

OIKEUDEN MAAILMA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 27

Ditlev Tamm – Pia Letto-Vanamo

Oikeuden maailma

Näkökulmia oikeuskulttuureihin

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. 09 6120 300

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Kannen kuva: Corbis Images

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Toinen painos

© Suomalainen Lakimiesyhdistys, Ditlev Tamm ja Pia Letto-Vanamo

ISSN 1458-0446

ISSN-L 1458-0446

ISBN 978-951-855-343-7

Hansaprint Oy, Vantaa 2015

Sisällys

LUKIJALLE	IX
1 JOHDANTO	1
1.1 Maailman oikeus – oikeuden maailma	1
1.2 Ohjeita lukijalle	5
1.3 Oikeusvertailusta	6
1.4 Muutamia peruskäsitteitä	10
1.4.1 Oikeudelliset transplantit	11
1.4.2 Oikeusperheet	11
1.4.3 Oikeudellinen tyyli	13
1.4.4 Funktionalismi	14
1.4.5 Oikeuskulttuuri, oikeusjärjestelmä ja oikeustraditio ...	15
1.4.6 Oikeusvertailu ja metodi	18
1.4.7 Pluralismi ja ”anti-eurosentrisyys”	19
2 EUROOPAN OIKEUS – CIVIL LAW	21
2.1 Johdanto	21
2.2 Oikeuden perusta: roomalainen oikeus	24
2.3 Yhteinen oikeus – <i>ius commune</i>	27
2.4 Kirkon oikeus: kanoninen oikeus	30
2.5 Luonnonoikeuden vaikutus	32
2.6 Jako roomaaniseen ja germaaniseen oikeuteen	34
2.7 Ranska	36
2.7.1 Ranskalainen oikeuskulttuuri	36
2.7.2 <i>Code civil</i>	38
2.7.3 Ranskan tuomioistuimet	44
2.7.4 <i>Code civilen</i> leviäminen	45
2.8 Italia	45
2.9 Espanja	46

2.10	Saksa	48
2.10.1	Saksalainen oikeuskulttuuri	48
2.10.2	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)</i>	50
2.10.3	Saksalaiset tuomioistuimet.....	54
2.11	Itävalta ja Sveitsi.....	55
2.12	Hollanti	57
2.13	Itä-Eurooppa	58
2.14	Eurooppalaisen oikeuden harmonisointi	60
2.15	Latinalainen Amerikka	61
2.15.1	Espanjan entiset siirtomaat ja <i>derecho indiano</i>	61
2.15.2	Brasilia	65
2.16	Pohjoismainen oikeusperhe?	66
3	COMMON LAW	69
3.1	Common law käsitteenä.....	69
3.2	Common law Englannissa	72
3.2.1	” <i>The Birth of Common Law</i> ”	72
3.2.2	<i>Writ</i> -järjestelmä.....	75
3.2.3	<i>Magna Carta</i>	78
3.2.4	Lainsäädäntö oikeuslähteenä	79
3.2.5	<i>Equity</i>	79
3.2.6	<i>Stare decisis</i> -oppi	80
3.2.7	Oikeudelliset auktoriteetit	82
3.2.8	<i>Torts: Donoghue v. Stevenson</i>	86
3.3	Yhdysvallat	89
3.3.1	Common law Yhdysvalloissa.....	89
3.3.2	Yhdysvaltojen perustuslaki	91
3.3.3	Oikeustiede	94
3.3.4	Korkein oikeus ja <i>Landmark decisions</i>	96
3.3.5	Perustuslain tulkinta.....	104
4	VENÄJÄN OIKEUS	109
4.1	Yleistä	109
4.2	Sosialistinen oikeus	111
4.3	Venäjän oikeuden historia.....	113
4.4	Neuvostoliiton oikeus	117
4.5	Venäjän oikeus tänään: siviililakikirja ja perustuslaki.....	119

5	OIKEUDELLISET SEKAJÄRJESTELMÄT	123
5.1	Sekajärjestelmän käsite.....	123
5.2	Sekajärjestelmän maita	124
5.3	Etelä-Afrikan oikeus.....	126
5.3.1	Oikeuskulttuurien sekoitus.....	126
5.3.2	Oikeuden kehitysvaiheet.....	128
5.3.3	Alkuperäiskansojen asema ja apartheid.....	132
5.3.4	Nykyinen oikeudellinen kehitys	134
6	AFRIKAN MAIDEN OIKEUS.....	137
6.1	Afrikkalainen oikeus?.....	137
6.2	Paikalliset oikeustavat	138
6.3	Vieraan oikeuden vaikutus.....	142
6.4	Esimerkki: Avioliitto ja <i>lobolo</i>	145
6.5	Uusi Afrikka.....	146
7	ISLAMIN OIKEUS.....	149
7.1	Islam ja oikeus	149
7.2	Muhammed, Koraani ja <i>hadithit</i>	153
7.3	<i>Qadi, mufti, fatwa</i>	160
7.4	Oikeuden tulkinta.....	162
7.5	Islamin oikeusajattelu tänään.....	165
8	OIKEUS KIINASSA JA JAPANISSA	167
8.1	Kiinan oikeus	168
8.1.1	Traditio ja muutos	168
8.1.2	Vieraan oikeuden omaksuminen	171
8.1.3	<i>Li, fa</i> ja kiinalaiset lakikirjat	173
8.1.4	Perinteinen kiinalainen oikeudenkäyttö.....	174
8.1.5	Kiinan oikeus tänään.....	177
8.2	Japanin oikeus.....	184
8.2.1	Hybridioikeutta?	184
8.2.2	Oikeushistoriaa: keisari, feodaalilaitos ja soturit.....	185
8.2.3	Japanin perustuslaki.....	186
8.2.4	Oikeuden rooli tänään.....	188

9	INTIAN OIKEUS.....	191
9.1	Intialainen (oikeus)kulttuuri	191
9.2	Hindulaisuus ja oikeus.....	194
9.2.1	Hinduoikeus	194
9.2.2	<i>Vedat, sutrat</i> ja <i>sastrat</i>	195
9.2.3	Hinduja koskeva järjestelmä	199
9.3	Siirtomaa-aika ja sen vaikutus tämän päivän oikeuteen	201
9.4	Intian perustuslaki.....	204
9.5	Intian tuomioistuinjärjestelmä	205
10	LOPUKSI	209
	KIRJALLISUUSLUETTELO	211
	HAKEMISTO	215

Lukijalle

Tämä kirja on kirjoitettu johdannoksi niille, jotka haluavat perehtyä maailman oikeuskulttuureihin. Tavoitteena on auttaa lukijaa ymmärtämään oikeutta koskevia erilaisia käsityksiä, erojen syitä ja niiden käytännöllisiä seurauksia.

Kirjan lähtökohtana on ollut Ditlev Tammin Vuoden oppikirja -palkinnon saanut teos *Global Retskultur – en indføring i komprativ ret på historisk grundlag* (Samfundslitteratur 2009). Kyseessä on kuitenkin itsenäinen teos, jossa on otettu huomioon varsinkin Pia Letto-Vanamonsuuren suosion saavuttaneille Maailman suuret oikeusjärjestelmät -kursseille Helsingin yliopistossa osallistuneiden opiskelijoiden kiinnostuksen kohteet ja kommentit. Myös monet oikeusvertailun teoreettiset samoin kuin maailman maiden oikeuskehitystä koskevat kysymykset ovat tänään toisia kuin viisi vuotta sitten.

Kiitämme lämpimästi kaikkia teoksen syntyyn myötävaikuttaneita tiedonhaluisia ja lahjakkaita opiskelijoita samoin kuin OTM Aija Vallealaa ja OTM Jussi Ilvosta aineiston hankkimisesta ja muusta arvokkaasta avusta sekä kustannustoimittaja Pipsa Kostamoa kirjan asiantuntevasta toimitustyöstä. Helsingin yliopistoa kiitämme oppimateriaalin tuottamiseksi myönnetystä apurahasta ja Suomalaista Lakimiesyhdistystä tämän kirjan kustantamisesta.

Kööpenhaminassa ja Helsingissä joulukuussa 2014

Ditlev Tamm Pia Letto-Vanamo

1 Johdanto

1.1 MAAILMAN OIKEUS – OIKEUDEN MAAILMA

Tämän kirjan teema on globaali: se käsittelee maailmaa. Maailmaa tarkastellaan kuitenkin ennen muuta oikeuden näkökulmasta. Näin ollen se kartta, joka maailmasta piirtyy, ei ole täydellinen vaan ”suodatettu” oikeuden avulla. Englanniksi avaintermi on *world law*, jota on kuitenkin vaikea kääntää suomeksi. Se ei nimittäin koske koko maailman (yhteistä) oikeutta vaan oikeutta, joka on globaali ilmiö: Ennen muuta tarkastellaan ymmärrystä oikeudesta, joka on erilaista eri maissa ja kulttuureissa – mutta samalla ilmiö, joka voidaan yrittää mahduttaa yhteen kirjaan. *World history* ja *world law* eivät ole uusia tutkimusaloja, mutta on melko uutta käsitellä sekä historiaa että oikeutta globaalisti ja esittää oikeuskulttuurinen näkökulma oikeuteen sen sijaan, että vain jaoteltaisiin oikeusjärjestelmiä niin sanottuihin oikeusperheisiin.

Tässä kirjassa tarkastellaan oikeutta kulttuuri-ilmiönä mutta myös erilaisten (muun muassa oikeustieteellisten) traditioiden ilmauksena ja niistä riippuvaisena. Kirjassa lähdetään myös siitä, että tietyt oikeusjärjestelmät vaikuttavat koko maailmassa. Etenkin Yhdysvaltojen oikeus, eräiltä osin englantilainen *common law*, mutta myös tärkeimmät mannereurooppalaiset ns. *civil law* -järjestelmät, kuten saksalainen ja ranskalainen oikeus, kuuluvat siihen ”oikeudelliseen tavarataloon”, josta oikeudellisia ratkaisuja on hankittu ja hankitaan. Tosin läheskään aina vieraan oikeuden omaksuminen ei ole ollut vapaaehtoista.

Oikeudellinen koulutus Euroopassa on vuosikausia ollut kansallista. Yliopistoissa opetetaan kansallista oikeutta, ja jopa metodit, näkökulmat ja traditiot ovat kansallisia. Saksalainen lakimies Rudolph von Jhering (1818–1892), joka houkutteli useita juristeja muista maista kuulijoikseen Göttingenin yliopistoon, totesi kuitenkin jo 1800-luvulla, että tieteelle oli nöyryyttävää ja arvoa alentavaa olla suljettua, kansallisten rajojen määrit-

tämää. Tosin tuon ajan Saksassa oikeustiedettä opiskeltiin edelleen ennen kaikkea roomalaisten oikeuslähteiden pohjalta, jotka olivat vuosisatojen ajan luoneet perustaa eurooppalaiselle oikeustieteelle. Roomalaisen oikeuden vaikutuksesta huolimatta oikeustiede ei kuitenkaan ollut yhtenäistä niin, että oikeudelliset opinnot tai oikeustieteelliset auktoriteetit olisivat olleet samoja koko Euroopassa. Sen sijaan oikeustieteellinen ajattelu – esim. monet peruskäsitteet ja jaottelut – oli yhteistä, samoin kuin oikeustieteen kieli latina. Tämä koski erityisesti aikaa ennen 1500-luvun uskonpuhdistusta, joka etäännytti Pohjois- ja Etelä-Euroopan toisistaan muun muassa niin, että pohjoisesta tultiin nyt opiskelemaan vain eteläisemmän Euroopan luterilaisiin yliopistoihin.

Viimeistään 1800-luvun lopulta lähtien juridiikka on ollut kansallista kaikkialla Euroopassa. Opiskelijat kuulevat ehkä satunnaisesti joistain vanhoista tunnetuista oikeustieteilijöistä, kun taas oman ajan ulkomaiset juristit ovat yleensä täysin tuntemattomia. Jotkut harvat tuntevat ulkomaisia ”suuria nimiä”, mutta on tavallista, että muiden maiden oikeudellista ajattelua ei pidetä välttämättömänä osana oikeustieteellistä koulutusta. Toki lähtökohtana näyttää olevan, että voidaan pitää kiinnostavana, mitä Yhdysvalloissa tai jossain muualla tapahtuu. Harvoin kuitenkaan perehdytään tai otetaan konkreettisesti kantaa siihen, mitä vieraillla kielillä on kirjoitettu. Oikeus on kansallista, ja niin ovat tuomarit ja muutkin juristit.

Edes opiskelu ulkomailla ei välttämättä muuta tilannetta. Ulkomailla opiskelevat saavat harvoin syvällisen kuvan vieraasta oikeusjärjestyksestä ottaessaan useimmiten osaa vain ulkomaisille opiskelijoille (englanniksi) järjestetyille ja yleensä kansainvälistä oikeutta tai eurooppaoikeutta käsitteleville kursseille. Yksi vastaus tähän oikeustieteen kansalliseen painotukseen on ollut oikeusvertailun oppiaine, jolla on monissa maissa kuitenkin vain vähäinen merkitys. Ainetta opetetaan laajasti yhdysvaltalaisissa yliopistoissa, mutta Euroopassa sitä on pidetty vähemmän tärkeänä. Suomessa oikeusvertailua opetetaan yliopistollisena oppiaineena, ja oikeusvertaileva näkökulma on viime vuosina ollut melko suosittu myös oikeustieteellisissä tohtorinväitöskirjoissa.

Tämä kirja on kirjoitettu eräänlaiseksi vastapainoksi puhtaasti kansalliselle lähestymistavalle. Samalla kirjan tausta-ajatus on toinen kuin se olisi ollut muutama vuosikymmen sitten. Perinteisesti vertailulla nimittäin luodaan yleiskuvaa eräistä oikeusjärjestelmistä ja/tai oikeusperheistä sekä annetaan esimerkkejä siitä, kuinka oikeudellisia ongelmia voidaan ratkaista

eri tavoilla yksittäisissä maissa. Paneudumme kuitenkin aiheeseen toisin. Emme niinkään kiinnitä huomiota yksittäisten ongelmien oikeudelliseen ratkaisemiseen, vaan yleisemmin siihen, kuinka oikeus on riippuvainen historiasta, kulttuurista ja kielestä. Näkökulmamme on paljolti samanlainen kuin Jaakko Husalla hänen ”uutta oikeusvertailua” käsittelevässä teoksessaan Oikeusvertailu (2013).

Ajatuksena on myös, että niitä tekijöitä, jotka ovat määrittäneet oikeuden kehitystä ja käyttöä eri puolilla maailmaa, voidaan kuvata painottamalla tiettyjä kulttuureja. Muun muassa Venäjä, Kiina ja Intia ovat esimerkkejä suurista alueista, jotka usein unohdetaan, mutta joiden oikeusjärjestelmät ovat kiinnostavia. Niitä tarkastellaan kirjassa samalla tavalla kuin perinteisiä eurooppalaisia oikeuskulttuureja: roomanis-germaanista, joka rakentuu etenkin ranskalaisen siviililakikirjan (*Code civil*) tai Saksan oikeuden ympärille, ja englantilais(-yhdysvaltalais-)ta oikeutta. Tavoitteena on antaa jonkinlainen yleiskuva oikeudesta tämän päivän maailmassa ja samalla relevanteista osista maailmanhistoriaa tarkasteltuna sellaisesta näkökulmasta, jossa oikeutta koskeva ymmärrys ja oikeudelliseksi katsottavat menettelytavat ovat keskeisiä.

Kirjassa käsitellään perustavaa laatua olevia eroja mannereurooppalaisen oikeuskäsityksen (*civil law*) ja englantilaisen *common law*’n välillä. Lisäksi kuvataan lyhyesti oikeuden harmonisointihankkeita sekä sitä ilmiötä, että jotkut oikeusjärjestelmät kehittyivät ”yhteiseksi oikeudeksi” (toisessa merkityksessä kuin englantilainen *common law*). Tämä näkyy esimerkiksi espanjalaisen ja Latinalaisen Amerikan oikeuden välisessä yhteydessä. Lisäksi käsitellään Lähi-idän ja Intian uskonnollisia järjestelmiä ja niiden sekoittumista eurooppalaisen oikeuden kanssa, sekä Kiinaa, jonka oikeudessa uskonnollisilla käsityksillä ei ole ollut merkitystä. Myös kiinalainen käsitys oikeuden ja moraalien yhteydestä on ollut kokonaan toisenlainen kuin mihin olemme tottuneet.

Esille tulee myös kolonialismi. Se on tehnyt eurooppalaisesta oikeudesta merkittävän ilmiön monissa osissa maailmaa. Vielä tärkeämpää tänään on huomata se oikeudellinen itsenäistyminen, joka on tapahtunut entisissä siirtomaissa, esimerkiksi Intiassa. Oikeuden ja uskonnon välinen suhde, joka muutamia vuosia sitten kuului perifeerisiin kysymyksiin, mutta on tänään erityisen ajankohtainen, on tärkeä osa tätä teosta.

Kirjassa käsitellään eräitä maailmanlaajuisesti merkityksellisiä oikeudellisia traditioita ja kulttuureja tarkoituksin edistää ymmärrystä siitä,

että oikeus on kulttuuri-ilmio, mutta harmonisoinnista ja globalisaatiosta huolimatta myös ilmio, johon yksittäisen maan historia ja erityisolosuhteet olennaisesti vaikuttavat. Matkan varrella otetaan esille esimerkkejä paikallisista laeista, tuomioista ja muista oikeudellisista teksteistä. Näin voidaan vertailla myös yksittäisten oikeusjärjestelmien tyyliä.

On monta tapaa perehtyä maailman oikeuteen. Mikäli tarkastelukulmamme pitäisi määritellä, voitaisiin sitä kuvata pluralistiseksi. Kirjan kantava ajatus on moninaisuus, ei yhtenäisyys. Kirja oikeuden maailmasta vastustaa oikeuden yksipuolista tarkastelua kansallisena ilmiönä ja pyrkii avaamaan silmät eroille mutta myös samankaltaisuuksille. Tämän vuoksi kirjan yksittäisiä lukujakaan ei ole rakennettu yhtenäisesti, vaan niissä otetaan esille kysymyksiä, jotka ovat tyypillisiä juuri kyseessä oleville oikeuskulttuureille. Teosta ei ole siis rakennettu yksinomaan oikeusperheiden tai oikeudellisten traditioiden jaottelulle.

Lähtökohdaksi on otettu maailmankartta sellaisena kuin se on 2010-luvun puolivälissä. Silti sen tarkastelussa painottuu historia: Oikeuden historiallinen kehitys tietyllä alueella tai yksittäisessä maassa luo taustaa sen erityispiirteiden ja omintakeisuuden kuvaamiselle. Aloitamme parhaiten tunnetulla eli roomalaisella oikeudella ja mannereurooppalaisella traditiolla. Samassa yhteydessä käsitellään myös Latinalaista Amerikkaa ja Itä-Eurooppaa. Venäjää sen sijaan käsitellään omana jaksanaan. Matka jatkuu myös Englantiin ja Yhdysvaltoihin, mistä katse kääntyy kolonialismiin ja sen seurauksena tapahtuneeseen eurooppalaisen oikeuden leviämiseen. Afrikka, Lähi-itä, Kiina, Japani ja Intia ovat esimerkkejä omista oikeuskulttuureista. Samalla niissä näkyy, mitä tapahtuu, kun oma traditio kohtaa siirtomaavallan oikeuden tai kun vapaaehtoisesti omaksutaan vierasta oikeutta.

Miten pitäisi rajata aihe, kun halutaan opiskella vierasta oikeutta? Konrad Zweigert ja Hein Kötz antavat laajalle levinneen oikeusvertailun oppikirjansa *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (1971) (*An Introduction to Comparative Law*, 1998) johdannossa seuraavan peukalosäännön: kun on kyse *common law*'ta koskevasta tiedosta, on kiinnitettävä huomiota Englantiin ja Yhdysvaltoihin; Ranskan ja Italian oikeutta on opiskeltava silloin, kun on kyse ns. roomanisesta (romanistisesta) oikeusperheestä. Kun kyse on germaanisesta oikeusperheestä, ovat Saksa ja Sveitsi tärkeitä. Lisäksi – heidän mielestään – voi kielivaikeuksista huolimatta olla syytä perehtyä ruotsalaiseen ja tanskalaiseen oikeuteen,

ja yleisemminkin Pohjoismaiden ”virkistävään” tapaan lähestyä oikeutta ”käytännöllisesti”.

Jo tästä huomataan, kuinka monimutkaiselta vieras oikeus näyttää. Pelkästään Euroopan alueella on useita traditioita, jotka meidän tulisi hallita. Yksi jaottelu voidaan kuitenkin tehdä melko helposti toteamalla, että englantilaisella ja pohjoismaisella oikeudella on oma historiansa, kun taas muun Euroopan traditiossa näkyy roomalaisen oikeuden vaikutus. Niistä oikeusjärjestelmistä, joiden oikeudellinen traditio tavalla tai toisella perustuu roomalaiseen oikeuteen, käytetään englanniksi termiä *civil law*. Todellisuudessa on kuitenkin kyse melko erilaisista traditioista, joista eteläeurooppalaiset järjestelmät rakentuvat ranskalaisen siviililakikirjan (*Code civil* 1804) pohjalle, kun taas saksaa puhuva maailma on kulkenut toista tietä. Tämän vuoksi on tavallista puhua romaanisesta oikeudesta ja saksalaisesta tai germaanisesta oikeudesta, jotka ovat englantilaisen oikeuden tavoin levinneet myös Euroopan ulkopuolelle. Englantilaisesta oikeudesta puhutaan yleensä *common law*’na. Jäljempänä tarkastelemme yleisemmin englantilaista oikeustraditiota, joka kolonialismin seurauksena levisi laajalle – muuallekin kuin Kanadaan, Australiaan ja Uuteen Seelantiin. Yhdysvallat on osaksi kulkenut omia teitään. Joskus puhutaan Englannista ja Yhdysvalloista maina, jotka ovat ”*separated by a common law*”.

1.2 OHJEITA LUKIJALLE

Tämä kirja näyttäytyy helposti teoksena, joka on amatöörien kirjoittama amatööreille. Sitä se oikeastaan onkin. Kukaan ei voi olla koko maailman oikeuden asiantuntija. Tämän vuoksi on suositeltavaa, että lukija käyttää hyväkseen muun muassa internetin lukemattomia mahdollisuuksia ja näin syventyy niihin kysymyksiin, joita seuraavassa käsitellään. Kirjoittajat ovat työnsä kuluessa jääneet velkaa lukuisille kirjoittajille ja kirjoituksille, mutta myös monille sähköisille aineistoille globaalin näkökulman avaajana. Verkosta voi kriittisellä tarkastelulla saada monenlaista informaatiota. Kirjan rinnalla on suositeltavaa lukea myös muita teoksia ja artikkeleita, jotta monet välillä hyvinkin lyhyet esityksemme tai kommenttimme asettuisivat yhteyteensä. Erityisen suositeltavaa on perehtyä oikeudenkäyntiratkaisuihin: siinä missä kirjassa on esitetty vain lyhyt lainaus tai

yhteenvedo, voidaan alkuperäistekstejä ja niiden kommentaareja löytää verkosta melko helposti.

Kirjan lopussa on luettelo kirjallisuudesta. Kirjassa on myös lyhyitä katsauksia, faktalaatikoita, joissa on täydentävää tietoa historiasta, politiikasta, oikeuslähteistä ja henkilöistä.

1.3 OIKEUSVERTAILUSTA

Jaksossa luodaan katsaus nykyaikaisen oikeusvertailun menetelmiin. Samalla esitellään oikeusvertailun historiaa ja peruskäsitteitä sellaisina kuin ne esiintyvät 2010-luvun oikeusvertailussa. Samalla annetaan esimerkkejä erilaisista lähestymistavoista, esimerkiksi oikeusperheen sijaan käytetystä oikeustradition käsitteestä ja traditioiden luokittelusta. Esille otetaan myös ”oikeudellinen tyyli” sekä joukko vieraskielisiä termejä, jotka ovat tavallisia oikeusvertailua koskevassa kirjallisuudessa.

Viime vuosista on puhuttu oikeusvertailun aikakautena, *the era of comparative law*. Oikeus liikkuu nykyään maantieteellisten ja kulttuuristen rajojen yli enemmän kuin koskaan aikaisemmin. Tämän liikkumisen seuraaminen on sen oikeudenalan ydinaluetta, joka perinteisesti tunnetaan oikeusvertailuna. Se voidaan laajasti ottaen määritellä intellektuaaliseksi toiminnaksi, jonka kohteena on oikeus ja joka käyttää metodinaan vertailua. Ala kehittyy jatkuvasti, ja siihen on viime vuosina kohdistunut paljon huomiota mm. oikeuden harmonisaatiosta Euroopassa käytyjen keskustelujen seurauksena. Euroopan unionissa (EU) oikeusvertailu on osa päivittäisiä lainsäädäntöprosesseja ja tuomioistuinkäytäntöä.

Kun tarkastellaan oikeuden historiaa yksittäisessä maassa, kuten Suomessa tai Tanskassa, taikka laajemmin Euroopassa tai muissa maanosissa, voidaan todeta, että vieraasta oikeudesta lainaaminen on vanha ilmiö. Vieraan oikeuden tuntemista on myös pidetty tärkeänä oman oikeuden erityispiirteiden ymmärtämiselle tai suunniteltaessa oikeudellisia uudistuksia. Reseptio on tässä yhteydessä keskeinen käsite. Se viittaa sellaisten vieraiden oikeussääntöjen omaksumiseen, jotka ovat puuttuneet omasta oikeusjärjestyksestä (tarvereseptio), tai tilanteisiin, joissa vierasta oikeutta on omaksuttu sen ylivertaisuuden vuoksi (auktoriteettireseptio). Tärkein esimerkki reseptiosta on roomalaisen oikeuden omaksuminen

monien eurooppalaisten maiden oikeusperustaksi ja yli vanhan Rooman valtakunnan rajojen.

Nykyaikainen vertaileva oikeustiede syntyi 1800-luvulla. Eri maiden oikeuden vertailun avulla osoitettiin yhtäläisyyksiä ja eroja, ja esitettiin, kuinka vieraita esimerkkejä voitiin käyttää hyväksi yhteiskuntakehityksen vaatimien uusien oikeusnormien tai oikeudellisten instituutioiden valmistelutyössä. Tätä ennen oikeusvertailun tavoitteena oli ollut sen osoittaminen, että kaikkien sivistyneiden maiden oikeuden välillä oli yhtäläisyyksiä, jotka voitiin muotoilla universaaleiksi oikeusperiaateiksi ja ymmärtää eräänlaisena *ius gentiumina*. Pohjoismaissa puolestaan tultiin 1800-luvun lopulla tietoisiksi monista oikeudellisista samankaltaisuuksista maiden välillä niin, että pidettiin mahdollisena harjoittaa lainsäädäntöyhteistyötä ja näin vastata teollistumisen ja kansainvälistymisen vaatimuksiin. Tämä oli tausta vuonna 1872 käynnistyneille sekä edelleen järjestettävälle Pohjoismaisille Lakimieskokouksille sekä niiden myötä alkaneelle oikeudelliselle yhteistyölle.

RESEPTIO JA TRANSPLANTIT

Oikeusvertailun terminologia on melko vakiintumatonta. Reseptiolla ja transplanteilla viitataan siihen, että erilaiset oikeusjärjestelmät ovat joutuneet kosketuksiin toistensa kanssa ja että oikeussäännöt ovat kulkeneet rajojen yli. Reseptio (omaksuminen) on klassinen termi, mutta transplantit tulivat sanastoon vasta vuonna 1974 Alan Watsonin teoksen *Legal Transplants* myötä. Käsitteestä tuli suosittu, vaikka se on oikeastaan harhaanjohtava ja vain jossain määrin kuvaa sitä prosessia, joka on oikeudellisten sääntöjen tai ideoiden lainaamisen taustalla. Toiset käyttävätkin termejä *circulation of legal models* tai *transfer* puhuessaan samasta ilmiöstä, tai neutraalia sanaa *influence*. Tässä kirjassa käytetään kaikkia edellä mainittuja tarkoittamatta muuta kuin että oikeus liikkuu paikasta toiseen.

On myös keskusteltu siitä, mitä oikeusvertailu oikeastaan on, eikä tämä keskustelu ole päättynyt. Esimerkiksi Jaakko Husa on tarkastellut tärkeimpiä keskustelukysymyksiä edellä mainitussa teoksessaan (Husa 2013). Jatkuvasti muun muassa kysytään, onko oikeusvertailu vain yksi metodi, vai onko oikeusvertailu jotain muuta tai enemmän kuin vertailua hyväkseen

käyttävät oikeushistoria tai oikeussosiologia. Vuonna 1900 asiasta keskusteltiin ensimmäisessä oikeusvertailun maailmankokouksessa Pariisissa, ja siitä lähtien ala on kehittynyt jatkuvasti – eikä vähiten viime vuosikymmeninä. Suuressa osassa vertailevaa oikeustutkimusta on käsitelty yksittäisiä oikeussääntöjä tai -instituutioita, ja oikeusvertailijoilla on ollut keskeinen rooli oikeutta koskevissa harmonisointihankkeissa pyrittäessä luomaan yhtenäisiä oikeussääntöjä, esimerkiksi rajat ylittävän kaupan alalla.

Oikeusvertailulla on ollut suuri merkitys myös oikeuden historiaa koskevalle tutkimukselle tutkittaessa sitä, kuinka oikeus aikojen kuluessa on ylittänyt maantieteellisiä rajoja, tai pyrittäessä ymmärtämään oikeustieteen kehitystä. Yksi historiallinen esimerkki on jaksossa 2 käsiteltävä *ius commune*, yhteinen oikeus, joka on avainkäsite puhuttaessa roomalaiseen oikeuteen liittyvästä yhteisestä oikeusperustasta ja roomalaisen oikeuden reseptiosta Euroopassa. Oikeusvertailulla on merkitystä myös pohdittaessa mahdollisuuksia ”kansainvälistää” jonkin maan oikeustiedettä ja luonnollisesti keskusteltaessa kansallisten oikeussääntöjen uudistamistarpeista mutta myös uudistamisen reunaehdoista. Esimerkiksi näissä yhteyksissä voi olla hyödyllistä perehtyä muiden maiden kokemuksiin.

Tällä hetkellä vertailevan oikeustieteen mielenkiinto kohdistuu etenkin ”vieraisiin oikeuskulttuureihin” yleensä samoin kuin erilaisten oikeuskäsitysten globaalimpaan ymmärrykseen. Jatkuvasti otetaan esille sellaiset käsitteet kuin oikeuskulttuuri (*legal culture*) ja oikeudellinen traditio (*legal tradition*). Niiden avulla määritellään oikeusjärjestelmien erityispiirteitä, varsinkin erilaisia tapoja ymmärtää oikeus. Oikeuskulttuurien erityispiirteet ovat korostuneet globalisoituneessa maailmassa. Kuka olisi uskonut, että esimerkiksi Ruotsissa ja Tanskassa tai jopa Suomessa olisi relevanttia tuntea islamin oikeutta. On myös helpompaa ymmärtää Kiinan oikeudellista kehitystä tänään, kun tunnetaan perinteinen kiinalainen oikeuskäsitys ja Kiinan ”lainat” muista oikeusjärjestelmistä osana maan oikeuden nykyaikaistamista.

Oikeusvertailun ensimmäinen tavoite on – kuten kaikkien tieteiden – tieto, tietämys ja ymmärtäminen. Näin kirjoittavat myös Zweigert ja Kötz (1998) teoksensa johdannossa. Tieto on hyödyllistä, mutta vieraaseen oikeuteen perehtyminen on vaativaa esimerkiksi silloin, jos halutaan ottaa muualta mallia konfliktien ratkaisemiseen tai niiden ehkäisemiseksi. Berliinin muurin murtumisen (1989) jälkeisenä aikana oikeusvertailua – ja muista maista lainattuja ideoita ja instituutioita – on käytetty uusien

oikeusjärjestelmien rakentamisessa entisissä Itä-Euroopan sosialistisissa maissa. Tästä tulee tarkemmin puhetta jaksossa 2.

Vielä muutamia vuosia sitten oikeusvertailu yliopistollisena oppiaineena oli keskittynyt ennen kaikkea yhtäältä englantilaiseen *common law*'hon ja toisaalta mannereurooppalaiseen, roomalaisen oikeuden leimaamaan oikeuteen (*civil law*). Toki tällainenkin vertailu on edelleen tärkeää, eikä vähiten EU:n harmonisointipyrkimysten takia. Perinteisesti oikeusvertaileva tutkimus on liittynyt myös sen peruskäsitteiden, kuten oikeusjärjestelmä ja oikeusperhe, tarkasteluun. On tarkasteltu sitä, mikä yhdistää tai mikä erottaa yksittäisten maiden oikeutta ja luokiteltu ne sen mukaan yhtenäisiin ryhmiin. Lähestymistapa on myös tällöin ollut Eurooppa-keskeinen. Lähtökohtana ovat olleet kaksi suurta oikeuskulttuuria, *common law* ja *civil law*. EU:n tasolla on ollut kyse yhteisten oikeudellisten ratkaisujen löytämisestä sellaisiin kysymyksiin, jotka ratkaistaan eri tavoilla edellä mainituissa kahdessa ”oikeusperheessä”. Tässä yhteydessä eräs keskeinen käsite on ollut *convergence*, jolla on haluttu viitata siihen, että oikeusjärjestelmät ovat yhtenäistymässä. Samalla on kuitenkin väitetty, että *common law*- ja *civil law* -maiden juristien ajattelutavoissa on niin paljon perustavaa laatua olevia eroja, ettei todellista konvergoitumista tapahdu.

Tässä kirjassa otetaan kuitenkin askel pidemmälle ja otetaan vertailuun mukaan myös muita kuin *common law*- ja *civil law* -kulttuureja. Samalla osoitetaan, että jako perinteisiin oikeusperheisiin ei enää riitä. Sitä paitsi paljon siitä oikeudesta, joka liikkuu maailmassa, on samaa tai samankaltaista niin, että oikeuskulttuurien rajat ovat hämärtyneet. Myös käsitys Euroopasta tai eurooppalaisesta oikeudesta on ollut murroksessa. Tämä on johtunut muun muassa Itä-Euroopan entisten sosialististen maiden poliittis-oikeudellisista muutoksista. Venäjä on kulkenut omaa tietään. Kiina puolestaan on esimerkki maasta, jossa kommunismi on edelleen vallalla, mutta jossa rakennetaan uutta oikeusjärjestelmää länsimaisia malleja lainaten. Myös maan oikeuskulttuurin historiallinen perusta on monimutkainen, eikä jäsenny vain perinteisen oikeusperheiden jaottelun mukaisesti. Yhä useammin muistutetaan myös siitä, että eurooppalaisen oikeuden leviäminen liittyy ennen muuta siirtomaavalloituksiin. – On myös niitä, jotka väittävät, että Itä-Eurooppa on ollut samankaltaisten kolonialisointipyrkimysten kohteena EU:n toimesta (*collective colonisation by the EU*).

Globalisoituneessa maailmassa hahmotamme oikeuden sekä välineenä edistää kansainvälistä yhteistoimintaa että osana historiallista perinnettä ja

kulttuuria. Uskonnolliset oikeusjärjestelmät, etenkin juutalainen, islamilainen ja hinduoikeus, ovat hyviä esimerkkejä jälkimmäisestä. Se helppous, jolla osakeyhtiöoikeuden tai muiden yhteisömuotojen säännökset, erilaiset sopimusmallit tai vastuuta koskevat säännökset ylittävät rajoja, on esimerkiksi edellisestä. Monet kansainvälisen yhteistoiminnan kysymykset esimerkiksi kaupankäynnissä ovat kuitenkin usein monimutkaisia ja sopimuksia laadittaessa otetaan kantaa niin moniin yksityiskohtiin, että sopimuksista tulee oma ”oikeutensa”. Myös tämä ilmiö kuuluu nykyajan oikeuskehitykseen. *Law and Economics*, oikeustaloustiede, on yksi oikeudenala tai lähestymistapa, joka on peräisin Yhdysvalloista, ja jossa oikeusvertailu nähdään eräänä keinona löytää taloudellisesti tehokkaimpia oikeussääntöjä. Vielä enemmän taloustieteellinen (tehokkuus-) näkökulma painottuu niin sanotun *Legal Origin* -teorian edustajien ajattelussa.

Tässä kirjassa vertailu nähdään ennen muuta keinona ymmärtää vieraita oikeuskulttuureja. Samalla se johdattaa juristeja ja muita oikeudesta kiinnostuneita maailmaan, joka avautuu, kun tarkastellaan vieraita oikeutta koskevia käsityksiä omaa oikeusjärjestelmää laajemmasta perspektiivistä.

Oikeus ei ole tarkoitettu vain juristeille. Vastaavasti juristeilla on tarve osata muutakin kuin oikeussääntöjä; ja vielä enemmän tarve ymmärtää, että oikeussäännöt toisissa kulttuureissa ovat usein ”jotain enemmän” kuin mitä olemme tottuneet ajattelemaan. Niiden perustavaa laatua olevien historiallisten ja kulttuuristen edellytysten tunteminen, joille vieras oikeus rakentuu, on välttämätöntä, jotta vältetään reseption tai transplanttien odottamattomat ja onnettomat seuraukset, ja jotta voidaan analysoida tämän päivän oikeuskulttuurien kohtaamisia. Tuo tieto on tärkeää myös, jotta ymmärretään, että samalta näyttävät säännöt voivat vaikuttaa monella eri tavalla.

1.4 MUUTAMIA PERUSKÄSITTEITÄ

Oikeusvertailun peruskäsitteet ovat kehittyneet kansainvälisessä vuoropuhelussa. Monet niistä ovat nykyään englantia, eräät yksittäiset termit latinaa tai muuta vierasta kieltä. Luonteenomaista sanaston kehittymiselle on ollut luovuus, jolla muiden tieteiden käsitteitä on käytetty. Seuraavassa tarkastellaan muutamia keskeisiä käsitteitä. Niiden hallitseminen helpottaa myös tämän kirjan lukemista.

1.4.1 Oikeudelliset transplantit

Kuten todettu, oikeudellisen transplantin käsite levisi, kun skotlantilais-amerikkalainen juristi Alan Watson vuonna 1974 kirjoitti kirjassaan *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law* vieraan oikeuden lainaamisesta. Samalla hänestä tuli sen näkemyksen edustaja, että yhteiskunnan ja sen oikeuden kehityksen välillä ei välttämättä aina ole yhteyttä; monilla oikeusnormeilla on tekninen luonne. Tämä kannanotto johti muun ohella debattiin yhdysvaltalaisen Otto Kahn-Freundin kanssa, joka väitti, ettei oikeutta voida erottaa sääntelykohteestaan eikä niistä olosuhteista, joissa se on syntynyt (Kahn-Freund 1974). Oikeudelliset instituutiot voivat olla siirrettävissä oikeusjärjestelmästä toiseen, mutta viime kädessä on mahdotonta siirtää pelkkää oikeutta, koska oikeus perustuu tietyille käsitykselle ihmisestä ja yhteiskunnasta, ja jopa siitä roolista, joka ihmisellä on tietyssä yhteiskunnassa.

