KANSALLINEN OIKEUS JA LIITTOVALTIOISTUVA EUROOPPA – NATIONAL LAW AND EUROPEANISATION

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 21

SUOMALAINEN TIEDEAKATEMIA

Erkki J. Hollo (toim. / ed.)

Kansallinen oikeus ja liittovaltioistuva Eurooppa

National Law and Europeanisation

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI

Tilausosoite / Publisher & orders
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

Kannen suunnittelu / Cover: Heikki Kalliomaa
Kannen kuva / Cover picture: Perry-Castañeda Library Map Collection,
University of Texas, Austin, Texas, USA.

ISSN-L 1458-0446
ISSN 1458-0446
ISBN 978-951-855-288-1

Gummerus Kirjapaino Oy, Vaajakoski 2009

Sisällys

OIKEUSTURVA JA HALLINTO
LEGAL PROTECTION AND ADMINISTRATION

YMPÄRISTÖ JA YHTEISKUNTA
ENVIRONMENT AND SOCIETY

Lukijalle / Preface

Oheinen julkaisu käsittää pääosan esityksistä, jotka pidettiin Suomalaisen Tiedeakatemian satavuotisjuhlallisuuksiin liittyen järjestetyssä oikeustieteen ryhmän juhlakokouksessa. Teoksen rakenne myötäilee toukokuussa 2008 pidetyn seminaarin ohjelmaa, joka sisältyy tähän julkaisuun.

Tilaisuuden oli suunnitellut oikeustieteen ryhmän jäsenistä koottu toimikunta, puheenjohtajana professori Erkki J. Hollo. Erityisen kiitoksen ansaitsee Suomalainen Tiedeakatemia, joka tuki taloudellisesti tilaisuuden järjestämistä.

Tämän julkaisun on tehnyt mahdolliseksi Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kustannustoiminta. Kiitos kuuluu toimituskunnalle sekä erityisesti toimistopäällikkö Lea Purhoselle, joka on vastannut toimituksellisista seikoista, ja kustannustoimittaja Pipsa Kostamolle, joka on huolehtinut kirjoitusten työstämisestä. Eräiden kirjoitusten osalta englanninkielisen tarkastuksen on suorittanut Christopher Goddard. Käännösapuna on toiminut myös VT Sami Sarvilinna.

This publication consists of the main part of presentations held at the Centennial Celebration of the Branch for Legal Sciences of the Finnish Academy for Sciences and Humanities. The structure of this book follows the attached programme of the seminar in May 2008.

The event was planned by a group of representatives of the Branch, chaired by Professor Erkki J. Hollo. The Finnish Academy of Sciences and Humanities supported the financial arrangements for the event.

This publication has been made possible by the kind consent of the Finnish Association of Lawyers as publisher to include it in its publication programme. Here, thanks go to the editorial board and especially to office manager Ms Lea Purhonen for her valuable editorial work and to editorial assistant Ms Pipsa Kostamo who has performed the task of editing the material. Mr Christopher Goddard has checked a number of English texts; many thanks for that. Mr Sami Sarvilinna has also helped with the translations of abstracts.

Toukokuussa / May 2009
Erkki J. Hollo, Toimittaja / Editor

Opening Speech

by Prof. Erkki J. Hollo, University of Helsinki

Distinguished Guests, Dear Colleagues and Friends!

The occasion for our event is the centennial of the Finnish Academy of Sciences and Letters, founded in 1908. This is the first time that within this organisation an international colloquium for legal sciences has been organised. We are glad for the support of the Academy, which gives us a platform to focus on presently challenging legal topics in Europe.

Europe is, generally speaking, our common source of traditions, both legally and culturally. On the other hand, nothing is obvious when we speak of the legal future of Europe. What is the role of civil rights, what will be the common basic institutions, how will social security and civil security be guaranteed in a global part of the World called Europe?

”Opening Europe” means that a freedom of variations and individual choices exists. On the other hand, an internal market requires standards, limits, and adaptation. National systems that discriminate against foreign actors or that favour nationals must be abolished. European law, which is still a compilation of national institutions and traditions, is not yet strong enough to set aside national law. However, a strong tendency exists towards a new structure of supranational ruling under the guidance of different European Institutions. We do not know what the commitments in this process would be.

Therefore it seems appropriate to fix our common concern today, which is to meet the challenge of Europeanization. I see there two sides. First, a strong commitment to what we feel as our common historical heritage with all its variations. Secondly, the pressure of new institutions, principles, and concepts, which often are related to market expectations and economic efficiency. Is this new direction bringing us a new culture of hard law which undermines traditional individualism and freedom? One could say that traditional law in Europe is undergoing a process of transformation towards a

system where reality and efficiency are dominating the content of law. Do we need a new philosophy of law to cope with demands and challenges which are no longer under social control?

We see that the questions are numerous. I wish that our distinguished speakers of today will bring us new wisdom and visions about our position in the changing legal world of Europe.

R. C. Van Caenegem

Historical Considerations on the Role of Judges in Europe and America

It would seem that there are two diametrically opposed approaches to the role of judges, that of the English common law and that of the continental civil law – the two extremes in my spectrum.

I shall first present the English idea of judges as the ”oracles of the law”, quoting the title of a famous book by J. R. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, 1968). Sir Edward Coke, who had an encyclopedic knowledge of the common law, incurred King James I's displeasure because, in the king's words, he was ”held too great an oracle amongst the people”[1] and Blackstone, in the following century, spoke of judges as ”the depositories of the law, the living oracles”[2]. Here the judge is like the Pythian priestess of Apollo in Delphi who under divine inspiration delivered the oracles, which were authoritative if not always unequivocal. Here the Bench develops and creates the common law, which is rightly called judge-made law. I can refer to pronouncements by the famous Lord Denning, who clearly believed that the law is what the judge says it is. Or, in his own words, ”No one can tell what the law is until the courts decide it. The judges do every day make law, though it is almost heresy to say so”[3]. The judgments of the Bench are closely argued in learned concurring and dissenting opinions, made known under their authors' names. This is the approach of English

[1] *W. Holdsworth*: Some Makers of English Law, Cambridge, 1938, p. 46.

[2] *J. P. Dawson*: The Oracles of the Law, Ann Arbor, 168, p. XI.

[3] *R. Stevens*: Law and Politics. The House of Lords as a Judicial Body, 1800–1976, London, 1979, p. 490. In the same vein Lord Denning stresses the eminent trustworthiness of the judiciary. In an interview broadcast by the B.B.C. on 7 November 1982 and conducted by David Jessel he maintained: ”Someone has got to be trusted, as I said, I think as long as you have the judges, upright, independent of any government or Parliament, and ready to do what is right and just, I think trust the judges because that is another important part of our constitution.”

common law, one of the great world-wide legal systems of our time, whose expansion across the continents was recently studied in a truly encyclopedic book by the Australian judge McPherson[4].

In England the judges have to operate under the law, because of the "supremacy of Parliament", so that there are limits to their creativity ("judicial activism"). On a famous occasion Lord Denning had invented a construction to protect deserted wives which was rejected by the Law Lords as being a bridge too far. He had ventured on to territory that belonged to the lawgiver who, as a matter of fact, later adopted his approach as being based on equitable grounds, and introduced legislation accordingly. Lord Denning was one of the great progressive English judges of the twentieth century, whose influence was particularly strong because of his long tenure. He was an Appellate Judge for thirty-five years, most of that time – from 1962 to 1982 – as Master of the Rolls, *i.e.* head of the Court of Appeal. He believed in judicial activism and felt that justice was a law above the law. "Judges in our society", he said, "could remake the body of the law they administer into what they may approve as a shape of greater justice"[5]. And again: "If there is any rule of law which impairs the doing of justice, then it is the province of the judge to do all that he legitimately can to avoid that rule – or even to change it – so as to do justice. He need not wait for legislation to intervene, because that can never be of any help in the instant case"[6]. In other words, Lord Denning believed in law reform by judicial decision. However, not everybody shared his faith in the judge as quasi-legislator and, unfortunately for him, the Law Lords were among his opponents. This meant that the House of Lords, a superior jurisdiction to Lord Denning's Court of Appeal, could overrule his sometimes bold decisions, and did so repeatedly. This happened, *inter alia*, to one of his boldest and most famous inventions, the "deserted wife's equity" (1962), such a striking example of the interplay of the Bench and the legislator that it deserves to be briefly presented here.

The problem confronting Lord Denning on appeal concerned the right of the innocent wife, whose husband deserted her for another woman, to stay

---

4 *B. H. McPherson*: The Reception of English Law Abroad, Brisbane, 2007.

5 Quoted by Lord Devlin in the Foreword to *J. L. Jowell – J. P. W. B. McAuslan* (eds): Lord Denning: the Judge and the Law, London, 1984, p. VII.

6 Quoted by *A. W. B. Simpson*: Lord Denning as Jurist, in: Jowell and McAuslan, op. cit., pp. 448–449.

on in the matrimonial home, even though her unfaithful husband was the sole proprietor or had sold the house or mortgaged it to a bank. A judge at first instance had decided that the husband, being the legitimate owner, had a right to evict his wife (possibly even to go and live there with his mistress). Lord Denning felt that this would be an injustice and decided that the deserted wife could remain in possession. He argued that in this case equity overruled the strict norm of the law: legal historians will remember how in the Middle Ages the Court of Chancery – a court of equity – had originated in order to redress an injustice caused by the common law. Eventually, in 1964, the problem reached the House of Lords (in *National Provincial Bank v Hastings Car Mart Ltd*) which, in 1965, unanimously decided for the Bank that had appealed against Lord Denning's judgment. The Lords held that a deserted wife had no equity to remain in the matrimonial home as against anyone to whom the husband sold or charged it. If the husband remained himself as sole owner of the house, with title vested in him, he could not himself turn her out, but others could: the wife had a personal right as against her husband, but she had no equity – no right at all – against anyone else. Thus the Lords overruled all Denning's cases of long standing[7]. Fortunately for deserted wives this was not the end. The Lords' decision led to so much pressure for legislation to reverse it that Parliament took up the cause and the law was amended in Lord Denning's sense. Justice was done by the lawmaker where the judiciary – or at least its highest branch – had feared to tread. Redress was achieved by the Matrimonial Homes Act 1967, which made clear that a deserted wife had a right to stay in the matrimonial home. It also demonstrated the influence of the judges on Law Reform[8].

The sovereignty of Parliament means that whereas English judges can review administrative acts, judicial review of the constitutionality of laws is denied them. It is, remarkably enough, in the main offshoot of English common law, the law of the United States of America, that judges do have the power to strike down federal and state laws that go against the Constitution. Although this power now seems quite un-English, it has paradoxically historical roots in England. I refer, of course, to the famous dictum of Sir Edward Coke in *Dr. Bonham's Case* that "when an Act of Parliament is

---

[7] *Lord Denning*: The Due Process of Law, London, 1980, pp. 218–219.

[8] See the detailed account in *Denning,* op. cit., pp. 205–224.

against common right or reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void" (1610)[9]. American judicial review is based on the fact that the country has a written constitution, which is – so far – unknown and unwanted in Great Britain, specifically because that country prefers the supreme power to be in the hands of elected politicians rather than of unelected judges. I remember attending an eloquent and profound lecture at Oxford in 1989 given to an attentive but unconvinced audience by Mr. Justice Brennan of the U.S. Supreme Court under the title *Why Britain needs a written Constitution*. American judicial review, inaugurated by the famous *Marbury v. Madison* case of 1803, was based on the not unreasonable premise that every citizen, even the elected lawgiver, must act under the fundamental law of the land, and that judges are in the best position to decide on cases of doubtful interpretation[10]. Thus America reached the extreme logical position in the common law tradition of judicial power. It can, however, be argued that taking a sound principle to its extreme may lead to absurd consequences. This is, I feel, what happened when in the debate about the constitutionality of capital punishment, one judge had to decide on the fate of hundreds of condemned people on death row.

Allow me to enter into more detail here. Some time after *Roe v. Wade*, the liberal judges on the U.S. Supreme Court thought that the time might be ripe to rid their country of capital punishment by declaring it unconstitutional. They argued that the death penalty was a cruel and unusual punishment and as such banned by the Eighth Amendment (1791). They had a point, as many people will agree that putting someone to death – even a convicted criminal – is a cruel and unusual sanction. The difficulty was, however, that the Founding Fathers in no way intended to ban capital punishment, which in the eighteenth century was generally practised, and clearly

---

[9] I cannot enter here into the recent discussion around the interpretation of the case, as reopened by *Ian Williams*: Dr. Bonham's Case and 'Void' Statutes, in: The Journal of Legal History, vol. 27, 2006, pp. 111–128.

[10] It is well known that even before 1803 judicial review was advocated in America and clearly enunciated, for example, in the *Federalist Papers*, where we read that "no legislative act, contrary to the Constitution, can be valid". It is, however less generally realized "that already in the 1760's in France the Physiocrats had clearly stated that judges, before enforcing the laws, ought to satisfy themselves that the laws… conformed with the dictates of the natural laws of the social order and of justice" (Charles de Butré in 1768 and Pierre Samuel Dupont de Nemours in 1767, quoted by *J. M. Kelly*: A short History of Western Legal Theory, Oxford, 1992, pp. 279–280).

accepted as legitimate by a stipulation in the Fifth Amendment (1791). Some judges consequently argued that the ”original intent” of the constitutional lawgiver should be respected and the abolition of capital punishment could in no way be based on the text of the fundamental law (the ”textualists” or ”intentionalists”). The other side, led by Mr. Justice Brennan, argued that the court ought to interpret the text of the law in the light of the ”evolving standards of decency” of our own time and not according to the values and mentality of a bygone age. The liberals lost the battle, but it was a close thing: the judges on the U.S. Supreme Court almost managed to outwit the numerous legislatures that had put capital punishment on their statute books. Four learned judges giving a particular interpretation to four words of the Constitution almost changed the course of legal history. After a long suspension the final decision came when in 1985 Warren McCleskey's appeal reached the Supreme Court, which decided in October 1986 to uphold capital punishment (after more appeals McCleskey was executed on 25 September 1991)[11]. That was the common law.

At the other extreme of my spectrum, my second point, stands the conviction that the law is what the legislator says it is, and the judges are mere mouthpieces, automatons through whose mouths the law, *i.e.* the lawgiver, speaks. In every sentence the judge is obliged to refer to the article of the Code or subsequent laws or royal decrees upon which he based his sentence: he is merely the *bouche de la loi*[12].

This was the attitude of the French revolutionaries, who dreaded that conservative courts might, as the old *Parlements* had done, thwart the zeal of the politicians who controlled the representative assemblies and in particular the Convention, which was parliament and government combined. The one historic power to overcome the conservatism of the Bench was the

---

[11] This may be the right place to draw attention to a recent book on the role of judges by the President of the Supreme Court of Israel (*Aharon Barak*: The Judge in a Democracy, Princeton and Oxford, 2006) and to its extensive review by the former Professor of Comparative Law in Cambridge, *J. A. Jolowicz* (European Review, 15, 2007, pp. 265–268). Barak, a judge as well as a professor of law, believes that within the sphere of the common law, the Bench is a senior partner and he is sceptical about respecting the original intent of the legislator: the judge should give the statute a dynamic meaning, bridging the gap between law and society. He argues that the judge should search for the ”objective” purpose of the statute, which means ”not a guess or conjecture about the original intent of the legislature”.

[12] *Montesquieu*: Esprit des loix, XI, 6 : «Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur».

lawgiver. Hence the club of the *Nomophiles* in revolutionary Paris and their appeal to restrict the judges and to turn them into mechanical *bouches de la loi*, hence also Napoleon's edict against commentaries on his codes[13]. This revolutionary and Napoleonic attitude was, as is well known, continued by the professors of the nineteenth-century *École de l'exégèse*, who did not teach the law but the code.

So far I have been talking about two contestants for control of the law, the judge and the lawgiver. There is, however, a "third man" involved, to whom we shall now turn our attention. I mean, of course, the legal scholar, the number three in the triumvirate of judges, legislators and professors[14]. There is indeed such a thing as professor-made law, comparable with its well known judge-made and legislator-made counterparts. The Law Faculties have for centuries influenced the practice of the courts, since judges and barristers have sat *ad pedes magistrorum* and there drank the milk of legal wisdom and set their first steps on the road to eminence in their respective fields. And long after their student days they still consulted some famous *Traité élémentaire de droit civil*, written by one of their illustrious law teachers. The latter's alumni who became politicians and lawgivers also took their lessons to heart, and let us not forget that lawyers have for a long time been the single largest group in our modern parliaments.

But there is more to it than that. The professors not only influenced judges and lawmakers, they literally created law themselves. I remind the reader of the *ius commune*, the product of the medieval Schools, and of the *Bürgerliches Gesetzbuch* that, although formally proclaimed by Parliament, was essentially the product of the pandectists, the School of German professors who brought Roman and neo-Roman law finally to its systematic perfection.

In all these cases the scholars inspired the kings or parliaments to give their teaching the authority of the law: the Faculties themselves had no power to do so. There is, however, one remarkable exception here: I refer to the great medieval popes who had been scholars before they sat on St. Peter's throne and became legislators for the Roman Church[15]. As they were

---

[13] No judge should be allowed to interpret the law, which was *un terrible droit*, according to J. J. Garat-Mailla in the *Tribunat* in 1801 (*K. M. Schönfeld*: Montesquieu en "la bouche de la loi"), Leiden 1979, p. 74.

[14] For a detailed analysis see *R. C. Van Caenegem*: Judges, Legislators and Professors. Chapters in European legal history, Cambridge, 1987 (Goodhart Lectures 1984–1985).

[15] I remind you of Alexander III, Innocent III and IV, Gregory IX and Boniface VIII.

also supreme judges, we have here a unique combination of the lawgiver, the judge and the scholar in one person. Here at last it was *la doctrine au pouvoir*.

My Parisian colleague and eminent canonist, Professor Anne Lefebvre-Teillard, has recently devoted an excellent paper to this phenomenon under the title *L'autorité de la doctrine en droit canonique classique*[16]. The author, who studies the "classic age" of canon law, *i.e.* from Gratian to the end of the fourteenth century, explains that the great professors of that period based their authority on the "holy texts" they quoted in their lessons[17], but also on the logical quality of their teaching. Their commentaries and interpretations demanded respect *non ratione imperii, sed imperio rationis*. The impact of the Schools on the courts was so strong that John Andrews († 1348) thought that judges who did not follow the *communis opinio doctorum* ought to be disciplined. It is true that in the following century the *rota romana*, speaking for the pope, acquired an authority superior to that of the doctors, but then that court was itself packed with eminent jurists.

From what I have just said it should be clear that the impact of the scholars was comparable to that of the judges and the lawgivers: they were equal competitors in the struggle for control of the law. One qualification is, however, in order here: my picture applies only to the Continent of Europe, not to the land of the common law. In England, until quite recently, no judges had obtained a degree in a Law Faculty, for the simple reason that until the second half of the nineteenth century there were no such Faculties, and even afterwards future solicitors, barristers and judges did not study law at University – it was only after the Second World War that obtaining a law degree at university became *id quod plerumque fit*. As to the members of Parliament in Westminster, the holders of a law degree are *rari nantes in gurgite vasto*. The prestige of law professors is consequently low, *inter alia*, because the common law's approach is non-theoretical[18]. When in 1826 John Austin, a great theoretical jurist and acquainted with German doctrine,

---

[16] In Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 27, 2007, pp. 443–457.

[17] Simple material access to those sacred texts was, in an age that knew no paperbacks, a costly privilege: as Professor Lefebvre-Teillard points out, it took a year and a half to produce a single copy of Gratian's authoritative, and admittedly voluminous, collection.

[18] When in 1984–1985 I lived in Cambridge as Goodhart Professor of Legal Science, people would come up to me and ask in a puzzled way "what is legal science" – clearly an unfamiliar notion!

became professor of Jurisprudence in London, so few students turned up that in 1833 he gave up his chair and was eventually put on a commission of enquiry into the state of Malta[19]. This does not mean that legal scholarship is unimportant in England. On the contrary, it is of the highest order and enjoys universal prestige, but it is to be found in the learned and closely reasoned opinions produced by the Bench.

We have seen how behind the three traditional sources of the law – legislation, case law and doctrine – three powers in the state are vying for control: politicians, judges and professors. Conflict between the Crown (government and Parliament) and the Bench is endemic. As two competing powers at the head of the state is not a satisfactory situation, various solutions have been tried. One way was to have the king himself as the highest judge: one person combining the two functions precluded all possible conflicts of interest. We all remember stories of St. Louis sitting in judgment under the oak tree of Vincennes. We have all heard of the king being the *lex animata*. Nor was this a medieval peculiarity, for modern Europe witnessed the same situation. We know how Frederick the Great of Prussia did not hesitate to reprimand judges who had failed in their duty and to use his personal *Machtspruch* against their *Rechtspruch* (we remember the tragic fate of Hans Hermann von Katte who was sent to prison by the judiciary, to the displeasure of King Frederick William I who, as supreme judge of the nation, pronounced the death sentence on the young man, who was duly executed on 6 November 1730). In the same vein Adolf Hitler, in a famous Reichstag speech in 1934, justified the killings in the "night of the long knives" by proclaiming himself "des deutschen Volkes oberster Gerichtsherr".

In the same line of thinking the king could dismiss recalcitrant judges, who were considered servants of the Crown. Thus chief Justice Markham of the King's Bench was dismissed in 1469 because he refused to betray the law and find someone guilty of treason[20]. And thus, on a more famous occasion, King James I dismissed Sir Edward Coke. In nineteenth-century France a change of regime could lead to a thorough shake-up of the Bench, as

---

[19] See the recent contribution by *M. Senn*: Legal education in England and the German historical school of law in the nineteenth century, in A. Lewis et al. (eds), Law in the City. Proceedings of the Seventeenth British Legal History Conference, London, 2005, Dublin and Portland, OR, 2007, pp. 249–261. The author maintains, as against Peter Stein, that the influence of Savigny's School was limited, and that no real and full reception took place.

[20] *Holdsworth*, op. cit., p. 56.

happened some years after the fall of the *Second Empire*. As soon as the Third Republic was firmly established, in the period 1879–1883, a real *révolution judiciaire* took place. It was more than an ordinary *épuration* or *chasse à l'homme*, such as successive regimes had witnessed ever since the Revolution, when "undesirable" judges, who had been on the wrong side of the political spectrum, were dismissed[21].

As to our own time, you will have followed with great interest the events in Pakistan where on 9 March 2007 President Pervez Musharraf suspended chief justice Iftikhar Mohammed Chaudhry who was, however, on 20 July 2007 exonerated and reinstated by the High Court of Pakistan, whose President he is: a striking illustration of the ancient tug-of-war between the executive and the Bench, which modern liberal democracies have overcome by guaranteeing the independence of the judges.

But what about the tug-of-war between learned jurists and the "powers that be"? We have already seen how judges could be dismissed by disgruntled kings, but the same thing could happen to scholars. Let me remind you of the famous *Göttinger Sieben*, the seven professors in the University of Göttingen who in 1837 signed a declaration of loyalty to the liberal constitution of the realm, which King Ernest Augustus had autocratically abolished. The seven were dismissed and two of them were even banished for treacherous and revolutionary behaviour (the reader will be comforted to hear that they all were later given chairs elsewhere).

Modern dictators found the law and learned lawyers a nuisance. Stalin sent two of the authors of the constitution of 1936 to their death and Hitler's Party had early on demanded (art. 19 of the Party programme of 1920) the replacement of Roman law by a German community law – a declaration of war on the *Professorenrecht* of the *Bürgerliches Gesetzbuch*. Consequently, in June 1933, five months after Hitler's appointment as Chancellor, the Academy for German Law was founded and given the task of drafting a *Volksgesetzbuch*: "people's law" was to replace "lawyers' law". The learned members of the Academy were led by Dr. Hans Frank, whose respect for basic legal values was eventually to lead him into conflict with the regime, so much so that in the summer of 1942 he gave lectures at the universities of Berlin, Vienna, Munich and Heidelberg protesting against the excesses of the regime and stressing that "without the law society was impossible".

---

[21] We follow here *J.-P. Royer*: Histoire de la Justice en France, Paris, 2001, pp. 616–622 and 629–642.

The dictator's reaction was immediate and Dr. Frank was dismissed from his post as President of the Academy. His successor, Otto Thierack, explained to the academicians that "the creation of the law was no science and no purpose in itself, but a task of political leadership and ordering": in a conflict with political leaders the scholars were the underdog and they should realize it, just as the nineteenth-century judges[22]. Had not the professors of the *École de l'Exégèse* been the self-professed slaves of Napoleon's Code?[23]

The chance of a king being a jurist was very slim. Alfonso X the Learned (ruled 1252–1284), who issued the *Siete Partidas* for the kingdom of Castile, comes to mind; his "lawbook" looks rather like a textbook – in the vernacular – of Roman law. However, Alfonso, possibly the most learned of all medieval kings, was no trained lawyer.

One has to turn to the Church to find a succession of leaders who were also jurists or had even been professors of law before becoming pope. May I remind you of Alexander III, the first glossator of Gratian's *Decretum*, author, before 1148, of a *Summa* on canon law, and professor at Bologna? And of Innocent III, who studied theology in Paris and law in Bologna, and who ordered the *Compilatio III*[a] with his decretals of the period 1198–1210? And of Innocent IV, Bolognese professor and author, *inter alia*, of an extensive *Lectura* on canon law, written c. 1251, during his pontificate (1243–1254)?

Allow me now to focus on a particular aspect of the role of the jurists, i.e. their legitimation. On what is their claim to be the leading lights for judges and lawgivers based? The medieval "founding fathers" of the *ius commune* had a clear and convincing case, as they were the high priests who knew the secrets of the holy lawbook of Emperor Justinian. It enjoyed absolute authority, just as other texts from Antiquity which medieval people so deeply venerated, so that the scholars who had fathomed its meaning and unravelled its mysteries enjoyed great prestige. The jurists of the School of Natural Law were similarly influential, because their teaching was based on

---

[22] See on all this *R. C. Van Caenegem*: European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia, Cambridge, 2002, pp. 100–102.

[23] Today the judges are slaves no more. "Case law indeed, today, is fully recognised as a formal source of the law in the sense that judges indeed 'make' law and not only find and apply it" (*G. Martyn*: The Judge and the Formal Sources of Law in the Low Countries (19th–20th centuries): From "Slave" to "Master"?, in: W. H. Bryson and S. Dauchy (eds), Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions. I: Case Law, Berlin, 2006, p. 214 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 25/1).

reason and was rightly called the *Vernunftrecht*. I refer here to Hugo Grotius, whose work on Roman-Dutch law became authoritative in the law-courts of Holland and South Africa, without ever being promulgated by a legislator. The trouble with the law of reason was that not everyone agrees as to what is rational and what is not. There was here no "holy book" which one could quote, as one quoted the *Corpus Iuris*.

The problem becomes even more intricate and the uncertainty even greater when we meet the romantic notion of the *Volksgeist* as the mainspring of the law of the nation. And when I mention the *Volksgeist* (the "spirit of the nation")[24], I, of course, have to discuss Friedrich Carl von Savigny (1778–1861). This celebrated jurist was a great romanist and civilist, author of *Das Recht des Besitzes* (1803), the *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (6 vols., 1815–1831) and the *System des heutigen römischen Rechts* (8 vols., 1840–1849), on the strength of which he can be called the fountainhead of the German pandectists of the second half of the nineteenth century. In 1810 Savigny was given the chair of Roman law at the new University of Berlin. He acted as a judge in various capacities and was one of the top administrators of the kingdom of Prussia and close to the monarchy. He seemed predestined to devote his life to the professorial *ius commune* and *usus modernus* as the natural foundations of the future law of his country.

It comes therefore as a surprise that, instead, he advocated the national spirit (which he initially called *Bewusstsein des Volkes* and only later, in 1840, *Volksgeist*) as the mainspring of the legal consciousness of the people[25]. The law – one recognizes the ideas of Herder and Hegel – was but one of the manifestations of the central cultural element, the *Volksgeist*. This law, produced by the nation, grew organically in the course of the centuries and was the fruit of history. As such it was the opposite of arbitrary legislation issued by overbearing rulers, particularly in the form of sweeping codification. The spirit of the German people was preferable to the will of a French emperor who had crowned himself.

---

[24] An earlier term for the *Volksgeist* was the *Nationalgeist*, which F. C. von Moser had borrowed in 1761 from a translation of C. A. Helvétius's *esprit de la nation*. *Volksgeist* as a variant of *Nationalgeist* was introduced by J. H. Campe in 1794 (See Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte, V, 1998, col. 189–190).

[25] Georg Friedrich Puchta (1798–1846) was the first to give, under the influence of Hegel and Schelling, a legal content to the terms *Volksgeist*, *Volksseele* or *Volksüberzeugung*.

It is on this terrain that we discover Savigny's political motivation: he was a German patriot and a conservative nobleman who abhorred the French Revolution and all its works, especially the egalitarian *Code Napoléon*. It was during his country's conflict with France that Savigny's stance was forcefully expressed. Law being the product of history, it was understandable that Savigny, together with G. F. Puchta, founded the *Historische Rechtsschule*, the first volume of the *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* appearing in 1815. Around that time, in 1814, he published his famous onslaught on codification, the *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (a response to A. F. Thibaut's plea for a German civil code). Savigny condemned the code as an anorganic arbitrary product and extolled the *Bewusstsein des Volkes* as the source of the law, which is nourished by the life of the nation: as in its language, culture and religion, the national character manifested itself in the law. Savigny's interest in Germany's heritage meant that he is a figure-head for the germanists as well as the romanists.

Having extolled the law of the people, Savigny faced the question as to what future there was for legal scholarship. If German *Volksrecht* prevailed over Roman *Juristenrecht*, what was the role of aristocratic jurists, steeped in the *Corpus Iuris*, like Savigny himself? It is obvious that the great romanist had worked himself into a dilemma, and all that because of a hazy concept such as the *Volksgeist*, which to modern jurists – like Georg Jellinek – is a mere "phantom". Politics had led to some strange twists in Savigny's thinking or, as Allen put it, he "had much ado to remain consistent with his own principles"[26]. He found a solution in his belief that the elite of jurists had the technical knowledge to refine and elaborate the rules of conduct of the people, which they represented: as culture became more complex, various classes had to fulfil various specialized tasks. Thus a nobleman and scholar could be the spokesman and representative of his – to some extent still illiterate – countrymen. It was in his criticism of Thibaut that Savigny had explained that the law originated organically and necessarily from the quiet strength of the people, finding its source in the *gemeinsame Ueberzeugung des Volkes*[27].

---

[26] *C. K. Allen*: Law in the Making, Oxford, 1964, p. 89.

[27] *P. Caroni*: Savigny und die Kodifikation, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 82, 1969, pp. 133–134.

I intend now to leave the safe field of facts and dates for the more hazardous terrain of speculation. Having described what happened, I now intend to pose the question why it happened, assuming that things do not – or not all – happen because they had to happen. Question marks could be placed behind any number of the events in my exposé, but I will limit myself here to a single one: why did England become the land of judge-made, Germany of professor-made, and France of lawmaker-made law? There is no need to expatiate on the role of judges in the fatherland of the common law, and it is equally well-known that the *Bürgerliches Gesetzbuch* is fundamentally based on the fruits of the Pandectist School. As to post-Ancien Régime France, the Revolution, distrustful of the old *Parlements*, was keen, as we have seen, on restricting the judges, whereas Napoleon forbade the jurists to write commentaries on his codes, all of which left the legislator in sole control (or so he hoped). Moreover, the old Law Faculties had been abolished in 1793 and replaced in 1804 by strictly controlled *écoles spéciales de droit*, technical colleges where there was no place for the *idéologues*, so detested by Napoleon.

In order to find out why the law of these three European countries, which had so much else in common, took such different roads, we must, of course, consult history (there is no need to waste time on the ”national genius” or other *Volksgeist*-like phantoms). The history books show that in the early Middle Ages the three countries shared the same customary law. The ensuing separation was brought about by three political moves with far-reaching consequences.

In twelfth-century England, where a strong monarchy ruled over an old unified and well structured land, King Henry II’s government embarked on a thorough modernization of the law and the courts. An elite of professional royal judges, sitting at Westminster or travelling around the country, administered a new system of prompt redress for an ever growing number of complaints and using a rational mode of proof. This law applied equally to the whole of England, so that it was a truly ”common law”. It operated with native procedures, *i.e.* the royal writs and the jury, and owed little or nothing to Roman law. Already at the end of Henry II’s reign it had taken such definite shape and become so embedded in the life of the nation that it was described in an authoritative lawbook known as Glanvill. This English common law, administered by a small group of highly professional judges, was to flourish for many centuries, which is why it is still fundamentally judge-made.

In the thirteenth century Roman law, as discovered, taught and glossed in the twelfth, began to influence legal practice on the Continent, at first in the Church courts, then in the higher courts of the kingdoms. It also influenced royal legislation. Following the lead of Bologna, numerous Law Faculties instructed growing numbers of jurists in Roman law. The impact of this *ius commune* became so considerable that towards the end of the fifteenth century the German Empire introduced it as its national law - a momentous political decision which necessarily led, in Dawson's phrase, to the "triumph of the learned men"[28], who alone were familiar with the intricacies of Roman law and its glosses, treatises and disputations, which is why German law is professor-made. It is therefore quite rightly that Professor Ewoud Hondius in a recent article went so far as to call Germany, legally speaking, a "professor-dominated society" (*Professorengesellschaft*), quoting a professor, Claus-Wilhelm Canaris, a judge, Lord Denning, and the leading author of the *Code civil*, Jean Portalis, as outstanding representatives (*Urbilder*) of their respective countries.[29]

Around the time of the German *Rezeption* France took a different road. The government decreed the homologation of the ancient regional customs, so that the country, in contrast to England and Germany, lived on with the old diversity of *coutumes* and during the Ancien Régime never achieved the unification of French law (in spite of some partial codifications). The breakthrough came with the Revolution which, as we have seen, led to the downfall of judges and learned commentators and the triumph of the lawgiver and his civil and criminal codes.

I do not pretend to have the one and only answer to my question about causality, but I hope to have uncovered one of the – no doubt numerous – possible approaches to this historical problem. More specifically, I hope to have shown that the tortuous paths of the law belong to political as well as cultural history.

---

[28] *Dawson*, op. cit., p. 196.

[29] *E. Hondius*: *Die Errungenschaften der deutschen Zivilrechtswissenschaft: ein Blick aus dem Ausland*, in: A. Heldrich et al. (eds), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, I, Munich, 2007, pp. 1136–1137.

Aulis Aarnio

In the Footsteps of the New Rhetoric

Stephen Toulmin, a distinguished contributor to the theory of argumentation, has written the following lines on the possibility of understanding another person:

> If we accept the formal pattern of mathematical and scientific theory as the only acceptable varieties of ”rational demonstration”, therefore, we shall be driven to the paradoxical conclusion that the best of us do not really ”know” what other people’s states of mind really are, even in the most favorable situations.

Toulmin proceeds to note that ”scientific” methods, that is, the mathematical-positivist model of science, are of no help to us as we try to ”read” a person’s unconnected sentences, gestures, expressions or other kinds of behavior to provide us some clues about what he means. What is it that makes this process impossible? Toulmin has an answer ready at hand. It is closely related to the proposition made at nearly the same time in the 1970’s by *Georg Henrik von Wright* concerning the understanding of human behavior. Toulmin pinpoints the difficulty on ”*the ambiguity of all individual signs and features when taken separately*”.

But what, in the end, is ”understanding”? What kind of research does it demand? What kind of truth does it produce? All these questions are unleashed at the moment one adopts the thoughts of Toulmin, von Wright or – especially when it comes to law – *Chaim Perelman*. Since my theory rests largely on the influence of Perelman, his ideas demand closer attention, especially as they point out the ways and manners in which the legal positivism represented by *Alf Ross* leaks.

Thinking back to their school history books, many are likely to remember the story about an Athenian called Demosthenes who suffered from weak rhetorical skills. He decided to overcome his faults and went to the

sea-shore. As the waves rumbled he put stones in his mouth and began practicing. Demosthenes' perseverance was rewarded and he became one of the great orators of his time. The story skillfully describes not only tenacity and sense of direction but also one specific cultural feature characteristic to ancient Greece. This feature is the important role of speech and oratorical skills. It follows from this that speech was more important than writing in managing public affairs. It's no wonder that rhetoric was one of the great virtues for the Greek.

The skill of speaking, rhetoric (*rhetoriké* in Greek) has been defined as eloquence or influential speech. To be more specific, rhetoric in this sense is a group of rules and principles through the use of which a speech can be made aesthetically pleasing and influential, efficient. For the people in ancient times rhetoric was more than anything a practical affair. The Greek though of it as technique (*tekhne*), while the Romans described it as an "art" (*ars*).

The most significant developer of rhetoric was, without a doubt, *Aristotle* (384–322 BCE). He set apart three types of rhetoric: the political speech (*deliberative*), the judicial speech (*forensic*) and a type of speech concerned with ceremonial events, in which the orator's objective is to prove his skills and abilities as a speaker (*epideictic*). In the first two cases the core is in developing a solution to a problem and making the public believe it by directing their opinion with rhetorical means. In ceremonial affairs rhetoric is used to make people admire the skills of the speaker. For example, when discussing a judicial speech, Aristotle advised the use of certain specific means in order to guarantee the outcome. The point of departure is in taking account of every essential aspect of the topic. In modern times, we might say that the speaker has to know how to recognize the problem, to concentrate on the essential. Aristotle developed specific techniques for these occasions. He thought that the speaker has to master certain manners of treatment in order to have something to say about different matters. Those manners are processes of thought that always take off from some place, figuratively speaking. These places, or points of reference, were called *topoi* (plural of *topos*).

What follows can be taken as examples of topoi. Sometimes it is useful to set off from juxtaposition, such as large/small or expensive/cheap. One application could be the reasoning often used by lawyers: if a greater wrong is allowed, the lesser wrong must be allowed as well. The relation of cause and effect can also be a topos, as can the conceptual pair of common/specif-

ic. They are places from which the speaker can begin his argumentation. For example, he can take specific case as his point of reference and then proceed to the common. In addition to topoi, perhaps the most crucial aspects of Aristotle's rhetoric are the proofs, since they are the means by which one can give rise to acceptance among the public. Examples of proofs are generalization (induction) and logical verification (deduction). Nevertheless, Aristotle also thought that a speech and a good orator always have to make the audience emotionally convinced as well.

A good speech has to be outlined clearly (*dispositio*), in addition to which its language has to be put into a beautiful form that is easy on the ears. This is the *elocutio*-part of the speech, the finishing touch. Since speeches were not written down in ancient times, one also needed various techniques of memorization. Only with their help could the orator concentrate all his skills on speaking and on winning over the public.

Rhetoric didn't have such a good reputation in antiquity. In his dialogue *Gorgias*, Plato paints a devastating picture of the titular person, the greatest sophist speaker, even though it has been said that it was Gorgias who realized that speech can even be used to produce fraud and make people believe a lie. This was the reason *Socrates* thought that the sophists' rhetoric was only flattery and impersonation, being nowhere close to influencing and persuasion. These masters of rhetoric lacked what is most important: the knowledge of the good, the truthful and the right. At their worst, the sophists taught that an opinion could be defended at any cost necessary. To emphasize: a good speaker had to know how to turn black into white.

As the significance of the speech as an influence on public opinion waned more generally in the Roman age – speech was partly replaced by written text – rhetoric began to acquire more and more negative connotations. Later on, it disappeared from the public scene and moved into (monastery) schools, where, as in universities, it was for a long time regarded as one of the seven liberal arts. The radical change brought on in the 13th century through the development of cities transferred the church into the center of the village, so to speak. The cathedral replaced the monasteries, giving birth to the sermon tradition as a counterbalance to seclusion and keeping rhetoric alive through the early Middle Ages. Still, rhetoric would have to step aside little by little and give room to more important issues. It has been said that rhetoric became art for art's sake and finally its destiny was complete disappearance from the group of important subjects taught in schools. Thus, rhetoric was covered by the merciful pastel dust of history.

The return of rhetoric into the legal context actually occurred only after the Second World War. Perhaps it is appropriate to associate this turn with the name of the German *Theodor Viehweg*, whose book ”Topik und Jurisprudenz” from 1954 has been reprinted four times and been translated to languages that include Italian, Spanish, Serbo-Croatian, Japanese and English (1993). This presentation doesn't offer space to develop Viehweg's central idea any further, so I will make do with the following remark.

Legal thinking isn't logical from top to bottom. When solving a legal problem a lawyer doesn't act according to the classic syllogistic model. Even though being logical is obviously a lawyer's virtue as well, law is ”something more”, something other than deductive reasoning. Legal discretion is problem-directed and ”topical”, developing its arguments from a certain point. This is the very thing that provides the connection with rhetoric. Nevertheless, even as Viehweg connects his thoughts to the ancient tradition of rhetoric while providing a detailed description of its development and characteristics, he still makes a decisive break with Antiquity. For Viehweg, rhetoric is no longer the art of speaking or persuasion: it is action, where argumentation holds a crucial position. To put the point differently, for Viehweg, rhetoric is a form of thinking, not a form of speaking. In this specific way, Viehweg can be held as a significant thinker in the development the influence of which reaches all the way to present-day Finland. To quote *Chaim Perelman*, I call this development the new rhetoric.

Perelman was a full-blooded philosopher and a philosophy professor, but he was a lawyer by education. This becomes clear in his unceasing interest in legal thinking. Therefore, there is much reason for calling his thinking not just moral-philosophical, but legal-theoretical as well. For Perelman, the basic question was: can the goodness or inferiority of value-goals be judged, and if this is possible, then what is the theoretical nature and structure of this judgment? He himself claims that this problem was of utmost importance to him after his dissertation on *Gottlob Frege*'s logic had been finished.

Perelman set out from the thought that logic can in no better way than empirical research answer the problem of the goodness/inferiority of value-goals. Logical reasoning is always valid but it is also tautological and in this sense empty. Two plus two equals four: no more, no less. One can't draw on actual reality to provide an answer for what is good or bad, beautiful or ugly, right or wrong, just as one cannot find out what should be done

or what is allowed or forbidden. If we are at an exhibition, looking at a painting that we perceive as beautiful, our stance cannot be explained by referring to certain empirical facts except if we have attached the description of beauty to a definition. Only then can we state with empirical means: this painting fills the criteria of the definition. It is beautiful. In any other sense, the beauty-test won't work empirically.

In this case Perelman whole-heartedly agreed with the thoughts of *David Hume*. The so-called Hume's guillotine cuts the actual world and values apart from each other. The way things are can in no way be used to draw thoughts on how things ought to be. The sun rises every morning, but it doesn't follow from this that the sun should – in a normative way – rise in the morning. It either is or is not in the sky, fully detached from the wants and hopes of men. To follow on this remark it should be said that one day the sun won't be in the sky, even if the "world spirit" ordered it. On the other hand, there probably won't be humans around to worry about the sun dying out when it happens.

When applied with law, Perelman's conception means that legal discretion is neither (purely) logical reasoning (deduction; demonstration) nor reasoning from generalizations to individual instances (induction). The thought of lawyers is on a "*third way*" between these points. This is what Perelman called argumentation. He saw that the manner in which an interpretation is justified and well-argued is not a composite of logical derivation, the rules of which have been given in advance but is put together from more or less efficient argumentation.

For Perelman, the success of the speaker or writer in his speech or written text wasn't essential or even important. What was important was the weight of the presented arguments. Here Perelman stands apart from some of the other classics of rhetoric, like *Kenneth Burke*, who wasn't interested in the "goodness" of argumentation, for he was more drawn to the hidden "rhetoricity" of our presentations, especially regarding the force and cunning inherent in rhetoric expressions. Once he has set his sights on the preconditions for "good" argumentation, Perelman takes an important step. He focuses his theory especially on how *mutual understanding* between people can be reached on such difficult matters as values, morality or law. Perelman's answer is typically derived from the teachings of the new rhetoric: Mutual understanding can only be reached through argumentation, which includes arguments, counter-arguments, additional questions and the explanation of all these areas.

This is the very idea that links the new rhetoric and the modern theory of argumentation. For example, juridical interpretation stands tall or falls in relation to its justification. Perelman saw the same in the area of morality. In this case, what is important is not the opinion on morality per se, for example, whether committing a certain act is morally justified, but the argumentation behind the moral standpoint.

Perelman calls this third way that comes naturally to reasoning in morality and law *dialectic*. What is sought in this context is the acceptance of claims that might be controversial through the presentation of arguments that can be more or less forceful but never purely formal. Argumentation is explanation for and against something, *pro & contra*.

It has been said that this is Perelman's greatest achievement as a philosopher. He disproved the idea of rhetoric as nothing but an eloquent tool for persuasion and returned it to its roots, to a question on the ways of convincing the receiver of the expression. The goal of argumentation is not persuasion, manipulation or mental intimidation. It should aim for *credibility*; for the receiver to commit to the result through the power of the arguments, not because the person giving the arguments is in a position of authority or backed by potential force. Both the process of argumentation and the end result have to be legitimate.

Perelman is correct to point out that it was Aristotle who originally chose to separate rhetoric and dialectic, even as he thought that the two were related, more or less adjacent pairs. In Perelman's own words: Dialectic deals with arguments used in disputes and bilateral conversations, while rhetoric focuses on the techniques of the public speaker as he speaks to a crowd of laymen gathered together in a public space, not equipped to follow more complicated reasoning.

Another turning point of rhetoric that should be held as Perelman's achievement is in his way of focusing on arguments presented to experts, not laymen. Dialectic is the speech of one expert to another. That is why it is well-suited for lawyers among others or perhaps them especially. While solving a legal problem, a lawyer isn't persuading others to assume his viewpoint, for he is trying to *convince* them – at least this should be his goal. The work of convincing others is achieved rationally, with respect to certain principles of reasonable conversation and by presenting contentual arguments. Among lawyers, arguments have commonly been called sources of law.

To simplify the point, legal discretion is like a game of chess where the principles of rational discretion are the rules and sources of law the piec-

es which the lawyer moves in the ways pointed out by the principles. Each move is either for or against the statement. The sum of the movements produces the whole, which we call the legal explanation of the solution.

Perelman saw that the presentation of arguments is always a *dialogue*. No one speaks or writes to himself. This point provides an interesting connection with the question of the impossibility of a private language, pondered by Ludwig Wittgenstein: Argumentation is always a social matter and a part of human communication. Therefore it always has to take place through some shared language. Law is not only a societal matter, for it is also communal and social, and through this fact it is unavoidably one form of both sociality and social interaction – communication, when it comes to language. It is naturally also a form of power, for coercion as an element of the use of power is inherent in law as law would at best be morality without this connection. For this reason the Perelmanian and Aristotelian rhetoric (dialectic) is closely linked with the theory of communication. Taking all this into account, it is no wonder that rhetoric after Perelman has turned largely into a theory of communicative rationality in the hands of *Jürgen Habermas* and *Robert Alexy*.

Conceptually, the Perelmanian dialogue includes two sides: Side A is the presenter of an argument, for example a conception on the interpretation of statute T, and side B the receiver, that can be an individual, a group or a community, even a universal community covering all peoples. Perelman called the receiver an audience. The idea of the conversational process is easy to grasp by focusing only on dialogue between two persons. A is the interpreter, B the receiver, i.e. audience. In this case, the core of legal discretion is squeezed into the question: What means are necessary to convince B of the validity of A's interpretation? The question splices the old rhetoric away from the new and makes a conceptual difference between speech-skills and argumentation. As speech-skills, rhetoric persuades and coaxes; it might flatter, manipulate or even invade the most sensitive areas of human privacy by shaping emotions. The new rhetoric stays far away from these matters. It deals with convincing the other party (audience) through the strength of the argumentation. When the argumentation is weighty enough, the receiver either accepts the presented idea as it is, bringing forth a (genuine) consensus on the matter, or is ready to make a fair compromise. The result is accepted because of the strength of the arguments, not because of the person presenting them.

This provides a new viewpoint also on the way Perelman separates demonstration (logical reasoning) and argumentation from each other. In demonstration, one follows certain rules of reasoning to arrive at formally *true* statements. Argumentation, on the other hand, consists of movement in a world of substantial ”truths”, thus giving rise to the problem of whether conceptions concerning values, morality or law can be ”true” or only more or less thoroughly explained. This question is important because legal interpretative arguments cannot be justified with reference to the empirical reality. A statement on the content of law has no ”correspondence” with external reality. There is no use with the concept of truth in legal science understood as an interpretative science.

Ilkka Niiniluoto (1980) is right to point out that the concept of truth should be defined specifically in a ”Tarskian” sense, that is, with the use of correspondence. This is why talk of ”legal truths” doesn't carry any weight. Rhetoric argumentation belongs to another matter, which I have called ”certainty” in my previous writings. In this way, Perelman's terminology differs from the one taken in this work.

In this context, Perelman himself speaks of the *probability* produced by argumentation, just like Alf Ross. Still, this expression isn't very accurate in describing the setting in the study of law. At its core, probability is a quantitative concept. When associated with legal comments, probability has more to do with *legitimacy* than mathematic-statistical probability. From beginning to end, argumentation is about what is acceptable at a specific occasion. Argumentation strives to ”bring together” the presenter and the receiver in a way that results in not only one person understanding the other's claim but also in an adequate mutual understanding.

What proved to be troublesome for Perelman was that each opinion given to an actual group turns into persuasion in practice. The presenter of the argument can't (at least this is often the case) separate rational and non-rational arguments, and this also stands for the receiver. Dialogue often includes prejudices, unfounded beliefs, impressions, emotions and will. Argumentation is distorted into rhetoric in its eloquent sense. Even though all speech and writing is directed at someone (an audience) it cannot, as a theoretical concept, be an actual community, i.e. a school class. The teachers and students can all too easily fall into the traps of persuasion and manipulation. The community that is the focus of the expressions has to be undefined in order to function as a party in a dialogue aimed at convincing the other.

For this purpose, Perelman adopted the concept of a *universal audience*. In the development of his theory, the concept is important but also easily misleading. The universal audience does draw attention away from persuasion and manipulation toward convincement and credibility, but the concept ”universal” is in itself problematic. If the universal audience includes all the individuals of the world at a given moment, it is not universal, to be specific. It is a composite of members of a given state at a given time, even if the amount of members reaches into the billions. A universal audience like this doesn't differ from a school class in any important way. On the contrary, it is an empirical certainty that it includes the collision of many interests deeply linked to culture. It is impossible to think that one could ”let arguments speak” in this empirically locked audience. Thus, the only alternative is a new definition of the universal audience, in order to salvage Perelman's central ideas.

If the concept ”universal” is used in a way similar to the ”universals” of logic, it is an abstraction that covers all possible words, so to speak. It includes all the receivers one can think of. A rational, mutual understanding in this universal audience would mean an objective truth, valid in all surroundings. If a dialogue focuses on morality, our definition of the universal audience leads to the observation that an objective result is reached even in moral questions. We can talk of a moral *truth*. Actually, Perelman refers to this principled possibility in his presentation of moral argumentation.

Still, the definition of the universal audience is problematic even when formulated in this way. In order to reach consensus through means apart from manipulation, we must assume that the members of the universal audience are wholly rational entities. It is only by this assumption that it becomes possible to think of the universal audience reaching unanimity or truth in moral or legal questions. For this reason, my understanding has all the while been that the concept of the universal audience is in need of fundamental repair. In doing this, I have adopted the concept of a partial universal audience. This terminological monstrosity surely needs some further clarification.

An audience that is partial as well as universal covers all the individuals who accept the terms of rational argumentation and commit to them. Therefore, it doesn't include – in the light of experience – every person in the world. Actually it isn't even essential to ponder who belongs to it, or who could belong to it in the actual world. The members of the partial universal audience are ”ideal creatures” and *the audience in itself is ideal*. It is as-

sumed that the members have internalized the ideal of rational conversation and committed themselves to it. This assumption is weaker than the one behind Perelman's universal audience. A partial audience has room for differences of opinion. It is possible that two members of the audience, sharing the same terms of rationality, commit to different moral presumptions, perhaps because of different (basic) interests. Rationality won't guarantee unanimity, or even a consensus, on moral with any logical certainty. All rationally deliberative people won't necessarily end up in the same result in difficult situations. Therefore, even an audience of rational individuals can split into two or more factions.

This is the core of the moderate value-relativism that I have defended on many occasions, partly in co-operation with my late colleague *Aleksander Peczenik*. Moderate value-relativism isn't any kind of "overtolerance" that allows everything and values each opinion as much as any other. It presupposes that value-comments and moral judgements are argued in a way that convinces a party that accepts rational arguments. Moderate value-relativism is an effort dominated by rationality, focused on getting past the apparent differences of opinion that separate people. In this way of thought, a rational discourse provides a way of achieving a fair compromise. After all, one of the characteristics of the concept of rationality is the ability to arrive at a compromise. In sensible consideration, this is a lesser evil than an unsolved conflict.

Thus, Perelman's rhetoric (or the general theory of argumentation developed afterwards) isn't left in a powerless state of gasping at the cruelty of men or our lesser unethical qualities. Nor does it reach for more than what man is capable of. The point is in the attempt to overcome randomness and to create a *model* for the way in which rational argumentation can function in the world of values, morality, and law without bringing forth results that can be deemed objectively "true". This might be called poor and meaningless idealism but in the end it is the kind of idealism that is needed on the level of theory.

An interesting contemporary perspective on the matter can be found with *Hilary Putnam* as he considers the difference between values and facts in the light of e.g. the theory of *Jürgen Habermas*. Putnam's claim is that the model for ideal argumentation isn't meaningless even though it is a model in the true sense of the word. There is no other way for theory or general thinking that surpasses everyday experience to serve the people. The ideal model helps to draw up directions, or landmarks of sorts, for those who are ready to stand against the irrationality of everyday reality.

Perelman's new rhetoric cannot change the world any more than the theory of argumentation. People are as cruel from generation to generation and their ears remain deaf to the call of rationality. But Chaim Perelman has lit a beacon for those who still have a conscience to listen to the sound of reason in a world of irrationality, to let arguments speak on the expense of emotions and prejudices.

The new rhetoric was a significant turning point for the part of legal *theory*. With its help, a break away from both judicial and legal positivism could be achieved. In this sense, the new rhetoric prepared and strengthened the ground for the hermeneutic approach. On the other hand, it shouldn't be said of either the new rhetoric or hermeneutics that they offer precise guidance for legal argumentation. They are not *methods*, in the actual sense of the word, even though hermeneutics implicitly contains notions of how texts have to be (should be) interpreted. *Tomasz Gizbert-Studnici* has made a fascinating contribution to this matter when stating that even though hermeneutics is normative in a hidden way, it is primarily a *background philosophy* for argumentation (or interpretation), giving answers to what interpretation is, not to the ways in which a "sufficiently right" interpretation can be justified.

The additional value produced by the modern theory of argumentation, for example through the work of *Robert Alexy*, resides to a large degree in repairing the "methodological deficits" of the new rhetoric. This is because Perelman himself doesn't give an answer to *how* the examined texts should be interpreted in legal science. In other words, his theory remains vague on the kinds of discretionary rules used to produce arguments or the ways in which these arguments can be justified.

In common usage, questions like this are rarely put forth. What use would a lawyer or a judge have for thoughts on the foundations of law or ideas on the essence of values? His task is to come to an understanding on the content of the legal rules covering a certain type of case or an individual one. So, why ask something one must remain silent about? The problem is presented in a new light when and if the task is turned around and one focuses on the *common usages* in themselves. This step is an entry point to a second degree, to the meta-level. On this level, the basic question is not the case-specific content of the legal order, but (for example) the nature of the legal order *as a legal order* and the nature of legal science *as legal thought*. It is at this very point, in the *difference of the questions*, that one can clearly grasp the difference between the viewpoints of legal science and legal theory.

These views can be clarified by taking three additional steps. The first step is the *recognition of the target* of legal science. This could be called the ontological step. It is only the recognition of the target that makes it possible to think about questions concerning so-called ”knowing”, for example the following: What does the idea of the ”truth” of legal science being conceptually ”thinner” than the truth of so-called hard sciences, an idea defended by Perelman, mean? If we consider, like I have grown used to doing, the ”certainty” of propositions or notions, not their truth in a Tarskian sense, we must be able to prove *what kind of certainty* can legal theory discuss in the context of legal science. This is an epistemological problem, even though the focus is on a softer type of certainty in relation to knowledge. In the end, the epistemological question, however it may be formulated, always reverts to a question of ontology from a philosophical viewpoint. One must justify a credible answer to the question on the *kind of certainty* legal science discusses when one puts forth conceptions on norms, institutions, and normative behavior.

It is in this very sense that the epistemological step always follows after the ontological. The same relation prevails between epistemology and methodology. Only when we know something about the nature of ”knowing” in legal science, can we move on to considerations of method and take the methodological step by thinking about the conditions, structure and rules of the legal discourse.

Questions of ontology, epistemology and methodology are of particular interest when we try to describe the status of legal science among the family of sciences. By legal science, I mean the traditional legal-dogmatic research (Rechtsdogmatik). This is the case especially because it seems that the question of legal science’s nature *as a science* seems to be a recurring one in the field of legal theory.

One of the consequences of Perelman’s new rhetoric is that we must abandon different kinds of empirical attempts to characterize legal dogmatics, the realism represented by *Alf Ross* as one example of them. The new rhetoric doesn’t grant an empirical status to legal science. The most common criticism of Perelman has been that legal dogmatics is not a science at all if the truth-quality is removed from its statements, replaced only by talk of certainty and degrees of certainty. Legal dogmatics has to be scientific to at least some degree if we take into account the field’s official name.

Worries such as these are understandable, although I don’t consider myself one of those who think that the ”scientific nature” of legal science is

one of the biggest problems in legal thinking. Nevertheless, since the question has been formulated, we must have some kind of an answer to it. To give this answer, we don't need to look for support from the narrow scientific criteria of legal or judicial positivism. Science has other characteristics that do more justice to legal research than the ones suggested by the empiricists. One must only take a different point of view.

Instead of asking what can generally be considered science, we can examine actual legal research and its essential qualities. The starting point for theory formation is in legal-dogmatic research as it is practiced especially in continental Europe. When the essential qualities of legal dogmatics as an interpretative science have been uncovered, it becomes possible to evaluate the concept of science in the light of which legal statements are "scientific", that is, the kind of (credible) concept of science that can be formulated to suit the needs of legal science. Two characteristics take the key position here: The *methodicalness* of the research as well as the *controllability* of the presented arguments. If legal dogmatics fails both or one of these tests, it doesn't deserve the value of scientific research.

My own answer is based not only on present practices but also on the history of legal dogmatics that can be recognized in different European countries. Both the present and earlier legal dogmatics fill the demand of methodicalness rather well. The methodicalness of legal regulations can even be called one of the core issues of legal dogmatics, even though it is bound to its time and to the special needs of each society. Therefore the methodical needs of late-19th century German legal science are quite different from the ones of the Finnish analytic tradition after the Second World War. Still, theoretically both were dealing with the meeting of the methodical need characteristic to science.

The new rhetoric and the theory of argumentation it inspired have proven that the statements of legal dogmatics can be controlled with rational criteria. We must let the arguments speak, and whenever this happens, legal dogmatics joins the family of sciences as its sovereign member. In this sense it was Theodor Viehweg and Chaim Perelman who, more than anyone else, turned over a new leaf for European legal thought. This is a good place from which to proceed.

Maarit Jänterä-Jareborg

Family Law in the European Judicial Space – Concerns Regarding Nation-State's Autonomy and Legal Coherence

The European Union and family law statistics

- The EU consists of 27 member states and of a population of approximately 500 million inhabitants.[1] Its two latest enlargements (2004 and 2007) resulted in more than 125 million new EU citizens.
- An estimated 7 million EU citizens live in another member state.
- Around 25 million third state citizens reside in the EU.
- The EU has 23 official languages.
- Various religions confessions coexist.
- The number of divorces pro year with foreign connections (= international divorces) is estimated to be 170 000 which amounts to about 16 % of the total number.[2] No statistics are available regarding families that live split between member states.

These figures come from various sources[3] and are not in all respects accurate. Still, they give an indication of the degree to which family law matters can be expected to have cross-border implications. The figures also indicate EU's cultural diversity in form of various nationalities, languages, and even religions. A fact that is not adequately reflected in the EU rhetoric of *citizens' cross-border Europe* is that third state citizens are far more common immigrants in the member states than citizens of other member states. Although the EU does not directly encourage migration of third state citizens into the territory of the member states, once their residence is legal and habitual, they are covered by the EU's specific instruments on family law.

---

1 Situation by 1 January 2009.

2 The accuracy of this figure is disputed. See, e.g., *David Hodson*: "Rome III: Subsidiarity, Proportionality and the House of Lords", International Family Law, March 2007, p. 33.

3 For example from various web-sites, the Commission's Green Papers and studies ordered by the Commission, such as "Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimonie des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats members de Union".

An introduction to the European Union's present engagement in family law

Focus on cross-border family relations

The Amsterdam Treaty[4] entailed two major changes regarding civil law cooperation within the European Union. Firstly, the legal basis for such cooperation was transferred from the multilateral "3rd pillar" into the "1st pillar" of community law. Secondly, the scope of this cooperation was included to cover also matters of family law,[5] on condition that there are cross-border implications. The latter have so far consisted primarily of issues such as marriage dissolution by divorce, parental responsibilities and maintenance, in respect of which special *EU Regulations*[6] have been adopted.[7] Also issues such as inheritance and wills, property relations between spouses and, possibly, even between persons cohabiting together as a couple out of marriage, are on the agenda, awaiting Commission proposals for new regulations.[8] According to the plan, the European Union's family law reform program, including all these issues, should be carried out by the year 2011. Most likely, a certain delay is to be expected.

Nevertheless, the program has many gaps and will not result in a comprehensive system of a cross-border family law for the EU. From point of view of coherence in community law, it could be claimed to be desirable

---

4 This Treaty, amending the EC Treaty, dates back to 1997 and entered into force on 1 May, 1999.

5 The previous civil law cooperation within the EU had focused on the law of obligations. Its main achievements were the Brussels Convention on jurisdiction and recognition of judgments in civil and commercial matters (1969) and the Rome Convention on the law applicable to contracts (1980).

6 A Regulation is directly applicable in the member states and does not need to be implemented in any special order. Furthermore, regulations become part of "l'acquis communautaire".

7 Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing regulation (EC) No. 1347/2000 (known as *the Brussels II bis Regulation*), and Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (known as *the EU Maintenance Regulation*).

8 The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, adopted by the European Council 4–5 November 2004. See also Council and Commission Action Plan implementing the Hague Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union, Official Journal C 198, 12 August 2005.

with one single and all-embracing EU regulation on family law matters.[9] On the other hand, to the extent the community legislator takes action, the member states correspondingly loose their legislative competence.[10] Once a regulation is adopted, the consequences are far-reaching, on different levels. Member states not only receive common rules, but loose their legislative sovereignty in the concerned subject matter. From then on, the legislative competence in the area covered belongs exclusively to the Community, also in relation to third states.[11] The many ongoing and planned projects confirm that cross-border family law is an area of priority within the EU.

These legislative activities are directly linked with the EU's ambitions to promote integration within the Union and to bring the Union's activities closer to the lives and needs of the citizens of the Union. People shall be able to identify themselves as Europeans,[12] in an ever closer union of the peoples of Europe, in the "European area of freedom, security and justice". The point of departure is, ideologically, the presumption that the existing differences in family law constitute an obstacle to the citizens' free movement. Citizens refrain from moving from one member state to another in fear of that this might negatively affect their family law status and the family law rights they enjoy in their present home-state. With better legal security, in particular relating to the continuity of personal legal relationships,[13]

---

[9] See *Katharina Boele-Woelki:* "To be, or not to be: Enhanced cooperation in international divorce law within the European Union", Victoria Wellington University Law Review 2008, Vol 39 No 4, pp. 779–792.

[10] This follows of the community's so-called ERTA case law. In December 2008, the Commission presented proposals for regulations, granting member states the right to, exceptionally, conclude bilateral agreements with third states within certain areas falling under civil law cooperation. Considering the narrow criteria and strict conditions, the practical implications of this initiative seem limited.

[11] If the community measures only cover certain aspects, e.g., questions of jurisdiction, recognition and enforcement, but not choice of law, then the legislative competence is shared between the community legislator and the nation-state legislator, the latter retaining its competence in the area not covered.

[12] For this purpose, launching the concept of "European citizenship" was important. This concept received constitutional status through the 1992 EU Treaty. More generally on concerns regarding European identity, see *Päivi Leino:* "Rights, rules and democracy in the EU enlargement process: Between universalism and identity", Austrian Review of International and European Law 2004, pp. 57–70.

[13] See *Roberto Baratta:* "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC", Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2007, pp. 4–11.

the mobility of persons increases and the internal market will function more effectively.[14] The chosen method, so far, is to adopt uniform rules for EU member states regarding *cross-border* family relations. With focus on cross-border relations, common rules of private international law became the tool.

Features

The limitation to cross-border situations is reflected in the relevant legal basis for community measures, contained in Articles 61(c) and 65 of the EC Treaty. The measures must, furthermore, be necessary for the proper functioning of the internal market. In addition, according to Article 67.5, measures of family law must be adopted unanimously by the member states, each member state having a ”veto right”.[15] The importance of having every member state ”on board” in this manner, agreeing to the measures to be adopted, is linked with the wide-spread notion of family law as a mirror of each nation-state’s ”culture”.

At this stage, any reader who is not a specialist of private international law may need concrete guidance. What does this cooperation more concretely entail? What are its main features and objectives? These are short-listed below, by using the prevailing community rules on jurisdiction and recognition in matters of divorce and parental responsibilities (the so-called Brussels II *bis* Regulation)[16] as an example.[17]

---

[14] Market integration remains the key concept. See *F. G. Jacobs*: ”The Evolution of the European Legal Order”, 41 Common Market Law Review 2004, p. 304. – The ideology described above appears hollow in light of, e.g., the so-called Citizens’ Directive and its many restrictions regarding the citizens’ right to freely move and reside within the territory of the member states. See Directive 2004/58/EC of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.

[15] The necessary clarification as regards family law measures was brought forth by the Treaty of Nice. It should also be pointed out that the United Kingdom and Ireland are not automatically included in this civil law cooperation, but may ”opt into” the adopted instruments. Denmark remains outside, without opt-in possibilities.

[16] See above, note 7.

[17] For an analysis of the EU’s Maintenance Regulation, see *Michael Hellner:* ”The Maintenance Regulation: A Critical Assessment of the Commission’s Proposal”, In: European Challenges in Contemporary Family Law, 2008, pp. 343–378.

(a) *Judgments* and decisions by courts, in matters included in the cooperation, shall *circulate freely* within the EU. Free circulation in this context means that a decision by a member state's court is not only valid in the state where it was given, but will be recognized in the other EU member states. If, e.g., Swedish wife A and French husband B have been granted a divorce by decision of a French court, that decision is recognized in all the member states. This is provided by the rules on recognition of the Brussels II *bis* Regulation. When A later on moves to Sweden, she does not need to have the French divorce decree confirmed by a Swedish court, or initiate new divorce proceedings against B in Sweden. And even if she would wish to do so, she cannot, because of the *res judicata* effect of the French decision!

(b) Each EU citizen shall have *access to justice* within the EU. This means, primarily, that according to community rules a court will be available for the citizen, within the member states' territory, to examine any legal claims by the citizen. A respondent is protected against a member state's national rules on jurisdiction. When the French-Swedish couple, mentioned under (a) contemplates divorce, the rules of the Brussels II *bis* Regulation decide in which member state(s) divorce proceedings can be initiated.

(c) Effective legal cooperation and special legal mechanisms (e.g. certificates) exist among the member states, enabling citizens to exercise their legal rights. If, e.g., a child habitually resident in a member state is unlawfully removed to another member state by a parent who has moved to that state, the child shall be returned without delay. The Brussels II *bis* Regulation supplements the rules of the 1980 Hague Child Abduction Convention in order to achieve a more efficient return mechanism. Decisions on return shall be taken without delay, and the grounds for refusing to return an abducted child are cut down to the minimum. Any parent who has been granted access rights with his or her children living in a member state shall be able to rely on and exercise those rights also in another member state where that parent resides.

So far, as also the examples demonstrate, the focus of community actions has been on procedural issues: recognition and enforcement of decisions given in other member states, co-ordination of jurisdiction among member states' courts, and legal cooperation among member states' authorities. Many believe that this is also the very limit for unified law.[18] The EU's action

[18] Sections "Extending cooperation to choice of law", "Family law and coherence – cross border challenges" and "What next – future prospects" below show that this author sympathizes with such a view. – In the continental legal scholarship this model is often called "the principle of recognition" of, e.g., an achieved family law status. See, e.g., *Baratta,* above note 13; *Dagmar Coester-Waltjen*: "Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf", In: Festskrift Jayme I, 2004, pp. 121 ff.; *Dieter Martiny*, "Objectives and values of (private) international law in family law", In: International Family Law for the European Union, 2007, p. 72. In multi-national cooperation, e.g., within The Hague Conference on Private International Law, choice of law instruments have remained of secondary importance.

plans enhance, however, a further vision, namely the enactment of unified rules on choice of law. This vision enjoys wide support in continental European scholarship. In this respect, the reasoning is as follows.

(d) The same rules should apply irrespective of in which member state the proceedings take place. This, according to the EU Commission, ”reinforces the mutual trust in the judicial decisions given in another member state”.[19] When, e.g., the French-Swedish couple, mentioned above, is facing divorce, uniform choice of law rules should guarantee that the same state’s law is applied, irrespective of in which member state’s court the proceedings take place. In this manner, the applicable law would be predictable and the parties would have no reason to engage in ”forum shopping”. At present divergent choice of law approaches are followed among the member states, with different outcomes regarding the law applicable.

Analysis

Evidently, the present and planned measures are not aimed to introduce a ”European standard” of substantive family law or to promote a particular European family law policy, save for the exercise of rights across the borders of member states.[20] This may be a disappointment for any truly European-minded person.[21] On the other hand, limiting the joint measures to cross-border situations was the only politically plausible solution in the 1990’s when the Amsterdam Treaty was adopted. Of all fields of law family law is, by reputation, the most ”culturally constrained” field, deeply em-

---

[19] See Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No. 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters. Brussels 17.7.2006 COM (2006) 399 final, 2206/0135 (CNS).

[20] For a comprehensive analysis, from various perspectives, see International Family Law for the European Union, Meeusen, Pertegás, Straetmans, Swennen (Eds), 2007.

[21] Örücü, e.g., advocates substantive rules setting a European standard, in response to demands of feelings of fairness, justice, security and equality. Issues of family law should be solved at a European level. Spontaneous harmonization, i.e., when national family laws develop in the same direction, it too inefficient and takes too much time. Through community actions, a European identity could be created. See *Esin Örücü*: ”Viewing the work in progress of the Commission on European Family Law”, International Family Law Forum 2005, pp. 222–226. For proposals and guidelines concerning such rules, see *K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny and W. Pintens:* Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, 2004, and [same authors] Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, 2007.

bedded in each nation-state's history, culture, any dominating religion, as well as political and societal developments.[22] In the preamble to the EC Treaty, the member states undertake to respect each others' history, culture and traditions. The EC Treaty does not provide any legal ground for substantive harmonization of family law.

Common rules of private international law are, at the outset, a suitable instrument also with regard to the EC Treaty's principles of subsidiarity and proportionality.[23] As basically formal rules, limited to selecting the competent jurisdiction or the law applicable, or stating the conditions for recognition of other states' judgments, they appear less sensitive from the point of view of the member states' cultures and traditions. Transferring legislative competence from the member states to the community is therefore acceptable, because member states retain their legal sovereignty regarding more sensitive fields, such as substantive family law and the law of procedure. Still, even these rules may entail a certain level of harmonization of the law of procedure and carry with them a legal terminology that deviates from established national terminology. An important example of the latter is the Brussels II *bis* Regulation's concept of "parental responsibility" which lacks a counterpart in, e.g., Finnish and Swedish family law.[24]

A further concern is that special community rules for cross-border families add an additional set of rules to the already numerous existing sets of rules in each member state. For example in Finnish and Swedish private international law, four different systems (sets of rules) apply to cross-border relations: a) community rules; b) inter-Nordic rules; c) other treaty-based rules; and, last, d) generally applicable national (autonomous) rules when the criteria for application of any of the other sets of rules are not fulfilled. Even if community rules normally take precedence, they are not

---

[22] Opinions like this were very common in the 1960's, and still exist. Meulders-Klein, e.g., emphasizes that European countries must retain "their democratic freedom to choose their own laws in such a fundamental and specific area as family law". According to her, harmonization would destroy cultural identity. See *Marie-Thérèse Meulders-Klein*: "Towards a uniform European family law? A political approach." In: Convergence and Divergence of Family Law in Europe, 2007, p. 272.

[23] Of relevance was also that the Community had previous and, allegedly, positive experience of special cross-border regulations within the law of obligations. If common rules of private international law had worked so well in civil and commercial matters, why not extend them to family law?

[24] See below the preliminary ruling of the EC Court in Case C-435/06.

all-embracing.[25] This requires knowledgeable judges and practitioners who ”master the game” and are able to combine rules from different systems.

My contribution focuses on issues such as a member state’s autonomy (legal sovereignty) and, in particular, legal coherence both on a nation-state level and on a community level. I wish to draw attention to the close links between each nation-state’s private international law and its substantive family law. This link is of particular importance in sensitive areas such as divorce law and *it is most marked in respect of choice of law*. In such areas, each nation-state has an interest in controlling if and to what extent foreign law may replace forum law. Community rules on choice of law can be expected to increase the number of cases where a national court is expected to apply foreign law. This raises both substantive and technical concerns which will be developed in sections ”Family law and coherence” and ”Future prospects”, below. To put it shortly, as a tool of European integration unified rules on choice of law have considerable shortcomings.

Community rules in action – examples from case law

A preliminary ruling from the EC Court – divorce jurisdiction

By the end of 2008 the EC Court had delivered two preliminary rulings, following the normal procedure,[26] concerning the application of the Brussels II *bis* Regulation. One of these cases concerns the Regulation’s rules on jurisdiction, the other its rules on recognition and enforcement and, in particular, the concept of ”civil matters”. Interestingly enough, both of these cases originate from the Nordic States, from Sweden and Finland respectively.

Sundelind Lopez v. Lopez Lizazo[27] concerns the relation between a member state’s national rules on divorce jurisdiction (as residual rules) and the community rules on such jurisdiction. As the case illustrates, national rules tend to favour the jurisdiction of the court where the proceedings are initiated, whereas community rules often are more restrictive.

---

[25] The Brussels II *bis* Regulation can be given as an example. It covers matters of marriage dissolution and parental responsibility, so far as jurisdiction, recognition and enforcement are concerned. But it does not include any rules on choice of law. To decide which state’s law is applicable, other sets of rules must be applied in each member state of the EU.

[26] See Article 23 of the Statute of the Court of Justice.

[27] Case C-68/07.

A woman of Swedish nationality had married a Cuban citizen. Both spouses were habitually resident in France until the husband moved to Cuba. The wife, who had remained habitually resident in France, wished to initiate divorce proceedings in Sweden. In favour of a Swedish court's jurisdiction she referred to Sweden's residual jurisdiction in accordance with Article 7[28] of the Brussels II *bis* Regulation and to the rules of an autonomous Swedish enactment concerning, i.a., jurisdiction in cross-border divorce cases.[29] According to the last-mentioned rules, Swedish courts have jurisdiction, when the claimant is a Swedish citizen, and is either habitually resident in Sweden *or* had previously, after the age of 18 years, been habitually resident in Sweden. In her case, such requirements were fulfilled. The claimant argued, furthermore, that the Brussels II *bis* Regulation's grounds of jurisdiction could not be interpreted to be exclusively applicable against a respondent who is not a national of a Member State or habitually resident in a Member State.[30]

Since it was not possible to serve the husband in Cuba the wife's application for divorce, the Swedish court, in accordance with Swedish legal practice, appointed a personal representative (so-called *god man*) for him, to protect his interests in the case. The personal representative challenged the jurisdiction of a Swedish court. The first and second instance courts in Sweden declined jurisdiction, by reference to the Brussels II *bis* Regulation. None of the general jurisdictional grounds in its main provision on jurisdiction (Article 3) gave Swedish courts jurisdiction, whereas French courts would have been competent (on several grounds).[31] In the courts'

---

[28] Article 7.2 reads as follows: "As against a respondent who is not habitually resident and is not either a national of a Member State or, in the case of the United Kingdom and Ireland, does not have his 'domicile' within the territory of the latter Member States, any national of a Member State who is habitually resident within the territory of another Member State may, like the nationals of that State, avail himself of the rules of jurisdiction applicable in that State."

[29] Act (1904:25 p. 1) on Certain International Issues Concerning Marriage and Guardianship, Chapter 3. The divorce rules of this Act were thoroughly revised in 1973.

[30] According to Article 6 of the Regulation a spouse who is (a) habitually resident in the territory of a Member State, or (b) is a national of a Member State may be sued in *another* Member State only in accordance with Articles 3–5.

[31] According to Article 3, jurisdiction lies with the courts of a Member State where (i) the spouses are habitually resident, or (ii) the spouses last were habitually resident and one of them still resides, or (iii) the respondent is habitually resident, or (iv) either of the jointly applying spouses is habitually resident, or (v) the applicant is habitually resident if he or she

opinion, residual jurisdiction in accordance with Article 7 is of relevance only when no Member State has jurisdiction under the Regulation.

On appeal, the Swedish Supreme Court (third and last instance) posed the following request for a preliminary ruling by the EC Court:

> ”Where the respondent in a case concerning divorce is neither resident in a Member State nor a citizen of a Member State, may the case be heard by a court in a Member State which does not have jurisdiction under Article 3, even though a court in another Member State may have jurisdiction by application of one of the rules on jurisdiction set out in Article 3?”

Hardly surprisingly, the EC Court's preliminary ruling went against the claimant. Since another member state's courts had jurisdiction under Article 3, Articles 6 and 7 could not be interpreted to give a Swedish court the right to hear the petition on Sweden's national jurisdictional grounds.

Comment and comparison

This case illustrates that the Regulation also works in favour of third state nationals when there is a reasonable link to a member state's territory. I do not dispute the ruling which, correctly, favoured giving full effect to the rules of jurisdiction in the Regulation. But was ”justice” done? According to the claimant it was important for her to have her application examined by a Swedish court, because of procedural differences between French and Swedish divorce laws.[32] A French court could not grant her a divorce, as long as the documents could not be served on the respondent. In Swedish law, in such a case, it would be enough to appoint a personal representative for the respondent; divorce could then be granted.[33]

The jurisdictional grounds of the Brussels II *bis* Regulation are extensive, but still leave certain residual jurisdiction for the member states' courts. I

---

resided there for at least one year immediately before the application was made, or (vi) the applicant is habitually resident if he or she resided there for at least six months immediately before the application and is either a national of that State or domiciled there, or where both spouse are nationals or ”domiciled” (as understood under the laws of the United Kingdom and Ireland).

[32] Another reason could, however, well have been that the Swedish divorce rules are far more permissive than the French divorce rules.

[33] If the personal representative objects to the divorce, then a reconsideration period of six months starts running. After that period has lapsed, divorce shall be granted upon a renewed application by the claimant.

would claim that it is not easy for an ordinary person to understand when the community rules apply and when they do not. Contrast the following fictive case with the outcome in the case of *Sundelind Lopez v. Lopez Lizazo*.

A woman of Swedish nationality has married a Cuban citizen. Both spouses were habitually resident in the United States of America until the husband moved to Cuba. The wife, who has remained habitually resident in the USA, wishes to initiate divorce proceedings in Sweden. In favour of a Swedish court's jurisdiction she refers to the previously mentioned jurisdictional ground in Swedish law, granting Swedish courts jurisdiction when the claimant is a Swedish citizen and, after the age of 18 years, had been habitually resident in Sweden. In her case, these requirements are fulfilled.

The Swedish court fails in serving the wife's application for divorce to the husband in Cuba. As a result, the court appoints a personal representative to defend his interests in the case. The personal representative accepts the jurisdiction of the court.[34] As the parties have no children under the age of sixteen, the personal representative consents to the wife's claim. Swedish court grants the divorce, which becomes legally effective after the passing of a period of three weeks for appeal.

In a case like this, the link to the EU member states' territory is as such not sufficient for the Regulation to apply. In other words, the Regulation does not grant jurisdiction for any member state's court. Instead, courts have access to their residual rules on jurisdiction. Different sets of rules apply, resulting in different treatment of litigants.[35] I doubt that ordinary

---

[34] Considering the clarity of the law in this respect, this is normal practice in cases where a personal representative has been appointed for an absent respondent, who has not been delivered the summons.

[35] The EU Commission's proposal of 2006 for common rules on choice of law (above note 19) also included amendments of the Brussels II *bis* Regulation's rules on jurisdiction, extending community competence. A new wording of Article 7 was proposed. "Where none of the spouses is habitually resident in the territory of a Member State and do not have a common nationality of a Member State, or, in the case of the United Kingdom and Ireland do not have their 'domicile' within the territory of one of the latter Member States, the courts of a Member State are competent by virtue of the fact that (a) the spouses had their common previous habitual residence in the territory of that Member State for at least three years; or (b) one of the spouses has the nationality of that Member State, or, in the case of the United Kingdom or Ireland, has his or her 'domicile' in the territory of one of the latter Member States." With this wording, there would in practice be no residual jurisdiction left for the national courts. Also our hypothetical case with links to Sweden, USA and Cuba would be consumed.

people understand such differences or find the community rules to be an improvement, when it runs counter to their interests.

A preliminary ruling from the EC Court – ”civil matters” regarding child protection

The case ”C”[36] concerns two small children of Finnish nationality but habitually resident in Sweden together with their parents. Due to serious deficiencies in the children's home environment, risking their health and safety, the Swedish local social welfare board ordered the children to be immediately taken into care, with a view of placing them in a foster family outside their original home. The board's order was confirmed by decision of a Swedish administrative court, as required under Swedish law when children are taken into care without the consent of their parents. Meanwhile, the mother took residence in Finland accompanied by her children. Swedish authorities requested the children to be returned to Sweden from Finland, by reference to Nordic harmonized legislation from 1970 concerning enforcement of administrative decisions relating to the care and placement of persons.[37] A decision to that effect was taken in Finland, but appealed by the mother. When the case reached the Finnish Supreme Administrative Court (third and last instance) this court turned to the EC Court for a preliminary ruling concerning, essentially, whether the measures qualified as referring to ”civil matters” and, as a result, were covered by the Brussels II *bis* Regulation. In Finland, as well as in Sweden, decisions on the taking into care and placement of children against parental consent are governed by public law rules. Such decisions had, so far, also been included within the application of the Nordic harmonized rules.

The EC Court established that the case was exclusively covered by the Brussels II *bis* Regulation, with the result that the Swedish decision could not be enforced in Finland in accordance with the harmonized Nordic rules. In its decision, the Court emphasized, in particular, two factors. Firstly, the Brussels II *bis* Regulation's scope regarding ”civil matters” was to be interpreted in an autonomous manner and, indeed, covered the measures in ques-

[36] Case C-435/06.

[37] All Nordic states have similar enactments, which are based on an agreement between the five concerned states on harmonized rules in the concerned field. The cooperation takes place in form of relative simple executive assistance.

tion irrespective of their qualification in a member state's national law. Secondly, the Regulation set aside any Nordic harmonized rules, save those in respect of which a special exception had been made.[38] The Court also emphasized the member states' duty to give full effect to community rules.

Comment

The EC Court's preliminary ruling in this case runs counter to how the Brussels II *bis* Regulation's scope of applicability was envisaged (at least by Finland and Sweden) when it was under negotiation. The Regulation mirrors largely the 1996 Hague Convention for the international protection of children.[39] The Regulation is, nevertheless, according to its wording limited to "civil matters" (Article 1) whereas the Hague Convention covers both private law and public law measures. Concluding that public law measures are excluded, the Nordic EU member states saw no reason to request any exception in relation to the harmonized Nordic *public* law rules.

The Hague Convention contains a special article (Article 52) which, i.a., gives contracting states with special regional links the right to continue to apply in their mutual relations, e.g., harmonized law. With a more narrow interpretation by the EC Court, the Nordic public law measures on child protection would have remained a "regional" affair, also after the Nordic states have ratified the Hague Convention.

The Court's ruling illustrates the potential of EC law, to "pop up" where least expected, as well as community rules' lack of transparency concerning what they in fact entail.[40] In this concrete case, the ruling sets aside a simple, well-established and more flexible model of (Nordic) cooperation

---

[389] Article 59 grants an exception in respect of continued application between Finland and Sweden of the 1931 Nordic Convention on rules of private international law concerning marriage, adoption and guardianship. Denmark does not participate in the civil law cooperation opened by the Amsterdam Treaty, see above note 15.

[39] Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. In the field of this Convention, legislative competence is shared between the Community and the member states. It is expected that all EU member states will have ratified this Convention by mid 2010 (by special permission of the Community). Also the Nordic states outside of EU (= Iceland and Norway) or its civil law cooperation (Denmark) are expected to ratify it.

[40] See *Thomas Wilhelmsson*: "Jack-in-the-box theory of European community law". In: Krämer, Micklitz and Tonner (eds), Law and Diffuse Interests in the European Legal Order, 1997, pp. 174–194.

which is based on an automatic recognition of the other concerned states' decisions with no requirements of exequatur.[41]

A new procedure for urgent preliminary rulings: child protection as a test case

In January 2008, the EC Court amended its rules of procedure to enable urgent preliminary rulings in exceptional cases.[42] The new procedure was applied in case C-195/08, concerning the return of an abducted child to the child's member state of origin, in accordance with the Brussels II *bis* Regulation (Article 11).[43]

A child (then 1,5 years old) habitually resident in Germany was unlawfully retained by her mother in Lithuania. The left-behind father applied for the return of the child to Germany at a Lithuanian court. The first instance court refused his application. That decision was overruled by the next instance court which ordered the return of the child to Germany. The order to return the child was, however, suspended several times. On the other hand, the mother's application to re-open the proceedings in Lithuania, on the basis of new circumstances and the child's best interests, was dismissed on the ground that jurisdiction belonged exclusively to German courts.[44] In connection with a subsequent divorce decree in Germany between the parents, the German court awarded the father permanent custody of the child and ordered the mother to return the child to Germany to the care of her father. The mother's appeal was dismissed in Germany. The mother then applied to a Lithuanian court for non-recognition of the German judgment in so far as it concerned the custody of the child and the return of the child to Germany. In its request for a preliminary ruling, the Lithuanian court

---

[41] Theoretically, this case could also have qualified as a case of unlawful removal of children, falling under the 1980 Hague Convention on civil aspects of unlawful removal of children. When the children were taken from Sweden to Finland, they were in the care of the social welfare board which also had the authority to decide on their place of residence.

[42] See OJ, L 24/39 29.1.2008.

[43] In its judgment the EC Court emphasized the need to act urgently where any delay would be unfavourable to the relationship between the child and the left-behind parent, risking to damage the relationship irreparably. The Court's decision to apply the urgent procedure to a case relating to the care of a child is praiseworthy.

[44] This follows of the rules of jurisdiction in the Brussels II *bis* Regulation, see in particular Article 10.

posed, i.a., the question whether it was possible to apply for non-recognition of a judgment when no application had been submitted for the recognition of that judgment. According to the EC Court "opposition to the recognition of the decision ordering return of the child is not permitted and it is for the requested court only to declare the enforceability of the certified decision (= the German order) and to allow the immediate return of the child".

By the time of the ruling the child had been unlawfully retained in Lithuania during a period of two years. The ruling gives at hand that it is not possible to refuse enforcement of a return order from the child's member state of origin and that the member state of refuge must allow the immediate return of the child. Also this ruling raises certain basic concerns. Namely, the Brussels II *bis* Regulation does not regulate how (or on what conditions) the enforcement is to take place. Following the model of the 1996 Hague Convention, the Brussels II *bis* Regulation only provides for enforcement of other member states' judgments. This has been interpreted in, e.g., Sweden to mean that the member state where enforcement is sought will apply its own domestic law to the enforcement as such.[45] Judgments from other member states will be enforced – or refused enforcement – on exactly the same grounds as similar domestic judgments. According to the point of departure in Swedish law, the child's best interests shall be of paramount interest in all enforcement.[46] In certain cases, enforcement must be refused with regard to these interests. This position is difficult – or even impossible – to combine with the EC Court's ruling in the present case. Whereas the Court admits that "the object of the Regulation is not to unify the rules of substantive law and of procedure of the different member States", it is, nevertheless, "important that the application of those national rules does not prejudice its (= the Regulation's) useful effect". The conclusion to be drawn is that member states' domestic law must give way for maximum effect of community rules. Jack came out of the box, again!

---

[45] See *Maarit Jänterä-Jareborg*: "European Family Law for Cross-border Situations – Some reflections concerning the Brussels II Regulation and its planned amendments", Yearbook of Private International Law, Vol. IV, 2002, pp. 75–76. See also SOU 2005:111: Föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn i internationella situationer – 1996 års Haagkonvention m.m., p. 231.

[46] See, e.g., the Swedish Code on Parents and Children, Ch. 21 § 1.

Extending cooperation to choice of law

Responses so far

Generally speaking, the EU's activities so far have been positively received or at least accepted, both by the scientific community and politicians of the member states. Although there has also been criticism,[47] this criticism has mainly focused on the EU's first choices of fields for family law measures, namely divorces, parental responsibilities and issues of maintenance, and on the piecemeal character of the legislative processes.[48] The chosen fields overlapped with areas where, primarily, the Hague Conference on Private International Law had already adopted conventions or was in the process of drafting such conventions. As the argument goes, additional measures by the community legislator have added very little of value in relation to what already was available for member states to ratify in form of international conventions.[49]

Nevertheless, once the legal ground for community measures had been granted, the EU needed to start somewhere. An area of freedom, security and justice within the EU can be achieved only progressively. Today, the community legislator is proceeding in a determined manner,[50] also in good cooperation with the Hague Conference. The Statute of the Hague Conference has been revised to enable the EU's present membership in the organ-

---

[47] This criticism comes mainly from scholars in the UK, the Netherlands, Sweden and Finland. Also in the negotiations within the EU, these countries have been more reluctant than member states generally.

[48] The turns around the EU's regulation on divorces and parental responsibilities are an illustrative example of the lack of a comprehensive approach. The first Brussels II Regulation came into force in 2001 and replaced a EU Convention on the same topic from 1998 which, however, had never entered into force. Already in 2003, the first Regulation was replaced by a new amended and extended Regulation, which is commonly called "the Brussels II *bis* Regulation". In 2006, the EU Commission proposed amendments to this Regulation (its rules on jurisdiction) as well as rules on choice of law to divorce, to supplement it (above, note 19). This proposal has been negotiated for years but has not been adopted. See below, section "The Rome III proposal on divorce".

