
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 Jyräntä</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

Suomalaisen siviilioikeuden tila ja tulevaisuus – pohjoismainen tausta ja eurooppalaiset haasteet

Kaksi esimerkkiä: Greifswald ja KKO 2008:45

Aloitin kahdella esimerkillä. Ensimmäinen on henkilökohtainen kokemus kesältä 1998. Greifswaldin yliopistossa¹ 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 tieteellisen 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 suotuisammassa 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.rsfs.uni-greifswald.de>.

Esimerkkinä tästä minulla oli pohjoismaisessa kuluttajansuojajärjestelmässä kaikkien intressitahojen mielestä onnistuneesti käytetty sopijakumppanin ylittävä sopimusvastuu.² Konkreettisesti oli kysymys siitä, että kulutus-hyödykkeissä 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 sopimus-kumppaneihin. Hyödykkeen valmistajahan ei ole kuluttajan sopimus-kumppani, 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 valmistelu-elimessä, jossa tuo pohjoismainen idea oli – hänen ehdottomasta vaatimuksesta – 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 varallisuus-oikeuden 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 patentti-normiston kautta. Tämän linjavalinnan vuoksi tietokoneohjelmilta ei vaa-

² Ks. tästä tematiikasta laajemmin *Olli Norros*: Vastuu sopimusketjussa. Helsinki: WSOY-pro 2007.

dita mitään teknistä uutuutta tai keksinnöllisyyttä suojan saamiseksi. Yksinkertaiset mutta kuitenkin jollakin tavoin tavanomaisista poikkeavat käyskärjat 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 pyydyttävä 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 kuuluvansa 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 kärjistetympin: 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 värikkyyttä: 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 lainkäyttäjärjestelmää 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 varallisuus oikeuden 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 varallisuus oikeudellisen ajattelun ajankohtaisia haasteita.⁴ Nämä haasteet virittävät kolme tärkeää yhteistä ja yhdistävää teemaa pohjoismaisessa varallisuus oikeudessa: subjektiiviset oikeudet, käsittemääritelmät 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 oikeustositseikkojen ja tiettyjen oikeusseuraamusten kulloisenkin oikeusjärjestyksen mukaan vallitsevasta suhteesta. Oikeuden sisältö ei seuraa etukäteisestä määritelmästä vaan (vasta) voimassa olevasta normistosta.⁵

Pohjoismaisen varallisuus oikeuden 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.copec.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 kovin-kaan suurta riskiä siitä, että loukattaisiin systeemin ehdottomia lähtökohtia. Samasta syystä Pohjoismaissa varallisuus oikeuden alan lukuisiin lakeihin sisältyvät, muutoin normistosta seuraavien ratkaisujen tapauskohtaiseen so- vitteluun oikeuttavat kohtuussäännökset eivät ole meillä näyttäytyneet sel- laiselta lainsäätäjän ”paolta yleislausekkeisiin” kuin voimakkaammin sys- teemiinsä kiinnittyneissä maissa. Vastaavasti oikeudelliset siirrännäiset, ku- ten brändiajatukselle perustuva myymäläketjujärjestelmä franchising ja eri- tyisesti pienyrittäjätoiminnan koneiden ja laitteiden rahoitusjärjestelmänä käytetty leasing, on voitu sulauttaa osaksi Suomen varallisuus oikeutta var- sin kätevästi. Ei ole tarvinnut asettaa sellaisia suuria periaatekysymyksiä kuin ”onko leasing kauppa vai vuokra?” tai ”mihin sopimustyyppiin fran- chising ’oikeastaan’ kuuluu?”. Niiden sijasta näihin siirrännäisiin liittyvät oikeudelliset haasteet on voitu ratkaista soveltamalla niiden varaan muo- dostuneisiin oikeussuhteisiin varallisuus oikeuden yleisiä periaatteita.

