmise eriliik. Seadusandja on sunnitud, *ergo*, hoolitsema oma avalike suhete (*public relations*) ja seaduste tarbimise organisatsiooni eest.

Oskus veenda seadusandja *ratio's* enne seadusprojekti hääletusettepanekut mitte ainult parlamendiliikmeid vaid ka auditooriumi kuulub õigupoolest õiguse psühhosotsioloogia valdkonda. Siinkohal saab eristada kaht võimalikku lähenemisviisi:

1. Ameerika variant, mis tugineb veenmisele: arvamusküsitlus peab selgitama põhilised planeeritavale reformile vastuseisu motiivid ning seejärel püüdma neid kõrvaldada või neutraliseerida veenva ja usaldusväärse informatsiooni abil.

2. Sündinud fakti variant. Kõigepealt tuleb välja anda seadus, mille järel seadus ise, *eo ipso*, veenab auditooriumi oma headuses.

Carbonnier väidab, tuginedes ajaloolisele kogemusele, et viimase variandi korral on seadused sageli jäänud ebaefektiivseks. Samas ei tee ka eelnev selgitustöö seadusi tingimata tegusaks (*sic!*). Carbonnier oletab, et ühe või teise seaduse mõju sõltub ennekõike spontaansest ootusest, millega teda ühiskondlik arvamus vastu võtab. Näha ja mõista seda ootust – see on seadusloome kunsti olemus (Carbonnier 1978, 319–320). On siiski kaheldav, kas massiauditooriumi muutuvate ootuste tajumises peab seisnema õigusloome peaesmärk või koguni olemus. Ajalooline kogemus, kasutades autori argumenti, ei kinnita eriti sageli seda seisukohta. Massiauditooriumi ootused on reeglina manipuleeritavad. Küsimus on siin pigem, viidates Habermasile, vajaduses luua institutsionaalsed eeldused põhjalikuks protseduuriliseks diskursuseks.

Kaks momenti Carbonnier käsitluses vajaksid siinses seoses veel mainimist. Esiteks, sotsioloogilised uuringud on näidanud, et õigusnormi ja selle rakendamise vahel peab seisma vahendav inimtüli, kes konverteeriks (tõlgiks) tavakodanikule uute seaduste tähenduse. Teiseks, uute seaduste vastuvõtmise järel tuleks läbi viia seeria küsitlusi, mis võimaldaksid välja selgitada nende võimaliku ebaefektiivsuse määra ja põhjused. Vastavalt olukorrale peaks valitsus kasutama kas ametlikke selgitusi, taotlema prokuratuuri sekkumist või – eriti komplitseeritud juhtudel – pöörduma uuesti seadusandja poole. Lahtiseks jääb küsimus, kas prelegislatiivne propaganda peaks lähtuma postulaadist, mille järgi massidele on iseloomulik soov muutuste järele, või peaks ta orienteerima ennast masside loomupärasele konservatiivsusele.

Seadusloome ehk seadusandliku sotsioloogia põhiprobleem on selle normatiivsus.

Carbonnier, paljud teised õigussotsioloogid ja valdav enamus juriste leiavad, et seadusloomesisene sotsioloogia ei saa olla seadusloome jaoks normatiivse iseloomuga:

1. Fakti ja õiguse vahekord = oleva (*Sein*) ja olema pidava (*Sollen*) vahekord.
2. Sotsioloogia näitab seda, mis on, õigus räägib sellest, mis peab olema.
3. Võib koguda suvalise hulga konkreetseid andmeid, kuid nendest ei saa tuletada kohustuslikku, imperatiivset. Normi ei saa tuletada faktidest, sest ta sisaldab väärtushinnangut nende faktide kohta.
4. Seadusandluses eksisteerib kindel võimude lahusus: sotsioloogiline ja seadusandlik.
5. Oleva ja olema pidava vahel eksisteerib ületamatu lõhe; antud teesi on kõige järjekindlamalt kaitsnud Kelsen, kes on avaldanud märkimisväärset mõju juristidele.

Sotsioloogilised uuringud varustavad seadusandjat andmetega, ent ei saa viimasele dikteerida seadusi. "Seadusandja nimelt võib, aga ei pea kasutama neid andmeid" (Carbonnier 1978, 333). Küsitluste tulemused ei ole seadusandjale mingil määral kohustuslikud (Carbonnier 1978, 337). Meenutame: 1969. a kaotas Inglise seadusandlus

surmanuhtluse, kuigi 85% küsitatud inglased oli selle vastu. Selles kontekstis tekitab teatud skepsist Carbonnier' väide, mille järgi ühiskondlikule arvamusele vastaval-tugineval seadusel on kõige suuremad võimalused osutada efektiivseks. Esiteks, see on teatud vastuolus autori juba mainitud seisukohtadega. Teiseks, nagu väitsime eespool, avalik arvamus ei pea tingimata peegeldama stabiilseid väärtusorientatsioone.