[49] There have also been concerns of quality of the community instruments compared, not least, with those adopted by The Hague Conference, with its more than one century long top-level expertise in the field.

[50] See *Dieter Martiny*: "Die Entwicklung des Europäischen Internationalen Privatrechts – ein juristischer Hürdenlauf?", Zeitschrift für die Anwaltspraxis: Familie, Partnerschaft, Recht, 2008, pp. 187–188.

ization.[51] This gives the EU the advantage of promoting European values in a global context in addition to promoting European integration.[52]

The Rome III proposal on divorce

The measures so far have been of a procedural nature. The EU plans also to adopt uniform rules on choice of law, not least to prevent alleged *forum shopping*. This raises special concerns, not least because of these rules' close link with each member state's substantive family law.

The difficulty of reaching agreement and pursuing pure community goals became evident when the European Commission proposed in 2006 common rules on the law applicable to divorce, to supplement the present Brussels II *bis* Regulation on, i.a., divorce jurisdiction and recognition of divorces.[53] Under this proposal, member states' courts would be obliged to apply foreign law to divorce, if the closest connection was to a foreign state, irrespective of whether this state is a member state of the EU or a third state.[54] Member states such as Finland, Ireland, The Netherlands, Sweden and the UK advocated application of forum law.

After years of negotiations, no final compromise could be reached on this point. (As was pointed out earlier in section "Features", measures in matters of family law need to be taken unanimously by the EU member states.) The UK and Ireland decided not to opt into the instrument.[55] The

---

[51] Instruments adopted at The Hague Conference on private international law can be enforced on a regional EU level, instead of scattered ratifications by some but not all member states.

[52] See *Ulla Liukkunen*: "Kansainvälinen yksityisoikeus ja Euroopan integraatio", Lakimies 2006, pp. 359–360. – As an example one can refer to the new Hague Convention (2007) on the recovery of maintenance, and the annexed Protocol on the law applicable to maintenance. The Convention's solutions served as the model for the EU's Maintenance Regulation (above note 7). The Protocol is planned to be integrated into the Regulation.

[53] Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No. 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters. Brussels 17.7.2006 COM (2006) 399 final, 2206/0135 (CNS).

[54] Such choice of law rules are commonly called "universal" rules. The model for such rules comes from the EU's Rome Convention on the law applicable to contractual relations (1980).

[55] See *David Hodson*, note 2 above, pp. 32–34. The position of the UK and Ireland is special in that they, according to the Amsterdam Treaty, are not automatically covered by this kind of cooperation, but may "opt into" it, if they so wish. Nevertheless, from a community perspective, it remains essential that they are included in the adopted instruments.

Netherlands[56] and Finland[57] reluctantly agreed. Sweden, on the other hand, refused to compromise and to accept any proposal that would oblige Swedish courts to apply foreign law to divorce applications. Through its opposition, Sweden demonstrated that a member state may cherish higher values ”than the uniformity of rules and a coherent (EU) approach”.[58] Furthermore, the argument of forum shopping carries little weight in the context of divorce in Sweden.[59]

At the core of this state of affairs lies that fact that member states are far from united in their outlook on divorce.[60] Many member states emphasize marriage stability and their laws make divorce difficult or ”ugly” (= guilt-based) to achieve. Malta, even, refuses to permit divorce. The laws of some other member states are based on the vision of marriage as a voluntary union which each spouse shall be free to enter *and leave*, without any special hardships or difficulties. This ideology is, probably, most marked in the Swedish and Finnish divorce laws.

These divergences on substantive law are reflected in the member states' equally divergent choice of law rules on the law applicable to divorce. They extend from the regular application of forum law (*lex fori*) to the application of either the law of the spouses' citizenship, or the law of their habitual residence or the law with ”the closest connection”.[61]

---

[56] See *Boele-Woelki* 2008.

[57] Finland's strategy is said to have included a request to be permitted to declare that Finland would not apply any foreign law which requested a specific ground to dissolve the marriage by divorce. If this request would not be admitted, then Finland would refuse to apply the foreign law by reference to public policy. (Finnish divorce law contains no grounds of divorce, save a spouse's wish to dissolve the marriage.) This is thought-provoking considering that reference to public policy is to be applied as ”a last resort”. An exception to application of foreign law would, thus, risk becoming the rule!

[58] *Boele-Woelki* 2008.

[59] See *Maarit Jänterä-Jareborg*: ”Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Divorce Cases in Europe”, In: Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective, 2008, p. 339.

[60] See Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, COM(2005)82 final, Brussels 14.3.2005, SEC(2005) 331, as regards the table on the Member States' laws on the grounds of divorce. – The Working Paper rightly points out that a certain convergence is noticeable in European divorce law, demonstrated in particular through the increasing role that consent plays in divorce matters and the reduced emphasis on fault.

[61] See Commission Staff Working Paper, above note 60.

Sweden's opposition crashed the Commission's proposal which aimed to overcome the prevailing discrepancies. What the next steps are likely to be will taken be discussed below under section "What next – future prospects".

Why there is broad support for common choice of law rules

The most enthusiastic support for unified choice of law rules comes from continental European scholars of private international law.[62] Finally, after 150 years have passed since the fundaments for the present system of choice of law (conflicts law) were laid down by the German scholar Friedrich Carl von Savigny, his visions of a supra-national system are about to materialize. For the first time in history, the legislative decisions relating to choice of law will not be taken by a national legislator but by a community legislator. The community legislator acts on a supra-national level, and can concentrate on promoting community objectives and goals which overrule national interests and preferences. The strait-jacket of (national) private international law, linking it to each nation-state's substantive law and national values, will finally be let loose.

> The conflicts' system constructed by von Savigny in the mid-nineteenth century has influenced not only the continental European approach but also that of many other countries of the world. It focused on choice of law, the point of departure being the notion that every legal relationship has its closest connection in a certain legal order, which can be established by using objective, generally applicable criteria. Every state is obliged to evaluate a legal relationship in accordance with that law. Legal orders are equivalent and interchangeable. Since every state will apply the same criteria, the legal relationship will be assessed according to the same state's law (= the state of the closest connection) irrespective of where the assessment takes place. Contrary to von Savigny's expectations, every nation-state has followed its own criteria. Private international law became, thus, a national body of law aimed for international (cross-border) relations of a private law nature.

This enthusiasm is, nevertheless, not shared by all, as became painfully clear during the extended negotiations and – finally – failure to adopt com-

---

[62] See, e.g., *Christian Kohler*: "Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der Europäischen Union: Vorschläge und Volbehalte"; *Jürgen Basedow*: "The recent development of the conflict of laws – some comparative observations", In.: Japanese and European Private International Law from a Comparative Perspective, 2008, pp. 8–9.

mon EU rules of choice of law regarding divorce.[63] This attempt showed that rules of choice of law can be so deeply embedded in each nation-state's substantive family law that it is simply not possible to disregard this link. In other words, rules of private international law and in particular choice of law rules are not immune to legal diversity and the cultural constraints of family law. This argument will be developed further, in particular with regard to aspects of coherence.

Family law and coherence – cross-border challenges

Coherence on a domestic nation-state level

Coherence is of fundamental importance for each legal system. For the sake of unity, legal security and predictability it is important that all rules and principles are in line and consistent with each other (= coherent), at least in closely related areas. New legislation should not contradict older laws that remain in force. Once a law has been enacted, it is the responsibility of courts and other competent authorities to enforce it in a manner coherent with the legal system as a whole.[64]

Coherence and cross-border cases

The importance of legal coherence does not have the same weight in the legal regulation and administration of cross-border cases or, alternatively, it takes another form. Firstly, there are parallel sets of rules on the same issues[65] and the choice between the applicable rules depends on factors such as the case's connection to the territory of a member state. Secondly, in these cases, application of foreign law is, in theory, widely recognized. Application of foreign law is justified by concerns of international intercourse, the interests of the concerned parties and the interests of the interna-

---

[63] By June 2008 it was clear that no compromise could be reached.

[64] See *Kaarlo Tuori*: Critical Legal Positivism, 2002, p. 138. In many respects, concepts such as legal coherence, internal rationality and logical consistency coincide.

[65] In Swedish private international law, four different systems (sets of rules) apply: 1) EU rules; 2) Nordic rules; 3) other treaty-based rules, and 4) generally applicable national (autonomous) rules when the criteria for the application of any of the other sets of rules are not fulfilled.

tional legal community. In these cases, administration of justice is open for a special kind of legal pluralism. On the other hand, the legal basis for the application of foreign law is found in the choice of law rules of the forum. For this reason, it is common to claim that foreign law is applied not in the interests of the foreign state of the origin of the law but because the legislator of the forum state has found it most suitable to "locate" a cross-border case under another state's law.[66] Thus, basically, a cross-border case is referred to foreign law only when this is in conformity with the forum's legal order and the values this seeks to promote.

Concerns of public policy

In a pure "savignyan" system choice of law rules are drafted in a formally "neutral" manner. They refer each cross-border case to the law of the state to which the party most concerned has the concerned type of closest connection. In this sense, they do not favour the law of the forum at the expense of any foreign law. In this kind of a system, foreign law is regarded as equal to and interchangeable with forum law (*lex fori*). Excepted are situations where application of foreign law would result in a manifest incompatibility with forum law. Basically, this limit to the application of foreign law, widely known as the *public policy or ordre public reservation*, aims at safeguarding respect for fundamental principles of the *lex fori*, and a certain basic coherence. When foreign rules would risk this coherence, they do not qualify for application.

> The instrument of public policy is known in every nation-state's system of private international law. David McClean defines it as an "automatic mechanism of self-defense, a way of preserving the autonomy or the essential interests of a country's own legal system".[67] In the famous Boll case,[68] the

[66] See, e.g., *Michael Bogdan*: Svensk internationell privat- och processrätt, 7th Edition, 2008, pp. 31–32. Choice of law rules are also commonly seen as "co-ordinators" of transfrontier issues under the most suitable law.

[67] *David McClean*, "De Conflictu Legum. Perspectives on private international law at the turn of the century", 282 Rec. des Cours 2000, p. 206.

[68] In this case, Swedish child-care authorities had taken measures in Sweden to protect a minor Dutch citizen residing in Sweden. The Netherlands denied Sweden's jurisdiction and accused Sweden of violation of the 1902 Hague Convention Governing Guardianship of Infants to which both States were parties. According to this Convention, jurisdiction to take measures belonged to the courts in the state of the child's citizenship. The ICJ ruled in

> first and only ”private law” case tried by the International Court of Justice, Sir Hersch Lauterpacht resembled it to a ”safety valve” that has made private international law possible at all, and which, if kept within proper limits, would guarantee its continued existence and development.[69]

Generally speaking, it is widely acknowledged that the public policy exception should be applied restrictively in cross-border cases. Today, rights protected by the European Convention on Human Rights, probably, constitute a common European standard regarding what should always be safeguarded. Otherwise, public policy is interpreted in divergent manners, depending on the ”fundamental values” of the forum state. In Sweden, e.g., foreign family rules giving relevance to grounds such as a spouse's ”quilt” or ”fault” to divorce have been qualified as contrary to Swedish public policy. Obviously, this outlook is not shared in a state that considers spousal behaviour in relation to divorce to be of relevance, when assessing issues of maintenance rights and custody of children.

The ”materialization” of private international law

Public policy is, however, not the only method to safe-guard policies that are considered essential in the forum state. Family law may be closely linked with essential social policies, such as promotion of equal rights for men and women, the child's best interests, protection of the weaker party, etc. These policies may be of such a dignity that the legislator may strive to promote them also in cross-border cases. In many jurisdictions, the rules on choice of law have been drafted to pay regard to such aims. This requires further clarifications.

One way of expressing and explaining such a special link between the substantive law of the forum and its choice of law rules is by calling it ”materialization” of choice of law. It is not the closest connection to a certain jurisdiction that alone decides what law is to be applied. In addition, or instead, a certain kind of result is found preferable. The natural standard is found in the substantive law of the forum. For example, according to § 10

---

favour of Sweden, admitting that the Swedish measures were based on such rules that must be applied in a state irrespective of the otherwise applicable law. See *Maarit Jänterä-Jareborg*: ”Foreign Law in National Courts – a Comparative Perspective”, 304 Recueil des cours 2003, pp. 334–335.

[69] Judgment of 28 November 1958, ICJ Reports 1958, p. 95.

of the Swedish Act (1990:272) on international questions concerning property relations of spouses and cohabitees, the outcome of a property division carried out in Sweden may be adjusted in accordance with Swedish domestic law even if foreign law is applicable. The level and degree of materialization is decided on the basis of the forum's substantive law which, in essence, strives at a certain coherence with the *lex fori*. This kind of coherence is not as fundamental as that safe-guarded by *ordre public*. But it is important enough to legitimize exceptions from the applicability of foreign law and adjustments to forum law.

Another example which, basically, excludes application of foreign law is the international divorce law in the five Nordic states. Due to the fundamental importance of not only treating men and women alike, but *all* men and women alike in those states' courts, the right to divorce is examined in accordance with the substantive law of the forum, *lex fori*.

> One of the earliest Conventions adopted at the Hague Conference on private international law (1902) contained choice of law rules on divorce, based on the then prevailing principle of nationality.[70] If the spouses were nationals of different states, to grant a divorce in a contracting state required that a divorce ground existed under the national laws of both spouses. This resulted in a growing sensation of "selective and unequal justice" in Sweden, a state party to the Convention, after Sweden had thoroughly liberalized its domestic divorce legislation in 1915. Unlike other Swedish citizens, Swedish citizens married to citizens of states with more restrictive laws could not be granted a divorce in Sweden. In 1934, Sweden withdrew from the said Convention. When Sweden's rules on international divorces were revised as late as in 1973, application of Swedish law became the norm.

Much criticism has in the literature of private international law been addressed towards different forms of so-called "homeward trend", i.e., the legislators' and the courts' preference for the application of forum law. Legislators prefer a pure *lex fori* approach or choose connecting factors that in the great majority of cases will lead to the application of forum law.[71] Courts tend to qualify legal issues in such a manner that they fall under forum law or, worse, simply disregard the foreign connections of cross-border cases

---

[70] Convention relating to the settlement of the conflict of laws and jurisdictions as regards divorce and separation.

[71] Normally this is achieved when the parties' habitual residence is decisive for what country's law shall be applicable.

and treat them as domestic cases. Another way of looking at these tendencies is to relate them to a natural strive towards coherence, judged on the basis of domestic standards. Nor should one forget that a judge is bound by the forum's law of procedure, which creates various kinds of limitations.[72] Substantive law and the corresponding law of procedure may be well coordinated in each nation-state, but this coherence is absent when the decision is to be based on a foreign law.

> Imagine that a Swedish or a Finnish court would be under the obligation to examine a divorce claim in accordance with Polish law. Polish law requires that the breakdown of the marriage is irreparable and complete, and that all legal consequences of divorce are settled between the spouses. Swedish and Finnish divorce laws, on the other hand, contain no grounds of divorce, except a spouse's desire to dissolve the marriage. Legal consequences of divorce may be settled after a divorce decree. Consequently, the spouses are not required to appear in court during the divorce proceeding and divorce is normally obtained on the basis of written documentation. Should the forum state's law of procedure be adjusted to the Polish divorce law, requiring establishment of a certain divorce ground and settlement of the legal consequences (maintenance issues, property division, child custody)? Or should Polish law be adjusted to Swedish (or Finnish) law on divorce proceedings, with the result that a divorce application as such is proof of an irreparable breakdown and that any decision on the connected issues can be postponed?

Coherence on a community level

Once the Community had taken legislative action, cross-border measures are no longer within the nation-state's sovereignty. Those rejoicing in this transference of competence from the nation-state to the EU emphasize in particular the community legislator's independence of nation-state interests and legislation. Supra-national rules pursue wider "community objectives and goals", which may run counter to interests and preferences of individual member states. But how does such a change of perspective relate to the issue of coherence?

An obvious problem is that the EU does not have a complete legal system, or legislative competence to draft such an all-embracing system. As a

---

[72] According to a universal praxis, courts always follow the rules of procedure of their own state.

result, EC law forms only a part of each member state's legal order. Any reference to community objectives and goals (e.g. strengthening the free movement of persons or non-discrimination on grounds of nationality) is abstract. In concrete situations, it may be difficult for a national court to establish how those goals and objectives should be promoted.

A national court is likely to strive at coherence with its own legal system, whereby domestic law becomes central. The EC Court, on the other hand, is free to act from a supra-national community perspective.[73] The preliminary rulings described in section "Community rules in action" above demonstrated an aspiration to give greatest possible effect to community rules. Community law's independency of any domestic law may offer a new kind of flexibility, guided, e.g., by "materialized" supra-national standards. In cross-border cases, there can, e.g., be more scope for party autonomy, for application of the "most favourable law" to the weaker party, and for internationally mandatory rules judged by general community standards.[74] Nevertheless, the many gaps in community law force the EC Court to seek guidance, i.a., in the national laws of the member states. Mainstream positions risk taking over, to the detriment of modern diversity in family law in the more progressive member states.[75] This is also reflected in the preliminary rulings of the Court.[76]

---

[73] An example is the Court's ruling in the case C-148/02 (Garcia Avello) setting, in effect, aside member states' rules relating to the law applicable to names when they do not respect cultural diversity. The Belgian law and practice to subject individuals, who in addition to Belgian nationality also possessed the nationality of another member state (Spain), to the Belgian law of names against their will to follow the rules of the other state's law, were in contradiction to the principle of non-discrimination on the grounds of nationality.

[74] This includes a dynamic interpretation of rights guaranteed by the European Convention on Human Rights.

[75] For example, EU's directives on the free movement of persons and on family reunification are based on narrow concepts of family and pay respect to member states' traditional outlooks. See *Clare McGlynn*: "Family Reunion and the Free Movement of Persons in European Union Law", International Law Forum 2005, pp. 159–166.

[76] See, e.g., C-59/85 (Reed), C-249/96 (Grant), and C-122/99 as well as C-125/99 (D). The first two cases concern rights of a "partner"(opposite-sex/same-sex) when the couple is cohabiting together outside of marriage. In the last mentioned cases, a partnership registered in Sweden did not entitle the registered partner, in the application of EC staff regulations, to the same benefits as applicable to married spouses. A more recent ruling by the Court in C-267/06 (Maruko) took surprisingly, the opposite position. A surviving registered partner was to be considered entitled to the pension rights of a surviving spouse. Where the situations are equivalent, national pension rights laws should not treat registered partners differently from spouses, according to the Court.

Once common rules of choice of law are adopted, problems of coherence are likely to increase. According to Ted de Boer, unless judges are robots, ”they will try to escape a choice-of-law result that does not sit well with the standards and values cherished in the forum state”.[77] This observation fits well into Kaarlo Tuori’s construction of ”the multi-layered nature of law” which, in my opinion, is well-suited to demonstrate the problems created by the EU legislator’s planned activities concerning cross-border family relations. Until a truly European standard has been established, national judges will be influenced by their own state’s legal culture and by what Tuori calls ”the deep structures of law” of that state. In their interpretation and application of community rules, the judges will strive to achieve coherence with their own state’s law. Unity of result on a community level remains an illusion.

The multi-layered nature of law

According to Tuori, modern law is by its nature multi-layered.[78] On the top we find a ”surface level” which consists of express regulations (in statutes, codifications of law) and court decisions. Underneath are the deeper layers of law, consisting of the legal culture in the concerned nation-state and the so-called deep structure of law. In Tuori’s construction the fundamental principles of law are found here.[79] Although a judge bases a decision, es-

---

[77] *Ted de Boer*: ”The second revision of the Brussels II Regulation: jurisdiction and applicable law”. In: European Challenges in Contemporary Family Law, 2008, p. 337. – See also *Thomas Wilhelmsson*: ”Europeiseringen av privaträtten: för ett fragmentariskt utbyte av erfarenheter”, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2001, pp. 11–14 (p. 12). According to Wilhelmsson, harmonization on a community level is limited to the surface level of law. Thus, community law remains ”surface level law”, without a legal culture of its own. This forces lawyers in each state to apply the law through their national cultural spectacles.

[78] Similar metaphors and constructions of law are advocated also by other legal scholars, e.g., Pierre Legrand. In Legrand’s construction, law is culture and remains unbridgeable, under surface level. (This applies at least when common law is contrasted with civil law.) See *Pierre Legrand*: ”European systems are not converging”, International and Comparative Law Quarterly 1996, pp. 52–81. See also *Mark van Hoecke – Mark Warrington*: ”Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine. Towards a New Model For Comparative Law”, International and Comparative Law Quarterly 1998, p. 513.

[79] Instruments such as the European Convention on Human Rights work in favour of convergence of values. Still, they also provide for a margin of appreciation by each member state, which leaves scope for different interpretations. It can, therefore, be questioned to what extent (if at all) there exists a shared European notion of human rights relating to the family.

sentially, on surface level sources, decision-making is also influenced by the judge's knowledge of the legal culture and the deep structure of the law.

Legal culture can be defined as "the practices and tacit knowledge of the legal profession",[80] in a given state, by a legal actor trained in that system. Such knowledge is in Europe basically limited to the legal actor's own system of law. Therefore, community legislation risks being misinterpreted. Furthermore, where community rules refer to the application of foreign law, any knowledge that the judge will be able to acquire of that law will, necessarily, remain on a surface level.[81] As Werner Goldschmidt once expressed it, applying foreign law is like taking a photograph. Applying forum law is the work of an architect!

The foreign law problem

Common EU rules on choice of law also raise further concerns, often labelled as the foreign law problem.[82] This notion stands for all the difficulties and uncertainties connected with the application of the law of a foreign country. According to the theory of conflict of laws, these problems consist, primarily, of a diversity of practices concerning

(a) the conditions for the application of foreign law, for example, whether such law is to be applied *ex officio* or only upon party request;
(b) whether the court or the parties are to establish the foreign law's content, what quality is required of the delivered information on the foreign law; and
(c) what solution is to be chosen if the content of the applicable foreign law cannot be established.

---

[80] See *Thomas Wilhelmsson*, In: Private Law and the Many Cultures of Europe, 2007, p. 6.

[81] *Annelise Riles*: "Cultural Conflicts", Law and Contemporary Problems, 71 (2008) No. 3, p. 298, makes more or less the same point: "any description of another culture is always implicitly a description of one's own. In conflict cases, for example, the description of foreign law turns on a set of assumptions about what the domestic law is, since it is only the differences between domestic law and foreign law – and the differences that are relevant according to standards of domestic law – that are of legal interest".

[82] See *Jänterä-Jareborg* 2008, pp. 341–342, and *Maarit Jänterä-Jareborg*: "The Foreign Law Problem: Choice of Law and European Integration", In: Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa, 2006, pp. 629–643.

Studies have revealed that there is no uniformity or even harmony in the member states' approach to these issues.[83] In fact, each member state follows its own procedural rules and traditions, with varying outcomes as regards the law applicable. The expected benefits of unified choice of law rules remain limited if no attention is paid to the conditions upon which foreign law is applied and how it is applied.

Concerns of coherence, discussed above, add an additional problematic dimension. A court may be faced with considerable difficulties in trying to ascertain the applicable foreign law's "real" content. Errors in interpretation are claimed to be the rule rather than the exception. Max Rheinstein, one of the leading comparatists ever, analyzed once, on the basis of 40 cases in an American casebook on conflict of laws, how the United States' courts had succeeded in applying the law of a sister state. The results were discouraging. In 32 cases the courts had applied the foreign law wrongly. In four cases the courts' conclusion was dubious. Only in four cases had the court reached the right result and then only by chance![84] Later European studies have confirmed similar problems.[85] Dominantly, when the content of foreign law remains uncertain, courts assume that it coincides with the content of the *lex fori*!

What next – future prospects

The failure to carry out the Commission's proposal for common rules on choice of law to divorce justifies the following conclusion. When it turns out that member states have fundamentally conflicting interests, the EU should refrain from action. As the situation is, this is not the conclusion drawn by the community legislator.[86] In this section, I will touch upon the various models, which most likely will guide the EU's future activities in family law.

---

[83] See, e.g., *T. C. Hartley*: "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", International and Comparative Law Quarterly 1996, pp. 271–292, *Maarit Jänterä-Jareborg*: "Foreign Law in National Courts, A Comparative Perspective", 304 Rec. des Cours 2003, pp. 181–385.

[84] See *Ole Lando*: "Lex fori in foro proprio"; In: Festskrift till Ole Due, 1994, p. 218.

[85] See *F. Mélin*: "Vers un alourdissement de l'office du juge à l'égard de lois étrangers?", Petites affiches, 2003, No. 27, p. 20.

[86] In Baratta's words: "The EC does not encourage legislative diversity among Member States' PIL regimes, insofar as it prevents the achievement of the EC objectives." *Baratta* 2007, p. 5.

Enhanced cooperation in form of "flexible integration"

The Treaty of Amsterdam (Article 43a) introduced an option of "closer cooperation" among interested member states, often called "enhanced co-operation" or even "flexible integration". The failure to adopt common choice of law rules to divorce brought this option on the table, as the first test case.[87] At present (January 1, 2009) it still remains open whether the Commission is interested in submitting a proposal to this end and, in that case, which member states will be willing to take part. It cannot be excluded that the Commission plans to re-open negotiations and bring all the member states on board, with a less ambitious revision in mind or (hopefully) a greater readiness for the application of forum law (*lex fori*).[88]

The idea of closer cooperation has been described as a "failure masquerading as an achievement".[89] When carried out, each member state is "free to pick and choose which bits of European integration they would like to support, at what speed they might like to integrate, and to what extent".[90] The Commission's delay to submit a proposal demonstrates a reluctance to recognize this as a true option as regards community rules on divorce.[91]

Family law measures no longer qualify as "family law"

Another thought-provoking development in the legislative activities of the EU is a tendency to classify measures qualifying as family law in a more

---

[87] A formal request to this end was put forward by nine member states of the EU, namely Austria, France, Greece, Hungary, Italy, Luxembourg, Romania, Slovenia and Spain. The developments and the complicated procedure involved, when making use of this option, is described by *Boele-Woelki* 2008.

[88] See also *Boele-Woelki* 2008.

[89] See *Ian Ward*: "Europe in search of 'meaning and purpose'", In: Europe in Search of 'Meaning and Purpose', 2004, p. 9.

[90] *Ward*, ibid., p. 9. – Accordingly, Boele-Woelki is astonished that in the EU rhetoric the nine EU member states' declaration has been characterized as an "action which allows a group of member states 'go further than others' with the aim of streamlining and simplifying divorce law"! "From these kinds of one-liners one easily gets the impression that the Member States which support the *enhanced cooperation* procedure belong to the frontrunners in terms of modernity and liberalism in the field of (international) divorce law. – – On the contrary. The unsuccessful Rome III proposal truly follows a traditional approach." *Boele-Woelki* 2008.

[91] The "choice" of international divorce law as the first test of this option has widely been ridiculed in newspaper articles around the world.

restrictive manner. Consequently, it is reported that the Commission, supported by the Council, advocated defining the new Maintenance Regulation[92] as a measure of civil law, the purpose being that it could be adopted by decision of a qualified majority of member states. In the end, however, the Regulation was adopted unanimously. A similar interpretation is pursued in respect of the planned EU Regulation on succession and wills. This is even more surprising considering that the ”cultural constraints flavour” of succession law is commonly believed to exceed that of ordinary family law. In this manner, the EU wishes to facilitate community measures, but in effect changes the power structures of decision-making as member states loose their right of veto.

Harmonized substantive European family law as a supplement?

According to the prevailing opinion, the community legislator lacks competence in the field of substantive family law. A drawback with this position is that it does not promote development in a special (progressive) direction, in line with fundamental rights and freedoms.[93] Citizens (and others) have to suffer ”bad laws” in member states. The operation of any rules on private international rules remains too abstract for any ordinary person to predict the results. An additional drawback is that community rules do not cover all situations of a certain kind but co-exist in the member states with other sets of rules. In the long run, the community legislator cannot avoid taking position regarding basic family law standards, at the ”expense” of family law diversity. A certain degree of harmonization of substantive family law will become necessary, as a supplement to private international law.[94] The increasing emphasis given in community law to human rights which, in turn, are interlinked with families and family law

---

[92] See above, note 7.

[93] The Brussels II *bis* Regulation, e.g., makes it possible for a member state to refuse recognition of another member state’s decision on parental responsibility when the child had not been heard (Article 23). The Regulation does not impose a common standard on the member states’ substantive child law in this or any other respects. The EU’s Citizen’s Directive (2004/58/EC) leaves it to the domestic law of each host member state to decide whether partners in registered partnerships can be treated equivalently with married spouses. Etc.

[94] An inevitable problem will be bridging conceptual differences between common law (= UK, Ireland, Malta, Cyprus) and civil law jurisdictions (= the other member states). See *Martiny* 2008, p. 191.

should also work in this direction. As Nigel Lowe points out, already at present the numerous provisions of the EU Charter on Fundamental Rights embodying family law principles seem to suggest a community engagement in family law.[95]

The impact of the Lisbon Treaty on family law co-operation

After the negative outcome of the Irish referendum, the future of the Lisbon Treaty[96] is uncertain. Still, it requires no oracle to expect that the ideas put forward there will re-emerge, sooner or later.[97]

In the proposal, the focus of civil law cooperation remains on cross-border situations, but the community legislator is granted more flexibility and discretion. Under prevailing law, measures may be taken when they are ”necessary for the proper functioning of the internal market”. This prerequisite is maintained but modified by the word ”particularly” (when necessary). In effect, this is an extension or at least a confirmation of community competence, as interpreted by the community legislator.[98] The relevant article (Article 81) seems also, in effect, to pave the way for decisions with qualified majority.[99] In essence, it confirms the development described above under section ”Family law measures qualify no longer as 'family law'”.

Depending on the chosen outlook and objective, it is possible to claim that the Lisbon Treaty will not change anything in relation to the present state of arts. Substantive family law remains in the exclusive domain of the

---

[95] *Nigel Lowe*: ”The growing influence of the European Union on international family law – a view from the boundary”, Current Legal Problems 2003, pp. 448–450.

[96] Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, Official Journal 2007/C 306/01.

[97] Today (January 2009), the year 2010 is mentioned as a possible date for the Lisbon Treaty to enter into force. By then, according to the Commission's website, the special ”Irish concerns” such as military neutrality, taxations policies and ethical issues such as abortion have been dealt with.

[98] Under prevailing law, community measures in family law have been challenged on grounds such as a basically weak link between family law and the internal market. The measures are claimed not to be ”necessary” for the proper functioning of the internal market. If the proposal is adopted, this criticism is no longer relevant.

[99] Art. 81.3 of the proposal explicitly addresses family law measures, and refers both to a special legislative procedure (unanimous decision) and to an ordinary legislative procedure (qualified majority decision). See further *Martiny* 2008, p. 189.

member states.[100] But it is as well possible to claim that the incorporation of the EU Charter into the Treaty will legitimize and even require community actions in family law.[101] Uncertainty prevails. In the past, uncertainty has worked in favour of community rules.

Concluding remarks

The EU's legislative measures have changed the legal landscape as regards cross-border family matters. Ultimately, perhaps already within a period of 10-20 years, all such matters and existing gaps will be covered by special community rules. This, in turn, leaves little or no scope for other, parallel sets of rules, for example unified Nordic rules.[102] It is the EU that enters into international treaties on behalf of the member states. In addition, there will probably be community level registers on personal status, matrimonial property agreements, wills and testaments. Still, any true success will depend on having all the member states on board.

In this contribution I have tried to demonstrate, by using divorce law as an example, that there are areas of family law where community choice of law rules should not be the first option. A more natural first measure should be harmonizing[103] the underlying substantive rules or, simply, letting forum law govern (*lex fori* -approach). A further drawback with choice of law rules, as a tool for promoting legal integration, is that they remain an expert's instrument, unknown and incomprehensible to any ordinary citizen.

---

[100] See in particular Article 67.1 in the Treaty concerning the Functioning of the European Union. Here it is explicitly stated that the Union shall constitute an area of freedom, security and justice with respect to the fundamental rights, and the various legal systems and traditions of the member states. Of relevance is furthermore Art. 81, restricting civil law cooperation to situations with trans-border implications.

[101] See Article 3 para. 2. See also Communication of the EC Commission: Towards the Strategy of the EU on the Rights of the Child (Brussels 4.7.2006, adopted by EU Parliament on 16 January 2008).

[102] Since early 1930's several inter-Nordic private international law Conventions on matters of family law have been adopted and are in force between the five Nordic countries. They have been relatively regularly revised. They aim at facilitating Nordic citizens' movement from one Nordic state to another. The Nordic citizens make much more use of inter-Nordic mobility than EU-mobility.

[103] In this context, harmonization does not mean "unification", but brings certain basic solutions more in line with each other.

Results become easily arbitrary when choice of law rules' symbiotic relation to substantive law is disregarded. Problems related with application of foreign law should be taken more seriously.

The community actions in family law have so far been justified by reference to what promotes the market. Such a focus is narrow, formal and even artificial from the citizens' perspective. Measures should be increasingly taken to promote progressive European family law values. Such measures are by necessity closely linked with human rights and fundamental freedoms. Such measures can be expected to better contribute to European welfare and also increase the Union's appeal in the eyes of its (critical) citizens (and other inhabitants) and promote a sense of belonging to Europe.

Iain Cameron[1]

The Influence of European Human Rights Law on National Law

Introduction

I would like to begin by thanking the organizers of the symposium for inviting me. I have had a particular respect for Finnish academic legal discourse, and a particular affection for Helsinki, since I came here for the first time in 1990, as a doctoral student, invited by Matti Pellonpää. Eivind Smith in his lecture has already sketched out many of the broader themes as regards Europeanization of public law. I wish to take up one of these themes on a more concrete level, and look at the influence the European Convention on Human Rights (ECHR) and the case law of the European Court (hereinafter the ”Court” or the ECtHR) has on national legal systems. As will become apparent, I share Eivind Smith’s cautious approach to the use of human rights law as a harmonizing tool. Human rights ”begin at home”. People do not think about their human rights until they are abused, or under threat, by the civil servants whose decisions affect them – police, social workers, teachers etc. It is the national legislature which converts international standards to concrete national norms and guidelines, and provides (or not) the financing which makes it possible for central and local government to take rights seriously. It is the national judges who hold the bureaucracy to the norms and guidelines in question. So, even if we are going to see more rights standard setting at the European level, it is the reception of the standards which is crucial.

I think that the teaching of the subject of human rights in the law curriculum should reflect this, and we certainly try to do this at the Uppsala Law

[1] This written version of my paper largely follows the oral version, delivered at the conference. I have, however, taken the liberty of developing a few points on the basis of the subsequent discussions at the conference.

Faculty. It is when the international standards are filtered into national law – criminal law, procedural law and particularly constitutional/administrative law – that they really begin to mean something. Some academic lawyers think that the international law of human rights is a self-contained discipline. Of course, the international law of human rights has now become so large a subject in its own right that we need some specialists in it. But these specialists, like experts in any area of law (perhaps especially, the subjects of jurisprudence and international law) can quickly lose touch with what ordinary practicing lawyers (advocates, judges, government officials) regard as "the life of the law". This is not to say that I am hostile to theory (then I would be out of a job) or that I consider that the proper purpose of legal research is simply to make practicing lawyers' lives easier (heaven forbid). But human rights are about peoples' everyday relationship with the state, and it is, after all, practicing lawyers who assist these people in their struggles to maintain or obtain rights, as well as the state in limiting, or denying these rights. You have to speak the language of practicing lawyers, and understand their concerns, if you want to get through to them.

näin varmaan, mikä ongelma?

To turn back to the ECHR, while all European states (with the exception of **Byelorussia???**) are bound by the ECHR, and have implemented it in national law, the actual influence it has in the legal system depends upon a number of factors. There are obviously considerable empirical problems involved in trying to go beyond the formal question of whether the ECHR is incorporated in the national legal system and if so, at what level (statutory, constitutional?) to actually "measuring" ECHR influence in the legal culture. Is there a statutory, or constitutional, obligation on the courts and administrative agencies to take the ECtHR case law into account? If so, how operative is this, or is it only on paper? What role does the ECHR really play in the national legislative process?

One can measure the simple number of mentions of ECHR in draft legislation and parliamentary debates, and how often it is referred to in the lower courts (if these are reported) or higher courts, but examining the *significance* of the reference involves analysing the parliamentary debates or cases in question.

From the perspective of government lawyers, in the Justice and Foreign Ministries, it is undoubtedly tempting to reason backwards, and look at how many complaints are made to the ECtHR and how many of these are upheld. On this test, both Finland and Sweden score very well, even if account needs to be taken of the accident of litigation, the degree of aware-

ness of the Convention amongst the legal profession etc. But on this test, the ECHR is alive and well in both the Finnish and Swedish legal orders.

Amongst the factors which I would mention as affecting the influence of the ECHR is the level of economic well-being in the state in question, and the distribution of wealth among the population, the existence, and functioning, of parallel constitutional systems for the protection of rights, the mechanisms in place for ventilating rights concerns in the legislative process and the judicial ”culture” (seeing judges as a sub-group of the national legal culture). Other factors which are relevant are how well the parties' legal counsel identify rights issues and bring them before the courts, the rules of procedural law concerning the degree to which the national courts can and should raise Convention issues of their own motion, the case load of the courts, the position given to international law in the national hierarchy of legal sources, the familiarity of judges with international and comparative law and the role judges have, and see themselves as having in regulating the state. The perceived accessibility, persuasiveness, coherence and ”user-friendliness” of ECtHR judgments are also relevant.

From the perspective of jurisprudence, the relationship between the ECHR and national law gives rise to a number of issues. One particularly interesting question is to what extent ECtHR judgments could be said to penetrate to what Kaarlo Tuori has described as the ”deep structure of the law” in his seminal multilevel approach to the legal system.[2] Academic writing in both Sweden and Finland – which has the crucial role in creating and maintaining the law's ”deep structure” – has certainly not neglected the ECHR. However, views can differ as to whether the Convention – in the relatively short time it has been a formal part of national law in Finland and Sweden – is *central* to rights protection in these countries, or still only peripheral.

From a legal-sociological perspective, a useful study would be an empirical investigation of qualitative data, most suitably interviews of a representative group of judges, prosecutors and lawyers for private parties suing the state, to determine attitudes to the ECHR.

My perspective is, however, that of the international, and public, lawyer and my intention in this lecture is modest. I simply want to sketch out *some* factors relating to the *receptivity of the judiciary* to using the case law of the ECtHR. I will mainly use examples from the Swedish experience of the incorporated ECHR.

---

[2] *Kaarlo Tuori*: Critical Legal Positivism, Ashgate, 2002.

Although my topic is limited, underlying it is the broader question of the role the ECtHR *should* have in the *future of European rights protection*. There is a massive overload of the system, with a backlog of over 88,000 allocated cases.[3] The great majority of these cases will eventually be declared inadmissible, as showing no violation of the ECHR. The majority of the cases taken up by the Court are so-called ”repetitive” cases, repeats of fact-situations already found to be in violation of the ECHR. The Court, thus, is spending the great majority of its time on cases of little or no precedent value. The case overload also poses a threat to the quality of the ECtHR's judgments, which is what the value of the institution stands and falls on. Protocol 14, which would allow the Court to make procedural improvements to speed up dealing with applications, is still being blocked by one state, Russia. There are also more judgments which are not being complied with, concerning inter alia Russia. Doubts have been raised about the quality of some of the judges on the Court.

The Court is at a crossroads, and official reports on its future sketch out quite different remedies for dealing with its procedural overload, reflecting also deeper disagreement on its future role.[4] Should or must the Court be reinvented as a constitutional court for Europe, instead of, as it is now, a ”half constitutional half international” body? If so, what added value can it have to the existing constitutional systems for protection, especially bearing in mind the great divergences between European states as regards social and economic conditions (welfare), and in cultural issues? Finally, what role is there for the Court given the increased emphasis being placed on human rights in the EU, requiring, ultimately, the European Court of Jus-

---

[3] Until 1 January 2008 the Court presented an overall figure for the number of applications pending before it, including applications at the pre-judicial stage. The older way of presenting statistics would have given a backlog figure of over 100 000 cases. A significant percentage of these uncompleted applications are however disposed of administratively because the applicant fails to submit the properly filled in application form and/or necessary supporting documentation within the prescribed time-limit. The Court has thus decided that the figure of pending cases should henceforth be of decisions ”allocated” to a judicial formation. In 2007, 41 700 cases were allocated, meaning that the backlog is continuing to grow with ca. 14 000 cases were year. Russia is responsible for a quarter of all the pending allocated cases.

[4] See, e.g. Steering Committee for Human Rights (CDDH), Enhancing the control system of the European convention on human rights, and Sustained action to ensure the effectiveness of the implementation of the ECHR at national and European levels, CDDH(2008)008 Add. I and II.

tice to pronounce authoritatively upon the extent of these EU human rights? In this lecture I will do no more than touch upon these larger issues, but in view of the theme of the conference, I will make a few closing comments on the ”added value” of the ECHR in the light of the proposed changes made in the Lisbon treaty to EU protection of human rights.[5]

Factors which limit the impact of the ECHR on judicial culture

Lawyers are by nature conservative creatures, and they are – naturally enough – happiest when they know exactly what the law is. Foreign legal concepts are instinctively shied away from. There is, thus, a degree of in-built passive resistance to reception. Although the incorporated ECHR is not foreign law as such, it is not really familiar either. To begin with, one has to know *when* it is relevant in a case. A comparison can be drawn here with the exercise to be performed by a court when dealing with the so called ”EC objection” – that valid national law should not be applied because it results in a restriction of the free movement of goods which cannot be justified by reference to EC law exceptions. Thomas Wilhemsson memorably described the situation a national judge, unfamiliar with EC law, was faced with when an EC objection was raised as analogous to that being confronted with a jack in the box: one never knows when the pest will next pop up.[6]

The ”ECHR objection” can also involve a feeling of uncertainty for the national judge. And this uncertainty does not end when the objection is made and determined to be not manifestly without foundation. The process of interpretation of judge-made law is rather different from that of most statutory law, where, at least in Finland and Sweden, the travaux préparatoires are easily the most important interpretative source. The travaux préparatoires to the ECHR are largely useless, and rarely referred to. The

---

[5] Subsequent to delivery of the lecture, there was a ”no” vote in the June 2008 Irish referendum on ratification of the Lisbon treaty, however, this does not seem to have killed it. At the time of writing up this lecture (July 2008) it seems likely that the Lisbon treaty – with some sort of face-saving exceptions for Ireland – will still enter into force, even if this may be delayed somewhat.

[6] See, e.g. *Thomas Wilhemsson*: General Principles of European Private Law and the Theory of Legal Pluralism, in Cameron I. – Simoni A. (eds), Dealing with integration, Iustus 1996.

ECtHR collected case law (the ECtHR "acquis") consists of thousands of cases, from which can be distilled a large number of principles. Robert Alexy has referred to principles as "optimization requirements".[7] The judge must try to realize these principles by concretizing them in the particular case. The starting point at the abstract level is simple enough, but where do you go from there? The ECHR acquis does not displace the national law. Rather the national law should be applied in the light of the acquis, through the lens of the acquis, by means of the principle of treaty-conform construction. This principle is a form of purposive (or teleological) construction.[8] One then has not simply to *identify* the scope of the law, but actively to *develop* it (something which goes to the constitutional role of the judge, noted further below). As with the EC objection, the issue will come often down to the balancing of interests by means of the proportionality test. But there are two practical differences which weaken somewhat the status of the ECHR. First, ECHR law, unlike EC law, is not hierarchically superior to national law.[9] The incorporated convention has the status the national legislator determines. In both Finland and Sweden the Convention has the status of an ordinary statute. Having said this, in Sweden the legislator has chosen to emphasize that laws and other subordinate norms must not conflict with the Convention, thereby giving it a quasi-constitutional status.[10] Second, there will not usually be the same external pressure to maintain compliance with the ECHR, as compared to EC law. There will rarely be powerful companies in the background ready to defend their commercial interests, and there is no institutional watchdog for the Convention analogous to the EC Commission which can (and frequently does) threaten to bring an action against a recalcitrant state for breach of the EC treaty (Article 226).

Another limiting factor is that the judiciary in both Finland and Sweden is a career judiciary, in contrast to common law judges who are usually appointed after many years as practicing counsel. Swedish judges are not

---

[7] See, e.g., *Robert Alexy*: A Theory of Constitutional Rights, Oxford UP, 2002.

[8] See, e.g., *Aharon Barak*: Purposive Interpretation in Law, Princeton UP, 2005.

[9] I should hasten to add, that this is only the position taken by the European Court of Justice.

[10] At the time of incorporation (in statute form) a provision was also added to the constitution (RF 2:23) which lays down that "a law or other regulation shall not be issued in conflict with Sweden's obligations under [the Convention]".

”high profile characters” in the same way that many English and, especially, American judges are. In Sweden, at least, bold interpretations of controversial rights provisions are not a sure way for junior judges to climb the bureaucratic ladder. This is not to say that Swedish judges are not independent, or objective, and certainly not to say that Swedish judges are not as ”good” as English or American judges. But junior judges at least are less openly prepared to stick out. Having said this, this argument cuts both ways: if the senior judiciary genuinely insist on compliance with the Convention, then the junior judiciary will not resist this. Thus in Sweden it is very important for the higher courts to insist upon taking the ECHR seriously, because if they do not do so, the other courts will not.[11] Of course, formal bureaucratic hierarchies, and legal supervision by the Chancellor of Justice, are probably less important than the social control which applies in the Swedish work-place. Speaking as an immigrant in Sweden, I am still struck at how strong the desire seems to be for most people not to stick out in working life. I should refrain from further amateur psychological speculation on this point, tempting though it is to identify supposedly common characteristics for an entire nation of nine million people

One can, of course, argue that the Strasbourg case law is nowadays very easily accessible online, and that, Swedish judges being familiar with English, there is no excuse for not finding the relevant case law. But this underestimates the occasional (or even frequent) lack of clarity in ECtHR case law. The Court has tended to approach the issues raised by cases in a narrow fashion. It has rarely taken the oppor-tunity to elaborate upon the meaning of a particular Convention term, but has up until relatively recently, attempted to limit explicitly its discussion to the case in hand. There is thus a distinction between the role of the Court and that of the ECJ which, through relatively abstract preliminary rulings, deliberately tries to lay down general interpretative guidelines for national courts. This caution showed by the Court is partly because the Court was not intended to act as (and does not – yet – have the legitimacy to act as) a fully-fledged constitutional court. But, more pragmatically, its composition pushes it towards caution. There is of-

[11] Neither Finland nor Sweden applies the principle that lower courts are bound by the judgments of higher courts. Even the case law of the supreme court and supreme administrative court are only persuasive authority, a ”weak obliging source” in Aarnio’s terminology. See, e.g. *Aulis Aarnio*: The rational as reasonable: a treatise on legal justification, Reidel, 1987.

ten room for legitimate disagreement amongst the judges as to whether a case falls within the scope of a right, and if so whether an interference can be justified. To reach a decision on such issues often involves compromise. One of the easiest ways to avoid prolonged discussion on an issue is to keep as closely as possible to the facts of the case at hand. This narrow approach is in one sense correct. The Court is, after all, there to do jus-tice in a particular case.

But it is often no easy business for domestic courts in one state (A) to understand that the Court's case law dealing with, e.g. motor traffic offences in state B, has implications for tax pen-alties in A. And it is clear that the obligation under ECHR Article 1 to "secure" the Convention means that national courts must have take account of ECtHR case law concerning not simply their own state, but other states too. National courts, applying the Convention as part of their domestic law, and faithfully trying to understand what it demands of them, can undoubtedly complain that they are not always being given sufficient generally applicable guidance. One can argue that a national court, faced with unclear or inconsistent ECtHR case law should wait for a judgment on the issue against its own state, or at least a Grand Chamber judgment, one of the main ideas behind the Grand Chamber being to provide coherence in the ECtHR case law. However, this is often not a practicable option. The national court can still find itself in a tight spot. If it refuses to "translate" an existing ECtHR case concerning another state to its own national context and develop the national law to take account of the Strasbourg requirements, then it risks the case going "out of its hands" to Strasbourg (something which no supreme court will want) and a violation being found at a later stage. If, on the other hand, it tries to anticipate a development in Strasbourg it may be too quick to change national law and, when the issue later arises squarely in Strasbourg, may find that it has made an unnecessary change.[12] It should be noted in this respect that the Court does not apply the common law doctrine of obiter dicta, which, at least in theory, allows a subsequent reader – judge or academic – to identify those parts of its reasoning have no precedent effect. A judgment, or even a remark made in it, may accordingly cause considerable discussion in another state, which is faithfully trying to translate that case

[12] This was the case in Norway as regards the ne bis in idem rule and tax surcharges, see, e.g. *J. E. A. Skoghøy*: Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner, Lov og rett, 337–355, 2002.

law to its own national context.[13] I return to this issue in the next section.

Another aspect is the *time* involved in ascertaining exactly what it is that the ECHR requires in a given situation. It should be remembered that at the level of the district court or district administrative court we are speaking about mass production. Most cases will be relatively straightforward, capable of being determined by reference to the text of the law, and if need be by the travaux préparatoires and the case law of the higher courts. Courts at the lowest level can expect no reduction in their case loads merely because the case involves a convention aspect.[14] An academic lawyer may delight in complicated cases, but it is a rare Finnish or Swedish judge who will jump with joy when he/she hears that, while there is no national case law indicating that law X when applied in situation Y may breach the ECHR, there are 25 cases concerning other states on this issue and a third of these are in French. In the circumstances, I find it quite natural if junior judges adopt a publicly skeptical approach to arguments that this or that national law or practice violates the ECHR. I do not find it surprising if the lower courts say: let the Supreme Court or Supreme Administrative Court sort this out. The experience in Sweden is certainly that, in practice, application of the ECtHR case law – at least when it involves reductionist, or restrictive, interpretations of national law – is mainly left to the higher courts.[15]

Up to now I have spoken about ”passive” resistance through unfamiliarity or lack of clarity in judgments. But resistance can also be active, when

---

[13] E.g. in Sweden, there have been considerable discussions of the implications of von Hannover v. Germany No 59320/00 24 June 2004 (as regards the balancing between the constitutional protection freedom of expression and the – as yet not constitutionally protected – right of integrity) and MC v. Bulgaria No. 39272/98, 4 December 2003, as regards the alleged need to legislate to so as to make lack of consent an explicit part of the crime of rape.

[14] The position of the ECHR can be constrasted with the position of the Constitution in many European states. Unlike many European states, which have the Kelsenian model of a constitutional court, Finland and Sweden apply a decentralized model of constitutional review: all courts have the power of constitutional review. However, in all states, ECHR issues arise before, and have to be determined by, the ordinary (and administrative) courts, even if in many states, the final word on the incorporated convention may be for the constitutional court.

[15] The implication is that descriptions of the national impact of the Convention which concentrate on the appellate courts can be criticized as not giving a true picture of what is the ordinary ”life of the law”. This was a well-known criticism made by the American realists of the US system of legal education in the 1920´s and 1930's. For a fascinating account of the realist movement's criticisms in this, and other respects, see *Neil Duxbury*: Patterns of American Jurisprudence, Clarendon Press, 1995.

clear Strasbourg case law is rejected because this would involve making unwelcome changes in national law. The legislator or the judges could feel that a negative ECtHR judgment is based on a misunderstanding of national law. French judges have arguably resisted ECtHR judgments requiring changes in the position of the government commissioner in administrative proceedings – something seen as central to maintaining the quality of French procedure.[16]

I certainly think it important not uncritically to accept case law from the ECtHR. Like any court, it has good judgments and bad. A bad judgment is not a problem if it leaves room – as it invariably will do – for adaptions/ameliorations when it is implemented at the national level, either by the national legislator or a national judge applying it to similar fact-situations.[17] In Sweden, in any event, there have been few holy cows which have been touched upon by judgments with the exception of the Gustafsson case,[18] which the state won. I see in any event relatively little evidence of active resistance from either the legislator or the judiciary.[19]

Another factor, already touched upon, can be described as respect for democracy and institutional competence. Democracy is the main principle for steering Western societies. In the Nordic states, it is universally accepted that it is elected politicians who should take the most important decisions in the public sphere. Respect for politicians is – relatively speaking – still reasonably high in Nordic states. Rights are inherently moral and political issues and involve the distribution of scarce societal resources. By attempting to reduce all moral or political controversies to disputes over the

---

[16] See *John Bell*: 'Interpretative Resistance' Faced with the Case-law of the Strasbourg Court, 14 European Public Law, 134–142 (2008).

[17] Cf the approach of the Federal German Constitutional Court**,** order of 14 October 2004 – 2 BvR 1481/04.

[18] No. 15573/89, 25 April 1996.

[19] In the late 1980´s changes had to be made to Swedish administrative procedure as a consequence of the right of appeal/review to a court in administrative cases concerning civil rights. See *Iain Cameron*: An Introduction to the ECHR, 5th ed, Iustus, 2006, 90–95. See further, for discussion of the relevant cases, *Matti Pellonpää*: Europeiska människorättskonvention, Talentum, 2007, 364–386. The view was occasionally expressed in academic discussions that the ordinary power of administrative reopening really sufficed, and there was no need to do what the legislator actually did, namely introduce a wholly new type of administrative review. Certainly, substantively speaking it can be questioned whether these changes made more than marginal improvements in Swedish administrative decision-making.

”correct” meaning of a legal right, courts can obviously severely reduce the political room for manoeuver.[20] The pragmatic legal profession in Sweden and Finland knows that there is no ”right” answer to moral questions, and in the circumstances, most people consider that such issues should be largely left to the legislature. The judges in the ECtHR itself are themselves split – sometimes dramatically so – on issues such as abortion and adoption by homosexuals.[21] As regards institutional competence, the legislative process in Sweden is – notwithstanding some deficiencies (mentioned later) – still a good model. It is usually open, relatively long and expert opinions are usually taken properly into account. In the circumstances, judges know that the legislature is almost always in a better position to decide on the need for legal regulation, and what form it should take, compared to the type of ad hoc examinations a court, even a court with time on its hands, is capable of engaging in.[22]

But respect for democracy and institutional competence means that there will be a great temptation for the courts simply to ”buy” the national parliament’s assessment of whether a particular limit on a human right is justified. Here something should be said about judges’ conceptions of their constitutional role. At the risk of some simplification, the view of judges as primarily technicians, not denying, but downplaying their role as law-creators, has until now been strong in Sweden. The courts in both Sweden and Finland have, until recently, had a relatively limited role to play in protecting constitutional rights. The Swedish chapter on constitutional rights was added more or less as an afterthought in 1976. In both states, constitutional rights have traditionally been – and still are – protected primarily by the national legislative process. There is thus no strong judicial tradition of protection of constitutional rights to which the Convention can easily be

---

[20] This is a huge subject, and I will content myself with three references: *J. H. Ely*: Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (Harvard UP, 1980), *Tom Campbell*: Rights: a critical introduction, Routledge, 2006 and *Martti Koskenniemi*: The Effect of Rights on Political Culture, in Alston, P. (ed.), The EU and Human Rights, Oxford, 1999.

[21] See, e.g. Tysiac v. Poland No. 5410/03, 20 March 2007 (abortion) and E.B. v. France, No. 43546/02, 22 January 2008 (homosexual adoption).

[22] The willingness of the British judges to use the incorporated ECHR to hold in check the British parliament’s (over) reaction to terrorist threats has been the subject of academic discussion. See e.g. *Jeffrey Jowell*: Judicial Deference: servility, civility or institutional capacity? (2003) PL 592 and *Conor Gearty*: Principles of Human Rights Adjudication, Oxford, 2004.

”fitted in”. Again with the risk of simplification, this approach has meant in Sweden that constitutional interpretation has been ”bottom-up” interpretation: an administrative authority’s regulations are usually deemed to be in accordance with the government ordinance which is almost invariably deemed to be in accordance with the statute which is hardly ever not deemed to be in accordance with the constitution. This approach may be mainly a result of a pragmatic method of judicial interpretation (concrete specific norms being preferred whenever possible over abstract general norms) itself a product of mass production of cases, but respect for the democratic principle, and institutional competence, certainly buttresses it.

It is difficult to argue that this approach is wrong. As Alf Ross demonstrated, it is not logically necessary to have a court with the power of constitutional review to protect the constitution.[23] And ultimately, if the political process cannot ensure compliance with the constitution, then no court mechanisms will be able to stand long against pressures to limit constitutional rights. But it is easy to take this truth one step further and argue that, if the national legislative process is functioning well, then what is the need for constitutional review at all?

I think, for reasons I will develop more further on, that there can be a need for *some* degree of constitutional review in Sweden and Finland in general, and concerning the incorporated ECHR in particular. The ”respect for the democratic will” argument is definitely valid, but easily be overstated. The will of the majority in any well-functioning system of government is, and should be, subject to all sorts of restraints, legal and political.[24] In fact, bearing in mind the crucial role government departments play in drafting legislation in both Finland and Sweden, one can argue that the power shift – if there is one at all – will be minor, and in practice more from one group of public employees (civil servants) to another (judges).

Having said this, all rights – civil, political, economic, social and cultural – cost money. Rights are thus ultimately decisions on the allocation of scarce public resources. This allocation should be largely – but not exclusively – a matter for the politicians. I therefore accept the *potential* for misuse of the case law of the ECtHR, to short-circuit the necessary political discussions

---

[23] See, e.g. *Alf Ross*: Why democracy? Harvard UP, 1952.

[24] Again, this is a huge subject. For a critical treatment, arguing that, historically, well-functioning republican systems have always had the ”counter-vailing” forces balancing the power of the legislature, see *Scott Gordon*: Controlling the State, Harvard UP 2002.

which each state must have on the right substantive (content of right) and procedural (which organ of the state should have the last word) ”balance” to be taken in the issue.[25] But I do not think the Swedish courts' use of the ECHR has in fact constituted an impermissible encroachment of politicians' freedom of action.[26]

Factors which operate to increase the judicial impact of the ECHR

What are the factors which serve to increase the judicial impact of the ECHR in Sweden (and Finland)? The first of these is that it is no longer *possible* to leave the protection of Convention rights *wholly* to the parliament. The ECtHR case-law is extensive. It is easy to miss a case, especially a case concerning another state which nonetheless has implications for one's own state. As already mentioned, both Sweden and Finland – rightly in my view – place the bulk of safeguards at the preventive level. The open nature of the legislative process, and the scope it leaves for expert views, is important. There are also mechanisms designed to identify possible conflicts with the constitution. In Finland, these are the Chancellor of Justice, the Ombudsman, and the constitutional committee, in Sweden these are the Law Council and the committee on the constitution. This is not a protection simply on paper: the ECHR is relevantly frequently mentioned in commission of inquiry reports, in the bills and parliamentary debates.[27]

In the circumstances, this argument that preventive scrutiny is not enough may seem strange. However, a number of points should be made in reply. The first is that the pace of legislation continues to increase. This is partially as a result of the complexities of modern life and partially as a result of EU membership. Moreover, legislation is more fragmented: the time of the great codification projects seems over (at least at the national level). What

[25] For critical views of common law judges' willingness to quote comparative human rights law, see *Christopher McCrudden*: Judicial Comparativism and Human Rights – http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1028703&rec=1&srcabs=963754

[26] I develop this further in EKMR och normprövning, SvJT, 851–861 (2007).

[27] All of this is in line with Committee of Ministers Recommendation (2004) 5 on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights.

is left is tinkering with the details. Another development, related to the first two is that the quality of preparation seems to be decreasing. In Sweden, more laws are being produced on the basis of departmental reports rather than parliamentary/academic commissions of inquiry, or even on summary, and unpublished, departmental studies. The resources the government departments have to devote to investigation, and drafting, of legislation are less: more departmental man-hours have to be devoted nowadays to international negotiations, primarily at EU level.

Moreover, the very fact that there are *several* preventive mechanisms can create a problem. It is a fact of human nature that when you give several people the same job to do, at the same time as giving them a *lot* to do, then everyone will – often or at least sometimes – assume that everyone else is doing it properly, and take their duties more lightly. In Sweden, the committee on the constitution and the Law Council have very limited resources to engage in own investigations. The Law Council occasionally has judges with human rights expertise on it, but more often not. It has no continuity of expertise. Nonetheless, the – on occasion – very summary investigations it makes of the constitutionality of draft legislation (abstract constitutional review) can in practice provide a full protection against subsequent challenge in court proceedings (concrete constitutional review). The judges can easily take the view that if the provision really is unconstitutional, then surely the Law Council would have identified this.[28] As regards the parliamentary preventive mechanisms (the committee on the constitution), this can indeed work well, but where there is political consensus in the committee about the desirability of a particular limitation on human rights, then this will be adopted, even if doubts may be raised by lawyers as to its constitutionality.[29] Moreover, and this is very important, the production of *new*, important cases from the ECtHR is constant. However exhaustive and well-made the analysis made by the government departments, and the preventive mechanisms, these cannot guard against the law, or more likely particular applications of it in concrete situations, being in breach of the ECHR because of later ECtHR cases.

Another reason for the courts not being able totally to rely upon the legislature, or the administration, is the pressures nowadays being placed upon

---

[28] This was a factor in the ”Pastor Green” case, NJA 2005, s. 805.

[29] See the Opinion on the Constitution of Finland adopted by the Venice Commission at its 74th plenary session (Venice, 14–15 March 2008), para. 119.

the whole public sector to economize. Finland and Sweden are rich countries. One should not forget the crucial importance of a sound economic base for rights protection. I say to my idealistic students that if they are interested in human rights, they should also be interested in tax law, because the former is dependent upon the latter. Of course this dependency does not mean that only rich countries are able to respect human rights, and certainly not that poor countries should not even try to do so. But it is undoubtedly *easier* for rich countries to respect human rights.

Human rights are not "natural rights". In the hard-headed North, we know that, while the *demand* for human rights may indeed be universal, and timeless, in that voices demanding respect for human rights have been heard in all societies and during all periods of history, the potential to *supply* them depends on special social, economic and political conditions. A system which respects human rights is not the "natural order" of things, but a vulnerable human creation, which will start malfunctioning, or even fail, if we do not continually take it seriously.

Human rights can be seen, in Ronald Dworkin's terminology, as "trumps".[30] But rights to a state of being, or a state of affairs, as Neil MacCormick defines human rights, are complexes of different claims on the state and on other people.[31] As such, they always have to be interpreted. The question of balancing of interests still comes in, at the very least at the level of the applicability (or not) of the right in the concrete situation. Resources are thus not irrelevant in rights discussions, simply that the discussion on allocation of resources is channeled in a different way.

Anyway, for good or ill, all public servants are nowadays under the watchful supervision of economists, who want value for money. Even though they (hopefully) accept that you cannot measure effectiveness of administrative or judicial decision-making in terms only of speed, vague factors – such as justice, privacy, freedom of conscience – are difficult to measure, and inevitably risk being downplayed.

I think that there are few immediate economic threats to ECHR rights in Finland and Sweden. However, we should not be complacent. The underfinancing of the public sector, in particular pressures to economize on local authorities, the main service providers in both countries, mean that economic and social benefits can be, and will be, cut. This can raise issues

---

[30] *Ronald Dworkin*: Taking Rights Seriously, Duckworth, 1977.

[31] Cf. *Neil McCormick*: Institutions of Law, Oxford UP, 2007, p. 132.

under Article 8. It is also reasonable to assume that the Article 6 guarantees of access to court to challenge such administrative decisions – when these are decisive for civil rights – will increasingly come into play.[32] Overloading of the administrative courts for this, and other reasons, means that the Article 6 requirements of trial within a reasonable time come under threat.

Another point is that the national courts, even if they might want to do so, *cannot avoid* the job of developing national law in accordance with ECtHR practice. As noted already, ECtHR judgments are often casuistic in nature, keeping closely to the facts of the given case. This is partly for procedural reasons (making it easier to obtain agreement on a majority judgment) but partly built into the Court's function as a half-international, half-constitutional court. This is why the Court deliberately gives a "margin of appreciation" to states.[33] But the margin of appreciation, given out of respect for national sovereignty, paradoxically can make it more difficult for a national court, in a subsequent case, to determine exactly what it must do to avoid breaching the Convention. As already mentioned, there will be situations where a national court will have relatively little guidance as to whether the "Convention objection" forbids, or permits, or obliges, an exception being made to a given law or practice. At the same time, the national court is supposed to (and will want to) decide the case and solve the problem, without having to let it go to Strasbourg.

Just as the Court is increasingly feeling obliged to give certain national legislatures more guidance as to what sort of law reform is necessary,[34]

---

[32] Another matter which can be mentioned here is the risk that the minimum standard of the ECHR can be used offensively, to justify cutbacks. The minimum can become the maximum, if the position is taken that the "ECHR places no obstacles to doing this". One Finnish commentator already sees this problem. See *Laura Ervo*: Förhållandet mellan Europadomstolen och nationella domstolar – finländska perspektiv, JFT 2006/4 s. 411. Certainly, at the EU level, the experience so far of Framework Decisions shows the ECHR can easily become the only agreed standard when the EU legislates in criminal law.

[33] A huge subject again. For recent treatments of the issue see *Jukka Viljanen*: The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law, Acta Universitatis Tamperenis 965, 2003 and *Jonas Christoffersen*: Fair Balance: A study of proportionality, subsidiarity and primarity in the ECHR, academic dissertation, Copenhagen, 2008.

[34] See Res (2004) 3 "on judgments revealing an underlying systemic problem"; which encourages the Court to exercise a more forward-looking "quasi-legislative" competence where it has identified a structural problem. See inter alia Broniowski v. Poland, No. 31443/96, 22 June 2004, Lukenda v. Slovakia, No. 23032/02, 6 October 2005.

there are also indications that the Court is attempt-ing to lay down clearer, uniform standards of interpretation of the Con-vention for domestic courts, even where this involves explicitly departing from previous case law[35] But while I think this is a welcome development, there are still going to be many, many more concrete legal interpretative issues which arise in a national legal system compared to the Strasbourg system.

What should the national court do? As already noted, if it goes beyond what the ECtHR requires, it risks making an unnecessary change. If it does not go far enough, it will be embarrassed in the future. National courts, in any event, should not give their legislature a margin of appreciation, as this risks a ”double” margin of appreciation.[36] The Supreme Court in Sweden has taken different approaches to this issue. On one occasion, it has demanded clear Strasbourg case law indicating that a criminal law arguably requiring self-incrimination breached the Convention.[37] On another, it has considered that the logical consequences of more general Strasbourg case on freedom of expression in religious contexts meant that a conviction for incitement to hatred could not be upheld.[38]

By way of conclusion on this section, it can be said that when it comes to the judicial reception of the ECHR as far as Sweden is concerned, meas-

---

[35] For a recent example of an attempt by the Court to give better general guidance (in this case, regarding which disputes involving public employees fall outside of Article 6) see Vilho Eskelinen and Others v. Finland, No. 63235/00, 19 April 2007. This case is an explicit overruling of Pellegrin v. France No. 28541/95, 8 December 1999, which itself was an explicit departure from previous case law. Another factor altering the relationship between the national courts and the ECtHR is the gradual development of a quasi-obligation to re-open national proceedings following a negative judgment in Strasbourg. This is, formally, only at the level of a Committee of Ministers recommendation, Rec (2004) 6 on the improvement of domestic remedies, but the existence of such a remedy can have implications for the damages awarded by the ECtHR in ”just satisfaction”. See, however, the German constitutional court judgment cited above.

[36] See e.g. *Martin Scheinin*: ”one clearly should not take a case decided by the European Court through the application of the [margin of appreciation] doctrine as an authoritative statement that the ECHR does not give grounds for a claim that would extend further. As long as the European Court rests on a margin of appreciation, domestic courts should conduct an independent scrutiny in order to prove themselves worthy of the discretion left to them”. See ”International Human Rights in National Law” in Hanski R. – Suksi M. (eds), An Introduction to the International Protection of Human Rights, 2nd ed, 1999, p. 422.

[37] NJA 2005, s. 407.

[38] NJA 2005, s. 805. The Supreme Court later clarified that the religious context is crucial, upholding convictions for incitement to hatred on the basis of sexual orientation where the religious context was absent (NJA 2005 s. 467).

ured in terms of how often the ECHR is mentioned by the higher courts, the ECHR is more important in Sweden than the rights chapter, chapter 2, of the Instrument of Government.[39] Chapter 2 cannot really be described as a living part of the Swedish judicial culture, and the present commission of inquiry into the Constitution (whose report is due at the end of the year) is expected to make proposals for changes in this regard to ”boost” its profile. Having said this, the published Swedish case law shows that ECHR is ”living” mainly as regards the right to fair trial, Article 6. It is this article which is perceived by the Swedish courts as being most ”operative”, as filling a gap in Swedish rights protection.

Concluding remarks – a continued value for the ECtHR?

In states where the judiciary is, relatively speaking, strong, such as the United States and the United Kingdom, we see a continuous debate on the permissible limits of judicial power, often reflecting a view of politics/law as a ”zero sum game”. For example, in the UK, judges relying upon, and developing, Strasbourg case law on detention of terrorist suspects have been attacked for putting public safety at risk.[40] In the US, the Supreme Court naturally interprets US law, but there has been strong disagreement between judges and academic lawyers on the permissibility of even *looking* at comparative case law (including that of the ECtHR) for guidance in interpreting constitutional rights.[41] Of course, it is easy to exaggerate the political importance of the judiciary (and particularly easy for a lawyer to do so). Even in the United States, it should be remembered that it is not the Supreme Court but Congress and the President which decide the *great*

---

[39] *Karin Åhman:* Kartläggning av i vilka fall svenska domstolar tillämpat bestämmelserna i 2 kap. regeringsformen och i Europakonventionen, Uppsala universitet, juridiska institutionen, 2003.

[40] See, e.g. A and others v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56, MB v. Secretary of State for the Home Department [2006] EWCA Civ 1140.

[41] Compare Judge Scalia’s dissenting opinion in Lawrence v. Texas 539 U.S. 558 (2003) with *Aharon Barak*: Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia http://www.fulbright.org.il/fileadmin/fulbright/editor/images/news/-documents_for_news/Barak_50th_symposium_speech.doc. This can be seen as yet another battle in the war (referred to by Professor van Caenegem in his lecture) between ”intentionalists” and ”evolutionists”.

majority of the issues regarded as being politically important by the populace.[42]

In Sweden, the ”politics/law” debate is largely absent. Admittedly, the position of the Social Democrats in Sweden is still to keep the courts from encroaching upon what they regard as properly within the political sphere. But there is little *controversy* involved in this. Few Swedish politicians of any political complexion, and for that matter few judges, would disagree with this starting point.

In Sweden (and, I believe, Finland) there is no question of the correctness of the largely subordinate role which is played, and should in the future be played, by the courts in constitutional matters, including the content of rights. Having said this, there has been a discussion in Sweden recently of the power of the ECJ. This has been linked to a traditional Swedish holy cow, the right of the parties in the labour market (employers' associations and trade unions) to determine conditions of work and pay through collective agreement, and without interference from others (the legislature or the courts). The ECJ has come under a lot of attack from certain Social Democrats, sparked off by the preliminary ruling in the ”Vaxholm” case.[43]

I will conclude this lecture with a few remarks on the role the ECtHR can and should play in a future when human rights are a binding part of the constitutive EU treaties and the ECJ is given an explicit role in human rights protection. I would begin with the obvious point that EU legislation is not the same as national legislation, and the texts of directives should not be treated in the same way as national laws. The EU has what political scientists describe as ”output legitimacy”.[44] It is not the legitimacy of the input, the decision-making process, by which the EU should be judged but the end results it achieves. The political compromises in the final legislative product, the regulation, directive or decision, mean that it is usually much vaguer than an equivalent national law, allowing much greater scope for interpretation. The power given to the final interpretative body – the ECJ – is, and must of necessity be, correspondingly greater. This is built into the

---

[42] *Frederick Schauer:* Foreword: The Courts Agenda – and the Nation's, 120 Harv. L.R. 5 (2007).

[43] C 341/05 Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, 18 December 2007. The legislative change required to implement the judgment is minor, meaning that the criticism directed at the ECJ is more emotional than rational.

[44] *Fritz Scharpfe:* Governing in Europe: Effective and Democratic, Oxford UP, 1999.

system. However, the ECJ is hardly insensitive to its own power. On the contrary. In its preliminary rulings the ECJ nowadays tends deliberately to keep itself on a relatively vague level, allowing the national court considerable freedom of interpretation when the case returns for decision. It does not determine the case in a preliminary ruling (even though, in the past, the specificity of its ruling meant that it occasionally come very close to doing so).

The relationship between the ECJ and national courts on the one hand, and between the ECtHR and the ECJ on the other is complicated, and too large to be dealt with in this short lecture. I will content myself to noting three points, all concerning the power of the ECJ and all following on from the fact that the post-Lisbon Charter on Fundamental Freedoms will obtain a legally binding status. This legal status means that it can (and must) be applied by the ECJ and national courts (when interpreting national law within the scope of EU law).

First, the Charter is supposed to be complementary to national constitutional protection, and is – explicitly – not designed to provide in itself for competence to legislate in the area of human rights.[45] But the history of the EU is one of expansion of legislative competence. We now have an EU Fundamental Rights Agency which is designed to investigate member states' laws to identify gaps in human rights protection. It is a reasonable assumption that FRA reports will lead to pressure to legislate in some areas at least. Some human rights issues now determined at the national level will in the future be determined at the EU level. The ECJ will have the final word on interpretation of these areas. Scharpfe's formulation of the criterion of legitimate EU legislative activity – to keep away from what ordinary people would discuss over the 'kitchen table' – is thereby definitely abandoned. Second, where the issue concerns direct administration (i.e. by an EU institution, such as the Commission, in anti-trust cases, or EUROPOL), the ECJ will not simply give a ruling on how the law should be interpreted, but *determine* the case. Third, following on from the above two points, the judges on the ECJ have – with a few notable exceptions such as the Finnish

[45] Article 6 of the EU treaty would provide that: "1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same legal value as the Treaties. 2. The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties."

judge, Allan Rosas – no competence in the area of human rights. This in itself may not be seen as too serious, bearing in mind the extensive expertise they can call on from their assistants, the advocates-general, and the research department of the Court. Admittedly, I can think of at least one case from the Court of First Instance (CFI) where the judges, who I am sure have adequate expertise in the area of competition law, produced a result which would be a disgrace for EU protection of human rights.[46] But, hopefully the case, now pending before the ECJ, will be corrected on appeal. And while there is a lively debate on whether the ECJ really "takes rights seriously"[47] it certainly cannot be accused of deliberately ignoring relevant ECtHR case law.[48] Nonetheless, there is one aspect of the process of decision-making in the ECJ – namely the lack of dissenting opinions – which becomes very much less acceptable when it is applied outside of the field of competition law and in the – essentially contested moral/political areas – of human rights. What seven judges (the standard composition of chambers in complicated cases being thirteen judges) say on any area of EU law will be the *only correct* answer. This is absurd in the area of human rights.

The conclusion from these three points alone is that there is still a need for the ECtHR as a court of appeal from the ECJ. Fortunately, the reform treaty provides for EU ratification of the ECHR.[49] And the Council of Europe and the EU will find some procedural solution to grant the ECtHR jurisdiction.[50] This is not a strange result, putting the ECtHR "above" the ECJ. It is no more "above" the ECJ than it is "above" a national constitutional court.[51]

---

[46] Case C-402/05, Yassin Abdullah Kadi vs. Council and Commission (Case T-315/01). Judgment 21 September 2005.

[47] See, e.g. C-112/00, Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge, 12 juni 2003

[48] See, e.g. C-94/00, Roquette Frères, REG 2002, I-9100.

[49] Article 6 of the EU treaty would provide that "2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties. 3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law."

[50] Protocol 14 envisages this ratification, but more work needs to be done on the practical arrangements. Protocol 14 is, as already mentioned, being blocked by Russia.

[51] *Matti Pellonpää*: The European Court of Human Rights and the European Union, in Caflisch L., Callewaert J., Liddell R., Mahoney P. and Villiger M. (eds), Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights – Strasbourg views / Droits de l'homme – regards de Strasbourg, N.P. Engel 2007.

John A. E. Vervaele

Fundamental Rights in the European Space for Freedom, Security and Justice: The Prætorian *ne bis in idem* Principle of the Court of Justice[1]

Introduction

For some years the Court of Justice of the European Communities (ECJ) has developed a complete series of general principles of Community law that also covers criminal law and criminal procedure law[2]. With the entry into force of cooperation in the field of Justice and Home Affairs (JHA) around the third pillar, as set out by the Treaty of Maastricht, and the extension of the jurisdiction of the Court of Justice to third pillar matters introduced by the Treaty of Amsterdam, the ECJ has had the opportunity of extending the scope of application of these general principles to new policy areas more directly related to the principle of due process and fundamental rights.

Prior to the entry into force of cooperation in the field of JHA in accordance with the third pillar, the Member States drew up *ad hoc* agreements on cooperation in criminal matters in the framework of European Political Cooperation[3]. But the breakthrough came in the form of the Schengen Agreement in 1985. France, Germany and the three Benelux countries agreed on closer cooperation between them in the field of migration, police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, and the creation of a Schen-

---

[1] This article has been published in *Montserrat de Hoyos Sancho* (ed.): El Proceso Penal en la Unión Europea: garantías esenciales, Lex Nova, Valladolid, Spain, 2008, 78–99.

[2] See for example Case 80/86, *Kolpinghuis*, [1987] ECR 3969 and commentary on it by Sevenster, "Criminal Law and EC Law", 29 CML Rev. (1992), 29–70.

[3] *J.A.E. Vervaele*: Fraud against the Community. The need for European fraud legislation (Deventer, 1992), p. 345 and *J.A.E. Vervaele – A.H. Klip* (eds): European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities (Kluwer Law International, 2002).

gen Information System (SIS). Schengen cooperation was very successful and many Member States of the European Union (EU) joined it. The Schengen intergovernmental agreements of 1985 and 1990 and the Schengen Area have been incorporated into the structure of the EU through a Protocol annexed to the Treaty on European Union (TEU) and to the Treaty of Amsterdam. The provisions relating to asylum, immigration policy, etc. were integrated into the first pillar (which is to say, into the Treaty establishing the European Community: Title IV), the rules on police cooperation and judicial cooperation in criminal matters around the third pillar. However, special legal arrangements have been agreed for the United Kingdom and Ireland (which are not subject to the Schengen Area) on the possiblity of opting to join this agreement, for Denmark in the case of abandoning it, and for Iceland and Norway, countries that are not within the Union, that are part of the Schengen structure.

The incorporation of Schengen into Community law also included articles 54 to 58 of the 1990 Convention implementing the Schengen Agreement of 1985 (CISA) on the application of the *ne bis in idem* principle. These articles are set out under Title VI of the TEU (third pillar regulations) upheld in law in articles 34 TUE and 31 TUE[4]. Article 54 states that: "A person whose trial has been finally disposed of in one contracting party may not be prosecuted in another contracting party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing contracting party". Article 55 contains exceptions to the rule of *ne bis idem*, but they must be formally presented at the time of signing or ratification of the Convention. One of the possible exceptions is that the acts took place either wholly or partially in their own territory. Another important article in this context is article 58 that points out that national regulations can be wider and go beyond the provisions of the Schengen acquis on *ne bis idem*, providing greater protection.

Article 2 of the Schengen Protocol states that the Court of Justice of the European Communities will exercise the powers conferred upon it by the relevant applicable provisions of the Treaties. The Treaty of Amsterdam has broadened the jurisdiction of the EJC to questions relating to the third

[4] 1999/436/CE: Council Decision, of 20th May, 1999, Official Journal nº L 176 of 10/07/1999 p. 0017– 0030.

pillar, so that it may rule amongst other matters on the validity and the interpretation of the framework and other decisions as well as the measures taken to apply them. Member States must accept this jurisdiction in accordance with article 35(2) TUE and when they accept, according to article 35(3) TUE, they can choose to confer the power to request a preliminary ruling from the ECJ on any jurisdictional organ or only on those jurisdictional organs against whose decisions no appeal may be lodged. Unfortunately, some states (including Spain) have opted for the second option and the majority of the new Member States have not recognised any such competence. However, the interpretation of the ECJ is held as valid across the Union, even in those countries which have not recognised its competence.

The *ne bis in idem* principle

The *ne bis in idem* principle is a general principle of (criminal) law in many national legal orders, sometimes even codified as a constitutional right such as the clause relating to *ne bis in idem* (prohibiting dual punishment – *double jeopardy*) of the Fifth Amendment of the Constitution of the United States of America. Historically it has been considered that the principle of *ne bis in idem* only applies nationally and is limited to criminal justice. Concerning the substance of the principle, a distinction is traditionally made between *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (no one should have to face more than one prosecution for the same offence) and *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (no one should be punished twice for the same offence). Some countries limit the principle to the prohibition of double punishment.[5] On the subject of double prosecution, there is great debate over the meaning of prosecution. Does it also include the judicial investigation or is it limited to the judgement of the charges laid before the Courts? In the latter case, some States have *una via* provisions in national law, which oblige the authorities to choose at a certain stage of the investigation between either criminal or administrative procedure.

The rationale of the *ne bis in idem* principle is manifold. It is of course a principle of judicial protection for the citizen against the *ius puniendi* of the

[5] In that case, a double prosecution can still be recognized as a violation of the principles of a fair administration of justice.

state and as such forms part of the principles of due process and a fair trial. On the other hand respect for the *res judicata* (*pro veritate habitur*) of final judgments[6] is of importance for the legitimacy of the legal system and of the state.

The *ne bis in idem* principle raises many questions. The greater part of the case law of the States refers to the definition of *idem* and of *bis*. In order to consider the meaning of the same/*idem*, it may be asked whether the legal definition of the offences should be considered as the basis of the definition of the term the same (*idem*), or should it be the set of facts (*idem factum*)? Does it depend on the judicial rights protected by the legal provisions and their scope? Are natural and legal persons different with regard to the application of the principle? Is the reach of the principle limited to double punishment under criminal law or does it include other punitive sanctions that may be imposed under private law or administrative law? What is a firm and final sentence? Does it include having no case to answer or the dismissal of the proceedings? What does the execution of a firm judgement mean? Does it include settlements with the public prosecutor or with other judicial authorities? Are proceedings or an additional sanction (*Erledigungsprinzip*) prevented out of respect for the *ne bis in idem* principle, or can the authority, taking account of the first punishment (*Anrechnungsprinzip*), impose a second one? In the cases of *Gützütok* and *Brüge*, the discussion is limited to the concept of a firm sentence and settlements.

The *ne bis in idem* principle is also established as an individual right in international human rights treaties, such as the International Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966 (Article 14 (7))[7]. The Euro-

---

[6] *Interest reipublice ut sit finis litium, bis de eadem re ne sit actio.* ("it is in the public interest that there be an end to litigation, there will be no action twice on the same matter").

[7] The Human Rights Committee ruled that Article 14 (7) does not apply to foreign *res judicata*, UN Human Rights Com-mittee 2 November 1987. The Netherlands has formulated the following reservation:
"Article 14, paragraph 7

The Kingdom of the Netherlands accepts this provision only insofar as no obligations arise from it further to those set out in article 68 of the Criminal Code of the Netherlands and article 70 of the Criminal Code of the Netherlands Antilles as they now apply. They read:

1. Except in cases where court decisions are eligible for review, no person may be prosecuted again for an offence in respect of which a court in the Netherlands or the Netherlands Antilles has delivered an irrevocable judgement.

2. If the judgement has been delivered by some other court, the same person may not be prosecuted for the same offence in the case of (I) acquittal or withdrawal of proceedings or (II) conviction followed by complete execution, remission or lapse of the sentence."

pean Convention on Human Rights (ECHR) does not contain such a provision and the former European Commission on Human Rights[8] denied the existence of the principle as such under Article 6 of the ECHR, without however precluding in absolute terms that certain double prosecutions might violate the fair trial rights under Article 6 ECHR. The provision has meanwhile been elaborated in the Seventh Protocol to the ECHR (Article 4), but only a minority of the 25 EU Member States has ratified Protocol no 7. For Belgium, Germany and the Netherlands the Seventh Protocol is not binding. However, case-law might serve as inspiration here. The majority of the cases refer to the definition of *idem*. After some contradictory judgements[9] on the application of article of the Seventh Protocol, the ECtHR fixed its criteria on the decision in the case of *Franz Fischer v. Austria*[10], based on *idem factum*; although in the case of *Götktan v France*[11] the Court seemed to place its trust once again in the legal *idem*.

Although there is no ECtHR decision on the definition of firm judgements that have been executed and settlements, it is also clear from the Strasbourg case law that the *ne bis in idem* principle is not limited to double punishment, but also includes double prosecution, which means that the accounting principle is not enough to respect the principle of *ne bis in idem*. This underlines the importance of cooperation at the level of the inquiry and of preferably introducing *una via* provisions rather than anti-cumulation of sanctions. In addition, the element of *bis* also includes the combination of two criminal charges in the sense of Article 6, for instance, the imposition of a criminal punitive sanction and an administrative punitive sanction.[12]

---

[8] European Commission on Human Rights, 13 July 1970, Application 4212/69, CDR 35, 151.

[9] *Gradinger v. Austria*, judgment of 23 October 1995, Series A no 328-C and *Oliveira* v. *Switzerland* judgment of 30 July 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, p. 1990.

[10] *Franz Fischer v. Austria* of 29 May 2001, Series A no 312 (C), confirmed in W.F. v. Austria, judgment of 30 May 2002 and *Sailer* v. *Austria*, judgment of 6 June 2002. See http://www.echr.coe.int for these decisions.

[11] *Göktan* v. *France*, Judgment of 2 July 2002, http://www.echr.coe.int/.

[12] The double jeopardy clause in the Fifth Amendment is not limited to criminal law, but includes civil and administrative punitive sanctions. However, the leading case, *United States* v. *Halper*, 490 U.S. 435 (1989), has once again recently been restricted in Hudson v. U.S., 522 U.S. 93 (1997); See also *J.A.E. Vervaele*: La saisie et la confiscation à la suite d'atteintes punissables au droit aux Etats-Unis, Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1998, 974–1003.

The transnational (horizontal) *ne bis in idem* principle Europe[13]

Very few countries recognize the validity of a foreign judgment in criminal matters for execution or enforcement in their national legal systems without it being founded on a treaty. Even the recognition of *res judicata* in respect of a foreign criminal judgment is problematic, certainly when it concerns territorial offences. Recognition of foreign *res judicata* means that the prospect of a new prosecution or punishment is no longer possible (negative effect) or that the decision has to be taken into account in the context of judgements pending in other cases (positive effect). The majority of common law legal systems actually do recognize the *res judicata* effect of foreign judgments. In the civil law system, the Netherlands have the most far-reaching and liberal provisions. The Dutch Criminal Code contains a general *ne bis in idem* provision that is applicable to both domestic and foreign judgements, regardless of where the offence was committed.[14] The principle of *ne bis in idem* is also important as a basis for rejecting cooperation in extradition proceedings, and letters rogatory, etc. However, there is no rule of international law that imposes an international *ne bis in idem* principle. The application depends on the content of the international treaties. Even when States acknowledge the international *ne bis in idem* principle, different problems can arise in transnational scenarios due to the different interpretations of the principle in respect of *idem,* of *bis*, etc. (see *supra*).

In Europe, in the framework of the Council of Europe, efforts have been made since the 1970s to introduce a regional international *ne bis in idem* principle. In this cooperation framework the *ne bis in idem* principle only applies *inter partes*, which means that it can be or must be applied between the contracting States in case of a concrete request. It is not considered to be an individual right *erga omnes*. *Ne bis in idem* is a mandatory provision under the 1970 Convention of the Council of Europe on the International Validity of Criminal Judgements (Articles 53–57) and under the 1972 Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (Articles 35–37). However, both Conventions have a rather low ratification rate and con-

---

[13] *Britta Specht*: Die zwischenstaatliche Gelung des Grundsatzes ne bis in idem (Berlin, 1999).

[14] For commentary on the Dutch *ne bis in idem* in Art. 68 of the Criminal Code, see *Peter Baauw*: "Ne bis in idem", in B. Swart and A. Klip (eds.), International Criminal Law in the Netherlands, MPI, Freiburg im Breisgau, 1997, pp. 75–84.

tain quite a number of exceptions to the *ne bis in idem* principle. In the 1990 Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (Article 18, paragraph 1e), which is more widely ratified, it is optional, but some Contracting States did include it in their ratification declaration as a ground for the refusal of cooperation requests.

European Justice Ministers were fully aware that the deepening and widening of European integration would lead to an increase in transborder crime and of transnational justice in Europe. In the framework of the European Political Cooperation, before the coming into force of the Maastricht Treaty with its Third Pillar on Justice and Home Affairs, the 1987 Convention on Double Jeopardy was elaborated between the Member States of the EC. This Convention deals with the *ne bis in idem* principle in a transnational setting in the EC. The Convention has been poorly ratified,[15] but its substance has been integrated into the CISA to such an extent that it may qualify with good reason as the first multilateral convention that establishes an international *ne bis in idem* principle as an individual right *erga omnes*. The Schengen provisions have served as a model for several *ne bis in idem* provisions in the EU instruments on Justice and Home Affairs,[16] which is why the judgement of the ECJ in the cases of *Gözütok* and *Brügge* currently go beyond the regulations of the CISA. The Convention on the Financial Protection of the European Communities and its several protocols contain various provisions on *ne bis idem*.[17] As does the Convention on the fight against corruption Involving officials of the European Communities or officials of member states of the European Union.[18]

The importance of the principle of *ne bis in idem* is certainly not limited to the third pillar of the EU. The EC has administrative powers to impose sanctions in the field of competition and far-reaching powers to harmonize national administrative sanctioning in many EC policies. The ECJ has had

---

[15] The *ne bis in idem* Convention has been ratified by Denmark, France, Italy, the Netherlands and Portugal and is provisionally applied between them.

[16] *H. H. Kühne*: *ne bis in idem* in den Schengener Vertragsstaaten, J.Z., 1998, 876–880, *Wolfgang Schomburg*: Die Europäisie-rung des Verbots doppelter Strafverfolgung – Ein Zwischenbericht, N.J.W. 2000, 1833–1840 and *Christine Van den Wyngaert – Guy Stessens*: The international non bis in idem principle: Resolving some of the unanswered questions, I.C.LQ., 1999, 786–788.

[17] See Art. 7 of the Convention, OJ 1996 C 313/3.

[18] OJ 1997 C 195/1, Art. 10.

occasion to address the issue of *ne bis in idem* in the field of competition.[19] In line with regulation 17/62,[20] the ECJ had already pointed out in the case of *Walt Wilhelm*[21], as is expressed in article 4 of Protocol 7 of the ECHR, that double prosecution, once by the Commission and once by the national authorities, was in accordance with the Regulation and did not violate the *ne bis in idem* principle, given the fact that the scope of the European rules and the national rules differed. However, were this to result in the imposition of two consecutive sanctions, a general requirement of natural justice would demand that any previous punitive decisions be taken into account in determining any sanction that might be imposed (*Anrechnungsprinzip*).