Saksalainen Gunther Teubner ottaa puolestaan etäisyyttä transplantin ideaan ja puhuu oikeudellisista irritanteista, *legal irritants* (Teubner 1998). Toiseen oikeusjärjestelmään viety oikeus voi hänen mukaansa saada aikaan vaikutuksia, jotka ”ärsyttävät” oikeutta ja sen sääntelemiä sosiaalisia suhteita: ”*Foreign rules are irritants not only in relation to the domestic legal discourse itself but also in relation to the social discourse to which law is, under certain circumstances, closely coupled. As legal irritants they force the specific episteme of domestic law to a reconstruction in the network of its distinctions. As social irritants they provoke the social discourse to which law is closely tied to a reconstruction of its own. Thus, they trigger two different series of events whose interaction leads to an evolutionary dynamics which may find a new equilibrium in the eigenvalues of the legal and economic institutions...*”. Englantilaisten juristien piirissä tavataan käsitys, että EU-oikeus, jota jäsenmaiden on sovellettava, voi jossain yhteyksissä olla tuollainen ärsyke, *irritant*.

1.4.2 Oikeusperheet

Vertailevassa oikeustutkimuksessa puhutaan usein oikeusperheistä, *legal families*. Käsitettä käytti muun muassa ranskalainen vertailun uranuurtaja René David (1906–1990). Käsite on kuitenkin melko epämääräinen, ja

nykyään sitä yritetään välttää. ”Perhe” on kuitenkin hyvä taksonominen apuväline, jos sitä käytetään varovasti. Käsitettä on käytetty hedelmällisesti muun muassa pyrittäessä luokittelemaan erilaisia oikeusjärjestelmiä pienempiin ryhmiin kuin perinteinen *civil law*- ja *common law* -jaottelu mahdollistaa (Husa 2013). Perheistä puhuttaessa joudutaan kuitenkin kysymään, millaisilla ryhmillä voidaan operoida, ja mitkä ovat ne kriteerit, joilla yksittäinen oikeusjärjestelmä asetetaan tiettyyn ryhmään. Ajan kuluessa on luotu erilaisia kriteereitä. Laajimmalle on luultavasti levinnyt oikeusperheiden jaottelu, joka on perustunut saksalaisten vertailijoiden Konrad Zweigertin ja Hein Kötzin oikeusvertailun perusteokseen (1998). He tekevät jaottelun kuuteen ”perheeseen”:

- Romaaninen perhe, lähtökohtanaan ranskalainen oikeus, etenkin *Code civil* vuodelta 1804, sekä ne järjestelmät, jotka ovat ottaneet ranskalaisen oikeuden esikuvakseen.
- Germaaninen (saksalainen) oikeusperhe, jonka lähtökohtina ovat Saksan siviililakikirja (BGB) vuodelta 1900, Itävallan siviililakikirja (ABGB, 1811) tai Sveitsin yksityisoikeudelliset kodifikaatiot (siviilioikeudellinen ZRG, 1907 ja velvoiteoikeudellinen ORG, 1911).
- Angloamerikkalainen oikeusperhe, jossa vaikuttavat englantilainen *common law* ja Yhdysvaltojen oikeus.
- Pohjoiseurooppalainen oikeusperhe, joka käsittää Pohjoismaat.
- Kaukoidän oikeus (Kiina ja Japani).
- Uskonnolliset oikeusjärjestelmät (islamin oikeus ja hinduoikeus).

Aikaisemmin myös sosialistinen oikeus muodosti oman suuren perheensä Neuvostoliiton ympärille. Berliinin muurin ja sosialistisen järjestelmän murtumisen jälkeen (1989–1991) tuo perhe on muuttunut huomattavasti. Tämä johtuu myös siitä, että Kiina on luopunut sosialistisesta talousjärjestelmästä.

Pohdittaessa maailman oikeusjärjestelmien jaottelua on syytä korostaa järjestelmien historiallista perustaa. Romanistisella ja germaanisella järjestelmällä, yhdessä ns. *civil law* -järjestelmänä, on toisin kuin angloamerikkalaisella (ja pohjoismaisella) oikeudella perustansa roomalaisessa oikeudessa. Hyvä ja paljon käytetty kriteeri ovat oikeuden lähteet: oikeuden perusta voi olla suurissa siviililakikirjoissa (esim. *Code civil*), yleisemmin lainsäädännössä tai oikeuskäytännössä. Lisäksi voidaan viitata oikeusjärjestelmälle tyypilliseen ajattelutapaan, esim. joko voimakkaasti konflik-

tiorientoituneeseen tai sovitteluvaan ajatusmalliin. Tähän näkökulmaan palataan Kiinasta ja Japanista puhuttaessa.

Oikeusjärjestelmiä luokiteltaessa voidaan myös viitata siihen manner-eurooppalaisen ja englantilaisen järjestelmien väliseen eroon, joka liittyy abstraktien oikeusnormien ja oikeuskäytännössä syntyneiden konkreettisten oikeuslauseiden merkitykseen. Kriteereinä voivat olla myös tietyt oikeudelliset instituutiot (esim. tuomioistuinlaitos) tai tietty ideologia. Erilaiset näkökohdat voidaan yhdistää oikeudelliseen tyyliin, josta puhutaan seuraavassa.

1.4.3 Oikeudellinen tyyli

Zweigert ja Kötz käyttävät oikeudellisen tyylin käsitettä. Tällöin kyse on jaottelukriteeristä, jolla luodaan yleiskuva erilaisista oikeusjärjestelmistä luokittelemalla ne ryhmiin tiettyjen samankaltaisten piirteiden perusteella. – Juuri oikeudellinen tyyli on luonteenomaista ja omintakeista tietylle oikeusperheelle.

Tyyli muodostuu tietyistä elementeistä: yksittäisen oikeusjärjestelmän historiallisesta taustasta, sille ominaisesta ajattelutavasta, järjestelmälle tyypillisistä käsitteistä ja sen taustalla vaikuttavasta ideologiasta. Ajattelu-tapa siis on eräs tyylin piirre ja viittaa etenkin jakoon yhtäältä abstraktiin tai systemaattiseen oikeusajatteluun, joka on tyypillistä roomalaiseen oikeuteen perustuville järjestelmille, ja toisaalta yksittäisiä oikeudellisia ratkaisuja korostavaan ajatteluun.

Edellistä yleisempänä ja koko länsimaiselle oikeuskäsitykselle tyypillisenä tyylipiirteenä on viitattu siihen, että oikeudesta voidaan ”taistella”. Oikeusjärjestelmä lähtee kummankin asianosaisen tahdosta puolustaa oikeuttaan. Usein lainataan edellä jo mainittua von Jheringia, joka kirjoituksessaan *Der Kampf um’s Recht* (1872) käsitteli taistelua oikeudesta. Oikeuden voimassaolo vaati hänen mukaansa sitä, että sen, joka oli sitä mieltä, että hänellä oli oikeus (puolellaan), täytyi olla valmis ”taistelemaan” sen puolesta.

Usein väitetään, että juuri tämä tyylipiirre, oikeudesta taisteleminen, on vastapooli Kaukoidän oikeuskäsitykselle – ja sen oikeuskulttuurille. Siellä kyse ei ole oikeuden voittamisesta, vaan sellaisen ratkaisun löytämisestä, johon kaikki voivat tyytyä menettämättä kasvojaan. Sovinto ja sovittelu

tulevat ennen oikeudellista ratkaisua. Tällöin käsitys oikeudesta on erilainen kuin mihin olemme Euroopassa tottuneet. Samalla sellaiset käsitteet kuten subjektiivinen oikeus ja oikeudellinen vaade saavat toisenlaisen merkityksen Kaukoidän oikeudellisissa keskusteluissa. Absoluuttisena erottelukriteerinä tämä tyylipiirre on kuitenkin liian jyrkkä. Myös länsimaiset tuomioistuimet (suomalaiset mukaan luettuna) pyrkivät yhä useammin saamaan aikaan sovinnon ennen tuomioistuinratkaisua, tai tuomioistuinmenettelyn sijasta käytetään sovittelua tai muita vaihtoehtoisia riidanratkaisukeinoja. Länsimainen oikeus perustuu kuitenkin edelleen sille lähtökohdalle, että tuomioistuinten on tehtävä oikeudellisesti *oikea* ratkaisu. Tämä on kaukana esimerkiksi perinteisestä kiinalaisesta ajattelutavasta.

Muina tyyliä selittävinä piirteinä korostetaan kunkin oikeuskulttuurin historiallista kehitystä ja sille tyypillisiä oikeuslähteitä. *Civil law* esimerkiksi perustuu ennen kaikkea roomalaisen oikeuden käsitteistölle sekä lainsäädäntöön, kun taas englantilainen *common law* tuomioistuinkäytäntöön, minkä vuoksi sillä on erityinen pragmaattinen luonne. Voidaan myös korostaa ideologisia tunnusmerkkejä, kuten esimerkiksi sosialistista ideologiaa. Kiinan valtiosäännössä viitataan maan politiikan sosialistiseen perustaan, kun taas eräiden muiden maiden, kuten Pakistanin, valtiosäännössä viitataan islamiin.

1.4.4 Funktionalismi

Yksi oikeusvertailun metodologiakeskusteluista liittyy ns. funktionaaliseen vertailuun. Funktionaalisessa vertailussa lähtökohdaksi ei oteta oman oikeusjärjestelmän käsitteitä vaan ne funktiot, jotka tietyillä säännöillä tai tietyllä oikeudellisella instituutiolla on. Usein käykin ilmi, että erilaiset oikeusjärjestelmät päätyvät eri teitä samankaltaisiin tuloksiin, ja ratkaisevaa on tuntee nuo tiet. Ei siis ole syytä pohtia itse käsitettä, vaan kysyä, kuinka asianomainen oikeusjärjestelmä ratkaisee kyseisen ongelman. Kun kyse on esimerkiksi kiinteän omaisuuden suojasta, ei ole hyödyllistä kysyä, miten tietyssä järjestelmässä käytetään lainhuutoa – varsinkaan, jos järjestelmä ei tunne lainhuutoa sellaisena kuin sen ymmärrämme. Kysymyksen tulisikin kuulua, miten tuossa järjestelmässä turvataan kiinteän omaisuuden saanto.

Yleisesti ottaen funktionaalinen vertailu lähtee siitä, että unohdetaan oma oikeus, sen normisto ja käsitteistö, ja muotoillaan vierasta oikeusjär-

jestelmää koskevat kysymykset totutusta poikkeavalla tavalla. Useimmissa maissa on esimerkiksi säännöksiä, joilla pyritään ehkäisemään toisen taloudellinen hyväksikäyttö, mutta ongelmaa ei ole aina ratkaistu (vain) sopimuksia koskevassa lainsäädännössä. Tämän vuoksi on tärkeää analysoida laajasti vieraan oikeusjärjestelmän mukaisia ratkaisuja tiettyyn ongelmaan eikä rajoittua niihin, joita oma järjestelmämme tarjoaa.

1.4.5 Oikeuskulttuuri, oikeusjärjestelmä ja oikeustraditio

Jokaista oikeusjärjestelmää tulisi ymmärtää sen omista lähtökohdista. Viime vuosina on tullut tavaksi puhua oikeuskulttuureista. Näin on korostettu, ettei jonkin maan oikeusnormeja tule tarkastella vain sellaisenaan; Tulee muistaa, että ne kumpuavat syvään juurtuneesta käsityksestä siitä, mitä oikeus on. Ajatus ei ole mitenkään uusi, vaan sillä on juurensa jo 1800-luvulla tyypillisessä ajatuksessa kansan tai kansanluonteen ja oikeuden läheisestä yhteydestä. Saksalainen historiallinen koulu on tästä eräs esimerkki. Tämän käsityskannan mukaan myös eri maiden oikeuden yhtenäistämislle on rajansa, koska oikeus ja kansa(kunta) kuuluvat niin kiinteästi yhteen.

Tässä kirjassa termiä kulttuuri – vaikka se on epämääräinen ja moniselitteinen – käytetään yhteisenä nimittäjänä niille tekijöille, jotka antavat tiettyjen alueiden tai maiden oikeudelle oman leimansa. Kyse on uskonnosta, historiasta ja yhteiskunnallis-poliittisista olosuhteista, jotka kaikki vaikuttavat myös oikeuteen. Ne kuuluvat kulttuurin laajaan määritelmään, josta antropologi Clifford Geertz käyttää käsitettä ”*thick description*” (Geertz 1973). Kulttuurin käsite on ei-oikeudellinen eikä kovin tarkka. Siksi termi oikeuskulttuuri on käyttökelpoinen niiden monien kehityskulkujen ja olosuhteiden yhteenvetona, jotka tulee ottaa huomioon oikeudellisissa vertailussa. Suomessa oikeuskulttuurin käsite liitetään usein myös Kaarlo Tuorin luomaan oikeuden ”tasoitteluun” (Kriittinen oikeuspositivismi, 2000), jossa oikeuskulttuurin taso viittaa oikeuden ”pintatasoa” eli oikeussääntöjä hitaammin muuttuvaan tasoon: ennen kaikkea oikeudellisiin periaatteisiin ja muihin ns. yleisiin oppeihin liittyviin kysymyksiin.

Myös oikeusjärjestelmä (*legal system* tai ranskaksi *ystème de droit*) on oikeusvertailulle tyypillinen käsite. Sen avulla on esimerkiksi koros-

tettu tiettyjen maiden oikeuden yhteisiä piirteitä. Samankaltaisuuksia korostamalla on mm. tehty jako maailman ”suuriin oikeusjärjestelmiin”. Major Legal Systems in the World Today on ranskalaisen vertailijan René Davidin teoksen Les grands systèmes de droit contemporains englanninkielinen otsikko. Teos julkaistiin ensimmäisen kerran vuonna 1964 ja siitä tuli pian useilla kielillä julkaistu oikeusteorian perusteos. Suomenkielinen versio on Heikki E. S. Mattilan kääntämä ja ajantasaistama (Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät, 1982). Oikeusjärjestelmän käsitteen käyttöä voidaan kuitenkin kritisoida siihen liittyvän järjestelmä- tai systeemiajatuksen vuoksi. Se jättää helposti pimentoon sen, ettei vierasta oikeutta koskeva tieto läheskään aina liity järjestelmään, sen (tieteelliseen) rakentamiseen, vaan enemmänkin erilaisiin oikeudellisen ajattelun tapoihin. Tässä kirjassa oikeusjärjestelmä on yleiskäsite, joka viittaa sekä oikeudelliseen normistoon (oikeusjärjestykseen) että sitä koskeviin käsityksiin ja systematisointeihin.

Termiä oikeustraditio (*legal tradition*) käytetään usein oikeushistoriallisissa yhteyksissä. Oikeusvertailussa sen käyttö on ollut yksi tapa luopua Eurooppa-keskeisyydestä ja tarkastella oikeudellisia perinteitä eri kulttuureissa keskenään yhdenvertaisina. Traditioita tutkimalla voidaan saada tietoa siitä, mitä oikeus kulloinkin on ja kuinka se reagoi kohdattaessaan toisen oikeusjärjestelmän, ja miten traditio muuttuu. Eräs tällaisen tarkastelutavan puolestapuhuja oli kanadalainen Patrick H. Glenn (Glenn 2010). Ratkaisevaa Glennin oikeudellisen tradition käsitteelle on, että ei katsota vain historiaan tai ymmärretä oikeus staattisena ja jähmettyneenä. Traditio on elinvoimaista ja dynaamista, ja oleellinen osa elävän, voimassa olevan oikeusjärjestelmän kuvaamista. Tällä tavoin ymmärrettynä käsitettä voidaan käyttää myös puhuttaessa esimerkiksi kahdesta suuresta eurooppalaisesta järjestelmästä ja näitä määrittävistä, jatkuvasti kehittyvistä *common law*- ja *civil law*-traditiosta. Näin oikeustraditio tulee hyvin lähelle oikeuskulttuurin käsitettä.

KONVERGENSSI

Voivatko juristit, jotka ovat saaneet toisistaan poikkeavan oikeudellisen koulutuksen, kommunikoida keskenään ja saavuttaa yksimielsyyden oikeudellisista ratkaisuista?

Pohtiessaan mahdollisuuksia laatia kaikille EU-maille yhteinen eurooppalainen siviililakikirja (*civil code*) ranskalais-kanadalainen professori Pierre Legrand on erityisen terävästi korostanut niitä eroja, jotka estävät tuollaisen projektin. Eurooppalaiset oikeusjärjestelmät eivät ole hänen mukaansa "konvergoitumassa". Erityisesti on syytä viitata eroihin englantilaisen *common law*'n ja kontinentaalisen oikeuden (*civil law*) ajattelutapojen välillä. Hän kirjoittaa (European Legal Systems are not Converging, 1996) vaikeuksista yhtenäistää eri maiden juristien oikeuskäsityksiä kulttuurieroista johtuen mm. seuraavaa:

"The rules that the European Community and the member States present to their respective constituencies similarly capture a legal culture. These rules are not simply reflections of some natural order. Rather, they are produced by human agency through institutional structures and legal processes. Hence, they inevitably contain a social component: they are not wertfrei. Legal statements achieve the status of 'rules' only if they are generated and implemented in accordance with prior agreements about the appropriateness of particular policies, the merits of given intervention techniques, compliance procedures, review processes and so on. These agreements in turn, are socially derived through continuous negotiation and renegotiation among relevant bodies of law-makers consisting of culturally determined individuals. This is the sense in which there is more to rules than it appears: there exists a socio-cultural dimension which, although it is largely concealed, remains inherent to rules."

Legrand tuleekin siihen johtopäätökseen, että *civil law*- ja *common law*-juristien ajattelutapojen perustavaa laatua olevista eroista johtuen oikeudellinen harmonisointi Euroopassa on sekä mahdotonta että ei-toivottavaa.

1.4.6 Oikeusvertailu ja metodi

Vertailu on oikeustieteellinen tutkimusmenetelmä mutta myös tapa hankkia tietoa vieraasta oikeudesta. On monta mahdollisuutta valita metodi, määrittellä keskeiset käsitteet ja käyttää niitä. Tällä hetkellä oikeusvertailussa kiinnostavaa on mm. mielikuvitusrikkaus termistön kehittämisessä mutta myös koko vertailun perusteita koskeva erimielisyys.

Traditionaalisemmat vertailijat työskentelevät edelleen perinteisten oikeusperheiden parissa, kun taas toiset ottavat lähtökohdikseen oikeustradition, kolonialismin, pluralismin tai muut sofistikoituneet käsitteet. Yhtä seikkaa emme voi tässäkään yhteydessä unohtaa. Oikeus on lähes aina myös kansallista; sen käyttö on yleensä yhteydessä johonkin maahan ja sitä sovelletaan käytännössä useimmiten (vain) yksittäisessä maassa. Samalla yhteydet eri maiden välillä muuttavat sitä. Oikeudellisten mallien ja ideoiden liikkumisesta johtuen voi välillä olla vaikeaa luokitella yksittäisen maan oikeutta. Jonkinlainen yleiskuva on kuitenkin edelleen helpointa luoda oikeusperheiden luokittelun avulla.

Oikeusvertailussa on usein kyse myös muusta kuin metodista. Voidaan todeta, että oikeuden kehityksen ja sen kulttuuristen edellytysten laajempi tunteminen on perusta (kansallisenkin) oikeuden osaamiselle sekä sen ymmärtämiselle, miten ja miksi oikeus liikkuu kansallisten rajojen yli.

Oikeusvertaileva tutkimus on useimmiten liittynyt yksityisoikeuteen, kun taas julkisoikeus on jäänyt vähemmälle huomiolle. Tässä kirjassa yksityisoikeuden lisäksi otetaan esille etenkin valtiosääntöoikeus. Se on tärkeä oikeusjärjestyksen osa – etenkin silloin kun pyritään ymmärtämään oikeutta yhteiskunnallis-kulttuurisena ilmiönä. Maailman oikeusjärjestelmiä voidaan nimittäin luokitella myös oikeusvarmuuden perusteella ja kiinnittämällä huomiota oikeusvaltioperiaatteeseen tai sen englanninkieliseen versioon *rule of law*. Samalla voidaan kysyä, missä laajuudessa kyseisessä maassa taataan tuomioistuinten riippumattomuus ja yhdenvertaisuus lain edessä taikka turvataan henkilökohtainen vapaus, kielletään lain taannehtiva soveltaminen, ja niin edelleen.

1.4.7 Pluralismi ja ”anti-eurosentrisyys”

Kuten on jo todettu, vertailevan oikeustieteen perinteisenä lähtökohtana on ollut suurten eurooppalaisten oikeusjärjestelmien (*civil law, common law*) tarkastelu. Muun maailman oikeutta on käsitelty joko niihin kuuluvana tai radikaalisti niistä poikkeavana. Yhden ei-länsimaisen lähestymistavan esittää kuitenkin saksalainen Werner F. Menski teoksessaan *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa* (2006). Menski argumentoi hallitsevaa ”eurosentristä” lähtökohtaa vastaan ja jättää tietoisesti huomioimatta eurooppalaiset oikeusjärjestelmät kuvatesaansa eroja ja samankaltaisuuksia hinduoikeuden, afrikkalaisen oikeuden, islamin oikeuden ja Kiinan oikeuden välillä. Hän väittää, että oikeutta koskevien perinteisten lähestymistapojen rinnalla, jotka hän luokittelee luonnonoikeusteorioihin, oikeuspositivismiin tai sosiologiseen metodiin perustuviksi, voi olla neljäs, ”moninaisuutta korostava globaali oikeudellinen analyysi”. Se toimii Menskin mukaan hyvin käsiteltäessä afrikkalaista ja aasialaista oikeutta.

Myös tässä teoksessa Eurooppa ja sen kaksi keskeisintä oikeuskulttuuria saavat paljon tilaa. Se voidaan oikeutetusti leimata ”eurosentrismiksi”. Euroopan oikeus on kuitenkin ollut eri aikoina – ja eri syistä – muovaamassa oikeutta myös Euroopan ulkopuolella, kuten jäljempänä käy ilmi. Voidaan jopa väittää, että se on ydin sitä ”oikeuden maailmaa”, jonka tänään eri yhteyksissä (ainakin pohjoismaisina juristeina) kohtaamme. Silti muita oikeuskulttuureja pyritään käsittelemään myös niiden omilla ehdoilla. Oikeuspluralismi on tärkeä käsite nykyajan vertailevassa tutkimuksessa, muun muassa silloin, kun analysoidaan eurooppalaisen ja paikallisen (tapa) oikeuden vuorovaikutusta tai rinnakkaiseloja entisissä siirtomaissa.

2 Euroopan oikeus – civil law

Jakso käsittelee Euroopalle ominaista oikeuskulttuuria, jota kutsutaan roomanis-germaaniseksi tai englanninkielisellä termillä *civil law*. Sille on tyypillistä ennen muuta roomalaisen oikeuden perintö mutta myös monet sisäiset erot. Jaksossa tarkastellaan ensin roomalaista ja kano-nista oikeutta, etenkin Euroopan oikeustieteen perustana pidettyä *ius communea*. Samalla esitellään eräitä oikeusvertailun peruskäsitteitä. Tämän jälkeen käsitellään eroja civil law -tradition sisällä. Usein nimit-täin erotetaan toisistaan ns. roomaaninen oikeuskulttuuri kiinnittämällä huomiota Ranskan oikeuteen ja sen vaikutukseen maan ulkopuolella sekä ns. germaaninen oikeuskulttuuri korostamalla saksalaisen oikeuden merkitystä. Civil law -maiden eroja ja samankaltaisuuksia valotetaan seu-raavassa tarkastelemalla oikeustiedettä, juridista koulutusta, kodifikaatioita, tuomioistuimien roolia samoin kuin eräitä keskeisiä oikeudellisia instituutioita. Jaksossa tarkastellaan lyhyesti myös Itä-Euroopan maiden oikeuskehitystä sekä oikeuden harmonisointiin liittyviä kysymyksiä. Tä-män jälkeen käsitellään Latinalaisen Amerikan maiden oikeutta etenkin Espanjan entisissä siirtomaissa. Jakso päättyy lyhyeen Pohjoismaiden oikeuskulttuurin tarkasteluun.

2.1 JOHDANTO

Varsin yksimielisiä ollaan siitä, että Euroopassa on kaksi suurta oikeudel-lista traditiota: mannereurooppalainen *civil law* ja englantilainen *common law*. Civil law viittaa erilaisista aineksista ja eri aikoina muotoutuneeseen oikeudelliseen traditioon. Siihen olemme Pohjoismaissa ja monissa muis-sakin Euroopan maissa tottuneet, ja siitä tunnistamme yleensä itsemme juristeina. Silti on huomattava, että puhuessamme civil law -traditiosta tai -kulttuurista korostamme, että kyse on useista erilaisista kansallisista oikeusjärjestelmistä.

Itse asiassa suomen kielestä puuttuu yhteinen nimitys niille oikeusjär-jestelmille, jotka ovat keskiajalta lähtien kehittyneet roomalaisen oikeuden

perinnön pohjalta suuressa osassa Eurooppaa. Monille juristeille maailmassa Euroopan oikeuskehitys näyttää liittyvän juuri käsitteeseen civil law. Se on englanninkielinen termi, jolla luonnehditaan oikeutta suurimassa osassa Eurooppaa, Latinalaista Amerikkaa ja melko isossa osassa muutakin maailmaa. Käsite on myös syntynyt englanninkielisessä osassa maailmaa. Se on eräänlainen yhteinen nimittäjä sille ”ihmettelylle”, jolla englantilaiset ja amerikkalaiset ovat kohdanneet heidän omistaan poikkeavia oikeudellisia ilmiöitä. Civil law on näin ollen vastakohta heille tutulle oikeudelle, common law’lle. Jos kuitenkin halutaan tarkastella Saksan, Ranskan ja muiden Manner-Euroopan maiden oikeusjärjestyksiä, civil law -käsite edustaa vain lintuperspektiiviä; sen avulla nähdään kokonaisuus, jossa vasta lähempää tarkastellen havaitaan monia eroja. Tähän oivallukseen liittyy esimerkiksi oikeusvertailussa paljon käytetyn kirjan otsikko The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America (John H. Merryman – Rogelio Pérez-Perdomo 2007). Siitä näkee, että käsitellään kokonaisuutta, jonka sisällä on variaatiota: Esimerkiksi Ranskassa on toisenlainen lainsäädäntöperinne kuin Saksassa. Saksassa taas on ranskalaisesta eroava oikeustieteen traditio. Italian lainsäädäntö on puolestaan saanut vaikutteita Ranskasta, mutta sen oikeustiede Saksasta. Ranskalainen oikeustiede on kehittynyt paljolti omia teitään. On myös sanottu, että italialaisista tuli 1800-luvulla ”saksalaisempia kuin saksalaiset”. Tälle on kuitenkin historiallinen selitys. Roomalaisella oikeudella on aina ollut vahva asema Italiassa siitä huolimatta, että siellä jo varhain oli myös paikallista oikeutta. Niinpä oli luonnollista, että italialaiset juristit olivat kiinnostuneita juuri saksalaisesta oikeustieteestä, joka aina 1900-luvulle saakka perustui roomalaiselle oikeudelle.

Civil law’ksi kutsutun mannereurooppalaisen oikeuden kehitys alkoi roomalaisesta oikeudesta, eikä termiä tule kääntää ”siviilioikeudeksi”, joka on aivan muuta. Civil law viittaa yleensä roomalaiseen oikeuteen, varsinkin siihen kokoelmaan, jonka roomalainen keisari Justinianus laaditutti vuosina 529–534, ja jota sittemmin alettiin kutsua nimellä *Corpus juris civilis* (CJC). Tämä teos on syytä muistaa, vaikka roomalaisesta oikeudesta ei paljon muuta muistaisikaan. Se oli vuosisatoja oikeudellisen koulutuksen perusaineistoa Euroopassa.

Roomalaisen oikeuden historia on pitkä ja monivaiheinen, eikä Euroopan oikeuskehityksen ymmärtämiseksi ole välttämätöntä tuntea kaikkia sen yksityiskohtia. Syytä on kuitenkin huomata, että roomalaisen oikeuden

vaikutus liittyy kahteen ajanjaksoon, vaikka niitä on melko vaikea erottaa tosistaan. Ensimmäisen jakson aikana, joka alkaa 400-luvulla eaa., roomalainen oikeus kehittyi ja oli voimassa olevaa oikeutta Rooman valtakunnassa. Rooman hajoamisen jälkeenkin roomalaista oikeutta käytettiin Euroopassa (perusteiltaan germaanisen) paikallisen oikeuden, kanonisen oikeuden, feodaalioikeuden ja muiden oikeusjärjestysten rinnalla. Toinen ajanjakso alkaa noin 1100-luvulta, jolloin Pohjois-Italiassa alettiin opiskella antiikista peräisin olevia roomalaisia oikeuslähteitä. Samalla koko juridii-kan kehitys alkoi liittyä yliopisto-opintoihin, jotka perustuivat auktoritaatiiviseen tekstiin, eli edellä mainittuun Justinianuksen kokoelmaan (CJC).

Manner-Euroopan oikeushistoria on näin ollen roomalaiselle oikeudelle perustavan ja erityisen ammattikunnan harjoittaman oikeustieteen historiaa. Tosin tähän historiaan samoin kuin koko oikeuskulttuuriin kuuluvat myös roomalaisen oikeuden sopeuttaminen paikallisiin olosuhteisiin, lainsäädännön pitkä historia samoin kuin kansallisen oikeuden kehittyminen etenkin suurten kodifikaatioiksi kutsuttujen lakiteosten pohjalta. Tänäpäin monet viittaavat mannereurooppalaisen oikeuden tunnusmerkkeinä juuri näihin suuriin kansallisiin lakikirjoihin, kuten Ranskan *Code civil* vuodelta 1804 ja Saksan *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) vuodelta 1900. Historiallisesta näkökulmasta tämä ei kuitenkaan ole täysin oikein. Kodifikaatiot ovat nimittäin melko uusi ilmiö, ja eurooppalaisen oikeuden historia on paljon vivahteikkaampi. Jos pitäisi korostaa vain yhtä erityispiirrettä, on se roomalaisen oikeuden perusteella kehittyneen juridii-kan sopeutuminen (ja sopeuttaminen) uusiin olosuhteisiin. Juuri oikeuskehityksen dynaamisuus on seikka, joka korostuu verrattaessa eurooppalaista oikeuskulttuuria eräisiin jäljempänä käsiteltäviin oikeuskulttuureihin.

Samalla on syytä korostaa, että eurooppalainen oikeus, niin civil law- kuin common law -kulttuureissa, on oma itsenäinen normijärjestelmänsä. Niinpä esimerkiksi oikeuden ja uskonnon välillä on tarkka ero, mistä johtuu, että oikeuden pätevyys ja käyttö ovat riippumattomia uskonnollisista käsityksistä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö kristinusko olisi vaikuttanut oikeuteen. Civil law -traditiossa kyse on oppineiden myötävaikutuksella kehittyneestä traditiosta. Oikeus on kiinnittynyt koulutettuun juristikuntaan, jonka jäsenten oletetaan tieteenharjoittajina, tuomareina tai muina oikeudellisen ammatin harjoittajina olevan pitkän oikeustradition kantajia sekä kykenevän ammattitaitonsa perusteella jatkuvasti sovittamaan oikeutta kulloisinkin olosuhteisiin.

DYNAAMINEN MAALLINEN, TIEETEELLINEN

Erilaisten oikeusjärjestelmien vertailulle voidaan asettaa useita kriteereitä. Yksi on niiden kyky sopeutua muutoksiin, tässä ilmaistuna sanalla dynamiikka, toinen riippuvaisuus / riippumattomuus tietystä uskonnosta, tässä ilmaistuna sanalla maallinen tai sekulaarinen – vastakohtana uskonnolliselle – ja kolmas oikeudellisen päättelyn tieteellisyysaste. Nämä kriteerit viittaavat erityisesti eroihin verrattaessa oikeutta koskevia käsityksiä yhtäältä Euroopassa ja toisaalta esimerkiksi islamissa tai vanhassa Kiinassa, joita käsitellään jäljempänä.

Tyypillisinä civil law’lle voidaan lisäksi mainita eräät yhteiset oikeuden sisältöä koskevat piirteet, kuten esine- ja velvoiteoikeuden erottaminen toisistaan samoin kuin sopimusoikeuden ja vahingonkorvausoikeuden monet keskeiset roomalaisoikeudellisille esikuville perustuvat periaatteet. Yhteistä ovat myös tuomioistuinlaitoksen toiminnan ja oikeudenkäyntimenettelyn keskeiset periaatteet.

2.2 OIKEUDEN PERUSTA: ROOMALAINEN OIKEUS

Roomalaisen oikeuden merkitystä on usein kuvattu toteamalla, että ”Rooma antoi Euroopalle oikeuden”. Roomalaisen oikeuden mukana kehittyi se juridinen ajattelu, jonka myös pohjoiseurooppalaisina juristeina tunnemme omaksemme. Vanhinta roomalaista oikeutta kirjattiin muistiin jo 450-luvun tienoilla eaa. Tuolloin syntynyt ja nykyään Kahdentoista taulun lakina tunnettu teksti johdattaa meidät roomalaisen oikeuden syntyvaiheisiin. Sen sijaan jo 200-luvulta eaa. tiedetään joukko henkilöitä, joita voidaan kutsua juristeiksi (latinaksi *iurisconsulti*, juridiset neuvonantajat). He alkoivat antaa neuvoja oikeudellisissa kysymyksissä, ja olivat viimeisen vuosisadan lopulla eaa. saavuttaneet monopoliaseman oikeuden ja oikeudenkäytön asiantuntijoina.

Oikeutta kehitettiin lainsäädännön avulla vain vähän. Sen sijaan tuomioistuinmenettelyä ja tuomarien toimivaltaa muokattiin niin, että yhä useampia konflikteja voitiin tuoda tuomioistuimien ratkaistaviksi. Tämä se-

littää osaltaan sen, että roomalainen oikeus oli luonteeltaan hyvin kasuistista, eli sidoksissa yksittäisiin oikeustapauksiin, ja yleisempien oikeudellisten periaatteiden kehittäminen oli vierasta. Viimeisenä vuosisatana eaa. ja sitä seuranneiden lähes 300 vuoden aikana Roomassa toimi joukko merkittäviä juristeja, joista esimerkkeinä voidaan mainita Ulpianus ja Papinianus. Heidän (todellisiin tai hypoteettisiin) oikeusriitoihin liittyvistä kannanotoistaan ja ratkaisuksistaan voimme lukea etenkin Justinianuksen kokoelman (*Corpus juris civilis*) *Digestaksi* kutsutusta osasta. Vielä tänäänkin *Digesta* on tärkein ja kiehtovin roomalaisen oikeuden lähde.

CORPUS JURIS CIVILIS

Nykyinen roomalaista oikeutta koskeva tietämyksemme perustuu ennen kaikkea sille kokoelmalle, joka laadittiin Konstantinopolissa (nyk. Istanbul) vuosina 529–534 Itä-Rooman keisarin Justinianuksen toimesta. Teos, joka tunnetaan Justinianuksen lakikokoelmana tai myöhemmin sille annetulla nimellä *Corpus juris civilis*, koostui alun perin kolmesta osasta. Ensimmäinen on lakikirja *Codex*. Toinen on *Digesta* (tai *Pandectae*), joka sisälsi roomalaisten juristien kirjoituksia. Kolmas osa oli eräänlainen alkeisoppikirja *Institutiones*. Myöhemmin otettiin mukaan uudempi keisarillinen lainsäädäntö, josta tuli neljäs osa *Novellae*. *Corpus juris civilis* -kokoelmassa mainitut osat ovat järjestyksessä: 1) *Institutiones*, 2) *Digesta*, 3) *Codex* ja 4) *Novellae*.

Digesta on tärkein osa roomalaista oikeutta silloin, kun puhutaan juridisten pohdintojen laajuudesta ja rikkaudesta. Juuri *Digestan* opiskelu on ollut vuosisatojen ajan keskeisin osa roomalaisen oikeuden opintoja. Roomalainen oikeus oli ennen muuta yksityisoikeutta. Perheoikeus samoin kuin perintöoikeus vainajan jälkeen jäävän omaisuuden disponointia koskevina testamenttisäännöksineen olivat tärkeitä. Omistusta koskeva oikeus oli kehittyntä, ja erityisen korkeatasoista oli sopimusoikeus. Roomalaisilla oli useita erilaisia sopimustyyppöjä. Niistä eräät, kuten kauppa, voitiin solmia kuten nykyään: osapuolten yhteisen tahdon pohjalta ilman muodollisuuksia. Roomalaiset eivät tunteneet yleistä vahingonkorvausvelvollisuutta, mutta kehittivät esinevahinkoihin liittyen periaatteen tuottamukseen perustuvasta vastuusta, ns. *culpa*-vastuun.

Roomalaisen oikeuden perusta oli ammattijuristeissa ja heidän oikeutta koskeissa pohdintoissaan. Rooman perintö eurooppalaiselle oikeuskulttuurille onkin lakimiesten kyky tunnistaa yksittäiselle oikeustapaukselle tyypilliset piirteet; Ne voidaan löytää juristeille ominaiseen työtapaan (oikeudelliseen ajatteluun) perustuvassa analyysissä. Roomalaisista juristeista ja erityisesti niistä, joita siteerataan runsaasti *Digestassa*, onkin tullut eräänlaisia sankareita. Heistä on tullut synonyymeja oikeudelliselle huippuosaamiselle. Kun etenkin Etelä-Euroopassa kulkee tuomioistuinrakennusten ohi, voi patsaissa ja reliefeissä nähdä sellaisia nimiä kuin Gaius, Ulpianus, Papinianus ja Paulus. He kuuluivat 100–200 luvuilla roomalaisen oikeuden eliittiin, ja heihin monet myöhemmät juristit ovat halunneet samaistua.

Roomassa ei kuitenkaan ollut yliopistoja eikä julkisia tuomioistuimia, joissa juridinen koulutus olisi voitu järjestää. Se tapahtui seuraamalla tiettyä ”opettajaa” hänen oikeudellisessa toiminnassaan tai opiskelemalla itse. Avainhenkilöjä roomalaisen oikeuden kehityksessä olivat preettoriksi (*praetor*) kutsutut virkamiehet, joiden vastuulle oikeudenkäyttö kuului. He eivät olleet oikeusoppineita, mutta heidän tehtävänään oli päättää, mitkä riidat kuuluivat tuomioistuinten (so. yksityishenkilönä toimineiden tuomarien) käsiteltäviin. Samalla preettorit saattoivat kuitenkin luoda uutta oikeutta – pyydettyään neuvoa juristeilta ja ottamalla kokonaan uusia riitakysymyksiä tuomioistuimissa ratkaistaviksi.

Tuomioistuinmenettelyn yksityiskohdat ovat monimutkaisia, eikä niitä tarvitse välttämättä hallita pyrittäessä arvioimaan roomalaisen oikeuden merkitystä myöhemmälle eurooppalaiselle oikeuskehitykselle. Sitä paitsi roomalainen prosessijärjestelmä muuttui huomattavasti myöhäisantiikin aikana. Tärkeää sen sijaan on muistaa, että mannereurooppalaista oikeuskulttuuria leimaa antiikin roomalaiseen oikeuteen ulottuvan oikeudellisen ajattelun perinne. Juuri roomalainen oikeus oli auktoriteetti, kun keskiajalla alettiin kehittää oikeustiedettä ja uudistaa etenkin kaupunkien oikeusjärjestyksiä. Uusi vaihe civil law’n kehityksessä liittyykin keskiajalla alkaneeseen roomalaisten oikeuslähteiden opiskeluun, ammattijuristien kouluttamiseen sekä siihen, että yliopistoissa koulutetut juristit alkoivat toimia asianajajan, tuomarin ja hallinnon tehtävissä. Oikeudellinen tietämys oli välttämätöntä niille, jotka halusivat kyseisiin tehtäviin.