Fakti ja normi vastuolu on püütud palju kordi teoreetiliselt ületada. Kõige tuntumad on järgmised neli argumenti.

1. Ontoloogiline argument. Olemine sisaldab iseenda mõistliku põhjenduse = väärtuse. Teisisõnu, ideaal sisaldub juba looduse enda loomuses.
2. Tüpoloogiline argument. Normatiivset võib tuletada, tõlgendades ja seletades kirjalikes allikates sisalduvaid fakte (Piibel *etc.*).
3. Loogiline argument. Normid on deontilises juriidilises loogikas seotud ligikaudu samal viisil kui klassikalises loogikas väited faktide kohta. Kaht paralleeli ühendavaks mehhanismiks võiks kujuneda mingi elementaarse deontilise termini lisamine igale faktiväitele, näiteks: "sanktsiooni kasutamine". Siit järgmine võimalik väiteahel: kui inimene tapab omataolise, kasutatakse sanktsiooni = inimese kohuseks on mitte tappa. Viimane väide kujutab endast aga juba normi.
4. Filoloogiline argument. Rajaneb eeskätt ameeriklastele omasel pragmaatilisel hoiakul mitte eristada fakte ja väärtusi. Siit võimalik lingvistiline protseduur: kõneakt, väljaöeldud sõnad võivad tekitada kohustuse ("ma kohustun tegema...").

Toodud neljast argumendist on kaalukamad ainult kaks viimast. Loogilise argumendi kahjuks räägib asjaolu, et normide puhul ei kasutata mitte alati sanktsioone. Filoloogilise argumendi puhul võib öelda, et keelefakt võib kohustada ainult juhul, kui eelnevalt eksisteerib juba mingi õigusnorm, mis annab suulistele või kirjalikele faktidele kohustusliku jõu.

Seega ka puhtteoreetiliselt ei ole fakti ja normi vastuolu ületamine sugugi lihtne. Sotsioloogia jääb õigusloome jaoks ikkagi eeskätt soovitava ja abistava iseloomuga teaduseks (vrd Carbonnier 1978, 324–326; vrd Mäkelä 1985).

Lisaks fakti ja normi vastuolule kui asjaolule, mis raskendab sotsiaalse informatsiooni kasutamist õigusloomes, on eri autorite poolt välja toodud veel kaks vastuargumenti. Mõlemad on seotud sotsiaalteaduste iseloomuga. Esimesel puhul rõhutatakse sotsiaalteaduste tõenäosuslikku iseloomu (millele muide juhtis korduvalt tähelepanu juba Weber). Teisisõnu, sotsiaalteaduste esitatud väited ei saa kunagi olla absoluutselt tõesed või absoluutselt valed. Tõenäosusliku informatsiooni aluseks võtmine või lihtsalt kasutamine on aga eriti kohtupraktikas (s.o eeskätt siis anglosaksi õigussüsteemis) leidnud tugevat vastuseisu (Monahan & Walker 1985).

Sotsiaalteadused mängivad paljudel aladel tähtsat rolli, kaasa arvatud õiguses, kuid teised teadusevälised väärtused, huvid ja uskumused on nendest üle (Monahan & Walker 1985, 99).

Teine vastuargument rõhutab teaduste, sh sotsiaalteaduste antirealistlikku põhjuslikku paradigmat. Selle seisukoha järgi kehastavad õigusnormid realistlikku põhjuslikku paradigmat, st õigusteades lähtutakse sellest, et on olemas teatud eelnevad põhjused kusagil väljaspool (*out there*). Sotsiaalteadused (*resp.* teadused üldse) eeldavad, et põhjused ei ole mitte niivõrd reaalsed ja väljaspoold, kuivõrd sotsiaalselt konstrueeritud pragmaatilised fiktsioonid, pelgalt kalkuleerimismehhanismid, materjali esitamise mugavad meetodid jms, mis on kasulikud ainult vaatluste organiseerimiseks (Kester 1995, 531).

See on sotsiaalteadlaste hulgas laialt levinud fantaasia, nagu teeksid Kongress ja Ülemkohus suuremaid muudatusi oma tegevuses, usaldades ühemõtteliselt nende uurimistulemusi. Seda ei juhtu muidugi peaaegu mitte kunagi ja sotsiaalteadlaste hulgas on levinud tendents alahinnata sotsiaalteaduslike andmete kasutamist, sest nad määratlevad kasutamist kui "tuginemist suuremate otsuste tegemisel eranditult ainult sotsiaalteaduslikele andmetele". Samamoodi lihtsustatult kaldub osa sotsiaalteadlasi, innustatuna vastassüsteemi tundmatust atmosfäärist, võrdsustama kasutamist "võiduga" (Lipson, Wheeler 1984, 605).

