
Erkki J. Hollo (toim. / ed.)

Kansallinen oikeus ja liittovaltioistuva Eurooppa

National Law and Europeanisation

Toimituskunta / Editorial Board

Mika Hemmo

Erkki J. Hollo

Pia Letto-Vanamo

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.

© Suomalainen Lakimiesyhdistys, the authors and other copyright holders

ISSN-L 1458-0446

ISSN 1458-0446

ISBN 978-951-855-288-1

Gummerus Kirjapaino Oy, Vaajakoski 2009

Sisällys

Lukijalle / Preface	VII
<i>Erkki J. Hollo</i> : Opening Speech	IX
<i>R. C. Van Caenegem</i> : Historical Considerations on the Role of Judges in Europe and America	1
<i>Aulis Aarnio</i> : In the Footsteps of the New Rhetoric	15
<i>Maarit Jänterä-Jareborg</i> : Family Law in the European Judicial Space – Concerns Regarding Nation-State’s Autonomy and Legal Coherence ..	29
<i>Iain Cameron</i> : The Influence of European Human Rights Law on National Law	63
<i>John A. E. Vervaele</i> : Fundamental Rights in the European Space for Freedom, Security and Justice: The Prætorian <i>ne bis in idem</i> Principle of the Court of Justice	85

KULTTUURI, KIELI JA HISTORIA CULTURE, LANGUAGE AND HISTORY

<i>Heikki E. S. Mattila</i> : Oikeusviestinnän näkökulmia	114
<i>Antero Jyränki</i> : Oikeuden ja kielen suhde	122
<i>Ulla Tiilikä</i> : Oikeuskielen ja yleiskielen suhde: viisi näkökulmaa	130
<i>Virpi Harju</i> : Oikeuden sanaton kieli	146

EUROOPPALAISTUVA SIVIILIOIKEUS EUROPEANISATION OF CIVIL LAW

<i>Jarno Tepora</i> : Eurooppalaistuva siviilioikeus	160
<i>Juha Karhu</i> : Suomalaisen siviilioikeuden tila ja tulevaisuus – pohjoismainen tausta ja eurooppalaiset haasteet	164
<i>Jaana Norio-Timonen</i> : Tutkija eurooppalaisena lainsäätäjänä	176
<i>Eva Tammi-Salminen</i> : Eurooppalaistuvan esineoikeuden haasteet	188
<i>Jukka Mähönen</i> : Eurooppalainen yritys oikeus globalisaation puristuksessa	202

OIKEUSTURVA JA HALLINTO LEGAL PROTECTION AND ADMINISTRATION

<i>Pekka Vihervuori: Human Rights and the Procedural Autonomy of National Decision-Making: Starting Points for the Theme</i>	215
<i>Matti Pellonpää: Euroopan ihmisoikeussopimuksen hallintomenettelylle ja lainkäytölle asettamat vaatimukset ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa</i>	218
<i>Laura Ervo: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja kansallinen päätösvalta</i>	238
<i>Eija Siitari-Vanne: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti – tehokkuus hallinnon ja hallintolainkäytön välisenä työnjakona</i>	256
<i>Samuli Miettinen: European Criminal Law in National Courts: The Application of Limits to Direct and Indirect Effect</i>	270

YMPÄRISTÖ JA YHTEISKUNTA ENVIRONMENT AND SOCIETY

<i>Erkki J. Hollo: Man, Environment and Law – Thoughts of Balance and Communication</i>	287
<i>Thilo Marauhn: Environment and Society -aiheesta tulossa</i>	303
 Kirjoittajat – Authors	319
Ohjelma – Programme	321