For years now the ECJ has built on an old tradition that confirms that the *ne bis in idem* principle, as it is expressed in article 4 of Protocol 7 of the ECHR is a general principle of Community law,[22] which means that it is not limited to criminal sanctions, but that it also applies in competition matters. However, the ECJ appears to limit the *ne bis in idem* principle to double punishment and still accepts *Anrechnungsprinzip*. This problem has not been solved by the new competition regulation 1/2003,[23] which provides that, besides the European Commission, national competition authorities will also apply European competition rules, including the rules concerning enforcement (art. 35). The European Commission and the national authorities will form a network based on close cooperation. In practice, conflicts of jurisdiction and problems regarding *ne bis in idem* should be avoided through best practice on cooperation, after which competition authorities can suspend or terminate their proceedings (Article 13). There is however no obligation to do this, which means that double prosecution is not excluded as

---

[19] *Wouter P. J. Wils*: The principle of '*ne bis in idem*' in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis, World Competition, volume 26, Issue 2, June 2003.

[20] Regulation 17/62, OJ P 013, 21/02/1962, P. 0204–0211, English special edition: Series 1 Chapter 1959–1962 P. 0087.

[21] Case 14/68, *Walt Wilhelm* v. *Bunderskartellamt,* [1969] ECR 3.

[22] See for instance Judgment of 14/12/1972, Boehringer Mannheim / Commission (Rec.1972, p. 1281) (DK1972/00323 GR1972-1973/00313 P 1972/00447 ES1972/00261 SVII/00061 FIII/00059) and Judgment of the Court of 15 October 2002. Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P), DSM NV and DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P), Montedison SpA (C-245/99 P), Elf Atochem SA (C-247/99 P), Degussa AG (C-250/99 P), Enichem SpA (C-251/99 P), Wacker-Chemie GmbH and Hoechst AG (C-252/99 P) and Imperial Chemical Industries plc (ICI) (C-254/99 P) v. Commission of the European Communities.

[23] Regulation 1/2003, OJ L 001, 04/01/2003, p. 0001–0025, in force from 1 May 2004.

such. It is quite clear that the jurisprudence of the ECJ on international *ne bis in idem* in cases relating to competition is not totally in agreement with the jurisprudence of the ECtHR on the national *ne bis in idem* principle and that it accepts the principle of taking into account, the *Anrechnungsprinzip*.

Finally, the principle of transnational *ne bis in idem* only comes into effect in the European Union. This means that a firm can be penalised twice over for infringing different regulations on competition, for example by regulatory authorities in the USA and in Europe[24].

The *ne bis in idem* rule can be of importance in other sectors in which the EC has sanctioning power, e.g. within the area of European public procurement.[25] The EC has also harmonized sanctioning regimes in the Member States. The package on the protection of the financial interests of the EC is a good example. Member States have to impose administrative and criminal sanctions for irregularities and fraud. Article 6 of regulation 2988/95[26] provides for suspension of national administrative enforcement during criminal proceedings. However, the administrative proceedings must be resumed when the criminal proceedings are concluded and the administrative authority must impose the prescribed administrative sanctions, including fines. The administrative authority may take into account any penalty imposed by the judicial authority on the same person in respect of the same facts. It is obvious that these provisions do not reflect the full effect of the *ne bis in idem* principle. Article 6 provides only that the reopening of the administrative proceedings after the criminal proceedings can be precluded by general legal principles. The *ne bis in idem* principle should bar such reopening if the same persons and the same facts are involved, but the regulation does not mention this explicitly.

The Corpus Juris[27] on European Criminal Law does not provide for a specific transnational *ne bis in idem* provision, but deals with the problem in Article 17 in the framework of concurring incriminations, as far as double criminal sanctioning is concerned, and imposes the accounting principle in case a criminal sanction is imposed after an administrative sanction.

---

[24] Case nº T-223/00, Kyowa Hakko Kogyo Co, sentence of 9th July, 2003, nyr.

[25] Regulation 1605/2002, Arts. 93–96, OJ L 248, 16/09/2002, p. 0001–0048 and Regulation 2342/2002, Art. 133, OJ L 357, 31/12/2002, p. 0001–0071.

[26] Regulation 2988/95, OJ L 312, 23/12/1995, p. 0001–0004.

[27] *Mireille Delmas Marty – J.A.E. Vervaele* (eds): The Implementation of the Corpus Juris in the Member States, vol. 1–4, Intersentia, Antwerpen Groningen, Oxford 2000-2001, 394 p.

Finally, another way of regulating the problem is not to consider double prosecution at a transnational level. Transnational consultation procedures are more than necessary. Certain EU instruments provide for a consultation between Member States and give priority to some criteria of jurisdiction[28]. The need for coordination of judicial action in the EU has led to the creation of Eurojust, which among other matters is authorised to coordinate judicial investigations in order to avoid conflicts of jurisdiction and problems relating to the *ne bis in idem* principle. However, Eurojust[29] has to request a decision from Member States, and the authority of Eurojust is limited to the most serious crimes.

The *ne bis in idem* as the beginning of the development of general principles in the field of freedom, security and justice: the *Gözütok and Brügge* judgements of the ECJ

The CISA has been an important landmark for the establishment of a multilateral treaty-based international *ne bis in idem*. The interpretation of the Schengen *acquis* in the field of *ne bis in idem* has provided the ECJ with its first opportunity to pronounce on the third pillar, the legal nature of its rights and the general principles that are applicable.

In the joined cases of *Gözütok and Brügge*[30], the national courts referred to the ECJ for a preliminary ruling under Article 35 EU on the interpretation of Article 54 of the CISA, raising interesting questions on the validity and the scope of an essential principle in the field of human rights, the *ne bis in idem* principle in the EU/Schengen context. As this was a landmark case, we will move on to analyse it in greater detail below, focusing on the transnational dimension.

---

[28] See, for example, art. 7(3) of the Decision Framework 2000/383/JAI on increasing protection by criminal penalties and other sanctions against counterfeiting in connection with the introduction of the euro, OJ of 14.6.2000 L 140/1 and art. 3 of the Proposal for a Framework Decision concerning the application of the principle of *ne bis in idem*, D.O. 2003 C 100/12.

[29] Council Decision of 28th February, 2002, OJ 2002, L 63/1.

[30] Judgement of the Court of Justice, 11th February, 2003 in joined-cases C-187/01 and C-385/01 (Request for a preliminary ruling from *Oberlandesgerich Köln* and *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*): *Hüseyin Gözütok* (Case C-187/01) and *Klaus Brügge* (Case C-385/01), (2003) ECR I-5689.

Facts of the case

Mr Gözütok, a Turkish national who had lived in the Netherlands for several years, was suspected of the possession of illegal quantities of soft drugs. In the course of searches of his coffee-and teahouse in 1996, the Dutch police did indeed find several kilos of hashish and marijuana. The criminal proceedings against Mr Gözütok were discontinued because he accepted a so-called "*transactie*" proposed by the Dutch Public Prosecutor's Office (agreement offered by the Justice Ministry in the context of the abatement of a public prosecution), as provided for in Article 74(1) of the Dutch Criminal Code: 'The Public Prosecutor, prior to the trial, may set one or more conditions in order to avoid criminal proceedings for serious offences, excluding offences for which the law prescribes sentences of imprisonment of more than six years, and for lesser offences. The right to prosecute lapses when the conditions are met. Mr Gözütok paid the proposed sums of NLG 3 000 and NLG 750. Mr Gözütok subsequently drew the attention of the German authorities after a notification of suspicious transactions by a German Bank to the German financial intelligence unit, which had been set up in the framework of the EC obligations against money laundering.[31] The German authorities obtained further information concerning the abovementioned offences from the Dutch authorities and decided to arrest Mr Gözütok and to prosecute him for dealing in narcotics in the Netherlands. In 1997, the District Court of Aachen (*Amtsgericht Aachen*) in Germany convicted Mr Gözütok and sentenced him to a period of one year and five months' imprisonment, suspended on probation. Both Mr Gözütok and the Public Prosecutor's Office appealed. The Regional Court of Aachen (*Landgericht Aachen*) discontinued the criminal proceedings brought against Mr Gözütok inter alia on the ground that under Article 54 of the CISA, the German prosecuting authorities were bound by the definitive discontinuance of the criminal proceedings in the Netherlands. In a second appeal by the Public Prosecutor's Office to the Higher Regional Court (*Oberlandesgericht Köln*), the Court decided to stay the proceedings and refer the matter to the ECJ for a preliminary ruling on the basis of Article 35 EU Treaty.

Mr Brügge, a German national living in Germany, was charged by the Belgian prosecution authorities with having intentionally assaulted and

[31] Council Directive 91/308/EEC of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, OJ L 166, 28/6/1991, p. 0077–0083.

wounded Mrs Leliaert in Belgium, which constituted a violation of several provisions of the Belgian Criminal Code. Mr Brügge faced a double criminal investigation, one in Belgium and another in Germany. In the Belgian criminal proceedings, the District Court (*Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*) had to deal with both the criminal and civil aspects of the case, due to the fact that Mrs Leliaert, who became ill and unable to work because of the assault, claimed pecuniary and non-pecuniary damages as a civil party. In the course of the proceedings before the District Court of Veurne in Belgium, the Public Prosecutor's Office in Bonn in Germany offered Mr Brügge an out-of-court settlement in return for payment of DEM 1 000, in line with Section 153a in conjunction with Paragraph 153(1), second sentence, of the German Code of Criminal Procedure. The District Court of Veurne decided to stay the proceedings and refer the question to the ECJ for a preliminary ruling on the basis of Article 35 EU Treaty.

Legal background and the preliminary questions

In the *Gözütok* case, the German Higher Regional Court referred the following questions to the ECJ for a preliminary ruling: "Is there a bar to prosecution in the Federal Republic of Germany under Article 54 of the Schengen Implementation Convention if, under Netherlands law, a prosecution on the same facts is barred in the Netherlands?" In particular, "is there a bar to prosecution where a decision by the Public Prosecutor's Office to discontinue proceedings after the fulfilment of the conditions imposed (*transactie* under Netherlands law), which under the law of other Contracting States requires judicial approval, bars prosecution before a Netherlands court?" The Belgian District Court referred the following question to the ECJ for a preliminary ruling: "Under Article 54 of the Schengen Implementation Convention is the Belgian Public Prosecutor's Office permitted to require a German national to appear before a Belgian criminal court and be convicted on the same facts as those in respect of which the German Public Prosecutor's Office has made him an offer, by way of a settlement, to discontinue the case after payment of a certain sum, which was paid by the accused?" Given the similarity of the substance of the questions, the cases were joined and examined together.

The opinion of the Advocate General D. Ruíz-Jarabo Colomer

The AG stuck to a strict interpretation of Article 35 (1) TEU, which precludes any view on the application of the *ne bis in idem* principle to the case pending before the national court or with regard to the discontinuance of the criminal action. For this reason the AG declared that the ECJ had to disregard the terms in which the German Higher Regional Court formulated the first of its questions. For that reason the AG reformulated all the preliminary questions into two interpretative questions:

> "1. The first is whether the *ne bis in idem* principle stated in Article 54 of the Convention also applies when in one of the signatory States a criminal action is extinguished as the result of a decision to discontinue proceedings, taken by the Public Prosecutor's Office once the defendant has fulfilled the conditions imposed on him.
>
> 2. If the reply to the above question is positive, the German court wonders whether it is necessary for the decision taken by the Public Prosecutor's Office to be approved by a court."

The AG qualifies Article 54 as a genuine expression of the *ne bis in idem* principle in a dynamic process of European integration. It is not a procedural rule but a fundamental safeguard, based on legal certainty and equity, for persons who are subject to the exercise of *ius puniendi* in a common area of Freedom, Security and Justice. He also is of the opinion that the *ne bis in idem* principle is not only applicable within the framework of one particular legal system of a Member State. A strict application of national territoriality is incompatible with many situations in which there are elements of extra-territoriality and in which the same act may have legal effects in different parts of the territory of the Union. On the other hand the *ne bis in idem* rule is also an expression of mutual trust of the Member States in their criminal justice systems. In the same way as the Dutch "*transactie*", the penal settlement is not of a contractual nature, but rather an expression of criminal justice. They do exist in many national legal orders, they are a form of administering justice, which protects the rights of the accused and culminates in the imposition of a penalty. Since the rights of the individual are protected, it is irrelevant whether the decision to discontinue the criminal action is approved by a court. A verdict is given on the acts being judged and on the guilt of the perpetrator. It involves the delivery of an implicit final decision on the conduct of the accused and the imposition of penalising measures. The rights of the victims are not affected, while they are not

barred from claiming compensation. The phrasing of the provision in Article 54 concerning *res judicata* is, in the opinion of the AG, not homogenous in the various language versions (finally disposed, *rechtskräftig abgeurteilt*, *onherroepelijk vonnis*, *définitivement jugée*, *juzgada en sentencia firme*…). Member States do not agree on this point. France, Germany and Belgium are in favour of a restrictive interpretation limited to court decisions; the Netherlands and Italy, joined also by the European Commission plead in favour of a more extensive interpretation, including out-of-court judicial settlements. The AG underlines that the terms used by the various versions are not homogeneous and that a strict interpretation, limited to court judgments, may have absurd consequences that are contrary to reason and logic. Two persons suspected of the same offence could face a different application of the *ne bis in idem* principle if the one is acquitted in a final judgement and the other accepts an out-of-court settlement.

The AG concludes: "The *ne bis in idem* principle stated in Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement on the gradual abolition of checks at the common borders also applies when criminal proceedings are discontinued under the legal system of one Contracting Party as the consequence of a decision taken by the Public Prosecutor's Office, once the defendant has fulfilled certain conditions – and it is irrelevant whether that decision has to be approved by a court – provided that: 1. the conditions imposed are in the nature of a penalty; 2. the agreement presupposes an express or implied acknowledgement of guilt and, accordingly, contains an express or implied decision that the act is culpable; and 3. the agreement does not prejudice the victim and other injured parties, who may be entitled to bring civil actions."

The reasoning and interpretative answer of the Court[32]

The ECJ not only followed the rephrasing of the preliminary questions by the AG, but also subscribed to his main arguments. The discontinuation is due to a decision of the Public Prosecutor's Office, being part of the admin-

[32] For other comments in literature see *Markus Rübenstahl – Ute Krämer*, European Law Reporter 4/2003, 177–185; *Klaus Adomeit*, NJW, 2003, 1162–1164; *Maria Fletcher*, The Modern Law Review, 2003, 769–780; *Oliver Plöckinger*, Österreichische Juristenzeitung, vol 58, 2003, 98–101; *Nadine Thwaites*, Revue de Droit de l´Union Européenne, vol 1, 2002, 295–298; *Joachim Vogel*: Europäisches *ne bis in idem*, EuGH, NJW, 2003, 1173

istration of criminal justice. The result of the procedure penalises the unlawful conduct, which the accused is alleged to have committed. The penalty is enforced for the purposes of Article 54 and further prosecution is barred. The ECJ considers the *ne bis in idem* principle as a principle having proper effect, regardless of matters of procedure or form, such as the approval by a court. In the absence of an express indication to the contrary in Article 54, the principle of *ne bis in idem* must be regarded as sufficient to apply. The area of freedom, security and justice implies mutual trust in each other's criminal justice systems. The validity of the *ne bis in idem* principle is not dependent upon further harmonisation.

The arguments of Germany, Belgium and France that the wording and the general schema of Article 54, the relationship between Article 54 and Articles 55 and 58, the intentions of the Contracting Parties and certain other international provisions with a similar purpose, preclude Article 54 from being construed in such a way as to apply to procedures barring further prosecution in which no court is involved, fail to convince the ECJ. The ECJ does not find any obstacle in Articles 55 and 58 and considers irrelevant the intentions of the Contracting Parties, since they predate the integration of the Schengen *acquis* into the EU. Concerning the Belgian Government's argument of possible prejudice to the rights of the victims, the ECJ follows the Opinion of the AG, underlining that the victim's rights to bring civil actions is not precluded by the application of the *ne bis in idem* principle.

For these reasons the ECJ ruled that the *ne bis in idem* principle, laid down in Article 54 of the CISA "also applies to procedures whereby further prosecution is barred, such as the procedures at issue in the main actions, by which the Public Prosecutor of a Member State discontinues criminal proceedings brought in that State, without the involvement of a court, once the accused has fulfilled certain obligations and, in particular, has paid a certain sum of money determined by the Public Prosecutor".

Evaluation of the Gözütok and Brügge judgements of the ECJ

With the entry into force of the Treaty of Amsterdam in May, 1999, the EU was much more aware of the need for a transnational *ne bis in idem* principle in the area of Freedom, Security and Justice. The provisions of international treaties relating to this principle were very different and their appli-

cation in each Member States varies greatly. Point 49(e) of the Action Plan of the Council and the Commission on the implementation of the area of Freedom, Security and Justice[33] provides that measures will be established within five years of the entry into force of the Treaty 'for the coordination of criminal investigations and prosecutions in progress in the Member States with the aim of preventing duplication and contradictory rulings, taking account of better use of the *ne bis in idem* principle'. In the Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters,[34] the *ne bis in idem* principle is included among the immediate priorities of the EU and reference is *inter alia* made to the problem of out-of-court settlement. In effect it became clear, also through national case law, that national courts were experiencing problems with transactions and the application of the Schengen provisions on the transnational *ne bis in idem* principles. In fact, it had been made quite clear in national case-law that national judges had problems with the Dutch style of *transactie* and the application of the Schengen regulations on the transnational *ne bis in idem*. In the meantime, the relevant Schengen *acquis* were brought in and are now in force, not as domestic governmental regulations though but as rules that are integrated into the third pillar in the field of freedom, security and justice. This means that the Tampere Conclusions of the Special European Council[35] that define mutual recognition as a cornerstone of judicial cooperation in criminal matters apply to the latter Schengen regulations.

The ECJ explicitly states that the area of freedom, security and justice implies mutual trust in the other criminal justice systems, and that the validity of the *ne bis in idem* principle is not dependent on further harmonization. The ECJ also considers that the intentions of the Contracting Schengen Parties are no longer of value, as they predate the integration of the Schengen *acquis* in the EU. Although the CISA was fundamentally linked to the internal market and to the four freedoms, it was an intergovernmental instrument.

This is as such remarkable, since the Dutch proposal[36] at the time of the drafting of Article 54 to include out-of-court transaction settlements was

---

[33] OJ C 19, 23.01.1999.

[34] OJ C 12, 15.01.2001.

[35] Tampere Conclusions, 15th and 16th October, 1999, http://ue.eu.int.

[36] As provided for under Art. 68(3) of the Dutch Criminal Code.

rejected. The intention of the Contracting Parties to exclude transactions from the *ne bis in idem* principle was clear. However, the integration of the Schengen provisions in the EU, based upon the decision of the IGC and ratified by the national authorities not only changed the conceptual framework of these provisions, but also their meaning and effect. A parallel can be drawn here with the general principles of Community law in the internal market. Community loyalty and non-discrimination, for example, influenced the meaning and effect of several national criminal provisions, without taking into account the intentions of the national legislator.

It is typical of an integrated legal order such as the EC that the conceptual framework of integration interferes with national sovereignty, also in respect of cooperation and transnational aspects.[37] What happened during the process of market integration in the EC is now repeated in the process of justice integration in the EU. Rights and remedies for the market citizen are transformed into rights and remedies for the Union citizen. National decisions, including criminal decisions, can have an EU-wide effect in a new setting of European territoriality. This is also what makes the European integration process so different from the dual sovereignty in the USA, where the constitutional double jeopardy does not bar double prosecution in several states. When a defendant in a single act violates the 'peace and dignity' of two sovereign powers by breaking the laws of each, in the USA, he has committed two distinct offences[38] with two different values to protect. In the EU we have a single area of Freedom, Security and Justice and an integrated legal order in which full effect should be given to fundamental standards.

However, with this decision the ECJ did not solve all the problems of the *ne bis in idem* principle. As mentioned above, the interpretation of the term final judgment is only one of the problem points. The ECJ points out in the joined case on *ne bis in idem* that it "*also applies to procedures whereby further prosecution is barred, such as the procedures at issue in the main actions, by which the Public Prosecutor in a Member State discontinues, without the involvement of a court, a prosecution brought in that State once the accused has fulfilled certain obligations and, in particular, has paid a certain sum of money determined by the Public Prosecutor*" a wording that

---

[37] See e.g. Judgment of the Court of 2 February 1989. *Ian William Cowan* v. *Trésor public*. Case 186/87, ECR 1989, p. 00195.

[38] *Heath* v. *Alabama*, 474 U.S. 82 (1985).

is much wider than the formula used by the AG who spoke of conditions with the nature of a penalty, the decision of guilt and no prejudice to victims. More concretely, the question is whether procedural agreements, such as plea bargaining or full or partial immunity deals for collaboration with the law enforcement authorities fall under the scope of the *ne bis in idem* principle? In some countries these deals can be connected to an out-of-court settlement in the form of a transaction. Another problem is the full application of the *ne bis in idem* rule if the first proceedings were conducted for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility. Under which conditions can the *ne bis in idem* be set aside and by whom?

With the *Gözütok and Brügge* case on the agenda it was foreseeable that in the absence of European legislative the ECJ would receive other preliminary questions on the interpretation of the *ne bis in idem* principle. Preliminary questions might be expected on the scope of the principle as well as on the definition of *idem* and of *bis*. In that light it is important to underline that a couple of days after the ECJ ruling in the *Gözütok and Brügge* case, Greece submitted a proposal for a framework decision on *ne bis in idem*[39] with the aim to establish common legal rules in order to ensure uniformity in both the interpretation of those rules and their practical implementation. The framework decision would replace Articles 54–58 of the CISA. The proposal defines criminal offences (Article 1) as offences *sensu strictu* and administrative offences or breaches punished with an administrative fine on the condition that they may be appealed before a criminal court. Judgments also include any extra-judicial mediated settlements in criminal matters and any decisions which have the status of *res judicata* under national law shall be considered as final judgments. Article 4 provides for exceptions to the *ne bis in idem* principle if the acts to which the foreign judgment relates constitute offences against the security or other equally essential interests of that Member State or were committed by a civil servant of the Member State in breach of official duties. It is a solid initiative, but its reach is rather too narrow. In fact, it is quite absurd to exclude punitive administrative sanctioning if they are not appealable before a criminal court, and equally so in the light of the ECtHR case law, even though it does fit in with the German tradition of administrative criminal law (*Ordnungswidrigkeiten*).

[39] Initiative of the Hellenic Republic with a view to adopting a Council Framework Decision concerning the application of the '*ne bis in idem*' principle, OJ C 2003 100/4.

The draft also contains far too many exceptions to the *ne bis in idem* rule. Finally, the draft does not deal with the applicability of the principle to legal persons. The discussions in the Council are underway but are quite difficult on several points, including the issues at stake in the *Gözütok and Brügge* case. The initiative was discussed in the Council of Ministers, but the multitude of divergent opinions between Member States rapidly brought to light the inviability of a legislative solution. Once again, it fell to the European Court of Justice to assume its praetorian role and fill the legal vacuum

The shower of preliminary questions on *ne bis in idem*

Judgement C-469/03, Miraglia:
there has to be a judgement of substance.

In the framework of a joint investigation between the Italian and the Netherlands authorities, Miraglia was arrested in Italy in the year 2001. He was accused of having organised the transport of 20 kilos of heroin from the Netherlands to Bologna. In 2002, the court of Bologna revoked all detention orders. At the same time, the judicial authorities in the Netherlands instigated a criminal investigation against Miraglia for the same facts. In 2001, the Netherlands prosecutor's office decided not to pursue the action against the accused. It was clear to the ECJ that this decision was taken because criminal proceedings had been initiated against him in Italy for the same facts. That is to say, the decision of the Netherlands authorities resolved a positive conflict of jurisdiction in favour of the Italian jurisdiction.

The Prosecutor's office of Bologna then requested judicial assistance in criminal matters. The request was denied by the authorities in Amsterdam, based on the reservation formulated by the Netherlands to art. 2 (b) of the European Convention on Judicial Assistance, as the Netherlands had decided that "to close the case without imposing any penalty". The Netherlands judicial authorities added that any request for judicial assistance would be turned down on the basis of article 54 of the CISA.

The aforementioned reservation of the Netherlands is formulated as follows: "The Kingdom of the Netherlands has formulated the following reservation concerning Article 2(b) of the European Convention on Mutual Assistance: 'The Government of the Kingdom of the Netherlands reserves

the right not to grant a request for assistance; (b) in so far as the request concerns a prosecution or proceedings incompatible with the principle *ne bis in idem*'."

Furthermore, article 255 of the Netherlands criminal code foresees in its first section: "Where a case does not proceed to judgment, (…) no further proceedings may be taken against the defendant in respect of the same acts, unless new evidence is brought forward."

The Tribunal of Bologna decided to stay the proceedings and submit the following preliminary question to the European Court of Justice: "Must Article 54 of the CISA apply when the decision of a court in the first State consists of discontinuing the prosecution without any adjudication on the merits of the case and on the sole ground that proceedings have already been initiated in another State?"

According to the ECJ, the decision of the Netherlands prosecutor's office cannot be considered a decision finally disposing of the case against that person within the meaning of article 54 of the CISA, as it has been taken only on the ground that criminal proceedings have been initiated in another Member State against the same accused and for the same facts and without there having been any substantive determination with regard to the merits of the case.

It is clear that the ECJ requires a determination of the merits in order to qualify a decision of the public prosecutor as a decision that finally disposes of the case. In this case, the ECJ could have been firmer. In fact, it is not a question of a classic dismissal of the criminal action, but of a decision that resolves a positive conflict of jurisdiction. It could have used the case to set out obligations in that respect, with regard to both the resolution of the jurisdictional conflicts and the obligations of mutual assistance.

Judgement C-150/05, Van Straaten: Acquittal due to lack of evidence

Van Straaten was prosecuted in the Netherlands, in the first place, for having imported a quantity of about 5 kilos of heroin from Italy to the Netherlands, in second place, for holding a quantity of approximately 1 kilo of heroin in the Netherlands, and, in third place, for possession of firearms and ammunition. Van Straaten was acquitted in 1983 of the first accusations by the district court of 's-Hertogenbosch (*Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch*), which considered that this fact had not been legally and satis-

factorily proven, in other words, due to lack of evidence and with regard for the principle *in dubio pro reo*. However, van Straaten was prosecuted in Italy, along with other people, for having exported a quantity of 5 kilos of heroin to the Netherlands on various occasions, through an *in absentia* sentence in 1999 dictated by a court in Milan. Based on this sentence and on an arrest warrant issued by the public prosecutor of Milan in 2002, the Italian judicial authorities placed a description in the Schengen Information System (SIS) for the detention of van Straaten and his subsequent extradition. The Netherlands added a reservation to the SIS description, in accordance with section 95 (3) CISA, such that the arrest could not be made on its territory. Van Straaten was informed of the SIS description in 2003 and requested the Netherlands police to delete it. This request was refused by the Netherlands police as it was not the issuing authority. In application of art. 111 of the CISA, a Netherlands judge was required to take cognizance of the case. Italy was obliged to execute the definitive decision of the Netherlands judge, but the latter harboured doubts over the interpretation of art. 54 of the CISA, with respect to the definition of *idem* as well as with regard to the effects of the acquittal due to lack of evidence in relation to *ne bis in idem*.

Reference to point 6.2 (*cfr.infra*) may be made for the definition of *idem*. With regard to the second question, the Netherlands judge asked if the *ne bis in idem* principle is applicable to a decision by the judicial authorities of a contracting State in which a defendant is acquitted due to lack of evidence. The ECJ responds in the affirmative, making reference to the principles of legal safety and legitimate trust and the right to free circulation in the area of freedom, security and justice.

The definition of idem and the decision criteria: judgements Van Esbroeck (*C-436/04*)*, Van Straaten* (*C-150/05*)*, Gasparini* (*C-467//04*)*, Kretzinger* (*C-288/05*) *and Kraaijenbrink* (*C-367/05*)

The ECJ has had to respond to many questions relating to the definition of *idem*. The first case was that of *van Esbroeck*. Van Esbroeck, a Belgian citizen was convicted by a court in Norway when the Schengen agreement had still not come into force in that country, as the author of a crime of illegal importing narcotic drugs. Having served half of the sentence he was freed on parole and returned to Belgium where he was accused of having exported the substances to Norway. In both cases it was a question of trans-

port of the same drugs. A petition for a preliminary ruling was presented by the Belgian High Court: Can art. 54 of the CISAS be applied when a person is prosecuted for a second time for the same facts if the first conviction took place in a Member state when that provision was yet to come into force? The ECJ upheld the possibility of applying the *ne bis in idem* principle provided that it was in force in the contracting States at the time of the assessment of the requirements for the application of the latter principle by the court dealing with the second proceeding. It may therefore be said, then, that the ECJ opted for the application *ec nunc* and not *ex tunc*. Of greater importance is the response of the ECJ on *idem*. It clearly favours the *idem factum* criteria: " the relevant criterion for the purposes of the application of that article [54 CAAS] is identity of the material acts, understood as the existence of a set of facts which are inextricably linked together, irrespective of the legal classification given to them or the legal interest protected". The punishable facts consisting of exporting and importing the same narcotic drugs and under prosecution in different contracting States of the CISAS should, therefore, be considered in principle as the same facts. However, the ECJ underlines that the definitive assessment, in particular, will correspond to the competent national courts.

The decision to opt for *idem factum* instead of *idem iure* (the legal qualification or the protected legal rights) was thrown into doubt by the advocate general, Eleanor Sharpston, in the *Gasparini* case. The shareholders and administrators of the company, Minerva, agreed to import refined olive oil through the port of Setúbal (Portugal) from Tunis and Turkey, without making the required customs declaration and set up a system of false bookkeeping in an attempt to show that the oil came from Switzerland. The merchandise was subsequently transported in lorries from Setúbal to Málaga in Spain. In Portugal, a prosecution for community fraud took place, which was time-barred, and subsequently a prosecution in Spain for smuggling.

The AG Sharpston, with wide experience in community matters, including the field of free trade, perceived two areas of friction in the case-law of the ECJ relating to the *ne bis in idem* principle. She criticised the ECJ for congratulating itself on applying the *ne bis in idem* principle when "identity of the material facts" exists and not requiring "unity of the legal interest protected". The second criticism is much more fundamental and interesting. The AG inists on a coherent application of *ne bis in idem* (in community law and the law of the third pillar), underlining that the ECJ requires, in

order to apply *ne bis in idem*, a triple requirement: identity of the material facts, unity of the offender and unity of the protected legal interest".

However, the ECJ did not change its opinion and reaffirmed in the *Kretzinger* case the criterion of *idem factum* developed in the *Van Esbroeck* case. Kretzinger transported cigarettes from non-EU member states, from Greece to Great Britain, through Italy and Germany, without of course making any customs declaration. Kretzinger was convicted for the first and second trip by a court in Italy (a judgement in contumacy) as well as by a court in Germay. The German court considered that the two firm sentences pronounced in Italy had still not been executed, for which reason there was no procedural obstacle under art. 54 CAAS. On the definition of *idem*, the ECJ clearly stated that "the relevant criterion for the purposes of the application of that article [art. 54 of the CISA] is identity of the material acts, understood as the existence of a set of facts which are inextricably linked together, irrespective of the legal classification given to them or the legal interest protected".

The definition of *idem* is also covered in the *Kraaijenbrink* judgement. Mrs. Kraaijenbrink was convicted in the Netherlands of various crimes of receiving the proceeds of drug trafficking. On the one hand, a Belgian court in the city of Ghent, convicted him of the same facts, but legally qualified as financial exchanges made with the same money in Belgium. The ECJ reaffirms the definition of *idem* applied in the *van Esbroeck* case and underlines that the mere fact that the competent national judicial organ confirms that the facts in question are linked to each other by a single criminal intention is not in itself decisive for the definition of *idem*. However, the rule in art. 54 of the CISA is a minimum standard. The contracting States are free to guarantee greater protection.

It is clear that the ECJ is not searching for unity of case-law between community law and the law built up around the third pillar in this context, but a consistent criteria that guarantees the free circulation of people in the area of freedom, security and justice and respect for human rights. Sharpston, who was also the advocate general for the *Kretzinger* and *Kraaijenbrink* cases, did not stress coherence between community law and the law of the third pillar any further and took up the criterion of *idem factum* from *van Esbroeck*, as was confirmed by the ECJ.

Can acquittal because the offence is time-barred be considered as an idem: *Gasparini (C-467/04)?*

In the *Gasparini* case, the ECJ shows itself to be very aware of the essential differences between the procedural rights of the Member States. It is true, states the ECJ, that the legislation of the States in the field of limitation periods have not been harmonised. Nevertheless, neither the treaty, nor art. 54 of the CISA make the application of *ne bis in idem* conditional upon the requirement that the States harmonise their legislation. The ECJ points out that it must be added that the *ne bis in idem* principle necessarily implies the existence of mutual trust between the States. On these grounds, the ECJ declares the *ne bis in idem* principle in art. 54 of the CISA to be applicable to the decision of a court in a contracting State, dictated after having brought the criminal proceedings, by virtue of which a defendant is acquitted finally because the offence that caused the criminal prosecution is time-barred.

This sentence is surprising in some ways. In fact, it is not a matter here of an acquittal following a judgement on the merits of the case. It is in reality a question of a procedural grounds that bar prosecution. In this sense, it would have been more logical to refer to the content of the *ne bis in idem* principle. Traditionally, as stated in the opening paragraph of this article, a distinction is made between *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (no one should have to face more than one prosecution for the same offence) and *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nobody ought to be punished twice for the same offense). A *ne bis in idem* applicable to a time-barred prosecution has a much stronger link with *ne bis vexari* than with *ne bis puniri*. It is surprising that neither the AG nor the Court had studied whether the *ne bis in idem* of art. 54 of the CISA also includes the *ne bis in idem vexari*. They have limited themselves to dealing with the time-barred aspect of the criminal action in the context of a judgement considered *idem factum*. In my opinion, it is a mistaken path to follow.

Firm judgement and execution of the penalty: Kretzinger (C-288/05)

Is it to be understood that a sentence has been executed or is being executed if the prison term has been conditionally suspended? And, what happens if the accused has been held on remand or in custody? Can this also be considered as the execution of a sentence? The *Kretzinger* case has assumed

importance, given that Germany considered that Italy had suspended the prison sentence and had taken no steps to arrest and surrender the person convicted *in absentia*. The ECJ considers that the penalty imposed by the court of a contracting State ”has been enforced” or ”is being enforced” when, in application of the right of the latter contracting State, the defendant has been sentenced to a prison term the execution of which has been suspended. However, it should not be thought that the penalty that is imposed ”has been enforced” or ”is being enforced” when the defendant has been held on remand for a short time, and when, according to the law of the State enforcing the sentence, the length of time on remand should count towards the subsequent enforcement of the prison sentence, given that it concerned an arrest that took place at some point before the judgement was delivered.

Conclusion

The rapid drafting of legal instruments in the field of JHA, in order to reinforce the efficacy of criminal justice in European territory (the European arrest warrant and surrender procedures, the European warrant on the freezing of assets and evidence, the European warrant on confiscation of crime-related proceeds, the European evidence warrant, the European warrant on the execution of sanctions and the proposed European warrants on the table), as much as to increase the legal protection of the citizens (the framework decision for the protection of victims of crime, the framework decision on the protection of private life in the third pillar and the proposed framework decision on procedural guarantees for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union), makes it clear that the ECJ will have a lot work in the near future to lay down the guiding principles of criminal justice in the European judicial area in criminal matters. The set of judgements on *ne bis in idem* is simply the start of the important role of the ECJ in the area of European criminal justice. It also underlines the important interaction between national courts and the ECJ in the preparation of the general principles of law of the Union. For this reason, it is important that all the contracting States recognise the jurisdiction of the ECJ in order to interpret the law of the ”Third Pillar” and not to limit it (as Spain does) to courts of the last instance. Furthermore, in this respect it is also important that no States decide to opt out.

The praetorian approach to the interpretation of *ne bis in idem* also illustrates that a real need exists to ratify the Reform Treaty Project including the Charter of Fundamental Rights (CFR)[40], as a binding text. The CFR refers to the ECHR as a minimum standard and in accordance with the Reform Treaty Project, the EU could also be part of the ECHR. The scope of article 50 CFR[41] relating to *ne bis in idem* is totally transnational in the EU, but its scope of application is disappointing due to the literal tone of the text: "No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law". Overly stressing the criminal procedures, this wording is not at all in line with current ECtHR case law. Moreover, the provision appears to allude only to final judgements.

In a common area of freedom, security and justice based on mutual trust, it is necessary to draw up objective critera in order to resolve positive conflicts of jurisdiction and to avoid as much as possible *ne bis in idem* situations. For this reason, the European Commission has drafted a green paper on conflicts of jurisdiction and the *ne bis in idem* principle on criminal procedures[42]. The European Commission stress the relation between conflicts of jurisdiction and *ne bis in idem*. Without objetive rules on positive conflicts of jurisdiction, *ne bis in idem* has a perverse consequence: whoever is first to exercise jurisdiction has priority. *Ne bis in idem* does not lose value, in situations that are not covered and not resolved by criteria for the resolution of conflicts of jurisdiction. For this reason, the Green Paper proposes the drafting of a Framework Decision, based on article 31 TEU, that will replace articles 54–58 of the CISA. However, the Commission wishes to limit it to a general definition, leaving the ECJ with enough room to develop the principle. Furthermore, it is necessary to draw up a horizontal approach on *ne bis in idem* in the instruments on mutual recognition (Eurowarrants). At present, *ne bis in idem* is a reason for obligatory or facultative

---

[40] Drawn up in Nice, 7th December 2000, but not legally binding.

[41] Council of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union – Explanation relating to the complete text of the Charter, December 2000, available in English http://ue.eu.int/df/docs/en/EN_2001_1023.pdf (accessed 5/12/07).

[42] COM (2005) 696 final and Commission Staff working document SEC (2005) 1767. See *Martin Wasmeier – Nadine Thwaite*: The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments, European Law Review, 2006, 565–578.

non-execution, according to the instrument. It would have to be a reason for obligatory non-execution in all instruments, based on the common definition of the framework decision. With regard to the content of the principle, the Commission relies fundamentally on the case-law built up by the ECJ. Bearing in mind the consultations on Green Paper and the discussions with experts, the European Commission considers the preparation of Framework Decision on this matter, politically speaking, to be inviable.

In contrast with the disagreement between the experts at the Ministries of Justice, the academic experts have been able to reach agreement. The Max Planck Institute of foreign and international criminal Law has brought together a group of experts in order to prepare the so-called Proposal of Friburg on Concurrent Jurisdiction and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the EU[43]. The 2003 text refers to the prevention of multiple prosecutions at an international level through the imposition of *forum*/jurisdictional rules, the application of the transnational *ne bis in idem* and finally, as a security network, the application of the previously explained principle of 'taking into account'. With regard to the question of transnational *ne bis in idem*, it proposes a *ne bis in idem factum* law for natural and juridic persons. The *ne bis in idem* principle should be applied to all procedures and punitive sanctions, whether of an administrative or criminal nature, national or European. The text proposes using the expression "*finally disposed of*" instead of "*finally acquitted or convicted*". This terminology includes all decisions adopted by the prosecuting authorities that put an end to the procedures, such that it would only be possible to reopen a case in exceptional circumstances. This means, for example, that the German or Dutch extrajudicial agreements (*Einstellung gegen Auflagen, transactie*) and the French *ordonnance de non-lieu moitivée en fait* would be included in the definition of *ne bis in idem*. This proposal provides an excellent set of regulations *de lege lata*, both for the legislator and for the judge, and at a European as well as at a national level.

For the moment, the ECJ has drawn up an *ius comune* of *ne bis in idem*, considering it to be a fundamental transnational law in the area of freedom, security and justice. *Ne bis in idem* has moved from being a principle of

---

[43] Http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nebisinidem.html. See also *Albin Eser – Christoph Burchard*: Interlokales "ne bis in idem" in Europa? Von "westfälischem" Souveränitätsdpathos zu europäischem Gemeinschaftsdenken, in H.-J. Derra (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht. Festschrift fúr Jürgen Meyer, Nomos, 2006, 499–524.

sovereignty or of the State that is strictly related to its territory and its *ius puniendi*, to being a human right of European citizens in a common judicial area. The question remains open as to the need to resolve conflicts of jurisdiction in a common area that is characterised by increasing transfrontier activity. It will be necessary to draw up criteria on the choice of jurisdiction and grant Eurojust or a future European Public Ministry authority for coordination and decision making in matters relating to conflicts of criminal jurisdiction.

KULTTUURI, KIELI JA HISTORIA

Heikki E. S. Mattila

ANGLES ON LEGAL COMMUNICATION

The articles of this section examine legal communication from three different angles: that of a jurist, that of a linguist, and that of a historian of fine arts.

During the past few decades, the language of law has aroused, among lawyers, more interest than before. Today, this interest is extensive and wide-ranging. In addition to the traditional problems of statutory interpretation, special attention has been paid to the question of intelligibility of legal texts. Professor emeritus *Antero Jyränki* is one of the pioneers of this research in Finland. Therefore, it is only natural that the article (below) on the relationship between law and language has been written by him.

On the other hand, linguistic research, during the 20th century, has more and more been directed towards professional and special languages, notably the language of law. Doctor *Ulla Tiililä* is a linguist who has carried out important studies on legal and administrative language, particularly on social security benefits. In the article below, she examines the relationship between legal language and common language from five different standpoints: interpretation, infiltration, usurpation, hierarchization, and direction.

Finally, language is not the only instrument of legal communication: symbolic messages are also sent in the world of law. The symbolism of the palaces of justice, and the emblems of the objects used in legal circles, are researched, *inter alii*, by historians of fine arts. The leading expert in Finland is Docent *Virpi Harju*. Her article dealing with the wordless language of works of art connected with law application essentially complements the angle of a jurist and that of a linguist on legal communication.

Heikki E. S. Mattila

Oikeusviestinnän näkökulmia

Juristin näkökulma

Oikeuden kieli on ollut lakimiesten huomion kohteena jo tuhansia vuosia. Oikeus on väistämättä sidottu kieleen, ja tässä mielessä juridista kieltä on ollut yhtä kauan kuin oikeuttakin. Tietyissä yhteyksissä kieli kohoaa juristin näkökulmasta selvästi etualalle.

Lakimiehen ammatissa on aina ollut tärkeää selvittää, mitä teksteissä käytetyt sanat ja ilmaukset tarkoittavat. Oikeustiede onkin jo antiikin ajoista kehittänyt laintulkinnan menetelmiä, joiden avulla kielellisille ilmauksille voidaan määrittää tarkka sisältö. Varsinkin kansainvälisten sopimusten yhteydessä lakimiehet ovat vanhastaan kohdanneet monikielisen tulkinnan problematiikan: tekstin sisällön selvittämisessä on otettava huomioon kahdella tai usealla kielellä laaditut, lähtökohtaisesti samanarvoiset versiot. Monikielisten säädöstekstien tulkintaproblematiikka on viime vuosina korostunut merkittävästi, koska Euroopan unionissa on nykyisin 23 virallista kieltä.

Juristien kiinnostus oikeuskieleen ei kuitenkaan rajoitu vain tulkintaproblematiikkaan.[1] Kieli ja sen käyttötavat ovat keskeisessä asemassa mm. juridisen puhetaidon, erityisesti tuomioistuinretoriikan kehittämisessä. Varhaisimpina aikoina retorisen kiinnostuksen tarkoitusperät olivat puhtaasti käytännöllisiä, mutta jo antiikissa voidaan osin puhua tieteellisestä otteesta. Tuomioistuinretoriikkaa tutkittiin systemaattisesti vanhassa Kreikassa ja sen jälkeen Roomassa, ja se koetaan myös nykyisin ajankohtaiseksi. Niinpä Suomessakin on vastikään (2009) julkaistu oikeustieteen viitekehyksessä tutkimus, jossa tuomiotekstien retoriikka on nimenomaisen tarkastelun koh-

[1] Ks. yleisesti *Heikki E. S. Mattila*: Vertaileva oikeuslingvistiikka (Helsinki: Kauppakaari 2002), s. 9–30, ja *idem*, Comparative Legal Linguistics (Aldershot: Ashgate 2006), s. 6–20.

teena.[2] Toisaalta valistuksen ajoista lähtien lakimiesten piirissä on ajoittain käyty keskustelua oikeudellisten tekstien ominaisuuksista niiden ymmärrettävyyden näkökulmasta.

Kaikki tämä osoittaa, että oikeuskieltä koskeva tieto on juristille tärkeää. Perinnäisesti tieto saadaan välillistä tietä: juridisen kielen omaksuminen on oikeuden sisältöjen opettelun sivutuote. Jo oikeustieteen opintojen yhteydessä ylioppilas sisäistää lakimiesten tavan käyttää kieltä ja juridisia termejä. On kuitenkin huomattava, että tällainen oppimisprosessi antaa vain tietyntyyppistä tietoa: erityisesti oikeuskielen historia jää kokonaan pimentoon. Lisäksi epäsuora omaksuminen on yleensä kritiikitöntä. Vasta silloin, kun oikeuskieli ja sen ominaisuudet otetaan erillisen tarkastelun kohteeksi, sen puutteet ja ongelmat näyttäytyvät selkeästi. Juridiseen kieleen ja termistöön liittyvien kysymysten nostaminen nimenomaisesti esille auttaa juristeja näkemään kielenkäyttönsä ongelmat ja parantamaan tekstiensä laatua.

Tätä taustaa vasten selittyy se, että oikeuskieli on viime vuosikymmeninä herättänyt eri maiden lakimiesten piirissä yhä laaja-alaisempaa kiinnostusta. Perinnäisen tulkintaproblematiikan lisäksi erityistä huomiota on kiinnitetty oikeuskielen ymmärrettävyyteen.[3] Selityksenä on ensinnäkin demokratian ja tasa-arvon ajatusten yleinen vahvistuminen: kaikilla on oikeus saada selko juridisten ja hallinnollisten asiakirjoista sisällöstä. Toisaalta oikeuskielen vaikeatajuisuuden ongelmat ovat kärjistyneet yhä pahemmin yhteiskunnan ja sääntelyn monimutkaistumisen myötä. Läntisessä Euroopassa tilannetta vaikeuttaa osaltaan myös se, että maat kuuluvat Euroopan unioniin. Koska EU:n lainvalmistelun työkielinä toimivat englanti ja ranska, unionin säädökset ja muut asiakirjat ovat väistämättä käännöskieltä pienten kulttuurien näkökulmasta.

Emeritusprofessori *Antero Jyränki* kuuluu Suomessa oikeuskielitutkimuksen uranuurtajiin juristien piirissä. Hänen tapauksessaan toiminta valtiosääntö- ja kansainvälisen oikeuden pitkäaikaisena oppituolinhaltijana Turun yliopistossa, Suomen Akatemian tutkijaprofessorina ja eduskunnan perustuslakivaliokunnan asiantuntijana on luonut poikkeuksellisen tietopoh-

---

[2] *Mirjami Paso*: Viimeisellä tuomiolla. Suomen korkeimman oikeuden ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkopäätösten retoriikka (Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 2009).

[3] *Heikki E. S. Mattila*: Oikeuskielen muutokset nykymaailmassa. Lakimies 7–8/2008, s. 1149–1165.

jan myös oikeuskieltä koskevalle harrastukselle. Jyränki järjestikin vuonna 1998 ensimmäisen laaja-alaisen oikeuskieliä koskevan symposiumin maassamme ja toimitti sen aineistosta julkaisun Oikeuden kielet.[4] Kun Lapin yliopistossa vuonna 2000 järjestettiin alan toinen, kansainvälinen symposium,[5] toimi Jyränki sen itseoikeutettuna avaajana. Tästä syystä on luonnollista, että juuri Jyränki on kirjoittanut tähän julkaisuun artikkelin, joka koskee oikeuden ja kielen suhdetta.

Lingvistin näkökulma

Juristit tarkastelevat ammattikuntansa kieltä pakostakin sisältäpäin. He pyrkivät usein tekemään oikeuskielen ominaisuuksia ja sanastoa ymmärrettäviksi ulkopuoliselle juridiikan tarpeiden lähtökohdista. Tähän voi sisältyä liiallista perinnäisen oikeuskielen puolustelua mutta yleensä myös rakentavaa kritiikkiä. Yksi tyypillisimpiä kontekseja, joissa juristit pohtivat oikeuskieltä, on lainvalmistelutiede.

Toisaalta tarvitaan myös ulkoapäin tulevaa, eräässä mielessä objektiivisempaa tarkastelua. Tälle on luonut hyvät edellytykset kielitieteen ja tietojenkäsittelyn näyttävä kehitys 1900-luvun mittaan. Lingvistisessä tutkimuksessa voidaan soveltaa mm. kvantitatiivisia menetelmiä, nykyisin yleensä tietokoneen avulla. Tutkimuskohteena saattaa olla esimerkiksi se, millä tavoin kielen sanasto tai sen muu aines esiintyy oikeuskielessä. Toisentyyppinen, merkittävä tutkimusaihe on juridisten tekstien ymmärrettävyys ja luettavuus maallikon näkökulmasta. Teoreettisen viitekehyksen tutkimuksille tarjoaa usein tekstilingvistiikka.

1900-luvun jälkipuoliskolla kielitieteellinen tutkimus onkin suuntautunut yhä enemmän ammatti- ja erikoiskieliin, mm. juridiikan kieleen. Eri maissa julkaistaan selvityksiä erikoiskielten ominaisuuksista (tyylistä, sanastosta jne.)[6] ja on olemassa lukuisia niiden tutkimukseen keskittyviä kan-

---

[4] *Antero Jyränki* (toim.): Oikeuden kielet. Oikeus ja oikeudellinen ajattelu monikielisessä maailmassa (Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja B:7. Turku 1999).

[5] *Heikki E. S. Mattila* (ed.): The Development of Legal Language (Helsinki: Kauppakaari 2002).

[6] Suomalaisina esimerkkeinä – monien muiden joukossa – voidaan mainita *Vesa Heikkinen – Pirjo Hiidenmaa – Ulla Tiililä*: Teksti työnä, virka kielenä (Helsinki: Gaudeamus, 2000), *Vesa Heikkinen*: Virkapukuinen kieli (Helsinki: SKS 2002) ja *Salli Kankaanpää*: Hallinnon lehdistötiedotteiden kieli (Helsinki: SKS 2006).

sallisia tai kansainvälisiä aikakauskirjoja. Eräät niistä ovat laaja-alaisia: niiden sisältö kattaa kaikki erikoiskielet. Toiset puolestaan painottuvat nimenomaisesti oikeus- ja hallintokieleen. Laajemmalle yleisölle tutkimustulokset välitetään julkaisuissa, joita luetaan kohderyhmien – kuten virkamiehistön – keskuudessa (Suomessa erityisesti Kielikello). Oikeuskielen tutkimuksen myötä on kehittynyt erityinen virkakielentutkijoiden ja -huoltajien ammattikunta.

Tutkimus luo pohjaa oikeus- ja hallintokielen laatua parantaville toimille. Eri maissa oikeusministeriöt ja muut viranomaiset ovatkin antaneet ohjeita tai – oikeuslaitoksen itsenäisyyden huomioon ottaen – suosituksia virkakielen käytöstä ja laatineet juridisia malliasiakirjoja. Ohjeiden, suositusten ja malliasiakirjojen ohessa ensiarvoisen tärkeää on koulutus. Suomessa asia on tiedostettu hyvin. Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksessa työskentelee useita virkakieleen erikoistuneita henkilöitä. Tutkimuskeskuksen yhtenä tehtävänä on avustaa viranomaisia selkeässä kielenkäytössä, ja tätä koskevia kursseja on järjestetty niin lainvalmistelijoille, tuomareille kuin hallintovirkamiehille.[7]

Filosofian tohtori *Ulla Tiililä* on lingvistitutkija, joka osallistuu aktiivisesti oikeus- ja hallintokielen tutkimukseen. Hän väitteli tohtoriksi vuonna 2007 kunnallisia palveluja koskevista päätöksistä.[8] Tiililä toimii Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksessa ja myötävaikuttaa siten virkakielen laadun parantamiseen virkamiehistön piirissä. Tällä kertaa hän tarkastelee artikkelissaan oikeuskielen ja yleiskielen suhdetta viidestä eri näkökulmasta: tulkintasuhde, soluttautumissuhde, omimissuhde, hierarkiasuhde ja ohjailusuhde. Jaottelu on uusi ja raikas ja siten myös hedelmällinen.

Taidehistorioitsijan näkökulma

Oikeudellinen kommunikaatio ei ole pelkästään kieltä: myös oikeuselämässä viestitään vertauskuvallisesti. Niinpä oikeudenkäyntiä voidaan tarkastella näytelmänä, jonka puitteet (oikeussalin rakenteet), osapuolten vaatetus ja

[7] *Aino Piehl*: Finland Makes Its Statutes Intelligible: Good Intentions and Practicalities', teoks. *Wagner, A. & Cacciaguidi-Fahy, S.* (eds): Obscurity and Clarity in the Law. Prospects and Challenges (Aldershot, Hampshire: Ashgate 2008), s. 155.

[8] *Ulla Tiililä:* Tekstit viraston työssä. Tutkimus etuuspäätösten kielestä ja konteksteista (Helsinki: SKS 1108, 2007).

seremoniat viestittävät oikeuden asemasta ja sen palvelijoiden roolista tässä näytelmässä.[9] Näitä seikkoja ei suinkaan koeta yhdentekeviksi, kuten Englannista poimittu esimerkki osoittaa.

Englannissa tuomarin ja asianajajan asuissa on vanhastaan eroja. Jopa niiden yksityiskohdat on tarkoin säännelty.[10] Tämä perinne merkitsee, että osapuolten vaatetukseen sisältyy tärkeitä semioottisia viestejä asiantunteville juristeille. Ei olekaan yllättävää, että vaatteilla kommunikoimisesta on ajoittain syntynyt vakavia kiistoja. Vuoden 1990 *Courts and Legal Services Act* antoi lähtökohtaisesti toimistotehtäviä hoitaville asianajajille (*solicitor-advocates*) oikeuden ajaa juttuja ylemmissä tuomioistuimissa. Näille ei kuitenkaan suotu oikeutta käyttää varsinaisten oikeudenkäyntiasianajajien (*barristers*) perinteistä asua; erityisesti peruukki on heiltä edelleen kielletty. S*olicitor-advocate*-asianajajat ovat protestoineet tätä vastaan voimakkaasti. Heidän mukaansa ammatti-imagoa olennaisesti vahvistavan asun kieltäminen tilanteissa, joissa toista osapuolta edustaa *barrister*, on omiaan viestittämään s*olicitorin* ammatillisesta ja tiedollisesta alemmuudesta juhlavasti pukeutuneeseen *barristeriin* verrattuna. Tämä voi vaikuttaa siihen, miten vakuuttavana s*olicitorin* argumentaatiota pidetään, ja siten estää jutun tasapuolisen ratkaisemisen.[11]

Oikeuselämä muodostaakin tärkeän kohteen esineiden ja muotojen symboliikkaa tarkastelevalle semioottiselle tutkimukselle. Tällaisessa tutkimuksessa huomion kohteena ovat osapuolten asujen lisäksi mm. oikeuspalatsien rakenne ja lainkäytön esineistö (patsaat, taulut, sinetit jne.). Lisäksi tuomioistuinrakennusten seinillä (samoin kuin sineteissä) on usein kirjoituksia, erityisesti latinalaisia lauseparsia, joilla on oikeuslaitoksen asemaa korostava representaatiotehtävä.

---

[9] *Heikki E. S. Mattila*: Vertaileva oikeuslingvistiikka (Helsinki: Kauppakaari 2002), s. 68–70, ja *idem*, Comparative Legal Linguistics (Aldershot: Ashgate 2006), s. 49–51.

[10] Suomen korkeimman oikeuden presidenttiä vastaavan lordipresidentin vahvistamassa ohjesäännössä (*directive of Lord Chief Justice*, 1992) lausutaan mm.: ”When sitting in the Court of Appeal (Criminal Division), High Court Judges, like other members of the Court of Appeal, wear a black silk gown and a short wig, as they do in Divisional Court. When dealing with criminal business at first instance in the winter, a High Court judge wears the scarlet robe of the ceremonial dress but without the scarlet cloth and fur mantle. When dealing with …”.

[11] *Shaeda Isani*: Visual Semiotics of Court Dress in England and Wales: Failed or Successful Vector of Professional Identity, in *A. Wagner & W. Pencak* (eds.) (2006): Images in Law (Aldershot: Ashgate, 2006), s. 51–70.

Erityisen selkeä esimerkki on Puolan korkeimman oikeuden uuden, vuonna 1999 valmistuneen palatsin koristelu. Rakennus on arkkitehtonisesti vaikuttava, ja sen toisen puolen seiniä kiertää pylväsrivi, joihin on kaiverrettu latinalaisia maksiimeja. Näitä maksiimeja on yhteensä 86. Pääosin ne on otettu Digestasta tai ne palautuvat tähän lakiteokseen. Esimerkiksi ensimmäiseen pylvääseen on kaiverrettu korruption vastainen maksiimi: QUI MUNUS PUBLICE MANDATUM ACCEPTA PECUNIA RUPERUNT, CRIMINE REPETUNDARUM POSTULANTUR (’Ne, jotka rikkovat virkavelvollisuutensa ottamalla vastaan rahaa, asetetaan syytteeseen lahjomarikoksesta’).[12] Suomesta puolestaan voidaan mainita vaikkapa Vaasan vanhassa hovioikeudentalossa sijaitseva friisi: GUSTAVUS III R. S. ANNO IMP. XII EXTRUXIT THEMIDIQUE DICAVIT (’Ruotsin kuningas Kustaa III rakensi ja pyhitti Themikselle hallituskautensa 12. vuonna’).[13]

Oikeuspalatsien ja niiden esineistön symboliikkaa tutkitaan erityisesti taidehistorian piirissä. Suomessa alan johtava tutkija on dosentti *Virpi Harju*. Hän on väitellyt filosofian tohtoriksi vanhan Vaasan hovioikeudentalosta (’Themiksen temppeli. Vanhan Vaasan hovioikeudentalo Kustaa III:n valistuspyrkimysten monumentti’, 1997). Hän on myös toimittanut ja pääosin kirjoittanut Vaasan hovioikeuden 220-vuotisjuhlakirjan (’Muistoja Themiksen näyttämöltä’, 1996) sekä järjestänyt Eduskunnan kirjastossa vuonna 2000 pidetyn Oikeuden kuva -näyttelyn ja toimittanut näyttelyn pohjalta samannimisen julkaisun. Dosentti Harjun artikkeli, jossa oikeuden sanaton kieli ilmenee taideteosten muodossa, täydentää olennaisesti juristien ja lingvistien näkökulmaa oikeudelliseen viestintään. Artikkelissa kirjoittajan analyysin pohjana ovat korkealuokkaiset, vaikuttavat taideteosten valokuvat, jollaisia juridisen alan teoksissa ei juuri esiinny.

---

[12] *Witold Wołodkiewicz* (red.): Regulae Iuris. Łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej (Regulae Iuris. Latinalaiset piirtokirjoitukset Puolan tasavallan korkeimman oikeuden pylväissä. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2001), s. 13–14 ja 17–21.

[13] *Virpi Harju* (toim.): Muistoja Themiksen näyttämöltä – Minnen från Themis skådebana (Helsinki: Valtion taidemuseo ja Vaasan hovioikeus 1996), s. 19.

Antero Jyränki

RELATIONSHIP OF LAW AND LANGUAGE

The legal system is expressed in legislation, that is, authoritatively adopted documents such as parliamentary acts, decrees and international treaties. In addition, the contents of the legal system can be read also in the documents that public authorities, courts of law and others produce when they apply the legislation or exercise their power in some other way. In civil society, language is used to perform acts that have legal effects.

A piece of legislation is by nature an abstraction. The expressions used therein must be sufficiently general to cover all phenomena and situations that are intended to be covered, but at the same time as precise as possible, that is, with the least possible amount of ambiguity written into them. The drafters must decide whether they are writing primarily to those applying the law or otherwise acting by virtue of legal authority, or to the public at large.

According to the prevailing view, the sentences or clauses in legislative text are not legal norms *per se*, but merely receptacles of information about norms. Legal norms keep eluding us, and we try to grasp them by reference to texts. This activity we call interpretation. At times, the legislator extends a helping hand to the applier by supplying a legal definition: The legal text itself defines how a given term is to be understood in that particular context. In this way, the legislator also exerts its authority over language.

Antero Jyränki

Oikeuden ja kielen suhde

Kuulijakunnalle, jossa on muitakin kuin oikeustieteilijöitä, on hyvä aluksi todeta, että kaikki juristit ovat kielityöläisiä, myös ne heistä, jotka etenevät oikeustieteessä perustutkintoa pitemmälle. Kieli on tärkeässä osassa heidän työssään. Oikeusjärjestys, jonka ympärillä työ liikkuu, saa ilmauksensa säädöksissä, auktoritatiivisesti vahvistetuissa asiakirjoissa, kuten laeissa, asetuksissa ja kansainvälisissä sopimuksissa. Oikeusjärjestyksen sisältöä luetaan myös niistä asiakirjoista, joita julkiset viranomaiset, tuomioistuimet tai muut, tuottavat säädöksiä soveltaessaan tai käyttäessään muutoin toimivaltaansa yksittäisissä tapauksissa. Kieltä käyttäen suoritetaan kansalaisyhteiskunnassa toimia, joille haetaan oikeudellista vaikutusta.

Oikeuden sidonta kieleen on lähes purkamaton. Vain aivan alimmalla konkreetilla tasolla voidaan havaita siirtymistä teksteistä pelkkiin merkkeihin tai eleisiin, kuten liikenteessä, kun autoilija lähestyy graafisesti muotoiltua liikennemerkkiä (oikeusnormi) tai kun häntä vastassa on poliisimiehen kädenliikkeellä antama pysähtymiskäsky (oikeusnormin antaman toimivallan käyttäminen).

Oikeuden kieli julkisissa asiakirjoissa ei ole varsin viatonta kieltä ja kielenkäyttöä. Se on vallan kieltä. Kaikki ihmiset ovat Hobbesin lapsia, ja käyttäytymisen sääntöjä tarvitaan, jotta he pysyisivät poissa toinen toisensa kurkusta. Oikeuden sana puolestaan muuttuu, jollei oikeusalamainen anna sen vaikuttaa käyttäytymiseensä, helposti julkisen voimankäytön lihaksi. Sanan takana on valtion väkivaltakoneisto.

Itse asiassa oikeuden kielen kytkentä valtaan on vielä kattavampikin. Oikeussäännöillä on merkittävä osuus kaiken julkisen ja muun yhteiskunnallisen vallankäytön hyväksyttäväksi tekemisessä, ja oikeuden kieli välittää tätä legitimaatiota. Se tukee valtaa tällä tavoin. Jopa yksittäisillä oikeuskielen ilmaisuilla on tehtävänsä arvojen välittämisessä. Ei ole yhdentekevää, puhutaanko lakitekstissä toimeentulotuesta vai köyhäinavusta.

Toisaalta säädöstekstit voivat myös tietoisesti kätkeä asioita.. Ei ole sattuma, että nykyisen perustuslain teksti vasta 8 luvussa ottaa esille Suomen jäsenyyden Euroopan unionissa, ja siinäkin hieman piiloisella tavalla. Se oikeustila, että tässä maassa on rinnakkain voimassa kaksi oikeusjärjestystä, ei edes näistä kaikkein keskeisimmän säädöstekstin kohdista kunnolla selviä. Vuoden 2000 perustuslakia säädettäessä näytti olevan tärkeää, ettei tuota kahden oikeusjärjestyksen regiimiä näkyvästi korostettaisi.

Oikeusnormit eivät kuulu olemisen vaan pitämisen maailmaan. Oikeuden kieli ei ole *Sein*-kieltä, kertomusta siitä, kuinka asiat ovat. Se on säädöteksteissä pääosin *Sollen*-kieltä, se osoittaa, miten pitää olla. Se, joka lukee säädöstekstejä, ei kohtaa totuutta vaan auktoriteetin, toivottavasti kuitenkin auktoriteetin, joka on pyrkinyt oikeudenmukaisuuteen.

Oikeuskielen, ja tässä puhun erityisesti säädöskielestä, tulee täyttää oikeastaan kohtuuttoman monta vaatimusta. Säädöksen luonteeseen kuuluu abstraktius: siihen sisältyvien ilmausten tulee olla riittävän yleisiä kattaakseen kaikki tarkoitetut elämänilmiöt ja tilanteet. Samalla sen ilmaisujen tulee kuitenkin olla mahdollisimman täsmällisiä, niin vähän moniselitteisiä kuin mahdollista. Lisäksi säädöksen kirjoittajien ja hyväksyjien on otettava kantaa siihen, puhutteleeko siinä käytetyn kielen välityksellä eliitti eliittiä vai kansan valitsema edustuslaitos jokaista kansalaista. Toisin sanoen: on päätettävä, kirjoitetaanko säädösteksti ensi sijassa lain soveltajille ja muille lain mukaisen toimivallan käyttäjille vai kaikelle kansalle.

Säädöstekstin pitäisi näet luonnollisesti olla jokaisen lukutaitoisen ja täysi-ikäisen ymmärrettävissä, koska jokaisen oletetaan ohjaavan käyttäytymistään oikeusjärjestyksen mukaan. Tietämättömyys laista ei vapauta ketään sen velvoituksista. Suomessa käytetäänkin säädöksissä mahdollisimman paljon arkikieltä, mutta näissä puitteissa säädösten kirjoittaja turvautuu mielellään tiettyihin lainkirjoittamisen kotimaisessa traditiossa vakiintuneisiin ilmaisuihin ja lauserakenteisiin. Ääritapauksessa siinä siis kuitenkin juristi, lain kirjoittaja, puhuu toiselle juristille, viime kädessä lain soveltajalle.

Maallikkojen tilannetta tässä kohtaa ehkä parantaa tosin se, että suomalainen oikeuskieli on ilmaisujensa puolesta suhteellisen kansanläheistä, mikä johtunee, paitsi muusta myös siitä, että maan enemmistön kieltä lähdettiin kehittämään oikeuskieleksi melko myöhään, Elias Lönnrotin toimin 1860-luvulla. Lain kirjoittamisen traditio on siis suomen kielen puolella aika ly-

hyt, ja termit meillä ovat yleisesti kansan ymmärrettävissä helpommin kuin – tietyn pitkän historiallisen kehityksen takia – moniaalla ulkomailla.

Ammattitermejä tai ei, kun oikeuden sisältö välittyy ensi sijassa kielen avulla, oikeus altistuu samantapaisille epätäsmällisyys- ja epämääräisyystekijöille, mitkä kielelliseen kommunikaatioon yleensäkin sisältyvät. Oikeuskieli on pakostakin jossain määrin epätäsmällistä; se jättää vaihtoehtoja, joista tulkitsijan on tehtävä valintansa.

Oikeustieteessä puhutaan mielellään normin etsimisestä ja löytämisestä. Vallitsevan käsityksen mukaan säädöstekstin virkkeet tai lauseet eivät itsessään ole normeja, ne sisältävät vain informaatiota oikeusnormeista, ja noiden kielellisten ilmaisujen takaa me koetamme löytää oikeusnormeja. Oikeusnormit pakenevat meitä kaiken aikaa, ja silti me pyrimme eri keinoin saamaan pitävän otteen niistä. Sanomme tätä toimintaa tulkinnaksi.

Tulkinnan kohteena ovat siis ensi kädessä säädöstekstit, ja tulkinnalle lainoppi on kehittänyt omat sääntönsä. Sellaisia ei taas lainsäätäjä ole juurikaan antanut – sen velvoittavan mutta sangen yleisluontoisen säännön lisäksi, että kaikessa viranomaistoiminnassa on noudatettava lakia.

Osviittaa tekstin ymmärtämiselle haetaan ensi sijassa lain valmistelu- ja käsittelyvaiheen asiakirjoista ja sen ohella tekstin ympärille syntyneestä oikeuskäytännöstä. Soveltaja etsii vastaavuutta todellisuudessa esiintyneen tilanteen ja säädöstekstiin sisältyvän abstraktin tilannekuvailun välillä. Ajan mittaan, yhteiskunnan olojen muuttuessa säädöksen hyväksymisen jälkeen, tulkitsijan eteen saattaa nousta kysymys, kuinka kauas hän voi tai hänen pitää irtautua siitä, mikä ensi näkemältä (prima facie) näyttäisi olevan esillä olevaan yksittäistapaukseen lähinnä soveltuvan säädöstekstinkohdan eli oikeusnormilauseen sisältö. Tässä vaiheessa tulkitsija voi normia etsiessään pyrkiä ottamaan etäisyyttä tuollaiseen tekstikohtaan ja hakemaan normia esimerkiksi asianomaisen säädöksen kokonaisuudesta.

Säädöstekstien tulkinnan ja yleensä oikeudellisen ajattelun avuksi lainoppi on kehittänyt *oikeudenalakohtaisia peruskäsitteitä*. Ne saavat ilmiasunsa *termeinä*, jotka voivat hiipiä myös säädösteksteihin. Termien sisältöä pyritään lainopissa määrittelemään siten, että niissä päästään mahdollisimman suureen yksimielisyyteen. Aika ajoin lainsäätäjä, nykyisin kai yhä useammin, tulee avuksi esittämällä niin sanottuja *legaalimääritelmiä*: säädöstekstissä määrätään, mitä tietyllä termillä on siinä yhteydessä ymmärrettävä. Näin lainsäätäjä ottaa hallitakseen kieltä.

Kun oikeus ja kieli kietoutuvat toisiinsa, on tässä sidoksessa mukana muitakin aineksia, kuten kansallinen kulttuuri siihen aikojen kuluessa sulautettuine kansainvälisine vaikutteineen. Samaan yhteyteen kietoutuu myös valtion koko yhteiskunnallinen ja poliittinen järjestys. Mitä keskeisempi jokin käsite tai instituutio on, sitä vaikeampi on ymmärtää sen nykyisyyttä, ellemme tiedä jotain myös menneisyydestä, joka elää keskuudessamme oikeuskielen ilmaisuissa ja käänteissä.

Kaikki nuo kytkennät kohtaa tiheimmin kaiketi oikeusvertailija tai oikeuslingvisti omassa tutkimustyössään. Mutta ne saattavat tulla myös muita oikeustieteilijöitä vastaan helpommin kuin voisi kuvitella. Kansainvälistymisen, globalisaation ja integraation aikana lisääntyy taipumus turvautua oikeudellisiin siirrännäisiin, siirtää oikeudellisia käsitteitä ja instituutioita kansallisesta oikeusjärjestelmästä toiseen, vieläpä niin, että kansallisiin säädöksiin kirjoitetaan vieraista teksteistä suoraan lainattuja tai käännettyjä oikeudellisia termejä taikka kokonaisia oikeusnormilauseita. Siirto voi käydä päinsä teknisesti, mutta epäonnistua aineellisesti: uusi oikeusympäristö joko hylkii muualla kehitettyä siirrännäistä totaalisesti tai sitten siirrännäisen sisältö käytännössä muuttuu alkuperäisestä joksikin toiseksi.

Historiallisesti merkittävä ja samalla jännittävä yritys käyttää oikeudellista siirrännäistä voidaan kirjata tapahtuneeksi Porvoon valtiopäivillä vuoden 1809 alussa. Kysymys oli keisari Aleksanteri I:n hallitsijanvakuutuksesta vastavalloitettujen suomalaisten maakuntien säädyille. Varsinainen vakuutus oli venäjänkielinen, mutta se käännettiin myös suomeksi ja ruotsiksi. Siinä keisari vakuutti jättävänsä voimaan vasta valloitetun alueen uskonnon ja perustuslait sekä säätyjen privilegiot. En puutu tässä vakuutuksen venäjänkielisen tekstin ilmaisuihin ja sisältöön. Mutta valtiopäivien avajaispuheessa keisari teki ranskaksi selkoa tämän asiakirjan sisällöstä ja lausui siinä muun muassa: ”J’ai promis de maintenir vôtre Constitution, vos loix fondamentales.” (Lupasin pitää voimassa teidän konstitutionne, teidän fundamentaalilakinne.)

Ranska oli se kieli, jolla eliitti tuolloin kommunikoi keskenään, yli valtiollisten rajojenkin, ja Ranskan tapahtumat antoivat sisältöä vanhoille ja uusille termeille. Nyt esillä olevassa yhteydessä on tärkeää huomata, että ranskalaisessa vuoden 1789 jälkeisessä kielenkäytössä *loi fondamentale*, mielellään monikollisena (kuten keisarin puhetekstissä), viittasi mahdollisimman selvästi vanhaan yhteiskuntajärjestelmään (l’ancien régime), joka

oli kumottu. Siinä järjestelmässä säätyjä ei ollut ennen vuotta 1789 sataan vuoteen kutsuttu koolle.

Termi *constitution* yksiköllisenä (kuten keisarin puhetekstissä) puolestaan viittasi uuteen järjestykseen, vallankumouksen jälkeiseen aikaan.

Ruotsin kustavilaisessa järjestelmässä Ranskan tapahtumia oli vieroksuttu. Ruotsissa, jonka itäinen puolisko nyt erotettiin siitä, oli edelleen puhuttu fundamentaalilaeista. Rinnakkaistermiksi oli vähitellen noussut *grundlag*, mutta kustavilainen järjestelmä, vaikka se oli lähestynytkin yksinvaltiutta, ei ollut perusrakenteeltaan sellainen kuin Ranskassa ennen vallankumousta. On mahdollista, että vanha kettu, *G. M. Sprengtporten,* joka luultavasti kirjoitti keisarin puheen, tajusi tämän eron ja sujautti äsken mainitut ranskankieliset termit molemmat aivan rinnakkain keisarin puheeseen tarkoittamaan sitä, että *nyt valloitetuille suomalaisille maakunnille vahvistettua järjestystä ei sopinut täydellisesti rinnastaa Ranskan ancien régime -järjestelmään*. Aleksanterin puolestaan voi jo Porvoossa olettaa tunteneen oman aikansa kielenkäytön vivahteet – hänhän kävi viisi vuotta Porvoon jälkeen voitetussa Ranskassa asiantuntevaa keskustelua uudenaikaisen valtiosäännön seikoista.

Nyky-Suomessa käännetään constitutio-termin erikieliset toisinnot valtiosääntöoikeudellisissa yhteyksissä joko perustuslaiksi tai valtiosäännöksi, aina sen mukaan,tarkoitetaanko käsitteellisesti yhtä, vaikeassa järjestyksessä muutettava säädöstä vai jotain sitä laajempaa eri säädösten kokonaisuutta. Erottelu on vähän sama kuin ruotsissa: *grundlag/statsförfattning.*

Melkein kaksisataa vuotta Porvoon jälkeen, nyt menossa olevalla vuosikymmenellä, sama constitutio-termi nousi taas vaivaamaan suomalaista ja oikeastaan koko eurooppalaista keskustelua. Nyt kysymys oli Euroopan yhteisön perustamissopimuksen ja Euroopan unionista tehdyn sopimuksen korvaamisesta yhdellä ainoalla valtioiden välisellä sopimuksella. Sen nimi oli englanniksi *Treaty establishing a Constitution for Europe j*a ranskaksi *Traité établissant une Constitution pour l'Éurope.*

Entä suomeksi? Kuinka uuden unionisopimuksen nimi oli käännettävä? ”Valtiosääntö” ei monista syistä sopinut siihen, ei senkään vuoksi, että Euroopan unioni ei ole valtio. Siis sopimuksen nimeksi käännettiin *Sopimus Euroopan perustuslaista.* Valtioon sekin viittasi, ”perustuslaki” kun oikeussuomessa on tähän asti tarkoittanut juuri yksittäisen valtion keskeistä säädöstä. Oletettavasti sama mielleyhtymä toimi Alankomaissa ja Ranskassa, joissa kummassakin sopimus kaatui kansanäänestyksessä. Sopimuksen nimen ehkä katsottiin liiaksi viittaavan EU:n liittovaltiollistumiseen, oli tämä

todellisuutta tai ei. Käyttämällä termiä ”peruskirja” olisi tuollaisista ongelmista selvitty, mutta tämän termin eurooppalainen vastine (la Charte, the Charter) ei näköjään ollut sopimuksen suunnittelijoille kelvannut.

Perustuslakisopimukseen tähtäävä hanke raukesi, ja sen korvaava joskin toistaiseksi vielä voimaantuloaan odottava Lissabonin sopimus on säilyttänyt EY:n/EU:n perussopimusten vanhat nimikkeet, vaikka muutosten asiasisältö ei siinä ole kaatuneeseen sopimushankkeeseen verrattuna paljonkaan muuttunut.

Oikeuskieltä tarkasteltaessa voidaan huomio muutenkin kiinnittää Euroopan unioniin. EU on monikielinen yhteisö sekä instituutioidensa että jäsenvaltioidensa tasolla. Jokainen jäsenvaltio on liittyessään saanut omat viralliset kielensä unionin institutionaalisiksi kieliksi. Järjestely on ainutlaatuinen maailmassa. Tärkein tämän periaatteen sovellus on se, että EU:n säädökset laaditaan ja julkaistaan kaikilla EU:n virallisilla kielillä. Tämä on olennaista, koska osa noista säädöksistä on suoraan sovellettavissa kaikkialla unionin alueella ilman jäsenvaltioiden omia voimaansaattamistoimia.

Unionin virallisten kielten yhdenvertaisuus säädöstekstejä laadittaessa ei ole ongelmatonta. Yhteisestä eurooppalaisesta kulttuuriperinnöstä huolimatta jäsenvaltioiden oikeuskulttuureissa on merkittäviä eroja, joita kansalliset oikeuskielet selvästi heijastelevat. Vaikka unionia voi pitää eri oikeuskielten sulatusuunina, erikieliset säädöstoisinnot saattavat lopputuloksessaan erota sisällöltäänkin.

EU:n säädösluonnosten kieli on tavallisesti ranska, joskus sen rinnalla saksa tai englanti. Erinäiset tekniset syyt, kuten säädöstekstin jakaminen jaksoihin, joihin soveltamisvaiheessa ja tuomioiden kommenteissa myöhemmin viitataan, edellyttävät oikeudellisten tekstitoisintojen sovittamista yhteen ja samaan kaavaan. Pohjana on tavallisesti ranskan kielen rakenne. johon muitten kielten on enemmän tai vähemmän mukauduttava. Muunkielisissä tekstitoisinnoissa siten kieli alistuu EU:n instituutioiden tarkoitusperille.

EU:n tuomioistuin voi törmätä siihen, että erikieliset tekstitoisinnot johdattavat toisistaan poikkeaviin ratkaisuihin. Tällaisissa tapauksissa lingvistiikka on siirrettävä syrjään. Tuomioistuin tutkii, mikä toisistaan ehkä poikkeavien kielitoisintojen sisältämistä merkityksistä parhaiten vastaa sen säädöksen tarkoitusta, jonka osa sovellettava säännös on, sekä EU:n yleisiä tavoitteita. Oikeusvarmuuden näkökulmasta tällainen liikkumavara on arveluttava.

Unionin säädösten, asetusten ja direktiivien, kirjoitustekniikka eroaa aika paljon esimerkiksi Suomessa noudatetusta. Kirjoitustapa on esimerkiksi kasuistisempi, yksityiskohtaisempi kuin Suomessa. Suoran sovellettavuuden takia erolla on merkitystä. Eroa lisää se, ettei EU:n järjestelmässä – toisin kuin Suomessa – lainsäätäjän tarkoitus ilmene esitöistä, joihin on dokumentoitu säädöksen valmistelun ja eduskuntakäsittelyn vaiheet ja perustelut. Jos tekstin kattavuudesta jäsenvaltiossa tulee ongelmia, on ratkaisua etsittävä suoraan perustamissopimusten yleisistä periaatteista.

Oikeuskielen kanssa työskentelevän ei ole vaikea löytää hengenheimolaisia tai samantyyppisestä materiaalista kiinnostuneita tutkijoita muiden tieteiden alalta. Normatiivisella puolella lähinnä lainoppineita ovat ehkä teologit. Suotta ei lainopille ole kehittynyt rinnakkaisnimikkeeksi oikeusdogmatiikka. Yksi keskeinen ero on kuitenkin siinä, että teologeilla on hyvin vähän valtaa vaikuttaa siihen, että heidän tutkittavanaan olevia Raamatun tekstejä muutettaisiin. Oikeustieteilijä voi sen sijaan, havaitessaan tarvetta tekstimuutoksiin, siirtää työnsä painopisteen oikeuspoliittisen keskusteluun. Suomen kielen tutkimuksen oikeakielisyyshaarassa tutkijat puolestaan joutuvat suosittamaan, mikä kielenkäytössä on oikein ja mikä ei. Tällaisten suositusten julkistaminen lähestyy (sosiaalisen) normin asettamista.

Ei-normatiivisella puolella taas on mahdollista löytää analogioita kirjallisuudentutkimuksen ja oikeustieteen kesken. Kummallakin tieteen alalla tekstit ovat hyvin keskeisen huomion kohde. Yhteiskuntatieteissä poliittisten dokumenttien sisällön erittely nousi Suomessa joskus 1970-luvulla suosituksi metodiksi. Tätä metodia voi soveltaa samoihin dokumentteihin, joista oikeustiedekin on kiinnostunut. Viimeaikaisia aluevaltauksia kotimaisessa tutkimuksessa on poliittisen kulttuurin käsitehistoria, suomalaisten käsitteiden tarkastelu eurooppalaisten käsitteiden muunnoksina. Siinä missä oikeustieteilijä etsii käsitteen pysyvyyttä, käsitehistorioitsija puolestaan mielellään löytää oikeuskielenkin tekstien takaa käsitesisältöjen muuntelua.

Ulla Tiililä

RELATIONSHIP BETWEEN LEGAL LANGUAGE AND STANDARD LANGUAGE: FIVE PERSPECTIVES

In this paper, I consider the relationship between legal language and standard language from the perspective of their proximity: after all, standard language does provide the basis for legal language. Although their relationship is predominantly peaceful and often even unnoticeable, the fact that these linguistic forms are separate and differ from each other is occasionally very clear; it may even be manifest as downright conflict. I consider these situations from five perspectives. Firstly, in my view, a *relationship of interpretation* exists between standard language and legal language. This is manifest, e.g., in situations where legal language is accommodated for the purposes of drafting official communications by bringing it closer to standard language. Secondly, I talk about a *relationship of infiltration*, which I use to refer to a situation where one linguistic form is infiltrated into another more or less non-deliberately or at least without the presence of any established features of loaning. Thirdly, by a *relationship of adoption,* I refer to, e. g., a situation where a standard-language word is adopted into legal language, but its meaning is restricted in a way which differs from standard language. The fourth relationship I discuss is the *relationship of hierarchy* which I use, on the one hand, to refer to a status relation between legal language and standard language based on, e.g., the fear of rewriting texts written in legal language. On the other hand, I use the concept to talk about concrete hierarchical relationships between texts in situations where, e.g., an obligation prescribed by law is rewritten in a different form in a normative text of a lower level. The fifth relationship I consider is the *relationship of direction*, a meta-level relationship used to express conceptions of language and different obligations in particular.

Generally, all the relationships work in two ways: For example, legal language can be used in standard-language texts (in pieces of news: *homicide*, *murder*, *involuntary manslaughter*) or standard language may be incorporated into legal language (*common-law marriage* in the National Pensions Act). The different relationships do not exclude each other, either. They are connected by language use and various activities, and can exist simultaneously. They are often relationships between texts that are determined by different intertextual regularities and practices.

When considering the relationships between linguistic forms, I use the terms *legal language* and *standard language* to refer both to styles and texts related to specific activities. I also use these terms to discuss language use, thus extending my analysis to cover language users and attitudes related to language, as well as to the conscious and unconscious deeds done by texts. Among the examples I use, legal language is represented by the language of regulations, i.e. the language used in laws and decrees. In turn, standard language is represented by *social benefit decisions*; the examples clearly display how woolly the boundary between the linguistic forms is.

Ulla Tiililä

Oikeuskielen ja yleiskielen suhde: viisi näkökulmaa

Tarkastelen tässä artikkelissa oikeuskielen ja yleiskielen suhdetta viidestä eri näkökulmasta. Näen niiden välillä 1) tulkintasuhteen, 2) soluttautumissuhteen, 3) omimissuhteen, 4) hierarkiasuhteen ja 5) ohjailusuhteen. Nämä suhteet eivät sulje toisiaan pois. Ne liittyvät kielenkäyttöön, erilaisiin toimintoihin ja voivat olla samanaikaisesti olemassa. Usein kyse on tekstien välisistä suhteista, joita määrittävät erilaiset intertekstuaaliset lainalaisuudet ja käytännöt. Esimerkiksi lainautuminen voi olla tyypillistä vain yhteen suuntaan, tietyistä teksteistä toisiin.[1]

Lähtökohtani on, että oikeuskielen ja yleiskielen suhde on tiivis ja enimmäkseen seesteinen. Koska oikeuskieli pohjautuu yleiskieleen, näin on pakostakin oltava. Suhteen tarkempi arviointi riippuu kuitenkin siitä, miten kyseiset käsitteet määritellään. Eri kielimuodot voidaan nimittäin määritellä ja erottaa toisistaan joko tyylillisin tai toiminnallisin kriteerein. Kun määrittelyn pohjana on tyyli, arvioidaan esittämisen ja ilmaisemisen tapoja: millaisia sanoja ja rakenteita vaihtoehtoisten ilmaisutapojen joukosta käytetään. Kun määrittely perustuu toiminnalliseen näkökulmaan, tarkasteltavana on se, millaisessa tilanteessa, toimessa tai tehtävässä kieltä käytetään. Usein tyyli ja toiminta kulkevat käsi kädessä niin, että esimerkiksi oikeudenkäytössä viljellään tietyntyylistä kieltä.[2]

Toisinaan tyyli ja toiminta eivät kuitenkaan lankea yhteen. On mahdollista kuvitella vaikkapa tilanne, jossa tuomari käyttää oikeussalissa slangia. Tällainen tilanne ei ole vain fiktiivinen, vaan voi tulla vastaan esimerkiksi

---

[1] Ks. esim. *Anna Solin*: Tracing Texts. Intertextuality in Environmental Discourse. PIC Monographs 2. Department of English, University of Helsinki, Helsinki 2001.

[2] Ks. esim. *Vijay Bhatia*: Cognitive structuring in legislative provisions. Teoksessa J. Gibbons (ed.): Language and the Law s. 136–155, Longman, London and New York 1994; *Heikki E. S. Mattila*: Vertaileva oikeuslingvistiikka. Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2002.

silloin, kun tuomioistuimessa toistetaan asianosaisten kertomuksia näiden omin sanoin.[3] Miten tuomarin käyttämä kieli silloin määritellään? Määritelläänkö se toiminnallisin kriteerein oikeuskieleksi vai tyylin perusteella slangiksi? Voisi myös kuvitella tilanteen, jossa mainosteksti on kirjoitettu tyylillä, jota yleensä löytää lakikirjasta. Kummasta silloin on kyse: mainoskielestä vai oikeuskielestä?

Oikeuskieltä ja yleiskieltä on vanhastaan määritelty eri tavoin. Usein käytetty yleiskielen määritelmä on Esko Koivusalolta:

> Yleiskieli on kieliyhteisön eri ikä- ja ammattiryhmille yhteinen kielimuoto, joka on
> – muotoasultaan kirjakielen normien mukaista
> – käyttää yleisesti tunnetuksi tiedettyä sanastoa
> – on virke- ja lauserakenteeltaan yksinkertaista (= joukkoviestinnässä taajaan esiintyvien rakennekaavojen mukaista).[4]

Pirjo Hiidenmaa taas on määritellyt yleiskielen normien mukaiseksi, yhteiseksi, ymmärrettäväksi, informatiiviseksi, huolletuksi ja yhtenäiseksi kielimuodoksi.[5] Sekä Koivusalo että Hiidenmaa kuitenkin osoittavat, että eri kielimuotoja ei voi aukottomasti erottaa toisistaan. Myös oikeuskieltä määrittelevä Heikki E. S. Mattila tuo esille eri kielimuotojen yhteydet. Hänen mukaansa oikeuskieli on erikoiskieli, jolle tyypillistä ovat erityiset termit ja tietynlaiset lauserakenteet. Mattila tuo esille – tosin varauksin – oikeuskielen myös tietyn ammattikunnan kielenä, kielimuodon käyttöalat ja käsitteen suhteen toisiin samantyyppisiin, kuten *lakikieleen* ja *säädöskieleen*.[6]

Tämän artikkelin esimerkistössä oikeuskieltä edustaa enimmäkseen säädöskieli eli asetuksissa ja laeissa käytetty kieli. Mattilan tavoin pidän oikeuskielenä silti myös kieltä, jota usein kutsutaan virka- tai hallintokieleksi. Osa yleiskielen esimerkeistäni voitaisiin toiminnallisin kriteerein katsoa myös oikeuskieleksi, koska ne ovat kunnallisia etuuspäätöksiä. Päätökset

---

[3] *Johanna Niemi-Kiesiläinen – Päivi Honkatukia – Minna Ruuskanen*: Diskurssianalyysi ja oikeuden tekstit s. 32. Teoksessa J. Niemi-Kiesiläinen – P. Honkatukia – H. Karma – M. Ruuskanen: Oikeuden tekstit diskursseina. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja N:o 13. Helsinki 2006 s. 21–41.

[4] *Esko Koivusalo*: Mitä on yleiskieli? s. 220, Virittäjä 1979 s. 216–222.

[5] *Pirjo Hiidenmaa*: Näkökulmia yleiskieleen s. 5–11. Kielikello 4/2005 s. 5–11. Ks. myös *yleiskielen* käsitteen historiaa *Taru Kolehmainen*: Kohti hyvää yleiskieltä. Yleiskielen käsitteen historiaa. Kielikello 4/2005 s. 5–11.

[6] *Mattila* 2002 s. 3–8.

edustavat tässä yleiskieltä sen vuoksi, että ne on suunnattu yksittäiselle kuntalaiselle, minkä vuoksi niiden pitäisi olla yleiskielisiä. Kielimuotoja määriteltäessä pohdittavaksi voi siis tulla myös ”pitämisen” kriteeri: millaisia tekstien pitäisi olla ja millaisia ne käytännössä ovat. Esimerkkini osoittavatkin, miten oikeuskieli ja yleiskieli vuorottelevat ja sekoittuvat keskenään samassakin tekstissä. Ne ovat esimerkkejä myös teksteistä, jotka asettuvat yleiskielisen ja oikeuskielisen tekstin välimaastoon.[7]

Tiukka rajanveto eri kielimuotojen välille on mahdotonta osittain juuri siksi, että oikeuskieli pohjautuu yleiskieleen. Tuon kuitenkin tässä artikkelissa esille joitakin kielenkäytön tilanteita, joissa kielimuotojen erillisyys korostuu tai kyse on suorastaan konfliktista. Kielimuotojen suhteita pohtiessani tarkoitan oikeuskielellä ja yleiskielellä sekä tyylejä että tiettyjä tekstejä. Viittaan sanoilla myös kielenkäyttöön, ja sitä kautta venytän tarkastelun myös kielenkäyttäjiin ja kieleen liittyviin asenteisiin sekä teksteillä tehtäviin tietoisiin tai tiedostamattomiin tekoihin.