Nii kirjutavad õigusteadlased Ellsworth ja Getman Stanfordin ja Yale'i ülikoolidest. Seisukoht, mida nad esindavad, ei ole sugugi erandlik. Vastupidi, tegemist on üsna levinud ja mõjuka mõtlemisviisiga. Kaks momenti vajaksid siin väljatoomist. Esiteks, sotsiaalteadlased ülehindavad tugevalt oma mõju tippotsustele ja seetõttu, sama tendentsi kaasnähtena, kalduvad alahindama (mitte nägema) sotsiaalteadusliku andmestiku kasutamist otsuste tegemisel õigussüsteemi madalamatel tasanditel. Teiseks, mõneti ootamatu, ent nähtavasti asjade seisu üsna adekvaatselt peegeldav on termini "vastassüsteem" kasutamine. Vastasseis õigusteadlaste ja sotsiaalteadlaste vahel, kohati kunstlikult võimendatud, on vaieldamatu tõsiasi. Tõsiasi, mis tuleneb kahe vaieldamatult erineva mõtteviisi olemasolust (vrd Black 1988). Samas on just tippasemel tehtavate otsuste jaoks sotsiaalse informatsiooni kasutamine **formaalselt** lihtsam. Seadusandlikes organites, kõrgemates apellatsioonikohtutes *etc.* on eesmärgiks üldiste reeglite ja printsiipide kehtestamine. Seetõttu kaob suurel määral ära see kindlusetus ja ebamäärasus, mis on seotud üldistatud (agregeeritud) andmete kohandamise ja kasutamisega üksikjuhtumite lahendamisel. "Siin lõpuks tegutsevad otsusetegijad ja andmete kogujad ühel ja samal abstraktsiooniastmel: otsusetegijad tahavad kehtestada õigusemõistmise üldisi seadusi ja printsiipe, mis pole kohandatavad mitte üksiksituatsioonile, vaid määratletud situatsioonide universumile. Sotsiaalteadlased aga võivad pakkuda käitumise üldisi printsiipe ja andmeid, mis baseeruvad paljude indiviidide või gruppide käitumisel. Otsusetegijad võivad muidugi leida, et andmed ei ole asjakohased või usaldusväärsed... Ent seoses indiviidi kadumisega ei ole andmete konkreetne kasutatavus ja erapooletus probleemiks" (Lipson, Wheeler 1984, 605). Jättes tähele panemata opositsiooni otsusetegijad – andmete kogujad (*alias*sotsiaalteadlased) võimalikud teadusevälised implikatsioonid, võib arutluskäiku küllaltki korrektseks pidada.

Kui mitmed õigussotsioloogid ja enamik tavajuriste näevad õigussotsioloogiat võimalikuna ainult teatud kitsastes raamides, siis täiesti mittelegitiimne on õigussotsioloogia nn dogmaatilise jurisprudentsi esindajate ja õigusfilosoofide jaoks. Mittelegitiimseks on arvatud seega teadus, mis ühena esimestest tõstatas küsimuse õigusloome legitiimsusest, veel täpsemalt: õigusloome legitiimsuse alustest.

Seadusloomele, nagu nähtub ülaltoodust, peab eelnema laiaulatuslik eeltöö, mis tuleneb ühiskonna tüübi, sotsiaalse tellimuse tüübi ja reguleeritava valdkonna piiridest. W. Evan on välja pakkunud efektiivse seadusandluse seitse hädavajalikku eeltingumust. Cotterrell on iseloomustanud neid seitset tingimust kui juriidilisest kogemusest ja empiirilistest uuringutest tuletatud praktilisi juhtnööre seadusandjale (Cotterrell 1992, 63).