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 määriy kaikkialla Euroopassa samalla tavalla. Esimerkiksi Manner-Euroopassa esineoikeus määritetään lähinnä subjektiivisia esineoikeuksia koskevaksi alaksi, kun taas Pohjoismaissa siihen kuuluvat keskeisesti kaikki sivullissuojakysymykset, jotka liittyvät varallisuus oikeuksien 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 käytännössä 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 merkityksellistä yritystoiminnan rahoituksen kannalta (rahoitusvakuusjärjestelydirektiivi). Esimerkkinä esineoikeudellisten kysymysten jättämisestä EU:n direktiivisääntelyn ulkopuolelle voidaan mainita maksuviivästysdirektiivi, johon kaavailut säännökset omistuksenpidätysehdon sivullisittavuudesta 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 kiellettyä 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 Nederlande) 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 omistuksenpidätysehdon ostamaan esineeseen ennen esineen myyjää. Kantajana ollut myyjä vetosi mainittuun artiklaan suojakseen, kun myyntivaltion oikeudessa omistuksenpidätysehdon tuottama etusija oli parempi kuin sovellettavaksi tullessa 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 määrittäisi 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 tiettyssä 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 Gerwen 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 eriaistisen 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 analyttisen 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 konstruktiviselta vaikuttava lähestymistapa näyttäytyy ensi kädessä vähintäänkin vanhanaikaisena. Analyyttisen lähestymistavan keskeisiä ajatuksiahan on juuri ollut pyrkimys päästä irti olemusajattelusta ja käsitteistä päätelemisestä.⁸

Meillä vallinnutta ajattelutapaa kuvaa esimerkiksi Leena Kartion toteamus esineoikeuden perusteita koskevassa oppikirjassa: ”Omistusoikeus ei ole konkreettinen entiteetti, joka havaittavan hahmon tapaan tiettyinä hetkenä siirtyisi henkilöltä toiselle. Sen sijaan ’momentti momentilta’ on selvittävä, 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 suomalaisen 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.), *Civilrättsens 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, pohjoismaisenkaan ajattelutapa ei ole yhtenäinen. Kotimainen, Simo Zittingin tutkimuksiin pohjaava lähestymistapa ei edusta äärimmilleen vietyä skandinaavista realismia. Eri otteissa onkin huomautettu, että zittingläisen analyttisen 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 josain määrin liioitelluilta, myös pohjoismainen suhtautuminen mannereurooppalaista ajattelutapaa kohtaan vaikuttaa tätä ajattelutapaa edustavista ylikriittiseltä. On esitetty, että pohjoismaiset juristit liittäivät 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 kirjallisuusviitteinen, 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 tosiasiaassa 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 säänteleviä eurooppalaisia normeja koskevassa keskusteluissa suhtauduttu esineoikeuden klassisiin dikotomioihin siitä, onko syytä omaksumaa konsensuaali- vai traditioteoria tai abstraktio- vai kausaliteettiperiaate. Suhteellisen suuri yksimielisyyttä 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 yhtenäistämisyhtymykset 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 tyyppipakkoperiaatteen 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 *Hästad* 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 tyyppipakkoajatusta. Esimerkiksi kiinteistöoikeudessamme lainsäädäntö tietyllä tavalla tukee tyyppipakkoajatusta, kun oikeuksien sivullisittomuuden 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 irtaimisto-oikeutta 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 periaateista voidaan mainita julkisuusperiaate. Siihen on viitattu tarkoittaen ennen kaikkea näkökohtia, joiden mukaan varallisuus oikeuksien sivullisiin ulottuvien vaikutusten on liittyttävä 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 varallisuus oikeudellisen julkisuusperiaatteen tarkoittamassa mielessä ei ole sellaisenaan missään oikeusjärjestyksessä suojattava itseisarvo. Periaatteella pyritään edistämään eräitä varallisuus oikeuden järjestelmän keskeisiä, tehokkaan ja rehellisen vaihdannan edistämiseen ja suojaamiseen liittyviä arvoja ja tavoitteita. Huolimatta siitä, että oikeusvaikutusten kytkeminen julkisuuden toteutukseen 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 varallisuus oikeudellisen 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 maksimiamia, 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 irtaimien 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 pinta- 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.