2.3 YHTEINEN OIKEUS – *IUS COMMUNE*

Yksi roomalaisen oikeuden tutkimuksen suurista kysymyksistä on, jatkuiko roomalaisen oikeuden harjoittaminen Rooman valtakunnan tuhoutumisen jälkeenkin ja aina siihen asti, kun yliopisto-opinnot alkoivat Bolognassa noin vuonna 1100. Voidaanko osoittaa jonkinlaista jatkuvuutta, vai oliko Bolognassa kyse roomalaisen oikeuden harjoittamisen renessanssista useiden vuosien hiljaiselon jälkeen? Hallitseva mielipide edustaa keskitietä. Perusteiltaan kyse oli renessanssista ja kokonaan uudesta tavasta tarkastella roomalaista oikeutta. Roomalaista oikeutta oli kuitenkin säilynyt muun muassa kirjalliseen muotoon saatetun tavanomaisen oikeuden kokoelmissa, varhaisissa lakikokoelmissa ja juridisissa teoksissa sekä jossain määrin myös siinä opetuksessa, jota annettiin ”ennen Bolognaa”. Näin ollen ei puhuta totaalaisesta katkoksesta, tai Euroopan oikeushistorian sellaisesta jaksosta, jossa antiikin oikeus olisi kokonaan lakannut vaikuttamasta, vaan pikemminkin roomalaisen oikeusperinteen jatkumosta.

Roomalaisen oikeuden rinnalla esiintyi 400-luvulta lähtien latinaksi kirjoitettua ja roomalaisten keisarien lainsäädännöstä vaikutteita saanutta oikeutta niiden kansojen keskuudessa, jotka olivat asuneet Rooman valtakunnassa. Vähitellen alkoi myös muodostua kokonaan uusi ja dynaaminen oikeusjärjestelmä, nimittäin kirkollinen eli kanoninen oikeus, josta sittemmin tuli tärkeä osa eurooppalaista oikeuskehitystä (ks. jakso 2.4). Yhdysvaltalaisen tutkijan Harold Bermanin mukaan kanoninen oikeus toi (1100-luvulla) mukanaan kokonaan uuden elementin eurooppalaiseen oikeuskehitykseen. Berman kirjoittaa teoksessa *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1985) paavillisesta vallankumouksesta (*the papal revolution*), kirkon vapautumisesta maallisten hallitsijoiden vallasta sekä paavin tunnustamisesta lainsäätäjäksi. Samalla katolisen kirkon oikeus, kanoninen oikeus, alkoi roomalaisen oikeuden rinnalla muovata eurooppalaisen oikeuskulttuurin tulevaisuutta.

Roomalaisen oikeuden opiskelu tehostui 1000-luvun lopulta alkaen. Bolognasta tuli paikka, joka houkutteli roomalaisten tekstien opiskelusta kiinnostuneita. Siellä kehitettiin myös uusia menetelmiä opiskella ja opettaa oikeutta. Tässä yhteydessä on syytä mainita glossaattorit ja postglossaattorit. Edelliset systematisoivat etenkin *Digestassa* olevia tekstejä luodakseen yleiskuvan roomalaisesta oikeudesta, kun taas jälkimmäiset pyrkivät soveltamaan sitä käytännössä. Oikeudellista argumentaatiota kehitettiin

aktiivisesti, ja etenkin italialainen juristi Bartolus, joka eli 1300-luvun alkupuoliskolla, saavutti auktoriteettiaseman. ”Jos ei tuntenut Bartolusta, ei ollut juristi” sanottiin latinaksi (*nemo jurista, nisi Bartolista*). Näin korostettiin auktoritatiivisten teosten ja niiden kirjoittajien merkitystä, mikä on tyypillistä eurooppalaiselle oikeusperinteelle.

Roomalaisen oikeuden vaikutus ulottui nopeasti myös muualle Eurooppaan, jossa siihen perehdyttiin sitä mukaa kun Italiasta ja sittemmin myös muista maista opintomatkoiltaan tulleet opiskelijat palasivat kotimaihinsa ja alkoivat käyttää yliopistoissa oppimaansa oikeutta. Onkin katsottu, että keskiajalla luotiin yhteistä eurooppalaista oikeutta. Se perustui niille ajattelutavoille, joita opittiin yliopistoissa, Italia ehdottomana keskuksena. Sieltä myös oli peräisin suurin osa keskiajan oikeuskirjallisuudesta. Tätä ”ylikansallista” oikeutta kutsutaan yleensä *ius commune*ksi, yhteiseksi oikeudeksi. Se viittaa ennen kaikkea tiettyyn tapaan käsitellä oikeudellisia kysymyksiä, tietynlaiseen juridiseen ajatteluun, joka syntyi roomalaisen mutta myös kanonisen oikeuden opiskelun myötä, ja oli yhteistä oppineille juristeille monissa osissa Eurooppaa.

Ranskaksi *ius commune*sta käytetään termiä *droit commun* ja saksaksi *gemeines Recht*. Se on siis eri asia kuin englantilainen *common law*, joka puolestaan on nimitys englantilaisissa tuomioistuimissa syntyneelle oikeudelle. Itse asiassa *ius commune* ei ole lähtöisin mistään muusta auktoriteetista kuin omasta vaikutusvallastaan. Silti se oli joustavaa, ja sitä voitiin jatkuvasti sopeuttaa uusiin olosuhteisiin. Englannissa sen sijaan tuli välttämättömäksi kehittää muita sääntöjä täydentämään jäykistynyttä *common law* -järjestelmää. Tämän vuoksi Englannin oikeusjärjestelmä on jakautunut kahtia, kuten jäljempänä tarkemmin kuvataan: *common law* -järjestelmään ja sitä täydentävään *equity* -järjestelmään, jota ei tunneta muualla Euroopassa.

Eurooppalaisissa tuomioistuimissa roomalaista oikeutta käytettiin yleensä silloin, kun mihinkään muuhun oikeusjärjestykseen ei voitu vedota. Saattoi kuitenkin käydä niinkin, että roomalaisesta oikeudesta tuli lähtökohta. Sen, joka halusi vedota muuhun oikeuteen, tuli esittää näyttöä asianomaisten oikeussäännösten sisällöstä ja voimassaolosta. Tällä tavalla roomalainen oikeus levisi tehokkaasti ja syrjäytti paikallisen oikeuden.

Kuten jo todettiin, kutsutaan roomalaisen oikeuden reseptioksi sitä ilmiötä, että roomalainen oikeus levisi Euroopassa – myös niille alueille, jotka eivät olleet osa Rooman valtakuntaa. Saksa on tärkein esimerkki,

ja juuri roomalaisen oikeuden reseptio on selitys sille, että saksalainen oikeus kuuluu civil law -perheeseen. Saksassa(kin) roomalaisen oikeuden omaksumisesta ja sille perustuneesta saksalaisen oikeuden kehittämisestä tuli ammattijuristien toimintaa. Yhä useammat oikeustiedettä opiskelleet pääsivät vaikuttamaan oikeuselämään. Näin roomalainen oikeus, erityisesti roomalainen yksityisoikeus, siirtyi yliopistojen ”teoriasta” tuomioistuinten käytäntöön.

COMMON LAW JA COMMON LAW’T

Kanadalainen Patrick H. Glenn on kirjassaan *On common laws* (2007) asettanut käsitteen common law laajempaan perspektiiviin. Yleisesti termiä käytetään englantilaisesta oikeusjärjestelmästä. Todellisuudessa kuitenkin esiintyy monenlaista ”common law’ta” aina sen mukaan, mistä kielialueesta on kyse. Latinankielinen ”yhteinen oikeus”, *ius commune*, tarkoittaa oppineiden oikeutta ja tieteellistä tapaa käsitellä oikeutta, joka syntyi toisiaan täydentäneiden ja samalla koko eurooppalaista oikeutta hedelmöittäneiden roomalaisen ja kanonisen oikeuden opintojen myötä.

Englanninkielisen common law’n lisäksi voidaan käyttää ranskankielistä termiä *droit commun*, joka viittaa sekä ranskalaisen tavanomaisen oikeuden yhteisiin periaatteisiin ennen Ranskan vallankumousta (1789) että siihen vaikutukseen, joka ranskalaisella *Code civilellä* oli maailmassa – joko eri maissa tapahtuneen vapaaehtoisen omaksumisen tai siirtomaavalloituksen seurauksena. Saksalainen yhteinen oikeus kulkee nimellä *gemeines Recht*, mutta nykyään sillä tarkoitetaan Saksassa voimassa ollutta roomalaista oikeutta. Tosin saksalainen oikeus levisi keskiajalta lähtien kohti itää, ja myös tässä yhteydessä voidaan puhua yhteisestä oikeudesta (*gemeines Recht*). Kiinnostava on myös espanjalainen *derecho común*, jonka lähtökohta on Kastiliassa ja *Siete Partidas* -oikeuskokoelmassa 1200-luvulta. Se vaikutti espanjalaiseen siirtomaoikeuteen (*derecho indiano*) Latinalaisessa Amerikassa (eli niissä Pohjois-Amerikan valtioissa, jotka perustettiin Meksikon valloittamille alueille). Lisäksi on syytä mainita myös roomalais-hollantilainen common law, joka vaikutti Etelä-Afrikassa (ks. jakso 4).

2.4 KIRKON OIKEUS: KANONINEN OIKEUS

Jotta voimme ymmärtää mannereurooppalaista oikeuskulttuuria tai Euroopan laajuista *ius commune*, jolle oli tyypillistä ammattimainen tai ”oppinut” lähestymistapa oikeuteen, on roomalaisen oikeuden lisäksi välttämätöntä tuntea myös toinen universaali oikeusjärjestelmä: kanoninen oikeus, joka kehittyi keskiajalla.

Termi kanoninen oikeus viittaa kaanoneihin (latinaksi *canones*), eli kirkolliskokousten päätöksiin, jotka ovat paavillisten kirjeiden (*decretales*) rinnalla kanonisen oikeuden ydintä. Sinänsä kirkollisen oikeuden historia on yhtä vanha kuin kirkko itse, mutta kanonisen oikeuden historia liitetään aikaan, joka alkoi 1100-luvun puolivälissä. Tuolloin syntyi kirkollisen oikeuden kokoelma *Concordia discordantium canonum* (ristiriitaisten määräysten harmonisointi), joka kulkee oletetun tekijänsä mukaan nimellä Gratianuksen dekreetti (*Decretum Gratiani*). Lukuisia paavillisia kirjeitä annettiin etenkin 1100-luvun lopulla ja 1200-luvulla. Paavien päätökset koottiin kokoelmaksi, joka ilmestyi vuonna 1234. Se oli *Liber decretalium extra Decretum Gratiani* tai lyhennettynä *Liber Extra*. Myöhemmin paavit, joista monet olivat myös merkittäviä juristeja, laativat uusia kokoelmia. Yhteinen nimitys kanonisen oikeuden koonnoiksille oli *Corpus iuris canonici*, ja tällä nimellä ne tulivat uudistetussa muodossa noudatettaviksi vuonna 1582. Kyseessä oli katolisen kirkon virallinen oikeuskokoelma vuoteen 1918, jolloin voimaan astui *Codex iuris canonici*. Uusi katolisen kirkon lakikirja laadittiin 1983.

Kanoninen oikeus oli jo syntyessään kehittyvä, dynaaminen järjestelmä, johon tuli (muun muassa kirkolliskokousten päätöksillä) jatkuvasti uusia oikeussääntöjä. Juuri tämän vuoksi edellä mainittu Harold Berman puhuu paavin ”vallankumouksesta” ja kutsuu kanonista oikeutta ensimmäiseksi moderniksi länsimaiseksi oikeusjärjestelmäksi. Monet yksityiselämän piiriin kuuluvat kysymykset, kuten kysymys oikeasta uskosta tai poikkeavasta seksuaalisuudesta, kuuluivat ja kuuluvat edelleen katolisen kirkon käsityksen mukaan sen auktoriteetilla ratkaistaviksi. Yhdysvaltalainen kanonisen oikeuden tutkija James Brundage (*Medieval Canon Law. An Introduction*, 1995) on ilmaissut asian niin, että kirkko on vaatinut itselleen oikeuden päättää ihmisen käytöksestä ”*from the cradle to the grave*”. Kirkko on pitänyt itseään instituutiona, joka takaa ihmisen pelastuksen ehkäisemällä syntisen käytöksen monilla elämän aloilla.

Kanonisen oikeuden ydin sääntelee katolisen kirkon rakennetta ja toimintaa samoin kuin sen jäsenten ja omaisuuden asemaa. Erityisesti keskiajalla kanoninen oikeus määritteli laajasti myös yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia. Näin oli etenkin perheoikeuden ja perintöoikeuden kysymyksissä sekä osin myös rikosoikeuden alalla. Kirkollisten tuomioistuinten toiminta vaikutti modernin prosessioikeuden kehitykseen sekä kirkon tehokas ja maantieteellisesti laajalle ulottunut hallinto julkisoikeuden kehitykseen.

Kanonisen oikeuden pohjalta syntyi myös kanoninen oikeustiede, joka oli vuorovaikutuksessa roomalaisen oikeuden kanssa. Kanonisen oikeuden harjoittajia kutsuttiin kanonisteiksi. He kehittivät – samalla tavalla kuin roomalaisen oikeuden parissa työskennelleet juristit – kanonisesta oikeudesta oman tieteenalan, joka muistutti menetelmiltään roomalaista oikeutta. Roomalaista oikeutta ja kanonista oikeutta opiskeltiin kuitenkin tavallisesti toisistaan erillään. Muutamien vuosien opinnot roomalaisessa oikeudessa olivat tosin yleensä edellytys opinnoille kanonisessa oikeudessa, joka oli paavillisten aloitteiden ja päätösten perusteella jatkuvasti kehittyvä järjestelmä. Sen sijaan roomalainen oikeus perustui vanhoihin oikeuslähteisiin, joita pyrittiin sopeuttamaan kokonaan uusiin, antiikin Roomasta poikkeaviin olosuhteisiin.

Kanoninen ja roomalainen oikeus muodostivat yhdessä ns. oppineiden oikeuden. Tässä yhteydessä käytetään myös termiä *ius commune*, yleinen tai yhteinen oikeus. Kanoninen oikeustiede vaikutti etenkin perhe- ja perintöoikeuden kehitykseen. Avioliitto-oikeus kehittyi toisin kuin maallinen oikeus. Avioliitto oli sakramentti ja sen solmiminen edellytti asianosaisten yksimielisyyttä (*consensus*). Kanonisessa rikosoikeudessa alettiin korostaa tekijän suhdetta tekoonsa, hänen syyllisyyttään, ja sopimusoikeuden alalla myös muotovapaisiin sopimuksiin liittyi oikeusvaikutuksia.

Maallisten tuomioistuinten rinnalla oli ja on kirkollisia tuomioistui-mia, ja usein raja niiden tuomiovallan välillä on ollut häilyvä. Selvää luonnollisesti on, että jokainen kirkonmies kuuluu kirkon tuomiovallan alaisuuteen, mutta sen tuomiovalta on ulottunut paljon tätä laajemmalle. Tärkeimpiä kirkolliseen tuomiovaltaan kuuluvia asioita ovat olleet avio-liiton pätevyys ja päättymistä koskevat kysymykset. Juuri kirkko antoi lopullisen vastauksen siihen, voitiinko kahden ihmisen katsoa olevan naimisissa vai ei. Tähän saattoi etenkin keskiajalla liittyä monimutkaisia kysymyksiä, vaikka perussääntö oli yksinkertainen: ratkaisevaa avioliiton syntymiselle oli siihen aikoneiden puolisojen suostumus. Tämän sinänsä

yksinkertaisen seikan toteaminen saattoi kuitenkin olla vaikeaa etenkin silloin, kun avioliiton solmimiseen liittyi näyttöongelmia. Monet varhaisesta kirkollisesta oikeudenkäytöstä säilyneet lähteet käsittelevätkin juuri tällaisia kysymyksiä.

Katolisella kirkolla on aina ollut merkittävä rooli myös taloudellisessa elämässä. Sen historian alkuaikoina koron ottamista pidettiin kiskomisena, mikä oli vakava synty. Yleisemminkin kirkko operoi oikeudenmukaista hintaa – *justum pretium* – koskevan käsitteen avulla, ja piti ongelmallisina sellaisia yritystoiminnan muotoja, jotka lähtivät voiton tavoittelusta hintoja korottamalla. Jäljempänä havaitaan samankaltainen asenne koron ottamiseen islamin oikeudessa. Katolisella keskiajalla, samoin kuin islamilaisessa maailmassa, syntyi kuitenkin erilaisia tapoja kiertää korkokieltoa, esimerkiksi lupaamalla lahja, maksamalla takaisin suurempi summa kuin oli vastaanotettu, määräämällä sakko myöhästyneestä maksusta tai käyttämällä jotain yhtiömuotoa. Vähitellen kirkko joutui kuitenkin tunnustamaan, että korkokieltoa oli mahdotonta ylläpitää – ja ettei kielto edes palvellut köyhimpiä heidän yrittäessään saada lainaa. Myöhäiskeskiajalla alettiinkin sallia kohtuulliset korot.

Uskonpuhdistuksen (1520-luvulla) myötä kanoninen oikeus menetti asemansa Pohjois-Euroopassa, mutta suuri osa perheoikeudestamme rakentui pitkään sen jälkeenkin kanonisen oikeuden käsitteille ja periaatteille. Kanoninen oikeus on edelleen katolisen kirkon oikeutta. Se on kuitenkin nykyään erityisala siinä mielessä, että sitä harjoitetaan vain katolisen kirkon omissa yliopistoissa ja seminaareissa sekä eräissä muissa katolisissa yliopistoissa. Tämän vuoksi kanoninen oikeus ja sen merkitys oikeustieteen kehitykselle unohdetaan usein. Kirkollinen oikeus on kuitenkin keskeinen osa eurooppalaista oikeusperinnettä. Tämä koskee sekä civil law- että common law -kulttuuria.

2.5 LUONNONOIKEUDEN VAIKUTUS

Roomalainen oikeus, kanoninen oikeus samoin kuin roomalaisen oikeuden reseptio eli omaksuminen ovat Euroopan oikeusperinteen avainkäsitteitä. Eurooppalaiseen kulttuuriin kuuluu kuitenkin myös luonnonoikeusajattelu. Sen perinne ulottuu antiikkiin saakka, ja se määrittää suhdetta, joka vallitsee

ihmisen asettaman positiivisen oikeuden ja luonnosta johtuvan oikeutta koskevan ihanteen (luonnon oikeus) välillä. 1600- ja 1700-luvuilla luonnonoikeudesta tuli yleinen yhteiskunta- ja moraalifilosofia. Myös juridiikassa luonnonoikeus vaikutti. Se edusti kokonaan toisenlaista tapaa tarkastella ja legitimoida oikeutta kuin mikä oli ollut tyyppillistä *ius commune*.

Luonnonoikeudelle oli ominaista käsitys oikeudesta, joka voitiin johtaa ”ihmisen luonnosta”. Tämä uusi oikeus oli joko sopusoinnussa siihen saakka auktoriteettina pidetyn roomalaisen oikeuden kanssa tai korjasi sitä. Juuri jännite roomalaiselle oikeudelle perustuneiden ja luonnonoikeuteen nojautuneiden vaatimusten välillä muovasi merkittävästi oikeuskäsityksiä 1600- ja 1700-luvuilla. Hyvä esimerkki tästä on sopimusoikeus. Roomalainen oikeus tunnusti vain tietyt sopimustyytit, kun taas luonnonoikeuden mukaan kaikki sopimukset tuli katsoa päteviksi (yleisen periaatteen *pacta sunt servanda*, sopimukset on pidettävä, nojalla). Oppineilla auktoriteeteilla oli jälleen suuri merkitys, ja Pohjois-Euroopassa luonnonoikeuden omaksuminen liittyi ennen muuta sellaisiin henkilöihin kuin hollantilainen Hugo Grotius (1583–1645) sekä saksalaiset Samuel Pufendorf (1632–1694), Christian Thomasius (1655–1728) ja Christian Wolff (1679–1754).

Hollantilaista Grotiusta voidaan pitää yhtenä eurooppalaisen oikeustieteen perustajista. Hänen pääteoksensa *De Jure Belli ac Pacis libri tres* (Sodan ja rauhan oikeus I–III, 1625) ei käsitellyt vain kansojen välistä oikeutta sodan ja rauhan aikana vaan myös yksityishenkilöiden välistä oikeutta, kuten omistusoikeutta, sopimusoikeutta, vahingonkorvausoikeutta ja rikosoikeutta. Teosta luettiin lähes kaikkialla Euroopassa, ja 1600-luvun kuluessa se tuli tunnetuksi myös Pohjoismaissa. Grotiuksen keskeisenä ajatuksena oli ihminen sosiaalisena olentona. Hän siteerasi ja käytti hyväkseen muiden oppineiden tekstejä, mutta hänen perusajatuksensa omistusoikeuden synnystä, saavutettujen oikeuksien kunnioittamisesta, velvollisuudesta maksaa korvausta tahallisesti tai huolimattomuudesta aiheutetusta vahingosta sekä velvollisuudesta pitää tehdyt lupaukset tulivat merkitsemään paljon myöhemmälle luonnonoikeusajattelulle.

Pufendorf, Thomasius ja Wolff olivat kaikki saksalaisia. Pufendorf julkaisi vuonna 1672 suuren systemaattisen teoksen luonnonoikeudesta. Wolff oli eräs aikansa merkittävimpiä filosofeja, kun taas Thomasius tuli tunnetuksi erityisesti noituutta ja kidutusta koskevasta kritiikistään sekä objektiivista vastuuta puolustavista ajatuksistaan.

Ranskassa puolestaan vaikutti luonnonoikeusjuristi Robert Joseph Pothier (1699–1772), joka korosti oikeuden systematisointia. Myös monet muut luonnonoikeuden kannattajat olivat Euroopassa luomassa sitä 1700-luvun juridista maailmaa, jossa luotiin perusta (yksityis)oikeuden kokoamiselle suuriin lakikirjoihin, ranskalainen *Code civil* parhaiten tunnettuna ja laajimmalle levinneenä esimerkkinä.

2.6 JAKO ROMAANISEEN JA GERMAANISEEN OIKEUTEEN

Usein puhutaan yhteisestä mannereurooppalaisesta oikeuskehityksestä, ja etenkin oikeustieteen kehitys ennen 1800-luvulla tapahtunutta kansallisten oikeusjärjestelmien syntyä nähdään yhtenä kokonaisuutena. Kaikkialla luettiin samojen auktoriteetteina pidettyjen oppineiden tekstejä, ja oikeuden opiskelu oli – mm. latinan kielestä johtuen – kaikkialla varsin samanlaista. Kyse on kuitenkin yleisestä kehityskulusta mutta myös monista alueellisista ja ajallisista variaatioista. Esimerkiksi uskonpuhdistus 1500-luvulla synnytti erään rajan Euroopan sisällä. Raja kulki katolisen etelän ja protestanttisen pohjoisen välillä, ja vaikka tuolloin voitiin matkustaa ja matkustettiin yli rajojen, havaitaan eroja oikeutta koskevissa käsityksissä samoin kuin niissä teoksissa, joita esimerkiksi yliopistoissa luettiin. Luonnonoikeudesta tuli tärkeää 1600- ja 1700-lukujen Euroopassa, mutta luonnonoikeus oli erilaista pohjoisessa ja etelässä. Myös luetut ja siteeratut luonnonoikeusoppineet erosivat toisistaan.

Lähempi tarkastelu paljastaa, että oikeustieteen piirissä Italiassa, Ranskassa, Hollannissa ja Saksassa kehitettiin toisistaan poikkeavia metodeja. Englantilainen oikeus oli jo pitkään kulkenut omia teitään. Myös erilaiset yhteiskunnallis-oikeudelliset olosuhteet saivat aikaan, ettei ”yhteinen oikeus” (*ius commune*) ollut käytännössä kovinkaan yhtenäistä. Erojen tunnistaminen onkin tärkeää pyrittäessä ymmärtämään oikeusvertailijoiden tarvetta jakaa civil law -kulttuuri roomaaniseen (englanniksi *romanistic*) ja saksalaiseen (*german*) perheeseen, vaikka kyse ei olekaan niin suuresta erosta kuin niiden ja common law’n välillä. Silti erot ovat niin suuria, että niiden käsitteleminen yhdessä voi joskus olla harhaanjohtavaa.

Jaon roomaaniseen ja saksalaiseen oikeusperheeseen voi löytää muun muassa edellä jo mainitusta Zweigertin ja Kötzin oikeusvertailun perus-

teoksesta. Tanskalainen oikeusvertailija ja Eurooppalaisen sopimusoi-
keuden periaatteiden (PECL) isä Ole Lando (Kort indføring i komparativ
ret, 2009) menee askeleen pidemmälle ja puhuu ranskalaisesta ja saksal-
laisesta (ml. Saksa, Itävalta, Sveitsi, Kreikka ja Portugali) oikeuspiiristä
(*retskreds*), mutta pitää puolestaan Italiaa ja Alankomaita omina oikeus-
piireinään.

Ranskalainen oikeusvertailija René David kirjoitti vuonna 1950 (*Traité
élémentaire de droit civil comparé*) romaanis-germaanisesta oikeusper-
heestä, jonka perusta hänen mukaansa oli roomalaisessa oikeudessa.
Oleellista olivat sen opiskelu keskiajan yliopistoissa samoin kuin antiikista
peräisin olevan oikeuden joustava sopeutuminen uusiin eurooppalaisiin
olosuhteisiin. Yhteistä tälle perheelle olivat myös jako julkisoikeuteen
ja yksityisoikeuteen sekä yleisten oikeussääntöjen muotoileminen – vas-
takohtana englantilaiselle oikeudelle ominaiselle tapauskeskeisyydelle.
Myös lainsäädännön etusija sekä oikeusnormien tulkinnan painottaminen
vastakohtana englantilaiselle tosiasioihin (*facts*) keskittyvälle juridiselle
metodille ovat romaanis-germaanisen oikeuskulttuurin tunnusmerkkejä.

Maailman oikeustraditiosta kirjoittanut H. Patrick Glenn (*Legal Tra-
ditions of the World*, 2010, s. 145) perustaa oman käsityksensä civil law
-traditiosta sille tyypillisiin piirteisiin. Niitä ovat etenkin lainsäädännön
keskeinen merkitys, varauksellinen suhtautuminen ”tuomarioikeuteen”
sekä oikeustieteen professorien korkea arvostus. Nämä ovat eri aikoina
syntyneitä ilmiöitä, mutta edustavat hänelle ja monille muille englantilaisen
common law -järjestelmän vastakohtaa.

Kysymys on oikeastaan siitä, johtaako civil law’n lähempi tarkastelu
etenkin oikeuskulttuurin näkökulmasta siihen, että on tärkeää puhua eroista
sen sisällä. Joka tapauksessa eroja on. Esimerkiksi tuomioistuinratkaisu-
jen tyyli ei ole yhtenäinen. Ranskalainen käytäntö on niukkasanaista, kun
taas saksalaiset tuomarit kirjoittavat laajoja perusteluja oikeuskäytäntöön
ja -kirjallisuuteen viitaten. Myös oikeuskieli on erilaista, ja lakimiesten
ammattikunnan koostumuksessa on eroja. Viimeksi mainitun seikan on
ottanut esille muun muassa tunnustettu englantilainen juristi John P. Daw-
son kuvatessaan kirjassa *Oracles of the law* (1986) eri oikeusjärjestelmien
tyypillisiä toimijoita: Englannissa he ovat tuomareita, Saksassa oikeustie-
teen professoreita ja Ranskassa asianajajia. Zweigertille ja Kötzille erot
mm. oikeudellisessa tyyliässä ovat niin oleellisia, että heille on luonnollista
käsitellä romaanista ja germaanista maailmaa erikseen.

Seuraavaksi esimerkkinä civil law -kulttuurista otetaan esille Ranskan ja Saksan oikeus, mutta niiden lisäksi käsitellään lyhyesti myös eräitä muita Euroopan maita. Yhteisenä lähtökohtana ovat oikeuden perusta roomalaisessa oikeudessa, ns. *ius commune*, sekä luonnonoikeuden perintö. Niiden vuoksi civil law -maissa havaitaan samankaltaisuuksia esimerkiksi tavassa, jolla oikeustiedettä opiskellaan. Myös eri maiden juristiammatit muistuttavat toisiaan.

Tässä yhteydessä on myös syytä todeta, että viime vuosina Euroopan unionin (EU) oikeus on synnyttänyt yhtenäisyyttä eräillä oikeudenaloilla, jopa sellaisissa kysymyksissä, joissa civil law’n ja common law’n välillä on ollut eroja. Tämä koskee esimerkiksi (täysharmonisoitua) kuluttajaoikeutta. Ole Landon johdolla toimineessa ja Eurooppalaisen sopimusoikeuden periaatteita (Principles of European Contract Law, PECL) valmistelleessa – ja englanniksi työskennelleessä – työryhmässä (ns. Lando Commission) oli mukana myös common law -taustaisia jäseniä. Sama koskee Euroopan komission tuella kokoontunutta akateemista ryhmää, jonka työn tuloksena julkaistiin ns. Draft Common Frame of Reference (DCFR; Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law).

2.7 RANSKA

2.7.1 Ranskalainen oikeuskulttuuri

Civil law on jatkuvasti muuttuva oikeudellinen traditio monine kansallisine erityispiirteineen. Seuraavassa perehdytään tarkemmin ranskalaiseen oikeuskulttuuriin, Ranskan oikeushistoriaan ja ranskalaiselle oikeudelle tyypillisiin piirteisiin. Eräs luonnollinen lähtökohta on *Code civil*. Ranskan oikeushistoria jakautuu nimittäin selkeästi sen säätämistä (1804) edeltävään ja sen jälkeiseen aikaan. Jotkut jopa väittävät, että ennen 1800-lukua ei ollut mitään varsinaista ranskalaista oikeutta. Oli vain roomalaista oikeutta ja erilaisia paikallisia oikeustapoja.

Ranskalaisen oikeuden ymmärtämiseksi onkin tärkeää tuntee keskiajalta lähtien havaittavissa oleva ero Etelä-Ranskan ja Pohjois-Ranskan välillä. Edellisessä (*pays de droit écrit*) roomalaisella oikeudella oli vahva asema, kun taas jälkimmäisessä oikeudellinen perusta oli ennen muuta

tavanomaisessa oikeudessa. Ranskaksi tapa on *coutume*, minkä vuoksi tapaoikeuden alueesta käytettiin termiä *pays* (*pays*: maa, kotiseutu) *de droit* (*droit*: oikeus) *coutumier*. 1500-luvulla oikeustapoja muokattiin ja kirjoitettiin ylös. Tärkein tapaoikeus oli Pariisia koskeva oikeus, *La coutume de Paris*, joka sai kirjallisen muotonsa vuonna 1510. Se sisältää vain siviilioikeudellisia normeja, ja eräät niistä, jotka koskivat kiinteää omaisuutta, otettiin asianomaisten säännösten pohjaksi uuteen *Code civileen*. Pariisin tapaoikeutta käytettiin niillä alueilla, jotka kuuluivat tuon ajan Ranskan tärkeimmän alueellisen tuomioistuimen, *Parlement de Paris*’n tuomiopiiriin.

Huomattava virstanpylväs Ranskan oikeuden kehityksessä on myös humanistinen suuntaus Ranskan oikeustieteessä 1500-luvulla. Se teki roomalaisen oikeuden harjoittamisesta humanistisesti painottuneen oppisuunnan. Roomalaisen oikeuden korostettiin olevan antiikin oikeutta, jota voitiin tutkia menneisyyden oikeuskerrostumana, mutta ei pitää sellaisenaan voimassa olevana oikeutena. Yksi tämän koulun edustajista oli Jacques Cujas, joka oli 1500-luvulla professorina Bourgesissa. Itse asiassa voidaan puhua erityisestä roomalaisen oikeuden ranskalaisesta koulukunnasta, *mos gallicus*, jolla on vastineensa Italiassa, *mos italicus*.

Ranskan kielestä tuli oikeuden kieli jo varhain. 1600-luvulla ranskaksi annettiin paljon lainsäädäntöä, kuten aurinkokuningas Ludwig XIV:n aikaiset *Ordonnance pour le commerce* (1673) ja *Code de la marine* (1681), ja opiskeltiin oikeustiedettä. Luonnonoikeus oli suurten lakikodifikaatioiden ja oikeudellisen systematiikan kehityksen keskeinen taustavoima, ja siitä tuli myös ranskalaisen siviililakikirjan (*Code civil*) keskeinen perusta. *Code civileä* voidaan myös luonnehtia vuonna 1789 alkaneen ja Napoleonin valtaannousuun (1799) päättyneen Ranskan Suuren vallankumouksen hedelmäksi.

Ranskalaiseen oikeuskulttuuriin kuuluu myös keskiajalta lähtien kehittynyt voimakas ja asemastaan tietoinen juristikunta. Ranskalaiset käyttävätkin termiä *noblesse de robe* tarkoittaen (tuomarin) viittaan pukeutunutta aatelistoa vastakohtana perinteisille aatelisperheille, jotka olivat sotilasviroissa, *noblesse d’épée*. Suurimpien tuomioistuinten (ns. parlamenttien, ransk. *parlements*) tuomareilla ja tärkeillä asianajajilla oli korkea asema. Tuomarinvirat perittiin tai niitä voitiin ostaa, mikä itse asiassa takasi tuomareiden riippumattomuuden keskusvallasta. Näin ”parlamenttejakin” pidettiin takeena sille, ettei kuninkaanvalta puuttunut perittyihin oikeuksiin.

Koko tämä vanha järjestelmä, jota usein kutsutaan termillä *l'Ancien régime*, sortui vuoden 1789 vallankumouksessa, jonka yhtenä tavoitteena oli juuri uuden oikeusjärjestelmän rakentaminen. Tämän päivän Ranskan oikeuskulttuuri on osaltaan seurausta valistusajattelusta, joka loi pohjaa Ranskan vallankumoukselle ja ranskalaisen yhteiskunnan uudelleenmuotoutumiselle vallankumouksen jälkeisinä vuosina. Ranskan oikeudesta näkee hyvin, että varsinkin rationaalisuus, usko järkeen, on oikeuden keskeinen lähtökohta. Oikeusjärjestelmä on selkeä ja looginen. Se on rakennettu kahden peruskäsitteen, julkisoikeus ja yksityisoikeus (*droit public* ja *droit privé*), varaan. Myös tuomioistuimia ja oikeudenkäyntiä koskevat selvät säännöt, tuomioistuinten riippumattomuus samoin kuin oikeuden ennakoitavuus leimaavat Ranskan oikeuskulttuuria. Ne ovat kuitenkin myös osa koko civil law -perinnettä, ja ovat mahdollistaneet sen säilymisen eri muodoissa vuosisadalta toiselle.

2.7.2 *Code civil*

Kodifikaatioista puhutaan tässä kirjassa usein. Siviilioikeuden kodifikaatiot ovat Pohjoismaita lukuun ottamatta merkittävä osa lähes jokaisen maan oikeuskehitystä, jopa oikeudellista identiteettiä. Ranskan *Code civil* on eräs esimerkki kodifikaatiosta. Sen sijaan itse termi on vanhempi. Se on englantilaisen Jeremy Benthamin 1790-luvulla keksimä. Lähtökohtina olivat latinankielinen *codex*, lakikirja, ja tekemistä tarkoittava verbi *facere*. Ennen kaikkea sillä tarkoitetaan moderneja, koko oikeudenalan kattavia samoin kuin sen yleiset periaatteet ja erityissäännökset sisältäviä lakikirjoja, joiden prototyyppiä ranskalainen siviililakikirja *Code civil* muodostui.

Code civil on edelleen ranskalaisille Ranskan oikeuden ruumiillistuma. Sitä pidetään myös tyylin ja kielen mestariteoksena. Tiedossa on muun muassa ranskalaiseen kirjailijaan Stendhaliin (1783–1842, oikealta nimeltään Marie-Henri Beyle) liitetty tarina, että hän luki *Code civileä* voidakseen nauttia ranskan kielen vivahteista. Esittämistavastaan johtuen *Code civileä* on pidetty myös rationaalisen (järkeen perustuvan) lainsäädännön esikuvana.

Code civil on ensimmäinen niistä laeista, jotka annettiin vuosina 1804–1810. Seuraavina vuosina säädettiin kauppalaki, *Code de commerce*, siviiliprosessia koskeva laki, rikosprosessilaki ja rikoslaki. Näitä kaikkia yhdessä kutsutaan nimellä *les cinq codes* (viisi lakikirjaa/lakia). *Code ci-*

vilen syntyhistoria on monimutkainen; lopullinen lakikirja oli Napoleonin aloitteesta asetetun komitean työn tulos. Napoleonilla oli tuolloin ensimmäisen konsulin arvo. Neljä juristia valmisti ehdotuksen siviililainiksi. Kaksi heistä edusti tavanomaista oikeutta: Francois Denis Tronchet, joka oli Ranskan korkeimman oikeuden (*Cour de cassation*) presidentti, ja Bigot de Préameneu. Kaksi muuta olivat roomalaisen oikeuden edustajia: virkamies Jean-Étienne-Marie Portalis ja korkeimman oikeuden tuomari Jacques de Maleville. Ehdotus alistettiin valtioneuvoston (*Conseil d'État*) laajaan läpikäymiseen ja harkintaan. Neuvoston puheenjohtajana toimi Napoleon, joka osallistui innokkaasti lain sisältöä ja muotoa koskeviin keskusteluihin. Niihin kuuluu myös Portalisin kuuluisa puhe, jossa hän muun muassa totesi, että laki on aina aikansa tuote, ja moni asia jää ennakoimatta lakia säädettäessä. Tämän vuoksi on tärkeää jättää paljon ”tulevien aikojen käytännön, oppineiden juristien pohdintojen, tuomareiden harkinnan ja terveen järjen varaan”.

Niin sanottu *Tribunat* (tribunaatti), jota tuli kuulla ennen lakiasäättävää kokousta, hylkäsi lakiehdotuksen. Napoleon puuttui kuitenkin asiaan ja poisti siitä hanketta vastustaneet jäsenet. Tämän jälkeen hyväksyttiin joukko erillisiä lakeja, joista sitten muodostui vuonna 1804 voimaan astunut *Code civil des Français*. Napoleon totesi myöhemmin panoksestaan lainsäättäjänä, että juuri hänen lakinsa, ei hänen sotansa, tultaisiin muistamaan: ”... *Code civileäni* ei unohdeta, se elää ikuisesti”. Niinpä Napoleon on myös hautaansa ympäröivissä reliefeissä Pariisin Invalidikirkossa kuvattu lainsäättäjänä.