1. Uus seadus peab pärinema autoriteetselt seadusandjalt. Lääne demokraatiate jaoks võimalik seadusandjate pingerida: seadusandlik võim, täidesaatev võim, administratiiv-võim, kohtuvõim.
2. Loodav ratsionaalne seadus peab järgima antud riigis kehtivaid kultuurilisi ja õiguslikke põhimõtteid. Õigust on võimatu luua tühjale kohale, arvestamata ühiskonnas kehtivaid väärtusarusaamu.
3. Uus õigus peab põhinema pragmaatilistel kaalutlustel. Peab olema võimalik määrata seaduste poolt nõutavate uute käitumismustrite olemust ja tähtsust, viidates neile gruppidele, kus nõutavad käitumismustrid juba eksisteerivad. On olemas tendents avaldada vastuseisu täielikult läbi proovimata ideedele.
4. Ajafaktorit tuleb teadlikult kasutada. Üleminekuperioodi lühidusest sõltub sihtgrupi võime viia oma käitumine vastavusse seaduses nõutavaga. Mida lühem on aeg, seda reaalsem on õnnestumine.
5. Riiklikud õiguskaitse- ja administratiivorganid peavad olema uuele seadusele lojaalsed, sõltumata nende nõustumisest ja seaduses väljendatud väärtustest või käitumuslikest tavadest. Igasugune tõend korruptsiooni või protestimeelsuse kohta vastavates organites vähendab seaduse usaldusväarsust.
6. Tähtis roll on sanktsioonidel. Need peavad olema nii positiivse kui negatiivse iseloomuga. Kui negatiivse iseloomuga sanktsioonid on tavalised õigusrikkumiste karistamise korral, siis positiivseid sanktsioone tuleb kasutada uute seaduste tutvustamise faasis, suurendamaks seadusest tuleneva sotsiaalse muutuse edu tõenäosust.
7. Uus seadus peab pakkuma efektiivset kaitset nendele, kes selle seaduse rikkumise tõttu kõige tõenäolisemalt kannatajaks jäävad. Neile tuleb garanteerida kohtulik kaitse (Evan 1980).

W. Evan arutleb oma 1990. aastal ilmunud teoses eduka, ühiskonda muutva seadusandluse teemal. Rõhutades seadusandluse teaduslikku iseloomu, kirjutab autor: "Seaduse jõustumine, sõltumata seaduse loojast, võib olla mõjutatud teaduslikest teadmistest" (Evan 1990, 232). "Üksikud erandid välja arvatud, ei mõista seadusandjad, kohtunikud ja administratiivorganid reeglina, et nende poolt loodavad seadused vajavad süstemaatilist empiirilist hindamist" (Evan 1990, 234). Evani arvates on üliharvad need juhud, kus enne seaduse loomist uuritakse ühiskonda, ja samuti seaduse jõustumise järgselt kontrollitakse empiiriliste meetoditega, kas seadus on täitnud oma oodatud funktsiooni ühiskonnas.

Põhjused, et loodaval õigusel ei õnnestu täita temale pandud ühiskondlikke funktsioone, võivad leiduda nii õiguskaitseüsteemi sees kui ka ühiskonnas tervikuna. Kõige tavalisema näitena võib tuua õigussüsteemi mahajäämuse sotsiaalse süsteemi muutustest, mille tulemusena õigussüsteemis vastuvõetavaid otsuseid ei kogeta ühiskonnas õiguspärastena.

Selle tulemusena võivad ühiskondlikud grupid hakata vältima õigust, kasutades alternatiivseid konfliktide lahendamise mehhanisme, samuti kasutada vägivalda nii üksteise kui ka õigussüsteemi suhtes. Evan jätkab: õigust tuleb mõista sotsiaalset muutust esile kutsuda võiva strateegilise instrumendina ja sellest lähtuvalt on kogu õigusloome eksperimentaalse iseloomuga, kasutades ühiskonda testimise laboratooriumina.

Evan lõpetab, kirjutades, et õigussüsteemile on eluliselt vajalik õppida nii oma õnnestumistest kui ka ebaõnnestumistest. Õigussüsteemi kirjeldades peaksid kõik asjasse puutuvad isikud (juristid, sotsioloogid, seadusloomega tegelejad) arendama välja eksperimentaalse suhtumise õigusesse, mitte aga suhtuma sellesse kui kivisse raiutud käsuraamatusse. Kuigi autor näib arvavat, et antud käsitlus on tänapäeval suhteliselt tunnustatud, ei ole see päris nii, nagu eespool nägime. Küsimärgi alla tuleb seada ka ühiskonnaga eksperimenteerimise probleemistik. Nagu Evan ise märkis, võib vea hind olla mingis olukorras liiga kõrge.

Seadusloome kõõgipoolega tuttava isikuna pakub Antti Kivivuori (Kivivuori 1989) välja kolmeastmelise teooria seaduste loomise rakendusliku külje selgitamiseks. Seadusloome kolme põhilise komponendina mainib autor teadmisi, diskussiooni ja tahte formeerimist.