Tulkintasuhde

Oikeuskielen ja yleiskielen välillä on ensinnäkin nähtävissä tulkintasuhde. Tällä suhteella tarkoitan tilanteita, jossa yleiskieltä tulkitaan ja sitten muokataan oikeuskieliseksi tai oikeuskieltä yleiskieleksi. Usein kyse on prosessista, jossa säädöskieltä muokataan yleiskieliseksi. Näin tehdään esimerkiksi tiedottamisen tarpeisiin. Kun laaditaan tiedotteita tai esitteitä lakisääteisistä toiminnoista, on pohjana usein lakitekstiä, jota on muokattava yleistajuiseen suuntaan. Tällaisesta hyvänä esimerkkinä ovat vaikkapa Kelan esitteet (esim. 1):

Esim. 1
Eläkkeelle

Kansaneläkelain mukaiseen työkyvyttömyyseläkkeeseen sinulla on oikeus, jos täytät sivulla 2 mainittujen ehtojen lisäksi seuraavat edellytykset:
– Olet 16–64-vuotias.
– Sinulla on sairaus, vika tai vamma, joka estää kohtuullisen toimeentulon turvaavan työnteon.

[7] Kielitieteessä tyylin ja tilanteen suhdetta on tarkasteltu ja mallinnettu esimerkiksi *rekisterin*, *tekstilajin* sekä *tilanne-* ja *kulttuurikontekstin* kautta. Ks. koosteita näistä *Vesa Heikkinen – Pirjo Hiidenmaa – Ulla Tiililä*: Teksti työnä, virkakielenä s. 38, 66, 119, myös 74–75. Gaudeamus, Helsinki 2000.

Esimerkkikatkelma on luonnehdittavissa yleiskielisen selkeäksi. Sen lauseet ovat pituudeltaan keskimäärin 5–6 sanan mittaisia, virkepituus taas on noin 9 sanaa – joskin vähäisen otoksen joukossa on sekä melko pitkä että hyvin lyhyt virke. Näitä rakenteita voi pitää jopa tavallista lyhyempinä, koska ns. asiaproosassa tavallinen lausepituus on 7–8 sanaa ja virkepituus 11–12 sanaa.[8]

Virkkeiden ja lauseiden suhteellinen lyhyys selittyy sillä, että keskeinen asia ilmaistaan typografisesti selkeästi luetelmassa, jonka alakohdissa ei tarvitse toistaa johdantolauseessa ilmaistua asiaa. Lukijaa puhutellaan yksikön toisen persoonan verbimuodoilla (*täytät*, *olet*) ja pronominilla (*sinulla*). Esitteen rakenne ja näkökulma on näin toisenlainen kuin tekstin pohjana olevassa lakitekstissä (esim. 2). Kansaneläkelain 12 §:ssä keskimääräinen lausepituus on yli 11 sanaa, ja virkkeet ovat 19:n ja 39 sanan mittaiset. Pykälä on rakennettu kolmannen persoonan näkökulmasta:

Esim. 2
Kansaneläkelaki 12 §
Oikeus työkyvyttömyyseläkkeeseen

Työkyvyttömyyseläkkeeseen on oikeus 16–64-vuotiaalla työkyvyttömällä henkilöllä, kuitenkin siten, että alle 20-vuotiaalle eläke voidaan myöntää vain 16 §:ssä mainituin edellytyksin.

Työkyvyttömänä pidetään tätä lakia sovellettaessa henkilöä, joka on sairauden, vian tai vamman takia kykenemätön tekemään tavallista työtään tai muuta siihen verrattavaa työtä, jota on pidettävä hänen ikänsä, ammattitaitonsa sekä muut seikat huomioon ottaen hänelle sopivana ja kohtuullisen toimeentulon turvaavana.

Vaikka muokkausprosessissa teksti voi muuttua sekä kielellisesti että visuaalisesti täysin toisenlaiseksi, alkuperäistekstistä jää yleensä jonkinlaisia merkkejä. *Työkyvyttömyyseläkkeestä* ei Kelan esitteessä oikein voi olla puhumatta, mutta Kelan esitteessä toistuu myös kolmiosainen, samantyyppisten ilmausten rinnastus *sairaus, vika tai vamma*. Tällainen rinnastaminen on Hiidenmaan havaintojen mukaan institutionaalisille teksteille tyypillistä.[9] Esitteessä toistuvat myös säädöstekstin maininnat *kohtuullisen toimeentulon turvaavasta työstä*.

---

[8] *Vesa Heikkinen – Outi Lehtinen – Mikko Lounela*: Kuvia kirjoitetusta suomesta s. 14. Kielikello 3/2001 s. 12–15.

[9] *Pirjo Hiidenmaa*: Poimintoja virkakielen rekisteristä s. 51–53. Teoksessa Heikkinen ym. 2000 s. 35–62.

Toisinaan tekstien väliset yhteydet ovat tunnistettavissa vain tekstiketjuja vertailemalla. Niinpä toimeentulotukipäätöksessä voi lukea seuraavaa:

Esim. 3
Mikäli päätöksen aikana tapahtuu muutoksia tulo- tai menotiedoissa, on niistä ilmoitettava.

Virke on lyhyyttään ja yksinkertaisuuttaan tyyliltään melko yleiskielinen. Se on kokonaisuudessaan 11 sanan mittainen ja jakaantuu 8:n ja 3 sanan lauseisiin. Oikeuskielestä on häivähdyksiä konjunktion valinnassa (*mikäli* eikä *jos*) ja persoonattomassa näkökulmassa, jossa ei ole esimerkiksi puhuttelua. Tämän katkelman suhde lakitekstiin näyttäytyy vielä vahvempana, kun katsotaan toista toimeentulotukipäätöstä, jossa suunnilleen sama asia on ilmaistu huomattavasti pitemmin ja kattavammin. Esimerkiksi *tuloja menotietoja* vastaa esimerkissä 4 *tulot, menot, taloudellinen tai muu elämäntilanne*. Esimerkissä 4 eksplikoidaan myös päätöksen ehdollisuus, kun lyhyemmässä muotoilussa annetaan asiasta vain ohje:

Esim. 4
Päätös on voimassa edellä mainitun ajan, jos päätöksen perusteena olleissa tuloissa, menoissa, taloudellisessa tai muussa elämäntilanteessa ei ole tapahtunut muutosta. Edellä mainituista muutoksista on ilmoitettava viipymättä sosiaalipalvelutoimistoon.

Toimeentulotukilaissa (17 §) keskitytään esimerkin 3 tapaan ilmaisemaan vain ohje. Esimerkkiä 4 lakiteksti muistuttaa yksityiskohtaisuutensa vuoksi, ja yksityiskohtaisuus lisää myös ilmaisun pituutta:

Esim. 5
Tietojenanto- ja ilmoitusvelvollisuus
Toimeentulotuen hakijan, hänen perheenjäsenensä ja elatusvelvollisensa sekä tarvittaessa heidän huoltajansa ja edunvalvojansa on annettava toimielimelle kaikki tiedossaan olevat toimeentulotukeen vaikuttavat välttämättömät tiedot – –. Toimeentulotuen saajan on välittömästi ilmoitettava toimielimelle 1 momentissa tarkoitetuissa tiedoissa tapahtuneista muutoksista.

Tulkintaa tehdään myös yleiskielestä oikeuskieleen. Näin on esimerkiksi juuri etuuspäätöksissä. Etuuspäätökset tehdään monesti hakemusten ja erilaisten lausuntojen pohjalta. Pohjateksteissä on tyypillisesti yleiskieltä, ar-

kielämän kieltä ja erikoisalojen, kuten lääketieteen kieltä. Tutkimiini[10] kuljetuspalvelupäätöksiin referoitavaksi sopii yleensä erikoisalan kieli, mutta ei arkinen yleiskieli. Päätöksessä on kuitenkin myös jakso, johon kumpikaan näistä kielimuodoista ei yleensä kelpaa, nimittäin päätöksen ratkaisu ja siihen kiinteästi liittyvät perustelut. Ratkaisusta kertova jakso erottuu paitsi sisällöltään myös tyyliltään päätöksen muista osista. Se kerrotaan korostuneen muodollisella kielellä, joka voi olla osittain suoraa lainaa säädöstekstistä.

Niinpä kun hakemuksessa tai lääkärinlausunnossa todetaan, että kuljetuspalvelun hakijalle on *bussin käyttö hankalaa*, tämä kirjataan päätöstekstissä muotoon *hakija ei kykene liikkumaan julkisilla liikennevälineillä ilman kohtuuttoman suuria vaikeuksia*. Tällaista kielenkäyttöä saatetaan paheksua kapulakielisenä, mutta oikeastaan päätöksen tehnyt virkailija asettuu kääntämisen operaatiolla katsomaan tapausta lain näkökulmasta (esim. 6) ja istuttaa tapauksen siihen. Samasta ilmiöstä kirjoittavat Niemi-Kiesiläinen ym. puhuessaan tilanteesta, jossa tuomioistuin kääntää ”asianosaisten käyttämän kielen juridiselle kielelle”.[11]

Esim. 6

Kuljetuspalveluja ja niihin liittyviä saattajapalveluja järjestettäessä vaikeavammaisena pidetään henkilöä, jolla on erityisiä vaikeuksia liikkumisessa ja joka ei vammansa tai sairautensa vuoksi voi käyttää *julkisia joukkoliikennevälineitä ilman kohtuuttoman suuria vaikeuksia*

(Vammaispalveluasetus 759/1987)

Soluttautumissuhde

Soluttautumissuhteella tarkoitan tilannetta, jossa yksi kielimuoto ujuttautuu toiseen enemmän tai vähemmän tahattomasti. Mitä tällä tarkoitan? Mainitsin edellä kuljetuspalvelupäätökset ja tarkastelin niiden ratkaisuosioita. Ratkaisun lisäksi päätöksissä on asiaseloste, jossa kerrotaan tapauksen taustaa ja referoidaan muun muassa asiakkaan hakemuksen sisältöä. Tämä saattaa olla tekstin ainoa osio, jossa asiakasta referoidaan:

---

[10] *Ulla Tiililä*: Tekstit viraston työssä. Tutkimus etuuspäätösten kielestä ja konteksteista. SKS, Helsinki 2007.

[11] *Niemi-Kiesiläinen ym.* 2006 s. 32.

Esim. 7
Asiaseloste
Haetaan sosiaalipalvelutoimistoon ppkkvv saapuneella hakemuksella kuljetuspalvelua sairaalaan sekä vapaa-ajan matkoja käsittäen asioimisen, yhteiskunnallisen osallistumisen, virkistyksen tai muun syyn vuoksi jokapäiväiseen elämään kuuluvia matkoja.
(Katkelma kuljetuspalvelupäätöksestä.)

Referointi osoittautuu kuitenkin näennäiseksi. Kun mennään tekstiketjussa taaksepäin ja katsotaan hakemuslomaketta, huomataan, että päätöksessä esiintyvä verbalisointi on lähes suoraan lomakkeeseen valmiiksi kirjattua tekstiä:

Esim. 8
Haen kuljetuspalvelua seuraaviin matkoihin:
Vapaa-ajan matkat käsittäen asioimisen, yhteiskunnallisen osallistumisen, virkistyksen, tai muun syyn vuoksi jokapäiväiseen elämään kuuluvat matkat. (Katkelma kuljetuspalvelun hakulomakkeesta.)

Viranomainen on siis päätöstekstissä siteeraavinaan hakijaa, mutta lainaakin käytännössä itseään. Kun mennään tekstiketjussa vielä taaksepäin, nähdään, että hakemuslomakkeen teksti taas on pitkälti lainaa asetustekstistä (esim. 9).

Esim. 9
Kuljetuspalveluihin niihin liittyvine saattajapalveluineen kuuluu vaikeavammaisen henkilön työssä käymisen, opiskelun, asioimisen, yhteiskunnallisen osallistumisen, virkistyksen tai muun sellaisen syyn vuoksi tarpeelliset, jokapäiväiseen elämään kuuluvat kuljetukset.
(Asetus vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista 759/1987)

Näin hakijan, yksittäisen kansalaisen nimiin pannaan tekstiä, joka on käytännössä lähes suoraa lainaa säädöstekstistä. Soluttautumiseksi nimeämäni prosessi on merkityksellinen, kun tiedetään, että esimerkiksi asiakas- ja hallintolaissa edellytetään asiakkaan kuulemista.[12] Kieltä ja tekstiketjuja analysoimalla on mahdollista arvioida, miten todellista tämä kuuleminen on.

[12] Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000), 4 ja 8 §, hallintolaki (434/2003), 34 §.

Soluttautumisprosessista toiseen suuntaan on vaikeampi löytää esimerkkejä. Tämä johtuu yhtäältä siitä, että oikeuskielen pohjana on yleiskieli ja toisaalta siitä, että oikeuskieleen, varsinkin säädöskieleen, ei juuri tule aineksia vahingossa, tahattomasti tai tiedostamatta. Samantapaisen prosessin voi nähdä lähinnä siinä, että säädöskieleen otetaan sanoja, jotka ovat yleiskielessä eläneet jo pitkään. Tällainen sana on esimerkiksi *avoliitto*, joka säädöskielessä esiintyi pitkään esimerkiksi muodossa *avioliitonomainen suhde*. Uudistuneeseen kansaneläkelakiin sana on otettu, joskin selityksen kera. Kyseessä on lain mukaan suhde, jossa ”mies ja nainen, jotka eivät ole keskenään avioliitossa, elävät jatkuvasti yhteisessä taloudessa avioliitonomaisissa olosuhteissa”.[13]

Omimissuhde

Omimiseksi nimeämäni suhde muistuttaa soluttautumissuhdetta, mutta ratkaisut ovat tietoisempia. Lisäksi kyse on tavallisimmin sanastotason ilmiöistä eikä niinkään teksteistä ja tekstiketjuista, kuten soluttautumisilmiössä. Omimisprosessi on tavallisimmin sellainen, että oikeuskieleen otetaan yleiskielen sana, mutta rajataan sen merkitystä yleiskielestä poikkeavalla tavalla. Heikki E. S. Mattila[14] puhuu kahmivista määritelmistä. Edellä esitetyistä esimerkeistä voitaisiin ajatella, että kahmivaan tapaan käytetään laissa *avoliittoa*, jos se muussa kielenkäytössä viittaa myös kahden miehen tai kahden naisen rekisteröimättömään, avioliitonomaiseen suhteeseen.

Omimisesta ovat esimerkkinä sanat *tappo*, *surma*, *murha*, *kuolemantuottamus* ja *törkeä kuolemantuottamus*, joille on säädöskielessä tarkat, toisiinsa suhteutetut merkitykset. Nämä merkitykset ovat kuitenkin toisenlaiset, spesifimmät ja rajatummat kuin yleiskielessä, jossa käytössä ovat näistä lähinnä *tappo*, *surma* ja *murha*.

Joskus taustalla on se, että oikeuskieli on pitänyt läheisempänä kokonaan toista kieltä kuin suomen yleiskieltä ja omii ilmaisutapoja sieltä. Suhde direktiivikieleen on taustalla, kun henkilötietolaissa (12 §) esitetään suomalaisittain oudosti erikseen *historiallinen* ja *tieteellinen* tutkimus, ikään

[13] Kansaneläkelaki (568/2007) 5 §.

[14] *Mattila* 2002 s. 189.

kuin historiallinen ei olisi tieteellistä (esim. 10). Tässä on taustalla englanninkielinen verbalisointi *purposes of historical or scientific research*.[15]

Esim. 10
Poikkeukset arkaluonteisten tietojen käsittelykiellosta
Mitä 11 §:ssä säädetään, ei estä: 6) tietojen käsittelyä historiallista tai tieteellistä tutkimusta taikka tilastointia varten

Näin kuvatun omimisprosessin kääntöpuoli on se, että kieltä käytetään tähän tapaan yleiskielisessä tekstissä. Tavanomaista tämä on esimerkiksi rikosuutisoinnissa. Aloitteleva toimittaja voi saada kokeneemmilta kollegoilta moitteita, jos ei ole tiennyt, mikä ero on *tapolla*, *surmalla* ja *murhalla*. Jos uutisessa kerrotaan tuomioistuimen päätöksestä, on toki luontevaa käyttää sitä termiä, josta tuomio on langetettu. Muuten oikeudenkäytön kieli ei tiedotusvälineissä useinkaan ole tarpeen.

Oma, tähän liittyvä ilmiönsä on se, kun jokin määritelmä muodostuu oikeudenkäynnissä niin keskeiseksi, että se vaikuttaa elämään myös oikeussalin ulkopuolella. Rakentamisen virheistä käräjöitäessä saatetaan päätyä määrittelemään, mitä tarkoitetaan *kesämökillä*: mikä on *kesä* ja mikä on *mökki*. Lopputulos voi olla se, että toinen osapuoli ei enää koskaan halua puhua *kesämökistä*, vaan vaikkapa *kalamajasta*, *talvihuvilasta*, *vapaa-ajan asunnosta* tai *talviasuttavasta vapaa-ajan asunnosta*.[16]

Hierarkiasuhde

Hierarkiasuhteella tarkoitan ensinnäkin oikeuskielen ja yleiskielen välistä statussuhdetta. Oikeuden, ja erityisesti lain kielellä on vahva status, minkä vuoksi lakikieltä pidetään usein lähes mahdottomana muuttaa, vaikka yleistajuistaminen sitä vaatisi. Tämä vaikeus kohdataan esimerkiksi täydennyskoulutuskursseilla, joilla harjoitellaan yleiskielisen ja sujuvan suomen laatimista. Pulmana voi olla, että kurssilaiset haluavat asiakasteksteissäkin säi-

[15] 95/46/EY, esim. 11 artikla. Esimerkistä kiitokset Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksen EU-kielen erikoistutkijalle Aino Piehlille. Myös *Aino Piehl*: Laki on kieltä alusta loppuun. Esitelmä Eduskunnan ja Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksen virkakieliseminaarissa 28.8.2007.

[16] Tästä esimerkistä on kiittäminen isävainajaani, oik. kand. Kari Tiililää, joka lakkasi puhumasta *kesämökistä*.

lyttää tekstiä suoraan laista. Lain muotoiluja ei uskalleta muuttaa, jotta ei tulisi tehdyksi virhetulkintoja. Näin toimitaan, vaikka lakiteksti olisi muotoilultaan niin hankalaa, että sitä hyvän kielenkäytön vaatimusten perusteella olisi muokattava.[17] Oikeuskielen status voi johtaa myös ratkaisuihin, jotka näyttävät tyylillisesti ”oikeilta”, nimittäin muodolliselta oikeus-, virka- tai hallintokieleltä, mutta ovat ajatuksellisesti kestämättömiä. Tästä ilmiöstä kertovat esimerkit 11 ja 12. Esimerkki 11 on tietojärjestelmään syötetty fraasi, jota Helsingin sosiaalivirastossa käytetään kuljetuspalvelupäätösten tekemisessä. Fraasit on laadittu viraston ylätasolla, ja ne ovat yleensä juristien tarkistamia. Päätöksiä kirjoittavat virkailijat saavat ne käyttöönsä lyhyitä koodeja käyttämällä. Tämä nopeuttaa kirjoitustyötä. Fraaseja ei ole pakko käyttää, mutta ne toimivat käytännössä myös malleina siitä, mitä pitää tai voi kirjoittaa. Niitä käytetäänkin joko sellaisenaan tai hiukan muunnellen:[18]

Esim. 11
Kuljetuspalvelutarvettanne on arvioitu asuin- ja elinympäristön, vammasta ja/tai sairaudesta aiheutuvan toimintarajoitteen perusteella.

Fraasi esimerkissä 11 on ollut mallina esimerkissä 12. Siinä toistuvat samat sanat, ja se näyttää äkkilukemalta hyvältä. Tarkemmin katsoen huomaa, että virke ainoastaan näyttää sopivalta, mutta sisältö on epälooginen. Ihmisen *tarve* palveluihin on mikä on eikä perustu *kartoittamiseen*. Sen sijaan tarpeen *arviointi* voi perustua *kartoittamiseen*:[19]

Esim. 12
Kuljetuspalvelun tarve perustuu asuin- ja elinympäristön, vammasta ja/tai sairaudesta aiheutuvan toimintarajoitteen kartoittamiseen.

Oikeuskielen statuksen kääntöpuolena on se, että sitä moititaan, joskus ankarastikin. Oikeuskieltä pilkataan, paheksutaan ja vastustetaan.[20] Tämä tun-

---

[17] Ks. kielenhuollon haasteista esim. *Elina Heikkilä – Annastiina Viertiö*: Keskustelua, kouluttamista ja konsultointia. Kielitoimiston ja Kelan yhteistyö esimerkkinä 2000-luvun kielenhuollosta s. 254–255. Teoksessa V. Heikkinen (toim.): Virkapukuinen kieli, SKS, Helsinki 2002 s. 245–258.

[18] Ks. fraaseista esim. *Tiililä* 2007 s. 116–150; *Ulla Tiililä*: Tekstejä mallikatkelmista: työn, tekstien ja yhteisön näkökulmia. Teoksessa T. Nikko – P. Pälli (toim.): Kieli ja teknologia. Talous ja kieli IV. Helsingin kauppakorkeakoulun julkaisuja B-76 2006, s. 149–171.

[19] Ks. *Tiililä* 2007 s. 148–150.

[20] Ks. esim. *Sandra Harris*: Defendant resistance to power and control in court. Teoksessa H. Coleman (ed.): Working with Language. A Multidisciplinary Consideration of Language Use in Work Contexts. Mouton de Gruyter, Berlin, New York 1989 s. 131–164.

teiden äärimmäisyys liittyy todennäköisesti kokemukseen vallankäytöstä. Pilkassa voidaan mennä pitkällekin. Esimerkki 13 on julkaistu lehdessä 1980-luvun lopussa:

Esim. 13

Entinen kansanedustaja Seppo Tikka (sd) lupaa Veronmaksaja-lehdessä tarjota omista rahoistaan (!) lounaan sellaiselle ihmiselle, joka voi osoittaa ymmärtävänsä ilman lähdeteoksia verohallituksen tammikuun alussa julkaiseman kuulutuksen jokaisen kohdan. Kuulutuksessa kerrottiin, milloin veroilmoitukset pitää jättää ja mitä tuloja ei tarvitse ilmoittaa. Nälkäiset tietoniekat voivat ilmoittautua Tikalle lehden toimituksen kautta, puh 601 822. (HS 24.2.1988)[21]

Abstraktin statussuhteen ohella oikeuskielen ja yleiskielen välillä voi nähdä konkreettisemman hierarkiasuhteen. Tällöin voi tarkastella sitä, miten lain sanamuoto muuttuu, kun mennään normihierarkiassa alaspäin. Kyse on samalla lain toimeenpanosta, sen implementaatiosta.[22]

Esimerkiksi vammaispalveluasetuksessa (esim. 14) ilmaistaan palvelusuunnitelman laatiminen ehdollisena. Helsingin sosiaaliviraston ohjeissa (esim. 15) suunnitelman tekeminen ilmaistaan välttämättömänä:

Esim. 14

Vammaisen henkilön tarvitsemien palvelujen ja tukitoimien selvittämiseksi on yhdessä hänen ja hänen huoltajansa kanssa *tarvittaessa laadittava* palvelusuunnitelma. (Vammaispalveluasetus 2 §)

Esim. 15

Palvelusuunnitelma *on tehtävä* vammaiselle henkilölle, joka on useiden palvelujen piirissä yhtä aikaa.

(http://www.hel.fi/wps/portal/Sosiaalivirasto/)

Mitä alemmas normeja mennään, sitä vähemmän soveltajalle jätetään harkintavaraa. Viraston ohjeita seuraa nimittäin lopulta taso, jossa ei anneta ohjeita, vaan tarjotaan suoraan välineet asian tekemiseen. Tämä väline voi olla esimerkiksi lomake palvelusuunnitelman tekemiseen ja kenties mallitekstikatkelmia suunnitelman sisällön muotoiluun.

---

[21] Esimerkistä kiitokset Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksen koulutusyksikön tutkijalle Riitta Hyväriselle.

[22] Katsaus oikeuden implementaatioon ja sen tutkimiseen ks. Encyclopædia iuridica fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja. Osa VII s. 640–647. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Helsinki 1994.

Ohjailusuhde

Viides ja viimeinen tässä käsiteltävä suhde on ohjailusuhde. Tällä suhteella tarkoitan tilanteita, joissa oikeuskielessä esitetään kielenkäyttöä koskevia vaatimuksia. Kyseessä on siis eräänlainen metasuhde, jossa kielellä ilmaistaan kieltä koskevia käsityksiä ja erityisesti velvoitteita. Tämä velvoittaminen on kiinnostavaa, kun ajatellaan, että yksillä oikeuskielisillä teksteillä velvoitetaan toisia oikeuskielisiä tekstejä. Se on kiinnostavaa sikälikin, että tyyliltään oikeuskielisessä tekstissä saatetaan velvoittaa käyttämään toisissa teksteissä toisenlaista tyyliä, yleiskieltä. Hiukan samantyyppisestä jännitteestä raportoi Heikkinen analysoidessaan kunnallisia viestintästrategioita: strategia ohjaa ”avoimeen” viestintään, mutta samalla tämä teksti itse on verbalisoitu tavalla, jota ei voi luonnehtia ”avoimeksi”.[23]

Eksplisiittisiä kieltä koskevia velvoitteita on hallintolaissa, jonka 9 §:ssä esitetään viranomaisille hyvän kielenkäytön vaatimus: ”Viranomaisen on käytettävä asiallista, selkeää ja ymmärrettävää kieltä”. Tätäkin yksityiskohtaisempia vaatimuksia on sosiaali- ja terveysministeriön asetuksessa potilasasiakirjoista. Sen 7 §:ssä asetetaan vaatimuksia sekä tekstien kielen laadulle että sisällölle:

Esim. 16

> Potilasasiakirjoihin tulee merkitä potilaan hyvän hoidon järjestämisen, suunnittelun, toteuttamisen ja seurannan turvaamiseksi tarpeelliset sekä laajuudeltaan riittävät tiedot. Merkintöjen tulee olla selkeitä ja ymmärrettäviä ja niitä tehtäessä saa käyttää vain yleisesti tunnettuja ja hyväksyttyjä käsitteitä ja lyhenteitä. Potilasasiakirjaan tulee merkitä tietojen lähde, jos tieto ei perustu ammattihenkilön omiin tutkimushavaintoihin.

Kirjattujen tietojen eli käytännössä kielellisten valintojen laatua säätelee myös esimerkiksi henkilötietolaki, jonka 9 §:ssä on sekä tietojen *tarpeellisuus- että virheettömyysvaatimus*.

Edellä jo esittelemäni neljä oikeuskielen ja yleiskielen suhdetta ovat jakautuneet yhtäältä sellaisiin, jossa kielelliset ratkaisut tai tyylin tavoittelu ovat tietoisia, ja toisaalta toimintaan, jossa kielelle tapahtuu ilmeisen tahattomasti jotakin. Sama koskee ohjailusuhdetta. On lakeja tai pykäliä, kuten juuri hyvän kielenkäytön vaatimus, jossa eksplisiittisesti otetaan kantaa kie-

[23] *Vesa Heikkinen*: Tietoa tuotteesta, jolla on visio, imago ja profiili s. 49, teoksessa Heikkinen (toim.) 2002 s. 28–52.

leen. Suorien kannanottojen lisäksi lakeihin sisältyy vaatimuksia, joissa kielenkäytöstä puhutaan tätä ylimalkaisemmin. Niinpä esimerkiksi hallintolaissa (44 ja 45 §) vaaditaan päätöksen perustelemista. Lain mukaan on mainittava ratkaisuun vaikuttaneet ”seikat ja selvitykset” ja ”sovelletut säädökset”. Siitä, miten tämä käytännössä tehdään asiallisella, selkeällä ja ymmärrettävällä kielellä ei juuri ole lingvististä tietoa, tutkimusta tai ohjausta. – Ja toki asiallisuus, selkeys ja ymmärrettävyyskin ovat viime kädessä epämääräisiä luonnehdintoja.

Eksplisiittisen ja ylimalkaisen ohjailun lisäksi laeilla on tahatonta vaikutusta kielenkäyttöön. Tahaton, mutta suuri vaikutus, on lukuisilla laeilla ja asetuksilla, joissa velvoitetaan kirjoittamaan erilaisia tekstejä. Hallinnossa on jo vanhastaan tehty runsaasti *päätösasiakirjoja*. Uudenlaisen hallintokulttuurin ja uusien johtamisjärjestelmien myötä ohjataan tekemään myös yhä enemmän *sopimuksia* ja *suunnitelmia*.[24] Esimerkiksi sosiaali- ja terveysalalla eri lait ja asetukset velvoittavat useiden erilaisten suunnitelmien tekemiseen. Usein kyse on palvelusuunnitelmasta, mutta myös muita suunnitelmia on tehtävä:

> Aktivointisuunnitelman laatiminen
>
> Työvoimatoimisto ja kunta ovat velvolliset laatimaan *aktivointisuunnitelman* yhteistyössä 3 §:ssä tarkoitetun henkilön kanssa. – –
>
> Työvoimatoimiston tulee ennen toimenpiteiden aloittamista varmistua, että henkilön kanssa on tehty julkisesta työvoimapalvelusta annetun lain 5 luvun 2 §:n mukainen *työnhakusuunnitelma*.
>
> (Laki kuntouttavasta työtoiminnasta (189/2001) 5 §)

Säädösehdotusten vaikutusten arvioinnissa neuvotaan tarkastelemaan esimerkiksi ehdotusten vaikutuksia viranomaisten menettelytapoihin.[25] Nyt laeissa ja asetuksissa ohjataan enenevissä määrin laatimaan tekstejä, mutta vaikuttavuuden arviointi ei toistaiseksi ole ulottunut siihen, miten lisääntyneet tekstityöt vaikuttavat kieleen tai vaikkapa muuhun työhön. Tekstien määrän lisääntyminen kuitenkin vaikuttaa viranomaisten menettelytapoihin ja sitä kautta myös teksteihin ja niiden kieleen. Asiakirjoja laaditaan

[24] Sopimusyhteiskunnasta *Laura Kalliomaa-Puha*: Vanhoille ja sairaille sopivaa? Omaishoitosopimus hoivan instrumenttina. Sosiaali- ja terveysturvan tutkimuksia 90. Kelan tutkimusosasto. Helsinki 2007, s. 144–145.

[25] Säädösehdotusten vaikutusten arviointi. Uudet, yhtenäiset ohjeet. Työryhmämietintö 2007:5. Oikeusministeriö, Helsinki s. 29.

yhä useammin keskitetysti ja hierarkkisesti organisoidussa massatuotannossa.[26] Tämä vaikuttaa väistämättä myös asiakirjojen kieleen. Kielestä tulee standardoitua, ja siitä puuttuu tilanteen vaatima vaihtelu. Myös tekstien yhtenäisyys ja sidosteisuus kärsii. Yhä useammin käykin niin, että julkinen tekstintuotantokoneisto pystyy vastaamaan kasvaviin määrällisiin vaatimuksiin, mutta ei laatuvaatimuksiin. Yleiskielen ja oikeuskielen suhdetta voidaankin katsoa monesta eri näkökulmasta, mutta viimeksi mainittu on tällä hetkellä suhteen merkittävin ongelma, jota yksi suhdeterapeutti ei pysty ratkaisemaan.

[26] Ks. *Tiililä* 2007.

Virpi Harju

THE WORDLESS LANGUAGE OF JUSTICE

The article, *The Wordless Language of Justice*, approaches the topic from a visual perspective of justice. There are visualisations of justice that have survived from the classical period to our day. As an allegory, justice and justness has often been visualised as an exalted female form, blindfolded or eyes open, with scales and sword in hand.

In ancient Greece, the goddess Themis was the personification and protector of justice and the order and permanence based on laws. In addition to Themis, also Dike, Astraea and Dikaiosyne were revered as goddesses of justice. In ancient Rome, the Hellenic influences, especially in relation to the goddess Dike, resulted in the character of Justitia becoming known as the symbol of justice. Justitia was seen as the personification of obedience to, and upholding of, rigorous positive law. Indeed, the Roman legal culture originally comprised two distinct concepts of justice, Justitia and Aequitas.

The formation of our present Western European goddess of justice, Justitia, was a gradual process. In the late Middle Ages, around the mid-13th Century, the figure of a goddess of justice, wielding a sword and scales, became a regular feature in European art. Probably the oldest such figure in the German language area dates from 1247, on the sarcophagus of Pope Clement II in the Bamberg Cathedral. The goddess of justice, with her traditional symbols, remained as she was in those times until the 20th Century, when new, parallel figures of justice goddess began to emerge. That said, the attributes of the goddess of justice have remained as symbols of justice also in the Finnish legal culture. They are an inheritance from the Roman Empire to Western European culture.

In the Western cultural tradition, justice has often been transmitted by means of the visual arts. In Finland, however, there have been but few attempts at such visual depiction, or at depiction by physical symbols of justice. Our court culture is traditionally quite rustic. That said, there have been signs of interest and of change also in this respect. One clear exception among Finnish courthouses is the Court of Appeal that Gustav III founded in Old Vaasa (1775, now in service as the parish church of Mustasaari), whose architectural prominence and significant justice iconography makes it quite different from our other court edifices. The old courthouse of the Vaasa Court of Appeal was firmly a part of the European tradition of palaces of justice. In keeping with this tradition, it was also equipped with the visual symbols of a temple of justice that it was.

Virpi Harju

Oikeuden sanaton kieli

Artikkelissani tarkastelen oikeuden sanatonta kieltä lähinnä oikeudenkäytön kuvallisesta näkökulmasta ja käsittelen artikkelissani oikeuden kuvallista symboliikkaa ja niitä arvoja, joita oikeuden vertauskuvilla on haluttu ilmaista. Länsieurooppalainen oikeuden kuvatraditio on rikasta, ja se välittää katsojalleen myös kuvallisesti sanomaa, jota suomalaisessa traditiossa välitetään pääosin tekstuaalisesti. Kuvallinen perinne on Suomessa tällä alueella ollut vaatimatonta.

Antiikin mytologiassa on useita naishahmoja tai -jumalia, jotka liitettiin oikeuden jakamiseen ja ylläpitämiseen. Näistä useimmiten mainittuja ovat Kreikan antiikin Themis-jumalatar ja Rooman antiikin Justitia-jumalatar. Tämän symboliikan kehittymisen osalta nojaudun aikaisempiin oikeuden kuvallisiin tutkimuksiini *Oikeuden kuva* (Helsinki 2000) sekä mm. saksalaisten Otto Rudolf Kisselin tutkimukseen *Die Justitia*. *Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst* (München 1984) ja Ernst von Moellerin tutkimuksiin *Die Waage der Gerechtigkeit und Die Augenbinde der Justitia* (Berlin 1905–1907).

Oikeus on yhteiskunnan peruskysymyksiä, ja se tarkoittaa vastuuta oikeuksien ja oikeudenmukaisuuden toteutumisesta yhteiskunnassa. Kautta aikojen myös taiteilijat ovat pyrkineet kuvataiteen eri ilmaisukeinoin havainnollistamaan, mitä oikeus on. Allegoriaesityksenä oikeus ja oikeudenmukaisuus on useimmiten kuvattu ylevänä naisen hahmona joko silmät sidottuina tai avoimina, miekka ja vaaka kädessä. Katso esimerkiksi *Oikeuden kuva* -kirjan (Helsinki 2000) etukansi, jossa on kuva Rafaelin Stanza della Segnaturan kattomaalauksesta *Justitia* vuosilta 1508–1511 (Vatikaanin museo, Rooma).

Oikeuden kuvasymboliikan historiasta

Oikeuden kuvallisia esityksiä on säilynyt jo antiikin ajalta tähän päivään. Eräs maailman vanhimmista ja tunnetuimmista kuvaesityksistä ja kirjoitetuista lakikokoelmista on Hammurabin lakisteela (n. 1792–1750 eKr.). Kuvassa taivaan ja maan tuomari Šamaš luovuttaa lain ja oikeuden kuninkaalle. Muinais-Egyptissä strutsinsulka (hieroglyfinä) oli ensimmäinen kuvallinen symboli oikeuden aatteelle. Se kuvaa totuutta. Strutsinsulkaa pidettiin tasasuhtaisuutensa vuoksi tasa-arvon merkkinä ihmisten kesken ja valkoisen värinsä tähden myös sisäisen puhtauden osoituksena. Kehityksen kuluessa jumalallista alkuperää oleva Ma'at muuttui vähitellen totuuden ja oikeudenmukaisuuden jumalattareksi. Hänet esitettiin istuvassa asennossa strutsinsulka päässä ja elämänmerkki kädessä.[1]

Varhaisin oikeuden kuvasymboli Kreikan antiikissa oli kaksoiskirves. Myöhemmin ilmestyi Themis-jumalatar, joka oli oikeuden ja lakeihin perustuvan järjestyksen ja pysyvyyden personifikaatio ja suojelijatar. Themiksen ohella myös Dike esiintyi oikeuden jumalattarena. Hän oli Themiksen ja Zeuksen tytär. Aluksi Dike nähtiin yleensä oikeuden ja järjestyksen säilyttäjänä. Myöhemmin hänestä tuli taivaallisten rangaistusten täytäntöönpanija ja siten myös tuomari. Dike auttaa oikeuden toteutumista ja hänen tunnuksinaan olivat miekka, kirves (joskus myös nuija) ja vaaka. Hänet kuvataan kunnioitusta herättäväksi kaunottareksi, joka näkee ja paljastaa kaiken kätketyn ja hänen katseensa tunkee kaiken pimeyden läpi. Eräässä attikalaisen amfora-maljakon kuvassa noin 520 eKr. Dike taistelee epäoikeudenmukaisuutta (Adikia) vastaan. Tässä oikeus ymmärretään taisteluna oikeuden ja epäoikeudenmukaisuuden välillä. Muita Kreikan antiikin oikeuden jumalattaria olivat Astraia, joka samaistettiin Dikehen, ja Dikaiosyne, joka kuvattiin vakavailmeiseksi puhtaaksi neidoksi. Hän ei antanut minkään seikan vaikuttaa ratkaisuihinsa ja hänellä oli läpitunkevan terävä katse.[2]

---

[1] *Virpi Harju*: Oikeuden kuvalliset kasvot, teoksessa: Oikeuden kuva / Bilden av rätten och rättvisan. Toim. / Red. Virpi Harju. Helsinki: Eduskunnan kirjaston tutkimuksia ja selvityksiä 5 / Riksdagsbibliotekets rapporter ovh utredningar 5. Eduskunnan kirjasto / Riksdagsbiblioteket, Vaasa / Vasa 2000 (s. 24–50), s. 29–30; *Winfried. Von Orthmann*: Der Alte Orient. Propyläen Kunstgeschichte, Berlin 1975 s. 300–301; *Otto R. Kissel*: Die Justitia. Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst. 2., durchgesehene Auflage. Verlag C. H. Beck, München 1997 s. 19.

[2] *Harju* 2000 s. 30–31; *Kissel* 1997 s. 20–22.

Alkuaan antiikin Roomassa oikeudenmukaisuutta edustava Justitia-hahmo miekkoineen ja vaakoineen oli täysin tuntematon. Kreikkalaisten ajattelun vaikutuksesta ja Dike-jumalattareen liittyen Justitia-hahmo tuli tunnetuksi oikeudenmukaisuuden symbolina. Justitialle rakennettiin Augustuksen aikana temppeli Rooman kaupunkiin. Roomalaisessa oikeusajattelussa oli alun perin erotettavissa kaksi oikeuskäsitettä, Justitia ja Aequitas. Justitia kuvattiin ilmaukseksi ankaran, positiivisen oikeuden noudattamisesta ja ylläpitämisestä. Aequitas sisältää ankaran lainmukaisuuden ulkopuolelle menevää inhimillistä suhtautumista, joka punnitsee kaikkia asiaan vaikuttavia tekijöitä ja pyrkii lopputulosten kohtuullisuuteen.[3]

Ensiksi roomalaiset suosivat Aequitasta henkilöiden hänet naisen hahmoon, jolla oli attribuutteina vaaka ja runsaudensarvi, eikä miekkaa. Myöhemmin Aequitas- ja Justitia-jumalattaria käytettiin kuitenkin oikeuden symboleina rinnakkain ja myös erottamattomasti toisistaan. Aequitaksen ja Justitia-jumalattaren esityksiä tapaa roomalaisissa keisariajan rahoissa, joissa muiden jumaluuksien tavoin on kuvattu myös oikeuden ja oikeudenmukaisuuden jumalatar tunnuksineen (kuva 1). Rahan toisella puolella on yleensä hallitsijan muotokuva valtiomahdin laillisuuden symbolina.[4]

Nykyisen länsieurooppalaisen oikeudenjumalattaren, Justitian, muotoutuminen tapahtui vähitellen. Myöhäiskeskiajalla noin 1200-luvun puolivälissä oikeudenjumalatar esitettynä miekka ja vaaka kädessään alkoi levitä Euroopan taiteessa. Oikeuden symboleina vaaka ja miekka periytyivät antiikin Kreikasta, ja ne ovat kuuluneet oikeudenjumalattaren perinteisiin tunnuksiin. Tunnuksista vaaka on vanhin ja epäilemättä laajimmalle levinnyt ja tunnetuin kuvataiteen käyttämä oikeuden allegoria. Itse vaa'an keksiminen palautuu kauas muinaisuuteen.

Saksalaisen Ernst von Moellerin oikeuden vaakaa koskevan tutkimuksen mukaan oikeuden tulisi puolueettomasti ja henkilön asemaan katsomatta tarkkaan tuomita ja punnita etuisuudet. Sen vuoksi on jumalattarelle jo vanhastaan annettu vaaka käteen. Vaaka näyttää tosiasiallisen tilan, se on lahjomaton ja oikea. Sen luonteeseen ja ominaislaatuun kuuluu oikeudenmukaisuus. Ajatus on ikivanha. Vaaka soveltuu kysymyksen ”oikein vai

---

3 *Harju* 2000 s. 32; *Kissel* 1997 s. 23.

4 *Guido Kisch*: Recht und Gerechtigkeit in der Medaillenkunst. Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften philosophisch ” historische klasse Jahrgang 1955 ” 1. Abhandlung. Carl Winter. Universitätsverlag. Heidelberg 1955 s. 53–54.

väärin” symboliseen esittämiseen. Nykyajan taiteessakin vaaka on saanut oikeudenmukaisuuden, oikean ja lahjomattomuuden merkityksen.[5]

Jumalallisen sielunpunnituksen ajatus on oikeuden vaa’an lähtökohtana. Muinaisessa Egyptissä Osiris punnitsi kuolleiden sieluja. Myös kreikkalaiset tunsivat sielunpunnituksen ja vainajantuomion.[6] Oma osansa oikeudenjumalattaren kuvaustraditiossa on mm. kristillisillä vaikutteilla. Viimeinen tuomio on kristillisen uskon ja myös monen muun uskonnon keskeinen teema. Uuden Testamentin mukaan kuoleman jälkeen ihminen joutuu tuomiolle teoistaan. Kaikkina aikoina *Viimeinen tuomio* -aihe on ollut suosittu myös kuvataiteessa. Miekkaa käytettiin ikivanhana rangaistuksen ja koston symbolina. Monissa sielujen punnituksen kuvauksissa seisoo Kristus maailmantuomarina miekan, palmunoksan tai liljan ja vaa’an kanssa. Noin 1100-luvulta alkaen arkkienkeli Mikael esiintyy Kristuksen ohella sielujen punnitsijana ja vaakakupin haltijana. Tämä esitys on kuvattu todennäköisesti ensimmäisen kerran Torcellon katedraalin mosaiikissa lähellä Venetsiaa.[7] Huippuunsa aihe kohoaa flaamilaisen taidemaalarin Rogier van der Weydenin (noin 1400–1464) *Viimeinen tuomio* -kuvauksessa (ennen 1450).[8]

Pitkän aikaa myös vitsakimppu kirveineen oli oikeudenjumalattaren symboli. Miekan ohella se on tuomioiden täytäntöönpanon ja vallan vertauskuva. Vitsakimppusymboli on etruskilaista alkuperää. Oikeuselämässä se esitti roomalaisilla huomattavaa symbolista osaa. Vitsakimppusymboli esiintyy jo antiikin ja myöhemmän ajan roomalaisissa rahoissa. Oikeuden tunnuksena se on ajan myötä menettänyt merkitystään. Kun siitä tuli Italian fasisimin heraldinen tunnus, se sai rasitteita oikeuden attribuuttina.[9]

---

[5] *Virpi Harju*: Oikeuden temppelin kuvalliset symbolit. Vaasan hovioikeuden perustajan Kustaa III:n oikeusvalistuksen perintöä, teoksessa: Oikeuden kuva / Bilden av rätten och rättvisan. Toim. / Red. Virpi Harju. Helsinki: Eduskunnan kirjaston tutkimuksia ja selvityksiä 5 / Riksdagsbibliotekets rapporter ovh utredningar 5. Eduskunnan kirjasto / Riksdagsbiblioteket, Vaasa / Vasa 2000 (s. 64–80), s. 70; Ks. myös *E. von Moeller*: Die Waage der Gerechtigkeit. Zeitschrift für christliche Kunst, Nr 9 (s. 269–280) ja Nr 11 (s. 345–350). Berlin 1907.

[6] *Harju* 2000 s. 70–71; *E. von Moeller*: Die Waage der Gerechtigkeit. Zeitschrift für christliche Kunst, Nr 10 (s. 291–304), Berlin 1907 s. 300, 298.

[7] *Harju* 2000 s. 33, 35; *Kissel* 1997 s. 33–34.

[8] *Wolfgang Pleister*: Der Mythos des Rechts, teoksessa Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst. Wolfgang Pleister – Wolfgang Schild (Hrsg.), s. 8–43. DuMont Buchverlag Köln 1988 s. 42.

[9] *Harju* 2000 s. 73.

Todennäköisesti vanhin saksalaisella kielialueella oleva oikeudenjumalattaren kuvaus attribuutteinaan miekka ja vaaka on paavi Klemens II:n sarkofagissa vuodelta 1247. Se sijaitsee Bambergin tuomiokirkossa. Ehkä huomattavin esikuvallinen vaikutus myöhemmille ajoille on kuitenkin Firenzen S. Giovannin kastekirkon eteläoven oikeusaiheisella pronssireliefillä vuodelta 1336. Tässä Andrea Pisano on kuvannut Justitian vaa'an ja kohotetun miekan kanssa.[10]

Jo ensimmäisellä jälkikristillisellä vuosituhannella oli havaittavissa laajalle levinnyt tapa oikeuden allegoriseen esitykseen. Keskiajan skolastiikka kuvasi hyvin pikkutarkasti henkilöhahmoja, symboleja ja allegorioita. Jaoteltiin seitsemän hyvettä (viisaus, kohtuus, urhoollisuus / voima, oikeus ja usko, toivo ja rakkaus / armeliaisuus) ja seitsemän pahetta. Myöhemmin hyveitä lueteltiin enemmän. Tarjolla oli rikas aineisto keski- ja myöhemmin renessanssiajan taiteilijoiden luomisen ilolle. Kuvataiteessa hyveet on kuvattu naisten hahmoissa.[11]

Muun muassa saksalainen kuuluisa taiteilija Lucas Cranach (1472–1553) on kuvannut oikeuden hyveenä. Maalauksessa *Oikeus*, *Justitia* vuodelta 1537 Cranach on esittänyt oikeuden nuoren naisen hahmossa taivaallisessa alastomuudessa. Oikeudenjumalattarella on kädessään oikeuden attribuutit miekka ja vaaka, jotka ovat toimintavalmiudessa painottaen totuutta. Maalauksessa taiteilija on tehnyt eläväksi taipumattoman oikeudenpäätöksen (kuva 2).[12]

Myös oikeustiede, jota opetettiin yliopistoissa, esitettiin oikeudenjumalattaren muodossa. Rafaelin näkemystä aiheesta kuvaa Stanza della Segnaturan kattomaalaus *Justitia* vuosilta 1508–1511 Vatikaanin museossa Roomassa. Maalaus on eräs Italian renessanssiajan merkittävimmistä ja kauneimmista oikeudenjumalattaren esityksistä. Salin piti olla alkuperäisten rakennussuunnitelmien mukaan paavi Julius II:n kirjasto. Se muuttui kuitenkin tuomiopaikaksi. Kirjastossa kirja-aarteet oli tarkoitus järjestää neljän kategorian: teologian, filosofian, oikeustieteen ja runouden mukaan. Näin ollen jokainen tiede sai kattomaalaukseen oman esityksensä. Maalauksessa oikeudenjumalatar on kuvattu lakitauluja kannattavien pienten puttojen ympäröimänä, miekka ja vaaka kädessä. Esitystä täydentävät vielä kaksi

[10] *Harju* 2000 s. 36; *Kissel* 1997 s. 35–36.

[11] *Harju* 2000 s. 33.

[12] *Harju* 2000 s. 39–40.

sen alla olevaa kuvaa, jotka symboloivat maallista ja kirkollista oikeutta. Toinen kuvista esittää Justinianusta lakikirjan ja toinen paavi Gregoriusta IX:tä käskykirjeiden kanssa. Kuvien yläpuolella puolikaaressa on kuvattu kolme hyvettä: voima, viisaus ja kohtuus. Pienet putot tarkoittavat teologisia hyveitä.[13]

Alkuaan oikeudenjumalattren symboliikkaan ei ilmeisesti liittynyt ajatus suljetuista tai sidotuista silmistä. Von Moeller on Justitian silmäsidettä koskevassa tutkimuksessaan todennut säilyneiden kuvausten ja muiden tietojen perusteella, että muinaisilla Themiksellä ja Dikellä sekä Justitialla ja Aequitaksella oli hyvin suuret ja avoimet silmät. Roomalaisen Gelliuksen (eli 100 jKr.) välittämä Khrysippoksen tieto siitä, että oikeudenmukaisuudella oli vakava ja ankara katse, ei suo epäilylle sijaa. Suljetut tai sidotut silmät olisivat soveltuneetkin huonosti siihen, että oikeuden jakaminen liitettiin jumalolentoihin, jotka aina näkivät totuuden. Myös arkkienkeli Mikael ja Kristus maailmantuomareina on kuvattu avoimin silmin. Kreikkalaiset Diodorus (eli Caesarin ja Augustuksen aikana) ja Plutarkhos (n. 50–n. 125 jKr.) kertovat kirjoituksissaan, että Thebassa oli kuva tuomarista, jolla ei ole käsiä ja ylituomarista, jolla on silmät suljettuina. Plutarkhos antaa selityksen: oikeudenmukaisuus ei ota vastaan lahjoja eikä myöskään vieraita vaikutteita. Myöhäisellä keisariajalla näitä kertomuksia esiintyy yhä enemmän.[14]

Silmäside ilmestyi länsimaiseen taiteeseen 1500-luvun alussa humanismin kaudella, jolloin se alkaa yleistyä oikeuden tunnuksena. Von Moellerin mukaan silmäsidetunnus tuli oikeuden symboliksi antiikin kertomuksissa mainittujen silmien sulkemisen tilalle,[15] taustana ajatus siitä, että oikeutta on jaettava siihen katsomatta, minkälaisen ihmisen asiasta on kysymys. Olipa kysymys rikkaasta tai köyhästä, ylhäisestä tai alhaisesta**,** tuomarin tulee tutkia asia vain oikeuden kannalta. Silmäside ilmaisee puolueetonta oikeudenkäyttöä. Jo Vanhassa Testamentissa annetaan 5. Mooseksen kirjassa ohje: ”Älkää tuomitessanne olko puolueellisia, vaan kuunnelkaa alhaista samoin kuin ylhäistäkin. Älkää pelätkö ketään…”. Kisselin mukaan

---

[13] *Harju* 2000 s. 39; Ks. myös *Kissel* 1997 s. 79 ja *Wolfgang Schild*: Gerechtigkeitsbilder, teoksessa Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst. Wolfgang Pleister – Wolfgang Schild (Hrsg.), s. 105–107.

[14] *E. von Moeller*: Die Augenbinde der Justitia. Zeitschrift für christliche Kunst, Nr 5 (s. 141–152), Berlin 1905 s. 142–145.

[15] *von Moeller* 1905 s. 145, 147.

silmäsiteen ilmestyminen juuri tänä ajankohtana kertoo mm. yksilön arvon korostumisesta sekä tuomitsemistoiminnan irrottamisesta yleisestä vallankäytöstä ja tähän liittyvään pyrkimykseen ilmentää tuomarin riippumattomuutta.[16]

Kysymykseen, täytyykö oikeudenjumalattarella olla symbolisesta tehtävästään johtuen sidotut silmät vai päinvastoin avoimet ja erikoisen hyvin näkemät silmät, ovat kuvataiteilijat vastanneet vuosisatojen kuluessa eri tavalla. Molemmat esitystavat ovat levinneet oikeudenjumalattaren kuvauksissa. Nykyajan kuvataiteessa on oikeutta ja oikeudenmukaisuutta kuvattu sekä avoimin että sidotuin silmin sekä joskus ivallisesti karikatyyritaiteessa osittain sidotuin silmin.

Oikeudenjumalatar, jolla on miekka ja vaaka kädessä, silmät sidottuina tai avoimina, on säilynyt 1200-luvun puolivälistä vakiintuneessa muodossaan vuosisatojen ajan aina 1900-luvulle asti, jolloin alkaa esiintyä rinnan uusia oikeudenjumalattaren esitysmuotoja. Oikeudenjumalattaren attribuutit ovat säilyneet meidänkin oikeutemme tunnuskuvina. Rooman valtakunta jätti ne perinnöksi länsieurooppalaiselle kulttuurille.[17]

Suomen oikeuden koruttomat kehykset

Läntisessä kulttuuriperinnössä oikeuden viestimisellä kuvataiteen keinoin on vahva asemansa. Suomessa kuvallinen ja myös esineellinen viestintä on ollut vähäistä, ja se on jäänyt jokseenkin tuntemattomaksi. Mutta merkkejä kiinnostuksesta ja muutoksista on jo havaittavissa. Yleisen tavan mukaan Länsi-Euroopan vanhojen kulttuurimaiden oikeusrakennuksissa, raatihuoneissa, parlamenttitaloissa ja muissa julkisissa rakennuksissa on oikeutta symboloivia kuva-aiheita, ja niitä esiintyy niin ikään yleisesti oikeutta käsittelevissä teoksissa, tuomioistuinten sineteissä sekä mitali- ja vaakunataiteessa.

Toisin kuin Sydän-Euroopassa ja anglosaksisissa maissa, Suomessa tuomioistuinkulttuuri on perinteisesti ollut hyvin kansanomaista. Keskeisin syy vaatimattomuuteen lienee itse oikeudenjaon kansanomaisuudessa. Kansalliselle kulttuurillemme on pidetty vieraina loisteliaita oikeuspalatseja, Rans-

[16] *Kissel* 1997 s. 82–84.

[17] *Harju* 2000 s. 42; *Kissel* 1997 s. 46.

kan ja Belgian malliin, aiheeseen liittyvine sisustuksineen ja taideteoksineen. Oikeudenjumalattaren veistos rakennuksen sisätiloissa tai ulkopuolella lisää paikan arvokkuutta ja symboloi vahvalla tavalla oikeuden arvomaailmaa. Oikeutta arvona korostavat tuomioistuinrakennukset ovat meillä poikkeuksellisia.

Nykyajan oikeustalot ovat yleensä tavallisia virastotaloja. Niissä ei esiinny oikeutta symboloivia arkkitehtonisia koriste-elementtejä eikä taideteoksia. Tuomarit eivät myöskään erottaudu oikeusyleisöstään pukeutumisellaan, kuten Euroopan sydänmailla. Tuomarin peruukit, viitat, käsineet ja kaulahuivit yms. eivät kuulu oikeuskulttuuriimme. Virkapuvut ovat olleet vain ylimpiä tuomareitamme varten. Hekin luopuivat niistä oma-aloitteisesti, kun Suomi itsenäistyi.

Selvänä poikkeuksena oikeustalojemme joukossa on Vanhan Vaasan Kustaa III:n hovioikeus (per. 1775, nykyisin Mustasaaren kirkko), joka erottuu arkkitehtonisella edustavuudellaan ja oikeusikonografisella merkittävyydellään muista oikeusrakennuksistamme (kuva 3). Vaasan hovioikeuden vanha rakennus oli osa eurooppalaista oikeustalotraditiota. Perinteen mukaisesti se sai myös arvoisensa oikeuden temppelin kuvalliset symbolit. Näistä merkittävin on vanhasta tuomiosalista säilynyt oikeuden tunnuksia esittävä sopraportaveistos vuodelta 1786. Yli-intendenttivirasto teetti korkokuvan Tukholmassa (kuva 4). Se on historiallisesti Suomen arvokkain oikeuden symboliikkaan liittyvä kuva. Se kuvaa erityisesti Kustaa III:n valistuspyrkimyksiin kuuluvaa oikeudenkäytön kehittämistä. Korkokuva sijaitsi Vanhan Vaasan hovioikeudentalon tuomiosalissa. Nykyisin se on uudessa hovioikeudentalossa.[18]

Korkokuvaan on kuvattu kaikki tuomarin velvollisuudesta muistuttavat tavallisimmat oikeuden tunnukset. Ne ovat vaaka, miekka, liktorin vitsakimppu ja kirves sekä silmäside. Korkokuvassa keskimmäisenä on avoin kirja (Raamattu tai lakikirja), jonka alle on asetettu ristikkäin liktorin vitsakimppu ja kirves sekä ristipäinen miekka. Vaakakupit ovat kirjan molemmin puolin. Avoimen kirjan päällä on oikeudenjumalattaren silmäside, joka kietoutuu päistänsä vaaka-akselin ympäri. Todennäköisesti avoin kirja kuvaa Raamattua. Koska tutkimusten mukaan oikeuden kuvissa säilyi Jus divinum -arvo pitkään, ajateltiin myös kaiken maallisen oikeuden ja totuuden tulleen viime kädessä Jumalalta.

[18] *Harju* 2000 s. 42–43.

Korkokuvan runsassisältöiset oikeuden tunnukset valittiin todennäköisesti Kustaa III:n tahdosta. Hovioikeudentalon sopraportaveistos ei ole pelkkä koriste, vaan siihen liittyy selvä tarkoitus. Sen oli ilmennettävä Kustaa III:n yleistä pyrkimystä uudistaa lainkäyttö entistä oikeudenmukaisemmaksi ja inhimilliseksi; nämä pyrkimykset puolestaan heijastavat valistusajan yleistä henkeä. Kustaa III:n henkinen perintö on aina vaikuttanut hänen perustamassaan hovioikeudessa.[19]

Parin viime vuosikymmenen aikana on havaittavissa meilläkin syntynyttä kiinnostusta ja uutta arvostusta oikeuden kuvalliseen esittämiseen. Uusimissa oikeustaloissamme on jo taideteoksia, jotka viestivät oikeutta. Kansallinen oikeutemme on kansainvälistymässä ihmisoikeussopimusten ja Euroopan unioniin liittymisen seurauksena. Asiaan lienee vaikuttanut myös kansakunnan varallisuuden kasvu: rahaa riittää nyt paitsi seiniin myös oikeutta viestittävään kuvataiteeseen. Muun muassa Joensuun, Helsingin, Raahen ja Tampereen uusissa oikeustaloissa sekä Rovaniemen hovioikeudessa samoin kuin Korkeimassa hallinto-oikeudessa on oikeusaiheista kuvataidetta.

Yksityiskohdiltaan rikas ja eloisa veistos Oikeudenjumalatar Themis ja hänen ratsunsa juhlahaarniskoissaan (1995) ilahduttaa Tampereen oikeustalon asiakaspalvelukeskuksen aulassa. Rautainen ratsu ja jumalatar ovat taiteilija Timo Ruokolaisen käsialaa, ja pellavaiset tekstiilit ovat hänen vaimonsa taiteilija Liisa Ruokolaisen luomia. Ratsastajalla on käsissään vanhat oikeuden ja oikeudenmukaisuuden symbolit miekka ja vaaka. Kirjoitusten mukaan teos on herättänyt monta kysymystä. Miksi oikeudenjumalatar on kuvattu turnajaisasussa? Onko kysymys esimerkiksi oikeudenmukaisuuden taistelusta vääryyttä vastaan? Nyky-yhteiskunnassa ei edes oikeus ole kritiikin ulkopuolella. Taide katsoo oikeudekseen kritisoida kaikkea mahdollista.

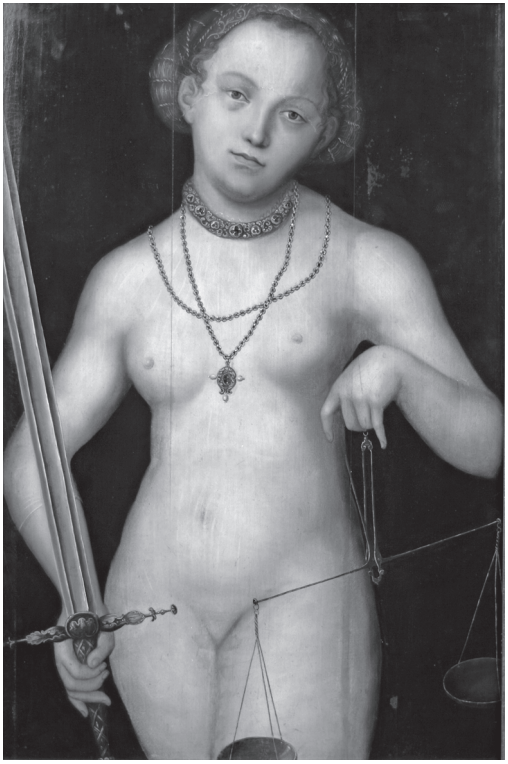
Roomalaisten mukaan oikeus on tietoa hyvästä ja kohtuudesta,[20] joten taiteen ja kauneuden kunnioittaminen sopivat hyvin oikeudennäyttämöille.

---

[19] *Harju* 2000 s. 74.

[20] Jus ars boni et aequi est (D.1.1.1).

Kuva 1. Sestertius. Takas. Aequitas runsaudensarvi ja vaaka kädessään. Aeqvitas Avg Sc. Läpimitta 30 mm. Teoksesta Guido Kisch, Recht und Gerechtigkeit in der Medaillenkunst. Heidelberg 1955 s. 134, 171, Tafel I. N:o 4.



Kuva 2. Lucas Cranach vanhemman (1472–1553) ateljee, Oikeus (Justitia), 1500-luku. Öljy puulle 72,5 x 48,5 cm. Karl Hedmanin kokoelmat. Valokuva Erkki Salminen. Pohjanmaan museon arkisto, Vaasa.

Kuva 3. Kustaa III:n Themikselle pyhitetty kuninkaallinen hovioikeus Vanhassa Vaasassa (nyk. Mustasaaren kirkko). Valokuva Gunnar Bäckman 1997.

Kuva 4. Tuomarin velvollisuuksista muistuttavat oikeuden tunnukset Vaasan hovioikeuden korkokuvassa (1786). Valokuva Pekka Airaksinen 1987. Vaasan hovioikeuden perinnehuone.

EUROOPPALAISTUVA SIVIILIOIKEUS

Jarno Tepora

EUROPEANISATION OF CIVIL LAW

As a topic, the Europeanisation of civil law challenges one to adopt several different viewpoints. First, there is reason to look into the relationship between civil law and Europeanisation. That is, what, if any, has been the place of questions of civil law on the agenda when attempts of unification or harmonisation of national legal systems have been made by the EU legislative machinery or the European Court of Justice.

Second, the different methodological trends prevailing in Europe at different times and the choices made by the national legislatures have meant, and still mean, that there is no unified European legal doctrine or legal culture. The main challenge in this respect is the differences that the legal cultures in the various nation-states produce in a lawyer's mindset.

Third, what is true Europeanisation, what could it be, what should it be? Is it merely harmonisation of the legislation of the EU member states, as pursued by the institutions of the Union? True Europeanisation can be seen as interaction and a general trend of growing towards one another, at a number of levels. Hence, the legal, economic and other social interaction is likely to have as a natural result also the increasing similarity of legal cultures. The development is further reinforced by the establishment of various academic groups to research and explain European civil law. These groups have yielded extensive networks of scholars and researchers. Also Finnish legal scholars have participated in their work.

Jarno Tepora

Eurooppalaistuva siviilioikeus

Eurooppalaistuva siviilioikeus aiheena haastaa tutkimaan teemaa useasta lähtökohdasta. Ensinnäkin on aiheellista tarkastella siviilioikeuden ja eurooppalaistumisen suhdetta. Missä määrin siviilioikeudelliset kysymykset ovat olleet ja ovat agendalla pyrittäessä yhtenäistämään tai sovittamaan yhteen kansallisia oikeusjärjestyksiä Euroopan unionin lainsäädäntö- ja tai tuomioistuintoiminnan kautta. Voidaan todeta, että siviilioikeuden eri osa-alueilla harmonisointipyrkimykset kulkevat eri tahtiin.

Toisaalta oikeustiede on sinänsä ollut eurooppalaista ja laajemmaltikin yhteistä kansainvälistä ”pääomaa” jo paljon ennen Euroopan unionin piirissä tapahtunutta ja tapahtuvaa kehitystä. Niinpä Euroopassa eri aikoihin esiintyneet metodiset suuntaukset ja kansallisen lainsäätäjän valinnat ovat vaikuttaneet ja yhä vaikuttavat siihen, ettei ole olemassa yhtenäistä eurooppalaista oikeudellista doktriinia tai oikeuskulttuuria. Keskeisenä haasteena ovat ennen kaikkea oikeudellisen ajattelutavan oikeuskulttuuriset erot eri kansallisvaltioissa. Tällaisia eroja on sekä mannermaisen ja common law -järjestelmän välillä että myös mannermaisen ja pohjoismaisen järjestelmän välillä.

Toiseksi on syytä kysyä, mitä aito eurooppalaistuminen on tai mitä se voisi tai sen pitäisi olla. Ymmärretäänkö eurooppalaistumisella vain Euroopan unionin instituutioiden harjoittamaa lainsäädännön yhdensuuntaistamista esimerkiksi julkaisemalla komission ”vihreitä kirjoja” eri lainsäädäntöhankkeista ja direktiivien antamisella kansallisen lainsäädännön harmonisointiohjausta Euroopan unionin valtioissa. Todellinen eurooppalaistuminen voidaan nähdä vuorovaikutteisuutena ja yleisenä lähentymisenä eri tasoilla. Niinpä oikeudellisen, taloudellisen ja muun yhteiskunnallisen kanssakäymisen johdosta tapahtunee luonnollisena seurauksena myös oikeuskulttuurista yhtenäistymistä. Tämä kehitys edellyttää, että on riittävää tietoa toisesta oikeuskulttuurista ja taitoa vieraiden oikeudellisten kielten ymmärtämiseen.

Edellä kuvattua kehitystä edistävät osaltaan erilaisten akateemisten ryhmien perustamiset tutkimaan ja jäsentämään eurooppalaista siviilioikeutta. Näille ryhmille on ollut ominaista laajojen akateemisten tutkijoiden verkostojen luominen. Näistä mainittakoon Ole Landon johtama ryhmä, jonka kohteena on ollut eurooppalaisen sopimusoikeuden perusteet ja kaksi vahingonkorvausta käsittelevää työryhmää. Verkostoon kuuluu yli 100 tutkijaa. Meiltä Suomesta verkoston eri osa-alueita koskevissa hankkeissa on ollut mukana professori Lena Sisula-Tulokas, professori Thomas Wilhelmsson ja professori Jaana Norio-Timonen.

Siviilioikeuden monenlaiset ajankohtaiset yhtenäistämishankkeet Euroopan unionissa ovat tuoneet esille pohjoismaisen varallisuusoikeudellisen ajattelun ajankohtaisia haasteita. Professori *Juha Karhu* esitelmässään ”Suomen siviilioikeuden tila ja tulevaisuus – pohjoismainen tausta ja eurooppalaiset haasteet” tarkastelee kolmea tärkeää yhteistä ja yhdistävää aihetta pohjoismaisessa varallisuusoikeudessa: subjektiiviset oikeudet, käsitemääritelmät ja ”aidosti kiistanalaiset perusasiat”. Karhu tähdentää, että pienenä oikeuskulttuurina on hyvä olla mukana yhtenäistämishankkeissa, koska tällöin meitä ainakin kuullaan. Toisaalta hyvä itseymmärrys omasta perinteestämme on tärkeää, jotta osaisimme käyttää niitä mahdollisuuksia, joita eurooppalainen oikeuskehitys on avannut ja avaa esimerkiksi siviilioikeutta yhdistävien oikeusperiaatteiden kautta.

Professori *Jaana Norio-Timonen* esitelmässään ”Tutkija eurooppalaisena lainsäätäjänä” valottaa puolestaan niitä useita akateemisia ryhmiä verkostoineen, joita on perustettu selvittämään ja jäsentämään eurooppalaista siviilioikeuden laajaa kenttää. Hän itse on saanut olla mukana eurooppalaista vakuutussopimusta koskevassa hankkeessa, jossa tavoitteena on ollut esittää yhteinen viitekehys vakuutussopimuksen alalta. Vaihtoehtoisia keinoja on, miten asiassa voidaan edetä tästä eteenpäin: asetus vai direktiivit ja niiden implementointi vai valinnainen normi, joka joko otetaan tai ei oteta käyttöön.

Professori *Eva Tammi-Salminen* esitelmässään ”Eurooppalaistuvan esineoikeuden haasteet” selvittää esineoikeuden eurooppalaistumisen keskeisenä haasteena oikeudellisen argumentointitavan oikeuskulttuurisia eroja. Ero näkyy edelleen esimerkiksi esineoikeuden keskeisen käsitteen omistusoikeuden merkityksessä ja roolissa oikeudellisessa argumentaatiossa. Ensi vaikutelma on, että mannermainen konstruktiivinen lähestymistapa ja pohjoismainen analyyttinen lähestymistapa eroavat suuresti toisistaan. Todellisuudessa käytännön tasolla dogmaattisista lähtökohdista joka tapauk-

sessa joustetaan ja erot eivät olekaan niin suuret. Tarvitaan vuorovaikutteista keskustelua ja taustojen ymmärtämistä silmällä pitäen muun muassa systeemiin liittyviä eroja. Tammi-Salminen toteaa, että yhteisen eurooppalaisen esineoikeuden ydin voidaan jäsentää nimenomaan löytämällä järjestelmille yhteiset kantavat periaatteet, kuten esimerkiksi esineoikeudellinen tyyppipakko. Tällöin keskustelu näistä periaatteiden takana olevista tavoitteista ja arvoista paremmin kuin pohjaaminen käsitteellisiin eroihin on yksi niistä lähtökohdista, joiden pohjalta eurooppalaisen esineoikeuden perusteita voidaan rakentaa.

Professori *Jukka Mähönen* esitelmässään ”Eurooppalainen yritysoikeus globalisaation puristuksessa” tuo eteemme laajan osakeyhtiötä koskevan kehityskaaren sitoen tämän yritysmuodon kehityksen mielenkiintoisella tavalla yleiseen yhteiskunnalliseen ja taloudelliseen kehitykseen Suomessa, Euroopassa ja maailmanlaajuisesti. Kehityskulussa voidaan nähdä ja osoittaa erilaisten arvojen ja tavoitteiden painotukset ja niiden huomioonottaminen. Kyse on kaiken kaikkiaan yhden yritysmuodon valtaisasta menestystarinasta, jossa yhdentymiskehitys on viety pitkälle eri kansallisvaltioissa. Tätä kehitystä on vauhdittanut osakeyhtiölle yritysmuotona asetettu selkeä tavoite taloudellisena toimijana ja juridisena yksikkönä.

Juha Karhu

CHARACTERISTICS AND FUTURE OF FINNISH CIVIL LAW – NORDIC BACKGROUND AND EUROPEAN CHALLENGES

Finnish Civil Law was born as one part of the Finnish nationalist movement in the 19th Century. With hindsight, one can say that the idea of a specific Finnish law on questions of property, contract, and tort was as true as the idea of a profound Finnish national identity in dire straits between Sweden and Russia. The globalisation and, indeed, European co-operation of our time means that any national specificities have to be put in a wider perspective.

Our legal background in civil law was a combination of German and Nordic influences. German law and legal thinking gave us a systematic structure, including ways to draw borders between different fields of civil law. Nordic legal thinking opened this strict systematic framework for more practical and even pragmatic arguments.

From a Finnish perspective in the present harmonisation in the European Union, at least two themes seem to be challenging for us. Firstly, harmonisation aims at common legal definitions of ownership, contract, and key tort law concepts such as *culpa*, causation, and damage. For Finnish civil law, any stronger commitment to definitions would mean giving up our Nordic pragmatism. For us, definitions are no King's roads to sustainable solutions in law. Secondly, the approach and agenda of harmonisation have been more theoretical than practical. Again, in Finland we have been much more used to piecemeal legislation for practically important compact activities than overall codifications.

Room might exist for a compromise-oriented perspective to these challenges. This would involve concentrating harmonisation efforts on legal principles instead of legal definitions. From the Finnish perspective, such principles could and should include trust and reliance (good faith and fair dealing) and protection of weaker parties. Very recently, efforts have been made to give more room for arguments attached to fundamental rights in civil law reasoning. The tentative results in that discussion could be a Finnish impulse for harmonisation work in the European Union.

Juha Karhu

Suomalaisen siviilioikeuden tila ja tulevaisuus – pohjoismainen tausta ja eurooppalaiset haasteet

Kaksi esimerkkiä: Greifswald ja KKO 2008:45

Aloitan kahdella esimerkillä. Ensimmäinen on henkilökohtainen kokemus kesältä 1998. Greifswaldin yliopistossa[1] oli haettavana Itämeren alueen oikeusjärjestelmien professorin virka. Kysymyksessä oli Saksan jälleenyhdistymisen jälkeen entisen DDR:n alueella sijainneiden yliopistojen ja niiden oikeustieteellisten tiedekuntien toiminnan virkistämiseen tähdännyt uusi virka. 1900-luvun alun saksalaisen kulttuuriajatuksen mukaan maailman alueet oli jaettu saksalaisten yliopistojen kesken, ja Greifswaldille oli tuolloin langennut vastuu Itämeren alueesta. Varat viran perustamiseen oli lahjoittanut mediayhtiö, joka julkaisee muun muassa Die Zeit -lehteä. Virkaan toivottiin hakemuksia myös muualta Itämeren alueelta kuin Saksasta. Asia vaikutti minusta kiinnostavalta, koska koin sopimusoikeuden tutkimusteni edustavan pohjoismaista siviilioikeutta. Hakuprosessiin kuului myös viranhakuluento, ja arvioin sen merkityksen etukäteen tärkeäksi, koska tieteellinen tuotantoni oli julkaistu pääosin vain suomen kielellä. Harkitsin tarkkaan luennon ideaa, ja päätin tuoda siinä havainnollisesti esiin pohjoismaisen siviilioikeuden aseman ja merkityksen suhteessa saksalaiseen. Ydinajatukseni oli, että Pohjoismaissa Saksan kunnianarvoisan siviililakikirjan, Bürgerliches Gesetzbuchin, malli oli saanut elää ja kehittyä Saksaa suotuisammissa oikeustieteellisissä olosuhteissa. Siinä missä Saksassa lakiin kirjatut määritelmät ja rakenne olivat kahlinneet muun muassa sopimusoikeuden sata vuotta vanhoihin ajatuksiin, siinä Pohjoismaissa oli samoja taustaajatuksia pystytty luovasti sovittamaan talouden ja yhteiskunnan muuttuviin käytännöllisiin tarpeisiin kehittämällä siviilioikeuden yleisiä oppeja.

[1] Ks. tarkemmin http://www.rsf.uni-greifswald.de.

Esimerkkinä tästä minulla oli pohjoismaisessa kuluttajansuojajärjestelmässä kaikkien intressitahojen mielestä onnistuneesti käytetty sopijakumppanin ylittävä sopimusvastuu.[2] Konkreettisesti oli kysymys siitä, että kulutushyödykkeissä ilmenevien tiettyjen virheiden osalta kuluttaja sai kääntyä vaatimuksineen suoraan valmistajan puoleen. Saksalaisessa järjestelmässä tämä oli mahdottomuus, ja BGB:ssä omaksutun systeemin kannalta skandaali. BGB:ssä oli nimittäin säännöksin vahvistettu siviilioikeuden järjestelmän yhdeksi kantavaksi ideaksi, että sopimusvastuu ulottuu vain sopimuskumppaneihin. Hyödykkeen valmistajahan ei ole kuluttajan sopimuskumppani, vaan kauppasopimus hyödykkeestä tehdään myyjän ja kuluttajan välillä. Greifswaldin yliopiston kutsumana asiantuntijana tätä viranhakuluentoa kuuntelemassa sattui myös olemaan Saksan edustaja siinä Euroopan unionin kuluttajansuojan laajentamista pohtineessa valmisteluelimessä, jossa tuo pohjoismainen idea oli – hänen ehdottomasta vaatimuksestaan – tyrmätty! – Lienee tarpeetonta mainita, että en tullut valituksi virkaan.

Toinen esimerkki on Korkeimman oikeuden 8.5.2008 antama ennakkopäätös KKO 2008:45.

Siinä oli kysymys perisuomalaisesta tuotteesta, karjalanpiirakasta. Karjalanpiirakan teolliseen valmistamiseen tarvitaan itäsuomalaisten naisten näppärät sormet korvaavaa konetta, ja tuo kone tarvitsee tietokoneohjelman ohjaamaan toimintaansa. Tapauksessa oli kysymys koneen uusimisen yhteydessä uusitusta tietokoneohjelmasta. Tämän uusimisen pohjana käytettiin vanhaa ohjelmaa, ja vanhan ohjelman tekijä väitti tekijänoikeuttaan loukatun. Tilanteessa ajankohtaistui meidän aikamme varallisuusoikeuden yksi taloudellisesti merkittävimmistä oikeuksista, tekijänoikeus tietokoneohjelmaan ja sen suojan ala.

Esitykseni kannalta on olennaista kuvata Korkeimman oikeuden argumentaatio. Tilanteen arvioinnin lähtökohta on kansainvälisin ja eurooppalaisin oikeudellisin instrumentein, konventioin ja direktiivein, yhdenmukaistettu tekijänoikeuslainsäädäntömme. Tuo normisto sisältää tarkoituksellisen alhaiseksi jätetyn suojan saamisen kynnyksen – kynnyksen alhaisuus johtuu aikanaan päätetystä kansainvälisestä linjauksesta antaa tietokoneohjelmille immateriaalioikeussuojaa tekijänoikeusnormiston eikä patenttinormiston kautta. Tämän linjavalinnan vuoksi tietokoneohjelmilta ei vaa-

[2] Ks. tästä tematiikasta laajemmin *Olli Norros*: Vastuu sopimusketjussa. Helsinki: WSOYpro 2007.

dita mitään teknistä uutuutta tai keksinnöllisyyttä suojan saamiseksi. Yksinkertaiset mutta kuitenkin jollakin tavoin tavanomaisista poikkeavat käskysarjat riittävät, kuten tapauksessa KKO 2008:45. Karjalanpiirakoiden rypytyskoneen toimintaa ohjaava varsin yksinkertainen tietokoneohjelma sai tekijänoikeussuojaa. Juridiseksi pulmaksi muodostui se, oliko vanhemman koneen toimintaa ohjaavan tietokoneohjelman tekijältä sitten pyydettävä lupa, ja tietysti luvan saamiseksi maksettava korvaus, myöhemmin hankitun uuden koneen toimintaa ohjaavan, kehittyneemmän ohjelman laatimiseksi vanhan ”päälle”? Asiaa koskevassa säännöksessä, tuolloin voimassa olleen tekijänoikeuslain 25j §:n 1 momentissa, käytettiin ilmausta ”saa … tehdä ohjelmaan sellaisia muutoksia, jotka ovat tarpeen ohjelman käyttämiseksi aiottuun tarkoitukseen”. Miten siis ilmaisun ”aiottu tarkoitus” sisältö voidaan määrittää, mikä on tietokoneohjelman aiottu käyttötarkoitus?

Korkein oikeus toi argumentteina esiin säännöksen kotimaisen taustan ja tämän kotimaisen taustan taustalla olevan eurooppalaisen, tässä tapauksessa ey-oikeudellisen taustan. Näissä oikeuslähteissä ei kuitenkaan ollut tarkemmin säädetty siitä, mitä ”aiottu tarkoitus” tarkoitti. Toiminnallinen tarve oli ratkaistavassa tapauksessa yhteydessä tietokoneohjelman ja koneen muodostamaan kokonaisuuteen, jossa ohjelma ja kone eivät kumpikaan olleet käyttökelpoisia ilman toisiaan. Kysymys oli ns. sulautetusta järjestelmästä. Painopiste karjalanpiirakan rypytystoiminnassa oli laitteistolla ja sen käyttötarkoituksella. Tuon toiminnallisen kokonaisuuden, karjalanpiirakoiden tuotantolinjan, kannalta tietokoneohjelmalla oli vain vähäinen, joskin välttämätön merkitys. Kun kone oli vaihdettu parempaan ja tehokkaampaan, oli tuon tehokkaamman ja paremman koneen toimintaa ohjaava tietokoneohjelma osa alun perin tietokoneohjelmalle ”aiottua tarkoitusta”. Siksi lupaa ei tarvittu.

Tästä lopputuloksesta asian ratkaissut jaosto, kaikki viisi oikeusneuvosta olivat samaa mieltä. Asiassa kuitenkin äänestettiin perusteluista. Eri mieltä olleelle jäsenelle, oikeusneuvos Mikko Tulokkaalle, olisivat riittäneet huomattavasti lyhyemmät perustelut. Hän piti selvänä, että liikeyrityksellä on oikeus kehittää ja korjata laillisesti hankkimaansa ja käyttämäänsä konetta tarpeitaan vastaavaksi. Tekijänoikeuslain 25j §:n 1 momentin oikeuttamisperuste tietokoneohjelman muuttamiseen täyttyi. Sananselityksiä eli ilmaisun ”aiottu tarkoitus” -sisältöä ei asian ratkaisemiseksi Tulokkaan mielestä tarvinnut sen enempää pohtia. – Minun on vaikea kuvitella, että esimerkiksi Ranskan tai Saksan siviiliasioiden korkein oikeus voisi, Tulokkaan tapaan, noin suoraviivaisesti kiinnittyä nykypäivän liiketoiminnan käytän-

nön näkökohtiin. Sen sijaan Tulokkaan ilmaisun voisi helposti kuvitella kuulevansa jonkun House of Lordsin jäsenen suusta.

Mistä nämä kaksi esimerkkiä kertovat? Millä tavoin Suomen oikeuden ja sen osana suomalaisen siviilioikeuden asema on muuttunut eurooppalaistumisen myötä? Mitä on säilynyt ja mikä on muuttunut, tai tuo jälkimmäinen vähän kärjistetymmin: mitä on ollut pakko muuttaa?

Suomen oikeusjärjestelmä eurooppalaistumisen paineissa – jälleen kerran

Kuten Kaarlo Tuori on korostanut, oman aikamme moderni, lainsäädäntöön perustuva oikeus on kansallisvaltion tuote. Ennen kansallisvaltion yhtenäistä oikeutta vallitsi Euroopassa oikeudellinen hajanaisuus ja värikkyys: samaan aikaan saattoivat olla voimassa kuninkaan antamat lait, kirkon lait ja käskyt, lähikaupungin erityisesti kaupankäyntiä koskevat normit, kartanonherran määräykset ja alueen paikalliset perinnäiset tavat. Myöhemmin muodostunut yhtenäisoikeus, meidän tuntemamme lainsäädäntöön perustuva säädetty oikeus, on nimenomaan kansallisvaltion oikeutta, vaikka se osaltaan rakentui tuolle monimuotoiselle perinteelle.[3]

Haluan kärjistää tätä Tuorin analyysia: ikiaikaisen *kansallisen* oikeusperinteen luominen oli yksi osa laajempaa kansallisuusmyyttiä. Ajatus suomalaisesta oikeusperinteestä on yhtä keinotekoinen – tai yhtä aito! – kuin ajatus perisuomalaisuudesta ruotsalaisuuden ja venäläisyyden puristuksessa. Keskustelu lautamiehistä osana täysin ammatillistunutta lainkäyttöjärjestelmää vielä 2000-luvulla on kuitenkin merkki siitä, miten syvään tämä myytti suomalaisen lainkäytön erityisestä pohjoismaisesta kansanomaisuudesta on saatu meihin juurrutettua.

Modernin maailman globalisoituminen on haastanut kansalliset myytit, muiden ohessa uskomuksen suomalaisen oikeusperinteen erityisyydestä. Oikeus on kansainvälistynyt siinä missä poliittinen ja kaupallinen maailma, muun muassa kansainvälisen talousoikeuden sekä ihmis- ja perusoikeuksien kautta. Tällaiset normistot tuottavat jatkuvasti voimistuvan tarpeen kansallista näkökulmaa laajemmille oikeudellisille pohdinnoille.

---

[3] Viimeksi *Kaarlo Tuori*: Oikeuden ratio ja voluntas. Helsinki: WSOYpro 2007, erit. II. luku Oikeuden traditiot s. 47–76.

Oikeustiede on ollut tieteelle ominaisella tavalla kansainvälistä jo pitkään. Vaikutteita Suomeen ja muihin Pohjoismaihin haettiin vuosisatojen ajan erityisesti Saksasta, sittemmin enenevässä määrin myös angloamerikkalaisesta kulttuurista. Silti nykyisen pohjoismaisen varallisuusoikeuden taustalla vaikuttavaa myyttistä ajatusta pienille kaupankävijäkansoille ominaisesta käytännöllisestä suhtautumisesta oikeuteen, erityisesti siviilioikeuteen, pidetään edelleen yllä. Tähän ylläpitoon – ja huolenpitoon – haluan itsekin osallistua. Voimme olla pää pystyssä eurooppalaisia vain olemalla paremmin selvillä ja tietoisempia suomalaisuudestamme! Olkoonkin, että tuo tietoisuus tarkoittaa siviilioikeuden perinteessä olennaisesti tietoisuutta perinteemme pohjoismaisista piirteistä.

Pohjoismainen siviilioikeus ja siviilioikeuden yhtenäistäminen EU:ssa

Siviilioikeuden monenlaiset ajankohtaiset yhtenäistämishankkeet EU:ssa ovat tuoneet esille pohjoismaisen varallisuusoikeudellisen ajattelun ajankohtaisia haasteita.[4] Nämä haasteet virittävät kolme tärkeää yhteistä ja yhdistävää teemaa pohjoismaisessa varallisuusoikeudessa: subjektiiviset oikeudet, käsitemääritelmät ja ”aidosti kiistanalaiset perusasiat”.

(i) *Kysymys subjektiivisista oikeuksista* liittyy yhteen tärkeimmistä skandinaavisen oikeusrealismin kriittisistä saavutuksista. Tämän kritiikin mukaan sellaisilla termeillä kuin ”omistusoikeus” ja ”saamisoikeus” ei ole mitään aina ja kaikkialla välttämätöntä sisältöä. Siksi keskittyminen juridiikassa omistusoikeuden määritelmään on hyödytöntä ja pahimmillaan haitallista. Sen sijaan puhe omistusoikeudesta kertoo tiettyjä henkilösuhteita kuvaavien oikeustosiseikkojen ja tiettyjen oikeusseuraamusten kulloisenkin oikeusjärjestyksen mukaan vallitsevasta suhteesta. Oikeuden sisältö ei seuraa etukäteisestä määritelmästä vaan (vasta) voimassa olevasta normistosta.[5]

Pohjoismaisen varallisuusoikeuden yleiset opit ovat hyötyneet tällaisen lähtökohdan tuomasta joustavuudesta. Käytännön tarpeet on voitu muun-

---

[4] Päivittyvää tietoa näistä hankkeista saa sivustoilta http://www.era.int (Academy of European Law) ja http://www.copecl.org (Joint Network on European Private Law).

[5] Pohjoismaisen keskustelun hieno analyysi sisältyy teokseen *Markku Helin*: Lainoppi ja metafysiikka. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988, s. 182–246.

taa eri tilanteisiin kohdennetuiksi normeiksi ja normistoiksi ilman kovinkaan suurta riskiä siitä, että loukattaisiin systeemin ehdottomia lähtökohtia. Samasta syystä Pohjoismaissa varallisuusoikeuden alan lukuisiin lakeihin sisältyvät, muutoin normistosta seuraavien ratkaisujen tapauskohtaiseen sovitteluun oikeuttavat kohtuussäännökset eivät ole meillä näyttäytyneet sellaiselta lainsäätäjän ”paolta yleislausekkeisiin” kuin voimakkaammin systeemiinsä kiinnittyneissä maissa. Vastaavasti oikeudelliset siirrännäiset, kuten brändiajatukselle perustuva myymäläketjujärjestelmä franchising ja erityisesti pienyrittäjätoiminnan koneiden ja laitteiden rahoitusjärjestelmänä käytetty leasing, on voitu sulauttaa osaksi Suomen varallisuusoikeutta varsin kätevästi. Ei ole tarvinnut asettaa sellaisia suuria periaatekysymyksiä kuin ”onko leasing kauppa vai vuokra?” tai ”mihin sopimustyyppiin franchising ’oikeastaan’ kuuluu?”. Niiden sijasta näihin siirrännäisiin liittyvät oikeudelliset haasteet on voitu ratkaista soveltamalla niiden varaan muodostuneisiin oikeussuhteisiin varallisuusoikeuden yleisiä periaatteita.

Löyhä ote omasta systeemistä aiheuttaa kuitenkin riskin siitä, että laadittaessa yhtenäistä eurooppalaista siviilioikeutta ”valttikortit” jäävät puuttumaan. Kun vahvempaan systeemiajatteluun sitoutuneen maan edustaja voi yksinkertaisesti sanoa, että ”ei käy meille, koska se loukkaisi oikeussysteemimme perusteita”, joutuu pohjoismainen edustaja hakemaan sisällöllisiä arvo- ja tavoiteperusteita omalle kannalleen. Voi olettaa, että tällaiset perusteet vain harvoin ovat niin ehdottomia, että niiden varassa voi jättäytyä yhtenäistettävän normiston ulkopuolelle.