Löyhä ote omasta systeemistä aiheuttaa kuitenkin riskin siitä, että laadi- taessa yhtenäistä eurooppalaista siviilioikeutta ”valttikortit” jäävät puuttu- maan. Kun vahvempaan systeemiajatteluun sitoutuneen maan edustaja voi yksinkertaisesti sanoa, että ”ei käy meille, koska se loukkaisi oikeussyste- mimme perusteita”, joutuu pohjoismainen edustaja hakemaan sisällöllisiä arvo- ja tavoiteperusteita omalle kannalleen. Voi olettaa, että tällaiset pe- rusteet 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 varallisuus oikeudessa. Olennaista on, että perusoikeuksien suoja on jonkin sisällöllisesti määrittyvän oikeuden suojaa myös (tulevaa) lainsäädäntöä vas- taan. Skandinaavisen realismin kritiikkiin sisältyvä ajatus eräänlaisesta ylei- sestä oikeudellisesta ”marssijärjestyksessä” kääntyy pääläelleen. Enää ei ole niin, että vasta laki osoittaa oikeuden sisällön, vaan oikeuden sisältö osoittaa rajat laille.⁶ Jotta tällaista uutta ajattelua pystytään ylipäänsä käyt- tämään, on oletettava, että varallisuus oikeudellisilla oikeuksilla, mukaan

⁶ Ks. laajemmin teokseni *Juha Pöyhönen: Uusi varallisuus oikeus*. Helsinki: Lakimieslii- ton kustannus 2000, erityisesti 3. luku Varallisuus normiston perusoikeus myönteinen syste- matisointi 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. reaaliin käytännön näkökohtiin, siihen, mikä antoi toimivan mallin sekä kyseessä olevassa tapauksessa että laajemminkin.

Omasta puolestani uskon, että siirtymä vahvemmin käsitteiden ja käsittelemääritysten varassa toimivaan systeemiin on tehtävissä käyttämällä hyväksi oikeusperiaatteiden pohjoismaisissa järjestelmissä, erityisesti Suomessa, saamaa vahvistunutta asemaa. Johtaviin oikeusperiaatteisiin kiinnittyntä 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 juristien roo-

⁷ Vaatimus ”mitä on?” -tyyppisten kysymysten korvaamisesta ”miten tapahtuu?” -kysymyksillä oli yksi analyyttisen siviilioikeuden keskeisiä ajatuksia. Ks. esim. *Jorma Vuorio*: Työsuhteen ehtojen määrittäminen. Porvoo – Helsinki: WSOY 1955.

⁸ Ks. *Lars Björne*: Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia I. Lund: Institutet för rätthistorisk 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 varallisuus oikeuden 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 oikeuden alalta, myös varallisuus oikeudessa 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 tosiasiaa 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 varallisuus oikeuteen*. 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 varallisuusosoikeudessa kaikkien yhtenäistämishankkeiden yksi julkilausuttu tavoite. Kysymys ei ole yksinkertaisesta dikotomiasta ”teoreettiset keskieuropalaiset – käytännölliset pohjoismaalaiset”.¹³

Oma käytännönläheisyyskäsityksemme 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 keskieuropalainen varallisuusosoikeus 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 varallisuus oikeuden tulevaisuus – toimiiko EU:n motto ”yhtenäisyys moninaisuudessa” käytännössä?

Mikä on edellä tehtyjen tarkastelujen johtopäätös? Pitääkö meidän kaikin keinoin vastustaa eurooppalaisia siviilioikeuden yhtenäistämishankkeita, jotta oma perintemme ei häviä ja jotta emme joutuisi uhraamaan meille hyvin sopivaa ja käytännöllistä oikeuttamme loputtoman pitkille ja munkkilatinaa muistuttavia monimutkaisia määritelmiä sisältäville säännösteille? Vai pitääkö meidän ryhtyä oikeudelliseen käännytystyöhön, ja uskoa (meidän) käytännönläheisen juridiikan lopulta voittavan (heidän) teorian?

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 ihmis-oikeuksien ja siviilioikeuden välisen vuorovaikutuksen* tarkemmasta jäsenämisestä. Siinä pääsisimme ikään kuin sisältä päin omalla perinteellämme vaikuttamaan tulevaisuudessa entisestään vahvistuvaan yleiseen tendenssiin.