Code civil jakautuu kolmeen kirjaan. Ensimmäinen koskee henkilöoikeutta. Toinen käsittelee esineoikeutta, ja kolmas varallisuuteen liittyviä oikeustoimia (”*des différentes manières dont on acquiert la propriété*”). Järjestelmä on sovellutus vanhasta, Gaiukseen liitetystä ja *Corpus juris civiliksen Institutiones*-osaan sisältyvästä oikeuden jaottelusta henkilöihin, esineisiin ja kannetoimiin (latinaksi *personae, res, actiones*). ”Aktioiden” pääpaino on sopimusoikeudessa. Sopimusoikeuden yleiset periaatteet alkavat artiklasta 1101:

1101. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Sopimus on sitoumus, jolla yksi tai useampi henkilö velvoittautuu yhdelle tai useammalle tekemään tai olemaan tekemättä jotain.

PORTALISIN "DISCOURS PRÉLIMINAIRE"

Kuuluisassa puheessaan uudesta lakikirjasta vuonna 1802 Portalis esitti myös joukon yleisiä lainsäädäntöä koskevia periaatteita:

L'office de la loi est de fixer, par des grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation. (...)

Les codes de peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.

(Vapaasti suomennettuna) Lain tehtävänä on vahvistaa pääpiirteittäin oikeuden yleiset lähtökohdat, asettaa johdonmukaiset ja hedelmälliset periaatteet, mutta ei mennä kaikkiin mahdollisesti esille nouseviin yksityiskohtiin.

Tuomarin ja oikeusoppineen tehtävä on lain yleisen hengen mukaisesti ohjata sen käyttöä.

Näin ollen jokaisessa sivistyneessä kansakunnassa voidaan havaita, kuinka lakien rinnalla ja lainsäätäjän valvomana kehittyi perusperiaatteiden, ratkaisujen ja oppien varasto, joka hioutuu päivittäin käytännössä ja oikeudellisissa keskusteluissa; se kehittyi ammatillisen osaamisen mukana ja jatkuvasti täydentää lainsäädäntöä.

Kansojen lait tehtiin aikojen kuluessa, mutta tarkkaan ottaen kyse ei ole tekemisestä.

1102. Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Sopimus on vastavuoroinen tai kaksipuolinen silloin, kun sopimusosapuolet velvoittautuvat vastavuoroisesti toisiaan kohtaan.

1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Lailliset sopimukset velvoittavat lain sijasta sopimuksen tehneitä.

Ranskan yksityisoikeudelle on tyypillistä jako siviilioikeuteen, jonka perussäännökset ovat *Code civil*essä, ja kauppaoikeuteen, jota koskee oma lakinsa, *Code de commerce*. Jälkimmäinen sisältää määräyksiä yhtiöoikeudesta, kaupasta, kilpailusta, arvopapereista, vekseleistä, konkurssista ja maksuhäiriöistä sekä tietyistä elinkeinoista. Ranskassa on myös erityisiä kaupallisia tuomioistuimia, jotka käsittelevät kaupankäyntiin liittyviä asioita.

Tällainen laaja lakikirja synnyttää yleensä paljon ankaramman tavan tulkita lakia kuin mikä on tyypillistä ilman kaikenkattavaa kodifikaatiota, kuten esimerkiksi Pohjoismaissa. Suomessa yksityisoikeutta säännellään yksittäisillä laeilla mutta sitä on kehitetty merkittävästi sekä oikeuskäytännön että oikeustieteen avulla. *Code civil*en säätämisestä seurasi Ranskassa käsitys, että kaikkiin oikeudellisiin kysymyksiin voitiin löytää vastaus laista, sitä (sananmukaisesti) tulkitsemalla. Tätä suuntausta on oikeustieteessä kutsuttu ”tulkintakouluksi”, *l'école de l'exégèse*. Lähtökohtana on lakiteksti, lakikirjan määräysten (siinä olevien yleisten periaatteiden sekä yksityiskohtia ja erityistapauksia koskevien sääntöjen) keskinäinen yhteenkuuluvuus, kun taas lain esityöt ja lainsäätäjän tarkoituksen pohdinta ovat vähemmän tärkeitä. 1800-luvun lopulla kuitenkin muun muassa kuuluisa juristi Francois Géný (1861–1959) oli kehittämässä uutta koulukuntaa, joka suhtautui aikaisempaa vapaammin lain tulkintaan. Hän suositteli tuomareita antamaan painoa ei vain lain kirjaimelle ja sen systematiikalle, vaan myös yhteiskunnan tarpeille, kauppatavoille sekä sosiologiselle tai vertailevalle tutkimustiedolle.

Code civilen tyyli; vahingonkorvaus

Esimerkkinä *Code civilen* tyylistä voidaan mainita lyhyet vahingonkorvausta koskevat määräykset artikloissa 1382–86:

1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Jokainen inhimillinen teko, josta aiheutuu vahinkoa toiselle, velvoittaa sitä, jonka syystä vahinko on aiheutunut, korvaamaan vahingon.

1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Jokainen on vastuussa vahingosta, jonka hän on aiheuttanut, ei vain tahallaan vaan myös huolimattomuudellaan tai laiminlyönnillään.

1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

[...]

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitants avec eux; les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

Vastuu on ei vain henkilön omasta toiminnasta aiheutuneesta vahingosta vaan myös sellaisesta vahingosta, jonka on aiheuttanut hänen vastuullaan oleva henkilö tai hänen hallussaan oleva esine.

Isä ja miehensä kuoleman jälkeen äiti ovat vastuussa kotona asuvien alaikäisten lasten aiheuttamasta vahingosta, mestari tai työnantaja oppilaidensa, oppipoikiensa tai työntekijöidensä vahingosta, joka aiheutuu sinä aikana, kun nämä ovat valvonnan alaisia. Vastuu vahingosta tulee kyseeseen, elleivät isä, äiti, esimies tai käsityömestari voi näyttää, etteivät he voineet estää vastuun aiheuttanutta tekoa.

1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

Eläimen omistaja tai sitä tietyssä aikana käyttävä on vastuussa eläimen aiheuttamasta vahingosta, olkoon eläin hänen valvonnassaan tai kuljeskelmassa taikka pakosalla.

1386. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Rakennuksen omistaja on vastuussa vahingosta, joka aiheutuu sen sortumisesta silloin, kun se on seurausta puutteellisesta hoidosta tai rakennusvirheestä.

Ranskalaisen vahingonkorvausoikeuden peruseriaate löytyy jo luonnonoikeudesta, ja korvausvastuuta koskeva keskeinen käsite on *faute* (vika/syy; ks. edellä art. 1382). Säännökset antavat tuomioistuimille kuitenkin melko vähän ohjeita siitä, kuinka lakia sovelletaan. Myöskään käsitettä *dommage*, vahinko, ei selitetä, minkä vuoksi jää epäselväksi, minkälaisia vahinkoja voidaan odottaa korvattavan. Tämän vuoksi monet vahingonkorvausoikeuden periaatteet – kuten monissa muissakin maissa – ovat oikeuskäytännön (ranskaksi *jurisprudence*) synnyttämiä. Tuomioistuinten ratkaisukäytännössä on muun muassa kehittynyt periaate, että *dommage* käsittää sekä taloudellisen että ei-taloudellisen vahingon. Termiä *faute* on puolestaan tulkittu niin, että se käsittää tahallisen tai sellaisen tuottamuksellisen toiminnan, johon huolellinen henkilö ei vastaavassa tilanteessa olisi ryhtynyt. Kyseessä on siis ajatus, joka tulee lähelle meikäläistä huolellisen miehen tai *bonus pater familias* -käsitteeseen kuuluvaa mittapuuta.

Abus d'un droit – oikeuksien väärinkäyttö

Code civilen 544 artiklan mukaan omistajalla on rajoittamaton valta omaisuuteensa:

544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

Omistusoikeus on absoluuttista valtaa käyttää esinettä sekä määrätä siitä edellyttäen, etteivät laki tai muut määräykset sitä kiellä.

Tätä hyvin laajaa periaatetta rajoitettiin ranskalaisessa oikeuskäytännössä kehittyneellä opilla oikeuksien väärinkäytöstä. Tunnettu ranskalainen tuomio niin sanotussa *Clément-Bayard*-jutussa vuodelta 1915 käsitteli maanomistajaa, joka oli pystyttänyt piikeillä varustetun tornin häiritäkseen naapuriaan, joka olisi halunnut ostaa häneltä palan maata mutta ei tämän pyytämään erittäin korkeaan hintaan. Naapuri halusi käyttää omaa maa-aluettaan kuumailmapallojen laskeutumispaikkana, mutta tornin

pystyttäminen rajoitti tätä mahdollisuutta. Korkein oikeus (*Cour de cassation*) kuitenkin katsoi, ettei sellainen omaisuuden käyttäminen, jonka tarkoituksena oli vain toisen häiritseminen, voinut olla Ranskan oikeuden mukaista: Kyse oli oikeuden väärinkäytöstä, vaikka henkilö ei olisi tarkoittanut vahingoittaa toista. Tuomio on vain yksi esimerkki Ranskan oikeuden kehittämisestä. Kyse on ollut pitkään voimassa olleen lainsäädännön sopeuttamisesta yhteiskunnan muuttuneisiin tarpeisiin. Ranskaksi puhutaan ”yhteiskunnan hengestä” (*esprit collectif*), joka – myös siellä – vaikuttaa tuomioistuinten laintulkintaan.

2.7.3 Ranskan tuomioistuimet

Ranskan nykyisen tuomioistuinjärjestelmän perusta on 1800-luvun alun oikeudenkäynti uudistuksissa. Kyseessä on hierarkkinen rakennelma, joka on jakautunut hallinnolliseen oikeudenkäyttöön viimeisenä instanssinaan *Conseil d'État* ja yleiseen oikeudenkäyttöön, korkeimpana asteenaan *Cour de cassation*. Molemmat sijaitsevat Pariisissa. Tyypillistä ”kassaatioistuimelle” on, että se ei ota kantaa asian tosiasiapuoleen ja ratkaise juttua, vaan päättää vain siitä, onko asiassa sellaisia oikeuden (lain) soveltamiseen liittyviä kysymyksiä, että juttu pitäisi käsitellä uudelleen muutoksenhakutuomioistuimessa. Myönteisessä tapauksessa tuomioistuin osoittaa jutun toisen kuin sitä aikaisemmin käsitelleen muutoksenhakutuomioistuimen ratkaistavaksi.

Edellä mainitussa kassaatioistuimessa on 120 Ranskan presidentin nimittämää ja erityisen tuomarinvalintalautakunnan ehdolle asettamaa tuomaria. Lisäksi maassa on hallinnollisia ja yleisiä muutoksenhaku-, eli appellaatioistuimia (*Cour d'appel*) samoin kuin hallinto-asioiden, siviiliasioiden ja rikosasioiden alioikeuksia. Lisäksi on erityisiä kaupallisia tuomioistuimia ja työoikeudellisia juttuja käsitteleviä tuomioistuimia. Erityinen perustuslaillinen neuvosto, *Conseil constitutionnel*, ottaa kantaa lakien perustuslainmukaisuuteen ennen niiden hyväksymistä. Neuvostossa on yhdeksän jäsentä, jotka ovat tasavallan presidentin, kansalliskokouksen tai senaatin nimeämiä.

Ranskalainen järjestelmä eroaa huomattavasti jäljempänä käsiteltävästä englantilaisesta mallista muun muassa tuomarien rekrytoinnin ja heidän asemansa osalta. Ranskalainen tuomari on virkamies ja osa valtiollis-po-

liittista järjestelmää. Itse rekrytointi perustuu kansalliseen kilpailuun, mutta toimiessaan tuomarina tehtävään valittu on luonnollisesti riippumaton ympäristön mielipiteistä. Tuomioistuinten riippumattomuus onkin Ranskassa jatkuva keskustelunaihe. Usein väitetään, että ranskalaiset tuomioistuimet ovat riippuvaisia hallituksesta enemmän kuin mikä olisi mahdollista ankarasti tulkitun vallan kolmijako-opin mukaan. – Oppi sinänsä ei ole ranskalainen keksintö, mutta se tuli laajasti tunnetuksi juuri ranskalaisen Montesquieun teoksen Lakien henki (*De l’Esprit des Lois*, 1748) myötä.

2.7.4 *Code civilen* leviäminen

Belgian oikeus on saanut paljon vaikutteita ranskalaisesta oikeudesta ja oikeustieteestä. Maan siviililaki (*Code civil*) on lähes täydellinen Ranskan lakikirjan kopio. Ranskalainen kodifikaatio on ollut mallina myös Italiassa, Espanjassa ja Romaniassa. Lisäksi se on vaikuttanut Ranskan entisten siirtomaiden yksityisoikeuteen Latinalaisessa Amerikassa, Pohjois- ja Länsi-Afrikassa sekä Aasiassa. Myös Yhdysvaltojen osavaltiossa Louisianassa tuli vuonna 1808 voimaan Ranskasta vaikutteita saanut siviililaki. Egyptin siviililakikirja vuodelta 1883 on ranskalaisen esikuvan mukainen. Sitä uudistettiin 1940-luvulla, ja uusi laki tuli voimaan 1949. Se on puolestaan ollut mallina Lähi-idän maissa, kuten Syyriassa ja Libyassa.

2.8 ITALIA

Italia on oikeustieteen kehto. Kuten on jo mainittu, roomalainen oikeus syntyi Roomassa, kun taas Pohjois-Italian yliopistoissa, Bolognan yliopisto kärjessä, syntyi moderni oikeustiede. Juridiikan opiskelussa käytetty menetelmä tunnettiin nimellä skolastinen metodi. 1100-luvulta lähtien suuri osa oikeustieteellisestä kirjallisuudesta kirjoitettiin Italiassa latinaksi, ja maa säilytti pitkään johtavan aseman oikeudellisessa julkaisemisessa. 1500-luvulla alkoi kuitenkin syntyä oikeudellista koulutusta ja sen uusia menetelmiä myös Ranskaan sekä sittemmin Saksaan ja Hollantiin. Poliittisesti Italia oli ennen 1800-luvun jälkipuoliskoa epäyhtenäinen, ja maan eri osissa oli erilaisia oikeudellisia traditioita. Johtava oikeustieteellinen

tiedekunta oli kuitenkin pitkään Paavin valtioon kuuluneessa Bolognassa. Vaikutusvaltainen oli myös vapaamielisempään Venetsiaan kuulunut Padovan yliopisto.

Italian yhdistymisen jälkeen (1860-luvulla) maassa luotiin uusi yhtenäinen kansallinen lainsäädäntö, ja Ranskan *Code civil* näytti tietä uudelle siviililakikirjalle (*Codice civile*, 1865). Vuonna 1942 se korvattiin uudella kodifikaatiolla, joka toisin kuin *Code civil* sisälsi erityisen työoikeutta koskevan osan (*Del lavoro*). Se oli myös lakikirjan ainoa osa, jossa näkyi aikakauden fasistinen ideologia, mm. yhteisöllisyyden korostaminen yksilön kustannuksella. Siviililakikirjan ensimmäinen osa käsittelee henkilö- ja perheoikeutta, toinen perintöoikeutta, kolmas omistusoikeutta, neljäs velvoiteoikeutta, viides työoikeutta ja kuudes osa vakuuksia, panttia ja muita vastaavia kysymyksiä.

Italian tuomioistuinjärjestelmä on kolmiportainen. Ensimmäisenä instanssina ovat vähäisiä asioita käsittelevät rauhantuomarit (*giudici de pace*), jotka ovat maallikoita, ja muissa asioissa varsinaiset alioikeudet (*tribunali*). Toisen asteen muodostavat appellaatituomioistuimet (*corti d'appello*), ja ylimpänä on Ranskan tapaan vain oikeusperusteella asioita käsittelevä korkein oikeus (*Corte suprema de cassazione*). Lisäksi Italiassa on perustuslakituomioistuin (*Corte costituzionale*), jolla on ollut tärkeä merkitys Italian valtiollis-poliittisessa elämässä samoin kuin Euroopan unionin toimi- ja tuomiovaltaa koskevien kysymysten käsittelyssä.

2.9 ESPANJA

Espanjan 1800- ja 1900-lukujen historia on poliittisten muutosten leimama. Huomattavin näistä muutoksista oli kuninkaan vallan lakkauttaminen vuonna 1931 ja Espanjan tasavallan perustaminen. Tasavaltalainen hallitusmuoto puolestaan lakkautettiin sisällissodan (1936–1939) jälkeen ja korvattiin pitkäaikaisella diktatuurilla johtajanaan kenraali Francisco Franco, joka oli *generalissimo* ja *caudillo*, ylikenraali ja suojelija. Francon kuoleman jälkeen 1975 maa kehittyi nopeasti. Monarkiaan luotiin demokraattinen järjestelmä ja maalle hyväksyttiin uusi perustuslaki (1978). Myös taloudellinen kehitys oli voimakasta. Keskitetty valtiollinen järjestelmä lakkautettiin, ja maa jaettiin niin sanottuihin autonomisiin alueisiin, joilla

on laaja itsehallinto. Vuosien myötä myös katolisen kirkon perinteisesti vahva asema on heikentynyt. Esimerkiksi vuonna 1981 avioero tuli mahdolliseksi, ja vuonna 2012 perustuslakituomioistuin (*Tribunal Constitucional*) vahvisti, että samaa sukupuolta olevien avioliitot salliva laki vuodelta 2005 oli perustuslain mukainen.

Espanja kuuluu niihin maihin, joissa roomalaisella oikeudella on ollut merkittävä asema. 1200-luvulta peräisin oleva kokoelma *Las Siete Partidas* perustui roomalaiselle oikeudelle, mutta myös paikallisella oikeudella, *fueros*, oli suuri merkitys. Näin on ollut myös myöhemmin. Espanjalainen siviililakikirja, joka on vuodelta 1889 ja jota muutettiin 1974, tunnustaa, että paikallisella ja lakikirjaa vanhemmalla oikeudella voi olla tietyissä tapauksissa etusija.

Espanjan perustuslaki vuodelta 1978 – esikuvanaan Saksan vuoden 1949 perustuslaki – on esimerkki toisen maailmansodan jälkeisistä valtiösäännöistä. Ne ovat osa eräänlaista siirtymävaiheen oikeutta, *transitional justice*, ja luovat perustaa diktatuurista vapautuneille demokraattisille valtioille. Myöhempiä esimerkkejä tästä ovat Itä-Euroopan maat, jotka saivat uudet perustuslakinsa sosialismin kauden päätyttyä. Espanjan perustuslaissa on lukuisia ihmisoikeuksia koskevia määräyksiä, muun muassa uskonnonvapaudesta:

Art. 16, 3: Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

Mikään uskonto ei voi olla valtionuskonto. Viranomaisten on otettava huomioon espanjalaisessa yhteiskunnassa vallitsevat erilaiset uskonnolliset vakaumukset ja pidettävä yllä suhteita katoliseen kirkkoon ja muihin uskonnollisiin suuntauksiin.

2.10 SAKSA

2.10.1 Saksalainen oikeuskulttuuri

Saksan oikeuden samoin kuin koko ns. saksalaisen oikeusperheen eräänlainen ikoni ja keskeinen perusta on Siviililakikirja (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), joka on niin sanotun pandektioikeustieteen tulos. Sen kiinnostuksen kohteena oli roomalainen oikeus (*Corpus juris civilisen Digesta*-osan kreikkalainen nimi oli *Pandectae*), johon perustuen 1800-luvulla luotiin saksalainen oikeustiede. Saksalainen lakikirja on paljon monimutkaisemmin rakennettu, dogmaattisempi ja perustuu huomattavasti enemmän ja selvemmin roomalaiselle oikeudelle kuin Ranskan siviililaki. BGB:tä onkin moitittu siitä, että se on teoreetikkojen valmisteleva – sellaisten juristien, jotka olivat kasvaneet roomalaisoikeudellisessa perinteessä, ja siirsivät sen sitten lakikirjaan. On myös sanottu, että Saksan lakikirja oli pandektijärjestelmä lakipykäliksi kirjoitettuna ja niin vaikeaselkoinen, ettei sitä voi ymmärtää ilman juristin apua. Saksalaista oikeuskulttuuria on voitu pitkään luonnehtia oikeudellisten asiantuntijoiden hallitsemaksi. Tämän(kin) päivän Saksassa asianajajia on paljon, samoin tuomioistuimia, ja oikeustieteellinen argumentaatio yksityiskohtaista ja monisanaista.

Saksan Siviililakikirjan yhteys roomalaiseen oikeuteen liittyy Saksan oikeuskehityksen perustavaa laatua olevaan ilmiöön, laajamittaiseen roomalaisen oikeuden omaksumiseen (reseptioon), joka alkoi 1400-luvun lopulla ja vaikuttaa edelleen saksalaiseen oikeuskulttuuriin. Rescriptio tarkoitti yleisesti ottaen sitä, että roomalaisesta oikeudesta tuli saksalaisten tuomioistuinten soveltamaa oikeutta niissä tapauksissa, joissa asianosaiset eivät viittaneet muihin oikeuslähteisiin tai kun sellaisten ei katsottu olevan voimassa. Myöhempiikin oikeuskehitys tapahtui ennen kaikkea roomalaisen oikeuden pohjalta, ja monet keskeiset yksityisoikeuden alat, kuten velvoiteoikeus, olivat vahvasti roomalaisen oikeuden leimaamia.

Ranskan *Code civil* tuli Napoleonin valloitusten seurauksena voimaan osassa Saksaa (Rein-joen länsipuolella). Napoleonin kukistumisen jälkeen (1814–1815) esiin nousikin kysymys, pitäisikö koko Saksassa saattaa voimaan ranskalaisen mallin mukainen yleinen siviililakikirja. Itävallassa sellainen jo oli. Kysymys johti väittelyyn, jossa vastakkain olivat kaksi peruslähtökohtaa: kodifikaation kannattajat korostivat yhtenäisyyttä,

selvyyttä ja kokonaisnäkemystä, kun taas sen vastustajat sitä, että oikeus kehittyi jatkuvasti, ja että lakikirja tulisi merkitsemään oikeuskehityksen jähmettymistä tiettyyn aikaan ja tietyille kehitystasolle.

Kodifikaatiota puolusti etenkin Anton Friedrich Justus Thibaut (1774–1840). Vastakkaisen mielipiteen tärkein edustaja oli kuuluisa juristi Friedrich Karl von Savigny (1779–1861), jonka lakikirjan tarpeellisuutta pohtinut kirjoitus *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* vuodelta 1828 johti niin sanottuun kodifikaatiokiistaan (*Kodifikationsstreit*). Savigny totesi, että oikeus syntyi kansan keskuudessa, mutta juristien – etenkin oikeustieteen harjoittajien – tehtävänä oli sen kehittäminen. Hän viittasi ennen muuta roomalaiseen oikeuteen ja roomalaisiin juristeihin, ja piti heitä hyvänä esimerkkinä oman aikansa oikeuskäsityksen kantajista ja oikeusjärjestyksen aktiivisista kehittäjistä. Savignyn ja hänen seuraajiensa mukaan vaikka Saksassa sovelletut oikeuslähteet olivat roomalaisoikeudellisia, ne ilmensivät saksalaista kansanhengeä (*Volksgeist*), joka oli saksalaisen oikeuden viimekätinen perusta. Sittenmin Savigny kirjoitti Saksassa voimassa olleesta roomalaisesta oikeudesta teoksen *System des heutigen römischen Rechts*. Se ilmestyi kahdeksanosaisena teoksena 1840-luvulla, ja siitä tuli esikuva oikeustieteellisille esityksille monissa Euroopan maissa, myös Pohjois-Euroopassa.

Oikeus jäi toistaiseksi kodifioimatta, mutta roomalaiselle oikeudelle edelleen perustuneesta saksalaisesta oikeustieteestä tuli 1800-luvun kulussa menestystuote, ja monet eurooppalaiset juristit – myös Pohjoismaista – menivät saksalaiseen yliopistoihin opiskelemaan. Oikeusoppineiden tekstejä pidettiin oikeuslähteenä (*Juristenrecht*), ja samalla oikeus oli luonteeltaan ”elävä orgaaninen kokonaisuus, joka liikkui ja muuttui kansanhengen (*Volksgeist*) mukana”. Georg Friedrich von Puchtan (1798–1846) mukaan juristit olivat kansan puhemiehiä tai edustajia. Tuomarit puolestaan takasivat oikeusvarmuuden luottamalla oikeustieteen auktoriteettiin. Vain ne, jotka olivat tieteellisesti koulutettuja, saattoivat ilmaista oman mielipiteensä, ja kun tuomarien koulutus oli oikeustieteen professorien harteilla, tuomioistuinten oikeutta luova funktio oli viime kädessä lähtöisin oikeustieteestä. Erityisen vetovoimainen oli edellä jo mainittu mm. Wienissä ja Göttingenissä professorina toiminut Rudolph von Jhering. Hänen teoksena roomalaisesta oikeudesta mutta myös pieni kirjoituksensa *Der Kampf ums Recht* (1872) merkitsivät paljon monille eurooppalaisille oikeustieteen harjoittajille. Jheringistä tuli sellaisen oikeustieteen suuntauksen perustaja,

joka pani erityistä painoa oikeuden tarkoitukselle (ns. intressilainoppi). Se näki oikeuden ei vain teoreettisten opintojen kohteena vaan myös keinona saavuttaa yhteiskunnallisesti tärkeitä tavoitteita.

2.10.2 *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*

Ajatus saksalaisen lakikirjan valmistelusta realisoitui, kun useista saksalaisista valtioista muodostettiin Preussin johdolla Saksan keisarikunta vuonna 1871. Työtä tehtiin pitkään, ja ensimmäistä ehdotusta kritisoitiin liiallisesta roomalaisoikeudellisen dogmatiikan korostamisesta ja liian vähäisestä yhteiskunnan sosiaalisen kehityksen huomioonottamisesta. Erityisen tunnetuksi tuli sosialisti Anton Mengerin (1841–1906) kritiikki.

Ehdotus saatiin valmiiksi vuonna 1896, ja uusi laki astui voimaan 1900. Siviililakikirja, *Bürgerliches Gesetzbuch*, lyhennettynä BGB, jakautuu viiteen kirjaan: yleiseen osaan, velvoiteoikeuteen, esineoikeuteen, perheoikeuteen ja perintöoikeuteen. BGB on kirjoitettu teknisellä kielellä, rakennettu järjestelmällisesti, ja sille on luonteenomaista monimutkainen viittaaminen määräyksestä toiseen tai luvusta toiseen. Näin on haluttu välttää toistoja ja pyritty siihen, että samankaltaisia tapauksia käsitellään samojen säännösten nojalla. Koko lain perustana on sen yleinen osa, joka sisältää siviilioikeudelle yhteiset yleiset periaatteet. Lain toinen osa (kirja) puolestaan sisältää sekä kaikkia velvoiteoikeudellisia suhteita koskevat yleiset periaatteet että kutakin yksittäistä velvoitetta koskevat erityissäännökset.

Silti tälläkään lailla ei kyetty sääntelemään tyhjentävästi kaikkia elämän olosuhteita, ja myöhempi oikeuskäytäntö ja lainsäädäntö ovat täydentäneet sitä. Tästä huolimatta, aivan kuin *Code civil* Ranskassa, BGB on saksalaisille (yksityis)oikeuden perusta, eikä mikään viittaa siihen, että se korvattaisiin lähitulevaisuudessa jollain muulla. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö sen sisältämää normistoa jatkuvasti uudistettaisi. Esimerkiksi lakikirjan velvoiteoikeudellista osaa (*Schuldrecht*) uudistettiin merkittävästi 1990-luvulla. BGB ei ole mikään *Code civilen* kaltainen kansallisaarre, mutta se on saksalaisen oikeuden tunnusmerkki ja kuvaa hyvin saksalaista oikeusajattelua. On myös kuvaavaa, että Saksan demokraattisen tasavallan (DDR) yhdistäminen Saksan liittotasavaltaan vuonna 1989 tapahtui muun muassa saattamalla BGB voimaan ns. uusissa osavaltioissa.

Esimerkkejä: Yleislausekkeet

BGB:n tulkinnassa ovat tärkeitä niin sanotut yleislausekkeet. Niinpä on syytä mainita seuraavat lainkohdat (1. kirja, 3. osa, 3 luku):

§ 157

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Sopimuksia on tulkittava siten kuin vilpiton mieli kauppapata huomioon ottaen vaatii.

§ 242

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Velallinen on velvollinen myötävaikuttamaan suoritukseen siten kuin vilpiton mieli kauppapata huomioon ottaen vaatii.

Lähtökohtana BGB:n voimaan tullessa oli, että tuomioistuimen rooli lain tulkinnassa olisi rajoitettu. Ajatuksena oli, että lakikirjasta löytyy vastaus kaikkeen, mutta hyvin pian todellisuus osoitti muuta. Jo 1920-luvulla taloudellinen kriisi ja valtava inflaatio johtivat siihen, että tuomioistuimet joutuivat toteamaan Saksan markan menettäneen arvoaan niin, ettei vanhoja velkasuhteita – aiheuttamatta velkojille kohtuuttomia menetyksiä – voitu pitää voimassa maksamalla ”markkaa markasta”. Velkasuhteiden sääntelyssä nojaututtiin lakikirjan 242 §:ään, sen vilpittömän mielen suojaa koskevaan, eli *Treu und Glauben* -periaatteeseen mutta myös yleiseen velkasuhteita koskevaan moraaliin. Tuota pykälää, kuten vastaavia muitakin säännöksiä, kutsuttiin yleislausekkeeksi, ja sen katsottiin antavan tuomioistuimelle tietyn vapauden oikeudenkäytössä. Toinen yleislauseke sisältyi edellä mainittuun 157 §:ään, joka myös antoi merkitystä vilpittömälle mielelle (*Treu und Glauben*).

Tuomioistuimet sovelsivat molempia yleislausekkeitä myös 1930- ja 1940-luvulla Kolmannen valtakunnan aikana siten, että niiden katsottiin antavan mahdollisuuden syrjiä juutalaisia terveen kansantunnon, *gesundes Volksempfinden*, nojalla. Se tulkittiin osaksi Saksan oikeutta koskevia periaatteita, mikä johti muun muassa siihen, että juutalaisten kanssa tehtyjä sopimuksia pidettiin pätemättöminä. Kyseiset tuomiot saivat yleislausekkeet huonoon valoon, mutta niitä on käytetty myös myöhemmin etenkin silloin, kun on jouduttu arvioimaan osapuolten velvollisuuksia sopimussuhteissa.

BGB 823 § ja 826 §: vahingonkorvaus

Keskeiset vahingonkorvausoikeuden periaatteet löytyvät otsikossa mainituista lainkohdista, jotka sisältyvät BGB:n toiseen osaan (2. kirja, 7. osa, 25. luku).

§ 823

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Joka tahallisesti tai huolimattomuudella oikeudenvastaisesti loukkaa toisen henkeä, ruumista, terveyttä, vapautta, omaisuutta tai muuta tämän oikeutta, on velvollinen korvaamaan hänelle näin syntyneen vahingon.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

Sama velvollisuus on sillä, joka rikkoo toisen suojaksi annettua lakia. Mikäli laki koskee myös ilman tahallisuutta tehtyä tekoa, tulee korvausvelvollisuus kyseeseen vain tahallisissa tapauksissa.

§ 826

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Joka aiheuttaa tahallista vahinkoa toiselle hyvien tapojen vastaisella tavalla on velvollinen korvaamaan toiselle vahingon.

Saksalainen vahingonkorvausoikeus perustuu siis kolmeen peruseriaatteeeseen, jotka ilmenevät edellä mainituista lainkohdista. Korvausoikeus luotiin roomalaista oikeutta omaksumalla ja näin ollen etenkin roomalaisen *Lex Aquilian* pohjalta. Se loi *culpa*-periaatteen, jonka mukaan korvausta oli suoritettava, kun kyseessä oli tahallisuus tai huolimattomuus. BGB:tä valmistellut komitea harkitsi *Code civilen* tapaista yleistä korvauseriaatetta, mutta luopui siitä ja valitsi kolme korvausvelvollisuuteen liittyvää lähestymistapaa. § 823, 1 edellyttää, että kyse on lain luettelemiin oikeushyviin (henki, ruumis jne. sekä ”muuhun oikeuteen”) kohdistuneesta vahingosta. Korvausvelvollisuuden perusteet ovat tahallisuus tai huolimattomuus, jolloin lähtökohtana on sen arvioiminen, mitä voidaan odottaa järkevältä ja huolelliselta henkilöltä.

Edellytys korvauksen saamiselle on, että vahinko liittyy lueteltuihin intresseihin. Korvausta ei voida vaatia jos esimerkiksi sähkökaapelin katkeaminen aiheuttaa vain taloudellista menetystä silloin, kun jotain konetta ei voida käyttää. Kyse täytyy olla menetyksistä, jotka ovat suorassa yhteydessä vahinkoon, kuten broilerin kuolema broileritilalla sähköjen katkeamisen johdosta. Tämän lisäksi asetetaan syy-yhteyden (kausaliteetin) vaatimus – siis, että vahingon yhteys aiheutettuun tekoon voidaan näyttää ja lukea syyksi.

823 §:n 2 momentti koskee suoja säännösten loukkaamista, kun taas 826 §:n sisältämä kolmas sääntö koskee korvausta silloin, kun on toimittu hyvien tapojen vastaisesti (*contra bonos mores*), esimerkiksi suostuttelemalla joku luovuttamaan jo myyty esine.

1900-luvun alkuvuosina vallitsi epävarmuus siitä, kuinka saksalaiset tuomioistuimet ylimpänä instanssinaan Valtakunnanoikeus (*Reichsgericht*) tulisivat toimimaan BGB:n oloissa. Oltiin totuttu siihen vapauteen, jonka roomalaisen oikeuden soveltaminen oli luonut. Kysymys kuuluikin nyt, oliko tuomioistuimista tulossa ”subsumptioautomaatteja”, jotka ilman vapautta ja harkintaa johtaisivat ratkaisun suoraan laista. Niin ei kuitenkaan käynyt. Tuomioistuimet osoittivat suurta taitoa täydentäessään lakikirjaa ja luodessaan yksittäisten säännösten tulkintaan liittyvää oikeutta. Tämä näkyy esimerkiksi vahingonkorvausoikeudessa, kun 823 § 1 kohtaan perustuvaa suojaa vahvistettiin luomalla erityinen huolehtimisvelvollisuus ja ottamalla käyttöön erityinen isännänvastuu (vastuu toisen aiheuttamasta vahingosta).

ISÄNNÄNVASTUU

Eräs kuuluisa esimerkki isännänvastuusta on Valtakunnanoikeuden vuonna 1911 antama tuomio, jolla vahvistettiin liikkeen vastuu vahingosta, jonka asiakas kärsi saatuaan päälleen työntekijän huolimattomasti asettaman linoleumirullan. Asiakas ei ollut ostanut mitään eikä näin ollen kyseeseen tullut saksalaisen oikeuden mukainen sopimuserusteinen vastuu. Tuolloin jouduttiin pohtimaan juuri vastuun perusteita. Oikeus totesi, että kysymys oli oikeussuhteesta, joka valmisti sopimusta, ja että tämä loi huolehtimisvelvollisuuden. Liikkeen oli tämän vuoksi maksettava korvausta. Muun muassa Rudolf von Jhering oli jo ennen BGB:n säätämistä ollut tällaisen korvausvastuun puolestapuhuja. Hän kutsui sitä nimellä *culpa in contrahendo*, ja siitä tuli tärkeä osa sopimusvastuuta.

2.10.3 Saksalaiset tuomioistuimet

Saksan nykyiselle oikeuskulttuurille on tyypillistä oikeusvaltiota (*Rechtsstaat*) koskevan ajatuksen korostaminen. Vuoden valtiosääntöön 1949 pyrittiin ottamaan useita takeita sille, etteivät maan historian kauheat tapahtumat toistuisi. Tämän vuoksi tuomioistuimilla on vahva asema; niin tuomareita kuin tuomioistuinta on paljon. Tuomioistuinlaitos jakautuu hallinnolliseen ja yleiseen oikeudenkäyttöön, kuten esim. Ranskassa ja Suomessa. Tämän lisäksi on mm. erityisiä veroasiain ja sosiaaliasiain tuomioistuinta muutoksenhakuinstansseineen. Saksassa on myös valtiosääntötuomioistuinta, joista Karlsruhessa sijaitseva *Bundesverfassungsgericht* käsittelee (vain) liittovaltion perustuslain tulkintaan liittyviä kysymyksiä. Korkein yleinen liittovaltiollinen tuomioistuin on niin ikään Karlsruhessa sijaitseva *Bundesgerichtshof*. Leipzigin sijaitsee puolestaan liittovaltion korkein hallinto-oikeus (*Bundesverwaltungsgericht*). Lisäksi liittovaltion tasolla toimii erityinen patenttiasiain tuomioistuin. Osavaltioissa on omat tuomioistuimensa, jotka käyttävät alueellista tuomiovaltaa.

SATOJA TUOMIOISTUIMIA

Saksassa on lähes 10 000 varsinaista tuomioistuinta jakautuen ensimmäisen asteen tuomioistuihin (*Amtsgerichte* tai *Landgerichte*), toisen asteen tuomioistuihin (*Landgerichte*) ja osavaltioiden korkeimpiin oikeuksiin (*Oberlandesgerichte*). Viimeksi mainituista valitustie – vain oikeuskysymyksiin liittyen – kulkee vielä liittovaltion korkeimpaan oikeuteen. Lisäksi on runsas sata työtuomioistuinta eri asteineen, useita kymmeniä hallintotuomioistuinta, veroasiain tuomioistuinta ja suuri joukko sosiaaliasioiden tuomioistuinta. Valtiosääntötuomioistuinta on 16, joista 15 on osavaltioissa, ja ylimpänä liittovaltiotasoinen, vuonna 1951 perustettu valtiosääntötuomioistuin. Siinä on 16 tuomaria, jotka työskentelevät kahdessa osastossa. Sen tuomarit nimitetään 12 vuoden ajaksi ja valitaan Saksan liittopäivillä. Tuomarinimityksissä painaa politiikka, ja tavoitteena on pyrkiä saamaan aikaan tasapaino erilaisten poliittisten näkemysten välillä. Kahden osaston välillä työ on jaettu siten, että ensimmäinen käsittelee perusoikeuksia koskevia kysymyksiä sekä lakien perustuslainmukaisuutta (engl. *judicial review*), kun taas toinen osasto käsittelee viranomaisia ja poliittista järjestelmää koskevia valtiosääntökysymyksiä.

Liittovaltion valtiosääntötuomioistuin ei ole muutoksenhakutuomioistuin. Se käsittelee vain valtiosääntökysymyksiä. Tuomioistuin muun muassa valvoo, että julkiset viranomaiset ja tuomioistuimet ottavat päätöksenteossaan huomioon perusoikeudet. Tuomioistuimella on ollut tärkeä rooli Saksan oikeuselämässä, ja se on antanut useita satoja ratkaisuja, joista moni on luonut perustaa saksalaiselle yhteiskunnalle. Viime vuosikymmenten ratkaisuissa on otettu kantaa myös Euroopan unionin toimivaltaan samoin kuin EU-oikeuden kansalliseen soveltamiseen liittyviin kysymyksiin. Nämä valtiosääntötuomioistuimen ratkaisut ovat saaneet laajempaa merkitystä Euroopassa, ja niitä voidaan verrata Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden tärkeimpiin ratkaisuihin (ns. *landmark decisions*). Näitä ovat ns. *Solange I* (1974) ja *Solange II* (1986) -ratkaisut sekä ratkaisut (vuodelta 1993) Maastrichtin sopimuksesta ja (2009) Lissabonin sopimuksesta samoin kuin Euroopan rahoituskriisiin ja ns. vakausmekanismiin liittyntyt ratkaisu vuodelta 2014.