Mutta subjektiivisten oikeuksien skandinaavisen realismin kritiikki on ”syönyt eväänsä” myös toisessa, teoreettisesti olennaisemmassa suhteessa. Kansainvälistyminen on näkynyt ey-oikeuden ohella siinä, että perus- ja ihmisoikeuksille on alettu antaa aikaisempaa tärkeämpi asema ja rooli myös varallisuusoikeudessa. Olennaista on, että perusoikeuksien suoja on jonkin sisällöllisesti määrittyvän oikeuden suojaa myös (tulevaa) lainsäädäntöä vastaan. Skandinaavisen realismin kritiikkiin sisältyvä ajatus eräänlaisesta yleisestä oikeudellisesta ”marssijärjestyksessä” kääntyy päälaelleen. Enää ei ole niin, että vasta laki osoittaa oikeuden sisällön, vaan oikeuden sisältö osoittaa rajat laille.[6] Jotta tällaista uutta ajattelua pystytään ylipäänsä käyttämään, on oletettava, että varallisuusoikeudellisilla oikeuksilla, mukaan

[6] Ks. laajemmin teokseni *Juha Pöyhönen*: Uusi varallisuusoikeus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 2000, erityisesti 3. luku Varallisuusnormiston perusoikeusmyönteinen systematisointi s. 68–140.

lukien omistusoikeus, on jokin, sanoisinko, luonnollinen sisältö nykyisessä talousjärjestelmässämme. Tuon sisällön ei toki tarvitse olla muuttumaton ja ikuinen, mutta jokin sisältö oikeuksille voidaan aina hahmottaa myös laista riippumatta. Useimmiten laki ilmentää tuota oikeuden sisältöä, mutta oikeuden sisältö ei tyhjenny lain – tai vakiintuneen oikeuskäytännön – normeihin. On alettava yhä enemmän kysyä ”mitä on” eikä vain ”miten tapahtuu”.[7]

(ii) Pohjoismaissa siviilioikeutta ei koottu laajoiksi yhtenäisiksi laeiksi, kuten Keski-Euroopassa. Näille suuriksi kutsutuille lakikodifikaatioille oli ominaista tarkentaa soveltamistaan oikeudellisilla määritelmillä. *Käsitemääritelmät* olivat keskeisiä lain sisällön ja soveltamisalan ymmärtämiselle. Sen sijaan Pohjoismaissa vierastettiin ”sananselityksiä” juridiikassa. Varsinkin Länsi-Skandinaviassa eli Tanskassa ja Norjassa vahvistui jo 1700-luvulla oikeuden ja lain käytännön soveltuvuutta korostavia ajattelutapoja.[8] Skandinaavinen oikeusrealismi täsmensi ja vahvisti tätä käytännöllistä suuntautumista entisestään. Käytännön pulmatilanteiden kestävä oikeudellinen ratkaisu piti perustaa ns. reaalisiin käytännön näkökohtiin, siihen, mikä antoi toimivan mallin sekä kyseessä olevassa tapauksessa että laajemminkin.

Omasta puolestani uskon, että siirtymä vahvemmin käsitteiden ja käsitemäärittelyjen varassa toimivaan systeemiin on tehtävissä käyttämällä hyväksi oikeusperiaatteiden pohjoismaisissa järjestelmissä, erityisesti Suomessa, saamaa vahvistunutta asemaa. Johtaviin oikeusperiaatteisiin kiinnittynyttä normatiivisuutta pitää ”valuttaa” peruskäsitteisiin.[9] Thomas Wilhelmsson on hakenut mahdollisuuksia tunnistaa vahvistuneen heikomman suojelun periaatteen mukaisia erilaisia juridisia rooleja.[10] Tällaiset roolit määrittyvät osapuolen toiminnallisen aseman kautta (esimerkiksi kuluttaja kuluttajamarkkinoilla) mutta myös osapuolella olevien tarpeiden perusteella (esimerkiksi yllättäen omatta syyttään työttömäksi joutunut osamaksuostaja, jolla on tarve saada lisämaksuaikaa maksuerilleen). Näiden juridisten roo-

---

[7] Vaatimus ”mitä on?” -tyyppisten kysymysten korvaamisesta ”miten tapahtuu?” -kysymyksillä oli yksi analyyttisen siviilioikeuden keskeisiä ajatuksia. Ks. esim. *Jorma Vuorio*: Työsuhteen ehtojen määrääminen. Porvoo – Helsinki: WSOY 1955.

[8] Ks. *Lars Björne*: Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia I. Lund: Institutet för rättshistorisk forskning 1995.

[9] Ks. tästä oikeudenalojen yleisten oppien sisäisestä dynamiikasta laajemmin *Tuori* 2007: V. luku Käsitteet, periaatteet ja teoriat, s. 133–166.

[10] *Thomas Wilhelmsson*: Social civilrätt. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 1987.

lien taustana ovat voimassa olevan varallisuusoikeuden normit. Siksi tällaiset abstraktin oikeussubjektin käsitteen tilalle kehitettävät oikeudellisesti merkityksellisiin sosiaalisiin rooleihin perustuvat käsitteet ovat itse asiassa tiiviitä kuvauksia omasta oikeudestamme. Käsitteiksi muuntuneina niiden argumenttiarvo eurooppalaisessa keskustelussa on samalla vahventunut. – Käyttääkseni analogiaa toiselta oikeudenalalta, myös varallisuusoikeudessa on siten tarve kehittää rikoksen rakennetta vastaavaa käsitteellistä peruskehikkoa.[11]

(iii) Pohjoismaiselle siviilioikeuden perinteelle on myös ollut, mannereurooppalaisista oikeusjärjestelmistä poiketen, ominaista oikeuskäytännön tärkeä rooli. Oikeutta on rakennettu käytännön tapauksiin annettujen ratkaisujen ja niistä muodostuvien verkostojen varaan. Esimerkiksi sopimusoikeudessa tärkeä kysymys sopimusten tulkinnasta on saanut linjauksensa Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä. Tämä on samalla tarkoittanut *siviilioikeuden yleisten oppien muodostumista teoreettisten pohdintojen sijasta käytännön soveltamistilanteissa*. Vähän liioitellen sanotaan, että Korkein oikeus monesti pyrkii välttämään ottamasta kantaa teoreettisiin kiistoihin ja keskittyy ratkaisemaan käsillä olevan asian. Tästä oikeuskäytännön vahvasta roolista on osaltaan aiheutunut se, että jopa tietyt perustavanlaatuiset systeemi-ideat ovat muodostuneet, tai ainakin saaneet tukensa, oikeuskäytännöstä. Tämä on ollut tyypillistä esimerkiksi vahingonkorvausoikeudelle: vahingonkorvauslaki on jättänyt monet tärkeät asiat säännöksissä tosiasiassa määrittelemättä ja oikeuskäytännön varaan. Tämä koskee esimerkiksi kysymyksiä vahingonkorvausvastuun perusteista eli tuottamuksesta sekä vahinkoteon ja vahinkoseurauksen välisestä syy-yhteydestä. Suomen vahingonkorvausoikeuden yleisille opeille, peruskäsitteille ja periaatteille, onkin ominaista eräänlainen ”joukkuepeli”, jossa tilanteesta riippuen esiin noussut kysymys jäsennetään milloin tuottamusta koskevaksi, milloin syy-yhteyttä koskevaksi ja milloin vahinkokäsitettä koskevaksi. Eurooppa-

[11] Tavoitteeltaan samansuuntaisesti Janne Kaisto, ks. esim. *Janne Kaisto*: Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus 2001 ja *Janne Kaisto – Tapani Lohi*: Johdatus varallisuusoikeuteen. Helsinki: Talentum 2008. Kaisto näyttäisi kuitenkin noudattavan vahvemmin Simo Zittingin esittämää juridisten käsitteiden puhtauden vaatimusta kuin tässä kirjoituksessa hahmoteltu. Zittingin vaatimus edellyttää juridisten käsitteiden itsenäisyyttä niiden taloudellisesta ja yhteiskunnallisesta taustasta Sen vuoksi Kaiston hahmottelema käsitejärjestelmä pikemminkin rajaa oikeusperiaatteiden soveltamisalueita kuin sulauttaa oikeusperiaatteita käsitteisiinsä.

lainen harmonisointi puolestaan perustuu tarkkarajaiseen roolipelaajan käsitteeseen, jossa jokainen peruskäsite sisältää ratkaisun vain ja ainoastaan sille kuuluviin kysymyksiin.[12]

Läheinen yhteys käytäntöön on eurooppalaisittain pohjoismaisen ajattelun vahvuus. Käytännönläheisyys ei kuitenkaan ole pohjoismainen erikoisuus, vaan varallisuusoikeudessa kaikkien yhtenäistämishankkeiden yksi julkilausuttu tavoite. Kysymys ei ole yksinkertaisesta dikotomiasta ”teoreettiset keskieurooppalaiset – käytännölliset pohjoismaalaiset”.[13]

Oma käytännönläheisyytemme ei myöskään ole sellaisenaan valmis eurooppalainen argumentti. Käytännönläheisyys pitää osata ”jalostaa” kulloisenkin keskustelutilanteen mukaisesti yhdeksi tärkeäksi näkökohdaksi. Samalla pitää osata hyväksyä se, että joissakin keskusteluissa keskusteluasetelma on määrittynyt välttämättömiksi miellettyjen systeeminäkökohtien varaan. Usein tämän välttämättömyyden taustana ovat pyrkimys ennakoitavuuteen ja oikeusvarmuuteen, monesti myös ajatus eri tilanteiden yhdenvertaisesta kohtelusta. Kuvaavana esimerkkinä ovat esineoikeuden yhtenäistämishankkeissa monien välttämättömäksi mieltämä pääkysymys, kuka on omistaja eli kenellä on esineen omistusoikeus. Kun tähän pääkysymykseen on vastattu, selviävät erilaisten oikeutusten (luovutuskompetenssi, panttauskompetenssi, jne.) jakautuminen osapuolten kesken. Pohjoismainen varallisuustutkija pelaa itsensä ”paitsioasemaan”, jos hän kuvittelee voivansa argumenteillaan perustella koko omistuskysymyksen asettamisen tarpeettomuuden. Sen sijaan moderni keskieurooppalainen varallisuusoikeus tarjoaa monia mahdollisuuksia tinkiä systeemiargumenteista johtuvien oikeusseuraamusten ehdottomuudesta.[14]

---

[12] Ks. esim. vahingonkorvausta koskeva osuus teoksessa Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Munich: Sellier European Law Publishers 2008, s. 301–318.

[13] Ks. *Jaana Norio-Timosen* kirjoitusta tässä julkaisussa.

[14] Ks. *Eva Tammi-Salmisen* kirjoitusta tässä julkaisussa. Ks. myös *Claes Martinson*: How Swedish Lawyers Think about 'Ownership' and 'Transfer of Ownership' – Are We Just Peculiar or Actually Ahead?, teoksessa Wolfgang Faber – Birgitta Lurger (Eds.), Rules for the Transfer of Movables. Munich: Sellier European Law Publishers 2008, s. 69–95.

Pohjoismaisen varallisuusoikeuden tulevaisuus – toimiiko EU:n motto ”yhtenäisyys moninaisuudessa” käytännössä?

Mikä on edellä tehtyjen tarkastelujen johtopäätös? Pitääkö meidän kaikin keinoin vastustaa eurooppalaisia siviilioikeuden yhtenäistämishankkeita, jotta oma perinteemme ei häviä ja jotta emme joutuisi uhraamaan meille hyvin sopivaa ja käytännöllistä oikeuttamme loputtoman pitkille ja munkkilatinaa muistuttavia monimutkaisia määritelmiä sisältäville säännösteksteille? Vai pitääkö meidän ryhtyä oikeudelliseen käännytystyöhön, ja uskoa (meidän) käytännönläheisen juridiikan lopulta voittavan (heidän) teoriansa?

Nähdäkseni perustelluin toimintavaihtoehto on kompromissi näiden äärivaihtoehtojen välillä. Sittenkin pienenä oikeuskulttuurina emme voi kuvitella saavamme erivapauksia Euroopassa. Yhtenäistämishankkeissa meitä sentään kuullaan. Toisaalta parempi ymmärrys omasta perinteestämme auttaa käyttämään niitä mahdollisuuksia, jotka eurooppalainen oikeuskehitys on avannut, myös siviilioikeudessa. Tarkoitan tällä muun muassa *koko siviilioikeutta yhdistäviä oikeusperiaatteita*, kuten lojaliteettia ja luottamuksensuojaa, sekä säännösten tarkoituksen ja tavoitteiden kautta argumentointia. Näissä olemme jo valmiiksi juridisesti vahvoilla. Pohjoismaista ehkä Suomessa on parhaat lähtökohdat tarttua myös haasteeseen *perus- ja ihmisoikeuksien ja siviilioikeuden välisen vuorovaikutuksen* tarkemmasta jäsentämisestä. Siinä pääsisimme ikään kuin sisältä päin omalla perinteellämme vaikuttamaan tulevaisuudessa entisestään vahvistuvaan yleiseen tendenssiin.

Jaana Norio-Timonen

RESEARCHERS AS EUROPEAN LEGISLATORS

Academic working groups have been working on the harmonisation of European law since the 1980s. The status of such projects in the EU changed in 2005, when a Joint Network on European Private Law (CoPECL) was founded within the EU Sixth Framework Programme for Research and Technological Development. The network comprises more than 150 researchers forming several working groups. It has been tasked by the Commission to draft a Common Frame of Reference (CFR) for European contract law. The CFR is to be a coherent proposal for new European contract law, composed of the work of the different groups.

Members of the working groups do not represent national interests in the same way that civil servants and Members of the European Parliament do. Therefore, the work on the CFR can aim at producing a set of norms forming a coherent whole, achieved by utilising existing national solutions and by developing new ones. As is characteristic of legal research, also the work on the CFR can aim at systematising and deducing general principles out of a set of miscellaneous EU norms. The main reason for involving researchers in legislative work is, naturally, their expertise. However, it can also be claimed that this kind of legislative process does not fulfil all requirements of democracy.

How the Common Frame of Reference will be used in the EU is as yet unclear. It could function as a basis for further work by the Commission, or at least as comparative material in EU contract law reform. It could also be used in the reform of national laws. The CFR could function as interpretation material for national courts and the European Court of Justice, and influence legal praxis and the decisions of arbitration tribunals. The CFR could also influence the substance of individual contracts as *lex mercatoria*.

Regardless of how the work of the CFR network will be used in the EU, the CFR is significant because it shapes our understanding of European contract law and provides us with common concepts for discussing contract law.

Jaana Norio-Timonen

Tutkija eurooppalaisena lainsäätäjänä

Julkisuudessa on puhuttu paljon siitä, miten lainsäädäntövaltaa siirtyy kansallisilta parlamenteilta Euroopan unionin toimielimille. Vähemmän on keskusteltu siitä, että Euroopan unioni on ottanut myös oikeustieteen tutkijat vahvasti mukaan eurooppalaiseen norminlaadintatyöhön. Seuraavassa tarkastellaan oikeustieteen tutkijoiden asemaa sopimusoikeuden harmonisoinnissa Euroopan unionissa. Runsaasti huomiota osakseen saanut kysymys eurooppalaisen sopimusoikeuden harmonisoinnin tarpeellisuudesta tai tavoiteltavasta sisällöstä jää sen sijaan tämän kirjoituksen ulkopuolelle.

Akateemista harrastusta eurooppalaisen lainsäädännön harmonisointiin on ollut jo 1980-luvulta lähtien. Viime vuosikymmeninä onkin syntynyt useita kokonaan tai pääosin akateemisia ryhmiä, jotka ovat ryhtyneet laatimaan jotakin oikeudenalaa koskevia periaatteita tai mallilakia.[1] Tunnetuin näistä ryhmistä on tanskalaisen professori *Ole Landon* johdolla toiminut niin kutsuttu Lando-komissio, joka on laatinut eurooppalaiset sopimusoikeuden periaatteet. Nämä periaatteet tunnetaan nimellä *Principles of European Contract Law* (PECL).[2] Samalle alalle on voinut syntyä useampikin

[1] Ks. esim. *Bill W. Dufwa*: Integration genom fristående akademiska grupper, Europarättslig tidskrift 2006 s. 307–331; *Reiner Schulze – Thomas Wilhelmsson*: From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules, European Review of Contract Law 2008 s. 154–168, s. 155 viitteineen. Tällaiseen työhön osallistuminen antaa tutkijoille mahdollisuuden käyttää osaamistaan ja ammattitaitoaan tavanomaisesta poikkeavalla tavalla. Tästä työstä tutkijoiden keinona saavuttaa kansainvälisyyden leimaa sekä kohentaa asemiaan tuomioistuimiin, virkamiehiin ja lainsäätäjään nähden ks. *Thomas Wilhelmsson*: Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?, European Review of Private Law 2002 s. 77–94, esim. s. 78, 83–84.

[2] *Ole Lando – Hugh Beale* (eds): Principles of European Contract Law, Parts I and II, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International 2000 (jäljempänä *PECL I & II 2000*); *Ole Lando – Eric Clive – André Prüm – Reinhard Zimmermann* (eds): Principles of European Contract Law, Part III, The Hague, London, New York: Kluwer Law International 2003 (jäljempänä *PECL III 2003*).

työryhmä: vahingonkorvausoikeus on ollut kahden keskenään kilpailevan työryhmän työn kohteena.[3]

Sopimusoikeuden kehittäminen tutkijavoimin ja oikeusvertailevaan tutkimukseen perustuen ei rajoitu yksinomaan Euroopan unionin piiriin tai Eurooppaan yleensäkään. Tunnetuin esimerkki tällaisesta laajemmasta kehitystyöstä ovat *International Institute for the Unification of Private Law*'n (UNIDROIT) piirissä laaditut kansainvälistä kauppaa koskevat periaatteet (*Principles of International Commercial Contracts*).[4]

Akateemisten norminlaadintahankkeiden asema Euroopan unionissa muuttui vuonna 2005, kun EU:n niin sanotun kuudennen tutkimuksen ja teknologian kehittämisen puiteohjelman piirissä perustettiin Euroopan sopimusoikeuden verkosto. Tästä yli 150 tutkijaa käsittävästä verkostosta käytetään nimeä *Common Principles of European Civil law, Network of Excellence* (CoPECL).[5] Siinä on mukana ensinnäkin ryhmä nimeltä *Study Group on a European Civil Code*, joka jatkaa edellä mainitun Lando-komission työtä. Toinen keskeinen työryhmä on voimassa olevan EU-oikeuden tarkastelusta lähtevä *Research Group on EC Private Law* eli *Acquis Group*. Kolmantena verkoston työryhmistä voidaan mainita vakuutussopimuslakityöryhmä, *Project Group Restatement of European Insurance Contract Law*.[6]

---

[3] Toinen ryhmistä on *European Group on Tort Law (Tillburg Group)*, jonka työn tuloksena syntyi Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien – New York: Springer 2005. Toinen on professori *Christian von Bahrin* johdolla toimiva *Study Group on a European Civil Code* -työryhmä, jota tarkastellaan jäljempänä, ks. myös http://www.sgecc.net.

[4] Periaatteet on julkaistu vuonna 1994, ja niiden uusi versio on hyväksytty vuonna 2004. Periaatteet ovat saatavilla osoitteessa http://www.unidroit.org/.

[5] Verkoston kotisivut ovat osoitteessa http://www.copecl.org. Luettelot verkoston työhön osallistujista ks. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Munich: Sellier 2008 (jäljempänä *DCFR 2008*) s. 42–48, vakuutustyöryhmän osalta työryhmän kotisivu http://www.restatement. info/. Työryhmien rahoituksesta ks. DCFR 2008 s. 48–49.

[6] Työryhmän taustasta ja työn tavoitteista ks. *Malcolm A. Clarke – Helmut Heiss*: Towards a European Insurance Contract Law? Recent Developments in Brussels, Journal of Business Law 2006 s. 600–607; *Helmut Heiss*: Towards a European Insurance Contract Law: Restatement – Common Frame of Reference – Optional Instrument?, Internationale Juristenvereinigung Osnabrück, Jahresheft 2006 s. 1–17, s. 1–9; *Jaana Norio-Timonen*: Vakuutussopimuslainsäädännön harmonisoinnilla kohti eurooppalaisia kuluttajavakuutusmarkkinoita, teoksessa Lena Sisula-Tulokas – Irene Luukkonen – Marja Saario (toim.): Kuluttajien vakuutustoimisto ja Vakuutuslautakunta 35 vuotta, Helsinki: Kuluttajien vakuutustoimisto / Vakuutuslautakunta 2006, s. 69–82.

Jotta kyseessä ei olisi pelkkä norsunluutornissa istuvien tutkijoiden hanke, tutkijaverkoston ympärille rakennettiin muista kuin tutkijoista koostuva sidosryhmien verkosto. Sidosryhmien osallistuminen hankkeeseen on tarpeen myös hankkeen uskottavuuden ja hyväksyttävyyden turvaamiseksi.[7] Käytännössä sidosryhmillä onkin ollut vaikutusta tutkijaverkoston työhön, mutta ehkä tämä vaikutus ei kuitenkaan ainakaan kaikin osin ole ollut aivan niin merkittävä kuin millaiseksi se oli ajateltu.[8]

Komissio antoi perustetun tukijaverkoston tehtäväksi laatia eurooppalaista sopimusoikeutta koskevan niin sanotun yhteisen viitekehyksen, josta käytetään toisinaan myös nimitystä yhteiset puitteet. Englanninkielinen termi on *Common Frame of Reference* (CFR*)*. Sisällöltään tämän yhteisen viitekehyksen pitäisi olla tutkijaverkoston eri työryhmien töistä koottu yhtenäinen kokonaisuus, joka sisältäisi ehdotuksen uudeksi eurooppalaiseksi sopimusoikeudeksi.[9] Ajatus eurooppalaisen sopimusoikeuden kehittämisestä Euroopan unionissa ei sinänsä ollut uusi. Euroopan yhdentyminenhän on paljolti taloudellista yhdentymistä juridiikan keinoin, ja siinä sopimusoikeus voi olla tärkeässä asemassa. Itse asiassa jo vuonna 1989 Euroopan parlamentti vaati sopimusoikeuden yhtenäistämistä.[10] Komissio puolestaan tarttui asiaan jo kuluvan vuosikymmenen alussa, ja se on antanut useita tiedonantoja sopimusoikeuden kehittämisestä.[11] CFR-verkoston luominen oli siis vain keino pyrkiä jo muutenkin esillä olleeseen tavoitteeseen.

---

[7] *Dirk Staudenmayer*: European Contract Law – What Does It Mean and What Does It Not Mean?, teoksessa Stefan Vogenauer – Stephen Weatherill (eds): The Harmonisation of European Contract Law – Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice, Oxford and Portland: Hart 2006, s. 235–244, s. 243.

[8] *Von Bahr et al.* mainitsevat hyödyllisistä parannusehdotuksista, joita on saatu sidosryhmiltä (*Christian von Bahr – Hugh Beale – Eric Clive – Hans Schulte-Nölke*: Introduction, teoksessa DCFR 2008 s. 1–39, s. 5, 25, 27–28). Kriittisiä näkemyksiä suomalaisten virkamiesten näkökulmasta *Tiina Astola*: EU-sopimusoikeus – uusi tapa laatia EU-lainsäädäntöä, Lakimies 2007 s. 573–578, s. 575.

[9] Ks. esim. DCFR 2008 s. 4 ja siinä viitatut asiakirjat.

[10] Resolution on action to bring into line the private law of the Member States, EYVL C 158, 26.6.1989, s. 400.

[11] Ks. Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille Euroopan sopimusoikeudesta KOM(2001) 398 lopullinen; Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle: Euroopan sopimusoikeuden yhtenäistäminen, Toimintasuunnitelma KOM(2003) 68 lopullinen; Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle: Euroopan sopimusoikeus ja yhteisön säännöstön tarkistaminen: jatkotoimet KOM(2004) 651 lopullinen.

Ks. myös esim. Komission kertomus: Ensimmäinen edistymistä käsittelevä vuosikerto-

CFR-tutkijaverkoston työ on edennyt niin, että ensimmäinen versio komission edellyttämäksi yhteiseksi viitekehykseksi toimitettiin komissiolle jo vuodenvaihteessa 2007–2008.[12] Viitekehys käsittää itse asiassa muutakin kuin vain pelkkää sopimusoikeudellista ainesta.[13] Toistaiseksi on kuitenkin julkaistu vasta viitekehykseen kuuluvat artiklat, ja vakuutussopimusta koskevaa osuutta ei ainakaan vielä ole integroitu muuhun viitekehykseen. Vuonna 2009 julkaistaan myös viitekehyksen artikloita koskevat kommentit, joissa hallituksen esityksen tapaan selitetään kunkin artiklan tarkoitusta ja tulkintaa. Artikloihin liittyvät kommenttien lisäksi myös *Notes*-osiot, joihin kootaan artikloiden laatimisen pohjana ja innoittajana toiminutta oikeusvertailevaa aineistoa.[14] Nämä osiot sisältävät yhteisen viitekehyksen tutkimuksellisen osuuden ja ovat siis oikeustutkijoiden ominta aluetta.

CFR-verkostoon kuuluvien tutkijaryhmien toiminnassa on edelleen kyse siitä työstä, jota yksityisoikeuden, vertailevan oikeustieteen ja eurooppaoikeuden tutkijat ovat jo muutenkin vuosikymmenten ajan tehneet. Kyse on myös nimenomaan tämän työn tuloksista, siis akateemisista eikä poliittisista tuloksista, vaikka tulokset esitetäänkin lainsäädännön tapaan artikloiden muodossa. Työllä on edelleen myös tutkimuksellisia ja opetuksellisia tarkoituksia.[15] Edes ajatus siitä, että tällaisen akateemisen työn tuloksia voitaisiin käyttää eurooppalaisen harmonisoinnin pohjana, ei ollut uusi.[16] Uut-

---

mus Euroopan sopimusoikeudesta ja yhteisön säännöstön tarkistamisesta, KOM(2005) 456 lopullinen; Euroopan parlamentin mietintö aiheesta ”Euroopan sopimusoikeus ja yhteisön säännöstön tarkistaminen: jatkotoimet” (2005/2022(INI)); Komission kertomus: Toinen yhteisen viitekehyksen edistymistä käsittelevä kertomus KOM(2007) 447 lopullinen; Vihreä kirja kuluttajansuojaa koskevan yhteisön säännöstön tarkistamisesta KOM(2006) 744 lopullinen.

[12] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Munich: Sellier 2008. Yhtenäisestä viitekehyksestä on sittemmin julkaistu jo uusi laitos (Outline Edition, Munich: Sellier 2009). Vakuutustyöryhmän periaatteet on toistaiseksi julkaistu vasta sähköisesti osoitteessa http://restatement.info.

[13] DCFR 2008 s. 19–20. *Schulzen* ja *Wilhelmssonin* kritiikki tätä ratkaisua kohtaan ks. *Schulze – Wilhelmsson* 2008.

[14] *Von Bahr et al.* 2008 s. 4–5, 10.

[15] *Von Bahr et al.* 2008 s. 6. *Von Bahr* mainitsee, että samaa tekstiä voitaisiin käyttää yliopisto-opetuksessa koko Euroopassa (*Christian von Bahr*: Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference, European Review of Contract Law 2007 s. 350–361, s. 351). Mikäli viitekehystä käytettäisiin tulevien juristien opetuksessa nimenomaan tällä tavalla, se voisi olla luomassa jonkintasoista eurooppalaista oikeudellista yhteisymmärrystä tai ainakin yhteistä ymmärrystä tulevan lakimieskunnan keskuudessa.

[16] Esim. PECL III 2003 s. xv.

ta on sen sijaan se, että nyt näillä verkostoon kuuluvilla työryhmillä on jonkinlainen virallinen asema eurooppalaisen lainsäädännön valmistelussa ja myös aikataulu toiminnalleen.

Yhtenä syynä CFR-verkoston kokoamiselle nimenomaan tutkijoista koostuvista ryhmistä on luonnollisesti se, että tällaisia ryhmiä oli valmiiksi olemassa ja toivotunkaltainen työ oli jo käynnissä. Mutta mitä erityistä annettavaa nimenomaan oikeustieteen tutkijoista koostuvilla työryhmillä on?

Yksi olennainen tekijä on toimintatapaero Euroopan unionin lainsäädännön valmistelun ja akateemisten työryhmien työn välillä. Unionin lainsäädäntöprosessiin osallistuvat niin EU:n omat kuin kansalliset virkamiehet sekä europarlamentaarikot. Kansallisten virkamiesten tehtävänä on ennen muuta kansallisten näkökohtien esillä pitäminen ja kansallisten etujen ajaminen. Jotta lainsäädäntöhanke saataisiin edes jossakin muodossa eteenpäin, joudutaan usein tekemään monenlaisia kompromisseja ja välillä kovastikin madaltamaan alkuperäistä tavoitetasoa.

Vaikka tutkijatyöryhmienkin jäsenet tulevat eri maista, työskentelyn lähtökohtana ei ole samanlainen kunkin jäsenen kotivaltion kansallisten intressien edistäminen tai oman oikeusjärjestyksen puolustaminen. Olennaista ei ole se, vastaavatko omaksutut ratkaisut jossakin tai useimmissa työryhmän jäsenten kotivaltioissa voimassa olevaa oikeutta. Pyrkimyksenä ei myöskään ole eurooppalaisten lakien jonkinlainen keskiarvo tai yhteinen minimitaso. Työn tavoitteeksi voidaan siksi ottaa yhtenäisen kokonaisuuden muodostava, tulevaisuutta ajatellen hyvä normisto, johon on poimittu hyväksi havaittuja ratkaisumalleja eri maista sekä kehitetty tarpeen mukaan uusia ratkaisuja.[17] Niiltä osin kun työn kohteena on jo olemassa oleva EU-lainsäädäntö, tutkijavoimin voidaan oikeudelliselle tutkimukselle ominaisin tavoin pyrkiä luomaan systematiikkaa ja johtamaan yleisiä periaatteita joukosta sekalaisia, eri aikoina ja erilaisten kompromissien jälkeen syntyneitä EU-normeja.[18]

---

[17] Lando-komission osalta PECL I & II 2000 s. xxv–xxvi; PECL III 2003 s. xvi; *Thomas Wilhelmsson*: Ole Landon kyydissä kohti eurooppalaista sopimusoikeutta, Defensor Legis 2000 s. 440–451, s. 444. Vakuutustyöryhmän osalta *Norio-Timonen* 2006 s. 74–75. UNIDROIT'n osalta *Michael Joachim Bonell*: An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Third Edition, Ardsley, New York: Transnational Publisher 2005, s. 31.

[18] Lainopin systematisointitehtävästä ks. *Aulis Aarnio*: Mitä lainoppi on?, Helsinki: Tammi 1978, s. 52–53 ja 74–99.

Tärkein syy tutkijoiden käyttämiseen niin kansallisessa kuin eurooppalaisessakin lainsäädäntötyössä on luonnollisesti asiantuntemus. Sinänsä voidaan keskustella siitä, missä määrin ja miltä osin tällaisen akateemisen lainsäädäntötyöryhmän työ on tieteellistä työtä.[19] Eurooppalainen sopimusoikeus on joka tapauksessa syytä perustaa tieteelliseen tutkimukseen, erityisesti vertailevaan oikeustieteeseen. Tämän työn perusteella on mahdollista paitsi tuottaa aineistoa varsinaiselle lainsäädäntötyölle, myös tarjota kansallisiin oikeusjärjestelmiin perustuvia tai niiden pohjalta kehiteltyjä ratkaisuja ongelmiin.[20] Vaikka oikeustieteen tulokset vaikuttavat joka tapauksessa milloin suuremmassa ja milloin pienemmässä määrin oikeusjärjestyksen sisältöön[21], nyt oikeustieteen harjoittajilta edellytetään jotakin selvästi enemmän.

CFR-tutkijaverkostoon liittyy se erityispiirre, että verkosto muodostettiin jo olemassa olevista ryhmistä. Näin ollen ryhmien jäseniä ei voitu nimittää verkostoa perustettaessa, vaan ryhmissä on ne jäsenet, jotka niihin ovat vuosien kuluessa kertyneet. Jäsenet eivät siksi määräydy minkään kansallisen edustuksen tai muunkaan virallisen järjestelmän mukaisesti, vaan pikemminkin satunnaisesti: jotkut tutkijat ovat ryhtyneet tekemään työtä yhdessä ja pyytäneet mukaan työn edistymisen kannalta tärkeinä pitämiään henkilöitä. Vuosien varrella ryhmää on voitu täydentää uusilla jäsenillä esimerkiksi siksi, että saataisiin useamman maan edustajat mukaan työhön. Se, kuinka laajasti eri EU-maat ovat edustettuina tai missä määrin samasta valtiosta on useampia edustajia, vaihtelee työryhmittäin.[22]

Akateemisen työryhmän työskentelyn onnistumisen kannalta voidaan pitää etuna sitä, että ryhmään voidaan vapaamuotoisesti koota alan parhaita tieteellisiä asiantuntijoita ja muodostaa joukko, joka parhaalla mahdollisella tavalla uskoo saavuttavansa tavoitteensa. Mutta kun ryhmien asema osana EU:n säädösvalmistelumekanismeja on virallistettu, voidaan sanoa, että tällainen lainsäädännön valmistelutapa ei täytä demokraattisuuden vaati-

---

[19] *Von Bahr et al.* (2008 s. 6) pitävät laadittua viitekehystä nimenomaan laajan tutkimusprojektin tuloksena.

[20] *Dirk Staudenmayer*: The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?, European Review of Private Law 2002 s. 249–260, s. 251.

[21] *Kaarlo Tuori*: Kriittinen oikeuspositivismi, Helsinki: WSOY Lakitieto 2000, s. 302–313.

[22] *Dufwa* 2006 s. 308, 312, 315, 316, 331. CFR-verkoston jäsenistä ks. DCFR 2008 s. 41–48, vakuutussopimuslakityöryhmän osalta http://www.restatement.info/ ja *Norio-Timonen* 2006 s. 73–74.

muksia. Ongelmaksi voidaan nähdä se, että ryhmä itse valitsee jäsenensä, että jostakin EU-valtiosta ei ole edustajaa tai on useampi kuin yksi edustaja tai että eri valtioista tulevien edustajien lukumäärät eivät noudata tavalla tai toisella määräytyvää oikeudenmukaista paikkajakoa. Tällaista kritiikkiä esitettäessä on muistettava, että eri maista tulevilla työryhmän jäsenillä on tosin tärkeä tehtävä oman maansa lainsäädännön ja oikeuskäytännön tuntijoina ja oikeusvertailevan aineiston tuottajina, mutta työssä ei siis pohjimmiltaan ole kyse kansallisten etujen ajamisesta.

Yhteistä viitekehystä voidaan tarkastella korostetun akateemisena, poliittisesta lainsäädäntöprosessista erillisenä hankkeena. Tällöin painotetaan sitä, että Euroopan unionin lainsäädäntöelinten ratkaistavaksi jää, mihin tätä akateemista viitekehystä käytetään ja missä määrin siitä mahdollisesti myöhemmin tulee osa poliittisesti valmisteltua yhteistä viitekehystä.[23] Toisaalta työ voidaan sen akateemisuudesta huolimatta nähdä myös osana poliittista prosessia. Tällöin kritiikin aiheeksi nousee se, ettei minkäänlainen parlamentaarinen menettely toteudu työryhmien työssä, vaan kyse on EU:n lainsäädäntökoneiston ulkopuolelta tulevasta normistosta.

Yhteiselle viitekehykselle on eri yhteyksissä esitetty runsaasti erilaisia käyttötarkoituksia: Viitekehys voi toimia komission työn pohjana tai ainakin oikeusvertailevana aineistona EU-sopimusoikeuden uudistamisessa ja tarkistamisessa. Se voi myös osoittaa niitä kohtia voimassa olevassa EU-oikeudessa, jotka kaipaavat uudistamista. Se voi olla pohjana laadittaessa valinnaista normia sopimusosapuolten käyttöön. Työllä voi olla merkitystä myös yhteisen eurooppalaisen sopimusoikeudellisen käsitteistön kehittämiselle.[24]

Viitekehys voi antaa virikkeitä myös kansallisille lainsäätäjille lainsäädännön kehittämistarpeista, tai se voi toimia mallina uutta normistoa luotaessa tai vanhaa kehitettäessä. Yhteinen viitekehys voi toimia tulkinta-aineistona niin kansallisissa tuomioistuimissa kuin EY-tuomioistuimessakin ja vaikuttaa myös laajemmin oikeus- ja lautakuntakäytäntöön sekä välimiesoikeuksien ratkaisuihin.[25] Edellä mainituilla Lando-periaatteilla – jotka siis ovat olennaisessa asemassa yhteisessä viitekehyksessä – onkin ollut vaiku-

---

[23] Näin *von Bahr et al.* 2008 esim. s. 5, 6, 39.

[24] Esim. Komission tiedonanto KOM(2001) 398 lopullinen kohta 53; *von Bahr et al.* 2008 s. 29–37, *Astola* 2007 s. 574–575.

[25] Esim. Komission tiedonanto KOM(2001) 398 lopullinen kohta 53; *Astola* 2007 s. 575. Lando-periaatteiden osalta PECL III 2003 s. xv ja *Thomas Wilhelmsson* 2000 s. 442.

tusta kansallisten sopimusoikeusnormien kehittämiselle. Lisäksi näihin periaatteisiin viitataan kansallisissa tuomioistuimissa.[26] UNIDROIT-periaatteet taas ovat esimerkki siitä, että tällaisilla periaatteilla voi olla vaikutusta välimiesmenettelyssä.[27] Viitekehys voi myös *lex mercatoriana* vaikuttaa yksittäisten solmittavien sopimusten sisältöön.[28] Periaatteet voivat ylipäänsä toimia inspiraation lähteenä akateemisen maailman ulkopuolella yksityisoikeutta koskevissa kysymyksissä.[29]

Mikäli CFR-verkoston työtä todella halutaan käyttää lainsäädännön pohjana Euroopan unionissa, toimintavaihtoehtoja on useita. Korkeinta harmonisoinnin astetta edustaisi yhteisen viitekehyksen tekeminen EU:n asetuksella jäsenvaltioita sitovaksi ja suoraan kansallisesti sovellettavaksi. Tällä tavoin saataisiin toteutetuksi *European Civil Code*, eurooppalainen sopimusoikeuskoodeksi. Ajatus tällaisesta koodeksista on moneen kertaan tullut esiin, mutta komissio on vakuuttanut, ettei sellainen ole tavoitteena.[30]

Toinen vaihtoehto olisi direktiivitie. Yhteinen viitekehys tai osia siitä sisällytettäisiin siis yhteen tai useampaan direktiiviin, jonka kukin jäsenvaltio implementoisi kansalliseen lainsäädäntöönsä parhaaksi katsomallaan tavalla. Eurooppalaisen yhtenäisyyden tavoittelun näkökulmasta ongelmana olisi se, että kansalliset implementoinnit saattaisivat johtaa kovin erilaisiin tuloksiin eri EU-maissa, jolloin yhtenäinen eurooppalainen normisto jäisi saavuttamatta. Voidaan esittää erilaisia näkemyksiä siitä, missä määrin ja millä sopimusoikeuden osa-alueilla tämä olisi riittävä tulos.

Sekä asetusvaihtoehto että direktiivivaihtoehto poistaisivat valmistelutyön parlamentaarisuuden puutteesta aiheutuvan epäkohdan, sillä viitekehys olisi kuljetettava Euroopan unionin lainsäädäntökoneiston läpi. Odotettavissa on, että jäsenvaltiot pyrkisivät saamaan omissa oikeusjärjestyksissään voimassa olevia ja hyväksi havaitsemiaan ratkaisuja mukaan valmisteltaviin normeihin.[31] Akateemisesti valmistellun viitekehyksen muuntaminen poliittisesti hyväksyttäväksi normistoksi ehkä edellyttääkin sitä, että EU:n lainsäädäntökoneisto saa todellisen mahdollisuuden vaikuttaa

---

[26] *Von Bahr* 2007 s. 360; *von Bahr et al.* 2008 s. 7–8.

[27] *Wilhelmsson* 2000 s. 449.

[28] Lando-periaatteiden osalta PECL III 2003 s. xv.

[29] *Von Bahr et al.* 2008 s. 7–8.

[30] Ks. esim. Komission kertomus KOM(2007) 447 lopullinen s. 11; *Astola* 2007 s. 575.

[31] *Staudenmayer* 2002 s. 252.

syntyvien normien sisältöön. On vaikea arvioida, missä määrin ja millä tavoin viitekehystä tai sen osia voitaisiin muuttaa tai irrottaa kokonaisuudesta ilman että artikloiden kirjoittaminen jouduttaisiin aloittamaan käytännössä alusta.

Yhteisen viitekehyksen hyödyntämiseksi on olemassa kolmaskin vaihtoehto, nimittäin niin sanottu valinnainen normi (*optional instrument*). Tällöin yksittäisen sopimuksen sopijapuolet saisivat itse ratkaista, sovelletaanko heidän sopimukseensa tätä viitekehystä. Jos se ei tulisi sovellettavaksi, tällaiseen sopimukseen sovellettaisiin entiseen tapaan kansallisia säännöksiä sen mukaan kuin sopimuksessa on sovittu tai kuin kansainvälisen yksityisoikeuden normeista seuraa. Valinnainen normi olisi kansallisiin sopimusoikeusnormeihin nähden rinnakkainen normisto, siis uusi mahdollisuus sellaista haluavalle, mutta ei pakko kenellekään.

Niiden muutaman vuoden aikana, jonka CFR-verkosto on toiminut, Euroopan unionista tulevat viestit yhteisen viitekehyksen tulevasta kohtalosta ovat vaihdelleet. Ajoittain on tuntunut siltäkin, että asiasta vallitsee erilaisia näkemyksiä niin EU:n toimielinten kesken kuin niiden sisälläkin.[32] Viimeisin virallinen kannanotto lienee Euroopan neuvostosta huhtikuulta 2008**.** Sen mukaan yhteisen viitekehyksen tarkoituksena on toimia yhteisön lainsäätäjille suunnattuna välineenä lainsäädäntötyön parantamiseksi. Viitekehyksen sisällöksi mainitaan joukko eri lähteistä johdettavia sopimusoikeuden alaa koskevia määritelmiä, yleisiä periaatteita ja mallisääntöjä. Yhteisen viitekehyksen soveltamisalana on yleinen sopimusoikeus, johon luetaan myös kuluttajasopimusoikeus. Ja sitten se tärkein: viitekehys on Euroopan neuvoston tämänhetkisen näkemyksen mukaan joukko ei-sitovia ohjeita, joita yhteisön tason lainsäätäjät käyttävät vapaaehtoisesti ”yhteisenä inspiraation lähteenä tai viitteenä lainsäädäntöprosessissa”.[33]

Jo pelkkä Euroopan unionin lainsäädäntötyön parantaminen on hyvä tavoite, mutta yhteisellä viitekehyksellä tullee joka tapauksessa olemaan monenlaista muutakin vaikutusta, kuten edellä on kuvattu. Aivan mahdotonta ei ole sekään, että tämänhetkisistä näkemyksistä huolimatta osia vii-

---

[32] Ks. esim. *von Bahr* 2007 s. 351–352.

[33] Euroopan unionin neuvosto, Neuvoston 2863. istunto, Oikeus- ja sisäasiat 18.4.2008, Lehdistötiedote 8397/08, s. 18. Ks. myös Luonnos selvitykseksi neuvostolle eurooppalaisen sopimusoikeuden yhteisen viitekehyksen perustamisesta 8286/08 JUSTCIV 68 CONSOM 39 s. 4–5.

tekehyksestä ruvetaan jollakin aikataululla todella muokkaamaan osaksi Euroopan unionin lainsäädäntöä. Yhtäältä kuluttajasopimuksia ja toisaalta vakuutussopimuksia koskevat osat yhteistä viitekehystä voisivat ehkä toimia päänavaajina. Perustelen tätä näkemystäni seuraavasti:

Kuluttajasopimuksia koskevia säännöksiä on jo eri direktiiveissä ja niiden uudistaminen on jo vireillä.[34] Vaikka uuden kuluttajasopimusoikeuden pitäisi olla selvästi enemmän kuin vain eri direktiiveistä koottujen sekalaisten normien kooste, hankkeen voisi kuitenkin nähdä ”vain” jo olemassa olevan normiston edelleenkehittelynä, jolle poliittisen tuen saaminen voisi olla mahdollista. Kuluttajaoikeus liittyy myös keskeisesti yhteismarkkinoiden toiminnan edistämiseen, minkä myös voisi olettaa lisäävän halua juuri tämän viitekehyksen osan eteenpäinviemiseen.

Toinen mahdollinen yhteisestä viitekehyksestä irrotettavissa oleva palanen voisi olla vakuutussopimusta koskeva osuus. Toistaiseksi EU:ssa ei ole vakuutussopimusdirektiiviä, joten tilanne on toinen kuin kuluttajasopimusten kohdalla. Mahdollisuus viedä vakuutussopimuksia koskevaa viitekehyksen osaa eteenpäin perustuisikin siihen, että eurooppalaiset vakuutusmarkkinat eivät voi toteutua, ellei käytettävissä ole yhteistä eurooppalaista vakuutussopimuslakia. Vaikka vakuutusyritykset saavat vakuutusdirektiivien mukaan koko ETA-alueella myydä niitä vakuutuksia, joita ne saavat myydä kotimaassaan, ne joutuvat kuitenkin käytännössä noudattamaan kussakin myyntivaltiossa voimassa olevia vakuutussopimuslain säännöksiä.[35] Näin ollen vakuutusyrityksen, joka haluaa myydä tuotteitaan kaikissa EU-maissa, täytyy laatia pahimmillaan kahdetkymmenetseitsemät erilaiset vakuutusehdot. Jonkinlainen helpotus tilanteeseen olisi siis tervetullut, ja siksi sille saattaisi löytyä poliittistakin tukea.

Vakuutussopimusoikeus on esimerkki sopimusoikeuden alasta, jolla direktiivein tapahtuva harmonisointi ei ole riittävää. Syynä on se, että direktiivien kansallinen implementointi saattaa tuottaa kansallisten lainsäännösten välille sellaisia eroavuuksia, ettei saman vakuutuksen myyminen koko EU-alueella edelleenkään onnistu. Sen vuoksi yhteiseen viitekehykseen laadittu vakuutussopimusosuus onkin tarkoitettu niin sanotuksi valinnaiseksi

---

[34] Vihreä kirja KOM(2006) 744 lopullinen; Komission kertomus KOM(2007) 447 lopullinen s. 11.

[35] *Malcolm A. Clarke – Helmut Heiss* 2006 s. 601; *Jaana Norio-Timonen*: Ulkomaisten ETA-vakuutusyritysten kuluttajavakuutukset Suomen markkinoilla, Defensor Legis 2000 s. 452–464, s. 453–456.

normiksi.[36] Vakuutussopimusnormeja sovellettaisiin yksittäiseen vakuutussopimukseen, jos kyseisen sopimuksen osapuolet ovat niin sopineet. Ne taas, jotka edelleen haluaisivat toimia kansallisten vakuutussopimuslakien puitteissa, voisivat tehdä niin.

Riippumatta siitä, millä tavoin CFR-tutkijaverkoston työtä Euroopan unionissa käytetään jatkossa hyväksi, on joka tapauksessa merkittävää, että yhteinen viitekehys muokkaa käsitystämme eurooppalaisesta sopimusoikeudesta ja antaa meille yhteisiä käsitteitä sopimusoikeudesta puhumiseen. Voidaan myös ajatella, että tutkijat ovat tehneet valmiiksi säännöksiä odottamaan sitä päivää, jona poliittinen valmius tällaisten normien hyväksymiselle Euroopan unionissa on olemassa.[37]

[36] Draft Common Frame of Reference: Insurance Contract artikla 1:102, http://restatement.info.

[37] Artikkeli on kirjoitettu Suomen Akatemian rahoittamassa tutkimuksen huippuyksikössä Foundations of European Law and Polity.

Eva Tammi-Salminen

THE CHALLENGES OF EUROPEANISATION TO PROPERTY LAW

Although the process of Europeanisation (harmonisation) has gained increasing importance in the field of civil law generally, it has not yet exerted wide influence on property law. The increasing level of ambitiousness concerning projects on Europeanisation of civil law (e.g. the Draft Common Frame of Reference in the field of contract law) will presumably bring out the importance of Europeanisation in the field of property law, too.

In this article, the author presents one aspect of the possibilities of Europeanisation of property law. The author argues that the greatest challenges which Europeanisation creates to property law are at the level of legal culture, more precisely in the different ways of legal thinking and legal argumentation in Europe. However, she does not see these differences as an insuperable obstacle to Europeanisation, because the more important, deeper level of law with its underlying aims and values (legal ideology) is as a matter of fact relatively common in the field of property law. The author maintains that the common carrying principles that manifest these ideologies would constitute the basis on which the European property law could be founded.

The more accurate content of the principles would be determined within discussions on the underlying aims and values of law. Thus, the key concepts of Europeanisation then consist in interaction and understanding. This kind of Europeanisation may be characterized on the one hand as being fairly loose, and on the other hand rather profound.

Eva Tammi-Salminen

Eurooppalaistuvan esineoikeuden haasteet

Eurooppalaistuminen ja esineoikeus

Siviilioikeudenkin alalla yhä merkityksellisempi eurooppalaistumiskehitys ei vielä ole koskettanut esineoikeutta kovin laajasti.[1] Esimerkiksi Euroopan unionin lainsäädäntö- tai tuomioistuintoiminnan kautta tapahtuva yhtenäistäminen ei juuri ole ulottunut esineoikeuden ydinalueille.[2] Tällaiselle puuttumiselle kansalliseen esineoikeuteen ei useinkaan ole nähty tarvetta EU:n tavoitteiden toteuttamiseksi. Myöskään silloin, kun tällaisia tarpeita on tunnistettu, yhtenäistämisen onnistumiselle ei yleensä ole löytynyt edellytyksiä. Syynä tähän on pidetty esineoikeuden vahvaa kytköstä kansallisiin traditioihin.

---

[1] Esineoikeus oikeudenalana ei määrity kaikkialla Euroopassa samalla tavalla. Esimerkiksi Manner-Euroopassa esineoikeus määritetään lähinnä subjektiivisia esineoikeuksia koskevaksi alaksi, kun taas Pohjoismaissa siihen kuuluvat keskeisesti kaikki sivullissuojakysymykset, jotka liittyvät varallisuusoikeuksien vaihdantaan. Suomessa esineoikeuden määritelmä tavataan nykyisellään esittää niin, että se pitää sisällään molemmat edellä mainitut ulottuvuudet, ks. esim. *Leena Kartio*: Esineoikeuden perusteet, 2., uudistettu painos, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2001, s. 1–8.

[2] Myös eurooppalaistumisella voidaan tarkoittaa eri asioita. Oikeudellisessa kielenkäytössä sillä viitataan usein juuri EU:n lainsäädäntö- tai tuomioistuintoiminnan yhdenmukaistavaan vaikutukseen kansallisiin oikeusjärjestyksiin. Eurooppalaistumisesta voi kuitenkin olla kysymys myös esimerkiksi itseohjautuvammalta pohjalta kansallisten toimijoiden käytännöissä syntyvästä yhdenmukaisuudesta sekä osin tähän liittyen jo olemassa olevien yhteisten piirteiden tunnistamisesta ja esiin nostamisesta. Ks. tähän liittyen erilaisista tavoista ymmärtää käsite eurooppalainen yksityisoikeus *Pia Letto-Vanamo*: Eurooppa oikeusyhteisönä – Yhteistyön haasteet ja mahdollisuudet, Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja, Helsinki 1998, s. 40–44. Terminologiasta ks. lisäksi esim. *Satu Paasilehto*: Constellations – A New Approach to Legal Culture and European Integration of Private Law, Helsinki 2002, s. 161–170, joka kritisoi käsitteen eurooppalaistuminen käyttöä.

Toisin kuin sopimusoikeudessa, jossa harmonisointi on painottunut kuluttajasuhteiden sääntelyyn, EU:n lainsäädäntötoiminta (positiivinen integraatio) on esineoikeuden alalla ollut tähän mennessä käytännössä merkityksellisintä yritystoiminnan rahoituksen kannalta (rahoitusvakuusjärjestelydirektiivi). Esimerkkinä esineoikeudellisten kysymysten jättämisestä EU:n direktiivisääntelyn ulkopuolelle voidaan mainita maksuviivästysdirektiivi, johon kaavaillut säännökset omistuksenpidätysehdon sivullissitovuudesta vesittyivät direktiivin lopullisessa versiossa. Sen osalta poliittinen erimielisyys purkautui muodollisesti kysymykseksi EU:n toimivallasta. Jo 1960-luvulta on ollut vireillä hanke yhteiseurooppalaiseksi kiinteistöluoton vakuusmuodoksi, eurohypoteekiksi. Ratkaisevaa edistymistä ei kuitenkaan sen osalta ole edelleenkään saavutettu.

EY-tuomioistuin on suhtautunut pidättyvästi esine- ja ylipäänsä siviilioikeudellisten normien eroihin sellaisina sisämarkkina-esteinä, jotka edellyttäisivät – tai mahdollistaisivat – niihin puuttumista ja sääntelyn purkamista (negatiivinen integraatio) muissa kuin sellaisissa tilanteissa, joissa on kyse kansalaisuuteen tai alkuperään perustuvasta syrjinnästä. Esimerkiksi ratkaisussaan Trummer ja Mayer (asia C-222/97 Manfred Trummer ja Peter Mayer) EY-tuomioistuin on pitänyt EY:n perustamissopimuksen 56 artiklassa kiellettynä pääomien vapaan liikkuvuuden rajoituksena kansallista lainsäädäntöä, joka edellyttää toisen jäsenvaltion valuutan määräisen velan vakuudeksi vahvistettavan kiinteistökiinnityksen vahvistamista kansallisessa valuutassa. Sen sijaan esimerkiksi ratkaisussa Krantz (asia 69/88 H. Krantz GmbH & Co v. Ontvanger der Directe Belastingen ja Koenigreich der Niederlande) EY-tuomioistuin ei pitänyt EY:n perustamissopimuksen 28 artiklan turvaaman jäsenvaltioiden välisen tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteenä sellaista kansallista lainsäädäntöä, jonka mukaan verosaatavilla oli velallisen maksukyvyttömyystilanteessa etusija velallisen omistuksenpidätysehdoin ostamaan esineeseen ennen esineen myyjää. Kantajana ollut myyjä vetosi mainittuun artiklaan suojakseen, kun myyntivaltion oikeudessa omistuksenpidätysehdon tuottama etusija oli parempi kuin sovellettavaksi tulleessa sijaintivaltion oikeudessa.

Yhä kunnianhimoisempia mittasuhteita saavien siviilioikeuden eurooppalaistumishankkeiden (esimerkiksi sopimusoikeuden yhteiset puitteet, Common Frame of Reference)[3] muassa myös kysymykset esineoikeuden eurooppalaistumisesta noussevat aiempaa ajankohtaisemmiksi. Tässä kirjoituksessa tuon esiin yhden esineoikeuden eurooppalaistumisen mahdollisuuksia koskevan näkökulman. Lähden kirjoituksessa siitä, että suurimmat eu-

[3] Hankkeen toistaiseksi viimeisimmästä vaiheesta ks. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier – European Law Publishers, Munich 2008.

rooppalaistumiskehityksen esineoikeudelle asettamista haasteista ovat juuri oikeuden pinnanalaisilla tasoilla, tarkemmin ottaen oikeuskulttuurissa, ja siinä erityisesti oikeudellisten ajattelu- ja argumentointitapojen eroissa. En pidä näitä eroja kuitenkaan ylitsepääsemättöminä esteinä eurooppalaistumiselle, koska niitä tärkeämpi oikeuden elementti, oikeuden arvo- ja tavoiteperusta (”oikeusideologia”), on esineoikeuden alalla eurooppalaisittain itse asiassa verraten yhteinen. Esitänkin kirjoituksessa, että esineoikeuden eurooppalaistuminen voisi rakentua näitä ideologioita ilmentävien yhteisten kantavien periaatteiden varaan. Kantavien periaatteiden tarkempi merkityssisältö määrittyisi keskustelussa periaatteiden taustalla olevista tekijöistä.[4]

Mainitunlainen eurooppalaistuminen ei voi tapahtua (ainakaan) yksin EU:n instituutioiden ”ylhäältä päin” harjoittamalla oikeuden pintatasolle usein pysähtyvällä yhdensuuntaistamisella. Pikemminkin sille on ominaista ”alhaalta päin” tapahtuva vuorovaikutteisuus, joka oikeudellisen, taloudellisen ja muun yhteiskunnallisen kanssakäymisen johdosta voi johtaa yhtenäistymiseenkin. Eurooppalaistumisen ensisijainen merkitys on tällöin – yhtenäistymisen sijaan – *ymmärtämisessä*. Tällainen eurooppalaistuminen on tietyssä mielessä väljää, mutta toisaalta syvälle menevää.[5]

---

[4] Ajatusmalli perustuu väljästi artikkelissa *Mark Van Hoecke – Mark Warrington*: Legal Cultures and Legal Paradigms: Towards a New Model for Comparative Law, International and Comparative Law Quarterly 1998 s. 495–536, esitettyyn. Ks. myös *Sjef van Erp*: European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism? s. 13, Walter van Gerven Lectures (6), European Law Publishing, Groningen 2006, jonka mukaan kansallisten esineoikeusjärjestelmien eroista huolimatta pinnanalaisen historiallis-vertailevan analyysin avulla näyttää olevan mahdollista löytää yhteisiä ajatusmalleja, jotka tulee ottaa huomioon harmonisointitoimenpiteisiin ryhdyttäessä. Normien taustalla olevien yhteisten argumenttien tunnistamisen keskeisestä merkityksestä yhtenäistämistä koskevissa keskustelussa ks. lisäksi *Jan M. Smits*: Mixed Jurisdictions: Lessons for European Harmonisation? s. 6, vol 12.1 Electronic Journal of Comparative Law (May 2008), http://www.ejcl.org/121/art121-23.pdf. Oikeusperiaatteiden roolista ja merkityksestä ks. myös *Letto-Vanamo* 1998 s. 51–53 ja 56–57 kirjallisuusviitteineen.

[5] Kun päämääränä ei sinänsä ole ideologinen *harmonisointi*, eurooppalaistuminen ei edellytä identtisiä normeja, rakenteita ja käsitteitä, vaikka (riittävän) yhte(nä)inen oikeusideologia nähdäänkin keskeisenä eurooppalaistumisen elementtinä. Vrt. sopimusoikeuden harmonisointia koskevaa taulukkoa artikkelissa *Thomas Wilhelmsson*: Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio s. 75, teoksessa Thomas Wilhelmsson – Katariina Kaukonen (toim.), Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1993, s. 7–146.

Oikeudellisen ajattelutavan erot keskeisenä haasteena

Oikeudelliset käytännöt, mukaan lukien oikeustiede, luovat ja muovaavat oikeudellisia ajattelutapoja. Vaikka oikeustiede sinänsä ei ole tuntenut valtioiden rajoja, niin eri suuntiin ja eri aikana Euroopassa puhaltaneet metodiset tuulet yhdessä kansallisten lainsäätäjien eriasteisen aktiivisuuden kanssa ovat olleet keskeisesti vaikuttamassa siihen, että ainakaan vielä ei ole olemassa yhtenäistä eurooppalaista oikeudellista doktriinia tai oikeuskulttuuria – oikeudellista ajattelutapaa. Esineoikeuden eurooppalaistumisen keskeisenä haasteena ovatkin ennen kaikkea oikeudellisen ajattelutavan (argumentointitavan) oikeuskulttuuriset erot. Niitä on vaikeampi yhtenäistää kuin kansallisia esineoikeudellisia normeja sinänsä. Merkityksellisiä oikeuskulttuurisia eroja on paitsi mannermaisen ja common law -järjestelmän välillä, mikä usein mainitaan yleisenä kouluesimerkkinä oikeuden eurooppalaistumisen ongelmia koskevassa keskustelussa,[6] myös mannermaisen ja pohjoismaisen järjestelmän välillä. Selvää luonnollisesti on, että vielä näidenkin ”blokkien” sisällä on keskinäisiä, mutta kuitenkin ehkä vähemmän perustavanlaatuisia kulttuurisia eroja.

Mannermaisen ja pohjoismaisen esineoikeudellisen ajattelutavan ero on myöhempää perua kuin mannermaisen ja common law -järjestelmän. Esimerkiksi suomalainen esineoikeudellinen ajattelu pohjasi vielä vuosisata sitten vahvasti saksalaisille vaikutteille, jotka ilmenivät muun muassa käsitelainopillisessa ajattelutavassa. Tällä ajattelutavalla oli hyvä kasvupohja tilanteessa, jossa oma varallisuusoikeudellinen lainsäädäntömme oli puutteellista. Ajattelutapa meillä muuttui kuitenkin merkittävästi viime vuosisadan puolivälissä, jolloin saksalaisvaikutteet ja käsitelainoppi saivat antaa tilaa pohjoismaalaistumiselle ja skandinaavisen realismin tarjoamille virikkeille. Tuolloin alkanut analyyttisen metodin voittokulku kosketti esineoikeutta monin tavoin. Ero aiempaan näkyi ja näkyy edelleen esimerkiksi oikeudenalan keskeisen käsitteen, omistusoikeuden,

---

[6] Ks. esim. nimekkäimmän yhdentymiskriitikon *Pierre Legrandin* näkemyksiä, esim. European Legal Systems are not Converging, International Comparative Law Quarterly 1996, s. 52–81 ja Against a European Civil Code, Modern Law Review 1997, s. 44–63. Keskustelusta erityisesti esineoikeuden piirissä ks. esim. *Sjef van Erp*: A Comparative Analysis of Mortgage Law: Searching for Principles s. 71–78, teoksessa María Elena Sánchez Jordán – Antonio Gambaro (eds.), Land Law in Comparative Perspective, Kluwer Law International, The Hague 2002, s. 69–86.

merkityksessä ja roolissa oikeudellisessa argumentaatiossa.[7]

Tämä ajattelutapojen ero on noussut keskeiseen asemaan esimerkiksi pohdittaessa irtaimen omistusoikeuden siirtymistä koskevia yhteisiä eurooppalaisia normeja. Mainittu tematiikka on ajankohtaistunut muun muassa edellä mainitun sopimusoikeuden yhteisiä puitteita (Common Frame of Reference) koskevan hankkeen yhteydessä. Keskeiseksi ongelmaksi on noussut kysymys siitä, voidaanko lähtökohdaksi omaksua mannermainen lähestymistapa, jolle on luonteenomaista määrittää tietty hetki, jolloin omistusoikeus kaikkine siihen kuuluvine ulottuvuuksineen siirtyy luovuttajalta luovutuksensaajalle. Pohjoismaisesta näkökulmasta, jossa omistajanvaihdos jäsennetään vaiheittaisena tapahtumasarjana, mannermainen konstruktiiviselta vaikuttava lähestymistapa näyttäytyy ensi kädessä vähintäänkin vanhanaikaisena. Analyyttisen lähestymistavan keskeisiä ajatuksiahan on juuri ollut pyrkimys päästä irti olemusajattelusta ja käsitteistä päättelemisestä.[8]

> Meillä vallinnutta ajattelutapaa kuvaa esimerkiksi Leena Kartion toteamus esineoikeuden perusteita koskevassa oppikirjassa: ”Omistusoikeus ei ole konkreettinen entiteetti, joka havaittavan hahmon tapaan tiettynä hetkenä siirtyisi henkilöltä toiselle. Sen sijaan ’momentti momentilta’ on selvitettävä, miten (missä vaiheessa) omistusoikeuden siirtyminen tapahtuu.”[9] Meil-

---

[7] Muutoksesta Pohjoismaissa ks. *Lars Björne*: Realism och skandinavisk realism – Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del IV 1911–1950, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm 2007, erit. s. 469–495 (omistusoikeuden käsite ja omistusoikeuden siirtyminen). Skandinaavisen realismin vaikutuksista suomalaiseen siviilioikeuteen yleensä ks. *Markku Helin*: Lainoppi ja metafysiikka – Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1988. Aiemmasta saksalaisen oikeuden vaikutuksesta ks. *Lars Björne*: Siviilioikeuden yleiset opit – Tutkimus saksalaisen oikeuden vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden yleisiin oppeihin lähinnä vuosina 1889–1945, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 1977 sekä Den konstruktiva riktningen – Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del III 1871–1910, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm 2002.

[8] Ks. kysymyksestä mainitussa kontekstissa käydyssä keskustelussa *Claes Martinson*: How Swedish Lawyers Think about ‘Ownership’ and ‘Transfer of Ownership’ – Are We Just Peculiar or Actually Ahead?, teoksessa Wolfgang Faber – Brigitta Lurger (Eds.), Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, Sellier – European Law Publishers, Munich 2008, s. 69–95 sekä *Torgny Håstad*: Nordiska önskemål vid en integration av säkerhetsrätter, julkaisussa Salla Tuominen (Red.), Civilrättens integration ur nordisk synvinkel, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, Helsingfors 2001, s. 49–73.

[9] *Kartio* 2001 s. 195.

lä on pidetty tärkeänä, että esimerkiksi kysymys omistajan hallintaoikeuden siirtymisestä erotetaan siitä, milloin luovutuksensaaja saa dynaamista suojaa eri henkilötahoihin nähden.

Kuten edellä viitattiin, pohjoismainenkaan ajattelutapa ei ole yhtenäinen. Kotimainen, Simo Zittingin tutkimuksiin pohjaava lähestymistapa ei edusta äärimmilleen vietyä skandinaavista realismia. Eri otteissa onkin huomautettu, että zittingläisen analyyttisen ajattelutavan mukaan omistusoikeuden ytimenä pidetty omistajan hallintaoikeus siirtyy yhtenä kokonaisuutena luovuttajalta saajalle. Tällöinkin on viime kädessä keskeinen kysymys siitä, ketä pidetään omistajana eri sivullistahoihin nähden, ja sinänsä mahdollista on, että konstruktiivinen päättely vain siirretään omistusoikeuden käsitteestä omistajan hallintaoikeuden käsitteeseen.[10]

Vastaavalla tavalla kuin mannermainen lähestymistapa herättää negatiivisia tunteita pohjoismaisissa juristeissa, pohjoismainen käsitys omistusoikeuden siirtymisestä elementeittäin ei välttämättä saa ymmärrystä Manner-Euroopassa. Mannereurooppalainen juristi on äärimmäisen huolissaan paitsi lähestymistavan hänen mukaansa mahdollistamista järjestelmän sisäisistä ristiriidoista myös siitä, että omaksuttaessa pohjoismainen malli intressien vapaalle punninnalle jää liian paljon tilaa, mikä lisää huomattavasti riskiä siitä, että oikeudelliset ratkaisut eivät ole ennakoitavia. Ja samaan tapaan kuin mannereurooppalaiset epäilykset vaikuttavat meistä jossain määrin liioitelluilta, myös pohjoismainen suhtautuminen mannereurooppalaista ajattelutapaa kohtaan vaikuttaa tätä ajattelutapaa edustavista ylikriittiseltä. On esitetty, että pohjoismaiset juristit liittävät mannermaista järjestelmää kritisoidessaan omistusoikeuden siirtymisen hetkeen paljon enemmän seurauksia kuin siihen nykyisissä mannermaisissa oikeusjärjestelmissä todellisuudessa kuuluu ja että pohjoismaalaisten kritiikki kohdistuu pikemminkin oman oikeuden tilaan ennen paradigman muutosta. Pohjoismaalaisilta saattaa unohtua, että käsitelainopin aika oikeudellisena metodina on ohi myös mannermaisessa järjestelmässä; myös siellä positiivisen oikeuden normit perustuvat lainsäätäjän kannanottoihin tilanteessa merkityksellisistä arvoista ja huomioon otettavista intresseistä, ja tuomio-

[10] Zittingläisestä ajattelutavasta ja omistusoikeuden käsitteen hajottelusta elementteihin sekä käsitteistön ja ajattelutavan arvioinnista ks. *Kartio* 2001 s. 191–198 kirjallisuusviitteineen, joihin voidaan lisätä tässä yhteydessä *Janne Kaisto*: Eurooppalaista esineoikeutta – kokemuksia Salzburgin konferenssista s. 157–162, teoksessa Esa Hakkola (toim.), Kiinteistöjä, vaihdantaa ja sivullissuhteita – Juhlakirja Jarno Tepora 60 vuotta, University of Helsinki Conflict Management Institute, Edita Publishing, Helsinki 2007, s. 155–180.

istuimet tekevät näiden suuntaviivojen pohjalta harkinnan yksittäistapauksessa.[11]

Mannermainen ja pohjoismainen ajattelutapa eivät tosiasiassa eroakaan toisistaan niin paljon kuin stereotyyppiset kuvat näistä järjestelmistä antavat ehkä ymmärtää. Tästä huolimatta erilaiset taustat vaikuttavat kuitenkin edelleen heijastuvan argumentointitavoissa: mannereurooppalainen korostaa helpommin systeemiin liittyviä näkökohtia ja pohjoismainen reaalisia argumentteja.[12] Sinänsä tämä ero on luonteva myös kahden erilaisen lainsäädäntöperinteen valossa.

> Mannermaisen ajattelutavan muuttumista tai ainakin valmiutta muutokseen ilmentää hyvin myös tapa, jolla sen piirissä on irtaimen omistusoikeuden siirtymistä sääntteleviä eurooppalaisia normeja koskevassa keskusteluissa suhtauduttu esineoikeuden klassisiin dikotomioihin siitä, onko syytä omaksua konsensuaali- vai traditioteoria tai abstraktio- vai kausaliteettiperiaate. Suhteellisen suuri yksimielisyys näyttää nimittäin vallitsevan siitä, että kyse on vain dogmaattisista lähtökohdista, joista on todellisuudessa joka tapauksessa aina joustettava.[13]

Kantavat periaatteet avaimena eurooppalaiseen esineoikeuteen?

Käsitteet ja niihin kytköksissä oleva ajattelutapa vaikuttavat eurooppalaisissa järjestelmissä eroavan toisistaan enemmän kuin ne kantavat aineelliset periaatteet, joilla on merkitystä esineoikeudellisten ongelmien jäsentämisessä ja ratkaisemisessa. Esineoikeudessa ei ole havaittavissa samantasoisia alueellisia ”ideologisia” eroja kuin sopimusoikeudessa tai vielä vah-

---

[11] Ks. *Wolfgang Faber*: Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective, teoksessa Wolfgang Faber – Brigitta Lurger (Eds.), Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, Sellier – European Law Publishers, Munich 2008, s. 97–122.

[12] Ks. esim. *Faber* 2008 s. 112 alav. 53.

[13] Ks. *Vincent Sagaert*: Consensual versus Delivery Systems in European Private Law – Consensus about Tradition?, teoksessa Wolfgang Faber – Brigitta Lurger (Eds.), Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, Sellier – European Law Publishers, Munich 2008, s. 9–46 ja *Steven Bartels*: An Abstract or a Causal System, teoksessa Wolfgang Faber – Brigitta Lurger (Eds.), Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, Sellier – European Law Publishers, Munich 2008, s. 59–67.

vemmin perheoikeudessa, jonka yhtenäistämispyrkimykset ovat Euroopan oikeusalueen luomiseen tähtäävien tavoitteiden valossa tulleet nopeasti keskeisiksi. Tämän vuoksi yhteisen eurooppalaisen esineoikeuden ydin voidaan pyrkiä hahmottamaan nimenomaan löytämällä järjestelmille yhteiset kantavat periaatteet.[14]

> Verrattuna esimerkiksi perheoikeuteen tai jopa velvoiteoikeuteen esineoikeutta on pidetty usein luonteeltaan teknisenä. Tähän liittyen sitä voitaisiin lähtökohtaisesti suuremmilta näyttävistä eroista huolimatta pitää myös helposti muutettavana. Teknisyyden sijaan näkisin pikemminkin olevan kyse siitä, että valinta eri ratkaisuvaihtoehtojen omaksumisen välillä kantavan periaatteen pohjalta ei esineoikeudessa ole yhtä selvä kuin esimerkiksi velvoiteoikeudessa siinä mielessä, että ratkaistavana on tyypillisesti konflikti kahden sellaisen tahon välillä, joilla on jo molemmilla pätevään velvoitteeseen perustuva oikeus.[15]

Yhteisiä periaatteita voidaan löytää suhteellisen helposti siinä mielessä, että tietyt kysymyksenasettelut ovat luonteenomaisia esineoikeudellisille ongelmille oikeusjärjestyksestä riippumatta. Näissä kysymyksenasetteluissa on yleensä keskeistä, miten ratkaistaan suhde sopimukseen perustuvan oikeuden haltijan ja siihen nähden ulkopuolisen, kolmannen, välillä. Periaatteista käytävä keskustelu tuo toisaalta kuitenkin esiin sen, että löydettyjen periaatteiden voidaan – näkökulmasta riippuen – sanoa joko yhdistävän tai erottavan eurooppalaisia järjestelmiä. Periaatteetkaan eivät voi sellaisenaan toimia yhtenäistävinä tekijöinä vaan pikemminkin *välineinä keskustelun jäsentämiseksi* kysymyksistä, joihin esineoikeudessa joka tapauksessa on otettava kantaa.

Esimerkkinä tällaisista periaatteista voidaan mainita ensinnäkin niin sanottu esineoikeudellinen tyyppipakko, numerus clausus -periaate. Tyyppipakkoperiaatetta on luonnehdittu monin eri tavoin, mutta sen ydinsisältö voidaan pelkistää siihen, että vaihdantatilanteissa esineoikeudellista sivullissuojaa saavien oikeuksien tyypit on ennalta (lailla tai siihen merkitykseltään rinnastuvalla tavalla) rajoitettu. Suhtautumista tyyppipakkoperiaatteeseen on yhtäältä pidetty keskeisenä eurooppalaisia esineoikeusjärjestelmiä erottavana ominaispiirteenä. Tyyppipakkoperiaatteen on katsottu olevan tunnusomainen nimenomaan mannermaiselle järjestelmälle ja samalla kes-

---

[14] Tällaisesta lähestymistavasta ks. *van Erp* 2002.

[15] Ks. myös *Håstad* 2001 s. 51–52, jonka mukaan valinta eri sääntelyvaihtoehtojen välillä on ”mielivaltainen” (godtycklig).

keinen sen sekä common law -järjestelmästä että nykyisistä pohjoismaisista järjestelmistä erottava piirre. Toisaalta periaatetta on pidetty eri syistä välttämättömänä, kaikkia esineoikeusjärjestelmiä yhdistävänä tekijänä.[16]

Meillä kuten muissakin Pohjoismaissa vielä vuosisata sitten vallinnutta esineoikeudellista tyyppipakkoa koskeva oppi joutui sellaisenaan väistymään analyyttisen suuntauksen kritiikin vuoksi. Kysymystä esineoikeudellisen sivullissuojan ulottuvuudesta onkin meillä käsitteellisesti totuttu tarkastelemaan analyyttisen suuntauksen vaikutuksesta jo vuosikymmenten ajan pikemminkin kollisionratkaisuperiaatteiden, kuten aikaprioriteetin ja sitomattomuusperiaatteen, kuin esineoikeudellisen tyyppipakon valossa. Kuten Jarmo Tuomisto on esittänyt, tarkastelutavan muutos meillä perustui lähes yksinomaan analyyttiseen käsite-erittelyyn ja sen perusteella esitettyyn kritiikkiin, mutta ei kollisionratkaisuperiaatteiden institutionaaliseen tukeen tai niiden taustalla oleviin oikeuspoliittisiin argumentteihin. Eurooppalaisen kehityksen pohdinnan kannalta merkityksellinen on se edellisen havainnon jatkoksi todettu seikka, että mannermaista ajattelutapaa ei itse asiassa voida osoittaa pohjoismaista huonommaksi pelkän käsite-erittelyn perusteella; tyyppipakon torjuminen perustui pitkälti siihen virheelliseen ajatukseen, että tyyppipakon vallitessa sivullissuojaa ei olisi mahdollista myöntää vain tietyssä oikeussuhteessa. Sinänsä mannereurooppalainen keskustelu voidaan myös ”kääntää kollisionratkaisuperiaatteiden kielelle” sikäli, että esineoikeudellisen tyyppipakon noudattamista vastaa asiallisesti se, että epätietoisissa kollisiotilanteissa, joiden ratkaisuun ei saada suoraa johtoa laista, ratkaisuperusteeksi omaksutaan sitomattomuusperiaate. Tyyppipakon vastakohtaa puolestaan kuvastaa aikaprioriteettiperiaatteen noudattaminen näissä tilanteissa.[17]

Vaikka oikeudessamme ja Pohjoismaissa yleisemminkin aikaprioriteettia pidetään systemaattisena pääsääntönä, oikeutemme kuitenkin usein käytännössä heijastaa pikemminkin sitomattomuusperiaatetta ja siten itse asiassa tyyppipakkoajattelua. Esimerkiksi kiinteistöoikeudessamme lainsäädäntö tietyllä tavalla tukee tyyppipakkoajatusta, kun oikeuksien sivullissitovuuden vahvuus riippuu kirjaamismahdollisuudesta ja kirjata voidaan

---

[16] Ks. esim. *Christian von Bar – Ulrich Drobnig*: The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe – A Comparative Study, Sellier – European Law Publishers, Munich 2004, s. 320–323 ja *van Erp* 2002 s. 78–80.

[17] Ks. *Jarmo Tuomisto*: Tyyppipakosta kollisionratkaisuperiaatteisiin – ja mitä sen jälkeen?, s. 1361–1364, Lakimies 2004 s. 1355–1378.

vain tietyt oikeudet, vaikka eräänlaista väljennystä tyyppipakkoon tuokin se, että myös kirjaamiskelvottomat erityiset oikeudet voivat sitoa niistä tietoista sivullista lähtökohtana olevasta sitomattomuudesta huolimatta. Lainsäädäntöä ehkäpä vielä vahvemmin tyyppipakkoa heijastaa irtaimistooikeutta koskeva oikeuskäytäntö.[18]

Kuten edellä todettiin, perusteltu suhtautuminen tyyppipakkoon ei ratkea yksinomaan käsite-erittelyjen avulla. Olipa tyyppipakko eurooppalaisia oikeusjärjestyksiä yhdistävä tai erottava periaate, sen perusteltuisuutta on siten joka tapauksessa syytä arvioida periaatteen taustalla olevien tavoitteiden (periaatteen funktioiden) ja arvojen kautta. Keskustelu näistä periaatteiden takana olevista tavoitteista ja arvoista pikemminkin kuin pohjaaminen käsitteellisiin eroihin on yksi lähtökohdista, joiden pohjalta eurooppalaisen esineoikeuden perusteita voidaan rakentaa.[19]

Toisena esimerkkinä esineoikeuden kantavista periaatteista voidaan mainita julkisuusperiaate. Siihen on viitattu tarkoittaen ennen kaikkea näkökohtia, joiden mukaan varallisuusoikeuksien sivullisiin ulottuvien vaikutusten on liityttävä näiden havaittavissa oleviin tunnusmerkkeihin. Julkisuusperiaatetta voidaan – samaan tapaan kuin tyyppipakkoperiaatetta – yhtäältä pitää yhtenä keskeisenä eurooppalaisia oikeusjärjestyksiä yhdistävänä tekijänä, vaikka toisaalta siihen liittyvät samalla myös eräät keskeisistä eroista; siitä huolimatta, että julkisuusperiaatteen merkitystä yleisesti korostetaankin, julkisuuden tosiasiallinen painoarvo vaihtelee eri tilanteissa ja eri oikeusjärjestelmissä.

> Eroja on saman ”oikeuskulttuurinkin” piirissä. Esimerkiksi Ruotsissa toisin kuin meillä tavanomaisen irtaimen luovutuksensaaja saa suojaa luovuttajan velkojia vastaan pääsääntöisesti vasta hallinnan luovutuksen jälkeen. Eroja syntyy myös siitä, millaisia edellytyksiä hallinnan luovutukselle asetetaan. Esimerkiksi Saksassa on edellytetty samaan tapaan kuin Ruotsissa hallinnan luovutusta, mutta hallinnan luovutukseksi on katsottu vakiintuneesti riittävän jo sen, että luovuttaja edelleen hallitsee esinettä luovutuksensaajan lukuun. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että suojaa on voitu saada itse asiassa jo kauppasopimuksella, kunhan vain hallinnan luovutuksesta on sovittu mainittuun tapaan. Eroja on myös esimerkiksi suhtautumisessa niin sanottujen omistusvakuuksien sivullissitovuuden edellytyksiin.

---

[18] Ks. lähemmin esim. *Tuomisto* LM 2004 s. 1368–1371.

[19] Ks. näistä tavoitteista ja arvoista *Tuomisto* LM 2004 s. 1364–1368 ja 1373–1378, joka tuo perinteisten taloudellista tehokkuutta painottavien argumenttien lisäksi esiin myös sosiaalisen ja moraalisen ja niihin liittyvän perus- ja ihmisoikeusnäkökulman.

Sekä Saksassa että Ruotsissa vakuusluovutuksen sitovuuteen on suhtauduttu myönteisesti julkivarmistuksen puuttuessakin. Saksassa on myös mahdollista käyttää omistuksenpidätystä sivullisia sitovasti huomattavasti laajemmassa mittakaavassa kuin meillä.

Silloinkin, kun julkisuusvaatimusta ei aseteta oikeuden sitovuuden edellytykseksi, julkisuuteen liittyvien näkökohtien merkitys on sitovuusarvioinnissa keskeinen. Julkisuuden toteutuminen varallisuusoikeudellisen julkisuusperiaatteen tarkoittamassa mielessä ei ole sellaisenaan missään oikeusjärjestyksessä suojattava itseisarvo. Periaatteella pyritään edistämään eräitä varallisuusoikeuden järjestelmän keskeisiä, tehokkaan ja rehellisen vaihdannan edistämiseen ja suojaamiseen liittyviä arvoja ja tavoitteita. Huolimatta siitä, että oikeusvaikutusten kytkeminen julkisuuden toteutumiseen näyttäisi yleensä toteuttavan näitä arvoja ja tavoitteita, ne voivat toisinaan toteutua, vaikka julkisuusvaatimuksesta luovuttaisiinkin – ja toisinaan niiden toteutuminen voi jopa edellyttää julkisuusvaatimuksesta poikkeamista. Niinpä toteamus varallisuusoikeudellisen julkisuusperiaatteen olemassaolosta ei sellaisenaan kerro vielä mitään esimerkiksi tietyssä kollisiotilanteessa noudatettavasta normista. Se antaa ainoastaan yleispiirteisen kuvan tärkeinä pidetyistä seikoista, jotka on arvioinnissa otettava huomioon.

Samaan tapaan kuin julkisuusperiaatetta voidaan analysoida esimerkiksi yksilöintiperiaatetta eli maksiimia, joka edellyttää esineoikeuden kohdistuvan yksilöityyn kohteeseen. Niinpä myös keskustelu sekä julkisuusperiaatteen että yksilöintiperiaatteen takana olevista tavoitteista ja arvoista on lähtökohta, jonka pohjalta eurooppalaisen esineoikeuden perusteita voidaan rakentaa.[20] Kun nämä keskustelut vielä kytketään konkreettiselle oikeustapaustasolle pelkän abstraktin näkökohtien punninnan sijaan, niihin osallistuminen ei tunnu vieraalta minkään eurooppalaisen oikeuskulttuurin piirissä.

Tällainen lähestymistapa on omaksuttu esimerkiksi the Common Core of European Private Law -hankkeessa.[21] Hankkeen piirissä tuotetuista julkaisuista voidaan tässä yhteydessä viitata erityisesti irtaimeen kohdistuvia vakuusoikeuksia koskevaan raporttiin. Esimerkiksi siinä on selkeästi noussut esiin juuri edellä mainittujen julkisuus- ja yksilöintinäkökohtien keskeinen

[20] Ks. myös *van Erp* 2002 s. 80–82.

[21] Ks. http://www.common-core.org/.

merkitys hahmotettaessa eurooppalaisen vakuusoikeuden yhteistä ydintä.[22] Tämän hankkeenkaan piirissä ei kuitenkaan ole vielä menty niin paljon pintaa syvemmälle, että aitoa keskustelua olisi käyty näiden näkökohtien taustalla olevista tekijöistä siinä mielessä, että perinteiset taloudelliseen tehokkuuteen pohjaavat argumentit – joille sinänsä on kaikkialla Euroopassa annettu merkitystä – on otettu tietyllä tavalla annettuina. Niihin liittyvät ongelmat ja rajoitukset on tosin tiedostettu.[23]

[22] Ks. *Eva-Maria Kieninger*: Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study s. 6–37 (erit. s. 15–16) ja Evaluation: a common core? Convergences, subsisting differences and possible ways for harmonisation s. 647–673 (erit. s. 670–671), teoksessa Eva-Maria Kieninger (ed.), Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

[23] Ks. *Kieninger* 2004 s. 7–9. Vrt. taloudellisten näkökohtien merkitykseen vahvemmin nojaavaan, omistusoikeuden siirtymiseen keskittyneeseen vertailevaan tutkimukseen *Dieter Krimphove*: Das europäische Sachenrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse nach der Komparativen Institutionenökonomik, Josef Eul Verlag, Lohmar 2006.

Jukka Mähönen

EUROPEAN CORPORATE LAW AND PRESSURE OF GLOBALIZATION

Unlike in private law generally, the international challenges of Finnish corporate law, especially company and securities law, does not lie in the tension between national law and European law but in the globalization of law. During the short history of corporate law, corporate law has always been international. Finnish corporate law, from the first Companies Act of 1895, is a product of international influences and economic pressure. The company form as such was created as a tool to gather capital and control risk in the markets. On the other hand, the State has the same time had the interest to control the markets through controlling companies. Corporate law is a combination of desire to enhance market economy and control it.

European corporate law is a good example of this tension. On the first hand, the freedom of establishment and free movement of capital is one of the basic goals of the European Union. On the other hand, the Member States fight these goals in their own interest. European corporate law is so a compromise of community interest and state interest.

During the first decades of harmonization of European corporate law, started in the late 1960s, the focus was in the protection of national interest. The sitation changed in the 1990s. Due the banking crisis, the need of equity was desperate, and European markets were forced to be opened to international investors. The traditional philosophy of European corporate law, based on the protection of state, employee and creditor interest, broke and more emphasis was given to the protection of investors. As the investors were more and more from the United States, the pressure to ”Americanize” European corporate law grew. This meant that more emphasis is given to the profit-maximization purpose of the company and the corporate directors’ fiduciary duties, phenomena seen before as negative in Europe. The changes in Finnish corporate law describe well this change in thinking, as well as the new European legal instruments given during the 2000s. On the other hand, the direct influence of US law has grown, especially after the corporate scandals in the United States and Europe in the beginning of the decade, and now during the financial crisis.

The history of corporate law is not, however, over. The supremacy of shareholder interest has been challenged by pressures for sustainable development. This does not mean necessary taking a step back but a need to adjust the needs of different corporate stakeholders to ensure global development.

Jukka Mähönen

Eurooppalainen yritysoikeus globalisaation puristuksessa

Johdanto

Kun tarkastellaan suomalaisen yritysoikeuden, ennen kaikkea yhtiö- ja arvopaperimarkkinaoikeuden, asemaa kansainvälisessä kontekstissa, tilanne näyttäytyy hieman toisenlaisena kuin muilla siviilioikeuden alueilla, joissa huomio on kansallisen oikeuden ja eurooppaoikeuden välisessä jännitteessä. Yritysoikeuden haasteena ei ole näet mielestäni niinkään eurooppalaisuus vaan *globalisaatio*.

Tämän väitteen todentaminen vaatii kuitenkin hieman historiallista pohjustusta, ennen kuin siirryn tämän vuosituhannen tapahtumiin ja tulevaisuuden näkymiin. Keskityn seuraavassa yksinkertaisuuden vuoksi lähinnä osakeyhtiöön eli yhtiömuotoon, joka on täydellinen oikeushenkilö, toisin sanoen jossa jäsenten velkojat eivät voi täyttää vaateitaan jäsentään kohtaan yhtiön omaisuudella, ja jossa jäsenet eivät vastaa henkilökohtaisesti yhtiön veloista,[1] joista tällä hetkellä säädetään vuoden 2006 osakeyhtiölailla (624/2006).

Yhtiöoikeuden globaali kehittyminen

Osakeyhtiö on varsin nuori ilmiö. Nopea teollistuminen 1800-luvulla toi mukanaan uusia ongelmia yritysrahoitukselle. Suuret infrastruktuurihankkeet kuten rautatiet, kanavat sekä teollisuustuotannon massamittaistuminen vaati aivan eri tavalla pääomaa kuin aiempi pienimuotoinen manufak-

[1] Osakeyhtiön peruspiirteistä ks. esim. *Jukka Mähönen – Seppo Villa*: Osakeyhtiö I, Yleiset opit s. 29, WSOYpro: Helsinki 2006.

tuuriteollisuus. Hankkeiden rahoitus ei onnistunut enää perheyrittäjiltä, vaan rahoituspohjaa oli hankittava laajemmalti. Laajoihin uusiin hankkeisiin liittyi lisäksi aivan uudenlaisia riskejä. Tunnetut yhtiömuodot, avoin yhtiö ja kommandiittiyhtiö, eivät antaneet riittävää institutionaalista tukea laajamittaisen rahoituksen ja riskienhallinnan perustaksi. Ei voitu ajatella, että yhtiön varallisuutta olisi voitu jättää yhtiön jäsenten henkilökohtaisten velkojien vaateiden kohteeksi. Oli myös mahdotonta ajatella, että yhtiön jäsenet antaisivat pääomaa niin suuriin hankkeisiin, jos he olisivat kaikella henkilökohtaisella omaisuudellaan siitä vastuussa.

Näiden kahden vaatimuksen, täydellisen oikeushenkilöllisyyden ja jäsenten rajoitetun vastuun, toteuttaminen ei ole mahdollista puhtain sopimusjärjestelyin. Suurimpien velkojien osalta on mahdollista sopia, että jäsenen velkoja jättää yhtiöomaisuuden rauhaan ja yhtiön velkojan kanssa voidaan sopia, että jäsenet jätetään rauhaan. Tällaisia sopimuksia ei ole kuitenkaan mahdollista aivan käytännöllisistä syistä tehdä kaikkien velkojien kanssa eikä ainakaan tulevien vahingonkorvausvelkojien kanssa. Tarvitaan julkisen vallan interventiota, pakottavaa lakia, jolla täydellinen oikeushenkilöllisyys ja jäsenten rajoitettu vastuu toteutetaan.