Teadmised saadakse autori arvates ühiskonna empiiriliste ja ajalooliste uuringute kaudu. Probleemina näeb autor, et teadmiste saamine ühiskonnast jääb ajaliselt maha reaalsusest. Sellest asjaolust sõltumata on olukord seadusloomes märkimisväärselt paranenud. Kui 1969. aastal Soome justiitsminister teatas, et "pole teada ühtegi juhust, kus sotsiaalteenuslike uuringuid oleks kasutatud" (Kivivuori 1989, 36), siis tänapäeval on Soomes olukord kardinaalselt erinev. Viimase väite põhjendusena toob autor hulgaliselt fakte Soome (1989. aasta) seadusloomest. Nende hulgast tasub ära mainida seda, et ühel neljandikul seadusloomega tegelejatest on õiguslikust erinev haridus, pooltel on ülikooli lõpetamise järgne kraad, kasutatakse ja kogutakse ajaloolist ja ühiskonnaalast informatsiooni ja toimub jooksev seadusloomealane täienduskoolitus.

Seadusloome teise kriitilise staadiumina märgib autor diskussiooni ühiskonnas. Seaduse jõustumisele eelnev diskussioon ühiskonnas aitab kaasa uue seaduse realiseerumisele. Diskussioon ei tohi aga olla anarhiline, st ta peab olema juhitud. Selle all peab autor silmas diskussiooni osapoolte ja sisu valikut. Diskussioon peab olema kriitilise iseloomuga, tuues välja põhilised riskifaktorid, mis kaasnevad ühiskonna planeeritava muutusega. Autori arvates on tavaline, et oma seisukohti kaitsevad osapooled võimendavad üle oma seisukoha positiivseid elemente ja halvustavad vastaspoolt. See ei ole probleem, kuni osapoolteks pole mitte seaduse looja, st riigiametnik. Riik peaks olema huvitatud loodava seaduse varjukülgede väljatoomisest ja kriitilisest lähenemisest loodavale seadusele. Tähtsaks elemendiks on osapoolte valik.

Seadusloome viimaseks staadiumiks on tahte formeerimine. Selle all mõistab autor põhiseaduslikult reguleeritud seaduse vastuvõtmise protseduuri ja sellele eelnevaid läbirääkimisi parlamendis või vastavas riiklikus institutsioonis. Viimasega kaasneb samuti hulk riskifaktoreid, mis pole aga käesoleva teema juures relevantseteks. Antti Kivivuori seisukohti üldistades tuleb öelda, et riigi huvides on korrektne, sotsiaalselt adekvaatne

seadusloome. Seadust luues tuleb lähtuda teaduslikkuse seisukohast, mitte lihtsalt seadust tõlkida.

Seadusloome ei lõpe teksti valmimisega. Selle järel peaksid vastavad riiklikud institutsioonid algatama piiratud ja kontrollitud arutelu soovitatavate muutuste sisu üle ja loodud seaduse võime üle talle esitatud sotsiaalseid ülesandeid täita. Peale seaduse lõpliku teksti valmimist tuleb see seadus vastu võtta, arvestades osapoolte huve ja mitte liialdades kompromissidega parlamendis. Samuti tuleks teavitada rahvast uue seaduse sisust ja selle vastuvõtmisega kaasnevatest muutustest ühiskonnas enne seaduse jõustumist, kujundades ühiskondlikku seadust soosivat arvamust, eeldusel et seadus on läbinud kõik eelnevad astmed ja on tunnistanud nii spetsialistide, asjasse puutuvate osapoolte kui ka täidesaatva võimu poolt sobivaks täitma temale pandud sotsiaalset rolli.

Nagu juba märgitud, on sotsiaalse informatsiooni kasutamist õigusloomes käsitavaid uurimusi erakordselt kasinalt. Seetõttu on Riigikogu kantselei tellimusel läbi viidud paralleeluuringutel sotsiaal-majandusliku informatsiooni kasutamise kohta Eesti ja Euroopa parlamentide õigusloomealases tegevuses eriline tähtsus.

Järgmised momendid nimetatud uurimustest tunduvad antud töö autorile eriti olulised (Ginter, Kenkmann 1998, 36–40).

1. Kuigi kõik uuritud parlamendid Euroopas kasutavad oma tegevuses sotsiaalset informatsiooni, on see informatsioon kogutud–hangitud mingil muul eesmärgil, st mitte õigusloome vajadusteks. On mõisteta, et kõige sagedamini kasutatakse sotsiaalset informatsiooni suurt majanduslikku või sotsiaalpoliitilist tähtsust omavate seaduste ettevalmistamisel.
2. Peaaegu kõikide parlamentide esindajad Euroopas viitasid asjaolule, et sotsiaalse informatsiooni kasutamine õigusloomes ei ole formaalselt ega seaduslikult reguleeritud: puuduvad formaalsed seaduslikud reeglid, normid, eeskirjad selle kohta, kas ja kuidas sotsiaalset informatsiooni kasutada. Ühtaegu ei ole ja ei saagi sellistes tingimustes olla sotsiaalse informatsiooni kasutamine kohustuslik. Seejuures on enamikus maades eelarvest eraldatud teatud summad sotsiaalse informatsiooni kasutamiseks õigusloome protsessi teatud etappidel.
3. Ilmnesid teatud erinevused vanade ja uute demokraatiate vahel. Vanades demokraatiates on sotsiaalse informatsiooni kasutamisel nii õigusloomes kui täidesaatva võimu realiseerimisel kujunenud teatud demokraatlikud rutiinid, vaatamata vastava seadusliku regulatsiooni puudumisele. Uutes demokraatiates, sh Eesti Vabariigis, soovitakse taoliste rutiinide väljakujunemist kiirendada vastava seadusliku regulatsiooni sisseviimise kaudu.