2.11 ITÄVALTA JA SVEITSI

Saksankieliseen oikeuspiiriin luetaan myös Itävalta, jonka siviililakikirja vuodelta 1811 on edelleen voimassa. Se syntyi valtiomuodostumassa, joka oli maantieteellisesti paljon laajempi kuin nykyinen Itävalta: Itävalta-Unkarin kuningaskunta käsitti nykyisen Unkarin, Tšekin tasavallan ja Slovakian, osia Romanista ja Ukrainasta, Slovenian sekä osan Balkanin niemimaata. Lakikirja oli voimassa saksaa puhuvissa osissa maata nimellä *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch der gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie* ja tunnettiin lyhenteellä ABGB. Tämä Habsburgien johtama valtiomuodostuma purkautui ensimmäisen maailmansodan jälkeen joukoksi kansallisvaltioita. Tuolloin Itävalta sai uuden valtiosäännön ja uuden tuomioistuinjärjestelmän.

Tässä yhteydessä on syytä mainita juristi, josta tuli keskeinen vaikuttaja Itävallan valtiollisessa elämässä mutta myöhemmin myös eurooppalaisessa oikeusteoriassa. Hän oli Hans Kelsen (1881–1973), jonka niin sanottu puhdas oikeusoppi vaikutti merkittävästi modernin oikeuden pätevyyttä koskeviin käsityksiin. Kelsenille oikeus oli hierarkkisesti rakennettu normijärjestelmä, joka perustui hypoteettiseen perusnormiin.

HANS KELSEN

Länsimaiselle modernille oikeuskäsitykselle on tyypillistä ajatus positiivisesta, ihmisten luomasta ja hyväksymästä oikeusjärjestyksestä sekä siitä, että positiivinen oikeus on riippumatonta korkeammista normeista. Oikeus on maallista, ja myös kanonista oikeutta tulkitaan samojen periaatteiden mukaan kuin maallista oikeutta.

Ensimmäisen maailmansodan jälkeen itävaltalainen Hans Kelsen (1881–1973) loi yhden johdonmukaisimmista oikeutta koskevista teorioista, ns. puhtaan oikeusopin (*Reine Rechtslehre*, 1934). Se sulki kokonaan pois moraalien, uskonnon tai yhteiskunnalliset ja hyötynäkökohdat oikeuden pätevyyyteen vaikuttavina ilmiöinä. Oikeuden pätevyys seurasi hierarkkisesta järjestelmästä. Perusnormi (*Grundnorm*) oli Kelsenin nimitys sille perustavaa laatua olevalle normille, josta viime kädessä voitiin johtaa koko oikeusjärjestyksen pätevyys.

Sveitsin oikeuskulttuuria leimaa sen asema EU:n ulkopuolisena maana, kantonien vahva rooli sekä monikielisyys. Liittovaltio (ns. valaliitto) muodostuu 26 kantonista, jotka käyttävät poliittis-hallinnollista valtaa, mikäli perustuslaissa ei ole muuta säädetty. Virallisia kieliä ovat saksa, ranska ja italia sekä retoromania, mutta viimeksi mainittu vain kyseistä kieltä puhuvien asioissa.

Maan *Zivilgesetzbuch* (ZGB, vuodelta 1912) on tunnettu muun muassa siitä, että se oli saksalaisen professorin ja parlamentaarikon Eugen Huberin (1849–1923) lähes yksin valmisteleva. Lain selkeys ja ymmärrettävyys tekivät siitä tunnetun myös maan ulkopuolella. Siitä tuli muun muassa malli 1920-luvulla Kemal Atatürkin aikaansaamalle Turkin siviililakikirjalle. Siitä on otettu mallia myös myöhemmin, muun muassa valmisteltaessa Viron tasavallan uutta siviililakia. Oikeuskulttuurisesti lakikirjan kiinnostavin säännös lienee sen 1(2) artikla, jossa korostetaan tuomarin roolia. Sen mukaan tuomioistuimen, joka ei löydä laista eikä oikeustavoista tukea ratkaisulleen, tulee tehdä ratkaisu, jonka se arvelee sellaiseksi, että (myös) lainsäätäjä olisi näin tehnyt.

Art. 1

1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

3 Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Sveitsin nykyaikaisen valtiosäännön historia ulottuu vuoteen 1848, jolloin liittovaltion rakenne luotiin. Uudistettu perustuslaki astui voimaan vuonna 2000. Tuomioistuinjärjestelmä jakautuu varsinaisiin ja hallinnollisiin tuomioistuimiin samoin kuin alueelliseen (mm. kantonien ylioikeudet) ja liittovaltiolliseen tuomiovallan käyttöön. Uuden perustuslain nojalla saatettiin voimaan koko maata koskevat lait riita-asiain ja rikosasiain käsittelystä (*Zivilprozessordnung ZPO, Strafprozessordnung StPO*, 2011).

2.12 HOLLANTI

Hollanti on kiinnostava kohde oikeusvertailijalle, sillä maassa toteutettiin vuosina 1970–1991 perusteellinen yksityisoikeuden uudistaminen, joka johti uuden lakikirjan säätämiseen vuonna 1992. Samalla voidaan todeta, että hollantilaiselle lainvalmistelulle on ollut tyypillistä aktiivinen oikeusvertaileva ote ja hyvien esimerkkien lainaaminen muualta. Hollantilaiset ovat myös itse olleet myötävaikuttamassa lainsäädäntöuudistuksiin Itä- ja Keski-Euroopan maissa sekä profiloituneet Kansainvälisen tuomioistuimen (*International Court of Justice*, ICJ) ja Kansainvälisen rikostuomioistuimen (*International Criminal Court*, ICC) isäntinä. Molemmat sijaitsevat Haagissa.

Nykyisen siviililakikirjan (*Burgerlijk Wetboek*) valmistelu perustui itse asiassa jo oikeustieteen professorin E. M. Meijersin (1880–1954) tekemään ehdotukseen. Lakikirjaa on pidetty esimerkkinä siitä, että uuden lakikirjan valmistelu kannattaa, vaikka se kestäisi pitkäänkin. Uudistustyöhön ryhdyttiin kun aiempi Ranskan *Code civil*en esikuvan mukaisesti valmisteltu siviililakikirja vuodelta 1938 katsottiin vanhentuneeksi. Suuri osa sen säännöksistä oli jo poistettu käytöstä tai niitä oli muutettu. Niinpä lainsäädännön sijasta oikeutta kehitettiin yhä voimakkaammin tuomioistuinratkaisujen ja

oikeustieteen avulla. – Tälläkin hetkellä oikeustieteellä on aktiivinen rooli ja arvostettu asema Hollannissa. Ensimmäinen uuden lakikirjan osista (koskien perhe- ja henkilöoikeutta) valmistui jo vuonna 1970. Uusimmat osat ovat vuodelta 2003 (perintöoikeus) ja 2012 (kansainvälinen yksityisoikeus).

Hollannin perustuslakia uudistettiin – lähinnä vain teknisesti – vuonna 1983. Maa kuuluu niihin melko harvoihin Euroopassa, joissa ei ole perustuslakituomioistuinta. Lisäksi perustuslaki kieltää tuomioistuimilta lakien perustuslainmukaisuuteen liittyvän tulkinnan (art. 120.) Tuomioistuinlaitos on kolmiportainen. Korkein oikeus (*Hoge Raad*) on kassaatio tuomioistuin, eli tuomitsee vain oikeuskysymyksissä. Yleiset alioikeudet käsittelevät myös hallinnollisia asioita, mutta muutoksenhakuasteena on tällöin valtio-neuvoston erityinen osasto.

2.13 ITÄ-EUROOPPA

Etenkin vanhemmalle oikeushistorialliselle kirjallisuudelle on tyypillistä suppea Eurooppa-käsite, joka käsitti yleensä vain roomalaisen oikeuden omaksuneet maat ja joskus myös Englannin. Euroopan ytimessä olivat Italia, Ranska ja Saksa, ja esimerkiksi Pohjoismaat kuuluivat reuna-alueisiin. Itä-Eurooppa otettiin yleensä mukaan vain rajoitetusti lähinnä niin, että tarkasteltiin katolista Puolaa tai niitä Itä-Euroopan alueita, kuten Tšekin tasavaltaa (Böömiä) ja Unkaria, jotka olivat kuuluneet Habsburgien monarkiaan ja sitä kautta Itävaltaan.

Toisen maailmansodan jälkeen ns. rautaesirippu erotti vielä selvemmin Itä-Euroopan maat muista Euroopan maista, ja ne luokiteltiin kuuluviksi niin sanottuun ”sosialistiseen oikeusperheeseen”. Berliinin muurin murtuminen ja Saksojen yhdistyminen vuonna 1989 sekä Neuvostoliiton hajoaminen vuosina 1990–1991 merkitsivät sosialismin aikakauden päättymistä Itä-Euroopassa. Tämän seurauksena, ja sittemmin myös EU:n laajenemisen johdosta, Itä-Eurooppaa on alettu tarkastella osana Eurooppaa. Samalla sitä on alettu käsitellä myös oikeushistoriallisissa ja –vertailevissa esityksissä.

Itä-Eurooppa ei kuitenkaan ole mikään yhtenäinen kokonaisuus, eivätkä edes Baltian maat Viro, Latvia ja Liettua ole keskenään samanlaisia. Kulakin niillä on oma kulttuurinsa ja historiansa. Historiallisesti Viro ja osa Latviaa ovat kuuluneet yhteen, kun taas Liettuan historia liittyy osittain

Puolaan. Tšekin tasavalta, Slovakia, Unkari ja Slovenia kuuluivat, kuten jo todettiin, Habsburgien valtiomuodostumaan ja saivat tämän vuoksi vaikutteita Itävallan oikeudesta.

Sen sijaan Balkanin mailla, kuten Serbia, Kroatia, Bosnia ja muut entisen Jugoslavian alueeseen kuuluneet maat, on historia, johon on vaikuttanut pitkään kestänyt turkkilaisvalta – ja sen mukana islamin oikeus. Sama koskee Romaniaa ja Bulgariaa. Tosin vuonna 1864 saatettiin tuolloisessa Romaniassa, jonka kieli on romaanista alkuperää, voimaan ranskalaisen esikuvan mukainen siviililakikirja. Nykyinen Romanian siviililakikirja on vuodelta 2013. Todettakoon, että turkkilaisvalta on vaikuttanut myös Kreikan oikeushistoriaan. Se jatkui 1400-luvulta aina maan itsenäistymiseen saakka (1823). Maan oikeudelliset juuret ovat kuitenkin Bysantissa eli Itä-Roomassa ja muun muassa Justinianuksen ajan lainsäädännössä (ks. *Corpus juris civilis*).

Itä-Euroopassa kommunismin ajan poliittisesta perinnöstä samoin kuin sosialistisesta oikeudesta on pyritty luopumaan nopeasti. Samalla on oltu avoimia uusille, länsieurooppalaiselle mutta myös amerikkalaiselle oikeudelle perustuville malleille ja säännöksille. Eräissä maissa, kuten Virossa, oikeusjärjestystä on uudistettu myös ottamalla osaksi huomioon ennen sosialistisen oikeuden (Neuvostoliiton) aikaa voimassa ollut lainsäädäntö tai sitä koskeneet uudistushankkeet.

Tyypillistä Itä- ja Keski-Euroopan entisille sosialistisille maille on ollut moniosaisen siviililakikirjan valmistelu ja hyväksyminen. Uusi yksityisoikeuden kodifikaatio on usein nähty paitsi välttämättömäksi myös muutoksen ja ”eurooppalaistumisen” symboliksi. Valmisteluhankkeissa on seurattu kiinteästi Euroopan unionin piirissä valmisteltuja ehdotuksia sekä omaksuttu sääntelymalleja etenkin Ranskan, Saksan, Sveitsin ja Hollannin oikeudesta. Sen sijaan Pohjoismaissa omaksuttu ajatus eri yksityisoikeuden aloja koskevasta erityislainsäädännöstä ei ole saanut kannatusta. Eräissä maissa, kuten Tšekin tasavallassa ja Puolassa, on tyydytty entisen, sosialismin aikana voimassa olleen lainsäädännön osittaiseen uudistamiseen.

Valtiosääntöoikeuden alalla tyypillistä on puolestaan ollut perusoikeuksia koskevan sääntelyn uudistaminen. Perus- ja ihmisoikeuksia koskevien käytäntöjen ja juridiikan kehittymistä ovat ainakin osaksi jouduttaneet myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) – usein langettavat – ratkaisut. Uusissa perustuslaeissa on yleensä taattu mahdollisuus lakien perustuslain-

mukaisuuden tulkinnalle, ja lähes poikkeuksetta se on annettu erityiselle perustuslakituomioistuimelle.

2.14 EUROOPPALAISEN OIKEUDEN HARMONISOINTI

Civil law -maiden oikeudella on perustansa roomalaisessa oikeudessa. Tämän vuoksi on mahdollista viitata pitkälle historiaan ulottuviin oikeudellisen ajattelun yhtäläisyyksiin – yhteisen oikeuskulttuurin perusteisiin. Jakautuminen selvästi kansallisiin oikeusjärjestyksiin tapahtui 1800-luvulla, mutta Euroopan unionin (EU) ja sitä edeltäneen Euroopan yhteisön (EY) perustamisesta lähtien on pyritty (jälleen) oikeusjärjestysten yhtenäisyyteen, ainakin tiettyjen oikeudenalojen harmonisoimiseen. Niinpä onkin kysytty, onko kansallinen oikeus sittenkin vain väliaikainen ilmiö.

Kysymyksessä ei kuitenkaan ole mitään mieltä. Roomalaisesta oikeudesta huolimatta paikallista oikeutta oli nimittäin aina jossain laajuudessa *ius communen* rinnalla. Silti kysymys tämän päivän oikeuden harmonisoinnista on haluttu muotoilla kysymykseksi uuden yhteiseurooppalaisen *ius communen* uudelleensyntymisestä tai -luomisesta. Toki monet nykypäivän oikeuskehityksen ilmiöt viittaavat tähän suuntaan. EU:n toimesta syntynyt sääntely samoin kuin erilaiset (viralliset ja vapaaehtoiset) harmonisointihankkeet ovat vain yksi ilmiö. Toinen on Euroopan ihmisoikeussopimuksen vaikutus. Tosi asia ovat myös monet maailmanlaajuiset konventiot, standardit ja riidanratkaisujärjestelmät. Samalla puhutaan asianajajien ”big bangista”, joka on tuonut ammattikunnan sinne, missä tärkeät ja kansainväliset/ ylikansalliset transaktiot tapahtuvat.

EU-tuomioistuin Luxemburgissa ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Strasbourgissa luovat yhteiseurooppalaista oikeuskäsitystä – jopa oikeuskulttuuria – taloudelliseen kilpailuun ja ihmisoikeuksiin liittyvän ratkaisutoiminnan avulla. EU-tuomioistuin on ollut myös aktiivisesti määrittelemässä unionin kansalaisuuden ulottuvuuksia. Lisäksi Euroopan unionin piirissä on syntynyt useita (ml. vapaaehtoiseen) yhteistyöhön perustuneita oikeuden harmonisointihankkeita, joista esimerkkeinä ovat jo aiemmin mainitut sopimusoikeutta koskevat PECL ja DCFR. Viime vuosina Euroopan unionin sääntely on ulottunut myös – yleensä kan-

sallisvaltiolliseksi mielletyn – rikosoikeuden alalle, eikä kulttuurisesti sensitiivinen perheoikeuskaan ole jäänyt ilman harmonisointiehdotuksia ja -vaikutuksia. Voidaan todeta, että viime vuosikymmenten oikeudellinen harmonisointi on vaikuttanut Euroopan maiden oikeuskehitykseen lähes yhtä merkittävästi kuin aikoinaan roomalaisen oikeuden omaksuminen. Sen vaikutus on ollut jopa roomalaista oikeutta laajempi, sillä se on ulottunut myös civil law -maiden ulkopuolelle eli Englantiin, jonka oikeutta käsitellään jaksossa 3.

2.15 LATINALAINEN AMERIKKAA

2.15.1 Espanjan entiset siirtomaat ja *derecho indiano*

Länsimaisen oikeuden, etenkin civil law -järjestelmän leviämisen, ja läntisen, laajalle maapallon eri osiin ulottuneen kolonialismin välillä on selvä yhteys. Eurooppalaiset siirtomaaisännät pitivät omaa oikeuttaan yliveritaisena ja veivät sitä muualle. Tosin voidaan todeta, että civil law'ta on ollut melko helppo viedä maasta toiseen. Roomalaisilla juristeilla oli nimittäin kyky ajatella niin yleispätevästi, ettei oikeus ollut sidottu tiettyyn yhteiskuntaan. Antiikista peräisin olevaa roomalaista oikeutta voitiin käyttää myöhemmin hyväksi kokonaan erilaisissa olosuhteissa. Samalla roomalaiselle oikeudelle rakentunut oikeus (civil law) on ollut melko helposti sovitettavissa myös Euroopan ulkopuolisiin olosuhteisiin.

Hyvä esimerkki civil law'n ulottuvuudesta on Latinalainen Amerikka, jonka espanjalaiset ja portugalilaiset ottivat siirtomaa-alueekseen 1500-luvulla. Brasiliassa puhutaan tänään portugalia ja muualla Latinalaisessa Amerikassa espanjaa. Myös maanosan nykyiset oikeusjärjestelmät perustuvat pääosin espanjalaiselle ja portugalilaiselle oikeudelle (ja Perussa myös saksalaisen BGB:n vaikutukselle).

Aikaa ennen eurooppalaisten tuloa kutsutaan esikolumbiaaniseksi aika-kaudeksi. Jo tuolloin intiaanien keskuudessa oli oikeudellisiksi katsottavia käsityksiä. Ne ovat etenkin viime vuosina olleet oikeushistoriantutkimuksen kiinnostuksen kohteina. Muutoin tutkimus on keskittynyt joko tietyn maan historiaan Espanjasta tai Portugalista vapautumisen (1800-luvulla) jälkeen, tai niin sanottuun *derecho indianoon*, jolla tarkoitetaan Espanjan kruunun

säättämää, sen amerikkalaisia siirtomaita koskevaa siirtomaa-oikeutta. *Derecho indiano* on tutkittu varsinkin Latinalaisen Amerikan espanjankielisessä osassa. Kysymys on erityisesti 1500–1700-lukujen lainsäädännöstä, jota muokattiin Espanjan siirtomaiden tarpeisiin Euroopan ulkopuolella. Ilmaus *derecho indiano* ei tarkoita vain transatlanttisia siirtomaita koskevaa erityislainsäädäntöä vaan myös muuta espanjalaista lainsäädäntöä, jota otettiin käyttöön Latinalaisessa Amerikassa.

Siirtomaavalloituksen johtava mahti oli Espanjan Kastilia. Amerikassa käyttöön tullut oikeus perustui siten Kastilian oikeuteen, joka puolestaan kuului *ius communen* vaikutuspiiriin. Näin ollen Latinalaisen Amerikan oikeushistorian voidaan katsoa liittyvän (myös) Euroopan oikeushistoriaan. Sen oikeushistoriassa on kuitenkin useita vaiheita. Ensimmäiseen aikakauteen – Amerikan löytymisestä 1492 noin vuoteen 1571 – kuuluvat etenkin periaatteelliset keskustelut espanjalaisten oikeudesta ylipäätään valloittaa maanosa amerikkalaisilta.

Tuolta ajalta on varhaista lainsäädäntöä, joka oli tarkoitettu uusien siirtomaiden alkuperäisasukkaiden olojen järjestämiseksi. Myös koko valloituksen legitimeetti kyseenalaistettiin, ja juristit ja teologit argumentoivat sekä sen puolesta että sitä vastaan. Keskustelu koski muun muassa roomalaisesta oikeudesta lainattua ilmausta *justus titulus*, omistusoikeuteen kuuluvaa termiä, joka tarkoitti oikeudellista saantoa. Ajanjaksolle tyypillisiä olivat myös monet – mutta usein tehottomat – Espanjan keskusvallan pyrkimykset suojella intiaaneja eurooppalaisten valloituksilta.

Valtio-oikeudellisesti Latinalaisen Amerikan siirtomaat olivat alusta pitäen Kastilian kuningaskunnan – *la corona de Castilla* – alaisia ja samalla tasavertainen osa hyvin laajaa espanjalaista monarkiaa. Espanjan kuningas oli Amerikan hallitsija. Veistoksissa kuvattiin Espanjan ja Amerikan suhdetta kahdella kruunatulla pylväällä tekstein *Plus Ultra*, mikä tarkoitti, että painopiste oli ”enemmän ulkopuolella”, siis Euroopan ulkopuolella. Hallinnollisesti eurooppalaiset siirtomaat jaettiin varakuningaskuntiin, joita aluksi olivat Meksiko ja Peru, ja myöhemmin (1700-luvulla) myös Uusi Granada sekä Rio de la Plata. Niihin samoin kuin paikallishallintoon tuotiin monia virkoja ja virkanimikkeitä Espanjasta.

Derecho indiano -historian tärkein aikakausi sijoittuu vuosiin 1571–1750. Tuolta ajalta on syytä mainita etenkin suuri kodifikaatio vuodelta 1680, johon kerättiin systemaattisesti siirtomaita koskevaa lainsäädäntöä. Kokoelma, nimeltään *Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias*,

on laadittu kronologisesti, ja se kostuu yhdeksästä kirjasta ja noin 6 400 laista. Nykyään se onkin Latinalaisen Amerikan oikeushistorian päälähte.

Myös rikas oikeustieteellinen kirjallisuus kehittyi varhain. Siinä otettiin kantaa niin *justus titulus* -kysymykseen kuin moniin muihinkin maanosalle tyypillisiin juridisiin ongelmiin. Yksi oikeusoppineiden käsittelemä instituutio oli *encomienda*. Se tarkoitti kuninkaan antamaa eräänlaista suosionosoitusta esim. siirtomaa-alueiden rauhoittamisessa ja uskonnollisessa käännytystyössä ansioituneille uudisasukkaille. *Encomienda* oikeutti velvoittamaan kyseisellä alueella asuvat intiaanit maksamaan veroja ja tekemään työtä *encomiendan* saajan hyväksi. Järjestelmässä havaitaan samoja piirteitä kuin Ruotsi-Suomen ns. läänitysjärjestelmässä ja sille tyypillisissä aatelisten maanomistajien ja läänitystalonpoikien välisissä suhteissa.

DE INDIARUM IURE

Tässä yhteydessä on syytä mainita yksi *derecho indianosta* kirjoittanut ja auktoriteettiaseman saavuttanut juristi, Juan Solórzano y Pereira (1575–1655). Solórzanolla oli mielenkiintoinen ura, vaikka se ei tuona aikana ollut mitenkään epätavallinen. Oli nimittäin tavallista, että juristit työskentelivät sekä emämaassa että siirtomaiden hallinnossa. Vuosina 1606–1609 hän oli oikeustieteen professori Salamancan yliopistossa Espanjassa, minkä jälkeen hänet lähetettiin Peruun toimimaan tuomarina Limassa. Vuonna 1616 hänestä tuli Perun provinssin kuvernööri, ja vuonna 1626 hän palasi takaisin Espanjaan toimiakseen Amerikan siirtomaita koskevassa korkeimmassa elimessä, *Consejo de Indias*. Solórzano kirjoitti vuosina 1629–1639 teoksen *De Indiarum Iure* (Oikeus Intiassa). Espanjassa puhuttiin nimittäin johdonmukaisesti Amerikasta Intiana. Siihen viittaa myös termi *derecho indiano*. Tämä johtui Kristoffer Kolumbuksen käsityksestä, että hän oli löytänyt meritien Intiaan. Mainittu teos julkaistiin 1647 espanjankielisenä versiona nimellä *Politica Indiana*, ja se takasi hänelle paikan Hugo Grotiuksen ja muiden 1600-luvun merkittävien juristien seurassa. Solórzano kuului niihin, jotka puolustivat ”uuden maailman” valloitusta. Hän kirjoitti asiasta paljon samalla kun hän käsitteli monia *derecho indianon* soveltamisongelmia. Yksityiskohtana voidaan myös mainita, että Solórzano kirjoitti sittemmin myös valtio-oikeudellisen teoksen, joka vaikutti muun muassa Tanskan yksinvalta-ajan valtiosäntöön *Lex Regiaan* (1665).

Voidaan todeta, että espanjalaisen oikeuden ”vieminen” Amerikkaan oli suuri projekti. Vaikka paikalliset viranomaiset useimmiten tunsivat sen, ne eivät aina käyttäneet sitä. 1700-luvulla Espanjan uuden dynastian, Bourbonien, aikana siirtomaiden hallintoa tehostettiin ja keskitettiin. Kun Espanjan siirtomaat 1800-luvun alussa irtaantuivat emämaasta, seurasivat uudet valtiomuodostumat vanhoja hallinnollisia jakoja. Myös Espanjan oikeus seurasi mukana. Latinalaisen Amerikan maille oli kuitenkin tyypillistä myös halu saada aikaan omaa kansallista lainsäädäntöä. Erityisesti Chile oli edelläkävijä humanistin ja juristin Andrés Bellow (1781–1865) johdolla. Hän valmisti Chilen siviililakikirjan (voimaan 1857 ja uudistettiin viimeksi v. 2000), josta tuli malli monelle muulle lainsäädäntöhankkeelle muun muassa Ecuadorissa, Kolumbiassa, Nicaraguassa ja Panamassa.

Argentiinassa tuli vuonna 1871 voimaan uusi, eurooppalaiselle traditiolle perustunut siviililakikirja, jonka oli valmistellut käytännöllisesti katsoen yksi lakimies Dalmacio Vélez Sarsfield (1800–1875). Vuonna 2011 asetettiin sen sijaan suuri komitea (johon kuului 80 alatyöryhmää) valmistelemaan uutta Argentiinan siviililakia. Komitean työn tuloksena syntyi luonnos (*proyecto*), jota tuomioistuimet käyttivät oikeuslähteenä jo ennen lain lopullista voimaantuloa (8/2015). Poliittisena tavoitteena on ollut uusi lakikirja, joka olisi kansalaisille selkeämpi ja ymmärrettävämpi kuin aikaisempi lähinnä saksalaisen mallin (BGB) pohjalta laadittu siviililakikirja. Kysymys oikeuslähteistä on yleisemminkin kiinnostava, sillä maassa on viime aikoina keskusteltu paljon tavanomaisen oikeuden (perinteisten oikeustapojen) asemasta oikeudenkäytössä. Myös muissa Latinalaisen Amerikan maissa kiinnostus paikallista tapaoikeutta kohtaan on lisääntynyt.

Argentiinan perus- ja ihmisoikeuksia koskevaan juridiikkaan – samoin kuin maan koko oikeuskulttuuriin – vaikuttaa maan sotilasdiktatuurien varjostama historia mutta myös Latinalaisen Amerikan maiden perustaman ihmisoikeustuomioistuimen *Corte Interamericana de Derechos Humanos* oikeuskäytäntö, jossa tulkitaan erityisesti amerikkalaisen ihmisoikeussopimuksen (*Convención Americana sobre Derechos Humanos*) määräyksiä. Toisin kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kohdalla, tuomioistui-
mella on vain neuvoa-antava funktio, eivätkä yksittäiset kansalaiset ole siinä asianosaisia. Asiat tulevat tuomioistuimeen valtioiden aloitteesta. Argentiina on liittovaltio, jonka hallinnollisessa organisoinnissa on seurattu Yhdysvaltoja. Sama koskee maan korkeinta oikeutta ja osaksi myös sen asemaa maan oikeudellisessa elämässä.

2.15.2 Brasilia

Oikeusvertailijoiden keskuudessa on viime vuosina puhuttu BRIC-maista. Niihin kuuluvat maat, joiden merkitys maailmantaloudelle kasvoi etenkin 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä, nimittäin Brasilia, Venäjä, Intia ja Kiina. Venäjän, Intian ja Kiinan oikeudesta kirjassa on omat jaksonsa. Portugalia puhuva Brasilia unohdetaan usein Latinalaisen Amerikan (tai Etelä-Amerikan) maista puhuttaessa ja huomiota kiinnitetään vain espanjaa puhuviin maihin – siitä huolimatta, että maalla on sen koon ja talouden vuoksi tärkeä asema maanosassaan ja jopa maailmanlaajuisesti.

Brasiliasta tuli 1500-luvulla Portugalin siirtomaa, mutta se ei koskaan näytellyt niin suurta osaa Portugalin historiassa kuin Espanjan siirtomaat sen historiassa. Portugalilaisten myös onnistui pitää siirtomaansa yhdessä niin, että sen entiset siirtomaat Etelä-Amerikassa muodostavat nyt yhden yhteisen valtion. Vuonna 1807 Napoleonin joukot tunkeutuivat Portugaliin. Kuningas João (Juhana) VI muutti Brasiliaan ja hallitsi maanpaossa vuoteen 1821, jolloin hän palasi takaisin Portugaliin. Juhanaa seurasi hänen 23-vuotias poikansa Pedro, joka vuonna 1822 julisti Brasilian itsenäiseksi ja antoi kruunata itsensä keisari Pedro I:ksi. Hänen poikansa Pedro II hallitsi Brasiliaa lähes koko 1800-luvun ajan. Hänestä puhuttiin usein uutena Justinianuksena (*un novo Justiniano*), sillä hänen aikanaan merkittävä juristi Augusto Teixeira de Freitas (1816–1883) työskenteli uuden brasilialaisen lainsäädännön aikaansaamiseksi. Siihen saakka oikeudenkäytön perustana oli ollut vuoden 1603 lakikokoelma (*Ordenações Filipinas*).

Uusi Brazilian rikoslaki valmistui 1830 ja kauppalaki vuonna 1850, mutta yritykset siviililakikirjan säätämiseksi kariutuivat. Vuonna 1858 julkaistiin kuitenkin Freitasin toimesta väliaikainen siviilioikeuden kokoelma, joka oli oikeuskehityksen perustana vuonna 1917 hyväksyttyyn siviililakikirjaan saakka. Freitas, kuten edellä mainitut espanjalais-amerikkalaiset oikeusoppineet Bello ja Velez Sarsfield, oli kasvanut juristiksi roomalaisoikeudellisessa traditiossa: ”Ette voi tehdä minulle suurempaa kunniaa kuin kutsua minua romanistiksi. Roomalaisen oikeuden laeissa ja opeissa on koko oikeusfilosofian sisältö”, on hänen kerrottu sanoneen. Etelä-Amerikassa vallitseekin edelleen selvä käsitys siitä, että nykyinen oikeus perustuu roomalaiselle oikeudelle mutta myös varhaiselle espanjalaiselle tai portugalilaiselle oikeudelle.

Vuonna 1888 Brasiliassa lakkautettiin orjuus. Seuraavana vuonna oli sotilasvallankaappaus, minkä jälkeen pystytettiin tasavalta. Tasavaltainen hallinto pysyi vuoteen 1930, jolloin vallan otti sotilasjunta, ja maata hallitsi vuoteen 1945 saakka diktaattori. Vuonna 1945 tasavalta palautettiin, mutta 1964 pystytettiin uusi sotilashallinto, joka pysyi vuoteen 1985. Vuonna 1988 palautettiin demokratia ja maalle hyväksyttiin uusi perustuslaki. Perustuslain mukaan presidentillä on laajat valtaoikeudet, ja muutenkin valtaa on keskitetty liittovaltion hallinnolle. Brasilia on siis liittovaltio. Osavaltioilla ja liittovaltioilla on omat tuomioistuimensa, ylimpänä asteenaan liittovaltion korkein oikeus (*Superior Tribunal de Justiça*). Se tulkitsee muissa kuin perustuslakikysymyksissä liittovaltion oikeutta ja käsittelee vain juttujen oikeudellisia, ei faktoihin liittyviä kysymyksiä. Perustuslain tulkinnasta vastaa *Supremo Tribunal Federal*.

Brasilian oikeusjärjestelmä perustuu Portugalin oikeuden perinnölle ja kuuluu näin ollen civil law -traditioon. Kuten mainittu, vuonna 1917 astui voimaan uusi siviililakikirja. Se korvasi vanhan yksityisoikeuden, joka oli perustunut Portugalin oikeuteen ja keisarin ajan lainsäädäntöön. Vanha lakikirja korvattiin uudella vuonna 2003, ja siinä on muun muassa uusia säännöksiä yhteisömuodoista helpottamassa ulkomaisia investointeja.

2.16 POHJOISMAINEN OIKEUSPERHE?

Oikeusvertailu tekee meistä viisaampia (myös) omaa oikeuttamme koskien. Pohjoismainen juristi joutuu usein vaikeuksiin, kun hän joutuu selittämään, mikä oikeastaan on tyypillistä hänen maansa tai ylipäätään pohjoismaiselle oikeudelle. Vanhemmassa oikeusvertailevassa kirjallisuudessa pohjoismaille on yleensä paikka civil law -maiden joukossa. Se ei kuitenkaan ole kaikenkattava oikeutemme luonnehdinta, mutta joka tapauksessa parempi kuin maiden sijoittaminen englantilaisen oikeuden yhteyteen.

Joka tapauksessa on syytä mainita, että Pohjoismaissa on aina oltu kiinnostuneita – jopa riippuvaisia – ulkomaisesta oikeudesta, ja monet keskeiset oikeustieteen esikuvat ovat ennen muuta Saksasta. Viime vuosina on ollut melko tavallista katsoa, että Pohjoismaita tulisi pitää omana oikeusperheenä, mikäli sellaista käsitettä edelleen halutaan käyttää. Sille on mielettämme hyvät perusteet. Pohjoismaista oikeutta ei kuitenkaan käsitellä tässä

kirjassa muuten kuin lyhyesti. Siitä on kirjoitettu paljon muissa yhteyksissä. Sen sijaan on syytä huomauttaa, että pohjoismaisesta oikeuskulttuurista voidaan oppia paljon myös vieraita oikeusjärjestelmiä opiskelemalla.

Pohjoismaiselle oikeudelle tyypillisiä elementtejä ovat roomalaisen oikeuden suoran vaikutuksen puuttuminen, ja ehkä tärkeimpänä se, että koulutettu juristikunta syntyi varsin myöhään. Tanskassa oikeustieteellinen tutkinto luotiin 1736, ja Ruotsissa ja Suomessa käytännöllisesti katsoen vasta 1800-luvun alkupuoliskolla. Ammattijuristien puute selittää myös Pohjoismaille ominaisen epädogmaattisen, käytännönläheisen lähestymistavan oikeuteen. Oikeustiede on nuori tieteenala, eikä se ole ollut samalla tavalla pitkäaikaisen teoreettisen kehityksen leimaama kuin muualla Euroopassa. Pohjoismaiden oikeustieteen juuret eivät ulotu keskiajalle, mutta 1800-luvulla se sai paljon vaikutteita saksalaisen oikeustieteen systematiikasta ja terminologiasta ja sitä kautta myös roomalaisesta oikeudesta.

Pohjoismaista oikeuskulttuuria leimaa kuitenkin myös historiallinen jatkuvuus, jos lähtökohdaksi otetaan keskiaikaiset maakuntalait ja maanlait. Ne ovat pääosin säilyneet tähän päivään saakka ja ovat osaltaan muokanneet käsitystämme lainsäädännöstä tärkeimpänä oikeuslähteenä. Sen sijaan (yksityisoikeudellista) lainsäädäntöä ei koskaan kodifioitu massiivisiin lakikirjoihin, mikä omalta osaltaan erottaa Pohjoismaat – jopa pohjoismaisen oikeudellisen argumentaation – lähes kaikista Euroopan mutta myös monista muista maailman maista.

Nykyaikaisen pohjoismaisen oikeuskulttuurin ymmärtämiseksi on myös muistettava pohjoismainen oikeudellinen yhteistyö, joka alkoi vuonna 1872 ja on johtanut moniin yhteispohjoismaisiin lakeihin mm. kauppaoikeuden, velvoiteoikeuden ja perheoikeuden alalla. Mainittuna vuonna pidettiin ensimmäinen Pohjoismainen Lakimieskokous, joka järjestetään edelleen joka kolmas vuosi (mm. 2014 Oslossa, 2017 Helsingissä). Tapana on korostaa, että pohjoismaisen oikeusyhteistyön perusta on yhteisissä pohjoismaisissa arvoissa, joita yhteistyöllä pyritään vahvistamaan. Näin se on luonteeltaan toisenlaista kuin taloudellisen integraation päämäärää edistävä EU-yhteistyö.

3 Common law

Common law viittaa nykyään yhteen maailman suurimmista oikeuskulttuureista. Sen juuret ovat Englannissa, mistä common law levisi englantilaisen kolonialismin mukana lähes kaikkialle maailmaan. Perinteisesti myös Yhdysvaltojen on katsottu kuuluvan common law -maihin, mutta sen ja Englannin oikeuden välillä on suuria eroja. Seuraavassa käsitellään ennen muuta common law'ta Englannissa, mutta jaksossa otetaan esille myös tärkeimmät englantilaisen ja Yhdysvaltojen oikeuden väliset erot. Lisäksi käsitellään valtiosääntöön ja federalismiin liittyviä kysymyksiä.

3.1 COMMON LAW KÄSITTEENÄ

Aluksi on todettava, että *common law* on Englannin historian tuote, eikä sen perusteita ole helppo ymmärtää ilman maan oikeushistorian tarkastelua. Toisin kuin edellisessä jaksossa käsitellyissä maissa, common law -maiden oikeutta on kehitetty ennen muuta tuomioistuinratkaisujen, ei lainsäädännön, avulla. Silti on huomattava, että civil law- ja common law -järjestelmien välillä on myös yhtäläisyyksiä, ja juuri ne ovat osaltaan tehneet melko helpoksi näiden kahden järjestelmän ”viemisen” ja omaksumisen muihin kulttuureihin. Molemmissa tapauksissa kyse on oikeudellisesta ajattelusta, joka liittyy oikeudellisten ongelmien ratkaisemiseen järjen (*ratio / reason*) perusteella. Kysymys on siis oikeuden perustasta, joka on riippumaton ideologiasta, uskonnosta tai erityisistä kulttuurisista olosuhteista. Samalla juuri tämä järkeen nojautunut oikeusajattelu aiheutti ongelmia, kun (esimerkiksi) englantilainen oikeus törmäsi Intiassa tai Afrikassa aivan toisentyypiseen maailmankuvaan ja oikeudelliseksi katsottavaan ajatteluun.

Common law on sen oikeusjärjestelmän nimitys, joka kehittyi Englannissa normannien valloituksen (1066) jälkeen. Myös ajalta ennen normannivalloitusta tunnetaan anglosaksisia oikeuslähteitä, mutta common law poikkesi niistä. Se on pääsääntöisesti englantilaisten tuomioistuimien

kehittämää. Ilman normannien valloitusta ei kuitenkaan olisi syntynyt mitään ”yhteistä oikeutta” – common law’ta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että common law sinänsä olisi joku täysin omintakeinen ilmiö. Normannit toivat mukanaan Manner-Euroopasta myös oikeutta koskevia ajatuksia, muun muassa senaikaisesta ranskalaisesta läänitysoikeudesta ja muista oikeusmuodoista. Kaikki nämä yhdessä saivat aikaan ainulaatuksen oikeusjärjestelmän – ja samalla erityisen oikeuskulttuurin.