Ei olekaan yllättävää, että 1800-luku merkitsi huomattavia muutoksia eurooppalaisessa yhtiöoikeudessa. 1800-luvun toisella puoliskolla säädettiin kaikissa länsimaissa lakeja, joilla luotiin yhtiömuoto, joka täytti nämä kaksi edellytystä, eli osakeyhtiö.[2]

Olennaista tälle uudelle lainsäädännölle oli yleinen oikeus perustaa tällaisia yhtiöitä. Toki jo aiemmin esiintyi yhtiöitä, jotka ovat monilta osin tunnistettavissa osakeyhtiöiksi, mutta kyseessä olivat julkisen vallan erityisluvalla toimivat yhteisöt. Tunnetuimpia näistä ovat suuret kauppakomppaniat, ennen kaikkea Hollannin ja Englannin Itä-Intian komppaniat.[3]

Kun Englanti ”avasi pelin” vuosina 1844 ja 1855 uusilla yleisillä yhtiölaeillaan, ei Ranska ja Preussi, sittemmin Saksa, voineet jäädä toimettomiksi, vaan niissäkin säädettiin vastaavia lakeja. Pienemmät taloudet seurasivat perässä, esimerkiksi Ruotsi ja Suomi vuonna 1895. Kyseessä on ilmiö, jota Yhdysvalloissa kutsutaan yhtiölakikilpailuksi. Valtiot pyrkivät takaamaan parhaat mahdolliset olosuhteet yritystoiminnalleen, ja houkut-

---

[2] *Henry Hansmann – Reinier Kraakman*: The End of History for Corporate Law s. 440, Georgetown Law Journal 2001 s. 439–468.

[3] Ks. esim. *Jukka Mähönen*: Tulo ja pääoma: Kirjanpidon merkitys osakeyhtiön säänteylle s. 301–303, Edita: Helsinki 2001.

telemaan myös ulkomaisia sijoittajia. Vastaava yhtiölakikilpailu nähtiin myös Yhdysvalloissa 1800-luvulla sellaisten keskeisten osavaltioiden kuten New Jersey, New York ja Delaware välillä.[4]

Tässä kilpailussa verrattiin omaa oikeusjärjestystä muihin ja pyrittiin omaksumaan niiden hyviä puolia ja ottamaan opiksi virheistä. Suomen vuoden 1895 laki osakeyhtiöistä (22/1895) on tässä mielessä hyvä esimerkki: siinä on huomioitu Ruotsin samanaikaisesti tapahtunut osakeyhtiölain valmistelutyö samoin kuin ainakin Ranskan ja Saksan lait.[5] Esimerkki osoittaa, että osakeyhtiöoikeudessa jos missä oikeusjärjestys kehittyy vuorovaikutussuhteessa toisiin oikeusjärjestyksiin.

Kehitys oli nopeaa: vuoteen 1900 mennessä kaikissa keskeisissä teollisuusmaissa oli luotu lainsäädännöllä yhtiömuoto, joka täytti ne vaatimukset, jotka täydelliselle osakeyhtiömuodolle voidaan asettaa: 1) yhtiön täydellinen oikeushenkilöllisyys, 2) yhtiön osakkeenomistajien rajoitettu vastuu yhtiön veloista, 3) osakkeenomistajille kuuluva jako-osuus yhtiön nettovarallisuuteen, 4) erityisen hallintorakenteen avulla toteutettu johdon ja omistuksen erillisyys sekä 5) osakkeiden lähtökohtaisesti vapaa luovutettavuus.[6] Kolmannella vaatimuksella, jako-osuudella tarkoitetaan rajoitetun vastuun vastapainoksi jäsenille asettua kieltoa yksityisottoihin yhtiön olemassaolon aikana. Osakkeenomistajalla on oikeus jako-osuuteen yhtiötä purettaessa sen jälkeen, kun velat on maksettu. Yhtiön olemassaolon aikana yhtiön varoja voidaan jakaa osakkeenomistajille vain tavoin, joilla ei vaaranneta yhtiön velkojen maksua.

Neljäs ominaispiirre liittyy laajamittaisen yritystoiminnan organisointiin. Kun osakkeenomistajia on runsaasti, on mahdotonta, että he kaikki osallistuvat henkilökohtaisesti käytännön yritystoiminnan järjestämiseen, kuten on laita avoimessa yhtiössä, jossa yhtiömiehillä on siihen jopa velvollisuus. Yhtiö on organisoitava siten, että osakkeenomistajat jättävät käytännön päätösvallan valitsemilleen edustajille, yhtiön hallitukselle. Viides ominaispiirre liittyy rahoituksen hankintaan. Kun rahoitusta hankitaan markkinoilta, ei riitä, että rahoittajalla on rajoitettu vastuu. Rahoittajan on myös tarvittaessa voitava luopua sijoituksestaan. Tämä toteutetaan osakkeiden jälkimarkkinoilla, ja jälkimarkkinoiden toteuttaminen edellyttää osakkeen va-

---

4 *Mähönen* 2001 s. 328–339.

5 *Mähönen – Villa* 2006 s. 12.

6 *Hansmann – Kraakman* 2001 s. 439–440.

paata luovutettavuutta. Puhun nyt tietysti sellaisista yhtiöistä, jotka hakevat rahoitusta laajoilta markkinoilta: suljetut yhtiöt, jonne ei vieraita sijoittajia edes haluta, ovat eri asemassa, ja niissä vapaa luovutettavuus on enemmän poikkeus kuin sääntö.

Markkinarahoituksen saamisen kannalta osakeyhtiömuodon kaikki ominaispiirteet ovat välttämättömiä. Kun ne on saatu toteutetuksi, osakkeilla voidaan ryhtyä käymään laajamittaisesti kauppaa. 1800-luvun lopulla syntyivätkin arvopaperimarkkinat ja arvopaperimarkkinoiden sääntely siinä mielessä, kuin me nykyään ne ymmärrämme.[7] Arvopaperimarkkinat ovatkin olleet perinteisesti kansainväliset.

Kansallisvaltioiden intressit vastustaa globalisaatiota

Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että markkinat olisivat olleet aidosti vapaat. Kansallisvaltioilla on ollut pyrkimys rajoittaa pääomien vapaata liikkuvuutta tarkoituksena estää tai rajoittaa ulkomaalaisten sijoittajien vaikutusvaltaa kansallisesti strategisilla toimialoilla. Nykyään tämä on tuttua Venäjältä mutta ei tuntematonta Suomessakaan. Juuri ennen sotia säädettiin laki ulkomaalaisten sekä eräiden yhteisöjen oikeudesta omistaa ja hallita kiinteätä omaisuutta ja osakkeita vuodelta 1939 (219/1939), joka oli voimassa aina vuoteen 1993 asti, jolloin laki tuli ETA-sopimuksen ja sitä kautta EY:n perustamissopimuksen vastaiseksi. Lain korvannut laki ulkomaalaisten yritysostojen seurannasta (1612/1992) koskee vain rajoitetusti OECD-valtioiden ulkopuolisia maita noudattaen EY:n perustamissopimuksen takaamien perusvapauksien rajoitusedellytyksiä.

Lisäksi itse yhtiöoikeuden kehittämisen strategiseksi tavoitteeksi asetettiin yhtiölakikilpailun ja sitä kautta ulkomaisten sijoitusten vastustaminen. Aiemman, vuoden 1978 osakeyhtiölain esityöt ovat tässä suhteessa kuvaavat vuoden 1895 liberaalin, kansainvälisen kilpailukykymme hengessä laaditun osakeyhtiölain kritiikissään:[8]

> ”Osakeyhtiöoikeudellisen lainsäädännön ajanmukaistamisella on myös laajempi kansainvälinen merkitys. Tunnettuahan on, että yhä useammat ulko-

---

7 *Mähönen* 2001 s. 374–375.

8 Ehdotus uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi s. 10. *C. G. af Schultén – Sten Finne – Pauli Koski – Eino Malinen*. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 9/1974. Helsinki.

maiset yhtiöt ovat perustaneet tai perustamassa tytäryhtiöitä Suomeen ja vastaavasti suomalaiset yhtiöt tytäryhtiöitä ulkomaille. Useimmilla – ilmeisesti jopa kaikilla – emo- tai tytäryhtiön kotipaikkana kysymykseen tulevilla mailla on huomattavasti uudenaikaisempi yhtiölainsäädäntö kuin Suomessa. Oman lainsäädäntömme saattamisella päiväntasalle on näin ollen sen lisäksi, mitä edellä on sanottu vanhentuneen yhtiölainsäädännön haitallisuudesta yhtiöiden kansainväliseen yhteistyöhön, se erityisen tärkeä merkitys, että ulkomaisilla yhtiöillä ei uudistuksen jälkeen ole enää Suomessa yleisesti ottaen sen suurempaa yhtiöoikeudellista vapautta kuin kotimaassaankaan."

EY:n perustamissopimuksen takaaman sijoittautumisen ja pääomanliikkeiden vapauden ja jäsenvaltioiden niitä kohtaan tunteman vastahankaisuuden merkitystä ei voida ylikorostaa tarkasteltaessa eurooppalaisen yritysoikeuden modernia historiaa. Yksi EY-projektin keskeisimpiä tavoitteita oli poistaa rajoitukset sisämarkkinoiden välisiltä pääomanliikkeiltä. Keskeiset osat EY:n perustamissopimusta koskevat yritysten sijoittautumisvapautta ja pääomien vapaata liikkuvuutta.[9] Näiden säännösten johdosta Suomenkin oli purettava oma rajoituslainsäädäntönsä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että eurooppalaisessa harmonisoinnissa olisi ollut kyse pääomanliikkeiden vapauttamisen voitonjuhlasta. Esimerkkejä tästä voidaan ottaa ainakin kolme.

Ensimmäisenä esimerkkinä voidaan mainita jäsenvaltioiden tiukka kontrolli strategisilla toimialoilla toimivista listatuista yhtiöistä erilaisilla yhtiöjärjestysmääräyksillä, joilla valtioiden omistamille osakkeille eli ns. kultaisille osakkeille suodaan muihin osakkeenomistajiin nähden ylivertaisia vetoja muita määräysvaltaoikeuksia.[10]

Toisena esimerkkinä voidaan mainita ne esteet, jotka jäsenvaltiot ovat asettaneet yhtiöiden sijoittautumisvapauden tielle. Näistä voidaan mainita muun muassa kieltäytyminen rekisteröimästä yhtiön kotipaikan siirto toiseen jäsenvaltioon.[11]

---

[9] Ks. esim. *Jukka Mähönen*: Sijoittautumisoikeus erityisesti yhtiöiden kannalta, s. 173 teoksessa Ojanen, Tuomas & Haapea, Arto (toim.), EU-oikeuden perusteita II: Aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia, Edita: Helsinki 2007 s. 161–189.

[10] Ks. esim. *Johannes Adolff*: Turn of the Tide?: The "Golden Share" Judgements of the European Court of Justice and the Liberalization of the European Capital Markets, German Law Journal 2002, saatavilla: http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=170.

[11] Ks. asia C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, tuomio 16.12.2008, ei julkaistu vielä oikeustapauskokoelmassa.

Kolmantena esimerkkinä voidaan mainita aineellisen yhtiöoikeudellisen harmonisoinnin ensimmäinen intensiivinen vaihe vuodesta 1968 vuoteen 1969, jolloin annettiin yhdeksän yhtiödirektiiviä ja yksi yhtiöasetus. Harmonisoinnin perusfilosofia oli yhtenäistää eurooppalaista yhtiöoikeutta suurten jäsenmaiden ehdoilla ja näin ehkäistä jäsenvaltioiden välinen yhtiölakikilpailu.[12]

Ensimmäisen esimerkin osalta komissio ryhtyi onnistuneesti haastamaan jäsenvaltioita 1990-luvun lopulla yhteisöjen tuomioistuimessa turvautuen perustamissopimuksen pääomien vapaata liikkuvuutta koskeviin määräyksiin. Toisen esimerkin osalta EY-tuomioistuin suhtautui pitkään varsin myötämielisesti jäsenvaltioiden oikeuteen asettaa esteitä yhtiöiden sijoittautumisvapauden tehokkaalle käytölle. Suhtautuminen kuitenkin muuttui tältäkin osin 1990-luvun lopulla ja ennen kaikkea 2000-luvulla. Kolmannen esimerkin purkautuminen liittyy laajempiin muutoksiin eurooppalaisilla rahoitusmarkkinoilla 1990-luvulla.[13]

Eurooppalaisten rahoitusmarkkinoiden globalisoituminen

Eurooppalaisen yhtiöoikeuden perusfilosofialle on ollut toisen maailmansodan jälkeen ominaista yhtäältä valtioiden korostunut rooli yritystoiminnassa rajat ylittäviä pääomanliikkeitä rajoittamalla sekä suoralla omistuksella. Saksalaiselle yhtiöoikeudelle on ollut lisäksi tyypillisestä työntekijöiden korostuneet määräysvaltaoikeudet suurten yhtiöiden hallinnossa. Rahoitusmarkkinoille on ollut taasen tyypillistä vahva velkarahoitus, josta ovat seuranneet vahvat yhtiöoikeudelliset velkojiensuojaoikeudet, sekä erityisesti pankkien vahva omistus suurissa yhtiöissä – kaikki tunnettuja suomalaisenkin yhtiöoikeuden piirteitä 1970-luvulta 1990-luvulle.[14]

Tämä malli kuitenkin murtui 1990-luvulla. 1990-luvun alun pankkien rahoitusvaikeuksista johtuen eurooppalaisetkin yhtiöt ovat joutuneet turvautumaan Euroopan ulkopuoliseen rahoitukseen, jonka säännöt poikkesivat olennaisella tavalla eurooppalaisesta. Yhdysvalloissa korostui 1980-luvulta lähtien sijoittajansuojaa ja ennen kaikkea osakkeenomistajan oikeuk-

[12] *Mähönen* 2007 s. 164.

[13] *Mähönen* 2007 s. 165.

[14] Ks. *Mähönen – Villa* 2006 s. 73–75.

sia korostava yhtiöfilosofia.[15] Olennainen osa tätä ovat yhtiön johdon korostuneet velvollisuudet osakkeenomistajia kohtaan, jotka ilmenevät yhtäältä aineellisina huolellisuuden ja lojaliteetin velvollisuuksina, toisaalta korostuneina tiedonantovelvollisuuksina ja kolmanneksi yritysostojen näkemisenä positiivisena seikkana, jolla tehostetaan yritysten toimintaa. Yritysjohdon tehtävänä on osakkeenomistajien omistaja-arvon maksimointi.[16]

Eurooppalaisesta näkökulmasta näitä ilmiöitä on pidetty pitkään negatiivisina seikkoina. Osakkeenomistajien oikeuksien, ennen kaikkea omistaja-arvon, on nähty olevan ristiriidassa yhteiskunnan kokonaisedun kanssa, jota on ammattiliittojen näkökulmasta pitkälti pidetty työntekijöiden olemassa olevien etujen suojaamisena. Tiedonantovelvollisuudet on nähty lähinnä niiden kääntöpuolen, kvartaalikapitalismin, kautta. Yritysostot on puolestaan nähty negatiivisesti yritysvaltauksina, jotka uhkaavat työntekijöiden ja paikallisyhteisöjen etua.[17]

Huoli eurooppalaisten yhtiöiden globaalista kilpailukyvystä on kuitenkin muuttanut asenteita jäsenvaltioissa. Tämä ilmenee jäsenvaltioiden kansallisten osakeyhtiölakien uudistamisen motiiveissa, kilpailukyvyssä ja joustavuudessa. Suomen voimassa olevan vuoden 2006 osakeyhtiölain (624/2006) esityöt kuvaavat jälleen kerran hyvin trendiä:[18]

> ”Esityksessä ehdotetaan uuden osakeyhtiölain säätämistä. Tavoitteena on joustava ja kilpailukykyinen osakeyhtiölaki, joka antaa riittävän turvan vähemmistöosakkeenomistajille ja velkojille. Lain tulisi palvella mahdollisimman hyvin erityisesti pieniä osakeyhtiöitä, jotka muodostavat valtaosan osakeyhtiöiden kokonaismäärästä… Esitystä valmisteltaessa on arvioitu, että yhtiöiden toimintamahdollisuuksien hallittu lisääminen on yritystoiminnan tehokkuuden ja yhtiöiden kilpailukyvyn kannalta keskeinen toimenpide.”

Myös Eurooppa-neuvostot ovat 1990-luvun lopulta lähtien ohjeistaneet Euroopan komissiota tehostamaan eurooppalaisia rahoitusmarkkinoita. Komissio on toteuttanut useita toimintaohjelmia, joilla on pyritty muuttamaan eurooppalaista yhtiöoikeutta entistä dynaamisemmaksi, joustavam-

---

[15] *Mähönen – Villa* 2006 s. 75.

[16] *Mähönen – Villa* 2006 s. 75–77.

[17] *Klaus J. Hopt*: Comparative Company Law, teoksessa Reimann, Mathias & Zimmermann, Reinhard (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press: Oxford 2006 s. 1161–1191.

[18] HE 109/2005 vp s. 16–17.

maksi ja rajat ylittäviä pääomanliikkeitä suosivaksi. Kyse ei ole pelkästään eurooppalaisten yhtiöiden kilpailuolosuhteista suhteessa kolmansiin valtioihin, vaan myös jäsenvaltioiden välisen kilpailun lisäämisestä myös yhtiöoikeuden alalla.[19]

Eurooppalainen yritysoikeus 2000-luvulla

Sääntelystrategian muutos on konkretisoitunut niissä instrumenteissa, jotka on annettu vuoden 2001 jälkeen. Näitä ovat ennen kaikkea säännökset, jotka liittyvät yhtiöiden antamaan taloudelliseen informaatioon, rajat ylittäviin yritysjärjestelyihin, yritysostoihin ja osakkeenomistajien oikeuksiin. Yhteistä näille säännöksille on erityisen huomion kiinnittäminen yhtäältä listattuihin yhtiöihin, toisaalta pk-sektoriin. Listattuja yhtiöitä koskevat tärkeimmät instrumentit liittyvät taloudellisen informaation kansainväliseen vertailukelpoisuuteen ja yhtiöiden toimien läpinäkyvyyteen, yritysostojen edistämiseen ja toisista jäsenvaltioista olevien osakkeenomistajien oikeuksien parantamiseen.[20]

Pk-sektoria on puolestaan pyritty auttamaan sääntelyä yksinkertaistamalla ja mahdollistamalla rajat ylittävät järjestelyt myös niille. Komission tavoitteita kuvaa hyvin sen vuonna 2003 antama yhtiöoikeuden toimintasuunnitelma, jossa korostetaan sisämarkkinoiden toiminnan tehostamisen ja pääomamarkkinoiden yhdentämisen edellyttävän uutta yhteisötasoista sääntelyä vähemmistöosakkeenomistajien ja velkojien etujen turvaamiseksi johdon ja määräävien osakkeenomistajien väärinkäytöksiä vastaan.[21] Toimintasuunnitelma kuvastaa myös teknologiaoptimismia, jonka mukaan ratkaisu rajat ylittävien pääomamarkkinoiden ongelmiin on Internet ja sen kautta tapahtuva sijoittajakommunikaatio.

Globaalia näkemystä kuvaa myös kolmansien valtioiden, ennen kaikkea Yhdysvaltojen, vaikutus sääntelyyn. Yhtäältä tämä näkyy mallien ottami-

---

[19] *Mähönen* 2007 s. 164.

[20] Viimeisimpänä esimerkkinä tästä trendistä voidaan mainita Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/36/EY, annettu 11 päivänä heinäkuuta 2007, osakkeenomistajien eräiden oikeuksien käyttämisestä julkisesti noteeratuissa yhtiöissä, EUVL 184, 14.7.2007 s. 17, ks. HE 52/2009 vp.

[21] Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle: Yhtiöoikeuden uudistaminen ja omistajaohjauksen (corporate governance) parantaminen Euroopan unionissa – etenemissuunnitelma. 21.5.2003. KOM(2003) 284 lopullinen.

sessa Yhdysvalloista, osaltaan sääntely-yhteistyönä. Oma osansa sääntely-intensiteetin korostumisessa oli yhdysvaltalaisilla malleilla, ennen kaikkea Enronin ja muiden suurten talousskandaalien jälkeen annetulla lainsäädännöllä, jolla kiristettiin voimakkaasti Yhdysvalloissa listautuneita yhtiöitä koskevaa sääntelyä. Saman mallin mukaan sääntelyä on lisätty myös EU:ssa erityisesti listattujen yhtiöiden osalta. Toisaalta kyse on aidosta vuoropuhelusta esimerkiksi tilinpäätöksen sääntelyn yhdenmukaistamisessa ja tilintarkastajien, yhtiöiden keskeisen valvontainstituution, valvonnassa.[22] Trendi on edelleen vahvistumassa finanssikriisin myötä.

Tulevaisuuden haasteet

Keskeisin globalisaation haaste eurooppalaisessa yritysoikeudessa ei ole kuitenkaan reagoiminen kansainvälisten pääomamarkkinoiden muutoksiin, vaan suhtautuminen kestävään kehitykseen. Amerikkalaisten mallien mukaan tehokkuusperiaatteella on perusteltu myös yritysten yhteiskuntavastuuta.[23] Tämän käsityksen mukaan tehokkaasti toimivat yritykset ottavat huomioon myös sosiaaliset reunaehdot ja ympäristönäkökohdat. Vastaavalla tavalla on perusteltu suhtautumista Euroopan väestön ikärakenteen muutokseen: tulevien eläkkeiden maksu riippuu ennen kaikkea julkisesti noteerattujen yritysten suorituskyvystä.

Voidaan kuitenkin epäillä, onko pelkkä tehokkuusperiaate riittävä keino varmistaa kestävän kehityksen toteutuminen myös eurooppalaisessa yritysoikeudessa. On esitetty näkemyksiä, jonka mukaan eurooppalaista yhtiöoikeutta tulisi aktiivisesti kehittää suuntaan, jossa yhtiöiden johdolle asetetaan aktiivinen velvollisuus ottaa toimissaan huomioon globaali kestävä kehitys. Tämä puolestaan lisäisi johdon valtaoikeuksia entisestään suhteessa osakkeenomistajiin.[24]

Tämä kehityslinja on kuitenkin kivulias. Pikemminkin on ollut nähtävissä sille vastakkaisia vaatimuksia kansallisen protektionismin lisäämiseksi,

---

[22] Ks. esim. *Jukka Mähönen*: Osakeyhtiön taloudellinen raportointi ja tilintarkastus s. 31 ja 84, Edita: Helsinki 2009.

[23] *Mähönen – Villa* 2006 s. 80–85.

[24] Ks. *Beate Sjåfjell*: Towards a Sustainable European Company Law: A Normative Analysis of the Objectives of EU Law, with the Takeover Directive as a Test Case, Kluwer International: Alphen Aan Den Rijn 2009.

joka on ollut nähtävissä esimerkiksi suomalaisessa keskustelussa, jossa korostetaan erityisesti kansainvälisten osakkeenomistajien ja suomalaisten työntekijöiden vastakkainasettelua, protektionismia ja suomalaisten työntekijöiden intressiä globaalin kehityksen sijasta.[25]

[25] Ks. esim. *Heikki Toiviainen*: Employees' co-determination in Finnish companies, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 2004 s. 25–45.

OIKEUSTURVA JA HALLINTO

Pekka Vihervuori

Human Rights and the Procedural Autonomy of National Decision-Making: Starting Points for the Theme

As the general theme of the current session of the group *Legal protection and administration* has been assigned *Human rights and the procedural autonomy of national decision-making*. Our judicial starting-points hence cover the scientific fields of human rights law, administrative law and procedural law, all of which here interact with each other in interesting ways. The delighting fact that our group consists of several experts on both administrative law and procedural law will undoubtedly appear to be fruitful.

Exogenous legal requirement and restraints impacting judicially the decision-making in national public authorities, and particularly that in courts of justice, are today reality in the European states. The situation is rather different from the era of autonomous national procedural regimes that continued to prevail only a few decades ago. That is not to say that foreign influences were unknown at those times. Such influences have of course always existed, but their legal nature has been different.

The main reason of the debates around autonomy of decision-making e.g. in Finland is the European Convention of Human Rights, or should we say the dynamic and sophisticated case-law of the European Court of Human Rights. Sometimes even suspicions within the national judiciary have been aroused. Of course European Union law and the European Court of Justice may have a say also in the procedural respect, but mainly regarding sectoral questions. The grasp of the latter is hence clearly less overwhelming.

The procedural impacts of the European Convention of Human Rights mainly concern procedures before national courts of justice, but in some respects they also may cover the procedures in national administrative bodies. E.g. the relevant total duration of proceedings may include the administrative stage prior to the court stage, according to several rulings of the Strasbourg Court. However, we should be careful with generalisations.

It is naturally also possible that the various purely national (e.g. constitutional) safeguards of legal protection of individuals impact the procedures further and deeper than those derived from the European Human Rights Convention. But in many cases these two spheres of judicial protection overlap, without being necessarily identical, as is the case often in Finland. This may make the basic legal reason for a single outcome more or less unclear.

The complex of questions related to access to justice and access to court is a self-evident basis for the discussions of this group. An overview on this fundamentally important item will be presented us by professor *Iain Cameron*. After that, we shall concentrate more generally on the procedural impacts of the Convention. I am certain that our discussions will once again also show that there is really much in common between the traditional fields of procedural law and administrative law – and that relevant differences still remain.

Matti Pellonpää

ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS AND PROCEEDINGS BEFORE COURTS IN LIGHT OF THE REQUIREMENTS IMPOSED BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AS INTERPRETED BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Finland ratified the European Convention on Human Rights in 1990 (Finnish Treaty Series 19/1990). In that year the Convention was also incorporated into domestic law by an act of Parliament (438/1990).

The Convention and the case-law of the European Court of Human Rights have significantly influenced proceedings before courts. However, the impact of the Convention on proceedings before administrative authorities has been less far-reaching.

It was at the outset clear that Finnish law, as it stood in 1990, did not guarantee the right to an oral hearing in a way fully compatible with the requirements of Article 6 (fair trial) as these requirements had been interpreted in the case-law of the Strasbourg court. Therefore Finland made a reservation in which it declared that "[f]or the time being, Finland cannot guarantee the right to an oral hearing as the current Finnish laws do not provide such a right", inter alia, as regards courts of appeal and certain administrative courts and tribunals. The reservation was gradually withdrawn as certain procedural reforms aligned Finnish law with Convention requirements. Today, oral proceedings before both courts of appeal and regional administrative courts are much more common than was the case at the time of the ratification of the Convention.

Another aspect of fair trial which has been influenced by the Convention concerns the right to adversarial proceedings, especially the right to comment on all documents submitted to the decision-making body. A number of judgments have found a violation in proceedings before, for example, the Insurance Court. This may sound surprising, as the right in question has been a traditional part of the right to be heard, also recognised in Finnish administrative law and procedure. However, Finnish administrative courts and tribunals tended to hold that communication of a document can in certain cases be dispensed with, if the document is regarded as irrelevant for the decision. On the other hand, the case-law of the European Court of Human Rights is very strict in this respect, the point of departure being that applicants should be given the opportunity to assess the relevance and weight of a particular document and to formulate any comments as they consider appropriate. The practice in Finland has gradually changed as a consequence of judgments by the European Court.

As to proceedings before general courts, violations of the right to adversarial proceedings as guaranteed by Article 6 have been found, for example, in a

continues on page 218

Matti Pellonpää

Euroopan ihmisoikeussopimuksen hallintomenettelylle ja lainkäytölle asettamat vaatimukset ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa

Johdanto

Suomi ratifioi Euroopan ihmisoikeussopimuksen (jäljempänä EIS tai ihmisoikeussopimus) vuonna 1990. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (jäljempänä EIT tai ihmisoikeustuomioistuin) oikeuskäytännön merkitys tunnustettiin jo tuolloin. Niinpä lainmuutosten ja varaumien tarvetta arvioitiin ei vain sopimustekstin vaan myös EIT:n sopimusmääräyksistä antamien tulkintojen valossa.[1] Sen jälkeen EIT on antanut paljon Suomea koskevia lainkäyttöön liittyviä ratkaisuja, samoin kuin muita maita koskevia ratkaisuja, joiden kautta EIS:n asettamat vaatimukset ovat täsmentyneet erityisesti lainkäytössä niin yleisten kuin hallintotuomioistuintenkin osalta.

Hallintomenettelylle ihmisoikeussopimuksella on ollut vähäisempi merkitys. Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeva sopimuksen 6 artikla asettaa pääsääntöisesti vaatimuksia ainoastaan tuomioistuinmenettelylle.[2] Toisin kuin Suomen PL (21 §) ja EU:n perusoikeusasiakirja,[3] ihmisoikeus-

[1] Ks. *Matti Pellonpää*: Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus Suomen näkökulmasta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 21/1988, Helsinki 1989.

[2] Ihmisoikeussopimuksesta yleisesti ks. *Matti Pellonpää*: Euroopan ihmisoikeussopimus, 4. p., Talentum: Helsinki 2005 ja sama: Europeiska människorättskonventionen, Talentum: Helsingfors 2007. Mainittu 6 artikla turvaa oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin henkilön ”oikeuksista ja velvollisuuksista” tai ”rikossyytteestä” päätettäessä.

[3] PL 21 §:stä ks. esim. *Pekka Hallberg*: Oikeusturva, teoksessa Perusoikeudet (WSLT, Oikeuden perusteokset), s. 651–666, Helsinki 1999. Perusoikeuskirjasta ks. esim. *Holger Rotkirch*: EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna – från politisk deklaration till rättsligt bindande normer och extern kontroll, teoksessa Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa, Juhlajulkaisu Allan Rosas (toim. Kaila H., Pirjatanniemi E., ja Suksi M.), s. 7–19, Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi: Turku 2008.

few cases involving alleged child abuse in which the accused persons' right to defence has, in the view of the European Court of Human Rights, not been respected.

However, the most common violation established in cases introduced against Finland before the European Court of Human Rights concerns the right to a trial within a reasonable time. Out of the 68 judgments finding a violation delivered by the end of March 2008, 47 concerned article 6, and the majority of these the length of proceedings. The numerous negative judgments in length cases have led to ongoing reform with a view to guaranteeing a remedy in such cases at the national level.

The European Convention on Human Rights and the case-law of the Strasbourg Court have had an impact especially on judicial proceedings in Finland. However, no revolutionary changes have occurred but rather adjustments which are in no way incompatible with the traditional values of the Finnish legal system.

sopimus ei turvaa oikeutta hyvään hallintoon omana ihmisoikeutenaan. Muilla artikloilla, kuten perhe-elämän suojaa koskevalla 8 artiklalla ja oikeusturvakeinoja yleisemmin koskevalla 13 artiklalla, on ollut tiettyä merkitystä myös esimerkiksi lastensuojeluun liittyvien, myös tuomioistuinvaihetta edeltävien menettelyjen osalta, mutta tätä voidaan kuitenkin pitää verraten rajallisena. Lisäksi on syytä mainita, että EIT:n oikeuskäytännöllä on ollut vaikutuksia myös eri hallinnon substanssialoilla perintöverotuksesta[4] aina nimilainsäädännön soveltamiseen[5] asti, mutta nämä jäävät tämän esityksen ulkopuolelle. Keskityn menettelyyn liittyviin kysymyksiin ja siltä osin erityisesti lainkäyttöön niin yleisissä kuin hallintotuomioistuimissakin. Tarkastelen asiaa erityisesti siltä kannalta, missä määrin ihmisoikeussopimus ja EIT:n oikeuskäytäntö ovat kaventaneet kansallista prosessiautonomiaa, mukaan luettuna lainsäätäjän harkintavalta prosessinormiston antamisessa. Pääpaino on ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa ja siitä johtuvissa velvoitteissa.

Alustavana huomiona voidaan todeta, että ihmisoikeussopimuksella ja EIT:n käytännöllä ei meillä ole ollut sellaista perustavaa laatua olevaa merkitystä kuten eräiden uusien demokratioiden kohdalla. Suomen sopimusjärjestelmään liittymisen jälkeen EIT:n toimivallan alaisuuteen on tullut useita postkommunistisia valtioita, joissa itse oikeusvaltion perusteissa on ollut huomattavia puutteita. Näiden parantamiseen EIT:n oikeuskäytäntö on osaltaan myötävaikuttanut ja samalla tasoittanut esimerkiksi Romanian ja Bulgarian tietä EU:n jäsenyyttä kohti.[6]

Meillä taas tällaiset perusteet olivat verraten hyvin olemassa mm. varsin kehittyneen, universaaleja prosessiperiaatteita noudattavan tuomioistuinlaitoksen kautta. Ylimmät tuomioistuimet perustettiin molemmat 90 vuotta sitten eli vuonna 1918 pian itsenäistymisen jälkeen.[7] Tuolloin ei puhuttu

---

[4] *Jokela v. Suomi*, tuomio 21.5.2002, Reports 2002-IV

[5] *Johansson v. Suomi* (6.9.2007, Reports 2007-). Myös aineellinen lastensuojelulainsäädäntö voidaan mainita esimerkkinä oikeudenalasta, joka on ollut esillä EIT:n ratkaisuissa. Ks. esim. *K. ja T. v. Suomi* (12.7.2001, Reports 2001-VII). Ks. myös *Satu Heikkilä*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomioiden valvonta, Lakimies 2007, s. 63–83, s. 73.

[6] Ks. esim. *Matti Pellonpää*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja Euroopan unioni, Lakimies 2005, s. 1229–1250, s. 1230.

[7] Tuon jälkeen erityisesti hallintolainkäytössä tapahtuneesta kehityksestä ks. *Matti Pellonpää*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja hallintolainkäyttö – kehityslinjoja, teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta (toim. Aalto, E., Vihervuori, P., Jääskinen N. ja Arolainen, T.), s. 625–643, Korkein hallinto-oikeus: Helsinki 2008.

”oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä”, mutta voidaan sanoa, että ylimpien tuomioistuinten perustaminen oli tärkeä askel luotaessa perusedellytyksiä myös myöhemmissä kansainvälisissä ihmisoikeusasiakirjoissa määritellyn oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamiselle. Onhan Euroopan ihmisoikeussopimuksenkin mukaan oikeudenmukainen oikeudenkäynti mahdollista vain lailla perustetussa ja riippumattomassa tuomioistuimessa.

Sen sijaan mitään ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaa tai vuoden 2000 perustuslain 21 §:ää muistuttavaa säännöstä ei pian ylimpien tuomioistuinten perustamisen jälkeen annettuun hallitusmuotoon sisältynyt. Ainoa tähän viittaava elementti oli nähtävissä HM 13 §:ssä, jonka taustaoletuksena voidaan pitää asianmukaisen ja puolueettoman lainkäytön olemassaoloa.[8]

Järjestelmän peruspiirteet säilyivät sellaisinaan useita vuosikymmeniä. Muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen (ja YK:n KP-sopimuksen) tärkeänä esikuvana toimineessa YK:n yleismaailmallisessa ihmisoikeuksien julistuksessa (1948) oli kylläkin varsin paljon ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaa muistuttava määräys,[9] mutta sen ei sellaisenaan voi katsoa juurikaan vaikuttaneen sen enempää yleisen lainkäytön kuin hallintolainkäytönkään kehittymiseen. Niinpä tässä kehityksessä hallintolainkäytön alalla sinänsä erittäin tärkeän merkkipaalun, hallintovalituslain (L muutoksenhausta hallintoasioissa 154/1950), säätämisessä ei orastavalla kansainvälisellä ihmisoikeusajattelulla voi katsoa olleen merkitystä.[10] Jälkikäteen tosin voidaan sanoa, että yleisen valitusoikeuden periaatteesta lähtevä hallintovalituslaki vahvisti etukäteen ”oikeuden saatavuutta” ja sitä kautta

---

[8] ”Älköön Suomen kansalaista tuomittako muussa oikeudessa kuin siinä, jonka alainen hän on.” Hallitusmuodon perusoikeusjärjestelmän yleisen hengen mukaisesti säännöksen voidaan katsoa suuntautuneen ennen muuta lainsäätäjään muistuttaen tätä velvollisuudesta turvata perusoikeus ”lain mukaan”. Ks. *Leena Halila*: Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista, s. 33, Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki 2000.

[9] Ihmisoikeuksien yleismaailmalliseen julistukseen (10.12.1948) sisältyy seuraava 10 artikla: ”Jokaisella henkilöllä on oikeus täysin tasa-arvoisesti siihen, että hänen asiansa tutkitaan oikeudenmukaisesti ja julkisesti riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa ratkaistaessa hänen oikeuksiaan tai velvollisuuksiaan tai häntä vastaan ajetun rikossyytteen perusteltuisuutta.”

[10] Sen enempää asiaa koskevassa hallituksen esityksessä (HE 40/1949 vp.) kuin lakivaliokunnan mietinnössä (N:o 23/1949 vp.) tai laki- ja talousvaliokunnan lausunnossa (N:o 15/1949 vp.) ei ole mitään asiaan viittaavaa. Myös vertailevat näkökohdat rajoittuivat lähinnä esityksessä (s. 2) olevaan toteamukseen, jonka mukaan jo ennen uutta lakia ”Suomessa on laajemmin kuin monessa muussa maassa jokainen, jonka oikeutta tai etua hallintopäätös koskee, oikeutettu hakemaan siihen muutosta ylemmältä viranomaiselta, viimeksi yleensä korkeimmalta hallinto-oikeudelta ja eräissä asioissa valtioneuvostolta”.

valmiuksia kohdata Euroopan ihmisoikeussopimuksen myöhemmin asettamat haasteet paremmin kuin oli laita esimerkiksi Ruotsissa. Tällaisen valitusoikeuden puuttuminen naapurimaassamme erinäisten hallintopäätösten osalta johti 1980-luvulla useisiin ihmisoikeustuomioistuimen langettaviin tuomioihin ja nämä puolestaan erityisen *rättsprövning*-oikeussuojakeinon luomiseen.[11] Tämä naapurimaassamme joillekin yllätyksenä tullut kehitys liittyy siihen, että EIT:n ”autonomisessa” tulkinnassa 6 artiklan soveltamisalaan eli oikeuksista ja velvollisuuksista (”civil rights and obligations” – ”droits et obligations de caractère civil”) ja rikossyytteistä päättämiseen kuuluvat monet eräissä järjestelmissä hallinto-oikeudellisiksi katsotut asiat.[12] Sopimusmääräyksen soveltamisalan rajat eivät vieläkään ole lopulliset, vaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö antanee lisävalaistusta niin ”civil rights and obligations” -kategorian kuin 6 artiklan soveltamisalaan niin ikään kuuluvan ”rikossyytteen” (criminal charge) käsitteen osalta.[13]

Vaikka Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioinnin tiellä ei nähtykään sen tyyppisiä perustavaa laatua olevia ongelmia oikeuden saatavuudessa, jotka olivat johtaneet useisiin Ruotsia koskeviin langettaviin tuomioihin 1980-luvulla,[14] ei sopimukseen liittyminen ollut aivan mutkatonta. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö oli tehnyt selväksi, että itse tuomioistuimissa harjoitettu menettely ei kaikilta osin riittänyt turvaaman sopimuksen 6 artiklan asettamien vaatimusten täyttymistä. Tämä koski erityisesti suullisia käsittelyjä.

---

[11] *Lagen om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut* (SFS 1988:205) säädettiin alun perin olemaan voimassa vuoden 1991 loppuun asti, minkä jälkeen sen voimassaoloa on jatkettu. Vuonna 2006 tuli voimaan pysyvä *rättsprövning*-laki (SFR 2006:304). Mainituista tuomioista tunnetuin annettiin tapauksessa *Sporrong ja Lönnroth v. Ruotsi* (23.9.1982, A 52). Se oli myös ylipäätään ensimmäinen Pohjoismaata vastaan annettu EIT:n tuomio, jossa vahvistettiin sopimusta loukatun.

[12] Tältä osin tapahtuneesta kehityksestä ks. *Pellonpää* 2007 s. 376–385.

[13] Voidaan mainita, että EIT:n suuri jaosto on antanut parin viime vuoden aikana kaksi tärkeätä Suomea koskevaa ratkaisua, joissa on ollut kysymys 6 artiklan soveltamisalasta. Tapauksessa *Jussila v. Suomi* (23.11. 2006, Reports 2006-XIV) katsottiin, että sopimusmääräyksen ”rikoshaara” soveltuu veronkorotusta koskevissa asioissa sanktion suuruudesta riippumatta. Tapaus *Vilho Eskelinen ym. v. Suomi*, (19.4.2007, Reports 2007-) merkitsi 6 artiklan soveltamisalan laajentamista virkamiesoikeudellisissa asioissa. Kummassakaan asiassa ei ollut kysymys tuomioistuimeen pääsystä (joka oli Suomessa turvattu) vaan suullisesta käsittelystä ja tapauksessa *Eskelinen* myös prosessin pituudesta.

[14] Kuitenkin erinäiset yksittäiset valituskiellot saattoivat olla ongelmallisia.

Suullinen käsittely

Vuonna 1990 olivat suulliset käsittelyt harvinaisia niin korkeimmassa hallinto-oikeudessa kuin muussakin hallintolainkäytössä, samoin kuin yleisten tuomioistuinten muutoksenhakuasteissa. Tämä asiantila oli ongelmallinen ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa, jossa korostui suullisen käsittelyn tärkeys yhtenä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijänä. Mm. eräät ruotsalaista hovioikeusmenettelyä koskeneet ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut paljastivat, että ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan hyväksyminen sellaisenaan johtaisi ongelmiin Strasbourgissa.[15] Sopimusta ratifioitaessa päädyttiinkin tekemään suullisten käsittelyjen osalta varauma. Se koski muun ohessa

> ”Käsittelyä hovioikeuksissa, korkeimmassa oikeudessa… oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 7 ja 8 §:n ja 30 luvun 20 §:n mukaisesti…
>
> Käsittelyä lääninoikeuksissa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa lääninoikeuslain 16 §:n ja korkeimmasta hallinto-oikeudessa annetun lain 15 §:n mukaisesti; käsittelyä, jossa vakuutusoikeus on viimeinen muutoksenhakuaste, vakuutusoikeuslain 9 §:n mukaisesti; käsittelyä tarkastuslautakunnassa tarkastuslautakunnasta annetun lain 8 §:n mukaisesti.”

Väliaikaiseksi tarkoitetun varauman alaa supistettiin 1990-luvulla sitä mukaa kuin toteutetut prosessiuudistukset tehostivat suullisen käsittelyn osuutta eri tuomioistuimissa. Yleisten tuomioistuinten kohdalla tällainen tärkeä uudistus oli hovioikeusuudistus. Se voidaan nähdä osana laajempaa reformia, jossa prosessijärjestelmässä siirryttiin kohti keskitettyä suullista oikeudenkäyntiä. Ihmisoikeussopimuksen ratifiointi ei yksinään aiheuttanut suullisten käsittelyjen lisääntymistä, mutta epäilemättä nopeutti uudistuksia ja vaikutti niiden sisältöön.[16]

Hallintotuomioistuinten osalta tärkein varaumaan liittyvä uudistus oli joulukuun alussa voimaan tullut hallintolainkäyttölaki (586/1996),[17] jonka

---

[15] Ks. *Pellonpää* 2005 (ed. alaviite 2) s. 402–404.

[16] Hovioikeusuudistuksesta ja sitä seuranneista hovioikeusmenettelyä koskevista uudistushankkeista ks. esim. Jatkokäsittelylupa hovioikeudessa (Komiteanmietintö 2008:3), s. 100–108.

[17] Ei-kotoperäisien oikeuslähteiden osalta muuttunutta suhtautumista kuvaa hallintolainkäyttölain ja hallintovalituslain esitöiden keskinäinen vertailu. Kun vuonna 1950 tyydyttiin suurin piirtein yhteen ylimalkaiseen virkkeeseen (ed. alaviite 10), sisältää hallintolainkäyttölakia koskeva HE 217/1995 vp. yleisperusteluissaan laajan kansainvälistä kehitystä ja

yksi tavoite oli tehdä mahdolliseksi varauman poistaminen hallintotuomioistuinten osalta.[18] Vastaavia muutoksia tehtiin muussakin lainsäädännössä.[19]

Tältä osin on tavoitteissa onnistuttu varsin hyvin, mikäli mittapuuksi otetaan EIT:n antamien langettavien tuomioiden määrä. Yleisten tuomioistuinten osalta on kylläkin sattunut, että suullisen käsittelyn pitämättä jättäminen on omalta osaltaan myötävaikuttanut siihen, että ihmisoikeussopimusta on katsottu loukatun, mutta 6 artiklan loukkauksia pelkästään sillä perusteella, että esim. hovioikeudessa ei ole pidetty suullista käsittelyä, ei ole sanottavasti vahvistettu. Tärkeänä poikkeuksena voidaan mainita tapaus *Muttilainen v. Suomi* vuodelta 2007 (22.5.2007), jossa 6 artiklaa katsottiin rikotun, kun hovioikeus ei ollut järjestänyt suullista käsittelyä todistajien kuulemiseksi.

Yleisesti ottaen ei suullinen käsittely kuitenkaan ole tuottanut merkittäviä ongelmia ihmisoikeussopimuksen näkökulmasta. Tavallaan meillä on menty jopa EIS:n sisältämiä vähimmäisvaatimuksia pitemmälle sikäli, että viimeksi mainitut eivät välttämättä edellyttäisi sen tyyppistä suullista pääkäsittelyä, jollaisia hovioikeuksissa OK 26:14 §:n nojalla pidetään riita-asiassa asianosaisen tai rikosasiassa asianomistajan tai vastaajan niin vaatiessa. EIS kylläkin edellyttää hovioikeusmenettelyssä suullista käsittelyä

---

ulkomaiden lainsäädäntöä koskevan jakson (2.2.), jossa selostetaan Ruotsin, Saksan ja Ranskan oikeutta, analysoidaan Euroopan ihmisoikeussopimuksesta aiheutuvia vaatimuksia sekä luodaan katsaus EU:n oikeuteen. Lisäksi esim. seuraavassa alaviitteessä mainitun 38 §:n yksityiskohtaisissa perusteluissa viitataan ihmisoikeussopimukseen ja ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön.

[18] Suullista käsittelyä koskevat säännökset sisältyvät hallintolainkäyttölain 37 ja 38 §:ään. Viimeksi mainitun sisältämän pääsäännön mukaan hallinto-oikeuden ”on toimitettava suullinen käsittely, jos yksityinen asianosainen pyytää sitä. Sama koskee korkeinta hallinto-oikeutta sen käsitellessä valitusta hallintoviranomaisen päätöksestä”. Asianosaisen pyyntö voidaan kuitenkin evätä, ”jos vaatimus jätetään tutkimatta tai hylätään heti tai jos suullinen käsittely on asian laadun vuoksi tai muusta syystä ilmeisen tarpeeton”. Lain 37 § koskee harkinnanvaraista suullista käsittelyä. Ennen hallintolainkäyttölakia yleistä oikeutta suulliseen käsittelyyn ei ollut. Esim. lääninoikeuslain (1021/1974) 16 §:n 1 momentin mukaan ”Lääninoikeus voi asian selvittämistä varten toimittaa suullisen käsittelyn”. Hallintolainkäyttölain suullista käsittelyä koskevista säännöksistä ks. *Pekka Hallberg – P. Ignatius – H. Kanninen*: Hallintolainkäyttölaki, s. 265–278, Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1997.

[19] Vakuutusoikeuslaissa on siltä osin kuin se koskee oikeutta suulliseen käsittelyyn hallintolainkäyttölain 38 §:ään viittaava säännös, 16 §:n 2 momentti (”Mitä hallintolainkäyttölain 38 §:ssä säädetään suullisen käsittelyn toimittamisesta yksityisen asianosaisen pyynnöstä hallinto-oikeudessa, koskee suullisen käsittelyn toimittamista vakuutusoikeudessa”).

laajemmin kuin meillä oli tavanomaista vanhan prosessijärjestelmän aikana, mutta ei välttämättä sen tyyppistä pääkäsittelyä ja niin laajaa todistajien uudelleen kuulemista kuin nykyinen lainsäädäntömme vaatii. Kansallinen prosessiautonomia on tässä suhteessa itse asiassa laajempi kuin joskus ehkä on ajateltu. Tapauksessa *Muttilainen* tuomio itse asiassa perustui pitkälti siihen, että suullinen käsittely jätettiin pitämättä, vaikka OK 26:15 § edellytti poikkeuksetta todistajien uudelleen kuulemista tilanteessa, jossa hovioikeus arvioi alioikeudessa vastaanotetun todistelun uskottavuutta.[20] Näin tiukkaa velvollisuutta todistajien uudelleen kuulemiseen ei ihmisoikeussopimus olisi lainsäädännöltä vaatinut. Ylipäätänsä EIT on aina korostanut sitä, että valtiolla on varsin laaja vapaus määritellä prosessin yksityiskohdista, kunhan tietyt minimivaatimukset täyttyvät ja kunhan prosessi kokonaisuutena arvioiden on oikeudenmukainen. Suullinen käsittely on selvä lähtökohta, mutta minkä tyyppinen se on, kuuluu tähän valtion harkintamarginaaliin. Osittain kysymys on ehkä siitä, että hovioikeusuudistuksen yhteydessä EIT:n oikeuskäytäntöä on haluttu tulkita laajentavasti tukemaan päämääriä, joita muistakin lähtökohdista pidettiin tavoittelemisen arvoisina. Näin ollen ihmisoikeussopimus ei pelkästään rajoita kansallista prosessiautonomiaa, vaan sopimusta voidaan käyttää myös oikeuspoliittisena argumenttina sopimuksen salliman autonomian puitteissa toimittaessa.

Hovioikeusmenettelyä ollaan parhaillaan uudistamassa.[21] Tässä yhteydessä esitetään siirtymistä muutoksenhakulupajärjestelmään (”jatkokäsittelylupa”) sekä pääkäsittelyä koskevien säännösten tarkistamista sen suuntaisesti, että vaatimus pääkäsittelyn järjestämiseen ei olisi niin ehdoton kuin tällä hetkellä. EIS:n ei voi katsoa olevan esteenä ehdotetuille uudistuksille.

Hallintolainkäytössä tilanne suullisen käsittelyn osalta on toisenlainen kuin esim. hovioikeusprosessissa sikäli, että suullinen käsittely vain täydentää pääasiassa kirjallista menettelyä. Näin ollen hallintoprosessin osalta ei voida puhua ”pääkäsittelystä”. Myös hallintolainkäyttölain ja vastaavan lainsäädännön soveltamisella on silläkin verraten hyvin pystytty turvaamaan ihmisoikeussopimuksen asettamien vaatimusten täyttyminen, jos mittapuuksi jälleen otetaan se, miten EIT on asiaan sen eteen tulleissa tapauksissa suhtautunut. Niinpä suullisen käsittelyn puuttumisen vuoksi ei ihmisoikeustuomioistuin varauman poistamisen jälkeen ollut kesään 2008 men-

[20] Ks. komiteanmietintö 2008:3 (ed. alaviite 16), s. 33–34.

[21] Em. komiteanmietintö 2008:3.

nessä – yhtä siirtymäkauden asiaksi luonnehdittavissa olevaa tapausta lukuun ottamatta – todennut 6 artiklan loukkauksia.[22] Sen sijaan ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä oli osoitettavissa useampiakin ratkaisuja, joissa suullisen käsittelyn pitämättä jättäminen on todettu sopimuksen mukaiseksi erityisesti ottaen huomioon ne perustelut, jotka suomalaiset hallintotuomioistuimet ovat tällaisille prosessiratkaisuille esittäneet.[23]

Tämä verraten hyvä saldo ei kuitenkaan johdu vain perusteluista eikä edes siitä, että suulliset käsittelyt ovat hallintoprosessissakin yleistyneet esim. lastensuojelu- ja veronkorotusasioissa. Osaselityksenä on myös se, että ihmisoikeustuomioistuimen alun perin varsin kategorinen linja on tältä osin muuttunut joustavammaksi. Näyttää siltä, että samalla kun 6 artiklan soveltamisala on tulkinnallisesti laajentunut koskemaan esim. tuhansia sosiaaliasioita, on hyväksytty se, että suullisen käsittelyn pitäminen ei ole itseisarvo, vaan kansallisella tuomioistuimella tulee olla mahdollisuus suhteuttaa se erityisesti vaatimukseen oikeudenkäynnin kohtuullisesta ajasta. Näin ollen EIT:n ja kansallisen tason välinen vaikutus ei ole yhdensuuntaista, vaan voidaan puhua vuorovaikutuksesta.

Yksi tapauksista, joissa suullisen käsittelyn puuttumista ei pidetty EIS:n vastaisena, oli ihmisoikeustuomioistuimen suuren jaoston ratkaisu tapauksessa *Jussila v. Suomi* (23.11.2006). Sen yleinen – ja yleiseurooppalainen – merkitys on ennen muuta siinä, että tuomiolla vahvistettiin 6 artiklan ”rikoshaaran” soveltuvan myös veronkorotusta koskeviin menettelyihin seuraamuksen mahdollisesta rahallisesta vähäisyydestä huolimatta. Ihmisoikeustuomioistuin esitti tuomiossaan kuitenkin merkittäviä näkökohtia myös suullisen käsittelyn osalta, vaikka se ei katsonutkaan suullisen käsittelyn puuttumisen loukanneen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia tuossa tapauksessa. Tämäkin tapaus osoittaa, että valtionsisäisillä tuomiois-

---

[22] Loukkaus vahvistettiin tapauksessa *L. v. Suomi* (27.4.2000), jossa lääninoikeus oli tehnyt useita huostaanottoon ja tapaamiskieltoihin liittyviä ratkaisuja pitämättä kertaakaan suullista käsittelyä. Nyt kysymyksessä olevilta osin 1.12.1996 lähtien poistetun varauman vuoksi ihmisoikeustuomioistuin oli toimivaltainen ainoastaan yhden 17.3.1997 annettuun päätökseen päättyneen menettelyn osalta, mutta se saattoi kiinnittää huomiota aikaisempiin vaiheisiin taustatietona toimivaltaansa kuuluvaa asiaa ratkaistessaan. Ottaen huomioon sen, että suullista käsittelyä ei ollut aikaisemminkaan tämän lastensuojeluasian missään vaiheessa pidetty, ihmisoikeustuomioistuin katsoi lääninoikeuden ratkaisun olla pitämättä vastoin valittajan pyyntöä tällaista käsittelyä 17.3.1997 päättyneessä menettelyssä ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan vastaiseksi. Ks. kohdat 127–133.

[23] Ks. esim. *Pellonpää* 2007 s. 404–405 ja siellä mainitut tapaukset.

tuimilla säilyy myös suullisten käsittelyjen osalta tietty prosessiautonomia, mutta että sen käyttäminen edellyttää valtionsisäisiltä tuomioistuimilta mm. selkeitä ja uskottavia perusteluja, mikäli tätä autonomiaa käytetään suullista käsittelyä koskevan pyynnön epäämiseen. Korkein hallinto-oikeus antoi vuonna 2007 kaksi ohjaavaksi tarkoitettua vuosikirjaratkaisua, joissa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö ja sen sisältämät parametrit on ikään kuin pyritty kääntämään hallintolainkäyttölain kielelle kotimaista lainsoveltajaa varten.[24]

Kesällä 2008 ihmisoikeustuomioistuin antoi kaksi tuomiota, joissa suullisen käsittelyn puuttuminen veronkorotusta koskevasta hallintoprosessista katsottiin 6 artiklaa loukkaavaksi. Ratkaisujen, jotka koskivat valtionsisäisellä tasolla vuosina 2001 ja 2002 päättyneitä prosesseja, ei voida katsoa olevan ainakaan periaatteellisessa ristiriidassa korkeimman hallinto-oikeuden vuoden 2007 vuosikirjaratkaisuissa tehtyjen linjausten kanssa.[25]

Muista oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksista

Vaikka varauma tehtiinkin vain suullisten käsittelyjen osalta, oli selvää, että ihmisoikeustuomioistuimen tuomiot saattaisivat paljastaa käytännöissä myös muita puutteita. Ottaen huomioon sen keskeisen aseman, joka kuulemisperiaatteella on prosessijärjestelmässämme, saattoi joillekin tulla yllätyksenä, että tältä osin on vahvistettu useita loukkauksia. Selityksenä on ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä omaksuttu tiukka kuulemisperiaate; lähtökohtana on, että asianosaisen tulee itse saada päättää, onko hänellä tarvetta vastata johonkin esitettyyn lausumaan tai asiakirjaan. Erityisesti suomalaisessa hallintolainkäytössä taas on oltu taipuvaisia katsomaan, että tuomioistuimen aineelliseen prosessinjohtoon kuuluu siitä päättäminen, että merkityksettömästä asiakirjasta tai lausumasta ei välttämättä ole kuultava asianosaista. EIT:n ajattelussa näkyy yksilön oikeuksia painottava lähtökohta, kun meillä taas perinteisesti prosessi on ehkä enemmän nähty hallinnon valvontana, jonka heijastusvaikutuksista yksilö hyötyy. Oli miten oli, heti ensimmäinen asiaa koskeva langettava tuomio johti vakuu-

[24] Tapaukset KHO 2007:67 ja KHO 2007:68. Näistä ks. esim. *Matti Pellonpää – V. Heikkilä*: Veronkorotus ja suullinen käsittely hallintolainkäytössä, Verotus 1/2008, s. 17–25.

[25] Viitatut tapaukset ovat *Kallio v. Suomi* ja *Hannu Lehtinen v. Suomi* (molemmat 22.7.2008).

tusoikeuden työjärjestyksen muutokseen, jolla kuulemisperiaatetta tehostettiin.[26]

Sitä, että muutokset perinteisissä ajattelutavoissa eivät tapahdu käden käänteessä, osoittaa tuore korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytäntö. Kahdessa vuonna 2008 antamassaan vuosikirjaratkaisussa ylin hallintotuomioistuin nimittäin purki EIT:n oikeuskäytäntöön viitaten vakuutusoikeuden päätöksen kuulemisvirheen takia ja palautti asian vakuutusoikeuteen uudelleen käsiteltäväksi.[27]

Myös yleisiä tuomioistuimia koskevan prosessin osalta on kuulemisperiaatetta vahvistettu loukatun. Näin oli tapauksessa *Kuopila v. Suomi* (27.4.2000), jossa syytettyä ei kuultu syyttäjän hovioikeudelle jättämän lisätutkintapöytäkirjan johdosta. Eräissä rikosasioissa on 6 artiklan 1 ja 3 kpl:een loukkauksia vahvistettu sillä perusteella, että langettava tuomio on perustunut sellaisten henkilöiden lausumiin, joita ei ole kuultu pääkäsittelyssä. Näistä voidaan mainita tapaus *Mild ja Virtanen v. Suomi* (26.7.2005), joka kansallisella tasolla johti tuomion poistamiseen tuomiovirhekantelun johdosta.[28] Viime vuodelta taas on useampikin tuomio, joka liittyy lasten seksuaalista hyväksikäyttöä koskeneisiin prosesseihin. Näitä ovat tapaukset *W. v. Suomi* (24.4.2007), *A.H.V. v. Suomi* (10.5.2007) ja *F. ja M. v. Suomi* (17.7.2007). Todettakoon selvyyden vuoksi, että EIT:n oikeuskäytännössä ei vaadita, että syytetyllä olisi oikeus pääkäsittelyssä kuulustella väitetyn seksuaalirikoksen uhriksi joutunutta lasta. Oikeuden-

---

[26] *Kerojärvi v. Suomi,* 19.7.1995 (A 322), joka tosin ei ollut kysymys tyypillisestä hallintolainkäyttöasiasta, vaan sotilasvamma-asiasta, jossa vakuutusoikeuden päätökseen haettiin muutosta korkeimmalta oikeudelta. Ks. *Pellonpää* 2007 s. 228, 410–411. Tuomion johdosta Suomen hallitus raportoi tuomioiden täytäntöönpanoa valvovalle Euroopan neuvoston ministerikomitealle vakuutusoikeuden työjärjestykseen tehdyistä muutoksista. Ks. Ministerikomitean päätöslauselma DH(96)607 ja id., s. 228. Kuulemisperiaatetta katsottiin loukatun myös tapauksissa *K.P. v. Suomi* ja *K.S. v. Suomi,* molemmat 31.5.2001. KHO:ta koski vastaavan loukkauksen tapauksessa *The Fortum Corporation v. Suomi* (15.7.2003) vahvistanut tuomio.

[27] Tapaukset KHO 2008:44 ja 45.

[28] Ks. KKO 2007:36, ensimmäinen korkeimman oikeuden julkaistu ratkaisu, jossa sovellettiin OK 31-luvun 2 §:ää ja erityisesti sen 3 momenttia lailla 666/2005 muutetussa muodossa. (”Kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden valvomissa toimivaltaisen lainkäyttö- tai valvontaelimen todettua oikeudenkäyntivirheen asian käsittelyssä, kantelu voidaan 2 momentin estämättä tehdä kuuden kuukauden kuluessa kyseisen valvontaelimen lopulliseksi jääneen ratkaisun antamisesta”). Sen, että EIT:n tuomio voi toimia myös purkuperusteena, oli osoittanut jo ratkaisu KKO 1998:33.

mukainen oikeudenkäynti edellyttää kuitenkin, että puuttuva konfrontaatio korvataan esimerkiksi mahdollisuudella esittää asianomistajalle kysymyksiä välillisesti.

Hallintolainkäytön osalta on mahdollista sanoa, että järjestelmään on kuulemisen osalta sisältynyt EIS:n vastainen piirre, joka on pitkälti korjaantunut. Prosessiautonomia on kaventunut sikäli, että käytäntöjä on ainakin eräiden tuomioistuinten kohdalla jouduttu tiukentamaan. Tätä ei voida pitää lähtökohtaisesti huonona asiana. Yleisten tuomioistuinten osalta kuulemisen suhteen kysymys lienee enemmän ollut yksittäistapauksista (esim. *Kuopila*), jos kohta lasten hyväksikäyttöä koskeviin prosesseihin liittyvät ratkaisut saattavat olla merkkinä hieman laajemmasta ongelmasta.

Edellä viitattiin siihen, että perustelut ovat keino, joiden avulla valtionsisäinen tuomioistuin voi vakuuttaa EIT:n (tai ylemmän kotimaisen tuomioistuimen) prosessiratkaisunsa, esimerkiksi suullisen käsittelyn epäämisen, perustelluisuudesta. Yleisissä tuomioistuimissa sopimuksen loukkaus on todettu tapauksessa *Suominen v. Suomi* (1.7.2003), jossa ei ollut ollut annettu riittäviä perusteluja sille, että tietty tarjottu näyttö kieltäydyttiin vastaanottamasta.

Päätöksen perustelut ovat myös tavallaan arvo sinänsä eli yksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijä. Tältä viimeksi mainitulta kannalta vakuutusoikeuden päätöksen perustelu on joissakin yksittäistapauksissa katsottu sopimuksen 6 artiklan kannalta epätyydyttäväksi.[29]

Prosessin pituus on osoittautunut sekä yleisiä että hallintotuomioistuimia koskevaksi ongelmaksi. Vuoden 2008 maaliskuun loppuun mennessä oli Suomea vastaan annettu 68 langettavaa tuomiota, joista 47 koski sopimuksen 6 artiklaa. Viimeksi mainituissa puolestaan valtaosassa loukkaus vahvistettiin prosessin liian pitkän keston perusteella. Nämä koskivat sekä yleisissä tuomioistuimissa käytävää prosessia että hallintolainkäyttöä,[30] joskin tuomioiden määrän valossa oikeudenkäynnin kesto on enemmän osoittautunut yleisiä tuomiostuimia ja niissä erityisesti rikosprosessia, esitutkinta mukaan luettuna, koskevaksi ongelmaksi.

Hallintolainkäytön puolella nimenomaan prosessin pituutta koskevien tapausten yhteydessä esiintyy tilanteita, joissa ihmisoikeussopimuksen 6

---

[29] *Hirvisaari v. Suomi* (27.9.2001); *H.A.L. v. Suomi* (27.1.2004).

[30] Esim. *Launikari v. Suomi* (5.10.2000) (kirkon elimissä ja KHO:ssa käyty prosessi, jota erityisesti Kirkkohallituksen antama väärä valitusosoitus oli pitkittänyt) ja *Vilho Eskelinen v. Suomi* (19.4.2007, Reports 2007).

artikla asettaa vaatimuksia myös hallintomenettelylle, erityisesti meidän järjestelmässämme hallintomenettelyksi luonnehdittavalle oikaisumenettelylle. EIT:n vakiintuneen käytännön mukaan nimittäin prosessin pituutta ja sen kohtuullisuutta arvioitaessa on huomioon otettava myös tuomioistuinmenettelyä edeltävä oikaisuvaatimus- tai vastaava menettely, mikäli se on edellytyksenä tuomioistuimeen pääsylle. Tapauksessa *Vilho Eskelinen ym. v. Suomi* myötävaikutti lääninhallituksessa useita vuosia kestänyt oikaisumenettely ratkaisevasti siihen, että 6 artiklan sisältämää kohtuullisen ajan vaatimusta oli loukattu asiassa, joka lääninhallituksen jälkeen jatkui hallintotuomioistuimissa.

Tavallaan oma lukunsa on tapaus *Ekholm v. Suomi* (24.7.2007), jossa 6 artiklaa katsottiin loukatun paitsi prosessin pituuden myös sen kautta, että Etelä-Ahvenanmaan terveyslautakunta ei ollut 10 vuoteen ryhtynyt toimenpiteisiin hallintotuomioistuinten päätösten täytäntöönpanemiseksi[31] EIT totesi, että myös hallintoviranomaiset ovat osa valtiota, jota sitoo *rule of law* -periaate, ja viittasi aikaisempaan käytäntöönsä, jossa tämän periaatteen ja 6 artiklan vastaiseksi on katsottu se, että tuomioistuimen ratkaisu jää vaille konkreettisia vaikutuksia. Tässäkin 6 artiklan vaikutukset ulottuivat hallintomenettelyyn.

Prosessin pituus on siis osoittautunut sekä yleisiä tuomioistuimia että hallintotuomioistuimia koskevaksi ongelmaksi, jonka osalta on myös ryhdytty toimenpiteisiin. Tältä osin voidaan viitata OM:n työryhmämietintöön 2006:21, Oikeussuojakeinot oikeudenkäynnin viivästymistä vastaan, joka koskee molempia prosessilajeja. Mietinnössä kaavaillaan viivästyskantelua preventiivisenä keinona ja erityisen hyvityslautakunnan perustamista rahallisen hyvityksen suorittamista varten. Taustalla ovat ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut, joissa tapauksen olosuhteiden on paitsi katsottu loukanneen 6 artiklaa myös paljastaneen sen, että Suomesta puuttuu ihmisoikeussopimuksen 13 artiklan edellyttämä tehokas oikeuskeino kohtuuttoman pitkien prosessien osalta.[32]

---

[31] Tapaus liittyi valittajien naapurissa sijainneeseen koiratarhaan ja siitä aiheutuneisiin häiriöihin. Hallintolainkäyttöä eräässä mielessä sivuaa myös *Posti ja Rahko* (24.9.2002, Reports 2002-VII), jossa oli kysymys mm. valitusoikeuden puuttumisesta tietyistä normiluonteisiksi katsotuista päätöksistä. Vastaavanlaisesta tilanteesta oli kysymys tapauksessa *Stark ym. v. Suomi* (9.10.2007), jossa Suomen hallitus hyväksyi loukkauksen yksipuolisella julistuksella ja sitoutui korvauksen maksamiseen. Tällaisesta menettelystä ks. *Pellonpää* 2007 s. 173–174.

[32] Ks. erityisesti *Kangasluoma v. Suomi* (20.1.2004). Ks. myös *Heikkilä* LM 2007 s. 73.

Työryhmän mietintö ei ole toistaiseksi johtanut konkreettisiin jatkotoimiin, osittain ilmeisesti sen vuoksi, että asian osalta on varsin paljon erimielisyyttä. Hallintomenettelyn ja hallintolainkäytön osalta asia on myös hallintolainkäyttötoimikunnan pohdittavana. On mahdollista, että uudistettavaan hallintolainkäyttölakiin (tai sen korvaavaan lakiin) tulee säännökset erityisestä viivästysvalituksesta.

Lainsäädännöllisiä toimenpiteitä odotellessa tuomioistuimet ovat joutuneet osoittamaan tiettyä innovatiivisuutta kehiteltäessä oikeussuojaa liian pitkiä menettelyjä vastaan. Rikosprosessissa tämä on ollut mahdollista ottamalla menettelyn kesto huomioon rangaistusta mitattaessa.[33] Varsin mielenkiintoinen oli korkeimman oikeuden ennakkopäätös 2008:10, jossa ei tosin ollut kysymys rikosprosessin vaan vapaudenriiston pituudesta. Henkilö joutui olemaan perusteettoman vapaudenriiston kohteena runsaat kolme vuorokautta sen vuoksi, että hänet oli etsintäkuulutettuna toimitettava vankilaan, jossa vankilan johtajalla oli oikeus päättää hänen päästämisestään ehdonalaiseen vapauteen. Hänet oli toimitettava vankilaan siitä huolimatta, että oli selvää, että hän oli jo suorittanut 2/3 rangaistuksestaan, joten hän oli oikeutettu pääsemään ehdonalaiseen vapauteen RL 2:13 §:n nojalla. Vankilaan lähettämisestä aiheutui ylimääräinen vapaudenmenetys. KKO katsoi, että E:llä ei ole oikeutta korvaukseen sen enempää syyttömästi vangitulle tai tuomitulle valtion varoista vapaudenmenetyksen johdosta maksettavasta korvauksesta annetun lain kuin vahingonkorvauslainkaan nojalla. Silti ihmisoikeussopimuksesta ja perusoikeuksista johtui, että hänellä oli ”oikeus loukkauksena hyvittävään oikeussuojakeinoon Suomen viranomaisen edessä” (kohta 21). Korvaus määräytyi samoja kärsimyskorvausta koskevia perusteita noudattaen kuin syyttömästi vangitulle tai tuomitulle maksettava korvaus asiaa koskevan lain mukaan. Tämä on yksi esimerkki siitä, miten tuomioistuinten velvollisuus – tai niiden kokema velvollisuus – varmistaa kansainvälisten velvoitteiden toteutuminen pakottaa uudenlaisiin ratkaisuihin. Samalla tällaisten ratkaisujen tarpeen voi sanoa vähitellen vahvistavan tuomioistuinten asemaa suhteessa muihin valtioelimiin. Toisin sanoen, yhtäältä kansainväliset velvoitteet, mukaan lukien EU-oikeus, kaventavat tuomioistuinten prosessiautonomiaa, toisaalta samalla välillisesti vahvistavat tuomioistuinten asemaa.[34]

---

[33] Ks. *Pellonpää* 2007 s. 66.

[34] Ks. myös *Matti Pellonpää*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY:n tuomioistuimen vaikutuksista Suomen valtiosäännön kannalta, teoksessa Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme, Heikki Karapuu 30.12.1944–15.6.2006 (toim. H. Kanninen, H. Koskinen, A. Rosas, M. Sakslin ja K. Tuori), s. 103–127, Edita: Helsinki 2009.

Menettelyjen pituuden osalta mahdollisuudet hyvittää oikeudenloukkaus ovat suurimmat rikosprosessin kohdalla. Yleisissä tuomioistumissakin siviiliasioissa mahdollisuudet ovat vähintäänkin rajalliset, koska ei ole juuri ajateltavissa, että yhtä asianosaista suositaan prosessin pituuden perusteella toisen yksityisen asianosaisen – vastapuolen – kustannuksella. Hallinnossa ja hallintolainkäytössä mahdollisuudet tuomioistuinten innovatiivisuudelle lienevät rajoitetut. Ei voida ajatella, että esimerkiksi patenttiasiassa korkein hallinto-oikeus kumoaisi viranomaisen patenttihakemukseen antaman kielteisen ratkaisun sillä perusteella, että menettely patentti- ja rekisterihallituksessa on kestänyt kohtuuttoman kauan. Veronkorotusasiassa saattaisi ainakin teoriassa kysymykseen tulla veronkorotuksen alentaminen, mutta tästä ei toistaiseksi ole ainakaan korkeimman hallinto-oikeuden käytäntöä.

Kokoavia näkökohtia ihmisoikeussopimuksen merkityksestä kansallisen prosessiautonomian rajoittajana

Yleisten tuomioistuinten prosessi on muuttunut huomattavasti EIS:n voimassaoloaikana. Ihmisoikeussopimus on myötävaikuttanut muutoksiin sekä antanut legitimiteettiä uudistuksille, jotka joissakin tapauksissa ovat jopa menneet sopimuksen asettamia vähimmäisvaatimuksia pitemmälle. Itse asiassa eräissä suhteissa PL 21 § rajoittaa tavallisen lainsäätäjän toimintavapautta enemmän kuin kansainvälinen normisto. Niinpä hovioikeuden valituslupajärjestelmä on hovioikeusmenettelyn eräiden uudistushankkeiden yhteydessä nähty ongelmallisena nimenomaan perustuslain kannalta.

Myöskään hallintolainkäytön osalta EIS ei aseta niin tiukkoja vaatimuksia kuin joskus ehkä on ajateltu. Niinpä hallintolainkäyttölakia säädettäessä hylättiin ajatus katselmusta keveämmän tarkastusmahdollisuuden säätämisestä siten, että ”valitusviranomainen voisi katselmuksen sijasta toimittaa vähäisemmissä asioissa tarkastuksen, johon osallistuisivat vain yksi tai kaksi oikeuden jäsentä.”[35] Sen mahdollisuudesta keskusteltiin hallintolainkäyttölakia säädettäessä, mutta ajatus hylättiin sillä perusteella, että tällainen ”tarkastus päätösvaltaista kokoonpanoa pienemmässä kokoonpanossa olisi vastoin oikeudenkäynnin välittömyysperiaatetta”. Tässä yhteydessä viitattiin Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja myös siihen, että ”välittömyys-

[35] LaVM 5/1996 vp, s. 5. ”Tarkastus” tunnetaan vesilaissa (264/1961, 17:13 §) ja ympäristönsuojelulaissa (86/2000, 99 § 1) mutta ei hallintolainkäyttölaissa.

periaatteen toteuttaminen suomalaisessa oikeudenkäynnissä on ollut yksi keskeisimmistä lähtökohdista uudistettaessa siviili- ja rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyä alioikeuksissa".[36] Perustelujen läpi paistaa ehkä ajatus siitä, että yleinen prosessi tarjoaa jonkinlaisen ideaalin, johon hallintolainkäyttö olisi sopeutettava riippumatta niistä erityistarpeista, joita tällä prosessihaaralla on. Oli miten tahansa, on hyvin epätodennäköistä, että tarkastus katsottaisiin EIT:ssa sopimuksen vastaiseksi jossain maankäyttö- tai rakennusasiassa pelkästään sillä perusteella, että sen toimittamiseen osallistuisi ainoastaan osa ratkaisukokoonpanon jäsenistä. Mikäli EIT tuomitsi tällaisen menettelyn sopimusta loukkaavaksi, se tavallaan välillisesti kritisoisi omia menettelyjään. Sekä EIT:n omassa että sitä aikaisemman Euroopan ihmisoikeustoimikunnan käytännössä todistajien kuuleminen ja katselmuksen tyyppinen näytön hankinta, silloin kun sellaiseen turvaudutaan, tapahtuu näet poikkeuksetta varsinaista ratkaisukokoonpanoa pienemmässä kokoonpanossa. Tyypillisesti ratkaisukokoonpano, seitsemän hengen jaosto tai 17-jäseninen suuri jaosto, valtuuttaa kolmijäsenisen delegaation kuulemaan todistajia tai vierailemaan vankilassa tai muussa laitoksessa.[37] Ei vaikuta todennäköiseltä, että tällaisessa asiassa ihmisoikeustuomioistuimen omaa käytäntöä suuresti muistuttava menettely katsottaisiin jotenkin automaattisesti ihmisoikeussopimuksen vastaiseksi. Tarkastuksen sopimuksen mukaisuus riippunee pikemminkin siitä, miten sitä koskeva sääntely toteutetaan ja millaiseksi käytäntö muodostuisi. Hallintolainkäyttölain meneillään olevassa uudistustyössä tarkastusinstituutiota ei tulisi hylätä sillä perusteella, että se olisi sellaisenaan vastoin ihmisoikeussopimusta.

Äskeinen on esimerkki siitä, että alkuvaiheessa EIS:n ehkä ajateltiin asettavan vaatimuksia, jotka pakottavat hallintoprosessin muuttumaan enemmän tai vähemmän yleisissä tuomioistuimissa käytävän prosessin kaltaiseksi.[38] Tosiasiassa muutospaineet eivät ole olleet dramaattisia. EIS on tuonut hyödyllisiä impulsseja ja kehittänyt oikeusturvatakeita esimerkiksi sitä kautta, että suullisia käsittelyjä pidetään eräissä asiaryhmissä, kuten lasten-

[36] LaVM 5/1996 vp, s. 5.

[37] Siitä miten tämä tapahtuu, ks. *Matti Pellonpää*: Under vilka förutsättningar kan anonyma vittnesmål och annan anonym bevisning accepteras?, JFT 2008, s. 148, s. 151–152.

[38] *Olli Mäenpää* kirjoitti vuonna 1989, että "erityinen hallintolainkäyttöprosessi on mahdollinen, mutta vain suhteellisen ahtaissa rajoissa". *Mäenpää* LM 1989 s. 287. Myös tämän kirjoittaja osallistui pohdiskeluihin siitä, saattaisiko hallintolainkäytössä vallitseva "heikko kaksiasianosaissuhde" osoittautua ongelmalliseksi EIS:n valossa. *Matti Pellonpää*: Euroopan ihmisoikeussopimus, 1. p., s. 284, Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1991.

suojelu- ja veronkorotusasioissa, paljon aikaisempaa enemmän, samoin kuin tehostanut kuulemisperiaatetta. Eräällä tavalla voidaan sanoa siirrytyn ”hallinnon valvonnasta” kohti ”yksilön oikeuksien” turvaa.[39]

Kuitenkaan järjestelmän perusteisiin käyviin muutoksiin ei ole tätä kautta jouduttu. Pikemminkin näyttää siltä, että sitä mukaa kuin EIT:n oikeuskäytännössä 6 artiklan soveltamisala on laajentunut koskemaan monia hallinnossa ja hallintolainkäytössä ratkaistavia asioita, on EIT osoittanut lisääntyvää ymmärtämystä hallintolainkäytön erityisiä tarpeita varten. Se on alkanut enenevästi tulkita 6 artiklaa tällaisten tarpeiden valossa sen sijaan, että yleisen lainkäytön yhteyksissä alun perin kehittyneitä vaatimuksia sovellettaisiin sellaisinaan myös hallintoprosessiin.

Niinpä tuossa oikeuskäytännössä on vahvistettu, että esimerkiksi viralllisperiaate ja siihen liittyvä tuomioistuimen aktiivinen rooli asian selvittämisessä ei sinänsä ole vastoin ihmisoikeussopimusta.[40] Myöskään se, että tuomioistuin jättää hallinnolle tiettyä harkintavaltaa, ei ole vastoin EIS:ta siitä huolimatta, että EIT on korostanut, että 6 artiklan vaatimukset täyttävällä tuomioistuimella tulisi olla ”täysi toimivalta” kaikkien tosiasia- ja oikeuskysymysten tutkimiseen. Tapauksessa *Zumtobel v. Itävalta* (21.9.1993, A 268), joka koski Itävallan ylimmässä hallintotuomioistuimessa käytyä pakkolunastukseen liittyvää prosessia, ihmisoikeustuomioistuin ei katsonut 6 artiklan edellyttävän tuomioistuimelta samanlaista mahdollisuutta tosiasioiden tutkimiseen kuin vaadittaisiin joillakin muilla prosessin aloilla. ”Kontrollitiiviyden” ei toisin sanoen tarvitse olla sama kuin yleisen prosessin ydinalueilla, vaan 6 artiklan kanssa sopusoinnussa on se, että hallintoviranomaiselle jää väistämättä tiettyä hallinto-oikeudelle tyypillistä harkintavaltaa, johon EIS:n 6 artikla ei vaadi tuomioistuinta puuttumaan.[41]

Juuri viitattu tendenssi näkyy myös vuodelta 2006 olevassa tapauksessa *Jussila v. Suomi*. Siinä ihmisoikeustuomioistuin yhtäältä katsoi, että veron-

---

[39] Vrt. *Olli Mäenpää*: Hallintoprosessi – hallinnon valvontaa vai oikeuksien turvaa?, Oikeus 2007, s. 325–331.

[40] Tapauksessa *Krcmar ym. v. Tsekin tasavalta* (3.3.2000) ei ihmisoikeustuomioistuin pitänyt 6 artiklan kannalta ongelmallisena sitä, että valtiosääntötuomioistuin pyysi omasta aloitteestaan lausuntoja eri viranomaisilta. Sopimusmääräystä rikkoi ainoastaan se, että osapuolia ei kuultu pyydettyjen lausuntojen johdosta. Ks. kohdat 38–46.

[41] Tuomion kohta 32: ”Regard being had to the respect which must be accorded to decisions taken by administrative authorities on grounds of expediency and to the nature of complaints made by the Zumtobel partnership, the review by the Administrative Court, in this instance, fulfilled the requirements of Article 6 § 1.”

korotusprosessi kuuluu 6 artiklan ”rikoshaaran” piiriin, toisaalta korosti, että se ei lukeudu rikosprosessin ”ydinalueisiin”. Niinpä suullisen käsittelyn pitämisvelvollisuutta arvioidessaan ihmisoikeustuomioistuin haki pikemminkin johtoa ”civil rights” -haaraan kuuluvien hallinto-oikeudellisten ja -prosessuaalisten asioiden osalta muodostuneesta käytännöstä kuin varsinaisen rikosprosessin osalta noudatetuista periaatteista. Esimerkiksi sosiaaliturvaan liittyvissä sinänsä 6 artiklan soveltamisalaan kuuluvissa prosesseissa EIT oli jo aiemmin useissa yhteyksissä korostanut, että harkittaessa suullisen käsittelyn pitämistä on otettava huomioon myös muut 6 artiklan suojaamat arvot, erityisesti oikeus kohtuullisessa ajassa tapahtuvaan prosessiin. Systemaattinen suullisten käsittelyjen pitäminen saattaisi vaarantaa sen, että oikeus oikeudenkäyntiin toteutuu kohtuullisessa ajassa.[42] Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimen aikaisemmin ehkä jossain määrin ”doktrinaalinen” asenne suullisen käsittelyn pitämisvelvollisuuteen näyttäsi relativisoituneen sitä mukaa kuin erityisesti massaluontoinen hallintomenettely ja siihen liittyvä tuomioistuinprosessi ovat tulkinnallisesti tulleet 6 artiklan soveltamispiiriin.

Lopuksi

Euroopan ihmisoikeussopimus ja ihmisoikeustuomioistuin ovat vaikuttaneet oikeudenkäyntimenettelyyn ja kaventaneet kansallista prosessiautonomiaa. Tämä on kuitenkin tapahtunut tavalla, joka on sopusoinnussa järjestelmämme perinteisten lähtökohtien kanssa. Aikaisemmin mainitsemattomiin asioihin, joihin EIT:n oikeuskäytännöllä on ollut vaikutusta sekä lainsäädännön että kansallisen oikeuskäytännön tasolla, kuuluu esimerkiksi kysymys tuomarin esteellisyydestä.[43] Hyvän hallinnon takeet sen sijaan kehittyvät verraten vapaina EIS:n asettamista vaatimuksista, mutta EU:n muodollisesti sitovaksi tulevalla perusoikeusasiakirjalla saattaa (PL 21 §:n lisäksi) olla tulevaisuudessa tältä osin kasvava merkitys. Myös oikeuden-

[42] Ks. esim. *Schuler-Zgraggen v. Sveitsi* (24.6. 1993, A 263), kohta 58 (”Systematically holding hearings could be an obstacle to ’the particular diligence required in social security cases’…and could ultimetly prevent compliance with the ’reasonable time’ requirements of Article 6 § 1…”). Ks. myös *Pellonpää* 2007 s. 364–368.

[43] Niinpä muutama vuosi sitten uudistettu OK 13 luku (441/2001) perustuu paljolti EIS:n ja EIT:n oikeuskäytännön tarjoamaan malliin.

käyntimenettelyn osalta on muistettava, että ihmisoikeussopimuksen lisäksi myös EU-oikeus vaikuttaa tärkeällä tavalla. Niinpä koko julkisten hankintojen oikeusturvajärjestelmän, jossa keskeisenä toimijana on markkinaoikeus, taustalla ovat EY:n oikeusturvadirektiivit.[44]

Olen viitannut siihen, että kansallisten tuomioistuinten ja EIT:n välinen vaikutus ei ole yhdensuuntaista vaan kysymyksessä on vuorovaikutussuhde. Sama pätee EY:n tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten ja muun kansallisen tason väliseen suhteeseen. Vaikka yleensä täällä kansallisella tasolla olemme vastaanottavana osapuolena suhteessa EU:hun ja EY:n tuomioistuimeen, ei tämäkään vaikutus ole yksisuuntaista. Esimerkiksi suomalaiset ja pohjoismaiset käsitykset ovat vaikuttaneet hyvän hallinnon ja asiakirjojen julkisuusperiaatteen kehittymiseen EU-oikeudessa, EU:n perusoikeusasiakirja mukaan luettuna. Myös eurooppalaisten tuomioistuinten väillä on vuorovaikutussuhde esim. sikäli, että EY:n tuomioistuin hakee johtoa EIT:n oikeuskäytännöstä ja päinvastoin. Tänä päivänä eurooppalainen oikeusturvakenttä voidaankin nähdä kolmipoolisena järjestelmänä, jossa kaikki – kansallinen taso, EU-taso ja Strasbourg – saavat vaikutteita toisiltaan Tämä on minusta vain hyvä asia, sillä kokemus osoittaa, että ulkopuolisen tarkastelun ja vaikutuksen alaisena oleminen ei ole kenellekään haitaksi.[45]

---

[44] Ks. esim. *Petri Kuoppamäki*: Uusi kilpailuoikeus, s. 346–, WSOYpro: Helsinki 2006.

[45] Painatusvaiheessa tapahtuneen kehityksen osalta voidaan mainita, että Eduskunta hyväksyi huhtikuussa 2009 lain oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä sekä siihen liittyvät lait. Vuonna 2010 voimaan tuleviksi tarkoitetut lait perustuvat hallituksen esitykseen 233/2008 vp, joka poikkeaa tärkeiltä osin tekstissä mainitusta työryhmämietinnöstä 2006:21.

Laura Ervo

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE NATIONAL POWER TO DECIDE[1]

It has been alleged that the European Court of Human Rights has taken over the national power to decide. In this article, this claim is discussed especially from the national point of view concentrating on aspects which help in keeping the power to decide at the national level.

First, it has to be clarified what fairness is and how it can be found? Is it something which only the court members in Strasbourg can find? The hypothesis in this article is that because of the evolutionary and dynamic principle of interpretation, the concept of fairness is flexible and therefore even national courts can interact with their decisions with the contents of the fairness concept.

Secondly, according to the subsidiarity principle the main idea of the European Convention is not to delegate to the European Court of Human Rights the national power to decide but to resolve even hard cases at the national level. In addition, the European Court of Human Rights has underlined that the Member States have the freedom to choose the tools with which they fulfill the demands of a fair trial. The concept of the national marginal of discretion is the other tool in keeping the power to decide at the national level. In making decisions, the European Court of Human Rights makes comparative studies in order to clarify the so-called pan-European standard.

Summa summarum, the Member States enjoy considerable discretionary power at national level in interpreting and applying the European Convention on Human Rights – if they just can use it. Therefore, national courts should give good reasons for their decisions and especially take the point of the European Convention into consideration in decision-making. With the help of deep, good, multifaceted, and open grounds, the national court can keep discretionary power at national level. The tool for that is to argue in such a way that even the European Court of Human Rights will be satisfied with the given grounds.

The other possibility to keep the discretion of power at the national level is to use constitutional fundamental rights as practical tools in decision-making. No hindrance exists to developing a wide, deep, and multifaceted national court culture in using national civil rights as an instrument in fulfilling national and international demands on fundamental and human rights. From this point of view, Finnish court culture still has wide possibilities to go further.

[1] My point of view is especially the article 6 in the ECHR.

Laura Ervo

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja kansallinen päätösvalta*

Euroopan ihmisoikeustuomioistuinta (EIT) on toisinaan syytetty kansallisen päätösvallan anastamisesta. Aiheesta on viime vuosina käyty keskustelua etenkin muissa Pohjoismaissa.[1] Kotimaassakin kansallinen menettely koetaan toisinaan oikeudenmukaisemmaksi kuin Strasbourgissa tehdyt ratkaisut.[2] Molemmat asiat ovat jääneet mietityttämään ja artikkelini sisältää ajatuksia siitä, perustuvatko nämä väitteet, pelot ja tuntemukset faktoihin eli missä määrin päätösvalta menettelyn oikeudenmukaisuudesta lopulta on kansallisella tasolla.

Mitä oikeudenmukaisuus on ja miten sen löytää?

Jos pelätään Strasbourgissa päätettävän suomalaisen prosessin oikeudenmukaisuudesta silloinkin, kun kansallinen menettelymme ja kansalliset ratkaisumme vaikuttaisivat menettelyllisesti oikeilta, on ensin ratkaistava kysymys siitä, mitä EIS 6 artiklassa edellytetty oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus on, sekä miten ja mistä tämän oikeudenmukaisuuden löytää. Onko oikeudenmukaisuus kuin ”Pandoran lipas”, joka on EIT:n hallussa? Onko EIT:lla yksinoikeus kurkistaa lippaaseen?

Pia Letto-Vanamo totesi artikkelissaan ”Oikeuden ja oikeudenmukaisuuden historiallinen suhde”, että ”– – oikeudenmukaisuutta ei ole missään valmiina, vaan me tavoittelemme sitä – ehkä jotenkin samaan tapaan kuin

---

* Tarkastelen kysymystä erityisesti EIS 6 artiklan soveltamisen näkökulmasta.

1 Ks. tästä keskustelusta lähemmin esim. *Laura Ervo*: Förhållandet mellan Europadomstolen och nationella domstolar – finländska perspektiv s. 411–412. Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2006 s. 411–422.

2 Tämä kommentti perustuu ihmis- ja perusoikeuksia käsitelleillä kursseilla käytyihin keskusteluihin erityisesti tuomareiden ja syyttäjien kanssa.

taitelijat [sic] ja tieteenharjoittajat vaalivat kauneutta ja totuutta tietämättä tarkkaan, mitä ne oikeastaan ovat."[3]

Tämä pitää paikkansa myös EIS 6 artiklassa vaaditun oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden osalta. Oikeudenmukaisuutta ei ole valmiina Euroopan ihmisoikeussopimuksessa, sillä sopimusta tulkitaan evolutiivis-dynaamisesti ja sen sisältöä kehitetään sanamuotoa muuttamatta EIT:n oikeuskäytännön avulla. Evolutiivis-dynaaminen tulkinta ei perustu "hokkuspokkus-temppuihin", joiden avulla EIT löytäisi oikeudenmukaisen tulkinnan hallussaan olevasta "Pandoran lippaasta". Lippaaseen kurkistamisen sijasta EIT perustaa tulkintansa oikeusvertailulle sekä yleiseurooppalaiselle standardille ja ottaa lisäksi huomioon kansallisen harkintamarginaalin. Näin ollen EIT ammentaa sisällön oikeudenmukaisuudelle paljolti suoraan jäsenvaltioiden käytännöistä. O*ikeudenmukaisuutta ei siten ole valmiina edes Strasbourgissa*.