Autorite ettepanek luua seaduslik alus, mis reguleeriks sotsiaalse informatsiooni kasutamist õigusloomes, tundub olevat igati põhjendatud. Samas on selge, et vaatamata Eesti teatud mahajäämusele selles küsimuses, on ka vanades demokraatiates sotsiaalse informatsiooni kasutamine õigusloomes endiselt ennekõike juhusliku ja piiratud iseloomuga (Ginter *et al.* 1998; Ginter & Kenkmann 1998).

Ühtaegu tuleks osutada õigusloomes kasutatava sotsiaalse informatsiooni kaheksugusele iseloomule. Ühest küljest on tegemist laiaulatuslike uuringutega, mis peegeldavad kodanike sotsiaalseid väärtusorientatsioone, hinnanguid ja hoiakuid. Teiselt poolt on tegemist küllaltki kitsamastaabiliste sotsiaalsete uuringutega seaduste efektiivsuse jms mõõtmisel. Heaks näiteks on siin surmanuhtluse probleem demokraatlikus õigussüsteemis. Kodanike enamus on pidanud surmanuhtluse kui kõrgeima karistumäära säilitamist teatud juhtudel vajalikuks. Teisisõnu, surmanuhtluse ärakaotamist fikseeriv seadus ei ole kodanike silmis legitiimne. Teiselt poolt on mitmed konkreetset sotsiaalsed uuringud näidanud kõrgeima karistumäära vähest efektiivsust. Tõsi, siin ei ole teadlaste hulgas lõplikku üksmeelt. Õigusloomes on ignoreeritud kodanike enamuse väärtusorientatsioone ning tuginetud kitsamastaabilistele teadusuuringutele ja mitmesugustele vaieldavatele eetilistele postulaatidele. Sisuliselt on võimalikud olukorrad, kus seaduste legitiimsus ja seaduste efektiivsus on teineteisega vastuolus. Selline tendents näib pidevalt süvenevat. Ühistele väärtustele tuginev *Gemeinschaft* (=kogukonna; F. Tönnies'i termin) õigus muutub üha enam *Gesellschaft*'i (=ühiskond; F. Tönnies'i termin) õiguseks, mis tugineb teaduslike ja tehniliste ekspertide nõuannetele (vrd Cotterrell 1992, 167). Ei ole välistatud võimalus, et kodanikkonna jaoks mittelegitiimsete seaduste vastuvõtmine kahandab mingi õigussüsteemi legitiimsust tervikuna. See küsimus vajaks spetsiaalseid empiirilisi uuringuid.

Mõned kokkuvõtlikud märkused. Eri teadusdistsipliinide ja eri autorite hinnangud õigussotsioloogiale ja tema võimalustele õigusloome protsessi mõjutada, laiemalt võttes aga hinnangud igasuguse sotsiaalse informatsiooni kasutamise tähtsusele ja võimalustele õigusloomes üldse, on äärmiselt vastuolulised.

1. Õigusfilosoofia ja nn dogmaatilise jurisprudenti esindajate jaoks on õigussotsioloogia kui omaette distsipliin tervikuna mitteseaduslik, mittelegitiimne.
2. Enamik õigusteadlasi ja praktiseerivaid juriste, samuti osa õigussotsiolooge näevad õigussotsioloogiat õigusloome protsessis nõuandvas, soovitavas rollis. Õigussotsioloogial ja tema käsutuses oleval empiirilisel sotsiaalsel informatsioonil ei ole õigusloome jaoks kohustuslikku, normatiivset iseloomu (Weber, Parsons, Luhmann, Carbonnier).
3. Osa sotsiaalteadlasi, sh õigussotsiolooge, peab vajalikuks ühelt poolt küll sotsiaalse informatsiooni senisest laiemat kasutamist, teiselt poolt aga ei kiirusta talle erilise normatiivse staatuse andmisega õigusloome protsessis (Cotterrell jt).
4. Mitmed sotsiaalteadlased peavad õigeks õigusloome rajamist kas osaliselt või täielikult olemasolevale või spetsiaalselt kogutud sotsiaalsele informatsioonile (Evan). Võib öelda, et kuigi antud küsimuses pole õigussotsioloogias välja kujunenud kindlapiirilisi koolkondi, on sotsiaalse informatsiooni kasutamise tähtsust seadusloomes eriti rõhutanud Skandinaaviamaade spetsialistid (Kivivuori, Mäkelä jt).
5. Sotsiaalteadlastest kõige radikaalsema ettepaneku õigusloomeprotsessi (ümber)kujundamiseks on teinud Habermas. Tema järgi saab õigusloome tugineda ainult diskursiivsele printsiibile, s.o ainult argumentatsioonil rajanevale kommunikatsioonivormile. Diskursus ise on seejuures vaadeldav kui igasuguse sotsiaalse informatsiooni kõige täielikum normatiivne realiseerimine õigusloomes.