Aluksi on mainittava eräs terminologinen seikka. Englantilaisen oikeuden ja common law’n välille laitetaan usein yhtäläisyysmerkki. Tämä on oikein siinä mielessä, että common law:ssa on kyse oikeudesta, joka kehittyi Englannissa keski-ajalla ja josta sittemmin tuli oikeuden perusta niissä maissa, joita kutsumme common law -maiksi. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että nämä maat tänään soveltaisivat englantilaista oikeutta. Eniten ”englantilaisia” ollaan Australiassa ja Uudessa Seelannissa, joissa asianajat, tuomarit ja oikeussalit näyttävät yleensä samanlaisilta kuin Englannissa. Yhdysvalloissa on oma järjestelmänsä. Sama koskee monia muita common law -maita, joiden oikeusjärjestelmät ovat sukua toisilleen, mutta samalla ne saattavat poiketa hyvinkin paljon toisistaan. Niitä kuitenkin yleensä yhdistää se, kuinka common law’ta on omaksuttu.

On myös jo nyt syytä todeta, että Skotlannin oikeus ei ole common law -oikeutta. Sen sijaan se kuuluu niihin järjestelmiin, joista jaksossa 5 puhutaan oikeudellisina sekajärjestelminä (*mixed legal systems*). Skotlannin oikeuden perusta on civil law -järjestelmässä, mutta siinä on myös paljon common law -vaikutteita, jotka johtuvat unionista Englannin kanssa (1707–).

Common law’n erityispiirteiden ymmärtämiseksi on tunnettava ennen muuta tuomareiden rooli varhaisessa Englannissa. Common law ei ole oikeusjärjestelmä, joka olisi perustunut tiettyyn auktoritatiiviseen tekstiin, kuten roomalainen oikeus tai islamin oikeus. Common law’n historiallinen ydin on siinä käytännössä, jonka maata kiertävät tuomarit loivat päättäessään oikeudesta ja (näin) pitäessään yllä rauhaa. Toisin kuin antiikin Roomassa, kyse oli ammattituomareista, joiden päätehtävänä oli toimia tuomareina. Myös myöhemmässä Englannin oikeushistoriassa on korostunut tuomioistuimien keskeinen rooli ja niiden riippumattomuus; usein viitataan johtavaan englantilaiseen tuomariin Sir Edward Cokeen, joka jo 1600-luvun alussa puolusti tuomioistuihin kuninkaan puuttumista vastaan.

Perusteiltaan englantilainen tuomioistuinprosessi näyttäisi muistuttavan roomalaista tuomioistuinmenettelyä, mutta silti on kiistanalaista, onko roomalainen oikeus todella vaikuttanut siihen vai onko kyseessä aivan itsenäinen kehityskulku. Joka tapauksessa tuomioistuinmenettely perustui kuninkaan auktoriteettiin nojautuvaan asiakirjaan, *writiin*. Näin ollen siinä on samanlaisia piirteitä kuin preettorien hallitsemassa roomalaisessa tuomioistuinmenettelyssä. Common law’n rinnalle kehittyi keskiajalla sitä täydentävä oikeusjärjestelmä, niin sanottu *equity*, joka teki mahdolliseksi sellaisten juttujen käsittelyn tuomioistuimessa, joita varten common law ei tarjonnut oikeuskeinoja (*writejä*).

Common law’n synty ajoittuu melko lailla samoihin aikoihin ensin Bolognassa ja sitten muualla Euroopassa tapahtuneen yliopistojen perustamisen sekä niissä käynnistyneiden roomalaisen oikeuden opintojen kanssa. Englantilaiselle oikeudelle oli kuitenkin luonteenomaista, ettei oikeudellista opetusta annettu yliopistoissa. Kyse oli käytännöllisesti suuntautuneesta opetuksesta, joka tapahtui Lontoossa lakimiesten yhteenliittymien (*Inns of Court*) toimesta. *Inn*-järjestelmä aiheutti sen, että yliopistokoulutetuilla juristeilla on myöhemminkin ollut muuta Eurooppaa vähäisempi merkitys Englannin oikeuskehitykselle. Eräs tunnettu oikeusoppinut 1700-luvulta on Sir William Blackstone, joka kirjoitti esityksen Englannin oikeudesta (*Commentaries on the Laws of England*, 1766), mutta muutoin nimenomaan oikeuskäytännön edustajat ovat luoneet maan oikeushistoriaa. Esimerkkinä voidaan mainita lordi William Mansfield (1705–1793), jolla oli keskeinen merkitys integroitaessa kauppaoikeutta osaksi common law -järjestelmää.

1800-luvulla Jeremy Benthamista tuli englantilaisen oikeuden uudistamisen puolestapuhuja. Hän kannatti oikeuden kodifioimista ja sen yksinkertaistamista. Osaksi hänen suuntaviivojensa mukaisesti 1870-luvulla toteutettiin uudistus, joka teki common law- ja *equity*-järjestelmistä samanarvoisia niin, että samat tuomioistuimet saattoivat soveltaa kumpaakin.

3.2 COMMON LAW ENGLANNISSA

3.2.1 ”*The Birth of Common Law*”

Yksi laajoista Englannin oikeushistoriaa käsittelevistä teoksista, J. H. Bakerin *An Introduction to English Legal History* (2002), alkaa oikeustapausten (*cases*) listalla sekä luettelolla kuninkaista vuodesta 1066 lähtien. Näin on lyhyesti ilmaistu Englannin oikeuskehityksen lähtökohdat. Vuosi 1066 oli käännekohta maan historiassa samoin kuin common law’n kehityksessä. Avain englantilaisen oikeuden ymmärtämiseen on yhtäältä siinä vallan keskityksessä, joka seurasi vuoden 1066 normannivalloitusta, ja toisaalta niissä tuomioistuinmenettelyn mekanismeissa, joilla ohjattiin oikeudellisten instituutioiden kehitystä.

Englannin oikeushistoria – eli common law’n historia – ei siis ole lain-säädännön tai yliopistoissa syntyneen oppineiden oikeuden historiaa. Se on oikeuskäytännön historiaa. Samalla koko common law’n historia on sidoksissa Englannin yleisempään historiaan ja vuosien kuluessa vaihtuviin hallitsijoihin. Englannin oikeushistorioitsijat puhuvat mielellään common law’n ”synnystä” korostaen näin, ettei common law’lla ollut edeltäjiä, vaan se syntyi omana järjestelmänään Englannin tuomioistuimissa runsaan puolentoista vuosisadan aikana. Varhainen common law oli teknistä ja rakentui niin sanottujen *written* sekä omintakeisen tuomioistuinjärjestelmän varaan juryineen ja kuninkaallisine tuomioistuimineen.

Englantilainen erikoistermi sille, mitä ammattijuristilta odotettiin, oli kyky ns. pledeeraukseen (*pleading*). Sana tarkoittaa tänään eräänlaista johdantoa oikeuskäsittelyyn. Aikaisemmin se kuitenkin viittasi niihin monimutkaisiin menettelytapoihin, joilla erityyppiset jutut vietiin juryn eteen. Sen hallitseminen kuului juristin taitoihin, sillä juuri tämän *pleadingin* avulla, esittelemällä jutun tosiasiat, *facts*, asianajaja osoitti, että kyseinen olosuhde kuului tietyn *written* alaan. Common law’n ymmärtämiseksi onkin tärkeää huomata, että järjestelmä on kiinnittynyt prosessiin. Tuomarin rooli oli johtaa oikeuskäsittelyä ja hänen tehtävänään oli kysymysten esittäminen jurylle. Asianajajat puolestaan saivat *pleadingin* avulla esille ne relevantit tosiasiat, jotka perustelivat jutun oikeudellista ratkaisemista juuri tietyn *written* – ei siis minkään lain säännöksen – nojalla.

Englantilainen järjestelmä osoitti pitkään ”vastustuskykyä” vieraille vaikutteille. Kun roomalainen oikeus syntyi uudelleen ja sitä alettiin opet-

taa Bolognassa 1100-luvulla, alettiin myös Oxfordissa ja Cambridgessa opettaa civil law -järjestelmälle tyypillisiä kysymyksiä. Silti se oppi, jonka englantilaiset juristit saivat roomalaisesta oikeudesta, ei johtanut roomalaisen oikeuden omaksumiseen, vaan enemmänkin sen torjumiseen. Tunnettu ilmaus englantilaisen oikeuden muutoksen torjumisesta oli ”*Nolumus leges Angliae mutare*” (”Emme halua muuttaa Englannin oikeutta”). Näin todeten eräs tuomari kieltäytyi vuonna 1236 soveltamasta kanonisen oikeuden normia, jolla avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen asema olisi voitu laillistaa vanhempien myöhemmin solmimalla avioliitolla.

Myös englantilaisella juristikoulutuksella oli omat erityispiirteensä. Koulutus tapahtui vain hyvin rajoitetusti yliopistoissa. Juristikoulutusta tarjottiin pääasiassa edellä mainituissa *inneissä* (*Inns of Court*) Lontoossa. Ne olivat asianajajien yhteenliittymiä. Lontoossa on edelleen neljä *inniä* ja niissä koulutetaan asianajajia, joilta nykyään edellytetään myös korkeakouluopintoja – mutta ei välttämättä juridiikassa. Perinteisesti asianajajat ovat joko toimistoasianajajia, *solicitors*, tai varsinaisia tuomioistuimissa esiintyviä asianajajia *barristers* (*at the bar*, aitaus tai kaide, jonka takana asianajajat seisoivat).

Joskus väitetään, että englantilainen järjestelmä olisi saanut vaikutteita islamilaisista oikeuskouluista, *madhhabit*. Ne tulivat tunnetuiksi Euroopassa ristiretkien aikaan. Tämä on kuitenkin vain epävarma oletamus. Englannilla oli jo hyvin varhain oma järjestelmänsä ja muulla Euroopalla omansa, ja näin Englannin oikeuskehitys eristäytyi muun Euroopan kehityksestä. Tämän vuoksi juuri sellaiset sanat kuin *isolation* ja *particularity* liitetään common law -traditioon. Silti common law levisi myöhemmin laajalle muualla maailmassa, ja Englannin siirtomaavallan seurauksena 1700- ja 1800-luvuilla siitä tuli johtava oikeusjärjestelmä civil law’n rinnalle.

Englannin oikeus on ollut kuitenkin myös muuta kuin common law. Puhumalla vain common law’sta ei tehdä oikeutta varsinkaan Englannin varhaiselle oikeudelle. Esimerkiksi roomalaiset olivat myös Englannissa – ja näin ehkä myös jotain roomalaisesta oikeudesta. Lisäksi jälkipolville on säilynyt varhaisia englanniksi kirjoitettuja muistiinpanoja oikeudesta, ns. anglosaksisesta oikeudesta, ajalta ennen normannien valloitusta. Ne viittaavat sisällöltään ja rakenteeltaan muun Euroopan kanssa samankaltaiseen varhaiseen oikeuskerrostumaan. Anglosaksisilla oikeuslähteillä oli omana aikanaan suuri merkitys, ja ne ovat hyviä esimerkkejä varhaisista

laeista, jotka oli laadittu kansankielellä. Ne vaikuttivat kuitenkin vain vähän Englannin myöhempään oikeuskehitykseen.

Kuningas Vilhelm (Vilhelm Valloittaja) keskitti vallan Lontoon Westminsteriin. Samalla hän takavarikoi kaiken maaomaisuuden ja päätti, että vain kuningas saattoi määrätä, kenellä oli oikeus kiinteään omaisuuteen. Periaatteessa tämä järjestys on edelleen voimassa niin, että omistusoikeus maahan kuuluu kuninkaalle (kuningattarelle), kun taas muilla on vain laajempi tai suppeampi käyttöoikeus. Myös englantilainen oikeudellinen terminologia heijastaa tätä ilmiötä. Siitä puuttuu esimerkiksi vastine roomalaisen oikeuden käsitteelle *dominium*. Maata ei omisteta vaan sitä hallitaan ja käytetään, ja englantilaiset sanovat, että maahan liittyvät oikeudet voivat olla *held* tai *enjoyed*. Laajin käyttöoikeus on *fee simple*, jolloin kyse on periaatteessa rajoittamattomasta omistuksesta. Voidaan sanoa, että hyvin pian vuoden 1066 jälkeen kuninkaalla ja hänen neuvostollaan (*Curia regis*) oli kaikki se, mitä kutsutaan lainsäädäntö-, täytäntöönpano- ja tuomiovallaksi. Jo varhain tuomiovalta kuitenkin erotettiin erillisille tuomioistuimille, kun taas parlamentti jakoi lainsäädäntövallan kuninkaan kanssa.

Erityisesti Henrik II (1154–1189) aikana kehitettiin aktiivisesti common law -järjestelmää. Kolme uutta tuomioistuinta loi oikeudellista yhtenäisyyttä. *Court of Exchequer* oli niistä ensimmäinen, ja se otti käsiteltävikseen veroja ja muita vastaavia kysymyksiä koskevat konfliktit, joissa kuninkaalla oli taloudellista intressiä. *Court of Common Pleas* käsitteli ennen kaikkea yksityisten välisiä velvoitteita ja kiinteää omaisuutta koskevia asioita. *The King's Bench*, joka ensimmäiset vuosisadat seurasi kuningasta tämän matkoillaan, käsitteli asioita, joilla oli julkista intressiä. Sen asema voimistui *Court of Common Pleasin* kustannuksella, niin että vahingonkorvausasiat ja vähitellen myös sopimuksia koskevat kysymykset siirtyivät sinne.

Entiset paikalliset tuomioistuimet jatkoivat aluksi uusien kuninkaallisten tuomioistuinten rinnalla, mutta ajan kuluessa ne saivat väistyä. Uudet tuomioistuimet sijaitsivat Westminsterissä, nykyisessä Lontoossa, mutta suurimman osan aikaa tuomarit matkustivat ja käyttivät oikeutta Lontoon ulkopuolella nimikkeellä *itinerant judges*. Näin he tuomitsivat eri puolilla maata kuninkaan tuomiovallan edustajina.

3.2.2 Writ-järjestelmä

”Where there is no writ, there is no right”, kuului englantilainen periaate, joka viittasi prosessuaaliseen järjestelmään edellä mainituissa uusissa kuninkaallisissa tuomioistuimissa. Ilman niin sanottua *writiä*, jonka kuninkaan kanslia (*the Chancery*) tai paikallinen virkamies kuninkaan valtuutuksen perusteella antoi, ei yhtään oikeusjuttua voitu aloittaa. Näin ollen jutun perusta oli muotoiltu kuninkaan määräykseksi tuomarille aloittaa jutun oikeuskäsittely. *Writien* lukumäärä oli rajoitettu tiettyihin asiatyyppeihin, ja juttu oli hävitty, jos oli valittu väärä *writ*. Helposti saattoi käydä myös niin, että joku asiantila ei mahtunut minkään *writin* alaan, jolloin kyseistä asiaa ei ollut mahdollista saada lainkaan tuomioistuimessa käsiteltäväksi. Systeemi jäykistyi, kun kanslia ei taipunut uusien *writien* luomiseen.

Englantilaisten itseymmärrykseen kuuluu käsitys, että roomalaisen oikeuden vaikutus maassa on ollut vähäistä, eikä ajatus englantilaisesta oikeudesta itsenäisenä blokkina ole viime vuosinakaan huomattavasti muuttunut. Joka tapauksessa jutun saamiseksi tuomioistuinkäsittelyyn tarvittiin *writ*, jota roomalaisessa prosessijärjestelmässä vastasi *actio*. *Actio* oli tietty kanneperuste, jonka roomalainen virkamies (preetori) hyväksyi, ja jolla juttu saatiin (yksityisen) tuomarin käsiteltäväksi. Prosessijärjestelmä oli näin ollen ratkaiseva sille, oliko oikeutta ja samalla oikeussuojaa ”saatavilla”. Englantilaisia samoin kuin roomalaisia kiinnosti näin ollen ”*remedies, not rights*” – kun puuttui *remedy*, puuttui myös *right*.

Esimerkkinä *writ*-järjestelmästä voidaan mainita *writ*, joka kulkee nimellä *writ of trespass*. Se vaikutti merkittävästi englantilaiseen vahingonkorvauskorvausoikeuteen, joka ei rakennu yleiselle korvausperiaatteelle, vaan ajatukselle vahinkoa aiheuttavista toimista, joita yhdessä kutsutaan termillä *torts*. *Torts* on esimerkki ranskan kielestä vaikutteita saaneesta oikeuskielestä. Siitä käytetään nimitystä *Law French*, joka tarkoittaa erityistä Englannissa käytössä olevaa juridista terminologiaa. Tämä terminologia loi common law’sta suljettua järjestelmää, jota vain siihen vihkiytyneet saattoivat ymmärtää. Vahingonkorvausoikeutta kutsutaan nimellä *law of torts*. Jäljempänä mainittava esimerkki on *writ of trespass*, joka koski välitöntä vahingon aiheuttamista, yhdistettynä toiseen, *writ of assumpsit*’iin (lat. *assumere*, ’velvoittautua’), joka liittyi sopimuksiin. Omistusta koskeva *writ of disseisin* suojasi puolestaan oikeudettomalta omaisuuden vallinnalta. Velvoiteoikeudelliset *writit* koskivat velkaa (*debt*) tai sitoumusta (*covenant*).

Writeillä oli nimityksiä, jotka yhdistivät latinaa, englantia ja vanhempaa ranskaa. Tilanne oli toinen kuin esimerkiksi Ruotsissa ja Tanskassa, jossa oikeuslähteitä oli jo varhain kirjoitettu ruotsiksi ja tanskaksi. Näin oikeus oli myös ainakin periaatteessa helposti saatavilla. Englannin oikeudesta, common law'sta, tulikin monimutkainen oikeusjärjestelmä, jota maallikot eivät hallinneet. Järjestelmä pystyi hyvin "vastustamaan" roomalaisen oikeuden vaikutteita, mutta päinvastoin kuin Pohjoismaissa, sen käyttämiseen tarvittiin aina ammatillista erityisosaamista. Sen sijaan tuomioistuintratkaisut tehtiin Englannissa usein maallikkojen myötävaikutuksella, sillä juryt ottivat juridiikkaa hallitsevan tuomarin opastamana osaa sekä siviili- että rikosasioiden käsittelyyn common law'n alkuajoista lähtien. Jury-järjestelmä on edelleen oleellinen osa Englannin tuomioistuinlaitosta.

TRESPASS ON THE CASE JA ASSUMPSIT

Ei ole aivan helppoa selittää, mitä *writit* olivat. Seuraavat kaksi esimerkkiä osoittavat, kuinka monimutkaista oikeudellinen kieli oli ja kuinka kaukana juristien käyttämä terminologia oli aivan arkipäiväistenkin konfliktien käsittelyssä maallikkojen puheesta. Esimerkeissä asiat, jotka olivat antaneet aiheen *writin* antamiselle, koskivat yhtäältä vahinkoa, jonka silmän parantaakseen ottanut oli sille aiheuttanut, ja toisaalta vahinkoa, joka oli aiheutunut siitä, ettei vaunujen valmistamiseen liittyvää sopimusta ollut täytetty. Ensimmäinen kulki nimellä *Trespass on the Case*, jota käytettiin, kun kyseessä oli vahingon aiheuttaminen mm. ihmisen terveydelle sopimussuhteessa. Toisessa tapauksessa käytettiin *writiä Assumpsit*, joka liittyi sopimusrikkomukseen. Teksti on latinaksi sekä englanninkielisenä käännöksenä.

Rex vic. sal. &c. as in Trespass ostensusus: quare [e.g.: for misfeasance] cum idem X ad dextrum oculum ipsius A casualiter laesum bene et competenter curandum apud Trumpington pro quadam pecuniae summa prae manibus soluta assumpsisset, idem X curam suam circa oculum praedictum tam negligenter et improvide apposuit, quod idem A defectu ipsius X visum oculi praedicti totaliter amisit, ad damnum ipsius A viginti librarum ut dicit. Et habeas ibi &c

The King to the sheriff greeting & c. as in Trespass to show: wherefore whereas he the said X undertook well and competently to cure the right eye of the said A, which was accidentally injured, for a certain

Writ-järjestelmän yhteydessä voidaan mainita myös keskiaikainen teos *De legibus et consuetudinibus Angliae* (Englannin laeista ja oikeustavoista). Se oli luultavasti kirjoitettu muistiin vuoden 1230 paikkeilla, ja se yhdistetään Henry de Bractoniin. Teos rakentuu *writeille* ja oikeuskäytännölle, mutta osoittaa kirjoittajansa hallitsevan myös roomalaista ja kanonista oikeutta. Teos tunnettiin hyvin 1200- ja 1300-luvuilla, mutta se ei saanut pysyvää merkitystä tai seuraajia. Seuraavina vuosisatoina common law rakentui-kin sen varaan, mitä tapahtui oikeussaleissa, ei teoreettisille pohdinnolle – oikeustieteen professorit eivät olleet mukana oikeuden kehittämisessä kuten civil law -maissa.

Vuoden 1258 jälkeen ei annettu enää uusia *writejä*. Samat *writit*, tai kuten myös sanottiin, *forms of action*, olivat vuoteen 1873 saakka edellytyksenä

sum of money beforehand received, he the same X so negligently and carelessly applied his cure to the said eye, that the said A by the fault of him the said X totally lost the sight of the said eye, to the damage of him the said A of twenty pounds, as he saith, and have there &c.

quare [e.g.: for non-feasance] cum idem X tres currus pro victualibus ipsius A ad partes transmarinas ducendis pro certa pecuniae summa prae manibus soluta infra certum terminum inter eos concordatum facere et fabricare apud Trumpington assumpsisset, idem X currus praedictos infra terminum praedictum facere et fabricare non curavit per quod A diversa bona et catalla sua ad valentiam centum marcarum, quae in curribus praedictis duci debuissent, pro defectu curruum praedictorum totaliter amisit ad grave damnum ipsius A ut dicit et habeas &c.

Wherefore whereas he the said X undertook to make and build three carriages for conveying victuals of him the said A to parts beyond the sea for a certain sum of money beforehand received, within a certain term between them agreed; he the said X did not take care to make and build the carriages aforesaid within the term aforesaid, by which he the said A hath wholly lost divers his goods and chattels, to the value of one hundred marks, which ought to have been conveyed in the carriages aforesaid, for want thereof to the great damage of him the said A as it is said: and have there &c.

sille, että asia voitiin tuoda tuomioistuimen käsittelyyn. Mainittuna vuonna englantilainen oikeuslaitos uudistettiin. *Writ*-järjestelmä lakkautettiin, ja oikeudenkäynnin lähtökohdaksi tuli aineellinen oikeus, eikä enää itse menettely ja sen muodollisuudet.

3.2.3 *Magna Carta*

Suomalaisesta näkökulmasta englantilainen oikeus näyttää melko oma-laatuselta, ja yhtäläisyyksiä oman järjestelmämme kanssa on vähän. Toisin on kuitenkin valtiosääntöoikeuden kohdalla. Englantilainen oikeus on vaikuttanut muun Euroopan oikeuskehitykseen ja sittemmin myös Pohjoismaiden valtiosääntöoikeuteen. Englannin valtiosääntöoikeuden keskeisin dokumentti, jolla on suuri symboliarvo etenkin vallankäytön rajoituksia ajatellen, on *Magna Carta*. Se on myöhemmin annettu nimitys vuoden 1215 asiakirjalle, joka oli sopimus poliittisesti horjuneen kuninkaan (Juhana Maaton) ja englantilaisten suurmiesten välillä. Suurmiehet protestoivat muun muassa siitä, että kuningas saattoi päättää heiltä kannettavista veroista. *Magna Cartasta* tuli osa Englannin valtiosääntöä, ja sen sinänsä vähäiset yleisemmät määräykset muun muassa henkilökohtaisen vapauden turvaamiseksi saivat sittemmin suurta merkitystä varsinaisten vapausoikeuksien edeltäjinä. Sinänsä *Magna Carta* oli vain kuninkaan ja muutaman suurmiehen välinen sopimus, ja sen perimmäisenä tavoitteena oli rajoittaa kuninkaan puuttumista suurmiesten erioikeuksiin.

Eräät *Magna Cartan* määräykset koskevat myös tuomioistuimia. Siinä muun muassa todetaan, että kuninkaallisten tuomioistuinten (tuomarien) tuli jakaa oikeutta siellä, missä paikalliset tuomioistuimet sijaitsivat. Toinen esimerkki on 45. artiklasta: ”*We will appoint as justices, constables, sheriffs, or other officials, only men that know the law of the realm and are minded to keep it well.*” Sittemmin *Magna Cartaa* täydennettiin uudemmilla valtiosääntöoikeudellisen aseman saaneilla laeilla. Esimerkiksi vuodelta 1689 olevalla *Bill of Rightsilla* vahvistettiin parlamentin asemaa.

Eräs tunnettu juristi 1600-luvun alkupuolelta on englantilainen (*Chief Justice*) Sir Eward Coke. Hän puolusti kuningas Jaakko I:n aikana tuomioistuinten vapautta kuninkaan puuttumista vastaan. Tuomioistuinten riippumattomuutta ajatellen erityisen tärkeäksi tuli vuosi 1701. Englannin

valtionsääntöön kuuluu nimittäin myös vuoden 1701 *Act of Settlement*, joka koski varsinaisesti englantilaista kruununperimysjärjestystä, mutta vahvisti samalla, että tuomari voitiin erottaa vain parlamentin päätöksellä. Näin otettiin tärkeä askel tuomioistuinten riippumattomuuden varmistamiseksi. Perinteistä vallan kolmijako-oppia ajatellen Englanti muodosti kuitenkin pitkään kiinnostavan muunnelman. Korkein oikeusaste oli *the House of Lords* (Parlamentin ylähuone). Vasta vuonna 2009 perustettiin varsinainen korkein oikeus (*The Supreme Court of the United Kingdom*).

3.2.4 Lainsäädäntö oikeuslähteenä

Sanalla common law on useita merkityksiä. Termiä käytetään yleensä englantilaisen oikeuden nimityksenä vastakohtana mannereurooppalaiselle oikeudelle, civil law’lle. Englantilaiset näkevät asian kuitenkin yleensä niin, että common law on erityistä tuomarien luomaa oikeutta vastakohtana lainsäädännölle (*statutes*). Englantilaiset tuomarit valvovat perinteisesti lainsäätäjän puuttumista common law’hon. Tämän vuoksi heille on tyypillistä myös lakien kapea tulkinta. Samalla tuomioistuimet yleensä jättävät huomiotta lakien esityöt tai muun aineiston, joka valaisisi lain tarkoitusta. Lainsäätäjän onkin oltava tarkka lain tekstissä; juuri se on tuomarien käsityksen mukaan pätevä. Samalla katsotaan, että lainsäädännös on voimassa vasta, kun tuomioistuimet ovat sitä soveltaneet. Common law on tuomarien ”kotipesä”, ja he tuntevat itsensä vapaiksi päättämään siitä, mitä common law on, ja missä kulkee raja lainsäätäjän puuttumiselle ”heidän” alueeseensa. Englantilaiset tuomarit eivät vain kanna huolella peruukkia ja viittaa, vaan katsovat olevansa vastuussa ”oikeuden puolustamisesta”.

3.2.5 Equity

Englantilaisen oikeuden ymmärtämiseksi on syytä mainita myös *equity*, joka syntyi common law’n rinnalle. Se täydensi tarvittaessa common law’ta. Eräs common law’n (samoin kuin varhaisen roomalaisen oikeuden) erityispiirre oli, että tuomion täytäntöönpano saattoi tapahtua vain tietyn rahasumman maksamisena, ei luontaissuorituksena. Ja kun common law oli pitkään *writ*-järjestelmän sitoma, oli vaateita, joita ei edes voitu viedä

tuomioistuimen käsiteltäviksi. Tällöin *equity* saattoi tarjota apua. Teknisesti tämä tapahtui niin, että kuninkaan kansleri (*Chancellor*) käsitteli omassa tuomioistuimessaan niitä asioita, joita ei voitu ottaa ratkaistaviksi common law -tuomioistuimissa.

Näin kehittynyt oikeus sai nimen *equity*, tarkoittaen kohtuutta, ja tuomioistuimesta tuli kanslerin mukaan *Court of Chancery*. Common law ja *equity*, joka sekin jäykistyi vähitellen, kehittyivät siis eri tuomioistuimissa, ja vasta vuosien 1873–1875 perusteellisissa uudistuksissa järjestelmät yhdistettiin niin, että sama tuomioistuin saattoi ottaa kantaa sekä common law’n että *equityn* perusteella esitettyihin vaatimuksiin.

Kolmas common law’n merkitys on näin ollen sen vastakohta *equitylle*, joka taas muistuttaa perusteiltaan roomalaisten preettorien luomaa (uutta) oikeutta (*ius honorarium*). Myös preettorin tehtävänä oli täydentää tai korjata perinteistä oikeutta, *ius civileä*. *Equity* on edelleen osa Englannin oikeudellista järjestelmää, mutta sen ja common law’n välinen ero ei ole niin merkityksellinen kuin aikaisemmin. Silti eräiden sopimus- ja esineoikeuden kysymysten ymmärtäminen edellyttää tietoa tuosta erosta.

3.2.6 *Stare decisis* -oppi

Lainsäädäntöön perustuvaan oikeusjärjestykseen tai suurten lakikirjojen kattavuuteen tottuneelle juristille common law vaikuttaa kaoottiselta. Common law’n käyttäminen edellyttää oikeuskäytännön syvällistä tuntemista sekä kokemusta siitä, kuinka löydetään juuri se aikaisempi oikeusjuttu, joka perustuu (tietyille) samankaltaisuuksille ja eroille uuden tuomioistuinikäsitteilyä odottavan asian kanssa. Englantilainen oikeus perustuu nimittäin ajatukselle siitä, että aikaisemmat ratkaisut samankaltaisissa kysymyksissä on asetettava perusteiksi myöhemmille ratkaisuille. Tätä kutsutaan termillä *stare decisis* tai *the doctrine of precedent*, ja se tarkoittaa käytännössä, että englantilaiset tuomioistuimet ratkaistessaan niiden käsiteltäviksi tulevia juttuja ovat vanhempien ratkaisujen sitomia. Tosin *the House of Lords* (*Lords of Appeal in Ordinary*), joka ennen vuotta 2009 oli ylin oikeusaste, totesi 1966, että vanhemmista ratkaisuista voitiin olla vapaita silloin, kun yhteiskuntakehitys sitä vaati. Kyse on sitovista ylemmän oikeusasteen antamista prejudikaateista, *binding precedents*, kun taas rinnakkaisten tai alempien tuomioistuinten päätökset voivat sisältyä uuteen ratkaisuun

muuten kuin sitovina ollen ns. *persuasive precedents*.

Stare decisis -periaate liittyy läheisesti juuri *binding precedents* -ajatuksen. Termi on lyhenne latinankielisestä ilmaisusta *stare decisis et non quieta movere*. Se tarkoittaa, että on pidettävä kiinni tehdyistä ratkaisuksista; ei tule järkyttää sitä, mitä on kerran päätetty. Sanaan ”*decisis*” sisältyy ajatus, että nimenomaan itse ratkaisulle täytyy antaa merkitystä, eli sille, että tuomioistuin on perustanut ratkaisunsa tietyille tosiasioille. Aikaisempi ratkaisu nähdään sitovana, jos siinä on ratkaistu nyt tuomioistuimen käsiteltävänä olevan asian kanssa sama kysymys. Tosiasioiden (*facts*) tulee olla riittävän samankaltaiset kuin aikaisemman jutun ratkaisemisen kannalta merkittävänä pidetyt faktat.

Jutun ratkaisevaa momenttia tai sitä perustetta, joka jutussa vahvistettiin, kutsutaan termillä *ratio decidendi*. Muu osa tuomiota (sen tekstiä) on *obiter dictum*. Tosin sillekin voidaan antaa merkitystä, mutta sillä ei ole samaa sitovaa vaikutusta. Tuomareiden kantaa voidaan selvittää äänestyksellä, joka ei välttämättä aina koske itse lopputulosta, itse ratkaisua. Sitä voidaan tarvita sen selvittämiseksi, mikä ratkaisussa on *stare decisis* ja mikä *obiter dictum*.

Ratkaisevaa englantilaiselle oikeusjutulle ovat siis sen tosiasiat (*the facts*). Tuomioistuimet painottavat asian tosiasioita ja lähtevät ratkaisussaan niistä, kun taas me ja muut *civil law* -juristit korostamme, että ratkaisun lähtökohdat ovat lainsäädännössä, sen vahvistamissa oikeudellisissa periaatteissa. Konkreettinen common law’n mukainen oikeutta koskeva kannanotto syntyy tuomioistuimessa vertaamalla useampien juttujen tosiasioita. Se syntyy faktoja vertaamalla – ei yleisiä oikeudellisia sääntöjä tai periaatteita koskevista johtopäätöksistä. Toki myös englantilainen juristi operoi periaatteilla, mutta hänen taitavuutensa näkyy kyvyssä löytää tuomioita tutkiessaan ne johtavat periaatteet, jotka on ilmaistu jutun *ratio decidendissä*. Ylipäättään englantilaiset juristit arvostavat enemmän pragmatismia ja yksittäistapauksiin suuntautunutta tapaa löytää oikeus kuin mannereurooppalaista oikeuden kodifointia.

Juuri *the doctrine of precedent* ja *stare decisis* -oppi korostavat tuomioistuinten merkitystä common law’n kehittämisessä. Käsitys tuomarien luomasta oikeudesta on kuitenkin yhteiskuntakehityksen myötä muuttunut enemmänkin ihannekuvaksi kuin vastaa todellisuutta. Lainsäädännöllä on nimittäin nykyään melko tärkeä rooli, mutta kuten todettiin, tuomioistui-
met ovat taipuvaisia tulkitsemaan lakeja ahtaasti; niiden voimassaolo ikään

kuin testataan tuomioistuimissa. Common law’n ydinalueita ovat sopimukset, sopimukseen perustuva ja sen ulkopuolinen vahingonkorvausvastuu samoin kuin muut perinteiset yksityisoikeuden alat, joissa asianosaiset ovat (periaatteessa) tasavertaisia. Sen sijaan valtion ja kansalaisen suhteeseen liittyvät kysymykset säännellään yleensä laeilla, esimerkkinä Englannin uusin terrorismin vastainen lainsäädäntö, joka on omalta osaltaan muuttanut common law’lle tyypillistä käsitystä oikeudesta yksilön turvana valtiovallan puuttumista vastaan. EU-oikeuden etusijaperiaate koskee luonnollisesti myös Englantia, ja EU:n lainsäädäntö on myös siellä voimassa olevaa oikeutta.

Lainsäädäntö kuuluu parlamentille, ja englantilaisessa oikeusäännösten hierarkiassa lainsäädäntö on itsestään selvästi tuomarien luoman common law’n yläpuolella. Siinä missä tuomioistuimet pyrkivät rajoittamaan lakien vaikutusta, pyrkii parlamentti välttämään sellaista yksityiskohtaista lainsäädäntöä, joka puuttuisi common law’n sisältöön, ja pysyttelee yleisemmissä periaatteissa.

Tässä yhteydessä voidaan myös todeta, että yksi englantilaisen oikeuden keskeisimpiä käsitteitä on Euroopassa tänään laajalti käytetty *the rule of law*. Se on englantilainen vastine saksalaisperäiselle oikeusvaltioperiaatteelle (*Rechtsstaat*) eli ajatukselle, että valta on sidottu oikeudella, ja oikeus on ase despotismia vastaan. Siitä kuitenkin historiallisista syistä puuttuu viittaus valtioon: tärkeintä on oikeus. Skotlantilainen Samuel Rutherford kirjoitti käsitteestä kirjassaan *Lex, Rex, or the Law and the Prince* jo vuonna 1644, ja periaatteella on luonnollisesti läheinen yhteys vallanjako-oppiin samoin kuin yleisempäänkin tuomioistuinten ratkaisujen kunnioittamiseen.

3.2.7 Oikeudelliset auktoriteetit

William Blackstone

Vaikka oikeustieteellä on vähäisempi merkitys Englannissa kuin civil law -maissa, myös siellä on merkittäviä oikeusoppineita, joiden tunteminen kuuluu common law’n osaamiseen. 1700-luvulla Sir William Blackstone (1723–1780) kirjoitti esityksen englantilaisesta oikeudesta. Hän esitti common law’n roomalaisen oikeuden *institutiones*-järjestelmän mukaisesti lähtökohtanaan jako henkilöihin, esineisiin ja kannetoimiin. Teos (*Commentaries on the Laws of England*) ilmestyi vuosina 1765–1769 ja

sen jälkeen lukuisina uusina painoksina. Teoksen johdannossa Blackstone painotti Englannin oikeuden akateemista opiskelua, jota hänen mielestään oli laiminlyöty. Kiinnostavaa onkin se, kuinka hän vertasi lakiin ja oikeuteen liittyvää osaamista civil law -maissa ja omassa maassaan:

”The science [tässä: oikeustiede] thus committed to his charge, to be cultivated, methodized, and explained in a course of academical lectures, is that of the laws and constitution of our own country: a species of knowledge, in which the gentlemen of England have been more remarkably deficient than those of all Europe besides. In most of the nations on the continent, where the civil or imperial law [tässä: roomalainen oikeus] under different modifications is closely interwoven with the municipal laws of the land, no gentleman, or at least no scholar, thinks his education is completed till he has attended a course or two of lectures, both upon the institutes of Justinian and the local constitutions of his native soil, under the very eminent professors that abound in their several universities. And in the northern parts of our own island [Skotlanti], where also the municipal laws are frequently connected with the civil, it is difficult to meet with a person of liberal education, who is destitute of a competent knowledge in that science, which is to be the guardian of his natural rights and the rule of his civil conduct”.

Blackstonen kirja on edelleen Englannin oikeuden standarditeos, vaikka paljon uuttakin on ilmestynyt. 1800-luvulla saksalainen oikeustiede oli tärkeää myös englantilaisille juristeille, ja useissa Englannille tyypillisissä käsikirjoissa näkyi F. C. von Savignyn tai muiden kuuluisien saksalaisten juristien vaikutus. Blackstonen esitys oli myös yksi ensimmäisistä juridisista teoksista, joka ilmestyi Yhdysvalloissa, ja vaikutti suuresti maan oikeuskehitykseen.

Lordi Mansfield ja Somerset’s case

Toinen kuuluisa englantilainen juristi 1700-luvulta on lordi Mansfield (1705–1793). Hän oli *Lord Chief Justice of the King’s Bench* vuosina 1756–1793, ja hänen ratkaisuillaan luotiin pohjaa Englannin kauppaoikeudelle. Hän tuli myös tunnetuksi useista oikeusjutusta, joita hän oli ratkaisemassa. Eräs tunnetuimmista jutuista oli ns. *Somerset’s case* (1772), jossa amerikkalaisesta siirtokunnasta Virginiasta kotoisin oleva orjanomistaja vaati, että hänen oikeutensa orjaan tunnustettaisiin myös Englannissa. Sitä hänelle ei sallittu, ja Mansfield perusteli ratkaisua muun muassa seuraavasti:

”On the part of Somerset, the case which we gave notice should be decided, this day, the Court now proceeds to give its opinion. The state of slavery is of such a nature, that it is incapable of being introduced on any reasons, moral or political; but only positive law, which preserves its force long after the reasons, occasion, and time itself from whence it was created, is erased from memory: it’s so odious, that nothing can be suffered to support it but positive law. Whatever inconveniences, therefore, may follow from a decision, I cannot say this case is allowed or approved by the law of England; and therefore the black must be discharged.”