Subsidiariteettiperiaate

EIS:n perusideana ei ole, että ongelmanratkaisu siirrettäisiin EIT:lle. Sen sijaan tavoitteena on, että kiperät kysymykset ja hankalat tilanteet ratkaistaan ensisijaisesti sopimusvaltiossa. EIT:n rooli on vain toimia varaventtiilinä silloin, kun ongelmanratkaisu kansallisella tasolla ei syystä tai toisesta ole onnistunut.[4]

EIS:een liittyvän valvontajärjestelmän alkuperäinen idea on ollut sen toissijaisuus kotimaisiin oikeusturvan takeisiin nähden. Kaikille laeille ja sopimusmääräyksille, jotka asettavat EIS:een verrattuna pidemmälle menevää suojaa, on annettava etusija.[5]

Kuten *Matti Pellonpää* on todennut, EIT on erityisesti viime vuosina korostanut tämän *subsidiariteettiperiaatteen* merkitystä. Sen mukaan ih-

---

[3] *Pia Letto-Vanamo*: Oikeuden ja oikeudenmukaisuuden historiallinen suhde s. 72. Teoksessa Samuli Hurri (toim.): Demokraattisen oikeuden ehdot. Helsinki: Tutkijaliitto 2008 s. 61–72.

[4] *Laura Ervo*: Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus – käsikirja lainkäyttäjille. Helsinki: WSOYpro 2008 s. 16.

[5] EIS 35 art. ja sitä kommentoiden *Mia Mari Spolander*: Menettelyn joutuisuus oikeudenmukaisen rikosoikeudenkäynnin osatekijänä. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007 s. 46.

misoikeusongelmat pitäisi siis ratkaista ensi sijassa kansallisella tasolla.[6] EIT on lisäksi korostanut sopimusvaltioiden vapautta valita kansallisella tasolla ne keinot, joiden avulla EIS 6 artiklan vaatimus oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta toteutetaan.[7]

Kansallinen harkintamarginaali

Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltamisessa ja tulkinnassa sopimusvaltioille on jätetty tietty, niin sanottu *kansallinen harkintamarginaali*, jolla tarkoitetaan mahdollisuutta päättää kansallisella tasolla siitä, miten kukin oikeus toteutetaan. EIT:n näkökulmasta on tärkeintä, että oikeudet toteutetaan tehokkaasti. Sen sijaan sillä ei ole tarvetta puuttua oikeuksien toteuttamisen tapaan, kunhan menettely sinällään ei ole sopimuksen vastaista tai perustu muutoin hylättäviin keinoihin.[8]

EIT on korostanut, että kansalliset tuomioistuimet ovat kansallisten olosuhteiden arvioinnissa paremmassa asemassa kuin kansainvälinen tuomioistuin. Tämän vuoksi EIT on niihin nähden toissijaisessa asemassa.[9] Etenkin tietyissä asioissa, kuten lasten huostaanotossa, kansallisilla viranomaisilla on EIT:ta paremmat mahdollisuudet arvioida tilannetta ja sen asettamia vaatimuksia jo senkin vuoksi, että ne voivat olla välittömässä vuorovaikutuksessa asianosaisten kanssa. Lisäksi EIT on – paitsi konkreettisesti – myös abstraktimmassa mielessä etäällä asianosaisista ja kyseessä olevasta ensi sijassa kansallisesta ongelmatilanteesta. EIT sijaitsee maantieteellisesti kaukana ja valituksen eteneminen vie oman aikansa, jolloin myös ajallinen etäisyys alkuperäiseen tilanteeseen on ehtinyt muodostua merkittäväksi. Näistä syistä EIT on hyväksynyt lähtökohtaisesti laajan kansallisen harkintamarginaalin olemassaolon.[10]

Valtion kansallinen harkintamarginaali ja sen rajat ovat olleet usein esillä myös EIT:n oikeuskäytännössä. Sanahaku ”valtion harkintamarginaali” tuotti Finlexistä 158 ratkaisua, joista 12 oli suuren jaoston ratkaisemia. Näin

---

6 *Matti Pellonpää*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki: Talentum 2005 s. 45.

7 Esim. *Hadjianastassiou v. Kreikka* (*16.12.1992*).

8 *Raimo Pekkanen*: Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaperiaatteita s. 359. Lakimies 1991 s. 353–365 ja *Ervo* 2008 s. 16.

9 *Pekkanen* 1991 s. 362.

10 *Pellonpää* 2005 s. 230–231.

ollen harkintamarginaalioppi on EIT:n elävää oikeuskäytäntöä. Harkintamarginaaliopin sisältöä ja rajoja valaisevat hyvin kaksi Isoa-Britanniaa koskevaa suuren jaoston ratkaisua.

Tapauksessa *Hatton ja muut (8.7.2003)* EIT käsitteli laajasti valtion harkintamarginaalin merkitystä asiassa, jossa oli kysymys siitä, olivatko viranomaiset ryhtyneet riittäviin toimenpiteisiin yölennoista aiheutuneen meluhaitan johdosta. Tässä tapauksessa EIT viittasi perusteluissaan monipuolisesti myös harkintamarginaalia koskevaan aikaisempaan oikeuskäytäntöönsä.

Ensinnäkin EIT viittasi EIS:n *olennaisesti toissijaiseen luonteeseen*. *Kansallisilla viranomaisilla oli välittömät demokraattiset valtuudet ja EIT:ta paremmat edellytykset arvioida paikallisia tarpeita ja edellytyksiä. Yleisen politiikan alueella, jolla mielipiteet saattoivat perustellusti erota huomattavasti toisistaan, oli pantava erityistä painoa kotimaisen poliittisen päättäjän asemaan.*

Tämän jälkeen EIT otti esille aikaisempaa kansallista harkintamarginaalia koskevaa oikeuskäytäntöään ja totesi, että *James ja muut* -tapauksessa EIT oli pitänyt luonnollisena, että lainsäätäjällä tuli olla väljää harkintamarginaalia sosiaalisen ja taloudellisen politiikan alueilla. Esimerkiksi *Powell ja Rayner* -tapauksessa EIT oli todennut, että EIS:n elinten asiana ei ollut korvata muulla arviolla kansallisten viranomaisten arviota siitä, mikä mahdollisesti oli paras menettelytapa vaikeissa sosiaalisissa ja teknisissä kysymyksissä eli kun säänneltiin kohtuutonta lentomelua ja yksilölle kotimaisen oikeusjärjestelmän puitteissa tarjottavia hyvityskeinoja. EIT oli myös muissa ympäristökysymyksiä koskeneissa tapauksissa, esim. rakennusasioissa, katsonut, että valtiolle täytyi myöntää väljää harkintamarginaalia. EIT oli perustellut tuota käsitystään *Buckley*-tapauksessa, jossa valittajalle ei ollut myönnetty tarvittavaa rakennuslupaa asuntovaunun sijoittamiseksi omalle maalleen.

Toisaalta EIT oli oikeuskäytännössään katsonut, että kun *rikoslakien* muodossa ilmenevällä hallituksen politiikalla puututtiin *yksityiselämän erityisen intiimeihin puoliin*, hallituksen harkintamarginaali oli rajoitettua. Siten harkintamarginaalin osalta EIT:n oli käsillä olevassa tapauksessa otettava kantaa ristiriitaisiin näkemyksiin. Hallitus vaati väljää marginaalia sillä perusteella, että tapaus koski yleisen politiikan alaan kuuluvia asioita. Valittajien mukaan marginaali oli tiukka, kun vaikutukset kohdistuivat siihen intiimiin seikkaan, miten henkilöt kykenivät nukkumaan. Tuollainen ristiriita voitiin ratkaista vain kunkin tapauksen oloissa. Tapauksen oloissa EIT katsoi, että viranomaiset eivät olleet olennaisesti ylittäneet harkintamarginaaliaan punnitessaan kilpailevia intressejä. EIS 8 artiklaa ei ollut rikottu.

Dicksonin tapauksessa *(4.12.2007)* oli kysymys yksityis- ja perhe-elämän suojan loukkauksesta, kun vangille ei järjestetty mahdollisuutta saada puolisonsa kanssa omaa lasta keinosiemennyksen avulla.

EIT totesi, että arvioidessaan oikeudenmukaista tasapainoa kilpailevien intressien välillä EIS jätti kansallisille viranomaisille tiettyä EIT:n oikeuskäytännössään toteamaa harkintamarginaalia. Marginaalin väljyys riippui useista seikoista kuten rajoitetun toiminnan laadusta ja rajoitusten tavoitteista. *Siten valtion harkintamarginaali oli ahtaampaa silloin, kun kysymys oli yksilön olemassaolon tai identiteetin kannalta erityisen tärkeästä seikasta kuten siitä, että henkilö halusi tulla geneettiseksi vanhemmaksi. Marginaali oli kuitenkin väljempää silloin, kun Euroopan Neuvoston (EN) jäsenvaltioissa ei ollut konsensusta asianomaisten intressien suhteellisesta painotuksesta tai siitä, miten niitä oli parhaiten turvattava. Kansallisilla viranomaisilla oli suora yhteys yhteiskuntaansa ja sen tarpeisiin, joten niillä oli kansainvälistä tuomioistuinta paremmat edellytykset arvioida julkista etua varsinkin silloin, kun tapaus toi esille vaikeita kysymyksiä ja erilaisia sosiaalisia menettelytapavalintoja. Tällaisissa tapauksissa EIT ei yleensä puuttunut lainsäätäjän valintoihin paitsi jos ne olivat ilmeisen perusteettomia. Väljää marginaalia oli valtiolla myös silloin, kun oli löydettävä tasapaino kilpailevien yksityisten ja julkisten etujen tai EIS:n takaamien oikeuksien välillä.*

EIT pani merkille, että yli puolet sopimusvaltioista salli vankien aviolliset tapaamiset, jolloin ei ilmeisesti ollut tarvetta tarjota lisämahdollisuuksia keinosiemennykseen. EIT:ssa ei vielä ollut ollut tapausta, jossa se olisi joutunut ottamaan kantaa siihen, edellyttikö EIS mahdollisuutta sellaisiin tapaamisiin. Niin ollen valtioilla oli tällä alueella väljää harkintamarginaalia. Tässä tapauksessa EIT tuli kuitenkin siihen tulokseen, että valtio oli ylittänyt harkintamarginaalinsa.

Kansallisella harkintamarginaalilla on siten merkitystä myös asetettaessa rajoja oikeuksille ja niiden toteuttamiselle. Harvat EIS:ssa turvatut oikeudet ovat ehdottomia, vaan monesti niihin liittyy rajoituslauseke tai oikeuden laajuutta on tulkittu EIT:n oikeuskäytännössä. Tällaisissa tilanteissa kiinnitetään huomiota myös valtion kansalliseen harkintamarginaaliin, jonka nimissä on mahdollista tehdä tiettyjä rajoituksia demokraattisen yhteiskunnan niin edellyttäessä. Rajoitukset on voitava perustella pakottaviksi ja niillä on oltava hyväksyttävä tavoite, kuten vaikkapa rikollisuuden torjuminen. Rajoituksen pitää kuitenkin olla oikeassa suhteessa sillä tavoiteltavaan hyötyyn eli kansallisella harkintamarginaalilla ei voida poiketa suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta.[11] Marginaali on siis sitä väljempi, mitä rajoituskelpoisemmasta oikeudesta on kyse.[12]

---

[11] *Ervo* 2008 s. 17, *Pellonpää* 2005 s. 229–232, *Spolander* 2007 s. 101 ja *Kari Uoti*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin – lainkäyttäjä oikeuden tekijänä. Helsinki: Helsingin yliopisto 2004 s. 202–224 ja 329–334.

[12] EIS:n sisältämät oikeudet voidaan jakaa absoluuttisiin, rajoituskelpoisiin ja rajoitusehdot sisältäviin oikeuksiin. *Spolander* 2007 s. 93.

Valtiolle kuuluvan harkintamarginaalin rajat eivät ole täsmällisesti määriteltävissä, vaan ne määrittyvät in casu. Mitä täsmällisemmästä sopimusmääräyksestä on kyse ja mitä yhtenäisempi oikeuskäsitys sopimusvaltioissa tältä osin vallitsee, sitä kapeampi harkintamarginaali yksittäisellä sopimusvaltioilla on. Vastaavasti niissä asioissa, joissa moraalikäsitykset sopimusvaltioissa varioivat selvästi, valtion harkintamarginaali on väljempi.[13] Harkintamarginaaliopin on katsottu laajentuneen etenkin 1980–1990-luvuilla, joskin sitä on samanaikaisesti myös kritisoitu.[14]

Lisäksi EIT soveltaa myös *konsensuaalista tulkintaa* pyrkiessään löytämään tasapainon jäsenvaltioiden erityispiirteiden ja EIS:n päämäärien välillä. Konsensuaalinen tulkinta on keskeinen myös valtion harkintamarginaaliopin vuoksi ja se sopii erityisen hyvin sellaisten kysymysten ratkaisemiseen, joista sopimusvaltioiden näkemykset poikkeavat toisistaan selvästi.[15]

Oikeusvertailu ja yleiseurooppalainen standardi

EIT suorittaa myös *oikeusvertailua*. Ratkaisua tehdessään se kiinnittää huomiota muissa jäsenvaltiossa vallitsevaan tilanteeseen ja yleiseen käytäntöön. Näin ollen myös yhteiskunnallisella kehityksellä ja sopimusvaltioissa vallitsevalla tilanteella on merkitystä sopimuksen tulkinnassa.[16] *Evolutiivisen* tulkinnan mukaan tulkinnan tuleekin seurata sopimusvaltioissa tapahtuvaa oikeudellista ja yhteiskunnallista kehitystä.[17] Lisäksi sopimusta on tutkittava *dynaamisesti* eli kehittäen sitä kaiken aikaa vastaamaan kulloisenkin yhteiskunnan tarpeita.[18]

---

[13] *Pekkanen* 1991 s. 363.

[14] *Jukka Viljanen*: Uusi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin aloittaa toiminnan marraskuussa s. 63. Oikeus 1/1998 s. 54–65.

[15] *Spolander* 2007 s. 101 av. 54.

[16] *Ervo* 2008 s. 17 ja *Spolander* 2007 s. 102.

[17] *Pekkanen* 1991 s. 359 ja *Spolander* 2007 s. 100.

[18] *Hans Danelius*: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Stockholm: Norstedts juridik 2002 s. 55 ja *Spolander* 2007 s. 101. Usein puhutaan evolutiivis-dynaamisesta tutkinnasta, jolla yhdistetään molemmat edellä mainitut aspektit. Näin esim. *Ervo* 2008 s. 13 ja *Pellonpää* 2005 s. 213–214.

EIT:n dynaaminen ote ei siis saa perustua tuomioistuimen intuitioon kulloinkin vallitsevista kehitystarpeista, vaan EIT:n on kyettävä perustelemaan tulkintojensa muutokset objektiivisesti perustamalla muutokset yhteiskunnallisen ilmapiirin ja demokraattisten arvojen muutokseen. Apuvälineenä perustelemisessa EIT käyttää sopimusvaltioihin kohdistuvaa oikeusvertailua. Jäsenvaltioiden taso ilmentää eurooppalaista oikeuskulttuurisidonnaisuutta, jota on lupa käyttää mittapuuna evolutiivis-dynaamisessa tulkinnassa.[19] Seuraavassa esimerkkejä EIT:n oikeuskäytännöstä, jossa EIT on hyödyntänyt oikeusvertailua ratkaisussaan.[20]

Tapauksessa *Tyrer v. Iso-Britannia (25.4.1978)* oli kysymys siitä, oliko Mansaaren lainsäädännön mukaisesti 15-vuotiaalle langetettu ruumiillinen rangaistus epäinhimillinen tai halventava rangaistus.

EIT:n mukaan EIS on elävä asiakirja, jota on tulkittava nykypäivän olosuhteiden valossa. EIT viittasi päätöstä tehdessään ruumiillisten rangaistusten käytön historiaan Euroopan neuvoston jäsenmaissa ja näissä maissa vallitseviin kriminaalipoliittisiin standardeihin. EIT:n mukaan Man-saarella oli jääty tästä yleiseurooppalaisesta kehityksestä jälkeen.

Belgiaa koskeneessa tapauksessa *Marckx (13.6.1979)* oli kysymys siitä, loukkasivatko avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen ja hänen äitinsä välistä suhdetta koskevat kansallisen lain säännökset heidän EIS:n ja 1 lisäpöytäkirjan turvaamia oikeuksiaan perhe-elämän ja omaisuuden suojaan. Lisäksi oli kysymys syrjinnästä, kun aviolapsen osalta oli erilaista kohtelua.

Väitetyn syrjinnän osalta EIT katsoi, ettei valtio voinut toimillaan tukea perinteistä avioliittoon perustuvaa perhettä siihen perustumattoman perheen vahingoksi. Tosin *EIS:n valmistelun aikaan useat Euroopan valtiot katsoivat erilaisen kohtelun sallituksi. EIS:ta on kuitenkin tulkittava ajan hengen mukaan. Nykyisin useimmissa EN:n jäsenvaltioista lapsen aseman vahvistamista koskeva lainsäädäntö on kehittynyt kohti täydellistä tasa-arvoa.* Lisäksi lapsen asemasta ja sen vahvistamisesta on kaksi eurooppalaista yleissopimusta (Brysselin konventio 12.9.1962 ja Euroopan konventio 15.10. 1975), mikä ilmentää sitä, että *nykyaikaisissa yhteiskunnissa on selvää yhteistä pohjaa lainsäädännön osalta.* Tähän nähden Belgian laista johtuva kohtelun erilaisuus ei ollut perusteltavissa asiallisin ja hyväksyttävin syin.

Pretto v. Italia (8.12.1983) tapauksessa, joka koski tuomion julkistamista, EIT viittasi EN:n *jäsenvaltioiden pitkään perinteeseen*, minkä *vuoksi EIT ei katsonut olevansa sidottu sanamuodonmukaiseen tulkintaan*.

---

[19] *Ervo* 2008 s. 13 ja 17 sekä *Spolander* 2007 s. 102.

[20] Oikeusvertailua koskevasta EIT:n oikeuskäytännöstä ja sen analysoinnista ks. lisäksi myös *Pellonpää* 2005 s. 215–222 ja *Spolander* 2007 s. 102.

Tapauksessa *Odièvre v. Ranska (13.2.2003)* oli kysymys siitä, loukattiinko yksityiselämän suojaa, kun kansallinen laki salli anonyymin synnytyksen ja vastasyntyneen lapsen luovutuksen adoptiota varten eikä lapsella ollut myöhemmin oikeutta saada äitinsä henkilöllisyyden paljastavia tietoja

EIT totesi, että vaikka EIS 8 artikla tarkoitti lähinnä turvata yksilöä viranomaisten mielivaltaiselta puuttumiselta, se ei pelkästään velvoittanut valtiota pidättymään sellaisesta puuttumisesta. Tuon negatiivisen velvollisuuden lisäksi yksityiselämän tehokkaaseen suojaan saattoi sisältyä positiivisia velvollisuuksia. Nämä velvollisuudet saattoivat koskea ryhtymistä toimenpiteisiin yksityiselämän suojaamiseksi jopa yksityisten välisten suhteiden alueella. *Valtion positiivisten ja negatiivisten velvollisuuksien välistä rajaa ei voitu määritellä tarkoin.* Kuitenkin soveltuvat periaatteet olivat samoja. *Kummassakin tapauksessa kilpailevien intressien välillä täytyi löytää oikeudenmukainen tasapaino ja valtiolla oli tiettyä harkintamarginaalia.*

EIT totesi, että keinot, joilla tarkoitettiin turvata EIS 8 artiklan noudattamista yksityisten välisissä suhteissa, sisältyivät periaatteessa *sopimusvaltioiden harkintamarginaaliin*. Yksityiselämän suoja voitiin turvata eri keinoin ja valtion velvollisuuden laatu riippui kysymyksessä olevan yksityiselämän erityisistä piirteistä. *EIT pani merkille, että useimmissa sopimusvaltioissa ei ollut Ranskan järjestelmään verrattavaa lainsäädäntöä* ainakaan siltä osin kuin lapsi ei sen mukaan kyennyt perustamaan lapsi-vanhempisuhdetta biologiseen äitiinsä, jos tämä halusi edelleen pitää henkilöllisyytensä salassa. Joissakin valtioissa biologisten vanhempien ei kuitenkaan tarvinnut ilmoittaa henkilöllisyyttään lastensa syntymän yhteydessä ja muissa valtioissa oli esiintynyt lasten hylkäämisiä, jotka olivat herättäneet keskustelua oikeudesta anonyymiin synnyttämiseen. Ottaen huomioon paitsi erilaisen käytännön oikeusjärjestelmissä myös sen, että lasten hylkäämisessä oli käytetty erilaisia keinoja, *EIT katsoi, että valtioilla täytyi olla harkintamarginaalia päättäessään siitä, mitkä keinot olivat sopivia turvaamaan EIS:n takaamat oikeudet jokaiselle niiden tuomiovallan piirissä olevalle henkilölle.*

EIT pani merkille, että valittajalle oli annettu hänen äidistään ja biologisesta perheestään joitakin hänen juuriaan selvittäneitä tietoja. Lisäksi vuoden 2002 laki antoi äideille paremmat mahdollisuudet salassapidosta luopumiselle, joskin he olivat jo sitä ennenkin voineet tehdä niin. Lailla oli myös helpotettu tiedonhakua perustamalla alkuperää koskevien tietojen saatavuuteen liittyvien kysymysten käsittelyä varten kansallisen neuvoston. Neuvosto oli riippumaton elin, johon kuului oikeushallinnon ja etujärjestöjen edustajia sekä käytäntöä tuntevia ammattihenkilöitä. Valittajalla oli tilaisuus turvautua ko. lakiin ja pyytää äitinsä henkilöllisyyden paljastamista tämän suostumusta koskevin varaumin. Todellakaan ei voitu sulkea pois mahdollisuutta, vaikka se olikin epätodennäköinen, että valittaja saisi haluamansa tiedot uuden elimen kautta. *Siten lainsäädännöllä pyrittiin löytämään tasapaino kilpailevien intressien välillä ja varmistamaan riittävässä*

määrin sen, että ne olivat suhteessa toisiinsa. Valtioilla täytyi olla valta päättää keinoista, joita ne pitivät sopivimpina näiden intressien toisiinsa sovittamiseksi. EIT katsoi, ettei Ranska ollut ylittänyt harkintamarginaaliaan, jota sille täytyi myöntää ottaen huomioon omaa alkuperää koskevien tietojen saatavuutta koskevan kysymyksen vaikeuden ja arkaluontoisuuden. Siten EIS 8 artiklaa ei ollut rikottu.

Myös *vähemmistöön* jääneet jäsenet käyttivät oikeusvertailua oman eriävän kannanottonsa perustelemiseen. He olivat eri mieltä oikeusvertailun tuloksista todeten, että väite siitä, että kansallisilta järjestelyiltä puuttui yhteinen nimittäjä, ei suinkaan vastannut oikeusvertailevaa tutkimusta, johon EIT nojautui. EIT totesi itsekin, että oikeus anonyymiin synnytykseen on Euroopassa suhteellisen harvinaista. Tosiasiassa missään muussa oikeusjärjestelmässä synnytyksen ja lapsen hylkäämisen anonyymiyttä ei suojattu niin muodollisesti ja institutionaalisesti kuin Ranskassa. Vain kahdessa maassa, Italiassa ja Luxemburgissa, ei ollut pakollista panna äidin nimeä syntymätodistukseen. Siten salassapito liittyi vain syntymätodistuksen tietoihin eikä estänyt äidin ja lapsen välisen suhteen perustamista myöhemmin. Sen sijaan tietyissä maissa oli nimenomaan tunnustettu oikeus tiedon saantiin. Mm. Saksassa jokaisen oikeus tietää alkuperästään oli henkilöä koskeva perusoikeus. ”Babyklappe”-järjestely oli vain ääri-ilmiö ja sen laillistaminen oli kohdannut voimakasta kritiikkiä. Enemmistö ei konsensuksen puutteesta mainitessaan ollut todennut myöskään kansainvälisistä asiakirjoista. Siten esim. lasten oikeuksia koskevan kansainvälisen sopimuksen mukaan lapsella on syntymästään lukien oikeus tietää siinä määrin kuin mahdollista vanhemmistaan.

Suomea koskeneessa ratkaisussa *Bäck (20.7.2004)* oli kysymys siitä, loukkasiko velkajärjestely valtaosan saatavastaan menettäneen velkojan omaisuuden suojaa.

EIT totesi, että omaisuutta koskevien lakien säätämiseen liittyi yleensä poliittisten, taloudellisten ja sosiaalisten kysymysten harkintaa. Omaisuuden riistäminen hyväksyttävää sosiaalista, taloudellista tai muuta politiikkaa ajettaessa saattoi olla julkisen edun mukaista, vaikka yhteiskunta ei saanut omaisuutta välittömään käyttöönsä. *Kansallisilla viranomaisilla oli kansainvälistä tuomioistuinta paremmat edellytykset arvioida julkisen edun vaatimuksia. Pitäen luonnollisena, että lainsäätäjän harkintamarginaali sosiaali- ja talouspolitiikan alalla oli väljää, EIT totesi lähtevänsä julkisen edun vaatimusten suhteen lainsäätäjän arviosta paitsi jos arvio oli ilmeisen perusteeton. Jos lainsäätäjä oli pysynyt harkintamarginaalinsa puitteissa, EIT:n asiana ei ollut todeta, oliko laki paras ratkaisu ongelmaan tai olisiko harkintavaltaa tullut käyttää jollakin muulla tavoin.* Kuitenkin omaisuuden suojaan puuttumisella tuli löytää oikeudenmukainen tasapaino julkisen tai yleisen edun vaatimusten ja yksilön perusoikeuksien suojan välillä. Käytettyjen keinojen tuli olla oikeassa suhteessa tavoitteisiinsa.

Lisäksi EIT arvioi velkajärjestelylain taannehtivuuden merkitystä verraten Suomen velkajärjestelymenettelyä muiden jäsenvaltioiden lainsäädän-

töön. EIT totesi, että EIS tai sen pöytäkirjat eivät estäneet lainsäätäjää puuttumasta olemassa oleviin sopimuksiin. Tosin sellainen puuttuminen edellytti erityisiä oikeutusperusteita, mutta velkajärjestelylaille oli ollut sellaisia perusteita. Sosiaalisen tuen ja velkajärjestelyn alueella lainsäätäjällä tuli olla mahdollisuus ryhtyä aiemmin päätettyjen sopimusten toimeenpanoon vaikuttaviin toimenpiteisiin päästäkseen omaksutun politiikan mukaisiin tavoitteisiin. *Myös muissa EN:n jäsenvaltioissa, kuten Norjassa ja Ruotsissa, oli annettu lakeja,* joiden nojalla voitiin järjestellä ennen niiden voimaantuloa sovittuja velkoja.

Tapauksessa *Phinikaridou v. Kypros (20.12.2007)* oli kysymys isyyden vahvistamista vaatineen lapsen yksityiselämän suojan loukkauksesta kanneaikaa koskeneen tiukan sääntelyn vuoksi.

Ratkaisussaan EIT totesi, että *kilpailevien yhteiskunnan ja yksilön etujen välillä* oli löydettävä oikeudenmukainen tasapaino. *Valtiolla oli tiettyä harkintamarginaalia.* EIT tarkasteli käsillä olevaa tapausta valtion positiivisten velvollisuuksien noudattamisen kannalta.

Oikeusvertailu osoitti, että sopimusvaltioissa *ei ollut yhdenmukaista säädäntöä* kanteen nostamisesta isyyden vahvistamista koskevissa asioissa. Kuitenkin hyvin monet maat lähtivät siitä, että lapsen oikeus kanteen nostamiseen ei, toisin kuin isän, ollut sidottu määräaikaan. Niissä valtioissa, jotka sellaisen rajoituksen olivat asettaneet, määräajan pituus vaihteli merkittävästi, 1 vuodesta 30 vuoteen. Vaikka määräajan alkuajankohdassa oli myös eroja, useimmissa näistä valtioista määräaika luettiin joko lapsen täysi-ikäisyydestä, syntymästä tai lainvoimaisesta tuomiosta ilman poikkeuksia ja riippumatta siitä, oliko lapsi tiennyt isästään. Vain muutamassa valtiossa oli pyritty ratkaisemaan ongelmat, jotka johtuivat siitä, että lapsi sai tietää relevanteista seikoista vasta määräajan jälkeen. Siten lapsi sai tässäkin tapauksessa nostaa kanteen, jos hän ei ollut tosiasiallisen tai moraalisen esteen vuoksi kyennyt noudattamaan määräaikaa tai sen laiminlyönnille oli muita päteviä syitä.

Tässä tapauksessa EIT katsoi, *että valtion harkintamarginaalista huolimatta poikkeuksettomalla määräajalla ei ollut löydetty oikeudenmukaista tasapainoa kilpailevien etujen välillä.* Niin ollen puuttuminen valittajan yksityiselämän suojaan ei ollut oikeassa suhteessa hyväksyttäviin tavoitteisiin ja EIS 8 artiklaa oli rikottu.

Kuten esimerkkitapaukset osoittavat, oikeusvertailun avulla EIT selvittää a) onko tarvetta ja perusteita kehittää EIS:n tulkintaa evolutiivis-dynaamisesti, b) onko sopimusvaltio rikkonut sopimusta, vai pysynyt kansallisen harkintamarginaalin rajoissa sekä c) onko olemassa niin kutsuttu *yleiseurooppalainen standardi*, jota pitäisi lähtökohtaisesti seurata.

Yleiseurooppalainen standardi tarkoittaa, että jonkin EIS:een sisältyvän oikeuden soveltaminen on jäsenvaltioissa varsin yhtenäistä ja vakiintunutta. Näissä tilanteissa kunkin jäsenvaltion tulee lähtökohtaisesti kyetä sovel-

tamaan sopimusta tämän eurooppalaisen mittapuun edellyttämällä tavalla, jolloin kansallisen harkintamarginaalin merkitys on vähäinen. Mikäli sopimusvaltioiden käytänteet sen sijaan vaihtelevat ja tilanne jäsenmaissa on kirjava, kansallinen harkintamarginaali on vastaavasti väljempi.[21]

Yleiseurooppalaisen standardin muodostamme muiden mukana me ja kansallinen harkintamarginaali on meille delegoitua päätösvaltaa. Evolutiivisdynaaminen tulkintaperiaate jättää sopimusvaltioille hyvät mahdollisuudet edetä ihmisoikeuksien toteuttamisessa ja edelleen kehittämisessä myös omista kansallisista lähtökohdistaan käsin. Tämä edellyttää luonnollisesti sitä, että kansalliset toteuttamistavat ovat hyväksyttäviä ja ihmisoikeuksia tehokkaasti toteuttavia. Mainitut mahdollisuudet on muistettava hyödyntää. Lisäksi subsidiariteettiperiaate edellyttää jo itsessäänkin, että päätöksenteko ja ongelmanratkaisu tapahtuvat ensisijaisesti kansallisella tasolla.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltaminen tekniikkalajina

Modernin tuomioistuimen legitimiteetti perustuu etenkin asianosaisen näkökulmasta hyväksyntään, jonka tuomioistuin ansaitsee kunnollisilla perusteluilla. Sama koskee kansallisen tuomioistuimen ja EIT:n suhdetta. Hyvät perustelut vakuuttavat asianosaisen tavoin myös EIT:n. Sopimusvaltioilla on suurehko vapaus valita EIS:n vaatimusten toteuttamistapa, mutta kansallisten tuomioistuinten tulee joka tapauksessa perustella päätöksensä riittävän selvästi.[22] EIS:n soveltaminen onkin tekniikkalaji.[23]

Päätösvallan säilyttämiseksi kansallisella tasolla oikeudenmukaisuuspunninta on tehtävä avoimesti nostamalla kissa pöydälle eikä lakaista roskia maton alle toivoen, ettei EIT huomaa. Kansallisissa tuomioistuimissa tehty avoin oikeudenmukaisuusharkinta on yleensä katsottu riittäväksi myös Strasbourgissa. Tämä edellyttää sitä, että kansallisella tuomioistuimella on ollut aidosti valta valita eri vaihtoehdoista. Tuomioistuimen kädet eivät saa olla kansallisen lainsäädännön vuoksi liian sidotut.[24] Ihmisoikeusongelma on

---

[21] *Ervo* 2008 s. 17.

[22] *Hadjianastassiou v. Kreikka* (*16.12.1992*).

[23] *Ervo* 2008 s. 17–18.

[24] Ks. esim. *Laura Ervo*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti s. 381–386. Helsinki: WSOY 2005.

tunnistettava, sitä on *pohdittava* ja ratkaisu on tehtävä *avoimesti* eri vaihtoehtoja ja niiden seurauksia oikeudenmukaisuuden näkökulmasta punniten. Etenkin tilanteissa, joissa vakiintunutta oikeuskäytäntöä ei ole, kansallinen tuomioistuin voi olla mukana yllä esitetyllä tavalla kehittämässä evolutiivis-dynaamista tulkintaa ja muodostamassa yleiseurooppalaista standardia.[25]

Esimerkkeinä EIT:n ajattelutavasta voidaan esittää vaikkapa *Isoa-Britanniaa* koskenut *Shannonin* tapaus (*6.4.2004*) ja *Suomea* koskenut *Tammisen* tapaus (*15.6.2004*).

> *Shannonin tapauksessa* tuomari oli viiden päivän aikana pidettyjen istuntojen jälkeen päättänyt ottaa todisteet vastaan *katsottuaan, että se ei tekisi oikeudenkäyntiä epäoikeudenmukaiseksi.* Päätöksessään tuomari oli todennut, että valittajaa ei ollut saatu salajuonella ryhtymään rikokseen vaan hän oli vapaaehtoisesti ilman painostusta tarjoutunut toimittamaan huumeita. Tuomari oli perustellut tuota käsitystään sillä, että kokaiinin hinta ja huumekauppa oli valittajalle tuttua, koska hän oli kyennyt järjestämään kaupan 15 minuutissa eikä hän useista tilaisuuksista huolimatta ollut missään vaiheessa luopunut kaupasta, josta hän odotti hyötyvänsä. *EIT ei havainnut syytä kyseenalaistaa kotimaisten tuomioistuinten käsityksiä eikä tulla toiseen tulokseen.*
>
> *Tammisen* tapauksessa EIT totesi, *ettei sen tehtävänä ollut käsitellä virheitä, joita kansallisen tuomioistuimen väitettiin tehneen tosiasia- tai oikeuskysymyksissä,* paitsi silloin kun niillä oli voitu loukata EIS:n turvaamia oikeuksia ja vapauksia. EIS 6 artiklassa ei myöskään ollut sääntöjä näytön vastaanottamisesta tai arvioinnista, joten nämä kysymykset kuuluivat *ensisijassa kansallisen lain ja kotimaisten tuomioistuinten alaan. Samoin kotimaisen oikeuden tulkinta kuului ensisijassa* kansallisille viranomaisille ja erityisesti tuomioistuimille *eikä EIT korvannut omallaan niiden omaksumaa tulkintaa, kunhan kansallinen tulkinta ei ollut mielivaltainen*. EIT:n tehtäväksi jäi näin ollen tutkia, oliko *oikeudenkäynti kokonaisuudessaan*, todistelun ja prosessuaalisten päätösten tekemisen tapa mukaan lukien, *ollut oikeudenmukainen.*

Kyse ei siis ole siitä, että kansallinen päätösvalta olisi EIS:n avulla omittu Strasbourgiin. Sen sijaan kyse on kontrollista. Modernissa yhteiskunnassa tuomioistuinten on *ansaittava hyväksyntänsä* joka kerta uudelleen ja *osoitettava oikeudenmukaisuuden* toteutuminen. Tämä tapahtuu perustelemalla kaikki ratkaisut kunnollisesti vakuuttaen täten asianosaiset, lakimiesauditorio ja suuri yleisö ratkaisun oikeellisuudesta ja oikeudenkäynnin oikeu-

[25] *Ervo* 2008 s. 18.

denmukaisuudesta. Mikäli kansallinen tuomioistuin ei ole onnistunut tässä, EIT toimii kontrollikeinona. Niissä tilanteissa, joissa asianosainen valittaa EIT:hen, kansallisen tuomioistuimen on ansaittava hyväksyntä ratkaisuilleen myös EIT:n silmissä.

Modernissa yhteiskunnassa tuomioistuimen legitimiteetti ei ole stabiili olotila, jota ei tarvitsisi kerta kerralta uusintaa. Enää ei riitä, että tuomioistuin arvovallallaan ”katsoo oikeaksi”, vaan ratkaisun oikeellisuus on osoitettava. Se ei kuitenkaan tarkoita päätösvallan kaventumista, vaan ainoastaan vaatimusta sen avoimuudesta.

”EIS ei ole vihollinen, vaan työkalu”, kuten eräs oikeusministeriön kurssille takavuosina osallistunut tuomari salin takarivistä hauskasti ja spontaanisti kesken luennon huudahti oivallettuaan asian ytimen.

Perusoikeudet – kansalliset mahdollisuudet

Mikäli ylikansalliset instrumentit kuitenkin tuntuvat vierailta ja halutaan erityisesti varmistaa päätösvallan pysyminen mahdollisimman laajasti kansallisella tasolla, mahdollisuutemme on perusoikeuksissa. Mikään ei estä vahvistamasta kotimaista perusoikeuskulttuuria tavalla, jolla voitaisiin korvata ihmisoikeussopimuksilla operointi. Tällöin oikeusturvan takeet voitaisiin tuottaa nimenomaan kansallisista lähtökohdista käsin. Perusoikeustulkintojenkin on tietysti vastattava ihmisoikeussopimuksen vaatimuksia, mutta detaljien, nyanssien ja näkökulman osalta ne voisivat tästä huolimatta olla mahdollisuus silloin, kun kotimaisen näkökulman säilyttäminen näyttäisi tuottavan lisäarvoa ratkaisun laadulle.

Voidaankin *Leena Halilan* tavoin todeta, että mitä vahvempi kansallinen perusoikeusjärjestelmä on, sitä vähemmän se jättää jalansijaa kansainvälisille ihmisoikeuksille ja niitä koskeville oikeussuojakoneistoille. Päinvastaisessa tapauksessa ihmisoikeussopimukselle taas saattaa kehittyä hyvinkin merkittävä asema kansallisvaltion sisällä. Esimerkkeinä Halila mainitsee Saksan ja Itävallan. Saksassa kansallisella perusoikeussuojalla on erittäin voimakas asema, kun taas Itävallassa ihmisoikeussopimus on nostettu perustuslain asemaan.[26]

---

[26] *Leena Halila*: Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001 s. 131.

Tällä hetkellä Suomen perustuslaissa ilmaistuja perusoikeuksia sovelletaan lähes identtisesti kansainvälisten ihmisoikeussopimusten sisältämien vaatimusten kanssa eli ihmis- ja perusoikeuksien sisällöllinen kehittäminen ja vastuu niiden riittävästä tasosta on sysätty selvästi EN:n ja EIT:n harteille.

> *Selene Frei-Siponen* on tutkinut EIS:n vaikutusta rikosprosessioikeuteen Suomessa ja Sveitsissä. Hän on todennut, että lainsäätäjä vetoaa Suomessa suoraan EIS:n vaatimuksiin muutostarpeen syynä, kun taas sveitsiläinen lainsäätäjä argumentoi ensisijaisesti kansallisella – EIS:n vaatimukset ja EIT:n oikeuskäytännön huomioon ottavalla – oikeuskäytännöllä. Tämä ero voi tosin olla perusteltavissa – paitsi erilaisella ihmis- ja perusoikeuskulttuurilla – myös kyseisten sopimusvaltioiden erilaisella rakenteella. Sveitsin jakautuminen kantoneihin saattaa olla yksi selittävä tekijä. Ihmis- ja perusoikeuskulttuurin eroihin liittyvä selittävä tekijä voi puolestaan olla maiden erilainen ihmisoikeushistoria. Sveitsi ratifioi EIS:n 16 vuotta Suomea aikaisemmin, joten sopimusta koskevaa kansallista oikeuskäytäntöäkin on jo ehtinyt kertyä pitkältä aikaväliltä.[27] Sen sijaan Suomi ja Sveitsi muistuttavat toisiaan siinä, että molempien maiden korkeimmat oikeudet soveltavat EIS:n vaatimuksia myös suoraan eli tilanteissa, joissa muu kansallinen lainsäädäntö ei edellyttäisi ihmisoikeussopimusmääräysten mukaista menettelyä.[28]

Pikainen haku Finlexistä koskien perustuslain 21 §:ää tuotti vain kaksi korkeimman oikeuden ratkaisua, joissa lopputulosta oli perusteltu nimenomaan Suomen perustuslain 21 §:llä. Molemmat tapaukset[29] koskivat muutoksenhaku- tai kanteluoikeutta eli tilannetta, jossa perustuslain säännös menee jo sanamuodonkin mukaan ihmisoikeussopimusta pidemmälle. Niissä tilanteissa, joissa asia on ratkaistavissa EIS 6 artiklan avulla, sitä näytetään käytettävän. Sinänsä on tietysti pelkästään positiivinen asia, että EIS:ta ja EIT:n ratkaisujen suuntalinjoja noudatetaan asianmukaisesti. Samalla kuitenkin tunnutaan tyytyvän tähän yleiseurooppalaiseen tasoon eikä sovelleta kotimaista perustuslain säännöstä evolutiivis-dynaamisesti kehittämällä kansallisia oikeusturvan takeita kansallisiin erityistarpeisiimme.

Korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) osalta tilanne on hieman erilainen, sillä haku tuotti KHO:n osalta peräti 15 tapausta, joissa ratkaisu oli

---

[27] *Selene Frei-Siponen*: Einfluss der EMRK auf das Strafprozessrecht Finnlands und der Schweiz – eine vergleichende Studie. Universität St. Galle 2003 s. 308–313.

[28] *Frei-Siponen* 2003 s. 313–317.

[29] KKO 2004:7 ja 2004:110.

osaltaan perustunut Suomen perustuslain 21 §:ään. Ratkaisujen kirjokin oli huomattava, sillä tapaukset koskivat muutoksenhakuoikeuden ja oikeuksiin pääsyn ohella myös suullisuutta, julkisuutta ja tuomarin esteellisyyttä. Olipa mukana yksi oikeusapuakin sivunnut ratkaisu. Myös hyvän hallinnon ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin sisältövaatimuksiin viitattiin yleisellä tasolla parissa tapauksessa.

KHO:n ratkaisujen suurempi määrä ja asiallinen monipuolisuus selittyvät ainakin osittain sillä, että perustuslain 21 §:n soveltamisala on EIS 6 artiklaa laajempi, mikä korostuu juuri KHO:n käsiteltäviksi tulevissa asioissa. Lisäksi ainakin tuomarin esteellisyyttä koskevissa ratkaisuissa oli viitattu myös EIS 6 artiklaan, ja perustuslain soveltaminen oli näissä tapauksissa identtistä EIS 6 artiklan kanssa. Näistä selittävistä tekijöistä huolimatta KHO näyttää käyttävän perustuslain 21 §:ää monipuolisemmin ja laajemmin kuin KKO. Tämän toistaiseksi vielä melko varovaisen kotimaisen perusoikeusnormiston käyttämisen ja kehittämisen soisi jatkuvan, voimistuvan ja leviävän muidenkin työkaluksi. Luonnollisesti myös oikeustieteellä voisi olla paljon annettavaa tässä suhteessa. Tutkimusteemat ovat suuntautuneet varsin yksipuolisesti EIS 6 artiklan sisällön selvittämiseen eikä perusoikeustutkimusta varsinkaan prosessioikeudellisten oikeusturvan takeiden osalta ole eriytyneesti tehty.

Saksaan ja Itävaltaan verrattuna Suomessa on tällä hetkellä vallalla jonkinlainen ”hybridimalli”. Yhtäältä ylikansalliset ihmisoikeudet pyritään pitämään – etenkin lainsäätäjän toimesta – kunniassa jopa omista, aikaisemmista oikeusturvan takeista luopuen. Näin ollen meillä on ehkä ”otettu annettuna” liikaakin tilanteissa, joissa olisi ollut tilaa myös kriittisille pohdinnoille.[30]

> EIS:n vaikutusta Suomessa ja Sveitsissä tutkinut Frei-Siponen kiinnitti huomiota paitsi EIS:n konkreettiseen vaikutukseen, kuten lainsäädäntöhankkeisiin ja oikeuskäytäntöön, mitä hän piti etenkin rikosprosessin osalta valtavana molemmissa maissa, myös EIS:n epäsuoraan vaikutukseen oikeuskulttuurissa. Hän puhui jopa yliläikkymisilmiöstä tarkoittaen kehitystä, jolla EIS vie oikeutta eteenpäin esimerkkeinä vaikkapa molempien maiden perusoikeusuudistukset.[31]

---

[30] Esimerkkinä mainittakoon suullisuusvaatimuksen toteuttamisen maksimointi muutoksenhakuoikeuden kaventamisen kustannuksella.

[31] *Frei-Siponen* 2003 s. 318–319.

Toisaalta meillä toimitaan syystä tai toisesta jatkuvasti ”jääräpäisesti” väärin sellaisissa selkeissä tilanteissa, joissa sopimusloukkauksen toteava EIT:n tuomio olisi ollut helposti ennustettavissa.[32]

Eräänlaisena edellä mainittujen tapojen välimuotona toimitaan myös siten, että pyritään ennakoimaan EIT:n kantaa tilanteessa, jossa selkeää yleiseurooppalaista standardia ei ole olemassa. Parempi vaihtoehto näissä tilanteissa olisi vakuuttaa EIT:ta kunnon perusteluilla oman ratkaisun oikeellisuudesta ja oikeudenmukaisuudesta. Vaikuttaa siltä, että kansalliset toimijat eivät ole joko tiedostaneet tai muutoin osanneet hyödyntää kaikkia mahdollisuuksiaan.

Näiden toimintatapojen sijaan peräänkuuluttaisin avointa ja perusteltua oikeudenmukaisuusharkintaa, jossa lainsoveltajan tavoitteena olisi paitsi oikeudenmukainen ratkaisu myös sen pysyvyys eli asianosaisten ja EIT:n vakuuttaminen kansallisella tasolla tehdyn ratkaisun laadukkuudesta.

[32] Viittaan tältä osin esimerkiksi Suomen saamiin useisiin kontradiktorisuuden loukkaamista koskeneisiin langettaviin ratkaisuihin. Myös oikeudenkäyntien kesto ja tehokkaan oikeussuojakeinon puuttuminen oli pitkään ratkaisematon ongelma kansallisella tasolla. Suomen saamien lukuisten langettavien EIT:n tuomioiden jälkeen eduskunta hyväksyi vasta hiljattain (21.4.2009) lain oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä ja siihen liittyvästä oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta.

Eija Siitari-Vanne

EFFECTIVE COURT PROCEEDINGS BY WAY OF DIVISION OF WORK BETWEEN ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE ADJUDICATION

According to section 21 of the Constitution of Finland, timely and efficient handling of cases is a basic right both in administrative matters and in court cases. Traditionally, the Finnish system of administrative judicial procedure has been based on the idea of very generous right of appeal in the first instance. Moreover, restrictions of appeal are relatively rare at the Supreme Administrative Court, which is the final instance in administrative judicial matters.

This kind of legal tradition has obvious advantages regarding the effectiveness required by EC provisions and EC case law, as there is an avenue of appeal against a broad array of administrative decisions. On the other hand, the model is quite dependent on the resources of the administrative authorities and bodies. Administration that lacks both knowledge and resources is likely to produce judicial problems, which will subsequently burden the administrative courts.

Recently, several suggestions have been made as to how the division of work and the inter-dependency between administration and administrative adjudication should be changed so as to achieve more timely *res judicata* decisions and to prevent undue delays. These suggestions cover, for instance, those situations where an administrative authority stays passive, thus hindering access to court. Effectiveness is sought by making the main issue directly adjudicable or by setting a time limit for a decision in the matter. In addition, suggestions have been made to broaden the scope of mandatory self-rectification procedures preceding appellate proceedings. The main problem with these proposals is that they could lead to more delays.

The critical points in the development of administrative adjudication are whether the standard of admissibility of appeals is to remain as low as it is, whether the first-instance administrative courts should be given more power to concentrate on cases which are judicially more demanding, whether the case-load of the Supreme Administrative Court should be reduced, and finally, whether the administrative courts should have more efficient and transparent rules of procedure.

Another basic questions that still remains is the quality of legislation. Poor legislation easily generates heavy case-loads. For example, the question of the correct legal remedy may be unclear, there may be redundant legal remedies available at different courts, or the courts may overlap in some other way.

Eija Siitari-Vanne

Oikeudenmukainen oikeudenkäynti – tehokkuus hallinnon ja hallintolainkäytön välisenä työnjakona

> ”Lisäksi teidän on syytä muistaa, herra Woodcourt”, hän sanoi arvokkaasti, lähes ankarasti, ”että tämän suuren jutun moninaiset vaikeudet, yhteensattumat, olettamukset ja muotoseikat ovat vaatineet perehtymistä, kykyä, kaunopuheisuutta, tietoja ja älyä, herra Woodcourt, suurta älyä. Monet monituiset vuodet on – sanoisinko lainoppineisuuden kaunein kukinto ja – sanoisinko kanslerinistuimen elon kypsät hedelmät – lahjoitettu jutulle Jarndyce ja Jarndyce. Tämä suuri ponnistus, joka hyödyttää suurta yleisöä ja kaunistaa koko valtakuntaa, vaatii toki palkkansa, ja vaatii sen rahassa tai vastaavassa hyvä herra.”
>
> ”Herra Kenge”, sanoi Allan, jolle asia näytti yhtäkkiä valjenneen. ”Anteeksi, mutta meillä on kiire. Ymmärränkö oikein, onko käynyt niin, että koko omaisuus on huvennut kuluihin?”[1]

Kuten siteeraus osoittaa, mieltäni askarruttaa erityisesti se, kuinka oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin (PL 21 §, EIOS 6.1 artikla) yhtä elementtiä eli asian viivytyksetöntä käsittelyä voitaisiin turvata niin, että myös hallintolainkäytön piiriin kuuluvissa asioissa saataisiin lopullinen ratkaisu kohtuullisessa käsittelyajassa. Jarndyce ja Jarndyce -jutussa näin ei koskaan käynyt, eikä pitkästä asian käsittelystä hyötynyt kukaan tuon fiktiivisen siviilioikeudenkäynnin osapuolista.

Oikeudenkäyntien viivästyminen hallintolainkäytön alueella ei ole monellakaan tapaa pelkästään hallintotuomioistuinten työedellytyksiin liitty-

[1] Lainaus on Charles Dickensin romaanista Bleak House, joka ilmestyi jatkokertomuksena vuosina 1852 ja 1853. Teoksen suomennus (suomentaja Kersti Juva) ilmestyi vuonna 2006 nimellä Kolea talo. Teoksensa esipuheessa Dickens kuvaa kanslerinoikeudessa vireillä olleita todellisia oikeusjuttuja, joiden käsittely oli kestänyt vuosikymmeniä ja vaatinut valtavia summia. Esipuheessaan Dickens kuvaa myös käymäänsä keskustelua kanslerinoikeudessa työskennelleen henkilön kanssa, jonka mielestä oikeudenkäyntien kesto-ongelmat olivat ratkaistavissa pelkästään lisäämällä tuomioistuimen henkilökuntaa.

vä kysymys.[2] Ensinnäkin on otettava huomioon, että hallintolainkäytön alalla valtaosa tuomioistuimiin tulevista asioista on muutoksenhakuja hallintoviranomaisten päätöksiin. Toiseksi oikeudenkäynnin viivästymisvaiheeseen voidaan lukea hallintoviranomaisen toiminta jo ennen varsinaista oikeudenkäyntivaihetta, ja mikäli asia palautetaan tuomioistuimesta hallintoviranomaiselle, myös tuo jälkivaihe kuuluu viivästysarvioinnissa huomioon otettavaksi jaksoksi.[3] Ilman palautustakin tuomioistuimen lopullisen ratkaisun täytäntöönpanovaihe hallinnossa voi myös kuulua samaan viivästysarviointiin. Hallinnon toimintakykyisyys vaikuttaa siten väistämättä hallintotuomioistuinten toimintaan ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumiseen.

Hallintoviranomaisten päätöksentekoon kohdistuvat korjauskeinot ovat Suomessa perinteisesti perustuneet siihen, että hallintoviranomaisten valituskelpoisista ratkaisuista on turvattava mahdollisimman laaja muutoksenhaku hallintotuomioistuimeen tai tämän vaihtoehtona tietyillä lainsäädäntölohkoilla tuomioistuinmaiset edellytykset täyttävään muutoksenhakulautakuntaan. Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntö on tukenut tätä ajatusta, koska ensi asteen muutoksenhaun turvaamisen rajana on pidetty pe-

---

[2] Oikeudenkäyntien viivästymisen arvioinnista yleisesti ja erityisesti hallintolainkäytön alalla ks. *Eija Siitari-Vanne*: Hallintolainkäytön tehostaminen s. 177–253, Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki 2005. Oikeudenkäynnin viivästymisen arvioinnista rikosprosessissa ks. *Mia Mari Spolander*: Menettelyn joutuisuus oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijänä, Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki 2007. Rikosprosessin viivästysarvioinnissa osapuolten toimintaa, erityisesti syytetyn toimintaa, ei arvioida aivan samalla tavalla kuin muissa prosessilajeissa, vaikka lähtökohtaisesti viivästysarvioinnin peruspiirteet ovat samat kaikissa oikeudenkäynneissä. Tämä lähtökohta on todettu ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) käytännössä jo vuonna 1978 annetussa tuomiossa König v. Saksa, jossa arviointi koski erityisesti sitä, voitiinko hallintolainkäytön alaan kuuluvaa oikeudenkäyntiä arvioida kestoltaan samalla tavalla kuin tapauksen erityispiirteet huomioon ottaen rikosoikeudenkäyntiä. Tuomiossaan EIT kiinnitti yleistä huomiota siihen, että Saksan järjestelmä vaikutti monimutkaiselta useine tuomioistuimineen ja oikeussuojakeinoineen, vaikka taustalla olikin hyväksyttävä syy turvata oikeussuojan toteutuminen. Mikäli turvaamispyrkimykset johtaisivat ”in a procedural maze”, jäsenvaltion asiana oli tuomioistuimen kannanoton mukaan tehdä tarvittavat johtopäätökset järjestelmän yksinkertaistamiseksi.

[3] Tapauksessa Vilho Eskelinen ym. v. Suomi (EIT 19.4.2007) asian käsittelyn viivästyksen todettiin tapahtuneen nimenomaan hallintovaiheessa. Tapauksessa Ingegerd ja Stefan Ekholm v. Suomi (EIT 24.7.2007) viivästyksen yhden osasyyn muodosti se, että hallintoviranomaiset eivät olleet ryhtyneet toimiin sen jälkeen, kun tuomioistuin oli palauttanut asian uudelleen käsiteltäväksi. Viimeksi mainitussa tapauksessa palautuksia tuomioistuimesta hallintoon oli useita. Hallinnossa ja hallintolainkäytössä tapahtunutta asian käsittelyä arvioitiin viivästymisen kannalta yhtenä kokonaisuutena.

rusoikeuksien toteuttamisen näkökulmasta lähinnä sitä, kuinka täsmällisesti lainsäädännössä hallintoviranomaisen päätöksenteon edellytyksistä säädetään. Valiokunnan lausuntokäytännössä on suhtauduttu torjuvasti tai varauksellisesti jatkomuutoksenhaun rajoittamiseen hallintolainkäytön alalla.[4]

Tässä perusmallissa hallinnon tehtävä on siis tuottaa päätöksiä ja hallintotuomioistuinten puolestaan käsitellä noista päätöksistä tehdyt muutoksenhaut kulloinkin käytettävissä olevan muutoksenhakukeinon mahdollistamassa laajuudessa ilman jatkomuutoksenhakuun kohdistuvia olennaisia rajoituksia. Perusmallina tämä työnjako sopii ongelmitta perustuslain 21 §:ään sekä hyvän hallinnon että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamisen näkökulmista. Perusmalli täyttää myös epäilyksettä kansainväliset ihmisoikeusvelvoitteet (erityisesti EIOS 6.1 artikla).

Kuten erityisesti viime vuodet ovat osoittaneet, perusmalli ei kuitenkaan käytännössä toimi ongelmitta. Osa näistä ongelmista johtuu eittämättä resurssipuutteista, joihin nykyisenkaltainen tulosohjausjärjestelmä tuottaa ratkaisuja jälkikäteisesti.[5] Hallintotuomioistuimissa, kuten muissakin tuo-

---

[4] Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännöstä suurin osa koskee ensiasteen muutoksenhaun rajoittamista. Valiokunta on tuolloin yleensä katsonut, että PL 21 §:n 2 momentti ei perustuslain esityöt (HE 309/1993 vp s. 74/II) huomioon ottaen estä säätämästä vähäisiä poikkeuksia myös muutoksenhakuoikeuteen, kunhan poikkeukset eivät muuta tuon oikeuden asemaa pääsääntönä eivätkä yksittäistapauksessa vaaranna yksilön oikeusturvaa (esimerkiksi PeVL 48/2006 vp, PeVL 10/2006 vp ja PeVL 8/2008 vp). Valiokunnan tulkintakannanottojen mukaisesti myös jatkovalitusmahdollisuuden rajoittamista tarkastellaan PL 21 §:n 2 momentin kannalta suhteessa perusoikeuksien yleisiin rajoittamisedellytyksiin. Valiokunnan kannanottojen mukaan arvioitaessa valituslupajärjestelmän kautta oikeusturvaperusoikeuden (PL 21.1 §) rajoitusta suhteessa suhteellisuusperiaatteeseen, merkitystä on muun muassa asian merkittävyydellä ja laadulla. Valituslupasääntelyllä on valiokunnan tulkintakäytännön mukaan mahdollista vähentää asiaratkaisuun johtavia valituksia KHO:een sellaisissa asiaryhmissä, joissa *KHO:ta edeltäviä muutoksenhakukeinoja voidaan useimmissa tapauksissa pitää oikeusturvan kannalta riittävinä*. Valiokunnan tulkintakannoissa valituslupajärjestelmän on arvioitu soveltuvan asioihin, joilla on vähän taloudellista merkitystä ja jotka ovat oikeudellisesti melko yksinkertaisia tai joissa oikeuskäytäntö on vakiintunutta (esimerkiksi PeVL 37/2005 vp ja PeVL 33/2006 vp).

[5] Tuomioistuinten toiminnan tehostaminen voi kohdistua lähinnä kolmeen tekijään, jotka ovat tuomioistuinorganisaation kehittäminen, tuomioistuinten omien käytänteiden kehittäminen ja prosessuaalisen lainsäädännön kehittäminen. Hallintolainkäytön järjestelmässä neljäs kehitystekijä on laajin ja vaikeimmin hallittava eli sovellettavaksi tulevan lainsäädännön laadun kehittäminen. Kaikissa kehittämistehtävissä huomiota on kiinnitettävä siihen, että ratkaisua tuetaan riittävillä resursseilla. Tuomioistuinten kehittämistoimista 1990-luvulta lähtien sekä tuomioistuinten tulosohjauksesta Ruotsissa ks. *Thomas Rolén*: Domstolar i förändring s. 431–444, teoksessa Festskrift till Johan Hirschfeldt, Uppsala 2008.

mioistuimissa, henkilökuntaa mitoitetaan lähinnä ruuhkien purkuun, ei lainkäytön pysyvästi tehokkaaseen järjestämiseen. Myös hallintoviranomaisten toimintaan kohdistuu merkittäviä organisatorisia ja henkilöstöllisiä uudelleenjärjestelytarpeita, jotka eivät ole vaikutuksettomia suhteessa hallinnon kykyyn tuottaa lainmukaisia hallintopäätöksiä. Huonosti tai puutteellisesti järjestetty hallinto ei ole toimintakykyinen ja se lisää oikeussuojatarpeiden toteuttamistarpeita hallintotuomioistuinten ratkaisutoiminnan kautta.

Hallintoviranomaisten omat perinteiset korjauskeinot päätöksenteossa tapahtuneiden virheiden oikaisemiseksi ovat perustuneet yleiseen hallintomenettelylainsäädäntöön. Nämä korjaamiskeinot rajoittuvat voimassa olevassa hallintolaissa (434/2003) selviin virheisiin ja vaativat yleensä sen tahon suostumuksen, johon virheen korjaaminen vaikuttaa negatiivisesti. Hallintolaissa virheen korjaamismahdollisuuksia on sinänsä laajennettu asiavirheistä menettelyvirheisiin sekä luovuttu suostumusedellytyksestä siltä osin kuin virhe on aiheutunut virheestä hyötyneen asianomaisen omasta toiminnasta. Hallintolain mukainen päätöksen korjaaminen voi kohdistua myös jo lainvoiman saaneeseen päätökseen, joten tältä osin hallintolain järjestelmä on ajallisesti ja sisällöllisesti osittain päällekkäinen hallintolainkäyttölaissa (586/1996) säädetyn ylimääräisen muutoksenhaun kanssa.

Yleisestä hallintomenettelyssä tapahtuneen virheen korjaamisesta on vielä erotettava erikseen säännellyt lukuisat tilanteet, joissa hallintotuomioistuimeen pääsyä edeltää pakollinen oikaisuvaatimusvaihe, joka on järjestetty eri tavoin hallinnon sisäisesti. Tunnetuimmat ja laajimmat tällaiset järjestelmät ovat kuntalakiin (356/1995) perustuva oikaisuvaatimusmenettely, jota sovelletaan muihin kuin valtuuston päätöksiin, ja verovalituksiin liittyvä asian käsittely ensi vaiheessa oikaisuvaatimuksena joko veroviranomaisessa tai verotuksen oikaisulautakunnassa. Kolmas soveltamisalaltaan laajahko oikaisuvaatimusjärjestelmä perustuu valtionavustuslakiin (688/2001).

Hallintolainkäytön tehokkuuden näkökulmasta näistä oikaisuvaatimusjärjestelmän päämalleista tuloksellisena voidaan pitää verotuksen oikaisuvaatimusjärjestelmää, joka on vähentänyt huomattavasti tarvetta turvautua hallintotuomioistuinten ratkaisutoimintaan. Verotuksen oikaisuvaatimusjärjestelmän teho perustuu olennaisesti siihen, että verotuksen oikaisulautakunnan jäseniltä edellytetään erityistä asiantuntemusta verotuksen alalta. Muissa oikaisuvaatimusmalleissa asian käsittelyyn osallistuvilla ei ole vastaavia asiantuntijuusvaatimuksia, joten oikaisuvaatimus tarkoittaa pelkis-

tetysti ainoastaan asian uutta käsittelyä. Muutoksenhaun tai oikeussuojan toteutumisen kannalta tämä lähtökohta ei ole paras mahdollinen.

Oikaisuvaatimusjärjestelmä ei myöskään välttämättä poista muutoksenhaun tarvetta erityisesti niissä tilanteissa, joissa oikaisuvaatimuksen tekijä on menestyksellinen vaatimuksissaan ja päätöstä tämän johdosta muutetaan. Tuolloin muutoksenhakuun voi muodostua intressi jollekulle toiselle taholle. Jälkimmäinen piirre liittyy erityisesti kunnalliseen oikaisuvaatimukseen.

Oikaisuvaatimusjärjestelmän ja varsinaisen tuomioistuimeen tapahtuvan muutoksenhaun välille ei ole myöskään ongelmatonta kytkeä puhevallan rajoituksia. Oikaisuvaatimusjärjestelmissä on suhteessa varsinaiseen muutoksenhakuun paitsi päällekkäisyyttä myös oikaisuvaatimusvaiheessa näkymättömiin ja siten ratkaisemattomiksi tuossa vaiheessa jääviä oikeussuojatarpeita. Verovalituksessa kytkentä näiden päätöksentekovaiheiden välillä on lähinnä tekninen, eli hallintotuomioistuin ei voi ensi asteena ratkaista sellaista vaatimusta, jota ei ole ensin esitetty oikaisuvaatimuksena. Kytkentä ei vähennä mahdollisuuksia saattaa asia yhteen täysimääräiseen tuomioistuinvaiheeseen jatkomuutoksenhaun ollessa valitusluvanvaraista.

Vastausta liian pitkän käsittelyn aiheuttamiin ongelmiin hallinnossa ja hallintolainkäytössä on viime aikoina etsitty niin *oikaisuvaatimusjärjestelmän kehittämisestä* kuin myös jälkikäteisistä hyvitysjärjestelmistä.[6] Vastausta ongelmiin on haettu myös *passiivisuusvalituksesta* eli mahdollisuu-

---

[6] Oikaisuvaatimustoimikunta on ehdottanut mietinnössään ”Oikaisuvaatimusjärjestelmän kehittäminen oikeusturvakeinona” (KM 2008:4) mielestäni PL 21 §:n kannalta erittäin ongelmallisen säännösehdotuksen, jonka mukaan hallintolainkäyttölaissa rajoitettaisiin mahdollisuutta hakea muutosta tuomioistuimelta jo ensi vaiheessa siinä tilanteessa, että oikaisuvaatimuksen käsitellyt viranomainen ei ole muuttanut päätöstä oikaisuvaatimuksen johdosta. Hallintolainkäyttölakiin lisättäväksi ehdotetun 27 a §:n mukaan muutoksenhakijana oikaisuvaatimuksen alun perin tehnyt voisi esittää vain sellaisen uuden vaatimuksen, joka perustuu olosuhteiden muutokseen tai oikaisuvaatimuksen käsittelyn yhteydessä tai sen jälkeen hänen tietoonsa tulleeseen seikkaan. Näin muotoiltuna säännösehdotus on paljas tuomioistuimeen pääsyä koskeva rajoitus tilanteessa, jossa oikaisuvaatimuksen käsittelevä elin itse ei ole tuomioistuinmainen. Jälkikäteistä hyvitysjärjestelmää on puolestaan ehdotettu hallituksen esityksessä (HE 233/2008 vp). Hyvityksen määrääminen kuuluisi tuomioistuimelle, joka käsittelee pääasiaa. Eduskunnan käsiteltävänä olevassa hallituksen esityksessä hyvitysjärjestelmä otettaisiin käyttöön vain yleisissä tuomioistuimissa. Hyvitysjärjestelmän ohella otettaisiin käyttöön kiireelliseksi määrääminen. Hallituksen esitys perustuu oikeusministeriön työryhmämietintöön ”Tehokas kansallinen oikeussuojakeino” (OM, työryhmämietintöjä 2006:21), jossa hyvitysjärjestelmä olisi koskenut myös hallintolainkäyttöä. Hallituksen esityksessä hallintolainkäyttöä koskee vain säännösehdotus siitä, että asian käsittelyn viivästyminen voitaisiin ottaa huomioon hallinnollista sanktiota määrättäessä.

desta saattaa hallintotuomioistuimen käsiteltäväksi asia, jota hallintoviranomainen ei ole kyennyt ratkaisemaan.[7]

Karkeasti hahmoteltuna edellä hahmotellut uudistushankkeet merkitsevät uudenlaista työnjakoa hallinnon ja hallintolainkäytön välillä siten, että *oikaisuvaatimusmallissa* hallintoviranomaiset tekevät sitä, mitä aikaisemmin tekivät hallintotuomioistuimet. Hallinto näyttäisi siis joutuvan käsittelemään entistä enemmän aineellisia ja menettelyllisiä oikeussuojaongelmia ilman, että sillä olisi sitä varten mitään erityistä koneistoa tai asiantuntemusta. *Passiivisuusvalitusmallissa* hallintotuomioistuimet käsittelisivät puolestaan niitä ongelmia, jotka aiheutuvat siitä, että viranomaiset eivät kykene enää ratkaisemaan niiden käsiteltäväksi ensi vaiheessa kuuluvia hallintoasioita. Perussyy viimeksi mainittuun näyttäisi pitkälti olevan taloudellisten resurssien puute, joka estää asioiden oikea-aikaisen ja asianmukaisen käsittelyn hallinnossa. Oikaisuvaatimusjärjestelmänkin kehittämisen taustasyynä – jopa julkilausuttuna – on pyrkimys säästää hallintotuomioistuinten ratkaisutoiminnasta aiheutuvia menoja.

En näe oikaisuvaatimusjärjestelmän laajennuksessa tai passiivisuusvalituksessa järjestelmätasolla voittajia. Tällaisten järjestelmäratkaisujen taloudelliset vaikutukset olisivat joka tapauksessa merkittäviä ja toisiinsa vaikuttavia. Oikeussuojan hakijan kannalta arvioituna molemmissa järjestelmissä on sisäänrakennettuna sekä erikseen että yhdessä mahdollisuus asioiden käsittelyn yhä suurempaan viivästymiseen.

Ongelmakentän hahmotuksessa vähemmälle huomiolle on jäänyt se, että oikeussuojakeinot hallinnossa ja hallintolainkäytössä ovat sääntelyn määrän ja intensiteetin lisääntyessä myös herkästi *vaihtoehtoisia, päällekkäisiä tai eriparisia*. Keskeiseksi oikeussuojakysymykseksi voi muodostua kysymys siitä, mikä on oikea oikeussuojakeino, jolloin todellinen oikeussuojakysymys jää pitkäksi aikaa ratkaisematta. Lisäksi oikeussuojakeinojen päällekkäisestä käytöstä voi aiheutua huomattavia ongelmia siinä oikeudenkäyntilinjassa, jossa käsitellään pääasiaa. Tällainen esimerkki on nykylainsäädännössä julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmä, jossa asia voidaan ensi asteena saattaa markkinaoikeuden käsiteltäväksi kansallisen hankinta-

[7] Käsittelyn joutuisuus hallinnossa ja oikeussuojakeinot käsittelyn viivästyessä (OM, työryhmämietintöjä 2008:5). Tässä ehdotuksessa viivästyneen asian käsittelyn saattaminen tuomioistuimeen koskisi vain asianosaisaloitteisia asioita. PL 21 §:n näkökulmasta rajoitus on ongelmallinen, koska hallinnossa asian käsittelyn viivästymisestä voi kärsiä huomattavaa haittaa myös muu taho kuin asian muodollinen asianosainen.

lainsäädännön tai EU-oikeuden vastaisuutta koskevilla perusteilla. Tämän estämättä kunnallisen hankintayksikön päätökseen voidaan hakea muutosta muulla perusteella oikaisuvaatimuksin ja vielä sen jälkeen kunnallisvalituksin. Muutoksenhaku hajaantuu siten samasta päätöksestä kahteen eri tuomioistuinlinjaan, jolloin esimerkiksi hankintapäätöksen lainvoimaiseksi tulon ajankohta jää kovin tulkinnanvaraiseksi.[8]

Käytän esimerkkinä oikeussuojakeinojen päällekkäisestä tarjonnasta kahta kanteluratkaisua, jossa ensimmäisessä henkilö merkittiin tietämään kaupparekisteriin kolmen yhtiön hallituksen varajäseneksi.[9] Kantelijaa luonnollisesti kiinnosti, miten nuo hänen käsityksensä mukaan väärennetyin asiakirjoin aikaansaadut merkinnät olisivat nopeimmin poistettavissa. Asiaa käsiteltäessä paljastui, että rekisterimerkinnän kohteella oli käytössään kyllä erilaisia oikeussuojakeinoja, mutta mikään niistä ei vaikuttanut erityisen tehokkaalta toivotun lopputuloksen saavuttamiseksi

Asiaa selvitettäessä Patentti- ja rekisterihallitus katsoi, että käytettävissä oleva oikea oikeussuojakeino oli nostaa käräjäoikeudessa rekisterimerkintöjen kumoamista koskevat kanteet yhtiöitä vastaan kaupparekisterilain (129/1987) 22 §:n 2 momentin perusteella. Patentti- ja rekisterihallituksen mukaan kantelijalla oli myös mahdollisuus tehdä muutosilmoitukset kaupparekisterin. Näissä muutosilmoituksissa hän ilmoittaisi omasta erostaan. Muutosilmoitusten käsittelystä perittäisiin käsittelymaksua.

Kanteluratkaisussa, joka on otsikoitu nimellä ”Käytettävissä olevat oikeussuojakeinot rekisterimerkintöjen korjaamiseksi”, käsiteltiin näiden oikeussuojakeinojen lisäksi muutoksenhakumahdollisuuksia Patentti- ja re-

---

[8] Julkisten hankintojen oikeussuojatyöryhmä (JUHO) on ehdottanut mietinnössään (OM, työryhmämietintöjä 2008:6), että hankinta-asioissa oikeussuojakeinot keskitettäisiin vain markkinaoikeuteen ja luovuttaisiin yleisten hallinto-oikeudellisten valitusten ja oikaisuvaatimusten päällekkäisestä käytöstä. Hankintayksiköt voisivat korjata omia hankintapäätöksiään uudella oikeussuojakeinolla nimeltä hankintaoikaisu, joka olisi käytettävissä vielä asiaa markkinaoikeudessa käsiteltäessäkin. Hankintaoikaisu ei kuitenkaan olisi hankintojen oikeussuojadirektiivissä 2007/66/EY tarkoitettu varsinaista muutoksenhakua edeltävä pakollinen oikaisuvaatimusvaihe, jonka käyttöönotto on jätetty jäsenvaltioiden harkintaan. Jos tällainen pakollinen oikaisuvaatimus otetaan käyttöön, oikaisuvaatimusta käsittelevällä elimellä tulisi olla pääsääntöisesti samat toimivaltuudet kuin tuomioistuimella. Oikeussuojakeinovalikoiman huomattavan laajennuksen vuoksi (sopimuksen tehottomuudesta ja sopimuskaudesta päättäminen, hallinnolliset sanktiot) tällaisen menettelyn kehittäminen olisi Suomessa ongelmallista. Lausuntokierroksella oikeussuojajärjestelmän päällekkäisyyksien poistamista ja hankintapäätöksen korjaamisen yksinkertaistamista on lähes yksimielisesti kannatettu.

[9] Apulaisoikeusasiamies Petri Jääskeläisen ratkaisu 31.3.2005 dnro 2233/3/03.

kisterihallituksen päätöksiin, jotka koskevat rekisterimerkinnän epäämistä, hallintolain mukaisia korjaamismahdollisuuksia, henkilötietolain (523/1999) 29 §:n mukaista oikaisumenettelyä sekä mahdollisuutta, että ratkaisua voitaisiin pitää purkukelpoisena hallintopäätöksenä.[10] Asian lopputuloksena oli, että Patentti- ja rekisterihallituksen menettelyä ei pidetty lainvastaisena, mutta asia saatettiin tuolloisen kauppa- ja teollisuusministeriön sekä oikeusministeriön tietoon, koska apulaisoikeusasiamies piti rekisterimerkintöjä koskevan oikeusturvajärjestelmän toimivuuden selvittämistä tarpeellisena.[11]

Toisessa esimerkissä henkilölle maksettiin virheellisesti liian suurta asumistukea, jota ei korjattu tai muutettu henkilön olosuhteiden muuttuessa myöhemmin sellaisiksi, että hän vasta tuolloin olisi ollut oikeutettu aikaisemmin maksetun suuruiseen tukeen.[12] Viranomaisen ”korjausliike”, eli päätös olla muuttamatta tukea ja toisaalta olla perimättä aikaisemmin vää-

---

[10] Ratkaisussa KHO 11.12.2003 taltio 3205 katsottiin, ettei rekisterimerkinnän tekemisestä voinut valittaa hallintolainkäytön järjestyksessä eikä päätös näin ollen ollut myöskään purettavissa. Omassa ratkaisussaan apulaisoikeusasiamies piti epäselvänä sitä, oliko rekisterimerkinnän hyväksymistä koskevaa asiaa säädetty erikseen valituskieltoon. Apulaisoikeusasiamies kiinnitti huomiota siihen, että kun rekisterimerkinnän tekeminen oli kuitenkin edellyttänyt asian tutkimista ja merkinnän tekemisen oikeudellisten edellytysten arviointia, voitiinko valitusmahdollisuuden puuttumista pitää yksilön oikeusturvan kannalta tyydyttävänä ratkaisuna.

[11] Apulaisoikeusasiamies on sittemmin antanut kaupparekisterimerkintöjä koskevan toisen kanteluratkaisun (11.6.2008 dnro 1302/4/06), jossa oli kysymys yhtiön rekisteristä poistamista ja siihen palauttamista koskevasta asiasta. Ratkaisussa tarkoitettu järjestely perustuu osakeyhtiölainsäädäntöön, jossa toimimattomat osakeyhtiöt poistetaan tietyllä menettelyllä viranomaisaloitteisesti rekisteristä. Yhtiö oli hakenut muutosta valituksin rekisteristä poistamisesta. KHO jätti vuonna 2004 yhtiön valituksen tutkimatta katsoen, että asiassa tuli käyttää kaupparekisterilain 22 §:n 2 momentin mukaisia oikeussuojakeinoja. Yhtiö nosti sittemmin kanteen käräjäoikeudessa, joka katsoi elokuussa 2005, että kaupparekisterimerkintä yhtiön poistamisesta kaupparekisteristä oli kumottava. Erinäisten vaiheiden jälkeen yhtiö palautettiin rekisteriin tuon tuomion perusteella. Kantelussa oli kysymys muun ohella siitä, oliko Patentti- ja rekisterihallitus toiminut asianmukaisesti antaessaan yhtiölle erikseen valitusosoituksen KHO:een noin puoli vuotta rekisteristä poistamisen jälkeen. Patentti- ja rekisterihallitus oli perustellut menettelyään kaupparekisterilainsäädännön puutteellisuudella oikeussuojakeinojen osalta. Apulaisoikeusasiamies Jääskeläinen yhtyi käsitykseen, että valitusmahdollisuudesta on säädetty voimassa olevassa lainsäädännössä tulkinnanvaraisesti ja että kannemenettely yleisessä alioikeudessa ei sovellu asianosaisen oikeusturvan kannalta riittävällä tavalla rekisteriviranomaisen oma-aloitteeseen rekisteristä poistomenettelyyn. Toimenpiteenään apulaisoikeusasiamies kiirehti rekisterimerkintäasioiden toimivuuden selvittämistä ja uudistamista.

[12] Oikeusasiamies Riitta-Leena Paunion ratkaisu 13.12.2005 dnro 2549/4/04.

rin maksettua tukea takaisin, oli rationaalinen lopputuloksen kannalta ajateltuna, mutta ratkaisun laillisuus suhteessa voimassa olevaan lainsäädäntöön oli ongelmallinen. Lainmukaiset menettelytavat olisivat tarkoittaneet sitä, että henkilö olisi voinut käyttää täysimittaisia muutoksenhakumahdollisuuksia useassa eri vaiheessa, koska korjaaminen olisi edellyttänyt usean erikseen valituskelpoisen päätöksen tekemistä.[13]

Taloudellisessa taantumassa on syytä kysyä, millaiseen oikeussuojajärjestelmään meillä on oikeasti varaa. Kysymys liittyy kiinteästi siihen, millä tavalla ja kuinka laadukkaasti oikeusjärjestyksemme toimii, joten peruskysymyksen asettaminen on sinänsä taloudellisesta tilanteesta riippumatonta. Resurssipuutteisen ja yhä monimutkaistuvamman lainsäädännön kanssa toimivan hallinnon ongelmia vyörytetään samoin resurssipuutteiselle ja saman lainsäädännön soveltamisen kanssa kamppailevalle tuomioistuinjärjestelmälle. Lainsäädännön perusteella valituskelpoisten päätösten pohja on laajempi kuin koskaan aikaisemmin. Näissä olosuhteissa on syytä etsiä toisenlaista työnjakoa hallinnon, lainvalvonnan ja tuomioistuinten välille sekä vielä ensi asteen ja toisen asteen tuomioistuinten välille. On myös otettava huomioon, että yksittäisiä tulkintaratkaisuja tuottavat tuomioistuimet eivät vastaa oikeussuojajärjestelmän kokonaiskehityksestä ja että oikeussuojajärjestelmän kokonaiskehityksen kannalta tehokkaampia järjestelmäpalautteen antajia saattavat olla toisentyyppiset oikeudelliset toimijat, kuten esimerkiksi oikeusasiamiehen ratkaisutoiminta.[14]

---

[13] Oikea päätöksentekojärjestys olisi ollut seuraava: 1. Viranomaisen olisi tullut ryhtyä viivästyksettä toimiin aikaisemman lainvastaisen päätöksensä poistamiseksi (suostumus korjaamiseen tai poistohakemus). 2. Päätöksen poistamisen jälkeen hakijalle olisi tullut antaa uusi päätös. 3. Tuon päätöksen tultua lainvoimaiseksi viranomaisen olisi tullut ratkaista erikseen liikaa maksetun etuuden takaisinperintäasia.

[14] ”It has been said that the ombudsmen may in some ways be a better long-term complaints resolution mechanism where public bodies are concerned, on the grounds that they are more able to deal with systemic nature of some public law disputes and are able to provide feedback to public bodies to enable them to improve their working practices and policies” (The Law Commission of England and Wales, Remedies against public bodies 2007).

Suomessa oikeusasiamiehen oma ratkaisutoiminta on laajentunut merkittävästi kanteluiden määrän kasvaessa. Vuonna 2008 oikeusasiamiehelle tuli lähes 3 700 kantelua (kasvua edelliseen vuoteen verrattuna 7 %). Vuoden 2008 ratkaisuista (yhteensä 3 720) suurin osa eli noin 1 000 koski sosiaali- ja terveydenhuoltoa. Tuomioistuimia koskevia kanteluratkaisuja annettiin noin 250. Ratkaisujen määrä oli 5 prosenttia enemmän kuin edellisenä vuotena. Toimenpiteeseen johti 17 prosenttia kaikista kanteluista, mikä vastaa viime vuosien vastaavaa osuutta.

Anssi Keinänen ja Kalle Määttä ovat ehdottaneet tutkimiskynnyksen asettamista eduskunnan oikeusasiamiehen toiminnan kehittämiseksi. Tutkimiskynnyksen tarkoituksena oli-

Asioiden elinkaaren kannalta ajateltuna kriittiset kohdat voidaan hahmottaa kiinnittyviksi ensinnäkin siihen, mitä pidetään valituskelpoisena päätöksenä ja missä vaiheessa tällaiseen päätökseen liitetään mahdollisuus käyttää tuomioistuimeen tai tuomioistuinmaiseen elimeen johtavia muutoksenhakumahdollisuuksia.[15] Toinen kriittinen kohta on puolestaan se, voidaanko varsinaista oikeussuojajärjestelmää kehittää siten, että ensimmäisen asteenkaan ei tarvitsisi ottaa täyteen tutkintaan kaikkia sille saatettuja asioita.[16] Kolmas kohta koskee toisen tuomioistuinvaiheen käytön ra-

---

si auttaa purkamaan kanteluruuhkia, suuntamaan voimavaroja enemmän oma-aloitteeseen tutkintaan ja tarkastuksiin sekä lainsäädännön sisältöön vaikuttamiseen. Tutkimiskynnyksen ylittäviä kanteluita olisivat ne, jotka koskevat ennakkopäätösluontoisia tapauksia tai joissa soveltamiskäytäntö on epäyhtenäistä. Tärkeään asemaan tulisi nostaa myös kysymyksessä olevan taloudellisen edun suuruus suhteutettuna kantelijan voimavaroihin sekä hallintoviranomaisen menettelyn moitittavuus. Tutkimiskynnyksen ylittäisivät samoin tapaukset, joissa on aihetta tehdä aloite lainsäädännön muuttamiseksi tai täsmentämiseksi (*Anssi Keinänen – Kalle Määttä*: Tutkimiskynnys oikeusasiamiesinstituutiota kehitettäessä s. 311–323 teoksessa Juhlakirja Pentti Arajärvi 1948 – 2/6 – 2008, Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 20, Joensuu 2008). Kirsi Kuusikko on puolestaan ehdottanut, että Suomeen luotaisiin eräänlainen alueellinen oikeusasiamiesjärjestelmä, johon voitaisiin yhdistää potilas- ja sosiaaliasiamiestoimintaa. Kuusikko puhuu tästä mallista ”lakimiessosiaalialan yhteistyöyksikköinä” (*Kuusikko*: Kansainvälistynyt hallinto-oikeus s. 276 teoksessa Kansainvälistyvä oikeus – Juhlakirja Professori Kari Hakapää, Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja C 41, Rovaniemi 2005).

[15] ”The aim is to develop a range of policies and services that, so far as possible, will help people to avoid problems and legal disputes in the first place and; where they cannot, provides tailored solutions to resolve the dispute as quickly and cost-effectively as possible” (Transforming Public Services Complaints, Redress and Tribunals 2004 Cm 6243 UK).

[16] Erään esimerkin tarjoaa EIT:n ratkaisutoiminnan kehittämistyö, jossa valtavien juttumäärien vuoksi on jouduttu kehittämään erilaisia menettelytapoja sen turvaamiseksi, että tuomioistuin pystyisi antamaan ratkaisun todellisiin oikeussuojaongelmiin. Eräs kehityslinja on ollut helpottaa toistuvaisluontoisten juttujen käsittelyä, koska valtaosa yksilövalituksista koskee kysymyksiä, joista on olemassa jo runsaasti tuomioistuimen ratkaisukäytäntöä. Sopimuksen 14. pöytäkirjalla luodaan uusi yksilövalitusten tutkittavaksi ottamista koskeva kriteeri, jonka mukaan tuomioistuin ei ota tutkittavaksi 34 artiklan mukaista yksilövalitusta, jos se ei katso valittajan kärsineen merkittävää haittaa, ellei ihmisoikeuksien kunnioittaminen sellaisena kuin se on yleissopimuksessa pöytäkirjoineen määritelty vaadi valituksen tutkimista asiasisällön osalta. Lisäksi edellytetään, että tällä uudella perusteella ei voida hylätä asiaa, jota kansallinen tuomioistuin ei ole käsitellyt asianmukaisesti (”duly considered ”). Uusi kriteeri sisältää edelleen pääsäännön siitä, että kaikki valitukset tutkitaan siltä osin, täyttävätkö ne admissibility-vaatimuksen. Kriteeri ei siten sinänsä rajoita yksilön oikeutta valittaa ihmisoikeustuomioistuimeen. Kuten Spolander toteaa, uuden kriteerin soveltaminen edellyttää tuomioistuimelta jo asian tietynlaista materiaalista tutkimista (*Spolander*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin muutoksessa – uudistuksen uudistus s. 690, DL 2005). Spolanderin mukaan uusi kriteeristö saattaa kuitenkin johtaa siihen, että asianosaiset

joittamista sillä tavoin, että kahteen täysimittaiseen tuomioistuinmenettelyyn päätyisivät vain ne asiat, joilla on selkeää ennakkoratkaisullista luonnetta tai joissa on tapahtunut korjaamista vaativa soveltamisvirhe. Neljäs kriittinen kohta on se, että oikeussuojajärjestelmä myös antaisi vastauksen oikeussuojapyyntöön ilman tarvetta aloittaa asian käsittelyä alusta. Viides kriittinen kohta on se, että oikeudenkäyntien prosessisäännöksiä on tehostettava osapuoliasetelmiltaan ja muutoinkin menettelyiltään.

Kaikki nämä vaiheet ovat hallintolainkäytön kehittämisen keskeisiä kysymyksiä tulevaisuudessa. Tämä merkitsee toisaalta sitä, että tarkasteluun tulee ottaa myös hallinnon mahdollisuudet korjata itse päätöksiään sekä hyvittää oikeussuojaloukkaukset ilman erillistä ja raskasta turvautumista tuomioistuinmenettelyihin.[17] Olennaistahan tulisi olla lainmukaisen ratkaisun ja olotilan saavuttaminen mahdollisimman nopealla ja tehokkaalla tavalla – ei se, tapahtuuko tämä tuomioistuimessa vai jossain muussa menettelyssä. Oikeussuojakeinojen haitallista päällekkäisyyttä on myös karsittava. Ja mikäli oikeussuojakeinojen käyttöedellytyksistä on epäselvyyttä, myös tuota epäselvyyttä on vähennettävä ensisijaisesti lainsäädäntötoimin. Työnjaossa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteuttamiseksi merkittävä osuus tarvittavista toimista kuuluu siten lainsäätäjälle.

---

alkavat valituskirjelmissään esittää laajasti näyttöä kaikesta mahdollisesta aiheutuneesta vahingosta, jolloin tuomioistuimen työtaakka ei vähenisi. Paljon jää siis riippumaan siitä, miten korkealle EIT tulee vahingon aiheutumisen näyttökynnyksen asettamaan. Jos näyttökynnys on korkea, valittajat oletettavasti lisäävät kirjelmöintiään. Jos näyttökynnys jää matalaksi, säännös ei toimi tuomioistuimen työtaakkaa vähentävällä tavalla (mts. 691).

[17] Suvianna Hakalehto-Wainio on todennut julkisen vallan vahingonkorvausvastuuta koskevassa tuoreessa väitöskirjassaan, että julkisen vallankäyttäjän korvausvastuuta koskevien asioiden käsittelyä varten saattaisi olla aiheellista kehittää erityinen sovintomenettely (*Suvianna Hakalehto-Wainio*: Valta ja vahinko s. 398, Talentum: Helsinki 2008). Hakalehto-Wainio päätyy siihen, että Suomen oloihin sopiva järjestelmä voisi olla oikeusasiamiehen nykyisten tehtävien muuttaminen siten, että oikeusasiamies voisi antaa suosituksia viranomaisille yksityiselle hallintotoiminnassa aiheutuneen vahingon korvaamisesta. Tätä oikeussuojakeinoa Hakalehto-Wainio ei pidä kuitenkaan EIOS 13 artiklan vaatimukset täyttävänä, joten hänen mielestään tulisikin harkita ”erityisen tuomioistuinmenettelyn kehittämistä” (mts. 400).