6. Tegelik olukord õigusloomes, vastavalt empiirilistele uuringutele, näitab peaaegu kõikjal, et:
1. sotsiaalse informatsiooni kasutamine õigusloomes on **õiguslikult reguleerimata**;
 2. sotsiaalse informatsiooni kasutamine õigusloomes **ei ole kohustuslik**;
 3. aeg-ajalt õigusloomes kasutatav sotsiaalne informatsioon **ei ole spetsiaalselt kogutud õigusloome vajadusteks**.
- Teisisõnu, sotsiaalset informatsiooni õigusloomes küll kasutatakse, ent see kasutamine on piiratud iseloomuga ja juhuslikku laadi. Ehk: õigusloome on eeskätt A-legitiimne.
7. On tehtud katseid osaliselt realiseerida Habermasi diskursiivset printsiipi. Sellised katsed on aga taandunud valitseva süsteemi poolt teostatud instseneeringuks, mille käigus püütakse koguda süsteemi jaoks vajalikku informatsiooni, tekitada indiviidides süsteemile vajalikku motivatsiooni ja kanaliseerida pingeid. Tegelikku diskursiivset kommunikatsiooni ei toimu, täpsemalt: selline diskursus on algusest peale moonutatud iseloomuga.
8. Tugev teoreetiline vastuseis sotsiaalse informatsiooni laialdasele (ja normatiivsele) kasutamisele õigusloomes ning sotsiaalse informatsiooni tegelik piiratud ja episoodiline kasutamine õigusloomeprotsessis näivad üldjoontes kinnitavat järgmisi Weberi üldteoreetilisi seisukohti.
1. Olulisel määral A-legitiimne seadusandlik institutsioon saab genereerida eeskätt A- legitiimset õigusloomet.
 2. Põhjalikult saab B-legitimeerida õigusloomet ainult siis, kui paralleelselt püütakse B-legitimeerida poliitilist süsteemi ja selle loomise aluseid tervikuna.

Kasutatud kirjandus

Black, D. (1988) Sociological Justice. New York–Oxford: Oxford University Press.

Breuer, S. (1991) Max Webers Herrschaftssoziologie. Frankfurt: Campus Verlag,.

Breuer, S. (1994) Bürokratie und Charisma. Zur politischen Soziologie Max Webers. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Carbonnier, J. (1986) –

Cotterrell, R. (1992) The Sociology of Law: An Introduction. London: Butterworths.

Evan, W. M. (Ed.). (1980) The Sociology of Law. A Social–Structural Perspective. New York: The Free Press.

Evan, W. M. (1990) Social Structure and Law. Theoretical and Empirical Perspectives. Newbury Park: Sage Publications.

Ginter, J., (1998) Kasemets, A. and Kenkmann, P. Use of Social Information in the Law-Making Process of Parliaments: a Comparative Study. Tallinn: Riigikogu Chancellery.

Ginter, J. & Kenkmann, (1998) P. Use of Social Information in Decision-Making Process of Parliaments: Opinions and Practices. – 5th International Conference. Estonia and the European Union: Estonia on Its Way to a Changing Europe. Tallinn, November 4–6.

Habermas, J. (1983) Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt: Suhrkamp.

Habermas, J. (1992) Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt: Suhrkamp.

Habermas, J. (1996) Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, Mass.: The MIT Press.

Kester, C. (1995) The Language of Law, the Sociology of Science and the Troubles of Translation: Defining the Proper Role of Scientific Evidence of Causation. – Nebraska Law Review, 74.

Kivivuori, A. (1989) Limits of Legal Regulation. – Limits of Legal Regulation. Grenzen rechtlicher Steuerung. Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft.

Ladeur, K. H.(1984) Vorüberlegungen zu einer ökologischen Verfassungstheorie. – Demokratie und Recht, 12.

Lipson, L., Wheeler, S. (Eds.) (1984) Law and the Social Sciences. New York: Russell Sage Foundation.