Jutun ratkaisu ei merkinnyt orjuuden lakkauttamista, mutta se oli tärkeä voitto orjuuden lakkauttamista toivoville voimille (*the abolitionists*). Se nimittäin vahvisti, että orjuutta ei voitu tunnustaa, jos orja tuotiin muualta Englantiin, jossa orjuutta ei ollut.

Lordi Denning

Englannin oikeudessa tuomaripersonallisuudet ovat näytelleet huomattavasti suurempaa osaa kuin Suomessa tai muissa mannereurooppalaisen oikeustradition maissa. Englannissa tuomarit valitaan merkittävien asianajajien joukosta, ja tuomioiden laatimiseen liittyy hyvin kirjoitettujen pitkien lausumien traditio, josta on ollut esimerkkejä edellä. Eräs ristiriitoja herättänyt, mutta arvostettu englantilainen tuomari, oli lordi Denning (1899–1999), joka työskenteli hyvin pitkään muutoksenhakutuomioistuimessa (*Court of Appeals*). Hän pyrki lisäämään oman tuomioistuimensa merkitystä ja vähentämään korkeimman oikeusasteen (tuolloin *House of Lords*) valtaa. Tämä oli hänen mukaansa mahdollista, mikäli *stare decisis*-opista luovuttaisiin. Samalla hän tuli tunnetuksi perinnettä ravistelevista vahingonkorvaus- ja sopimusjuttuja koskevista kannoistaan.

Yksi esimerkki hänen tyylistään ja yleisemminkin siitä vapaudesta, jolla englantilaiset tuomarit saattavat ilmaista itseään, on johdanto juttuun *Miller v. Jackson* vuodelta 1977. Se koski naapurin mahdollisuutta vaatia erään krikettiklubin sulkemista. Kenelläkään, joka lukee tämän johdannon, ei voi olla epäselvyyttä siitä, kuinka lordi Denning näki asian.

”In summertime village cricket is the delight of everyone. Nearly every village has its own cricket field where the young men play and the old men watch. In the village of Lintz in County Durham they have their own ground, where they have played these last 70 years. They tend it well. The wicket area is well rolled and mown. The outfield is kept short. It has a good club house for the players and seats for the onlookers. The village teams play

there on Saturdays and Sundays. They belong to a league, competing with the neighbouring villages. On other evenings after work they practise while the light lasts. Yet now after these 70 years a judge of the High Court has ordered that they must not play there any more. He has issued an injunction to stop them. He has done it at the instance of a newcomer who is no lover of cricket. This newcomer has built, or has had built for him, a house on the edge of the cricket ground which four years ago was a field where cattle grazed. The animals did not mind the cricket. But now this adjoining field has been turned into a housing estate. The newcomer bought one of the houses on the edge of the cricket ground. No doubt the open space was a selling point. Now he complains that when a batsman hits a six the ball has been known to land in his garden or on or near his house. His wife has got so upset about it that they always go out at weekends. They do not go into the garden when cricket is being played. They say that this is intolerable. So they asked the judge to stop the cricket being played. And the judge, much against his will, has felt that he must order the cricket to be stopped: with the consequence, I suppose, that the Lintz Cricket Club will disappear. The cricket ground will be turned to some other use. I expect for more houses or a factory. The young men will turn to other things instead of cricket. The whole village will be much the poorer. And all this because of a newcomer who has just bought a house there next to the cricket ground.”

Juttu päättyi niin, että oikeus (kahdella äänellä yhtä vastaan) ei halunnut kieltää krikettipeliä, mutta asetti klubin vastuuseen niistä mahdollisista vahingoista, jotka pelin seurauksena saattoivat syntyä.

H.L.A. Hart ja The Concept of Law

Englantilaiselle filosofialle on tyypillistä analyttinen ajattelu, ja sama koskee englantilaista oikeusfilosofiaa, joka yhdessä yhdysvaltalaisen oikeusfilosofian kanssa on vaikuttanut paljon eurooppalaiseen oikeuden pätevyyttä ja sen keskeisiä periaatteita koskevaan keskusteluun. Erityisen tunnettu on yksi 1900-luvun vaikutusvaltaisimmista teoksista, Oxfordin yliopiston professorin H. L. A. Hartin (1957–1992) kirjoittama kirja *The Concept of Law* (1961). Se on edelleenkin yksi nykyaikaisen oikeusfilosofian pääteoksista.

Kirja perustuu oikeuspositivismin traditioon, joka Englannissa ulottuu aina John Austinin (1790–1859) ajatuksiin oikeudellisesta normista suvereenin käskynä, *command of the sovereign*. Hart torjui kuitenkin ajatuksen, että normit voisivat yksinomaan perustua suvereenin tahtoon, ja totesi, että ensin on oltava sääntöjä, jotka legitimoivat suvereenin tahdon oikeutena. Erityisen tärkeäksi muodostui hänen jaottelunsa primääri- ja sekundaarisääntöihin. Jälkimmäiset legitimoivat primäärisäännöt, jotka

ovat välittömiä käskynormeja ja jotka kohdistuvat kansalaisiin. Hart jaotteli sekundäärinormit sellaisiin sääntöihin, jotka vahvistivat kenen ja millaiset oikeuden rikkomiset sanktioidaan, ja sääntöihin, jotka tekivät oikeuden muuttamisen mahdolliseksi, sekä tunnistamissääntöihin, *rules of recognition*, jotka vahvistivat primäärisääntöjen hyväksyttävyydelle asetettavat edellytykset. Voidaan sanoa, että juuri Hartin ajatus tunnistamissäännöistä nousee Kelsenin edellä mainitun perusnormi-idean ohella toistuvasti esille myös tämän päivän oikeuden – etenkin transnationaalisen sääntelyn – pätevyydestä keskusteltaessa.

3.2.8 *Torts: Donoghue v. Stevenson*

Common law sisältää termejä, joita on yleensä vaikea kääntää suomeksi tai ruotsiksi. Yleinen kokemus on, että on paljon helpompaa löytää vastaavia suomen- tai ruotsinkielisiä termejä, kun kyse on saksalaisesta oikeudesta, kuin jos kyse on Englannin tai Yhdysvaltojen taikka jonkun muun common law -maan oikeudesta. Yksi esimerkki tästä on jo mainittu vahinkoa aiheuttavaan toimintaan viittaava termi *tort*, joka on vahingonkorvaus-oikeuden, *the law of torts*, peruskäsite. Common law’n erityispiirteistä johtuen oikeusjärjestelmässä ei myöskään ole yleistä periaatetta vahinkoa aiheuttavan teon korvaamisesta, sellaista, jonka tunnemme *culpa*- tai tuottamusperiaatteena, ja joka tavallisesti on osa mannereurooppalaista yksityisoikeutta. Englannin oikeuden yleinen lähtökohta ei ole korvauksen suorittaminen: korvausta maksetaan vain silloin, kun on olemassa olosuhde, joka liittyy tiettytyyppisen vahingon aiheuttamiseen.

Torts viittaa vahinkoa aiheuttaviin tekoihin, jotka jaetaan eri kategorioihin. Keskeinen käsite on *negligence*, joka englantilaisen käsityksen mukaan on olemassa silloin, kun henkilö rikkoo toiseen kohdistuneen huolehtimisvelvollisuutensa (*a duty of care*). Suomeksi puhumme laiminlyönnistä. Kuuluisa juttu, jossa otettiin kantaa siihen, milloin tuollainen *duty of care* oli käsillä, oli *Donoghue v. Stevenson*, jonka *The House of Lords* ratkaisi vuonna 1932. Juttua esitellään tässä melko perusteellisesti eräänä esimerkkinä Englannin oikeuskäytännöstä. Siitä tuli urauurtava tuotevastuuta koskeva juttu, ja sen ratkaisu tuli merkitsemään paljon Englannin ja Skotlannin vahingonkorvausoikeuden kehitykselle. Erityisesti Lordi Atkinsin äänestyslausumaa (*votum*) lainataan usein. Siinä hän aikaisemman

oikeuskäytännön perusteella muotoili kannanoton (*ratio decidendi*) velvollisuudesta välttää aiheuttamasta toiselle sellaista vahinkoa, joka voidaan kohtuudella ennakoida.

Juttu alkoi Skotlannin tuomioistuimessa *Court of Sessions*, joka totesi, ettei kyseessä ollut oikeudellisesti pätevä kantajan vaatimus. Ratkaisu vietiin sitten edelleen käsiteltäväksi brittiläiseen ylimpään oikeusasteeseen *House of Lords*, joka totesi, että kyseessä oli vaatimus, joka voisi antaa aiheen oikeusjuttuun, ts. sitä voitaisiin käsitellä tuomioistuimessa. Itse asian käsittely päättyi kuitenkin ensimmäisen instanssin ratkaisuun, koska asianosaiset sopivat korvauksesta.

Asian olosuhteet olivat yksinkertaiset. Rouva Donoghue joi eräässä pubissa Paisleyn kaupungissa Skotlannissa inkivääriolutta pullosta, jonka hänen ystävättärensä tilasi ja maksoi. Pullo ei ollut läpinäkyvä, eikä kukaan voinut nähdä, että pullossa oluen lisäksi oli jotain, jota jutussa kuvattiin liuenneeksi etanaksi (se, mitä pullo sisälsi ei tullut koskaan selväksi). Etanan jäännökset tulivat esille sen jälkeen, kun Mrs. Donoghue oli juonut osan pullon sisällöstä. Hänen korvausvaatimuksensa lähti siitä, että hän oli saanut juomasta lääkärin toteamat vatsataudin ja shokin.

Pubin omistaja ei voinut tietää etanasta ja vaatimus osoitettiin tehtailijalle Mr. Stevensonille, johon Mrs. Donoghueella ei kuitenkaan ollut suoraa sopimussuhdetta. Kun hän ei ollut itse tilannut eikä maksanut juomaa, ei juttua voitu nostaa pubin omistajaa vastaan. Kysymys olikin nyt siitä, mihin korvausvaatimus voitiin perustaa. Juttu nostettiin vuonna 1929, ja vaatimus oli 500 puntaa sillä perusteella, että tehtailija oli jättänyt huolehtimatta velvollisuudestaan: *duty to take care*.

Jutun tuomitsemiseen otti osaa viisi tuomaria, joista kolme lähti siitä, että Mrs. Donoghueella oli vahingonkorvausta koskenut oikeudellinen vaade (hänellä oli siis oikeus vaatia korvausta). Kaksi heistä oli skotteja, ja on väitetty, että jutun ratkaisuun vaikutti civil law ja näin olleen vanha roomalainen *culpa*-periaate, joka ilmaistiin jo *lex Aquiliassa*. Eräs skottilainen oikeushistorioitsija kirjoittikin tapauksesta näin: ”*The conclusion to be drawn is that the general principles of delictual liability formulated by the civil law played an important role in a decision which is recognised as having created the foundations of a central part of the common law of negligence*” (R. Evans-Jones: *Roman Law in Britain*, 2000).

Juttuun osallistui kuitenkin myös australialaissyntyinen englantilainen tuomari lordi Atkins (1867–1944), joka Luukkaan evankeliumin pohjalta muotoili kuuluisan äänestyslausumansa siitä huolenpidosta, johon kukin on velvollinen läheisiinsä nähden. Lordi Atkinsin kantaa korvausvelvollisuus-

desta tuki kaksi skottituomaria, lordi Thankerton ja lordi MacMillan, kun taas kaksi englantilaista tuomaria, lordi Buckmaster ja lordi Tomlin, olivat sitä vastaan. Lordi Atkinsin lausumasta (*votum*) tuli käänteentekevä kun uudeksi tuotevastuun periaatteeksi vahvistettiin, että tuottaja oli vastuussa vahingosta kuluttajille, joihin hän ei ollut suorassa sopimussuhteessa, pelkän *duty to take care* -velvoitteen nojalla. Vastuu ulotettiin näin ollen huomattavasti pidemmälle kuin aikaisemmin – vaikka Lordi Atkins siteerasikin suurta joukkoa aikaisempia ratkaisuja:

”The liability for negligence, whether you style it such or treat it as in other systems as a species of ‘culpa,’ is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complainants and the extent of their remedy. The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question...”

Lordi Atkins päätti aiempien juttujen läpikäymisen seuraavaan johtopäätökseen:

”My Lords, if your Lordships accept the view that this pleading discloses a relevant cause of action you will be affirming the proposition that by Scots and English law alike a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer’s life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care.”

3.3 YHDYSVALLAT

3.3.1 Common law Yhdysvalloissa

”In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men.”

John Adams (1735–1826), joka 1780-luvulla esitti nämä ajatukset (*Massachusetts Constitution*) vallanjaosta, oli yksi Yhdysvaltojen perustajaksi luonnehdituista henkilöistä (*founding fathers*). Termillä *founding father* viitataan niihin moniin lahjakkaisiin ja vaikutusvaltaisiin henkilöihin, jotka olivat julistamassa Yhdysvaltoja itsenäiseksi, osallistuivat vuoden 1787 perustuslain muotoilemiseen ja vaikuttivat maan historian ensimmäisinä vuosina sen tulevaisuuteen. Vaikka Yhdysvaltojen oikeudella on perustansa Englannin oikeudessa, jonka sen ensimmäiset eurooppalaiset asukkaat – mutta vain tietyssä laajuudessa – toivat mukanaan, oikeusjärjestelmien välillä on huomattavia eroja. Toisaalta myös Yhdysvaltojen oikeus voi näyttää vieraalta sellaiselle, joka on kasvanut civil law -tradition maissa. Moni asia on toisin. Tämä koskee esimerkiksi liittovaltion ja osavaltioiden välistä suhdetta sekä tuomioistuinjärjestelmää, joka samoin kuin Englannissa on toisenlaisessa roolissa kuin mihin Pohjoismaissa olemme tottuneet.

Yhdysvaltojen oikeus rakentuu common law’lle, mutta monet seikat erottavat sen englantilaisesta oikeudesta. Eniten huomiota herättää valtiosääntöoikeus. Englannilla ei ole varsinaista kirjoitettua valtiosääntöä, mistä englantilaiset ovat ylpeitä. Yhdysvalloissa taas ollaan ylpeitä siitä, että heillä on vuodelta 1787 maailman vanhin kirjoitettu perustuslaki, joka lyhyesti ja ytimekkäästi määrittelee valtiollisten elinten eli presidentin, kongressin ja tuomioistuinten välisen suhteen. Lisäksi vuonna 1791 hyväksyttiin 14 kohdan luettelo, ns. *Bill of Rights*, johon on myöhemmin tullut paljon lisäyksiä.

Yhdysvallat on liittovaltio, jossa liittovaltiollisten tai yhteisten viranomaisten sekä yksittäisten – omaa suvereenisuuttaan puolustavien – osavaltioiden välinen suhde leimaa poliittis-hallinnollista elämää. Yhdysvaltojen historian monet kysymykset liittyvät juuri tähän suhteeseen. Yksi tämän

suhteen keskeinen instituutio on Yhdysvaltojen korkein oikeus, *Supreme Court of the United States*. Se on jo vuoden 1803 *Marbury v. Madison* -ratkaisusta lähtien puolustanut oikeuttaan tutkia lakien perustuslainmukaisuutta (*judicial review*). Korkein oikeus on muutoinkin muovannut merkittävästi amerikkalaisten oikeuskäsityksiä. Uusista tuomioista väitellään julkisuudessa, ja keskustelu tuomioistuimien roolista yhdistetään toistuvasti korkeimman oikeuden ”aktivismiin”. Yhdysvaltojen oikeusteorian keskeisiin kysymyksiin kuuluu puolestaan sen pohtiminen, miten tuomioistuimet osaltaan kehittävät ja soveltavat yleisiä oikeusperiaatteita.

Myös Yhdysvaltojen lakimiesprofessio eroaa huomattavasti englantilaisesta. Tuomarien rekrytointijärjestelmä on toisenlainen, ja sama koskee juristikoulutusta. Yhdysvaltalainen erityyspiirre ovat myös voimassa olevaan oikeuteen liittyvät kokoelmat, *Restatements of the Law*, jotka rakenteeltaan – mutta eivät sitovuudeltaan – muistuttavat eurooppalaisia kodifikaatioita. Usein kysytäänkin, että muistuttaako Yhdysvaltojen nykyinen oikeus enemmän civil law- kuin common law -järjestelmää.

Yhdysvallat, joka aluksi muodostui vain 13 valtiosta, julistautui itsenäiseksi Englannista vuonna 1776, ja vapaussodan päätyttyä vuonna 1783 entisissä siirtokunnissa alkoi kokonaan toisenlainen yhteiskuntakehitys. Uusi valtio tarvitsi myös uutta oikeutta. On jäänyt epäselväksi, kuinka laajalti Englannin oikeus oli voimassa siirtokunnissa ennen itsenäistymistä. Sen sijaan oli havaittavissa, että kirjoitetulle oikeudelle annettiin etusija, ja huomattavin ero englantilaiseen oikeuteen nähden oli ja on ollut myöhemminkin lainsäädännön merkityksen korostaminen.

1800-luvun kuluessa tuli selväksi, että Yhdysvallat pitää kiinni common law’sta, mutta omine muunnoksineen. Yhdysvallat myös laajensi valtaansa koko Pohjois-Amerikan mantereelle; alueille, joilla oli ollut voimassa ranskalainen, espanjalainen tai meksikolainen oikeus. Tämä perintö vaikutti muun muassa silloin, kun puhuttiin kiinteään omaisuuteen liittyvistä oikeuksista, vaikka yleensä sovellettiin common law’ta ja käytettiin englantia oikeuskielenä. Blackstonen *Commentaries on the Laws of England* oli ilmestynyt Yhdysvalloissa vuonna 1771, ja teos oli tärkeä, kun neuvoteltiin uudesta valtiosäännöstä, mutta myös luotaessa positiivista käsitystä common law’sta.

Varhaisimpia yhdysvaltalaisen oikeuden kommentaareja oli New Yorkin osavaltion korkeimman oikeuden presidentin James Kentin laatima: vuosina 1826–1830 julkaistu teos *Commentaries of American Law* lähti

siitä, että Yhdysvaltojen oikeuden perustana oli common law. Teos käsitteli kuitenkin myös roomalaista oikeutta luokitellen sen civil law -oikeudeksi. Erityisesti *Digestasta* kirjoitettiin hyvin positiivisesti. Se oli Kentin mukaan ”a singular monument of wisdom”, jossa ”embodies so much thought, reflection, experience and labor”. Samalla se oli kuitenkin ”a majestic ruin”. Myös monet muut yhdysvaltalaiset juristit jakoivat civil law’n kunnioituksen, ja se selittää osaltaan ne yhdysvaltalaisen common law’n erityispiirteet, jotka johtuvat civil law’n vaikutuksesta. Vuoden 1776 itsenäisyysjulistus on rajapyykki common law’n historiassa. Nimittäin vain vuotta 1776 edeltävää Englannin common law’ta pidetään sitovana, ja näin ollen esimerkiksi edellä mainittu ratkaisu jutussa *Donoghue v. Stevenson* ei ole osa Yhdysvaltojen oikeusjärjestystä.

Myös Englannin ja Yhdysvaltojen oikeusjärjestelmien myöhempi kehitys on johtanut eroihin maiden välillä. On kyse hyvin erilaisista kansakunnista erilaisine traditioineen, historioineen, hallitusmuotoineen ja poliittisine järjestelmineen. Myös Yhdysvaltojen lakimieskunta samoin kuin tapa lähestyä oikeutta poikkeavat englantilaisesta. Ei kuitenkaan ole epäilystä siitä, etteivätkö amerikkalaiset pitäisi oikeuttaan common law-järjestelmänä, jossa tuomarit, aikaisemmat tuomioistuinratkaisut, tietyt prosessimuodot ja juttujen tosiasiat ovat keskeisiä. Myös silloin, kun kyse on kielestä, oikeuden rakenteesta ja sen keskeisimmistä käsitteistä, muistuttavat järjestelmät toisiaan – ja vertailussa samankaltaisuudet korostuvat helposti eroja enemmän.

3.3.2 Yhdysvaltojen perustuslaki

Yhdysvaltojen perustuslaki vuodelta 1787 on maailman vanhin voimassa oleva kirjoitettu perustuslaki, ja sillä on lähes myyttinen asema amerikkalaisessa kulttuurissa. On tapana puhua sen uskontoa muistuttavasta auktoriteetista, *quasi-religious authority*, joka asettaa Yhdysvaltojen perustuslain keisari Justinianuksen *Corpus juris civiliksen* rinnalle. Myös sillä oli lähes uskonnollinen status.

Ajatus siitä, että laadittaisiin kirjoitettu valtiosääntö alun perin 13 amerikkalaiselle valtiolle, syntyi vapaussodan jälkeen. Melko pian keskustelu kääntyi tarpeeseen luoda unioni, jonka elimet voisivat ottaa huolehtiakseen yhteisistä eikä vain yksittäiselle osavaltiolle kuuluvista tehtävistä. George

Washington nautti britit voittaneena kenraalina erityistä arvostusta, ja toinen merkittävistä valtiomiehistä oli Alexander Hamilton. He osallistui-
vat vuonna 1787 Philadelphian kokoukseen, jossa päätettiin perustuslain
laatimisesta. Sen tärkeimpinä taustahmoina, ”*founding fathers*”, olivat
Washingtonin ja Hamiltonin lisäksi myöhemmät presidentit John Adams,
Thomas Jefferson ja James Madison, sekä Benjamin Franklin, John Jay,
George Mason ja Samuel Adams.

Montesquieun vallanjako-opille perustuvan perustuslain pääsisältönä
olivat kongressia (edustajainhuonetta ja senaattia), presidenttiä ja tuomiois-
tuimia sekä liittovaltiota ja osavaltioita koskevat määräykset. Joukko pe-
rustavaa laatua olevia oikeuksia liitettiin mukaan neljä vuotta myöhemmin
(1791) kymmenenä lisäyksenä (*amendments*) perustuslakiin. Lisäyksiä on
tehty sen jälkeenkin, ja nyt niitä on 27. Erityisen tärkeä on usein lainattu
14. lisäys, joka tehtiin Amerikan sisällissodan jälkeen vuonna 1868. Se
sisältää avaintermiit *due process of law* ja *equal protection of the laws*. Ne
ovat sittemmin olleet lähtökohtina, kun oikeuskäytännössä on otettu kantaa
siihen, minkälaista oikeussuojaa Yhdysvaltojen kansalaiset nauttivat:

”1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the
jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein
they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge
the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any
State deprive any person of life, liberty, or property, without due process
of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection
of the laws”.

FEDERALISMI

Yhdysvallat on liittovaltio. Valta on jaettu valtioiden yhteenliittymälle, liittovaltiolle, sekä yksittäisille osavaltioille. Liittovaltiolla on presidentti, lakiasäättävä elin eli kongressi, ja liittovaltion tuomioistuimet. Osavaltioita johtaa kuvernööri, ja niillä on omat lakiasäättävät elimensä ja oma tuomioistuinjärjestelmänsä. Unionin ja osavaltioiden välinen suhde on ollut maan historian tärkein kysymys. Valtiosäännön valmistelu 1780-luvulla liittyi nimenomaan kysymykseen toimivallan jaosta liitto- ja osavaltioiden kesken. Kymmenes lisäys, *amendment* vuodelta 1791 kuuluu: "*The powers not delegated to the United States by the constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively or to the people*".

Lähtökohta siis oli, että jokainen osavaltio huolehti omista asioistaan ja liittovaltio vain siitä, mistä perustuslaissa määrättiin. Yhdysvaltojen sisällissota vuosina 1861–1865 koski juridisesti juuri osavaltioiden oikeutta erota unionista, ja iso osa Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden ratkaisuksista määrittää osavaltioiden lainsäädännön ja liittovaltion perustuslain välistä suhdetta.

Myös kysymys yhteisestä common law'sta, tai siitä, onko myös osavaltioillista common law'ta, on ollut esillä. Vuodelta 1938 on liittovaltion korkeimman oikeuden ratkaisu *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, joka vahvisti tuomari Brandeisin sanoin: "*There is no federal general common law*". Tätä voitaisiin tulkita niin, että on olemassa yhtä monta common law'ta kuin osavaltiotakin, mutta näin ei ole asian laita. Yhtäältä on niin, että yksittäisen osavaltion oikeus ymmärretään yhdeksi oikeusjärjestelmäksi. Toisaalta kaikkien 50 osavaltion oikeus yhdessä ymmärretään Yhdysvaltojen oikeudeksi, ja näin ollen yhdeksi kokonaisuudeksi.

Tuomioistuimilla on kuten Englannissakin keskeinen merkitys, ja oikeus ymmärretään yleensä tuomarien luomana oikeutena, "*judge-made law*". Suuri ero on kuitenkin siinä, että Yhdysvalloissa tuomioistuimet, edes liittovaltion tai osavaltioiden korkeimmat oikeudet, eivät ole sidottuja aikaisempiin ratkaisuihin. Näin ollen *stare decisis* ei merkitse samaa Yhdysvalloissa ja Englannissa. Se, etteivät aikaisemmat ratkaisut sido edes liittovaltion korkeinta oikeutta, on vaikuttanut muun muassa tapaan tulkita perustuslakia.

TOCQUEVILLE YHDYSVALTOJEN LAKIMIEHISTÄ

Ranskalainen filosofi ja poliitikko Alexis de Tocqueville (1804–1859) matkusti Yhdysvalloissa 1800-luvun alkupuolella ja julkaisi kokemustensa perusteella kirjan *De la démocratie en Amérique* (1835–1840). Siitä tuli sittemmin poliittisen kirjallisuuden klassikko muun muassa demokratian olemusta koskevan analyysin johdosta. Kirjassa Tocqueville käsittelee laajasti myös oikeutta samoin kuin juristien asemaa – maassa, josta puuttui varsinainen aristokratia:

”Amerikassa ei ole aatelisia eikä kirjailijoita, ja kansa suhtautuu rikkaisiin varauksellisesti. Lakimiehet muodostavatkin yhteiskunnan poliittisen yläluokan ja sen älyllisimmän kerroksen. Uudistaessaan he voivat ainoastaan hävitä, minkä vuoksi heidän luontaiseen järjestelmällisyyden haluunsa liittyy konservatiivinen pyrkimys. Jos minulta kysyttäisiin, missä näen Amerikan aatelin, vastaisin epäröimättä, etten suinkaan näe sitä rikkaissa, koska näitä ei yhdistä mikään side. Amerikkalainen aateli istuu asianajajien penkillä ja tuomarien tuoleilla.” (Tocqueville: *Demokratia Amerikassa*, 2006, s. 288.)

Paljon on muuttunut siitä, kun Tocqueville oleskeli Yhdysvalloissa, mutta hänen juristeja ja juridiikkaa koskevia huomioitaan siteerataan jatkuvasti. Niissä näkyi jo tuolloin se juristien ja oikeuden painoarvo, josta muun muassa Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden yhteiskunnallinen merkitys todistaa.

3.3.3 Oikeustiede

Amerikkalainen realismi

Yhdysvalloissa tunnetaan jo 1800-luvulta lähtien traditio, jota pidetään realistisena näkemyksenä oikeudesta. Se vaikuttaa edelleen Yhdysvaltojen lakimieskunnan oikeusajattelussa ja näkyy myös juristikoulutuksessa. Realismin toinen variaatio on ns. Skandinaavinen realismi, joka on vaikuttanut etenkin ruotsalaiseen (erit. Uppsalaskolan, Axel Hägerström, Vilhem Lundstedt) ja tanskalaiseen oikeusajatteluun (Alf Ross)

Tunnettu amerikkalainen juristi, Oliver Wendell Holmes Jr. (1841–1935), kirjoitti vuonna 1897 kuuluisan artikkelin *The Path of the Law*, ja totesi

siinä, että oikeustieteen tehtävä oli lausua ”(T)he prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious”. Holmes kirjoitti myös tuomioistuimien keskeisestä merkityksestä oikeustieteelle todeten muun muassa seuraavaa:

”When we study law we are not studying mystery but a well-known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. The reason why it is a profession, why people will pay lawyers to argue for them or to advise them, is that in societies like ours the command of the public force is intrusted to the judges in certain cases, and the whole power of the state will be put forth, if necessary, to carry out their judgments and decrees. People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.”

Wendell Holmes nimitettiin liittovaltion korkeimman oikeuden tuomariksi 61-vuotiaana vuonna 1902, ja tuossa tehtävässä hän toimi aina vuoteen 1932 saakka. Jo vuonna 1881 hän oli kirjoittanut usein siteeratun teoksen *Common Law* (1881), jossa hän muun muassa totesi: ”*The life of the law has not been logic: it has been experience.*” Häntä pidetään amerikkalaisen realismin edustajana, samoin kuin eräitä muita tuomareita, kuten Roscoe Poundia. Tämä puolestaan kirjoitti: ”*The modern teacher of law should be a student of sociology, economics and politics as well.*” (Pound: *The Need of Sociological Jurisprudence*, 1907, s. 907.) Realistiseen koulukuntaan katsotaan kuuluneen myös korkeimman oikeuden tuomari Benjamin Cardozo samoin kuin yliopistoissa työskennelleet Wesley N. Hohfeld, Karl Llewellyn, Felix Cohen, Arthur Corbin ja Jerome Frank.

Law schools

Juristikoulutus tapahtuu yliopistojen yhteydessä toimivissa oikeustieteellisissä tiedekunnissa (*law schools*). Ne antavat tutkintokoulutusta, joka edellyttää aiempia, yleensä neljä vuotta kestäviä (*college*-)opintoja. Luonteenomaista yhdysvaltalaiselle juristikoulutukselle on niin sanottu *casebook*-menetelmä, joka lähtee siitä, että opiskelijat opiskelevat oikeuslähteitä, ennen muuta tuomioistuinratkaisuja, ja oppivat sitä kautta juridisen ajattelun metodin. Tämän opetusmuodon kehitti 1870-luvulla Harvardin

yliopistossa työskennellyt professori Christopher Columbus Langdell, ja sieltä menetelmä levisi muihin yliopistoihin. *Casebook*-metodi yhdistettiin ”sokraattiseen” opetusmuotoon, jossa tekstien perusteella ja keskustelujen myötä löydetään ne ratkaisuvaihtoehdot, joihin tuomioiden analyysi antaa aiheen. Ideana on, että opettaja saa kysymyksillään opiskelijat itse löytämään oikeat vastaukset. Korostamalla oikeusjuttujen ratkaisemiseen tähtäävää ajattelua, saadaan myös aikaan se – usein oikeuden ”eurooppalaistamista” koskevissakin keskusteluissa esiin nostettu – seikka, että tietyssä osavaltiossa koulutuksen saaneet juristit pystyvät suuremmista vaikeuksista työskentelemään myös muissa osavaltioissa.

Yhdysvalloissa arvioidaan olevan tällä hetkellä yli 1 200 000 koulutettua juristia. Näistä kolme neljäsosaa työskentele asianajajina ja vain pieni osa julkisella sektorilla. Suurinta arvostusta nauttivat liittovaltiolliset tuomarit, ensimmäisinä korkeimman oikeuden tuomarit, vaikutusvaltaisten yliopistojen professorit sekä suurten asianajotoimistojen osakkaat.

3.3.4 Korkein oikeus ja *Landmark decisions*

Yhdysvaltojen tuomioistuinjärjestelmä muodostuu liittovaltion ja osavaltioiden tuomioistuimista. Liittovaltiollinen järjestelmä muodostuu vajaan 100 alueellisesta tuomioistuimesta, 13 muutoksenhakutuomioistuimesta ja korkeimmasta oikeudesta. Samalla tavalla jokaisella osavalttiolla on oma tuomioistuinjärjestelmänsä, johon kuuluu kolme tai neljä oikeusastetta. Toisinaan niiden nimitykset voivat johtaa järjestelmän ulkopuolisia harhaan. Nimittäin ensimmäisen asteen tuomioistuin New Yorkissa on *the Supreme Court*, ja sen ratkaisuun haetaan muutosta instanssista, joka on *Supreme Court Appellate Division*, kun taas New Yorkin korkein oikeus on *Court of Appeals*, joka sijaitsee osavaltion pääkaupungissa, Albanyssa. On laskettu, että noin 95 % kaikista maan oikeusjutuista ratkaistaan osavaltioiden tuomioistuimissa. Sen sijaan kaikki laajemmat ja merkittävämät jutut, kuten ne, jotka koskevat yleisiä oikeusperiaatteita, monopoleja, kansalaisoikeuksia ja lakien perustuslainmukaisuutta, kuuluvat liittovaltion järjestelmään.

Yhdysvaltojen korkein oikeus nauttii maassa erityistä arvostusta, ja tuomioistuimen ratkaisuja, sen tuomarien nimityksiä sekä keskusteluja siitä, kuinka ”konservatiivista” oikeus kulloinkin on, seurataan suurella kiinnos-

tuksella kaikkialla maailmassa. Tuomioistuimessa on yhdeksän tuomaria, joista yksi on nimitetty tuomioistuimen presidentiksi. Tuomarinimitykset kuuluvat liittovaltion presidentille, ja tuomarien poliittiset kannat seuraavat yleensä nimittävän presidentin kantoja. Tuomarit nimitetään eliniäksi.

Korkeimman oikeuden historiaa ja sen ratkaisuja on kiehtovaa opiskella. Sama koskee korkeimman oikeuden roolia, ja erityisesti sitä keskustelua, onko tuomioistuin ”aktivistinen”, eli aktiivisesti uutta oikeutta luova, vai tässä mielessä pidättyväinen. Viime vuosina on keskusteltu melko paljon siitä, missä laajuudessa tuomioistuimen toimintaa leimaa sen konservatiivinen enemmistö. Toisina aikoina on puolestaan näyttänyt selvältä, että tuomioistuin on ollut liberaali. Ainoa mahdollisuus asianmukaisesti arvioida tätä on katsoa tarkemmin tuomioistuimen ratkaisuja. Seuraavassa otetaan joitain esimerkkejä muutamista keskustelua herättäneistä korkeimman oikeuden ratkaisuksista, jotka kulkevat yleensä nimellä *landmark decisions*. Useimmiten myös tuomioistuimen presidentti antaa oman leimansa tuomioistuimen historiaan toimikautenaan. Niinpä tässäkin esiteltävien ratkaisujen yhteydessä mainitaan ensin kyseisen ajankohdan presidentti.

The Marshall-court (1801–1835)

Chief Justice John Marshall nimitettiin tehtävänsä vuonna 1803, ja hänen kautenaan korkein oikeus sai tärkeän aseman Yhdysvaltojen perustuslakijärjestelmässä. Etenkin jutun *Marbury v. Madison* (1803) merkitys on suuri. Sen ratkaisussa vahvistettiin, että korkeimmalla oikeudella oli toimivalta todeta laki perustuslain vastaiseksi. Jutun olosuhteet olivat monimutkaiset ja ne liittyivät William Marburyn nimittämiseen rauhantuomariksi. Liittovaltion presidentti John Adams nimitti Marburyn tuomariksi, mutta ennen kuin nimitys pantiin täytäntöön, Thomas Jefferson oli valittu presidentiksi, ja uusi valtiosihteeri (*Secretary of State*) James Madison ei halunnut vahvistaa Marburyn nimitystä. Marbury vei asian korkeimpaan oikeuteen ja vaati, että se antaisi Madisonille erityisen määräyksen, *writ of mandamus*, jotta tämä täyttäisi virkavelvollisuutensa ja nimittäisi Marburyn tuomariksi.

Korkein oikeus totesi, että Marburylla sinänsä oli oikeus puolellaan, mutta katsoi, että *Judiciary Act* vuodelta 1789 oli perustuslain vastainen salliessaan asianosaisen vaatia asiassa korkeimmalta oikeudelta kyseistä *writiä*. Näin tuomioistuin kieltäytyi antamasta sitä. Kannanotto tuomioistuimen oikeudesta tutkia lakien perustuslainmukaisuutta sai näin ollen lievän

alun, sillä tuomioistuimen ratkaisulla myös rajoitettiin sen toimivaltaa. Tänäpä tuo oikeus on äärimmäisen tärkeä, mitä oli varmasti mahdotonta ennakoida vuoden 1803 ratkaisua tehtäessä.

Juttu *McCulloch v. Maryland* vuodelta 1819 koski liittovaltion pankkia, ja sen yhteydessä vahvistettiin niin sanottu ”*necessary and proper clause*”. Periaate lähti siitä, että liittovaltion viranomaisella, tässä yhteydessä kongressilla, oli oikeus (pankin kannan mukaisesti) seurata liittovaltion asettamia tavoitteita, tässä jutussa kaupan edistämistä osavaltioiden välillä, niin kauan kuin asianomaiset keinot tarkoituksenmukaisella tavalla liittyivät tavoitteeseen, eikä niitä ollut nimenomaisesti kielletty. Näin hylättiin Marylandin osavaltion kanta, että perustuslakia tuli tulkita suppeasti sallimalla vain erityisesti mainitut keinot liittovaltiollisten tavoitteiden edistämiseksi. Juttu oli näin ollen tärkeä määritellessään osavaltioiden ja liittovaltion suhdetta. Juuri tässä jutussa Marshall totesi perustuslaista:

”[we] must never forget that it is a constitution we are expounding (...) a constitution intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs”.

Jutun *Gibbons v. Ogden* ratkaisuun (1826) liittyvässä lausumassaan (*votum*) Marshall puolestaan tulkitsi laajasti liittovaltion viranomaisten oikeutta säännellä kauppaa, ja siitä tuli myöhemmin tärkeä kannanotto juuri liittovaltiollisten intressien edistämisessä.

The Taney-court (1836–1864)

Roger B. Taney, joka toimi korkeimman oikeuden presidenttinä vuosina 1836–1864, oli ristiriitainen hahmo sen historiassa. Hänen edeltäjänsä Marshall oli painottanut liittovaltion oikeutta ennen osavaltioiden oikeutta, kun taas Taney korosti osavaltioiden asemaa. Erityisen keskeinen oli *Dred Scott Case* vuodelta 1857, jossa vahvistettiin, että orjista ei voinut tulla Yhdysvaltojen kansalaisia, etteivät he voineet olla asianosaisia missään oikeudellisissa asioissa ja ettei yksikään osavaltio voinut liittovaltiollisin vaikutuksin antaa kansalaisoikeuksia tai kieltää orjuutta. Orja, joka oli karannut orjuuden sallineesta sen kieltäneeseen osavaltioon, tuli näin ollen palauttaa entiseen, orjuuden tunnustaneeseen valtioon. Taneyn kantaa asiassa lainataan usein esimerkkinä erityisen aggressiivisesta suhtautumisesta muun kuin valkoisen rodun edustajiin:

”It is difficult at this day to realize the state of public opinion in regard to that unfortunate race which prevailed in the civilized and enlightened portions of the world at the time of the Declaration of Independence, and when the Constitution of the United States was framed and adopted; but the public history of every European nation displays it in a manner too plain to be mistaken. They had for more than a century before been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations, and so far unfit that they had no rights which the white man was bound to respect.”