EUROPEANIZATION OF CRIMINAL JUSTICE

Samuli Miettinen

EUROPEAN CRIMINAL LAW IN NATIONAL COURTS: THE APPLICATION OF LIMITS TO DIRECT AND INDIRECT EFFECT

This paper examines the application of some foundational doctrines of Community law in the context of criminal sanctions. The doctrines of direct effect, sympathetic interpretation and of the judicial review of national law in the light of Community norms were originally developed by the Court of Justice in an effort to maximise the effectiveness of Community law. At their core, their purpose is to ensure that individuals can rely on Community law in their domestic courts even where through a failure of the Member State's legislative organs, the Community rules have not been adequately translated into the domestic legal system. Their application is subject to strict limits in the context of the Community pillar, and is even further limited in circumstances where individuals' criminal law obligations might otherwise be affected. In the present third pillar framework, the Court has extended indirect effect to framework decisions but is prevented by an express treaty provision from giving these direct effect.[1] However, even without such a limitation, it seems unlikely that the Court would depart from its well-established limits to horizontal direct effect as established in the Community pillar. These limits continue to operate in the depillarised post-Lisbon Treaty system, because although there are some areas where the Treaty is silent on the relevant legal instrument to be used,[2] the legislative instrument referred to in the Chapter on Judicial Cooperation in Criminal Matters is the directive, rather than the regulation. As a consequence, gray areas are likely to persist where the Union lays down 'binding' obligations but which, in the absence of the regulation as a legislative tool, requires national laws or their absence to be tested against the backdrop of Union directives. This paper interrogates whether in the course of enunciating some limits on the doctrines of Community, and eventually Union, law when applied in a criminal context, the Court of Justice has afforded Member States a margin of discretion that is excessive, and whether in doing so it has undermined one of the foundational prerequisites for mutual recognition, namely mutual trust.

Samuli Miettinen

European Criminal Law in National Courts: The Application of Limits to Direct and Indirect Effect

Introduction and general themes

In the discourse on 'European criminal law', it is tempting to overlook the foundational limits on the extent to which the Union's legal system has direct effects on individuals. The Court has historically been recluctant to extend horizontal direct effect to anything beyond the most fundamental EC Treaty principles. This core set of principles includes non-discrimination. However, even then the Court has absolutely refused to acknowledge the direct effect of directives in 'horisontal' situations.[3] Effectiveness clearly rarely, if ever, overrides requirements of legality. It is clear that what one might call EU criminal law remains an intergovernmental, rather than a supranational legal framework. This remains the case after the Lisbon Reform Treaty, since the principled limits on the legal effects of directives and framework decisions, discussed below, are currently similar. Whilst the subsequent Treaty amendments provide for the possibility of minimum rules on both definitions and on sanctions and thus overcome some present debates on the scope and precision of the Union's criminal compe-

---

1 Article 34(2)(b) EU Treaty. *Jolande Prinssen*: Domestic Legal Effects of EU Criminal Law: A Transfer of EC Law Doctrines? in Obradovic, D. – Lavranos, N., Interface between EU Law and National Law (Europa Law Publishing, Groningen, 2007) pp. 313–331 at p. 324. Prinssen suggests national law could be used to overcome this limit; however, it is submitted that as such, it could fall foul of the general principles required in the application of EU law, in particular that of legal certainty.

2 Notably in Article 82(1)(a) TFEU, where the Treaty calls for 'rules and procedures for ensuring recognition throughout the Union of all forms of judgments and judicial decisions'. I am indebted to Professor Anne Weyembergh for this insight.

3 F.ex. *Anthony Arnull:* The European Union and Its Court of Justice 2nd ed. (OUP, Oxford, 2006) pp. 172–174 and 198–202.

tence,[4] they also clarify that directives, rather than regulations, are the instrument with which the Union is competent to harmonise criminal law.[5] It might be more appropriate to speak of the Union-derived obligations of states to enact criminal law, rather than a 'criminal law' which implies something much more by way of individual obligations. In the light of the Court's integrationist approach towards the pillar structure and its nominal disassembly by the Lisbon Treaty, the retained emphasis on intergovernmentalism is clearly not attributable to the distinct legal nature of third pillar acts. The rift is deeper than this, and touches at the current limits of first pillar – classic Community law – between the logic of the internal market effectiveness paradigm and the rule of law without which that internal market can not achieve its broader, if sometimes implicit, aims.

Review of some foundational rulings

The judicial invention of direct effect in the context of Community law has from the outset been difficult to reconcile with the Treaty dichotomy between directly applicable rules, namely Regulations, and those which are not directly applicable.[6] What, precisely, the concept of 'direct effect' means, has been subject to a sustained academic discussion.[7] It has been traditionally been understood as the capacity of a provision of Community law to create rights for individuals. Winter distinguished direct effect, the "problem as to when a Community provision is susceptible of receiving judicial enforcement", from direct applicability, as "the method of incorporation of (secondary) Community Law into the municipal legal order".[8] Prechal argues that the modern notion of direct effect accepted by the ECJ is broader than this, and relates to "an obligation to apply" a Community norm either

---

[4] See Case C-440/05 *Commission v Council (Ship Source Pollution Framework Decision)*, where the ECJ considered that ancillary Community criminal competence related to criminalization and relevant minimum definitions, but not to the setting of penalties.

[5] F.ex. Article 83(1) and 83(2) of the consolidated Treaty on the Functioning of the European Union.

[6] Article 249 EC.

[7] *Bruno de Witte:* Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order in Craig, P – De Burca, G (eds), The Evolution of EU Law (OUP, Oxford, 1999).

[8] *J. A. Winter:* Direct Applicability and direct effect-two distinct and different concepts in Community law (1972) 9 Common Market Law Review 425. *Arnull* 2006, p. 186.

directly or as the standard for judicial review.[9] Whichever of the definitions is adopted, the underlying rationale is that the useful effect of Community provisions, the effectiveness of a Community norm, requires that individuals are able to rely upon it even where a Member State has not fulfilled its Treaty obligations. Conversely, a Member State cannot rely on its own failure to implement those obligations.[10]

The duty of consistent interpretation has a similar pedigree, rooted in notions of effectiveness. In *von Colson,* the Court fashioned an obligation for national courts to interpret domestic law in the light of Community law from the Article 10 duty of loyal cooperation. Following *von Colson*, 'national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the [binding] result referred to in [Article 249]'.[11] In *Pupino*, that requirement was transposed to Framework Decisions. This was despite the lack of an express duty of loyal cooperation in the EU Treaty and the express denial of direct effect in Article 34(2)(b) of that Treaty. The duty of consistent interpretation required neither direct effect nor an express duty of loyal cooperation. Rather, since 'it would be difficult for the Union to carry out its task effectively if the principle of loyal cooperation' did not exist,[12] it was implied by the broader objectives of the Union, namely the 'process of creating an ever closer union among the peoples of Europe'.[13] This duty applies to the entirety of domestic law, rather than rules enacted in order to implement a particular Union legal rule.[14]

Community norms can also be used as an avenue for the judicial review of national provisions. The seminal case in this respect is *CIA Security v Signalson and Securitel,* where the Court observed that a directive could in practice invalidate national rules that were contrary to its provisions.[15] Fail-

---

[9] *Sacha Prechal:* Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union in Barnard, C., The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate (OUP, Oxford, 2007) pp. 35–69 at p. 38.

[10] Case 148/78 *Ratti* [1979] ECR 1629.

[11] Case 14/83 *von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891 paragraph 26.

[12] *Pupino* paragraph 42.

[13] *Pupino* paragraph 41.

[14] Joined Cases C-397/01 and C-403/01 *Pfeiffer* [2004] ECR I-8835 paragraph 115.

[15] Case C-194/94 *CIA Security* [1996] ECR I-2201.

ure of the Member State to abide by the directive's obligation to notify national standards endangered the effectiveness of Community law, and such 'constitute[d] a substantial procedural defect such as to render the technical regulations in question inapplicable to individuals'.[16] In *Unilever*, the Court noted that this type of review did not constitute horizontal direct effect, because the directive 'does not in any way define the substantive scope of the legal rule… [and therefore] creates neither rights nor obligations for individuals'.[17]

Limiting the Doctrines

The doctrines which seek to emphasise the effect of Community, and now with respect to sympathetic interpretation, Union law are tempered by rationales derived from both that paradigm of effectiveness as well as the more general fundamental rights jurisprudence of the Court. The consequence is that in the application of the doctrines of direct effect, sympathetic interpretation and judicial review based on Community norms, a balancing exercise must be carried out between the interests of effectiveness and uniformity, on the one hand, and of fundamental rights and similar limits, on the other. What follows is a brief overview of some of these, and a critique of the substantial discretion that appears to be granted to national courts when carrying out this balancing exercise.

Some basic limits to direct and indirect effect could be said to derive from the reasoning based on the 'effectiveness' of Community law. In *Ratti*, the Court observed that a Member State which had committed a breach of the Treaty must not be permitted to rely on its breach.[18] The horizontality rules that have evolved since can in many cases be attributed to an application of this estoppel-like rule. In *Marshall*, the Court noted that a directive could not of itself impose obligations on individuals.[19] The practical effect is that there must be something more, even if some horizontal effects were

---

[16] *CIA Security* paragraph 48.

[17] Case C-443/98 *Unilever* [2000] ECR I-7535 paragraph 51.

[18] Case 148/78 *Ratti* [1979] ECR 1629. *Deirdre Curtin:* The province of government: delimiting the direct effect of directives in the common law context (1990) 15 European Law Review 195.

[19] Case 152/84 *Marshall v Southampton Area Health Authority* [1986] ECR 723.

not precluded. Prechal distils the limits to the effects of directives on individuals as threefold: firstly, a textual argument, that the EC Treaty itself states that directives are binding upon Member States; secondly, a constitutional argument that acceptance of horizontal direct effect would amount to "a power in the Community to enact obligations for individuals with immediate effect, whereas it has competence to do so only where it is empowered to adopt regulations"; and one of legal certainty, that the principle of legal certainty precludes directives from creating obligations for individuals.[20]

The third category can be located within the Court's broader fundamental rights jurisprudence. This collection of diverse norms tempers the application of the Union's rules even though they do not in themselves generally create enforceable rights as such.[21] Whist the Court generally takes the uniformity and effectiveness of Community law seriously, in outlining these principles, the Court has consistently led national courts to believe that measuring the legal effects of its decisions against these Union principles is a matter for the national court in applying the legal principles to the case under consideration. This leads to a number of open questions as to where the limits to the effectiveness-inspired doctrines are reached, and when, if ever, the Court is prepared to state that, on the facts, fundamental rights preclude the imputation of legal effects such as direct or indirect effect. Where the Court does actively police the boundaries between effectiveness and fundamental rights, and particularly where it can be argued that the Court would implicitly permit a contrary judgment by a national court, it undermines two presumptions upon which mutual trust is founded: the rather charitable presumption that fundamental rights are not only respected in the Member States and the assumption that there is indeed a minimum level of protection that entitles one to believe that fundamental rights are uniformly respected throughout the Union. Mutual trust is a cornerstone of the Union's Area of Freedom, Security, and Justice. Without such trust it is difficult to operate a policy based on mutual recognition. Endangering that trust will therefore also endanger the effective administration of the AFSJ, since Member States that do not trust in a satisfactorily universal respect for those

---

[20] *Prechal* 2007, at p. 47, quoting in (b) *Faccini Dori* paragraph 24 and in (c) referring to *Wells* para 56.

[21] See generally *Andrew Williams*: Respecting Fundamental Rights in the New Union: A Review in Barnard, C., The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate (OUP, Oxford, 2007) pp. 71–107.

rights are unlikely to respect requests for co-operation emanating from other Member States.[22]

In some early examples of the general principles of Community law, the Court observed that these included both the principle of legality and the principle of non-retroactivity of criminal penalties. In *Kolpinghuis Nijmegen,* the question arose whether a state could rely on the provisions of an unimplemented directive against an individual. Although described by the Commission as "inverse vertical effect" rather than horizontal effect,[23] the Court observed that 'a directive cannot, of itself and independently of a law adopted for its implementation, have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of that directive'.[24] In relation to the obligations of consistent interpretation, it noted that those duties were 'limited by the general principles of law which form part of Community law and in particular the principles of legal certainty and [non-]retroactivity'.[25] As a consequence, it implicitly recognised that those general principles were a more significant consideration than the effectiveness of directives. As the Court unequivocally observed in *Wells*, 'the principle of legal certainty prevents directives from creating obligations for individuals. For them, the provisions of a directive can only create rights'.[26]

The principle whereby sympathetic interpretation could not amount to deriving an unimplemented obligation by interpretation, can be illustrated by the *Arcaro* judgment. In *Arcaro*, the Court observed that the 'obligation of the national court to refer to the content of the directive when interpreting the relevant rules of its own national law' is precluded 'where such an interpretation leads to the imposition of an individual of an obligation laid down by a directive which has not been transposed'[27]. Thus, one could argue that where the directive lays down a detailed obligation, perhaps even one otherwise capable of direct effect, that obligation can not itself be derived through the method of sympathetic interpretation. Direct effect and

---

[22] For one prominent example, see the literature on the implementation of Recital 12 of the European Arrest Warrant Framework Decision.

[23] Case 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 at 3974. *Arnull* 2006, p. 218.

[24] *Kolpinghuis Nijmegen* paragraph 14.

[25] *Kolpinghuis Nijmegen* paragraph 13.

[26] Case C-201/02, *Wells* [2004] ECR I-723 paragraph 56. *Arnull* 2006, p. 248.

[27] Case C-168/95 *Arcaro* [1996] ECR I-4705.

sympathetic interpretation would thus appear mutually exclusive, since if an obligation might be capable of direct effect, an application of *Arcaro* dictates that it may not be capable of an equivalent interpretative effect.

Also in *Arcaro*, the Court noted that the principle of consistent interpretation could not arise where 'it has the effect of determining or aggravating, on the basis of the directive and in the absence of a law enacted for its implementation, the liability in criminal law of persons who act in contravention of that directive's provisions'.[28] Arnull attributes this effect to the estoppel principle, and argues that in horizontal proceedings between individuals, 'the duty of construction continues to apply in its full vigour'.[29] This would certainly seem possible in respect of satisfying the estoppel principle, but it seems likely that deriving criminal law obligations on the basis of unimplemented directives could still be challengable as violating the general principles, in particular legal certainty and non-retroactivity. The principle of *nullum crimen, nulla poena sine lege* is, however qualified by some subsequent case law where so long as a pre-existing offence could be found, the alteration of procedural rules through a requirement of consistent interpretation does not infringe that rule.[30]

The question then arises whether an individual should be entitled to rely on unimplemented rules of Community law against other individuals. The Court has consistently denied that 'horisontal direct effect' is possible in the case of directives. In *Marshall*, it observed that 'a directive may not of itself impose obligations on an individual and that a provision of a directive may not be relied upon as such against such a person.'[31] It revisited, and confirmed this in *Faccini Dori*, as a consequence of which the preclusion of horizontal direct effect seems settled for the time being.[32] In relation to Treaty provisions, the Court has been slightly more permissive. If a Treaty provision were to develop a foundational character that was clearly intended to be invoked against individuals[33] or which was similar to the provisions on discrimination that have achieved horizontal application despite

---

[28] *Arcaro* paragraph 42.

[29] *Arnull* 2006 at p. 219, citing *Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd* [1995] IRLR 645.

[30] See f.ex. Case C-105/03 *Pupino* [2005] ECR I-5285.

[31] Case 152/84 *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*

[32] Case C-91/92 *Faccini Dori v Recreb* ECR I-3325.

[33] Case 127/73 *BRT v SABAM* [1974] ECR 51, on the direct effect of competition law provisions.

being formally addressed to Member States,[34] this question may require further examination.

Some of the Court's recent case law on the legality principle is problematic. In *Niselli* the Court examined how a directive might, not of itself but as a result of its effects on the validity of domestic provisions, alter the criminal liability of a defendant. In essence, domestic law made failure to obtain authorisation a criminal offence, but subsequently decriminalised the defendant's behaviour. This decriminalisation was incompatible with Community law, and the question arose whether Community law could invalidate the decriminalisation, therefore retaining the prior rules by which the defendant's conduct would have been criminal. Whilst Advocate General Kokott advocated a distinction between exclusionary and substituting legal effects, therefore taking the view that the application of the prior domestic law which was conformant to the Community requirement was possible. The Court was careful to note that the exclusion of the later norm in *Niselli* did not of itself impose the criminal law obligation, but rather that it simply precluded the later decriminalisation.[35]

This could now be interpreted as a limit to the principle of retroactive application of the more lenient penalty in *Berlusconi*; namely that where the more lenient penalty was contrary to EC law, the prior law in force at the time of the commission of the offence could be relied upon.[36] In the *Berlusconi* case, the Court in an analogous later situation observed that where setting aside more lenient domestic law, even where that more lenient rule was contrary to Community law, resulted in a more onerous burden on a defendant, this would be contrary to the principle of non-retroactivity, thus arguably overruling *Niselli*.[37]

Article 6 of the European Convention requires fairness in criminal proceedings. In *Pupino,* the Court of Justice noted that this required an assessment of the proceedings as a whole, rather than the application or preclusion of a particular rule.[38] Ensuring that the proceedings were fair was a

---

[34] Case 43/75 *Defrenne v SABENA* [1976] ECR 455.

[35] Case C-457/02 *Niselli* [2004] ECR I-10853 paragraphs 29 and 30.

[36] For an alternative interpretation, see *Arnull* 2006 pp. 248–249, who argues that the judgment leaves "it to the national court to decide whether the defendant should be dealt with on the basis of the law in force at the time of the facts or the trial".

[37] Joined Cases C-387/01 et seq *Berlusconi* [2005] ECR I-3565 paragraphs 76 and 77.

[38] *Pupino* paragraph 60.

matter for the national court, and even though without reference to the Union norm, particular types of evidence could not be gathered, use of such evidence in the absence of a national provision was not in itself considered by the Court to breach Article 6. This means that in practice, under EU law the question of whether a Member State complies with Article 6 ECHR is for that Member State, rather than the European Court of Justice. This principle in turn makes one suspect that the *Bosphorus* test remains unsatisfied, and that the Member State's application of EU law would be considered on a challenge to the ECtHR.[39]

In *Pupino,* the Court observed that whilst there was an obligation to interpret domestic law in conformity with framework decisions, 'the principle of conforming interpretation cannot serve as the basis for an interpretation of national law *contra legem*.'[40] The appreciation of whether this was the case, however, can be a question for the domestic court which is therefore exclusively in the position of determining its own compliance with the principle of legality. In *Pupino*, the Court demonstrated a permissive view towards the discretion of the national court, observing that the facts of the case did not demonstrate that a *contra legem* interpretation was inevitable.[41]

Critique

In its case law outlining the limits of direct effect, sympathetic interpretation and judicial review based on Community law provisions, the Court has established a number of seemingly unequivocal rules that are either directly or indirectly based on the fundamental rights which it has recognised as a part of both Community and Union law. It has posed a number of counterfactuals which limit the application of the effectiveness-increasing doctrines, but has left the evaluation of compatibility between effectiveness doctrines and fundamental rights-principles to national courts. This raises concerns regarding the extent to which Union citizens can be deemed to enjoy an adequately equivalent level of protection before domestic courts, in partic-

---

[39] *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Ireland* No. 45036/98, paragraphs 161–166.

[40] *Pupino* paragraph 47.

[41] *Pupino* paragraph 48.

ular whether the limits expressed by the ECJ are nominal or real, and whether there are appropriate safeguards to ensure that domestic courts do not misuse their considerable discretion. There are also concerns regarding the adequate uniformity of fundamental rights protections, since for example conform-interpretation can be tempered by *domestic*, rather than EU-derived or influenced, rules.[42]

In the field of criminal law, the ECJ has developed the limits to the doctrines in a way that potentially leaves the system open to abuse. If and when such abuse occurs, aggrieved individuals have few effective remedies. Member States' domestic courts are not well placed to make this judgment. The reasons for this concern vary from those domestic courts' possibly overenthusiastic acceptance of supremacy and seeking to impose sanctions on defendants in cases where domestic legislation is inadequate, to more traditional concerns over the uniform application of the *acquis communautaire*. It could be argued that domestic courts are in essence entrusted, in the criminal sphere, with a greater degree of autonomy than might be the case with similar issues in Community civil law and this degree of autonomy prejudices both the development of Community law and the fundamental rights of defendants. Domestic courts are not well placed to balance principles derived from Community law with each other, particularly when the balancing exercise is between effectiveness of the legal order and the Community-derived fundamental rights and other foundational doctrinal issues. Nor is it beyond doubt that they will give due consideration to the limits to the doctrines, given that the European Court of Justice sees its role as simply determining whether, on the facts, it can be determined that an effectiveness-inspired decision is absolutely precluded by some other norm.

In the context of conforming interpretation, the level of protection will in all likelihood substantially vary depending on the totality of domestic legal provisions. In *Adeneler*, the Grand Chamber of the Court of Justice reiterated its brief observations in *Pupino* on the limits of the requirement for sympathetic interpretation.[43] After noting the existence of that requirement to

---

[42] See for example C-268/86 *Impact* judgment of the Grand Chamber of 15.4.2008, not yet reported, paragraph 102.

[43] Case C-212/04 *Adeneler and others v ELOG,* Judgment of the Grand Chamber, 4. July, 2006. Whilst the case involved Directive 1999/70/EC, it is clear from cases cited above that the rules apply *mutatis mutandis* to framework decisions. Indeed, the Court made reference to this aspect of *Pupino* in paragraph 110.

'ensure the full effectiveness of Community law'[44] and the general requirements of legal certainty and non-retroactivity,[45] it stated that national courts must 'do whatever lies within their jurisdiction, taking the *whole body of domestic law* into consideration and applying the interpretative methods recognised by domestic law' when interpreting national law in conformity with Union instruments.[46] As a consequence, national systems may employ wildly variable standards of protection, and their choice to do so is not in itself contrary to ECJ jurisprudence. To the contrary, the assessment of whether fundamental rights or domestic law precludes a particular invocation of a Union rule is left to the appreciation of domestic courts.

The Court has already demonstrated a *laissez-faire* approach to national courts' assessments of fundamental rights, since the factual assessment of whether a given method of interpretation is contrary to the fundamental rights of defendants in criminal proceedings is essentially left to the Member States. In *Pupino*, the Court suggested that the relevant national procedural regulations could be extended to categories of victims recognised as vulnerable under its interpretation of the framework decision, but not under national law.[47] This seems to border on an interpretation *contra legem* and calls into question whether the Court of Justice can be trusted to interpret the compatibility of Union law with fundamental rights as the European Court of Human Rights has recently suggested,[48] but nevertheless signals the great degree of latitude available to national courts under the requirements of sympathetic interpretation. One wonders whether a similar margin of appreciation would be extended where the framework decision or, following the entry into force of the Lisbon Treaty, a directive seeks to provide positive rights.[49] It seems inadequate, in order to avoid the estoppel rule from applying, to simply state that in *Pupino,* the rights of victims, rather than the State's reliance on an unimplemented framework decision, were balanced against the protections afforded to defendants.

---

[44] *Adeneler* paragraph 109.

[45] *Adeneler* paragraph 110.

[46] *Adeneler* paragraph 111.

[47] *Pupino* paragraph 48.

[48] *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Ireland* No. 45036/98, 30 June 2005.

[49] COM (2004) 328 2004/0113/CNS Proposal for Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union, as of May 2008 last discussed by the JHA Council in session 2794 on April 19,2007.

Secondly, in *Pupino*, the Court also suggested that it was prepared to uphold a rather formalistic delimitation between criminal law and criminal procedure to the detriment of defendants. The rights of defendants were to be protected in so far as the principle of legality applied to the former, but according to the Court were not under assault where the rules applied merely to 'the conduct of proceedings and the means of taking evidence'.[50] Amending the rules of criminal procedure by way of a sympathetic interpretation in accordance with a framework decision was not deemed to affect the rights of the defendant. Furthermore, the assessment of whether the proceedings were, as a result, fair within the meaning of Article 6 ECHR, was delegated to the Member State's authorities in light the totality of the case rather than the fairness of that particular invocation of Union rules. Taking this analytical framework to one logical extreme, it could be argued on this basis that the amendment or repeal of a statute of limitations on the basis of a Union rule could also constitute a procedural, rather than a substantive change to the detriment of the defendant.[51] It is very difficult to accept that this does not materially affect defendants' rights, or pose the possibility of an infringement of the relevant ECHR rules on the fairness of the criminal process despite rulings of the European Court of Human Rights that draw analogous distinctions[52] particularly since the application of the Convention principles is dependent not on the criminal law designation of those rules but on their punitive nature. At the very least, this could invite litigation raising the spectre of primacy in the EU pillars where a framework decision requires a sympathetic interpretation that could be seen as contrary to domestic procedural rights but does not fall within the Court's demonstrably restrictive notion of what constitutes *contra legem*. The *Adeneler* and *Impact* judgments suggest that in the realm of civil obligations, the totality of domestic rules is instrumental in determining the extent to which a conform-interpretation is possible. This can do nothing but aggravate variable levels of fundamental rights protection within the Union as a whole, but also seems to signal that primacy of Union provisions is itself subject to the totality of domestic law.

---

[50] *Pupino* paragraph 46.

[51] For a contrary view, see Joined Cases C-387/02 *et seq.*, *Berlusconi.*

[52] See for example the opinion of AG Colomer in Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW* at point 105, reiterating the ECtHR distinction between extradition as a process and substantive rights.

Conclusions

In conclusion, the broad, principled requirement that neither directives nor framework decisions may in themselves 'determine or aggravate' an individual's liability under criminal law[53] must be taken with the substantial caveat that the substantive scope of an individual's criminal law liability is interpreted rather strictly by the European Court of Justice, and that it leaves assessments on whether this occurs to the Member States without providing the detailed guidance which it on occasion engages with in relation to hard internal market cases. These difficulties in the application of the limits to the effectiveness-based doctrines are likely to persist, and possibly be aggravated, following the entry into force of the Lisbon Treaty since it provides for directives, rather than Regulations, as the principal means of regulating criminal matters at the Union level.[54] The outcome is a variable framework of domestic provisions, domestic application of very general norms, and a refusal of the Court consider their merits in circumstances where it seems to the uninitiated that national courts are prepared to give precedence to the effectiveness paradigm over fundamental rights. In this light it would seem inappropriate to justify mutual trust on the basis of an implicit acceptance that fundamental rights are, in any event, protected.

Some potential solutions to this dilemma are clearly unworkable. One of these unworkable proposals is that the ECJ should investigate in every case the precise extent to which fundamental rights and effectiveness-derived obligations of application or interpretation conflict, and that it should in every case make that determination on behalf of the national court. This is not unworkable only because of the hallowed delimitations of power between the Union and the domestic courts, but because the sheer volume of such claims could demote the ECJ's principle-enunciating role to one of a court of first instance. As is discussed above, the converse seems equally unworkable because although it pays some nominal consideration to fundamental rights, the level of discretion in their application is suspect not only from the point of view of those rights but from the effectiveness and uniformity of the Union rules which are sought to be enforced.

---

[53] *Pupino* paragraph 45.

[54] See Articles 82–83 of the Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C115/47 9.5.2008.

More workable, perhaps, is that as Spaventa has suggested, the Court should 'clearly state that the principle of consistent interpretation can never be used to the detriment of the defendant, regardless of the nature of the rules in question'.[55] A simple test to this effect could be that consistent interpretation could only be used at the behest of a defendant. Taking this same principle and applying it throughout the corpus of criminal law obligations, it might be appropriate for the Court to simply consider that any invocation of Union rules in cases with criminal law implications must be at the request of the defence. If this were to include the rules on direct effect and on judicial review based on Community instruments, such a procedural principle would ensure that none of the fundamental rights guarantees for defendants were breached, and would do so without resorting to the cumbersome case-by-case review that would otherwise be required. Whilst it must be acknowledged that this could be at the expense of victims' rights in unimplemented Union instruments, in civil cases victims remain unable to rely on unimplemented directives to the detriment of other individuals and as such it seems difficult to accept that criminal law obligations could be relied upon where for reasons of principle no civil law obligations could. The result would be a Union legal system which, at the risk of unenforceability, encouraged Member States to clearly transpose criminal law obligations into their domestic law and which also legitimated those rules through the application of the domestic legislative process. Most foundationally, the ensuing system would be one which reflected the expressed, long-standing preference for the fundamental rights of the defense as a pre-requisite of the rule of law upon which all else, including the effectiveness of the Union's other principles, must be founded.

[55] *Eleanor Spaventa*: Opening Pandora's Box, Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupino* (2007) 3 European Constitutional Law Review 5-24 p. 13.

YMPÄRISTÖ JA YHTEISKUNTA – ENVIRONMENT AND SOCIETY

Erkki J. Hollo

Man, Environment and Law – Thoughts of Balance and Communication

Introductory description

Within the centennial programme of the Academy, a session was held on ”Environment and Society”. Morning topics dealt with international and methodological issues. Presentations by Professors Thilo Marauhn (University of Giessen), Timo Koivurova (Arctic Centre, University of Lapland), and Staffan Westerlund (University of Uppsala) initiated the discussions. Professor Kari Hakapää from the Law Faculty of Lapland chaired. The afternoon session, chaired by the author of this article, focussed on methodological and national topics in presentations by Professors Ari Ekroos (Helsinki University of Technology), Anne Kumpula (Turku University), Tapio Määttä (Joensuu University), Justice Kari Kuusiniemi (Supreme Administrative Court), and Doctor Leila Suvantola (Joensuu University).

One common feature was visible in the presentation. I would describe it as ”The environment – challenge for a legal society”. The author of this article tries in the following to reflect the *topoi* of this session.

Man and the environment

This paper will give some viewpoints on the dual relations between man and the environment and between environmental society and law. The idea of man as a free individual is traditionally a topic for legal argumentation. To what extent should law regulate this freedom for the sake of security and order without interfering with personal liberty of action? The environment represents another feature of freedom. Man is an essential part of and actor in legal regimes: no law exists without human beings but, on the other hand, law can only communicate in terms of human actions. Law is not able, at

least not efficiently, to dominate or command areas beyond human rights and interests. The problem is here: natural laws do not respect or communicate with man-made laws. For this reason, it is also difficult to incorporate natural and other environmental elements in legal orders unless a human interest for action exists. Another problem is that mankind has a heavy responsibility for the damaged environment and its endangered qualities. Who would be a justified addressee for duties and responsibilities in a situation where present and future generations have to ”pay” for losses to be recovered, as far as it is possible and rational? This applies both to the natural and cultural environment.

Today, the environment is understood broadly and expansively. Legally it is hard to define because it supersedes the logical and traditional sphere of human rights and legally protected interests. It is not just ”our backyard” – our interest may be to sue a neighbour for causing harm to us since he believes he has freedom of action. However, air, water, soil, forests, even cities and cultural areas are not under our domination, in our backyard. The environment includes the complete natural complexity of our globe, up to the atmosphere and down to the microorganisms of viruses and bacteria. Our civilization comprehends a multifaceted set of aspects, which are largely beyond legal capacities but which have still become components of a close to global political consciousness and readiness of action.

Rights and environmental concern

Freedom rights are both in favour of and against such a development. Since the environment is not a legal counterpart, legal actors, citizens must enter the role as stakeholders or interested parties in matters concerning the environment. The ”law” gives actors the mandate of participation in environmental issues. On the other hand, who is the ”bad guy”? That is partly a guess and the answer depends on how you put the question. If, for instance, society, the State, was the proprietor of all natural resources, one might think that it leads to public concern and responsible care. Numerous examples tell the opposite. Private ownership over natural resources is for some ideologists a *malum per se,* because such a system is supposed to lead to irresponsible exploitation of resources. Here, too, numerous examples prove the opposite. However, the only thing law can do is to communicate in terms of civil rights and interest position.

Therefore, environmental law is defined as a legal field regulating human behaviour towards the exterior world, including other people, i.e. an abstract community, not a category of holder of legal rights. Depending on the situation, the exterior world consists of varying elements. Sometimes the discussion distinguishes between the physical and social environment. If so – but this distinction can be criticised – the term "social" largely refers to human bilateral relations and therefore is not "environmental" in the traditional meaning. However, within environmental law, areas exist where human relations dominate more than physical features of the environment. We may take as examples traffic areas, municipal parks and recreations areas, settlement areas, and others.

Development of environmental principles

The UN Stockholm Conference on development and the environment in 1972 was the first environmentally targeted global event. The result was, as is usually the case, a political compromise but a number of environmental principles were adopted. For understanding the then established relationship between the environment, the economy, and welfare, later called "sustainability", two first principles are characteristic:

> Principle 1: Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations.
>
> Principle 2: The natural resources of the earth, including the air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems, must be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate.

This document became a guide for the further development of international environmental law in different organisations, especially in the United Nations and its sub-organisations, but also in the European Community, which at that time did not have any specific rules on the environment. The UN conference works on a bidecennial basis. The next, even more remarkable event was the Conference in Rio de Janeiro in 1992. At this occasion, two globally important conventions were adopted, namely the Climate Change Framework Convention (UNFCCC) and the Convention on Biological Di-

versity (CBD). The commitment of participant States (almost the entire globe!) to reach environmental goals especially in terms of development and climate was largely supported and pronounced. Today, the climate issue has led to different legal institutions, especially the emission trading system based on the Kyoto Protocol but also in regional and national policies on renewable energy sources.

The presently common and practised connection between the environmental sectors and the market economy is also a topic of environmental literature in different sciences. Therefore, environmental economists enjoy high popularity even as politicians. In earlier times, economic actors were rather the ”bad guys” who increased destruction of environmental values in order to earn a commercial profit, not only in capitalist but also in socialist states. This was certainly true especially during the reconstruction period after World War II. Later on, the economy and technology were bound to serve the achievement of environmental goals (Limits to Growth, Club of Rome 1972). Economic planning of measures became vital for state economies, environmental strategies, and business activities. The environment became in a way a market product. This fact is apparent, for instance, in labelling and certification systems. In the end, ”green” technology may not always be environmentally friendly or sustainable but it may offer alternatives in societies were the demand for energy sources and energy demanding products is still growing. Sustainability is an overarching welfare concept, not an ecologically oriented principle. It consists of four elements, namely the economic, the social, the ecological, and the cultural. Depending on the situation of each state, the content of conditions needed for sustainability varies considerably. Poor countries consider that they have the right to reach welfare status without environmental limitations, at least if they have to pay for investment in environmental technology or if rich countries impose restrictions on the import of their products.

Considering all these aspects, it seems clear that law-based society has changed from a property rights or private law system to a more open and public civil law system where members have an interest in common, notwithstanding the position they may have in terms of substantive formal rights. Western countries experienced a similar situation when labour law left the narrow relationship between employer and employee or when the concept of a social state led to a broad obligation to participate in the social aid system. Environmental law shows similar features. Even the concept ”environment state” is used in the literature. The ideology has many faces.

One may bring the environment into the legal system as a legal actor, claiming rights and protection against exploitation by humans. Another means that not only legally entitled persons, as owners or operators, but also societies and the public as a whole are invited to the discussion concerning environmental activities.

Setting goals for the environment with legal consequences is challenging – especially if the objective is to maintain a methodological separation of mere political arguments and legal objectives. Lawmakers should not set political goals for environmental development because that would eventually disturb the prevailing balance of legal positions. Therefore, it is in principle the task of the legislator to set legally binding objectives. He often does so but the formulation and enforcement of these objectives or strategies may be in written law with rather open wording and thus apt for interpretation of both a legal and political nature.

A rich literature exists on the methodology and supremacy of environmental law over relevant societal activities. The problem is that the tools available are often either artificial in terms of traditional hard law, while on the other hand an isolated environmental approach would leave numerous loopholes in the legal system. A mining company could claim that environmental rules are irrelevant since the company owns the land in question and the interests of neighbours seem not to be under threat of infringement. However, it is important and this is also one point of the European legal order: environmental law must cover not only the formal part of so-called environmental law (nature conservation, pollution control, and more) but it must enter all legal areas were environmental issues are at stake. These are present in labour law, food law, energy law, competition law, property law, just to mention some, not unimportant legal areas (the integration principle).

The environmental approach

Essential or ”modern” environmental law takes a different approach. A specific feature of this legal area is that it does not regulate merely relations between humans or authorities in the traditional sense, i.e. in order to protect their personal legal rights or to perform legal obligations. Environmental law goes beyond the limits of traditional legal relations in the sense that it introduces a new factor in the legal order, a factor that necessarily is not

individually contestable. Of course, environmental law has a large number of subsections where the position of an individual may vary considerably. If we take cases from building law, the environmental interest to attach people to decision-making may not be remarkable. If the matter concerns environmental pollution, it is again comprehensible that a large group of people may be concerned even in the traditional sense of legal standing.

Historically, modern environmental law originated from two legal traditions. First, it was already at the latest in the 19th century clear that human, especially industrial activities affected large areas and people within those areas. One can find rules in those times with the goal of limiting emissions and obligations to protect the rights of others. Secondly, in those times the use of natural resources also started to increase to the extent that regulations became necessary. We find even then rules on sustainable use in forestry law, fishery law, and water law. By the way, even in the classical paintings of the 19th century you find illustrations about the huge impact of human activities on the landscape and the environment in general. In connection with sustainable use of natural resources, the idea of creating protected sites for wildlife and sites also arose in the middle of the 19th century. This development led to one of the main environmental subsections: nature conservation law.

One might say that those features of historical development were not ”environmental” law. That is true in the sense that especially in the law on prevention of pollution the approach was anthropocentric. Nevertheless, even as late as 50 years ago scientific knowledge about the relations between human activities and nature, humans included, was not well developed. No reliable knowledge existed about impacts of chemicals or presently identified hazardous waste. Increasing knowledge, research, and political awareness were the reasons why the historical elementary tools were renewed and strengthened. However, administrative law had in many countries even at the end of the 19th century developed permit procedures where – based on given premises – the goal was to manage impacts of industrial activities and to find suitable sites for industrial operations. Most European countries have since then chosen to develop administrative tools towards what we call modern environmental permit and planning procedures. In other places, e.g. in the USA, developments may have been different, due to the lack of a strong state regime in their history.

In broad terms, the development of environmental law originates from national administrative and legal instruments. Differences in national sys-

tems mostly depend on general legal reasons. For instance, in some countries environmental administrative guidance communicates with the tradition of land use planning, in other states its connection refers to case-by-case decisions concerning authorisations. Numerous human interests are involved in the considerations: health, safety, economic welfare, but also parks, recreation areas, bird life. Is it possible or reasonable to expect that modern decisions would not always give priority to human interests but also give importance, whenever motivated, to living conditions of wild animals and their habitats or to conservation of watercourses, for instance, against the construction of motorways or power stations?

Recent examples prove that natural environmental values occasionally set aside hard economic interests in case of planned use of natural resources for energy. Politically, such positions occur spontaneously but no State would go too far in the sense that it would give up its role as an actor in international market competition, based on wealth. In fact, that would be against constitutional obligations of State officials and leaders. For that reason, it is not realistic to claim that here traditional law would function merely in terms of ecological laws. A built-in balance always exists on human and non-human interests. Environmental law has to consider both, because it is law, law again is resolving interest conflicts. Criticism against balancing is a matter of discourse, since legal rules are often dynamic for interpretation.

Balancing conflicts means setting limits to human freedom and human activities – at the beginning with the objective of protecting other people against health and property damage, later on also with the intention to give protection to natural processes both in major and minor contexts of ecosystems. Scientific knowledge and technical development supported by economic wealth was the foundation for legal openings.

The causation principle

In the 1960s, international efforts were taken to adopt political and legal tools in order to mitigate increasing environmental, often uncontrolled, pollution. The OECD introduced a principle, which later became one of the strongest arguments for limiting execution of property and other rights in an environmentally harmful way. This principle acquired the name of the ”polluter pays” principle, which in different languages has various versions and content. The main idea of this principle was – and still is – that natural

resources will no longer be free for use. In addition, abuse of environmental media requires reinstatement. Costs of prevention and reparation have become the burden of operators and users.

However, application of the principle did not always have the effect that the profit of companies decreased. Instead, increasing demand often led to even more production. In the case of production, the burden of covering additional (external) costs usually turned into the price paid by the final acquirer, the consumer. Thus, the cost of measures for prevention and restoration may have the effect that not the polluter but the consumer gets the bill. In terms of causation, this is not fully wrong because environmentally harmful production exists and is profitable only as long as a demand exists on the part of consumers. If consumers made other choices, harmful production would not prevail (the theory of consumers as co-polluters): the parties, who need welfare depending on natural resources, pay the additional environmental costs.

The environment has profited from use of the principle in the sense that without such a new approach environmental technology and environmental economics probably would have missed the sunrise. The OECD defined the principle later on (1975) as follows:

> ”The principle to be used for allocating costs of pollution prevention and control measures to encourage rational use of scarce environmental resources and to avoid distortions in international trade and investment.”

The European Union has adopted the same definition, for instance in Art. 174 of the Rome Treaty. The principle has been further developed and adjusted for specialized purposes and activities. In fact, ”daughter” principles arose, often with rather a sophisticated content. Not all of these principles are ”legal” or binding; rather they function as ultimate guidelines for developers and decision-makers.

It is still important to realize that maintaining environmental quality and obtaining improvement of destroyed resources is not an option for developers or the market. If an actor fails to fulfil his environmental obligations, the environmental goals must still be reached. This means that in the end the community has to enter and take responsibility. A typical example is soil pollution, which usually has a long history of activities and accidents. Often no legally liable person is found but the pollution may cause damage and risks to both the population and nature herself. The European Union requires today that Member States take responsibility

for investigating polluted areas and whenever required bear the costs of reinstatement.

As long as no limit exists for the load of emissions caused by production, even higher prices would not guarantee a sustainable environment because demand has no limits. Therefore, it is necessary – in addition to the causation principle – to set independent values for how far polluting activities can go or the use of resources expand without endangering sustainability worldwide. Air pollution is here a good example. Certain industrial chemicals and gases are deteriorating the air and the atmosphere to the extent that the ecological balance of the Earth may suffer. For this reason, certain substances are banned in industrial production. CFC compounds (Freon, aerosols) were useful for the production of equipment, especially refrigerators, but research proved later on that these could severely damage the ozone layer. The international ban of such substances led to a need for innovation of replacements which, so far, are perhaps less efficient but necessary for some parts of welfare worldwide. Asbestos and DDT are other examples of historically ”great” inventions which later on were discovered to have tremendously harmful effects on both human health and nature.

Material examples are numerous. In the legislation concerning air pollution, health concerns have already for a long time dictated the content of administrative guidance and sanctioning. The same is true of water pollution. Mining law is another example. In terms of traditional legal thinking and conceptualization, environmental law brings something new to existing rules. In other cases, it may be necessary to adopt new, more efficient instruments. These instruments may be both legal and economic. This occurs especially in the areas of management of climate change or in the regulatory field of biotechnology. Environmental law tends to cross borders since geographic and climatic conditions often have a regional or even global character. This means that in order to resolve or to handle environmental needs, setting of goals or objectives for regulation becomes vital. This is in fact typical of modern environmental law compared to its historical roots: national and supranational regimes are looking for common legislative goals. In harmonized strategies and conceptual context, each legal order tries to find appropriate tools for the transposition of the applicable goals.

Balancing rights and public interests

The problem with traditional property rights and obligations is that they enjoy protection under the legal order and mostly deal with horizontal relations, between neighbours or individuals and authorities. The limits for competences of holders of property rights in relation to vertical, i.e. societal and broadly environmental, needs are therefore rather open for political interpretations, if not defined by the legislation itself. In order to avoid pure political argumentation it is important to understand how legal institutions and concepts are practised in a dynamic set of environmental rules. It seems that a need exists to redefine the functions of those institutions and concepts. A classic example is any property right taken under the ”integrated” view of environmental law. A trend exists to adjust the function of those rights in the context of environmental law. Any traditional legal concept or right, e.g. ownership, building rights, even immaterial rights and financial instruments are under pressure from environmental policy. One problematic result is that the legal order or the legislator does not give a clear answer to what extent traditional institutions and rights, often protected under the Constitution, should be opened and re-evaluated for environmental purposes, for instance under the aspect of ”sustainability”, a new term adopted in the 1980s.

Public participation means that all information about the environment and relevant activities is open for everyone and that anybody is entitled to give an opinion in any procedure dealing with the environment where they live or work. This openness is reality in most Western countries and it often means a challenge to public authorities in fulfilling all requirements of publicity or inquiries and to operators who may have to wait longer for permit decisions due to increasing rights of appeal and access to justice. The European Union and the United States are forerunners in this direction (e.g., environmental impact assessment, public participation, and human rights to the environment, all having the Constitution as a safeguard). Still, participation has different motives, which may be environmentally both friendly and harmful. Everyone may want to support a new motorway but since no one wants to have it in their own backyard it must be placed in the open nature where the ecological damage is usually more visible than in urban surroundings.

The environment is not the first area of law where we find the issue of vertical protection of property rights. We know the constitutional term of

social limits of ownership, which originated in the national need to protect safety and health. By definition, no private right would entitle its holder to endanger state security or public health. This argumentation was even logical because on the one hand, it was the state that had granted those rights and given them protection, and on the other hand, it was natural that the state in a similar manner could protect its vital interests against abuse even of protected rights. Consequently, no modern or ethical constitution gives protection to ownership or other property rights if use of those rights conflicts with vital state or other public interests. National differences exist in the view to what extent environmental interests should be classified in that sense as ”vital”.

In this respect some legally interesting questions arise. First, does this vertical dimension of limitations of rights also imply an obligation actively to protect those public needs and interests?

As far as the first question is concerned, some constitutions have adopted a two-sided mode of regulation. One is not only obliged to respect different kinds of public needs of a general nature but is also responsible for maintaining an acceptable state of conditions if needs so require. This rule could imply for instance, using waste and health law as examples, that the possessor of a property would – based on his title over a resource – have to take measures for instance to remove substances which earlier possessors or bypassing actors have dumped there. Similarly, the holder of land would have to take care of existing natural or cultural values without compensation. Such a responsibility for continuously keeping a property in a safe and proper condition for the sake of public interests may be exceptional but still seems realistic. The second question focuses, not on the active duty of care, but on the limits of constitutional limitations in favour of environmental interests.

It seems obvious that many parts of modern environmental law are covered by the principle that protection of property rights has certain limitations concerning public safety and health. These limitations are ”natural” in the respect that society has no duty to compensate, which would be the case if those limitations fulfil the level of compulsory taking or expropriation. On this basis, it is a rather common position that legal prohibitions on polluting the environment, be it air, soil, or water are in line with the constitutional social limits of ownership.

The ground for limitations is today often not national but originates from EC Community law or international environmental conventions. Would it

then be acceptable that the commitments which states have adopted, for instance on protection of sites and habitats, were transferred to holders of land without compensation? Those obligations often fall in categories of protection of biodiversity, protection of habitats and natural landscapes, or management of climate change (reduction of greenhouse gases). Often, these values in question are found in nature randomly after a scientific investigation or political strategy, and it may be close to impossible for a holder of land to foresee what kinds of limitations these supranational obligations of a State may cause. Often, too, the result is that authorisation for a permit will be refused, which again may result in loss of property values. Should such a loss be treated as a mode of compulsory taking or would it rather be a free obligation of those who happen to own the property at the time when the limitation occurs? Many constitutions do not have a clear position on this category of limitations. Finland has adopted an intermediate but still not clear standing by granting compensation under certain conditions of equity.

The Finnish constitutional order

Finland adopted a constitutional reform in 2000. The previous Constitution of 1919 had already been partly amended earlier. The present Constitution does not bring important changes in the system of constitutional rights or the rules of the parliamentary order. Instead, the task has been to give the Constitution a more integrated function within the entire legal system because Finland has no explicit body or constitutional court to control implementation of constitutional provisions. Courts, especially the two Supreme Courts, are supposed to apply constitutional provisions whenever these are at stake in a matter of appeal. Sometimes this may lead to a modified interpretation of general legislation or previous practices. Another sector where constitutional reform has brought changes is the separation of powers between the Government and the President of the Republic, the latter of which to some extent has lost previous competences to the Government.

Sources of law are legislative acts, legal practice, or jurisprudence and, to some extent, customary law and legal principles. Other legal materials such as official statements (*travaux préparatoires*) and valid doctrine (*herrschende Lehre*) may influence legal decision-making. Written law is decisive and consists of the Constitution (2000) itself, further constitutional

acts, and common legislation of the Parliament. As a rule, courts cannot overrule legislation in force. However, since the Constitution has a certain direct effect, constitutional provisions, especially those concerning basic rights, may give courts the power, case by case, to modify legislative practices if these are considered to be in conflict with the Constitution. Thus, constitutional provisions may directly influence or modify the application of existing laws if they are not in accordance with the Constitution. However, the courts do not in principle act as "legislators" when needed legislation does not exist at all, because, in principle, interpretations obviously *contra legem* should not be taken by courts or other authorities.

As far as civil rights are concerned, the basic property right, the freedom of trade and the provision called civil environmental are in this context worthwhile mentioning. In addition, human rights are guaranteed by the Constitution. The human rights aspect has indeed also laid some importance for property law as well as environmental law in the light of international conventions. Essentially, the role of these constitutional provisions is to authorize and to oblige the Parliament to enact appropriate (general) legislation for implementation of the provisions. It is hence a kind of a self-commitment of the legislator to act. A further constitutional provision to mention is the environmental basic right (Constitution sec. 20). This rule provides for a general liability of everyone to assume liability for environmental damage; on the other hand, it stipulates for the public involved a right to participate in environmental decision-making; this includes for instance land-use planning.

A distinction is made between public objects and public property (*res communes omnium*), which describes a situation where (usually immovable) property is not owned by anybody. One example in international law is the open sea; another is the atmosphere or the air. In Finnish law, this concept has lost its importance. Previously, water and forest areas existed the owners of which were not determined and the areas were therefore open for everybody. In the 19th century, it was still possible for a pioneer settler to occupy forest areas (appointed by the State) and to receive a title of ownership based on occupancy. Nowadays this is not possible because all inhabited forests and waters beyond the limits of registered habitation areas are distributed to specific owners, in most cases to the State. The State is also the formal owner of Finnish territorial waters and the open middle parts of large lakes. These waters are public water areas (Act 204/1966). In the forest sector, the northern part of inhabited Finland in Lapland is qualified as a

”Desert Area” which is mostly owned by the State (Act 62/1991). All national parks and natural parks are also property of the State (Nature Conservation Act 1096/1996).

Human rights and the environment

Human rights are one feature of environmental constitutional law. The general view is that human rights are in line with the objectives of environmental law. Participation in connection with execution of individual rights is supposed to strengthen the position of environmental decision-making. Some remarks on this point are apposite. First, human rights have a strong tradition in anthropocentric thinking: ”human versus human” or ”human versus the State”. Human rights theory is closely related to ethics but it has strong political aspects such as e.g. the claim for equality, for social participation as well as social acceptance and cultural integrity. The reference for these claims originates from the atmosphere of tolerance in both national and supranational contexts. It is also important to remember that constitutional basic rights of different people or groups, when applied in the same situation, may be controversial and that balancing is required (property or liberty rights against human rights to access nature or environmental quality).

Considerations on human rights might have importance for environmental conditions in case of minority peoples and natural livelihood. People (or peoples) that traditionally obtain their living from nature may claim to have a human right to use natural resources. Protection of those rights may conflict with ecological sustainability. On the other hand, local users often have, for practical reasons, a traditional knowledge how to use natural resources economically without causing unnecessary destruction or damage. Free passage in natural areas – and cultural sites – is sometimes classified as a public ”right” (*usus publicus*). Again, a conflict may occur between tourism in nature and ecological sustainability. The same applies to traffic as well. It seems that in such situations the human rights argument to some extent fails its goal.

Background literature

Birnie, Pat – Boyle, Alan: International Law and the Environment. Second Edition. Oxford University Press: Oxford 2002.

Hollo, Erkki J.: Property and Trust Law / Finland. Kluwer International Encyclopædia of Laws IEL 2008.

Koivurova, Timo: Environmental Impact Assessment in the Arctic: A Study of International Legal Norms. Ashgate Publishing: Aldershot 2002.

Krämer, Ludwig: EC Environmental Law. Fourth Edition. Sweet & Maxwell: London 2000.

Kuokkanen, Tuomas: International Law and the Environment. Variations of a Theme. Kluwer Law International: The Hague 2002.

OECD: The Polluter Pays Principle. Paris 1972.

The Limits to Growth. A Report to the Club of Rome by Donella H. Meadows, Dennis l. Meadows, Jorgen Randers, William W. Behrens III. Universe Books: New York 1972.

Vihervuori, Pekka: Environmental Law / Finland. Kluwer International Encyclopædia of Laws IEL 2008.

Thilo Marauhn

Managing Diversity: Competitive Federalism in Light of the Lisbon Treaty

Introduction

When the Treaty of Lisbon[1] was signed on 13 December 2007, the then President of the European Council and Prime Minister of Portugal, *José Sócrates*, declared:

> "The European project is a project founded on the equality among States, mutual respect, close cooperation and tolerance. The European project does not eliminate nor minimise national identities, nor the States' specific interests; rather, it offers a multilateral framework of regulation from which benefits can be drawn for the whole and for each of the parts that participate in the project."[2]

This paper aims at a discussion of whether the changes brought about by the Treaty of Lisbon will improve the multilateral framework on which European integration is based. Compared to the existing legal framework based on the Treaty of Nice[3] and to the failed Treaty establishing a Constitution for Europe[4], does the Lisbon Treaty better serve the whole and each of the parts? Does the Treaty better manage diversity in an enlarged Eu-

---

1 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ 2007/C 306/01.

2 Http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Documentos/

20071213_Eng_PM_Int_Assinatura_Tratado_Lisboa.htm.

3 Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, signed at Nice, 26 February 2001, OJ 2001/C 80/01.

4 Treaty establishing a Constitution for Europe, signed at Rome, 29 October 2004 OJ 2004/C 310/01.

rope? Does the Treaty of Lisbon overcome the political and institutional impasse that has limited Europe's capacity to act?

Obviously, not least with the latest enlargement in 2007, raising the number of member states to 27[5], the balancing of unity and diversity remains at the heart of the process of European integration. While such balancing may be looked at from the perspective of integration theories[6], it may also be discussed from the perspective of democratic governance as such[7]. This has not always been a core issue, neither for integrationists nor for their critics. However, taking a closer look at the distribution of legislative powers among member states and the Union, the management of diversity becomes a matter of democratic governance in Europe. It may be argued that the successful accommodation of the various interests of "each of the parts" and of "the whole" will be decisive for Europe's political future. In a paper published in 2004, political scientist *Johan P. Olsen*, University of Oslo, argued:

> "The quality of democratic institutions depends on their success in balancing unity and diversity, system coordination and unit autonomy – that is, the ability to act in a coherent and purposeful way and at the same time respect and accommodate legitimate diversity and conflicts."[8]

The need to review the European Union's constitutional framework had already been highlighted in a Declaration annexed to the Treaty of Nice in 2001[9].

---

[5] Treaty between the Kingdom of Belgium, the Czech Republic, the Kingdom of Denmark, the Federal Republic of Germany, the Republic of Estonia, the Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, the French Republic, Ireland, the Italian Republic, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Grand Duchy of Luxembourg, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Austria, the Republic of Poland, the Portuguese Republic, the Republic of Slovenia, the Slovak Republic, the Republic of Finland, the Kingdom of Sweden, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (Member States of the European Union) and the Republic of Bulgaria and Romania, concerning the accession of the Republic of Bulgaria and Romania to the European Union, OJ L 157/11 (21 June 2005).

[6] For a general overview see *B. Rosamond*, Theories of European integration, 2000, *passim*.

[7] A number of interesting papers have been collected in *B. Kohler-Koch* and *F. Larat* (eds.), Efficient and democratic governance in the European Union, 2008.

[8] *J. P. Olsen*, Unity, diversity and democratic institutions: Lessons from the European Union, The Journal of Political Philosophy 12 (2004), pp. 461–495.

[9] Declaration No 23 on the Future of the European Union, annexed to the Nice Final Act, OJ 2001/C 80/85; for an assessment of the Declaration and its contribution to the constitutional process within the European Union cf. *B. de Witte*, The Nice Declaration: time for a constitutional treaty of the treaty of the European Union?, The International Spectator 36 (2001), pp. 21–30.

The political rationale for such a review can be found in the accession of ten new Member States in 2004, meaning an enlargement in membership from 15 to 25[10], with the accession of Bulgaria and Romania in 2007 to 27 Member States as of today. While the Treaty of Nice and related agreements had paved the way for such enlargement by reforming voting procedures, the Laeken Declaration of December 2001[11] committed the EU to improving democracy, transparency and efficiency. One of the most ambitious efforts to this end, the Treaty establishing a Constitution for Europe, however, notwithstanding it being signed at a ceremony in Rome on 29 October 2004, failed for lack of ratification[12]. This failure meant a political crisis for European integration, even though politicians couched their reaction in euphemistic terminology such as the need for a "period of reflection"[13]. The impasse was

---

[10] Treaty between the Kingdom of Belgium, the Kingdom of Denmark, the Federal Republic of Germany, the Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, the French Republic, Ireland, the Italian Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Austria, the Portuguese Republic, the Republic of Finland, the Kingdom of Sweden, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (Member States of the European Union) and the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia, the Slovak Republic, concerning the accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic to the European Union, OJ L 236/17 (23 September 2003).

[11] Laeken Declaration on the Future of the European Union of 15 December 2001, available at http://ec.europa.eu/governance/impact/docs/key_docs/laeken_concl_en.pdf (Annex 1, pp. 19–27).

[12] For a discussion of the impact of failure on the European constitutional process see *U. R. Haltern*, Pathos and patina: the failure and promise of constitutionalism in the European imagination, European Law Journal 9 (2003), pp. 14-44; see also *R. Streinz*, The European Constitution after the failure of the Constitutional Treaty, Zeitschrift für öffentliches Recht 63 (2008), pp. 159–187.

[13] Declaration by the Heads of State or Government of the Members States of the European Union on the Ratification of the Treaty Establishing a Constitution for Europe (European Council, 16/17 June 2005), available at http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/85325.pdf: "To date, 10 Member States have successfully concluded ratification procedures, thereby expressing their commitment to the Constitutional Treaty. We have noted the outcome of the referendums in France and the Netherlands. We consider that these results do not call into question citizens' attachment to the construction of Europe. Citizens have nevertheless expressed concerns and worries which need to be taken into account. Hence the need for us to reflect together on this situation. This period of reflection will be used to enable a broad debate to take place in each of our countries, involving citizens, civil society, social partners, national parliaments and political parties".

overcome in 2007 when Germany, having taken over the rotating EU Presidency, declared the so-called "period of reflection" over[14] and member states moved towards the Lisbon Treaty.

Since relationships between the EU and its Member States, as well as among EU Member States (meaning the relative power of Member States), have always been a source of potential conflict, and thus potential stumbling blocks in the process of European integration it is worthwhile to discuss whether the Treaty of Lisbon has properly addressed the issue enhancing the EU's capacity to balance unity and diversity. This paper aims at providing a critical analysis of the Treaty and its predecessors in this regard by taking up the notion of "competitive federalism". The starting point will be an analysis of the principles on the distribution of powers between the Union and its Member States as laid down in the Treaty of Lisbon with particular reference to the principle of subsidiarity. Thereafter, the notion of competitive federalism will be taken up, discussing its relevance for multilevel governance systems. Then, we will apply the notion of competitive federalism to the Union as it stands today and as it may develop in the future. Finally, and referring to "National law and Europeanization"[15], I will try to at least provide a partial answer to the question whether and how regulatory competition might further the process of European integration by managing diversity within the EU.

The distribution of competences between the Community and its member states *de lege lata*

Article 5 EC Treaty and the "Kompetenz-Kompetenz"

It is a useful starting point to briefly recall the general approach of EC law to the distribution of competences between the Community and its member states[16]. The most important provision in this regard is Article 5 EC Treaty

[14] Http://www.euractiv.com/en/future-eu/constitutional-treaty-reflection-period-archived/article-155739.

[15] This was the overall topic of the law conference on the occasion of the centenary of the Finnish Academy of Science and Letters in Helsinki, 2008.

[16] Taken as a general background to the distribution of competences we may refer to *K. Lenaerts*, Some reflections on the separation of powers in the European Community, Common Market Law Review 28 (1991), pp. 11–35.

as it stands today[17]. Its paragraph 1 reads as follows: "The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein."

This provision makes it clear that the Community is only entitled to act – more specifically: it is only entitled to adopt secondary legislation – if the Treaty, explicitly or implicitly, confers such power upon the Community. The Community thus differs from states because it is not competent to define its own competences. The so-called "Kompetenz-Kompetenz"[18] (the competence to decide on competences) is derived from sovereignty and basically understood as one of the most important characteristics of statehood legally defined[19]. While it is clear that the Community lacks such competence, it is not quite clear who actually enjoys this power as far as the process of European integration is concerned[20].

As the Swiss philosopher *Francis Cheneval* argued in November 2004 on the occasion of a meeting of the Swiss Association for Philosophy of Law and Social Philosophy:

> "Since sovereignty is unbundled at the meta-national level and not reproduced in a unitary form, the different regimes of sovereignty form a structure of overlapping and cross-cutting territories. Sovereignty gets diffused in the system; it is in all official institutions of the system and in no single one in an exclusive manner."[21]

He goes on to argue that the "… 'Kompetenz-Kompetenz' resides with all states in so far as they act together and together only."[22]

In effect this means that sovereignty cannot be attributed to a single entity, neither the Community nor the member states individually. The final say

---

[17] Cf., in particular, *A. Dashwood*, The Limits of European Community Powers, European Law Review 21 (1996), pp. 113–128.

[18] This notion is not without problems, see *G. Beck*, The problem of "Kompetenz-Kompetenz". A conflict between right and right in which there is no praetor, European Law Review 30 (2005), pp. 42–67.

[19] For a contextual approach to the distribution of competences in EU law see *M. Nettesheim*, Kompetenzen, in: A. v. Bogdandy (ed.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge (Heidelberg, 2003), pp. 415–477 (at pp. 415–418).

[20] *Nettesheim* refers to the notion of "konsoziativer Föderalismus" (ibid., at p. 420).

[21] *F. Cheneval,* Constitutionalizing Multilateral Democratic Integration, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beihefte 105 (2006), pp. 30–44 (at p. 35).

[22] Ibid., at p. 35.

in the overall direction of European integration thus no longer is clearly located in a particular place. It is embedded in the interrelationship between various actors, with EU law offering "a multilateral framework of regulation" – as described by the then President of the European Council and Prime Minister of Portugal, *José Sócrates*, in 2007[23]. Translating this into legal doctine, Article 5, para. 1, of the EC Treaty is an expression of the Community being a multi-level system (similar to but different from a federal one, it may be argued[24]), with a strong presumption in favour of member state competence.

While paragraph 1 of Article 5 of the EC Treaty thus assigns competences (it is a rule on the distribution of such competences, in German: "Kompetenzverteilungsregel"), the two following paragraphs of Article 5 EC Treaty must be understood as limiting the exercise of existing EC competences (in German: "Kompetenzausübungsschranke"). Let me briefly recall that Article 5, para. 2, EC Treaty establishes the principle of subsidiarity, stipulating the following:

> "In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community."

It is noteworthy that this paragraph sets off by referring to "areas which do not fall within its exclusive competence", thereby re-affirming that this paragraph only applies to areas where there is already a Community competence[25].

Article 5, para. 3, EC Treaty lays down the principle of proportionality – I may add, not in general[26], but with specific reference to the exercise of

---

[23] http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Documentos/

20071213_Eng_PM_Int_Assinatura_Tratado_Lisboa.htm.

[24] See *S. Oeter*, Föderalismus, in: A. v. Bogdandy (ed.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge (Heidelberg, 2003), pp. 59–120.

[25] On subsidiarity see *N. Emiliou*, Subsidiarity: An Effective Barrier against the "Enterprise of Ambition", European Law Review 17 (1992), pp. 383–407.

[26] For an analysis of proportionality in general see *N. Emiliou*, The principle of proportionality in European law (London 1996), *passim*.

competences by the European Community: "Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty."

Summing up the above recollection of what is laid down in Article 5 of the EC Treaty, it seems – at least *prima facie* – to establish clear principles on the distribution and the exercise of competences as between the Community and its Member States. However, what seems clear as a matter of principle often lacks clarity when it comes to the details of day-to-day disputes about the exercise of competences. Thus, it is no surprise, that it has never been easy to identify exclusive[27] and concurring competences on the basis of the Treaty as such. Even more, the interpretation of Article 5 EC Treaty, as such, has been subject to dispute; in particular, the principle of subsidiarity has hardly ever been applied in clear-cut terms[28].

This is, however, no surprise: the Treaty only lays down the constitutional framework[29] for the distribution of competences. It does not offer more than such framework, a framework on which the whole and each of the parts must build in order to derive the benefits referred to in the introduction above. The Treaty as such does not "produce" such benefits. They must be developed through political processes – and one of the approaches to such processes is the concept of competitive federalism which we will come back to after some further legal analysis. The self-imposed limitations of the Treaty as a framework can also be illustrated by reference to the implied powers doctrine[30] and to Article 308 EC Treaty[31]. While this paper will not discuss the details of distinguishing between substantive and functional attributions of competence, it should be borne in mind that Article

---

[27] *R. Schütze*, Dual federalism constitutionalised. The emergence of exclusive competences in the EC legal order, European Law Review 32 (2007), pp. 3–28.

[28] *G. A. Bermann*, Taking Subsidiarity Seriously, Federalism in the European Community and the United States, Columbia Law Review 94 (1994), pp. 332–456.

[29] For a review of applying contitutional terminology to the process of European integration see *C. Möllers*, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: A. v. Bogdandy (ed.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge (Heidelberg, 2003), pp. 1–58.

[30] *S. Stadlmeier*, Die "Implied Powers" der Europäischen Gemeinschaften, Zeitschrift für öffentliches Recht 52 (1997), pp. 353–388.

[31] See generally *R. Schütze*, Organized change towards an "ever closer Union". Article 308 EC and the limits to the Community's legislative competence, Yearbook of European law 22 (2003), pp. 79–115.

308 EC Treaty, in particular, has further contributed to a degree of complexity which probably is adequate in light of the complexities of real life, but which has never been easy to understand neither by lawyers nor by politicians nor by the general public. Hence, it is no surprise that the Community has often had problems in selecting the proper legal basis for its activities.

De lege lata *types of competences*

Having outlined the principled framework, it is useful to move one step further and to turn to a characteristic feature of all multi-level governance systems (and in particular all federal systems): the distinction between various types of competences. With regard to the EC Treaty, doctrine and jurisprudence have, until today, distinguished exclusive, concurring and parallel competences[32]. The Treaty itself has not been explicit with regard to these types of competences. In terms of political practice, it is noteworthy that, traditionally, the Council (more open to the position of member states, i.e. "the parts") has taken a restrictive view whereas the Commission (rather focusing on "the whole") has taken a much broader perspective on what might be a Community competence, and even more so, an exclusive competence.

In the following, we will briefly recapitulate jurisprudence of the ECJ and pertinent writings on the general distinction between exclusive, concurring and parallel competences. To begin with, it seems to be generally accepted that Community competence in the fields of the common commercial policy (Article 133 EC Treaty)[33], the common customs tariff (Article 26 EC Treaty)[34], fishing rights and the conservation of marine resources[35] according to Article 102 of the 1972 Act of Accession[36], and with re-

[32] *R. Schütze*, The morphology of legislative power in the European Community, Yearbook of European law 25 (2007), pp. 91–151.

[33] ECJ, *Donckerwolcke v Procureur*, Case 41/76, [1976] ECR 1921.

[34] ECJ, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders v Indiamex*, Cases 37 and 38/73, [1973] ECR 1609; *Aprile Srl, in liquidation, v Amministrazione delle Finanze dello Stato,* Case C-125/94, [1995] ECR I-2919.

[35] ECJ, *Commission v United Kingdom*, Case 804/79, [1981] ECR 1045.

[36] Act concerning the Conditions of Accession and the Adjustments to the Treaties, OJ L 73/35 (27 March 1972).

gard to the Community's internal rules on organizational and procedural matters is exclusive[37]. The question of whether or not the Community enjoys exclusive competence in other policy fields, however, has remained highly disputed.

While exclusive competences are the exception, concurring competences are the rule. This means that member states are free to act until and to the extent to which the Community has adopted secondary legislation itself. It has to be borne in mind that this does not mean that after the adoption of such secondary legislation the Community competence transforms into an exclusive one. Rather the principle of subsidiarity remains applicable and may eventually force the Community to re-consider its secondary legislation in light of new circumstances[38].

As to the third category, namely parallel competences, these have not been discussed intensely. Nevertheless, they are a characteristic feature of one of the most important areas of Community law, namely competition law. In particular, after the adoption of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, it has become clear that municipal and EC law are applied in parallel[39].

Exclusive, shared and supporting competence: What does the Lisbon Treaty say?

The need for reform

This distinction between exclusive, concurring and parallel competences has been modified and further developed by the Treaty of Lisbon. Such modification and development were already at the heart of the Draft Treaty

---

[37] Exclusiveness bars member states from legislating themselves; see *E. D. Cross*, Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis, Common Market Law Review 29 (1992), pp. 447–472; see also *R. Schütze*, Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption, Common Market Law Review 43 (2006), pp. 1023–1048.

[38] *A. G. Toth*, Is Subsidiarity Justiciable?, European Law Review 19 (1994), pp. 268–285.

[39] *K. Lenaerts* and *D. Gerard*, Decentralisation of EC competition law enforcement, World Competition 27 (2004), pp. 313–349.

establishing a Constitution for Europe[40]. Before analyzing the new distinctions, we will have a brief look at the background of the debate:

It is worthwhile to recall that at the end of the 1980s and increasingly during the 1990s, the Community and its institutions were accused to interpret and apply the provisions related to its competence under European law in an expansive and possibly even illegal manner. As *Martin Nettesheim*, European law, University of Tübingen, has explained:

> "Some observers had the distinct impression that the apparent fixed competence limits were, in the hands of the EU institutions, simply dissolving and making way for an authority without bounds, which was used to commit ever new, more extensive violations."[41]

Nettesheim concedes:

> "These fears were not entirely without justification: even in pro-European circles it is now acknowledged that when unanimity was required, the Member States still holding a right of veto treated the question of competence as a political problem. Its legal dimension first gained significance when there was a move to the majority principle in the Council, and as the EU began to encroach upon the competence of individual countries, players without political co-determination rights became involved."[42]

It is against this background that the division of competences became an essential issue of controversy when the discourse about drafting a European constitution began. Virtually every paper addressing the problem of constitution-building in Europe, and thus participating in the discourse, addressed the question of competence. Hence, there was an impressive degree of political and academic discourse in place. This same degree of debate was missing during the debate of the Convention working on the text of the constitutional instrument. As *Nettesheim* observes: "During the work of the Convention, however, treatment of the question of competence was some-

---

[40] Cf. generally *C. D. Classen*, The draft Treaty Establishing a Constitution for Europe. A contribution to the improvement of transparency, proximity, and efficiency of the European Union, German Yearbook of international law 46 (2003), pp. 323–352.

[41] *M. Nettesheim*, The Order of Competence within the Treaty Establishing a Constitution for Europe, in: H.-J. Blanke and S. Mangiameli (eds.), Governing Europe under a Constitution. The Hard Road from the European Treaties to a European Constitutional Treaty (Berlin Heidelberg 2006), pp. 309–343 (at p. 323).

[42] Ibid., 323.

what eclipsed. It triggered significantly less dispute than discussions prior to assembly of the Convention had led to expect."[43]

This is, indeed, surprising, given that multi-level decision-making and the distribution of competences lies at the heart of every federal system and is decisive for whether or not the system is capable to manage the inherent tension between unity and diversity[44]. Turning to the debate and what the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe suggested, two schools of thought can be identified:

The first one considers the question of competence in terms of efficiency, thus finding plausibility in the tension between an economically liberalized Community and socially responsible member states. The second considers the question of competence against the background of the concept of political unity, arguing that only a "one stop" economic and social policy can satisfy the responsibility for public interest. In effect, the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe laid down a graduated system of socio-economic competence, not a uniform one. While the Draft Treaty upheld the much disputed flexibility clause of Article 308 EC Treaty, the continued existence of which was the subject of heated debate in the Convention, a certain clarification was reached through listing and typing. The Draft Treaty defined the various types of competence, and the issue areas placed in the hands of the EU were assigned to a type of competence. This has rightly been considered by commentators as "a true gain in quality terms in a number of respects"[45].

Finally, the interpretative issue of exclusive competences was at least partly solved by the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe, which subscribed to an interpretation according to which, as regards the term exclusive competence, it does not depend on who can deal with a certain task, but whether a task assigned to the EU can only be adequately fulfilled if the Member States are absolutely and permanently prevented from acting.

---

[43] Ibid., 310.

[44] See *J. P. Olsen*, Unity, diversity and democratic institutions: Lessons from the European Union, The Journal of Political Philosophy 12 (2004), pp. 461–495.

[45] *Nettesheim*, supra note 41, at p. 324.

The approach of the Lisbon Treaty

In how far does the Treaty of Lisbon take up these issues[46]? Does the Lisbon Treaty improve the existing "framework of regulation from which benefits can be drawn for the whole and for each of the parts that participate in the project"?[47]

In the Lisbon Treaty, the distribution of competences for various policy areas between member states and the Union is explicitly split among the following three categories[48]: exclusive, shared and supporting competence. Article 2A, paragraph 1, of the Treaty of Lisbon stipulates:

> "When the Treaties confer on the Union exclusive competence in a specific area, only the Union may legislate and adopt legally binding acts, the Member States being able to do so themselves only if so empowered by the Union or for the implementation of Union acts."

With regard to shared competences, paragraph 2 of Article 2A of the Treaty of Lisbon is slightly more complex. It states:

> "When the Treaties confer on the Union a competence shared with the Member States in a specific area, the Union and the Member States may legislate and adopt legally binding acts in that area. The Member States shall exercise their competence to the extent that the Union has not exercised its competence. The Member States shall again exercise their competence to the extent that the Union has decided to cease exercising its competence."

Finally, Article 2A, paragraph 5, of the Treaty of Lisbon explains so-called supporting competence:

> "In certain areas and under the conditions laid down in the Treaties, the Union shall have competence to carry out actions to support, coordinate or supplement the actions of the Member States, without thereby superseding their competence in these areas."

The same paragraph clarifies: "Legally binding acts of the Union adopted on the basis of the provisions of the Treaties relating to these areas shall not entail harmonisation of Member States' laws or regulations."

---

[46] On the Lisbon Treaty and the political context see *P. Craig*, The Treaty of Lisbon, Process, Architecture and Substance, European Law Review 33 (2008), pp. 137–166.

[47] Http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Documentos/20071213_Eng_PM_Int_Assinatura_Tratado_Lisboa.htm.

[48] See generally, *R. Schütze*, Lisbon and the federal order of competences. A prospective analysis, European Law Review 33 (2008), pp. 709–722.

Looking at the issue areas attached to particular types of competences, the following can be noted:

Exclusive competence covers the customs union, the establishing of competition rules necessary for the functioning of the internal market, monetary policy for the member states whose currency is the euro, the conservation of marine biological resources under the common fisheries policy, and the common commercial policy. This is more or less what has been considered as exclusive competence for many years. Shared competence covers the internal market, social policy, for aspects specifically labelled in the Treaty, economic, social and territorial cohesion, agriculture and fisheries, excluding the conservation of marine biological resources, environment, consumer protection, transport, trans-European networks, energy, the area of freedom, security and justice, and common safety concerns in public health matters, again limited to those matters labelled in the Treaty. Finally, supporting competences are available in the areas of the protection and improvement of human health, industry, culture, tourism, education, youth, sport and vocational training, civil protection, and administrative cooperation.

Whether or not the Lisbon Treaty really is an improvement has been subject to academic and political debate. Some commentators have praised an increase in clarity and, hence, in legal certainty[49], while others have perceived the Treaty as reducing transparency and departing from the constitutional aims of the Laeken Declaration[50]. From my perspective it is far too early to assess and evaluate the changes brought about by the Treaty because any judgment to this end will only be solid once the Treaty has been tested in political and judicial practice. For the time being, it is possible to give a prognosis on the basis of past experience and of an interpreation of the text as such. However, experience within the process of European integration shows that treaty law (i.e. primary or – as some call it – constitutional law of the Community) only lays down a frame-

[49] See *S. Constantin*, Rethinking subsidiarity and the balance of powers in the EU in light of the Lisbon Treaty and beyond, Croatian Yearbook of European law & policy 4 (2008), pp. 151–177.

[50] For a discussion of the complex reaction to the Lisbon Treaty see *M. Dougan*, The Treaty of Lisbon – winning minds, not hearts, Common Market Law Review 45 (2008), pp. 617–703; see also *J. Snell*, "European constitutional settlement", an ever-closer union, and the Treaty of Lisbon – democracy or relevance?, European Law Review 33 (2008), pp. 619–642.

work for political and judicial action, neither less nor more. Lawyers, political scientists, economists, and political practicioners alike should always bear in mind that the integration is a multifaceted process, and not a narrow, mono-causal or dead straight exercise. It is against this background that we will now briefly consider the notion of competitive federalism.

The notion of competitive federalism

Having analyzed the provisions of the Treaty of Lisbon on the division of competences between the European Union and its member states, we will now step back from legal discourse and introduce the concept of competitive federalism. While this paper does not argue that competitive federalism is the best approach to a meaningful interpretation of some of the changes brought about by the Treaty of Lisbon, the concept provides some insights that may be helpful in evaluating the contribution of the Lisbon Treaty to the further development of European integration.

In particular, competitive federalism may illustrate how successful and meaningful integration can be made compatible with decentralized structures and with increasing diversity in an enlarged European Union. Some analysts have taken up economic theories on federalism in this regard in order to argue in favor of integrating locational competition among member states, regions and municipalities into a federal conception of the European Union[51]. Such locational competition is perceived as an essential element of European integration. It is argued that decentralized government decisions (whether at the national, the regional or the local level) are only compatible with progressive integration if the overarching structures allow competition among the constituent units of each level of government[52].

---

[51] See, with reference to the *Centros* case (ECJ, *Centros Ltd v Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, Case C-212/97 [1999] ECR I-1459), *S. F. Deakin*, Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonisation, The Cambridge Yearbook of European legal studies 2 (1999), pp. 231–260.

[52] *W. Kerber*, Applying Evolutionary Economics to Economic Policy: the Example of Competitive Federalism, in: K. Dopfer (ed.), Economics, Evolution and the State: The Governance of Complexity (Cheltenham 2005), pp. 296–324.

But what does competitive federalism mean? In very basic terms[53], competitive federalism means that regional (or local) governments compete with other regional (or local) governments. In other words, governments compete for people, and people are free to choose which regional or local government they want to live under. This requires, obviously, a degree of mobility among citizens – but in Europe, with the four freedoms, in particular, with free movement of persons, such mobility (in principle) is available. Even more so, investors will benefit from any such competition because they will choose the most attractive environment for their investments. Indeed, it is noteworthy that with European integration competition between member states, regions, and localities has increased. However, before turning to an assessment of the regulatory or constitutional framework of European law (and the relationship between European and municipal law in light of the Lisbon Treaty), the idea of competitive federalism needs some specification.

Traditionally, the economic theory of federalism[54] has focused on public goods and taxes, with only very limited analysis addressing legal rules and regulations. However, over time, federalist theory has been combined with ideas about law and economics allowing for the development of an economic theory of legal federalism. While political scientists were ahead in explaining multi-level governance, economists have joined the search for an "optimal design of a multi-level legal system"[55], discussing how to balance centralization and decentralization of legal competences. This also gives rise to the question in how far European integration, as a multi-level legal system, should leave room for a certain degree of free choice of law.

As far as economic criteria for the optimal vertical allocation of legal competences in a multi-level legal system are concerned, scholars have identified the following factors: costs, heterogeneity, knowledge and innova-

---

[53] For an introduction see *T. Lenk* and *K. Kaiser*, Competitive Federalism – Understandings and Institutional Settings, in: G. Färber (ed.), Spatial aspects of federative systems (Speyer 2005), pp. 33–66.

[54] See, more generally, *B. R. Weingast*, The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development, The Journal of Law, Economics and Globalization 11 (1995), pp. 1–31.

[55] *W. Kerber*, European Systems of Private Laws: An Economic Perspective, in: F. Cafaggi and H. M. Watt (eds.), Making European Private Law: Governance Design (2008), pp. 64–97 (at p. 75).

tion, political economy problems, path dependence, additional normative criteria and regulatory competition. In the following, I briefly present some ideas developed by political economist *Wolfgang Kerber*, University of Marburg[56].

1) As to ”costs”, different kinds of welfare losses may be caused through the vertical allocation of legal rules or regulations. Indeed, additional costs may be attached to more complex multi-level legal systems compared to a unitary legal system, with a much simpler structure.
2) At the other end of the scale, ”heterogeneity” provides arguments related to advantages of decentralisation. Here, a well-known argument in economic theory of federalism is that a decentralised legal system, leaving room for the adoption of different legal rules at lower levels may be much better suited to fulfil the preferences of citizens of different regions or localities.
3) Turning to ”knowledge and innovation”, there are indeed constraints upon the problem solving capacity of legal rules rooted in limited knowledge. Such limitations may eventually cause regulatory failure. Often, problem-specific knowledge is available much easier (sometimes only) at the local or regional level.
4) The degree of centralization or decentralization in a multi-level legal system, which is more suitable to avoid regulatory failure or to solve pertinent problems, is an issue that must be looked at from the perspective of political economy.
5) However, the optimal vertical allocation of competences is not only a problem of political economy but it may also depend on the historical legal development, in other words on ”path dependence”. Even from an inherently legal perspective, it is easy to argue that future legal evolution will depend on the development of the law in the past.
6) Finally, it should not be forgotten that there are additional normative objectives, which may be pursued through pertinent laws and regulations.

Based on these factors, it can be argued that if there is a minimum extent of decentralization and if private parties are mobile between the lower level jurisdictions, then, these jurisdictions are in competition because private parties will opt for the most attractive jurisdiction. As *Kerber* has made clear, ”Decentralization and mobility lead inevitably to inter-jurisdictional competition”[57]. Furthermore, ”the extent and kind of competi-

[56] Ibid., at pp. 76–78.

[57] Ibid., at p. 81.

tion depends on the degree of decentralization and the extent of mobility rights"[58].

If it is true that decentralization and mobility must be coupled with regulatory competition in order to successfully pursue political and economic integration then the territorial structure of jurisdictions and their respective competences must be clearly defined, and individuals and undertakings must be free to choose between jurisdictions.

Applying competitive federalism to the Lisbon Treaty

A better framework for regulatory competition?

As has been explained above, one of the essential pre-requisites of meaningful regulatory competition within the European Union is a clear definition of competences between the Union and its member states. Only if and in so far as member states are competent to adopt laws and other rules, it is possible to develop competing regulatory approaches.

The Lisbon Treaty contributes to a better framework for regulatory competition because it provides for a much clearer distinction between competences attributed to the Union and those attributed to its member states. While the new provisions are far from perfect, they – for the first time – provide for a textual basis for such distinction which is no longer exclusively in the hands of Commission and member state governments or the Court. Irrespective of a complete evaluation of the degree to which the Lisbon Treaty improves democratic governance, it can be argued that inclusion of such provisions in the Treaty enjoys a higher degree of democratic legitimacy than the development of pertinent distinctions by the Court of Justice.

Another feature of the Lisbon Treaty deserves our attention: it provides for a greater role for national parliaments in the process of multilevel governance[59]. National parliaments are now directly involved in the work of the Union alongside European institutions. They enjoy rights of information, they are involved in monitoring subsidiarity, they participate in mechanisms evaluating policy in the field of freedom, security and justice, and they have a role to play in procedures aimed at reforming the treaties. All

---

[58] Ibid., at p. 81.

[59] *P. Kiiver*, The Treaty of Lisbon, the national parliaments and the principle of subsidiarity, Maastricht Journal of European and comparative law 15 (2008), pp. 77–83.

this has been laid down in a Protocol to the Lisbon Treaty on the Role of National Parliaments in the European Union[60]. While this Protocol does not directly touch upon competitive elements of federalism, it implicitly supports trends towards more competition between national regulators, since their active involvement in EU legislation will not only give them an option to present their regulatory ideas, but – given that all national parliaments will get involved in this process – they will discuss among themselves regulatory approaches and thus insert a degree of competition into the political process as such. It is true that this is not regulatory competition as outlined above but much more a form of political competition, however, taking into account the distinct regulatory approaches which member states present within this process.

In addition, national parliaments will have a chance to control subsidiarity more closely. As subsidiarity is justiciable only to a limited extent[61] it is very important that appropriate control mechanisms have moved from the judicial to the political field. As can be taken from the Protocol, any national parliament may label a proposal for EU action which it believes does not respect the principle of subsidiarity. Should one third of national parliaments consider that the proposal is not in line with subsidiarity, the Commission will have to re-examine the proposal with a view to taking a decision on whether to maintain, adjust or withdraw it; should a majority of national parliaments agree with the objection without the Commission subsequently withdrawing or adjusting it, the Commission is obliged to explain its reasons; in this case, the European Parliament and the Council will have the final say in whether or not to go ahead with the proposal[62].

Diversity as an asset: regulatory competition in Europe

Diversity within a system of multi-level governance is an essential asset of European integration. If pursued further it will better meet individual preference and strengthen the Union's innovative potential.

---

[60] Protocol on the Role of National Parliaments in the European Union, OJ C 306/148 (17 December 2007).

[61] *A. G. Toth*, Is Subsidiarity Justiciable?, European Law Review 19 (1994), pp. 268–285.

[62] For an evaluation see also *P. Straub*, Das Frühwarnsystem zur Subsidiaritätskontrolle im Vertrag von Lissabon als Hürde vor weiterer Zentralisierung in der Europäischen Union?, Jahrbuch des Föderalismus 9 (2008), pp. 15–27.

With the latest enlargement in 2007 the European Union has grown to 27 member states. Compared to its beginnings in 1952 when six states signed the Treaty of Paris establishing the European Coal and Steel Community, and in 1957 when the Treaties of Rome were signed by the Six, the process of European integration must be considered a success story. However, enlargement as such has never been considered and never will be a success in itself. Without continuous progress towards deepening integration, the Community (and the Union) would still signal change compared to earlier periods of European history but would not be as attractive to its members and from the outside as it indeed is, all criticism notwithstanding.

Looking back at the more than 50 years of European integration and at the various stages of enlargement, there have always been debates as to the management of the inherent conflict between widening and deepening. The growing diversity between member states whether in economic, social, political or cultural terms has never been easy to handle. When the Treaty establishing a Constitution for Europe failed, some believed that this was also due to the focus on too much homgeneity and too little diversity. The Treaty of Lisbon, which after endorsement by the Czech parliament enjoys prospects of really entering into force, includes a number of features which promise a better management of diversity in the future.

Kirjoittajat – Authors

Aulis Aarnio
professori
R. C. van Caenegem
professor
Iain Cameron
professor, Uppsala universitet
Laura Ervo
oikeustieteen professori (mvs.), Helsingin yliopisto
Virpi Harju
FT, dosentti, erikoistutkija, Valtion taidemuseo
Erkki J. Hollo
professori
Antero Jyränki
professori
Maarit Jänterä-Jareborg
professor, Uppsala universitet
Juha Karhu
professori, Lapin yliopisto
Thilo Marauhn
Professor, Justus Liebig Universität Giessen
Heikki E. S. Mattila
professori, Lapin yliopisto
Samuli Miettinen
LL.M, Lecturer in Law, University of Salford
Jukka Mähönen
professori, Turun yliopisto
Jaana Norio-Timonen
professori (mvs.), Helsingin yliopisto
Matti Pellonpää
OTT, hallintoneuvos, korkein hallinto-oikeus
Eija Siitari-Vanne
lainsäädäntöneuvos (vv.), markkinaoikeustuomari, Markkinaoikeus
Eva Tammi-Salminen
professori, Lapin yliopisto
Jarno Tepora
professori, Helsingin yliopisto
Ulla Tiililä
FT, tutkija, Kotimaisten kielten tutkimuskeskus
John A. E. Vervaele
professor, Universiteit Utrecht
Pekka Vihervuori
OTT, hallintoneuvos, korkein hallinto-oikeus

Ohjelma / Programme

KANSALLINEN OIKEUS JA LIITTOVALTIOISTUVA EUROOPPA
NATIONAL LAW AND EUROPEANISATION

13.5.2008

Klo 10–17 Helsingin yliopiston pieni juhlasali

10.00 Opening and welcome. Prof. Erkki J. Hollo.
10.05 Prof. van Caenegem: Historical Considerations on the Role of Judges in Europe and America.
10.50 Prof. Aulis Aarnio: In the Footsteps of New Rhetoric.
11.40 Prof. Eivind Smith: E pluribus unum. On Europeanisation in the Field of Public Law.

12.30 Lunch break, chair: Prof. Heikki E. S. Mattila

13.45 Prof. Maarit Jänterä-Jareborg: Family Law in the European Judicial Space.
14.30 Prof. Iain Cameron: The Influence of European Human Rights Law on National Law.

15.15 Coffee, chair: Prof. Raimo Lahti

15.45 Prof. John Vervaele: The European Dimension of Criminal Law under the Lisbon Treaty.
16.30 Prof. Thilo Marauhn: Managing Diversity: Competitive Federalism in an Enlarged European Union.
17.20 Closing

17.30 Reception at the Law Faculty, Dean Prof. Jukka Kekkonen

Dinner 19.30 (to be announced)

14.5.2008

Klo 9–12 ja klo 13–16 Tieteiden talo

1. Kulttuuri, kieli ja historia sekä yksityisoikeudelliset suhteet

Pj. prof. Heikki E. S. Mattila
Teema: Oikeuskieli
Puheenjohtajan avaus
Prof. Antero Jyränki
Prof. Heikki E. S. Mattila
FT Ulla Tiililä
Dos. Virpi Harju

Pj. prof. Jarno Tepora
Teema: Eurooppalaistuva siviilioikeus
Prof. Juha Karhu
Dos. Jaana Norio-Timonen
Prof. Eva Tammi-Salminen
Prof. Jukka Mähönen

2. Oikeusturva ja hallinto

Pj. hallintoneuvos Pekka Vihervuori
Teema: Ihmisoikeudet ja kansallisen päätöksenteon menettelyautonomia
Prof. Iain Cameron
Hallintoneuvos Matti Pellonpää
OTT, lehtori Laura Ervo
OTK (väit.), lainsäädäntöneuvos Eija Siitari-Vanne

3. Europeanisation of Criminal Justice

Pj. prof. Raimo Lahti
Prof. John A. E. Vervaele
Ville Varjola, Doctoral candidate
Sami Kiriakos, Doctoral candidate
Sakari Melander, Doctoral candidate
Annika Suominen, Doctoral candidate
LL.M, Lecturer in Law, Samuli Miettinen

4. Ympäristö ja yhteiskunta – Environment and Society

Pj. prof. Kari Hakapää
Prof. Kari Hakapää
Prof. Thilo Marauhn
Prof. Timo Koivurova
Prof. Staffan Westerlund

Pj. prof. Erkki J. Hollo
Teema: Näkökulma moderniin ympäristöoikeuteen
Prof. Erkki J. Hollo
Prof. Anne Kumpula
Prof. Tapio Määttä
Hallintoneuvos Kari Kuusiniemi
Prof. Ari Ekroos
HTT Leila Suvantola