Luhmann, N. (1969) Legitimation durch Verfahren. Neuwied: Luchterhand.

Luhmann, N. (1980) Rechtssoziologie. Opladen: Westdeutscher Verlag.

Luhmann, N. (1983) Die Einheit des Rechtssystems. – Rechtstheorie, 14.

Luhmann, N. (1988) The Unity of Legal System. – Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society. Hrg. G.Teubner. Berlin: Walter de Gruyter.

Maus, I. (1986) Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus. München: Beck.

Monahan, J., Walker, L. (Eds.). (1985) Social Science in Law: Cases and Materials. New York: The Foundation Press,

Munger, F. (1993) Sociology of Law for a Postliberal Society. – Loyola of Los Angeles Law Review, 27.

Mäkelä, K. (1985) Sociology and Law Drafting. – Law Drafting and Sociology. A Seminar Report. Ed. A. Kivivuori. Helsinki: Ministry of Justice.

Rehg, W. (1996) Translator's Introduction. – J. Habermas. Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, Mass.: The MIT Press.

Teubner, G. (1988) Hypercycle in Law and Organization: The Relationship Between Self-Observation, Selfconstruction and Autopoiesis. – European Yearbook in the Sociology of Law.

Teubner, G. (1988) Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society. Berlin: Walter de Gruyter.

Unger, R. M. (1976) Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory. New York: The Free Press.

Weber, M. (1990) Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie. 5. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr.

Märkused

1. Õigusliku formalismi nõrgenemine ja isegi likvideerimine viivad aga paratamatult kogu kaasaegse võimustruktuuri lammutamiseni. Rida kaasaegseid autoreid on seda Weberi teesi otse või kaudselt toetanud: õigussüsteemi eneselikvideerimine, õigussüsteemi sügav kriis (Luhmann 1983), õigussüsteemi lagunemine üksteisega kokkusobimatuteks osadeks (Maus 1986; Ladeur 1984 jpt). Seaduste laialivalgumus, sanktsioonivahendite jõuetus jms võimaldavad korporatiivsetel juriidilistel isikutel vastastikku pariteedi alusel teostada seaduserikkumiste tasaarveldust (Breuer 1991; vrd Munger 1993, 96–97). Kõik see viib seadusandlike esinduskogude osatähtsuse pidevale kärpimisele ning võimu kontsentreerumisele bürokraatia kättesse, lõppkokkuvõttes aga riigi kui sellise demonteerimisele (Breuer 1991; Breuer 1994). Weberi õiguse materialiseerumise problemaatika seondub nn diskretsioonilise regulatsiooniga (discretionary regulation). Viimast iseloomustab mitmesuguste ebamääraste (indeterminate) ettekirjutiste kasutamine: lähemalt piiritlemata standardid ja üldised klauslid seadusandluses, valitsemisel ja kohtumõistmisel (Unger 1976). Diskretsiooniline reguleerimine tähendab õigusliku analüüsi sisemise loogika allutamist üksikute poliitiliste eesmärkide, sotsiaalse kasulikkuse nõuete või moraalse väärtuste realiseerimisele õiguse kaudu (Cotterrell 1992). Diskretsioonilisus on seega seotud formaalse õigusliku ratsionaalsuse allutamisega materiaalsele õiguslikule ratsionaalsusele. Paljud kaasaegsed autorid, nagu Cotterrell õigesti märgib, on täheldanud sellise tendentsi tugevnemist. Samas puudub üksmeel mainitud tendentsi laiemate tagajärgede osas. Üks on aga selge, õigusteadlaste enamik peab vajalikuks range seaduslikkuse taastamist ja diskretsiooniliste struktuuride kõrvaldamist. Mõõdukamas versioonis on püstitatud nõue seada sisse diskretsiooni pädev juriidiline kontroll, iseäranis valitsuse tegevuse juriidilise ekspertiisi vormis. (Cotterrell 1992, 162–164).

2. A- ja B-legitiimsuse mõisted on minu poolt sisse toodud konventsioonid, tähistamaks ühelt poolt kohustuslikku, normatiivset legitiimsust (A) ja teiselt poolt inimeste tegelikul tunnustusel püsivat legitiimsust (B). Esimesel juhul nõuavad ja eeldavad formaalselt korrektsete protseduuride kaudu valitud võimustruktuurid enda tunnustamist, teisel juhul on tegemist kodanike faktilisel legitiimsus-usul põhineva legitiimsusega.
3. autopoiesis – mõiste tuleneb kreekakeelsetest sõnadest auto (ise-, oma-) + poiesis (tegmine, loomine, kujundamine) = isetegemine, omalooming. Luhmanni arvates saab süsteem luua (või taastoota) oma elemente ainult süsteemi enda, mitte aga süsteemi keskkonna materjalist.