Tätä ratkaisua on myös pidetty erityisen ikävänä esimerkkinä siitä, että tuomari on tulkinnut lakia omasta yhteiskunnallis-poliittisesta näkemyksestään käsin. Ratkaisu tuki etelävaltioita, joiden talous perustui orjuuteen, ja se voitiin tulkita toiveeksi, ettei valtatasapaino niiden ja orjuuden kieltäneiden pohjoisten osavaltioiden välillä muuttuisi. Jos se oli Taneyn toive, oli kyseessä vain lyhytaikainen etelävaltioiden voitto. Korkeimman oikeuden ratkaisu herätti vihaa orjuuden vastustajissa ja oli osaltaan edistämässä vaatimuksia orjuuden lakkauttamisesta, mitkä johtivat sisällissotaan vuosina 1861–1865.

The Fuller-court (1888–1910)

Melville Fuller oli *Chief Justice* vuosina 1888–1910. Jutussa *Plessy v. Ferguson* (1895) Fuller äänesti (8–1) enemmistön mukana. Se koski perustuslain 14. lisäystä, joka oli syntynyt Yhdysvaltain sisällissodan jälkeen tavoitteena antaa kaikille maan kansalaisille samanlaista oikeussuojaa. Tällä lisäyksellä oli alun perin haluttu antaa mustille sama oikeus kuin valkoisille. Tämä ilmaistiin sanoilla *equal protection*. Tuomioistuin vahvisti kuitenkin, että määräys samasta suojelusta, *equal protection*, tuli ymmärtää niin, että se perustui doktriiniin, joka kulki nimellä *equal but separate*. Tämä nimittäin antoi osavaltioille oikeuden pitää voimassa rodullisia eroja, myös julkisissa liikennevälineissä, ”kunhan vain kaikilla oli oikeus matkustaa junilla”. Värillinen amerikkalainen, joka oli moittinut rautatieyhtiön oikeutta erottaa valkoiset ja värilliset omiin vaunuihinsa, ei näin ollen saanut myötätuntoa. Eri mieltä ollut tuomari Harlan sen sijaan totesi äänestyslausunnossaan: ”*Our constitution is colour-blind and neither tolerates nor knows classes among citizens*”.

Eräs kaikkein tunnetuimmista ”vedenjakajajutuista”, *watershed cases*, joka on toinen nimitys tärkeille jutuille, oli *Lochner v. New York* vuodelta 1905. Korkein oikeus totesi ratkaisussaan, että New Yorkin osavaltio oli

perustuslain vastaisesti säätänyt 60 tunnin työviikosta leipomoalalla. Juttu alkoi rikosasiana Lochneria vastaan, joka oli vaatinut, että erään työntekijän tuli työskennellä Lochnerin leipomossa enemmän kuin 60 tuntia viikossa, siis enemmän kuin osavaltion lainsäädännön määräykset maksimityöajasta sallivat. Korkein oikeus kuitenkin sivuutti kyseisen lainsäädännöksen ja piti sitä perustuslain vastaisena katsoen, että kyseinen määräys loukkasi sekä työnantajan että työntekijän sopimusvapautta ja näin ollen myös *due process of law* -periaatetta.

Näin ollen vastakkain olivat valtion lainsäädäntövalta sekä yksilön henkilökohtainen vapaus ja hänen vapautensa tehdä sopimuksia. O. W. Holmes, joka oli juuri nimitetty tehtäväänsä, lausui usein siteeratussa eriväessä mielipiteessään: ”*a constitution is not intended to embody a particular economic theory*”. Holmesin ”vastustaja” jutussa oli konservatiivinen tuomari, Rufus Wheeler Peckham, joka sai tuomioistuimen enemmistön puolelleen, ja juttu ratkaistiin niin, ettei markkinavoimien vapauteen puututtu. Myös tämä ratkaisu kuuluu niihin, joista on todettu, että korkein oikeus huolimatta – ainakin näennäisesti – neutraalista tasa-arvoperiaatteesta perusti todellisuudessa ratkaisun äärimmäiselle liberalismille, joka suosi työnantajia ja vahingoitti pyrkimyksiä saada aikaan sosiaalisesti kelvolliset olosuhteet työntekijöille.

The Warren-court (1954–1969)

Korkeimman oikeuden historian kaksi tärkeintä kautta ovat monien mielestä tuomioistuimen perustamista seuranneet vuodet, eli Marshallin aika, jolloin korkeimman oikeuden suhde perustuslakiin vahvistettiin, sekä Warrenin kausi 1950 ja 1960-luvuilla. Tuolloin tuomioistuimen ratkaisuilla muovattiin merkittävästi amerikkalaista yhteiskuntaa ja maan oikeuskulttuuria. Earl Warren oli juristi ja poliitikko. Hän oli republikaaneihin kuulunut Kalifornian kuvernööri, kun presidentti Dwight D. Eisenhower nimitti hänet tuomioistuimen johtoon. Warrenin kaudella (1954–1969) oikeus antoi monia tuomioita, jotka olivat rotuerottelua vastaan, ja jotka vahvistivat tuomioistuimen asemaa rikosasioissa.

Väitetään myös, että Eisenhower katui Warrenin nimitystä, sillä tämä oli luultua paljon liberaalimpi. Eräs kiistellyimmistä mutta samalla yhteiskunnalliseen kehitykseen huomattavasti vaikuttaneista korkeimman oikeuden ratkaisuksista tehtiin jutussa *Brown v. Board of Education* vuonna 1954. Se kumosi doktriinin *equal but separate*. Jutussa oli kyse erillisten koulutusjär-

jestelmien ylläpitämisestä, jolloin värilliset ohjattiin toisiin kouluihin kuin valkoiset. Korkein oikeus vahvisti yksimielisesti, että lasten rotuerottelu, segregatio, perustamalla erillisiä kouluja valkoisille ja värillisille ei ollut perustuslain mukaista. Korkein oikeus totesi, että aikaa ei voitu kääntää takaisin vuoteen 1868, jolloin 14. lisäys oli hyväksytty, tai vuoden 1895 ratkaisuun *Plessy v. Ferguson*, vaan modernissa yhteiskunnassa koulutus tuli nähdä niin tärkeäksi, että kaikilla tuli olla siihen yhtäläinen oikeus. ”*Separate educational facilities are inherently unequal*”, sanottiin ratkaisussa, joka perustui Warrenin laatimaan lausumaan. Siihen yhtyivät kaikki tuomarit, – ja ratkaisulla luotiin kokonaan uutta liittovaltiota.

Jutussa *Mapp v. Ohio* korkein oikeus totesi vuonna 1961, ettei liittovaltion tai osavaltioiden tuomioistuimissa saanut rikosasioissa käyttää todistusaineistoa, joka oli hankittu perustuslain vastaisella tavalla (4. lisäys). *Gideon v. Wainwright* vuodelta 1963 puolestaan vahvisti epäillyn oikeuden ilmaiseen oikeudenkäyntiavustajaan, jos tämä ei itse kyennyt kustantamaan avustajaa. Tämän katsottiin seuraavan periaatteesta ”*due process of law*”. Myös juttu *Miranda v. Arizona* vuodelta 1966 koski rikosprosessia, ja siinä vahvistettiin, että syyttäjäviranomaisten asia oli osoittaa, että epäilty oli ennen kuulustelua saanut tiedon oikeudestaan käyttää asianajajaa.

The Burger-court (1969–1986)

Warren E. Burger (1907–1995) oli republikaani, jonka presidentti Richard Nixon nimitti korkeimman oikeuden presidentiksi vuonna 1969. Tämä tapahtui sen jälkeen, kun senaatti oli pysäyttänyt demokraatteihin kuuluneen presidentin Lyndon B. Johnsonin valitseman Abe (Abraham) Fortasin nimityksen antaakseen republikaaneille mahdollisuuden saada edustajansa Warrenin seuraajaksi. Burger tuli tehtävään liittovaltion muutoksenhakutuomioistuimesta. Häntä pidettiin konservatiivina, mutta hän pysyi edeltäjensä linjoilla. Korkeimman oikeuden historiassa hän ei kuitenkaan saanut samanlaista merkitystä kuin presidentti Warren. Hän luopui tehtävästään vuonna 1986.

Jutun *Furman v. Georgia* ratkaisu vuodelta 1972 tuli kuitenkin tunnetuksi, koska sillä pidettiin voimassa kuolemanrangaistus. Enemmistöllä 5–4 (heidän joukossaan Burger) oikeus päätti, että kuolemanrangaistus oli ”perinteinen rangaistusmuoto” eikä sinällään tarkoittanut perustuslailla kiellettyä julmaa ja epätavallista rangaistusta (*cruel and unusual punishment*). Sen sijaan perustuslaki edellytti, ettei kuolemanrangaistusta voinut

tuomita mielivaltaisesti, vaan osavaltioiden lainsäädännössä tuli asettaa sen tuomitsemiselle tietyt perusedellytykset.

Myös myöhemmin korkein oikeus on todennut, ettei kuolemanrangaistus sinänsä ole vastoin perustuslakia. Aktiivisia ja huomiota osakseen saaneita keskustelijoita asiasta ovat olleet etenkin tuomarit William J. Brennan, joka on kuolemanrangaistuksen vastustaja, ja Anthony Scalia, joka korostaessaan omissa kannanotoissaan ennen muuta ”lainsäädännön alkuperäistä tarkoitusta” torjuu sen mahdollisuuden, että korkein oikeus lakkauttaisi kuolemanrangaistuksen. Jutussa *Gregg v. Georgia* 1976 oikeus totesi jälleen, että kuolemanrangaistus sinänsä oli sopusoinnussa perustuslain kanssa. Monissa myöhemmissäkin ratkaisuisaan tuomioistuin on ottanut kantaa kuolemanrangaistuksen käyttöön, mutta jyrkentänyt sen käytön mahdollistavia ehtoja.

Jutussa *Roe v. Wade* vuonna 1973 annettiin toinen merkittävä ja mielipiteitä herättänyt ratkaisu. Se on eräs kiistellyimmistä tuomioistuimen historiassa, ja siinä oikeus totesi, että osavaltioiden abortin vastainen lainsäädäntö loukkasi oikeutta yksityisyyteen (*privacy*), josta mainitaan perustuslain 14. lisäyksessä. Oikeus tulkitsisi melko lailla perinteestä poiketen ’*privacy*’ nimenomaan naisten oikeudeksi. Tämä periaate on pysytetty voimassa myös tuomioistuimen myöhemmässä käytännössä, mistä on esimerkkinä tapaus *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* vuodelta 1992. *Regents of the University of California v. Bakke* vuodelta 1978 koski lainsäädäntöä toimenpiteistä, jotka kulkevat nimellä ”*affirmative action programs*”. Sen ratkaisussa todettiin, ettei tasavertaisuuden periaatetta (*equal protection of the laws*) loukattu, kun lainsäädännössä edellytettiin, että yliopistojen tuli suosia vähemmistöjä ja näin helpottaa niihin kuuluvien pääsyä korkea-asteen koulutuksen.

The Rehnquist-court (1986–2005)

William H. Rehnquististä (1924–2005) tuli Nixonin nimittämä korkeimman oikeuden tuomari vuonna 1972. Vuonna 1986 liittovaltion presidentti Ronald Reagan nimitti hänet tuomioistuimen presidentiksi. Hänen tilalleen tuomariksi tuli edellä mainittu Anthony Scalia. Rehnquistiä pidettiin hyvin vanhoillisena, ja eräissä ratkaisuisa, jotka koskivat muun muassa homoseksuaalien oikeuksia (ns. *Bowers-case* 1986 ja *Lawrence v. Texas* 2003) hän kuului niihin tuomareihin, jotka katsoivat, ettei perustuslain tehtävänä ollut suojella vähemmistöjä. Hän kuoli virassa ollessaan vuonna 2005.

Bush v. Gore (2000) oli korkeimman oikeuden ratkaisu, joka vahvisti vuoden 2000 presidentinvaalien tuloksen. Kyse oli eräiden äänestyslipujen pätevyydestä Floridassa. Uusintalaskenta olisi ollut ratkaiseva sen toteamiseksi, tuliko vaalin voittajaksi ja näin presidentiksi George Bush vai Al Gore. Tuomioistuimen presidentti ja kuusi muuta tuomaria äänestivät kuitenkin uusintalaskentaa vastaan katsoen, että muutamien äänten manuaalinen ääntenlaskenta tulisi (sellaisenaan) vaikuttamaan toisen osapuolen eduksi, ja loukkaisi näin perustuslain määräystä tasapuolisesta oikeussuojasta, *equal protection*.

The Roberts-court (2005–)

George Bush nuorempi nimitti John G. Robertsin korkeimman oikeuden presidentiksi vuonna 2005. Robertsin johtamaa tuomioistuinta on yleensä pidetty edeltäjänsä konservatiivisempänä.

Tapauksessa *Boumediene v. Bush* (2008) korkein oikeus totesi, että Guantanamo Bayssä vangittuina olevilla terrorismista epäillyillä oli perustuslaillinen oikeus *habeas corpus*seen, eli oikeus saada vangitsemisensa laillisuus tuomioistuimessa tutkittavaksi. Guantanamo Bay ei ole virallisesti osa Yhdysvaltoja, sillä se kuuluu Kuuban kanssa tehdyn sopimuksen perusteella viime kädessä Kuuban määräysvaltaan (*sovereignty*), vaikka alue käytännössä on täysin Yhdysvaltojen hallinnassa. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, että alue oli *de facto* Yhdysvaltojen määräysvallan alainen ja siten myös maan perustuslakia oli sovellettava.

Ratkaisu *Kennedy v. Louisiana* (2008) koski kuolemanrangaistusta. Korkein oikeus katsoi, että perustuslain lausuma ”*cruel and unusual punishment*” ei sallinut osavaltion määrätä kuolemanrangaistusta rikoksista, jotka eivät johtaneet uhrin kuolemaan (tässä tapauksessa lapsen raiskauksesta). Silti kuolemanrangaistus on edelleen sallittu myös rikoksista valtiota vastaan, kuten vakoilusta ja valtiopetoksesta. Jutun *McDonald v. Chicago* (2010) ratkaisussa korkein oikeus katsoi, että perustuslain takaama oikeus ”*to keep and bear arms*” koski myös yksittäisiä osavaltioita ja että Chicagon käsiasekielto oli vastoin perustuslakia.

Tapaus *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) liittyi presidentti Obaman terveydenhuoltouudistukseen eli ns. *Obamacareen*, joka laajensi sairausvakuutuksen kattavuutta Yhdysvalloissa. Korkein oikeus katsoi, että henkilökohtainen sairausvakuutus kuului perustuslain alaan, ja että kongressilla oli valta säätää suurimmasta osasta *Obamacareen*

liittyvistä säännöksistä. Kuitenkin säädös, jolla osavaltiot velvoitettiin joko hyväksymään merkittävä *Medicaidin* laajennus tai luopumaan kokonaan siihen liittyvästä liittovaltion rahoituksesta, oli liian pakottava (*unduly coercive*) ja perustuslainvastainen. *Medicaid* on Yhdysvaltojen valtiollinen sairausvakuutusohjelma vähävaraisille henkilöille ja perheille. Uudistusohjelmaan sisältyvät muutokset olisivat laajentaneet merkittävästi *Medicaidiin* oikeutettujen määrää ja vaikuttaneet liittovaltion budjettiin.

Tapauksessa *United States v. Windsor* (2013) korkein oikeus totesi äänin 5–4, että *Defence of Marriage Actin* tulkinta, joka rajoitti käsitteet ”avioliitto” ja ”aviopuoliso” koskemaan vain heteroseksuaalista parisuhdetta, oli perustuslain vastainen. Ratkaisu koski tilannetta, jossa samaa sukupuolta olevien avioliitto tunnustettiin osavaltiotasolla, kun taas liittovaltion lainsäädännön alaan kuuluvissa kysymyksissä, kuten perintöoikeus tai sosiaaliturva, liittoa ei tunnustettu.

Burwell v. Hobby Lobby Stores Inc. (2014) on tuore ratkaisu. Myös se liittyi presidentti Obaman terveydenhuoltouudistukseen, joka laajensi sairaskuutusten kattavuutta Yhdysvalloissa. Maan sairausvakuutusjärjestelmän mukaan työntekijä on vakuutettu työnantajansa kautta, ja työnantajan vakuutuksen on katettava myös naispuolisten työntekijöiden raskauden ehkäisystä aiheutuvat kulut. Vaatimus ei alun perinkään koskenut mm. uskonnollisia työnantajia, kuten kirkkoja ja ei-kaupallisia järjestöjä. Nyt korkein oikeus katsoi äänin 5–4, että myös eräät muut yritykset (*closely held*) on vapautettu tästä velvollisuudesta omistajien uskonnollisen vakaumuksen perusteella. Tuomiota on kritisoitu siitä, että se puuttui naisten itsemääräämisoikeuteen. Lisäksi sillä on arvioitu olevan laajempiakin vaikutuksia, mikäli yritykset voivat jatkossakin vaatia uskonnosta johtuvia poikkeuksia liittovaltion lakien noudattamisessa.

3.3.5 Perustuslain tulkinta

Jotta korkeimman oikeuden rooli perustuslain tulkinnessa tulisi ymmärteyksi, täytyy myös tuntea ne määräykset, joita kerta toisensa jälkeen tulkitaan. Alkuperäinen perustuslaki oli lyhyt eikä sisältänyt kansalaisille taattuja oikeuksia. Niitä otettiin perustuslakiin kymmenellä lisäyksellä (*amendments*) vuonna 1791. Lisäykset tunnetaan nimellä *Bill of Rights*.

Yhdysvaltojen valtiosääntö (perustuslaki) sisältää sekä yksittäisiä määräyksiä että etenkin myöhempiin lisäyksiin sisältyviä periaatteita, joiden tulkinta on antanut korkeimmalle oikeudelle mahdollisuuden ottaa kantaa moniin keskeisiin kansalaisten oikeuksia sekä liittovaltion ja osavaltioiden välisiä suhteita koskeviin kysymyksiin. Tärkeässä asemassa on luonnollisesti edellä lainattu *Bill of Rights* ja aiemmin mainittu 14. lisäys *due process of law* -periaatteineen. Lisäksi on mainittava perustuslain 1. artiklan määräys (art. I, sect. 8; ”*commerce clause*”). Sen perusteella kongressi voi säännellä kaupankäyntiä niin vieraiden valtioiden kanssa kuin maan eri osavaltioiden välillä.

Perustuslain tulkinnasta on monta koulukuntaa. Niistä kukin edustaa omalla tavallaan kiinnostavaa suhtautumista perustuslain tekstiin, ja niiden avulla voi ainakin osaksi ymmärtää kulloinkin syntyneitä tulkintoja. Tulkinnan lähtökohta on luonnollisesti perustuslain teksti. Se on lyhyt ja selkeä, mutta yli kaksisataa vuotta vanha – eikä sitä ole kirjoitettu vastamaan tämän päivän olosuhteita. Eräs tapa, jolla perustuslakia on tulkittu, kulkee nimellä tekstualismi (*textualism*) tai originalismi (*originalism*). Tällöin pyritään vahvistamaan, mikä oli tarkoituksena tekstin syntyhetkellä. Näin ”perustuslain isien” tarkoitus on tulkinnan tärkein ohjenuora. Samalla torjutaan sen pohtiminen, mitä perustuslain isät sanoisivat, jos laki annettaisiin tänään. Tällä tulkinnalla on kannattajia myös nykyisessä korkeimmassa oikeudessa. Yksi huomattavista ns. originalismin edustajista on edellä mainittu Anthony Scalia. Hän korostaa perustuslain laatijoiden mielipiteen merkitystä ja kirjoittaa siitä esseessään *A matter of interpretation* (1997) seuraavasti:

”I do not suggest, mind you, that originalists always agree upon their answer. There is plenty of room for disagreement as to what the original meaning was, and even more as to how that original meaning applies to the situation before the court. But the originalist at least knows what he is looking for: the original meaning of the text. Often – indeed, I dare say usually – it is easy to discern and simple to apply. Sometimes (though not very often) there will be disagreement regarding the original meaning; and sometimes there will be disagreement as to how the original meaning applies to new and unforeseen phenomena. (...) But the difficulties and uncertainties of determining original meaning and applying it to modern circumstances are negligible compared with the difficulties and uncertainties of the philosophy which says that the Constitution *changes*; that the very act which it once prohibited it now permits, and which it once permitted it now forbids; and

BILL OF RIGHTS

Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

Amendment II: A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed.

Amendment III: No soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Amendment IV: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Amendment V: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to

that the key to that change is unknown and unknowable. The originalist, if he does not have all the answers, has many of them.”

Toinen suuntaus, modernismi (*modernism*) tai instrumentalismi (*instrumentalism*), käsittelee perustuslakia nykyaikaisena lakitekstinä, jota joudutaan soveltamaan tänään, ja jota näin ollen tulee tulkita nykyajan vaatimusten mukaisesti. Tämän suuntauksen originalistit torjuvat tarkoitushakuisena toteamalla, että laki on ollut voimassa jo yli kaksisataa vuotta ja silti sitä on voitu soveltaa moniin tilanteisiin. Perustuslain teksti on kuitenkin niin lyhyt

be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Amendment VI: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

Amendment VII: In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

Amendment VIII: Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Amendment IX: The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

Amendment X: The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.

ja epämääräinen, että se mahdollistaa ”elävän perustuslain”, lain jatkuvan sopeutumisen ajan vaatimuksiin, vastaavat modernistit. On myös niitä, jotka ovat perustuslain kirjaimellisen tulkinnan (*literalism*) kannalla. Heitä ei kiinnosta perustuslain tausta-ajatukset vaan se, miten lain tarkoitus näkyy kielellisissä ilmaisuissa. Tämä kirjaimellinen tulkinta voi olla historiallista, jolloin painopiste on sanojen merkityksessä vuonna 1787, tai sen kannattajat voivat olla kiinnostuneita sanojen nykyisistä merkityksistä.

Lopuksi voidaan mainita myös niin sanottu demokraattinen tai normatiivinen tulkinta (*democratic / normative reinforcement*), jonka mukaan

perustuslaki on niiden periaatteiden kokoelma, jotka vastaavat nykyajan demokraattisen yhteiskunnan peruskäsityksiä. Tulkinnasta tulee näin ollen vuoropuhelua perustuslain syntyajankohdan perusperiaatteiden ja demokratiaa korostavassa nykyajan yhteiskunnassa vallitsevien ajatusten välillä.

4 Venäjän oikeus

Venäjä sivuutetaan usein oikeusvertailevissa kirjoituksissa. Venäjän oikeus herättää kuitenkin nykyään paljon kiinnostusta. Se nähdään muun muassa esimerkkinä siirtymävaiheen oikeusjärjestelmästä, järjestelmästä, joka on muuttumassa neuvostovaltion sosialistisesta oikeusjärjestelmästä osaksi *civil law* -järjestelmiä, tai ehkä jopa omaksi oikeusperheekseen. Kehityksen suunta on kuitenkin tällä hetkellä melko epävarma. Jaksossa luodaan katsaus Venäjän oikeuskulttuurin erityispiirteisiin. Ensin tarkastellaan maan oikeushistoriaa kiinnittämällä huomiota niihin seikkoihin, jotka poikkeavat *civil law* -traditiosta. Tämän jälkeen käsitellään Venäjän viimeaikaista oikeuskehitystä.

4.1 YLEISTÄ

Venäjän valtio vie melko ison osan maailmankartasta, mutta sillä ei ole sitä väkimäärää tai poliittista voimaa, joka oli tyypillistä entiselle Neuvostoliitolle. Viimeksi mainittu oli Yhdysvaltojen rinnalla toinen maapallon suurvalloista. Silti Venäjän poliittinen ja taloudellinen merkitys on edelleen suuri varsinkin Euroopassa. Sitä vastoin Venäjän oikeus otetaan esille vain harvoin silloin, kun keskustellaan oikeusvertailusta. Maan oikeushistorian samoin kuin sen voimassa olevan oikeuden tunteminen on melko vähäistä Venäjän ulkopuolella.

Seuraavassa käsitellään Venäjää ja sen oikeutta hieman laajemmin kuin yleensä vertailevan oikeuden tai oikeushistorian esityksissä on tapana. Tämä johtuu siitä, että Venäjä etenkin tällä hetkellä on tärkeä ei vain suomalaisesta vaan myös eurooppalaisesta näkökulmasta. Sitä paitsi Venäjän oikeuskulttuurin pohtiminen auttaa ymmärtämään yleisemminkin oikeusvertailun monimutkaisuutta. Niin monen maan oikeus näyttää nykyään *civil law* -järjestelmältä, vaikka sen historia olisi ollut hyvinkin poikkeuksellinen. Oikeusvertailun näkökulmasta Venäjän oikeus onkin kiinnostava

VENÄJÄN HISTORIA

Venäjän historian tunteminen auttaa ymmärtämään myös maan oikeushistoriaa. Karkeasti jaotellen Venäjän oikeushistoriassa erotetaan vanhin jakso, eli niin sanottu Kiovan aika (Kiova pääkaupunkina), mongoliaika ja sitä seurannut tsaarinvallan aika käännekohtanaan 1700-luku, jolloin etenkin Pietari Suuri omaksui ja toi maahan länsimaisia vaikutteita. Venäjän vallankumous vuonna 1917 merkitsi puolestaan uutta rajapyykkiä. Neuvostoliitto perustettiin, ja se oli olemassa melkein koko 1900-luvun. Historiaan kuuluu myös, että Venäjä on slaavilainen maa, joka on ollut suuntautunut ennen kaikkea itään, Bysanttiin. Kirkolliset suhteet ovat olleet itäiseen (ortodoksiseen) kirkkoon, ei paavinistuimeen Roomassa.

800-luku	Kiovan venäläinen ruhtinaskunta perustetaan
988	Kristinuskon tulo
1240	Mongolien hyökkäys
1240–1480	Venäjä mongolien vallan alla
1480	Moskovan suurruhtinaskunta
1453	Konstantinopolin tuho ja ajatus Moskovasta ”Kolmantena Roomana”
1547–1584	Iivana Julma
1613	Romanovien suku nousee valtaan
1689–1725	Pietari Suuri
1762–1796	Katariina Suuri
1812	Napoleonin tappio Venäjällä
1825	Dekabristikapina esivallankumouksellisena liikehdintänä
1855–1881	Aleksanteri II
1861	Maaorjuuden poistaminen
1905	”Verisunnuntai” ja Duuman perustaminen
1917	Keisarikunnan tuho
1917	Venäjän vallankumous
1922–1991	Neuvostoliitto
1941–1945	Suuri isänmaallinen sota
1945–1991	Kylmä sota
1990	Neuvostoliiton hajoaminen
1991–	Venäjän federaatio
1991	SNG (<i>Sodruzhestvo Nezavisimykh Gosudarstv</i>), eli ns. ”IVY-maat” perustetaan

muun muassa silloin, kun keskustellaan sen paikasta perinteisessä oikeusperheiden luokittelussa. Siitä tuskin on epäselvyyttä, että Venäjän oikeus on lähimpänä juuri *civil law* -järjestelmää, mutta jos kiinnitetään huomiota maan oikeudelliseen traditioon, voidaan puolustaa näkemystä Venäjästä omana oikeuskulttuurinaan.

4.2 SOSIALISTINEN OIKEUS

Tämän päivän Venäjä on kahden 1900-luvulla tapahtuneen vallankumouksen tuote. Vuoden 1917 vallankumous teki tiliä kapitalismin ja vanhan itsevaltaisen hallinnon kanssa, kun taas siirtyminen kommunismista ja suunnitelmataloudesta demokratiaan ja markkinatalouteen vuonna 1991 oli toinen vallankumoukseen verrattava muutos. Venäjän oikeusjärjestelmä on myös ollut mallina monille niille maille, jotka kuuluivat entiseen Neuvostoliittoon ja toimivat nyt yhdessä IVY:ssä. Tästä näkökulmasta Venäjän oikeus on osa suurempaa kokonaisuutta. Paljon on myös muuttunut sen jälkeen, kun IVY vuonna 1991 perustettiin. Neuvostoliiton aikana kaupankäynti perustui kauppasuhteisiin, joissa neuvostovaltio oli kaupan osapuolena. Tänään kauppa, investoinnit ja liiketoimet tapahtuvat yksityiseltä pohjalta. Näin on myös korostunut sopimussuhteita koskevan oikeudellisen sääntelyn merkitys: sen toimivuus, ennakoitavuus ja ”tehokkuus”.

Vanhemmissa oikeusvertailevissa teoksissa Venäjän oikeutta pidetään pääesimerkkinä oikeusjärjestelmästä, joka muodostaa oman niin sanotun sosialistisen oikeusperheen. Kommunistisessa yhteiskunnassa ei periaatteessa tarvittu valtiota eikä lakia, mutta niin pitkälle Neuvostoliitossa ei koskaan päästy. Sosialistiselle valtiolle, jota Neuvostoliitto (1922–1991) edusti, oli ominaista yksipuoluejärjestelmä, kollektiivinen omistus, suunnitelmatalous ja julkisoikeuden etusija yksityisoikeuteen nähden. Oikeus Neuvostoliitossa perustui kuitenkin paljolti myös vallankumousta edeltävän ajan venäläiseen traditioon, joka oli huomattavasti lähempänä *civil law*- tai ns. roomanis-germaanista oikeusperhettä kuin englantilaista *common law* -järjestelmää.

Ensimmäiset sosialistiset lakikirjat vuosina 1921–1928 valmisteltiin perehtymällä Saksan, Ranskan ja Sveitsin lainsäädäntöön. Tuolloin oikeusvertailijat kysyivätkin, oliko neuvosto-oikeus oma ”perheensä”, vai olisiko

civil law'n pääpiirteitä koskeva kuvaus riittävä myös neuvosto-oikeuden ymmärtämiseksi. Esimerkiksi itävaltalais-amerikkalainen oikeusvertailija Albert Ehrenzweig katsoi, että neuvosto-oikeuden erottaminen eurooppalaisesta oikeusperinteestä, oli koko länsimaisen ajattelun mutta myös oikeusvertailun perusteiden vastaista (LVIII California Law Review, 1970). Monet *civil law* -traditiolle tyypilliset ajatusmallit näkyivätkin esimerkiksi perhe- ja omistusoikeuden kysymyksissä, samoin silloin kun kyse oli perinnöstä, sopimuksesta tai vahingonkorvauksesta.

Sosialististen maiden juristit olivat kuitenkin toista mieltä neuvosto-oikeuden kuulumisesta *civil law* -ryhmään: oikeus oli todellisuudessa vain taloudellisen perustan ylärakenne, ja sosialistiseen talouteen kuului oikeusjärjestys, joka erosi perusteiltaan Länsi-Euroopan kapitalististen järjestelmien oikeudesta. Tämän vuoksi sosialististen maiden oikeuden tuli välttämättä kuulua muuhun kuin länsimaisen *civil law*'n yhteyteen. Johdattavat oikeusvertailijat kuten ranskalainen René David, hyväksyivät tämän näkökannan. Näin oli myös Zweigertin ja Kötzin oikeusvertailun johdantoteoksen varhaisemmassa painoksessa. Teoksessa on jakso niin sanotusta sosialistisesta oikeusperheestä, joka määriteltiin ulottumaan Keski- ja Itä-Euroopan ja Neuvostoliiton kautta Kiinaan ja Kaakkois-Aasian eräisiin osiin sekä Kuubaan ja tiettyinä aikoina myös eräisiin Afrikan maihin.

Joka tapauksessa voidaan todeta, että jos tultiin johonkin sosialistiseen maahan (myös Euroopassa, oli se kuin saapuminen toiseen maailmaan, jossa sanoilla oli toinen merkitys. Demokratia ei tarkoittanut samaa itäisessä ja läntisessä Euroopassa. Sama koski keskeisiä yksityisoikeudellisia käsitteitä, kuten omistusta ja sopimusta. Tämän vuoksi oli luonnollista käsitellä sosialistisia maita erikseen ja pyrkiä esittelemään sosialistisen oikeuskäsityksen peruslähtökohtia. René David korosti, että perehtymällä sosialistiseen oikeuteen voitiin myös havaita läntisen oikeuden heikkouksia. Hän myös totesi, että sosialistisen maailman kokeilut voisivat olla hyödyllisiä lännelle. Tämä tapahtui niihin aikoihin kun julkisen sektorin kasvu Länsi-Euroopassa ja sosialistisen talousjärjestelmän lieveneminen eräissä sosialistisissa maissa loivat odotuksia kahden järjestelmän läheneemisestä. Davidin näkemysten voidaan ehkä myös katsoa heijastavan toisen maailmansodan jälkeisessä Ranskassa tyypillistä, suopeaa suhtautumista sosialismiin.

Sosialistinen oikeusperhe on kuitenkin oikeushistoriaa Euroopassa. Berliinin muurin murtumisen (1989) ja Neuvostoliiton hajoamisen (1990–

1991) jälkeen myös sosialistinen oikeus lakkasi entisessä Neuvostoliitossa. Venäjän valtion uudelleen pystyttämistä lähtien on luotu uutta venäläistä oikeusjärjestystä. Silti on hieman epävarmaa, tulisiko nykyistä venäläistä oikeutta pitää omana oikeusperheenään vai voidaanko se katsoa osaksi *civil law*'ta. Venäläiset oikeusvertailijat ovat kuitenkin yleensä sitä mieltä, että Venäjä ja pääosa entisen Neuvostoliiton maista kuuluvat romaanis-germaaniseen ryhmään. Monet seikat kuitenkin puhuvat sen puolesta, että ne nyky-Venäjän oikeuskulttuurin erityispiirteet, jotka ovat yhteydessä sen historiaan, yhteiskuntajärjestelmään ja auktoritatiiviseen poliittiseen rakenteeseen, tulevat parhaiten esille, jos Venäjän oikeutta tarkastellaan omana ”perheenään” tai oikeuspiirinään. Näin on siitäkkin huolimatta, että *civil law* -oikeudella on ollut suuri vaikutus etenkin laajaan lainsäädäntötyöhön uudessa markkinatalouteen perustuvassa yhteiskunnassa.

Venäjän oikeus on edelleen myös eräänlaisen ylimenovaiheen oikeutta. Muutosvaihe on ollut monimutkainen, eikä sen tuloksena ole ollut perinteisen länsimaisen mallin mukainen demokraattinen valtio. Käsitetty ”*transitional legal system*” käytetään usein korostamaan, että kyse on muutosvaiheesta ilman varmuutta lopputuloksesta. Joka tapauksessa Venäjä on kiinnostava oikeusvertailun kohde. On esimerkiksi mielenkiintoista seurata, kuinka sosialistinen menneisyys yhdistetään nykyajan (sääntely)tarpeiden kanssa tai kuinka sopimusvapauden, tekijänoikeuden ja ympäristönsuojelun periaatteet toimivat uudessa todellisuudessa.

4.3 VENÄJÄN OIKEUDEN HISTORIA

Kuten jo todettiin, perustuu Venäjän oikeushistoria eri tapahtumiin kuin läntisen Euroopan oikeushistoria. Erityisesti on syytä mainita mongoliajan hallinto 1240–1480. Se loi perustan auktoritatiiviselle ja yksinvaltaiselle hallitsemistavalle, jota pidetään Venäjälle tyypillisenä. On myös todettu, että tuo valloitus esti Venäjää savuttamasta muun Euroopan kehitystasoa: ilman mongoliaikaa Venäjällä olisi luultavasti ollut nykyistä aikaisemmin yliopistoja, oikeustieteellistä koulutusta ja juristien ammattikunta samoin kuin *ius communesta* vaikutteita saanut oikeusjärjestelmä.

Yleensä Venäjän oikeushistoria aloitetaan vanhimmasta venäläisestä oikeudesta Kiovan ruhtinaskunnan ajalta 800-luvulla. Siltä ajalta ovat pe-

räisin peruskäsitteet *pravo* (oikeus) ja *zakon* (laki). Myös *pravda* on Venäjän oikeuden keskeinen käsite. Se voi tarkoittaa sekä oikeudenmukaisuutta että totuutta, mutta sitä käytetään myös suurista lakikokoelmista puhuttaessa. Erityisesti on syytä mainita niin sanottu *Russkaja Pravda* 1000-luvun puolivälistä. Siinä käsitellään sekä verikostoa että hyvitystä tarkoittavaa ”mies-sakkoo” samaan tapaan kuin Ruotsin tai Tanskan keskiaikaisissa laeissa.

On huomattava, että varhaisen Venäjän alueella asui useita kansallisuuksia, myös muslimeja. Vanhin venäläinen oikeus muodostui tapaoikeudesta ja ruhtinaiden päätöksistä. Siinä oli myös lainaa vieraasta oikeudesta, kuten Bysantin ja Pohjoismaiden oikeudesta. Vuodelta 1551 on kirkko-oikeuden kokoelma, joka oli saanut vaikutteita Bysantin oikeudesta. Keskiaika oli mongolivalloituksen leimaama: Se vaikutti hallintomalliin sekä katkaisi siihenastisen kulttuurisen kehityksen samalla tavalla kuin muillakin mongolien valloittamilla alueilla. Vuonna 1480 Moskovan ruhtinaat löivät mongolit ja yhdistivät vähitellen Venäjän. Siitä lähtien hallitsijoiden nimitys oli tsaari. Iivana (Julma) IV:n aikana 1500-luvulla kehittyi poliittisen vallan rajoittamattomuutta koskeva oppi, joka vaikutti Venäjän historiaan vuosisatojen ajan.

Vuoden 1480 jälkeiseltä ajalta on olemassa eräitä pienehköjä lakikokoelmia, mutta ratkaiseva muutoskausi oli tsaari Aleksei Mihailovitšin aika 1648–1650. Vuonna 1649 annettiin ensimmäinen perusteellinen lakikirja *Sobornoe Uloženie*, jossa oli 967 artiklaa. Yksi sen lähteistä oli Liettuan lakikirja. 1600-luvun lopulta lähtien ulkomaiset vaikutteet Venäjän kulttuurissa tulivat yhä merkittävämmiksi. 1700–1720-luvuilla Pietari Suuri uudisti hallintoa ruotsalaisten esikuvien mukaisesti. Myös armeijaa ja laivastoa koskeva lainsäädäntö uudistettiin ottamalla mallia ulkomaisista esikuvista. Muussa lainsäädännössä ei niinkään tapahtunut muutoksia. Silti voidaan todeta, että lainsäädäntöä alettiin pitää tärkeimpänä oikeuslähteenä, ja se meni oikeustapojen edelle. Todettakoon myös, että Pietari Suuri vähensi oleellisesti ortodoksisen kirkon poliittista valtaa.

Vuonna 1755 perustettiin ensimmäinen venäläinen yliopisto, Lomonosov-yliopisto Moskovaan. Ensimmäiseksi oikeustieteen professoriksi tuli S. E. Desnitskij, joka oli koulutukseltaan teologi ja opiskellut Glasgow’ssa. Vuosisadan jälkipuoliskolla, Katariina Suuren aikana, vaikutti ranskalainen valistus. Keisarinna on yleisesti tunnettu uudistushalukkuudestaan. Hän muun muassa kirjoitti itse uuden rikoslain (ns. *nakaz*), mutta sitä ei koskaan saatettu voimaan. Laissa nähdään vaikutteita aikakauden valistusajattelusta.

Katariinan tiedetään lukeneen esimerkiksi Cesare Beccarian (1738–1794), Montesquieun ja Blackstonen teoksia, joita myös käännettiin venäjäksi. Myöhemmin käännettiin venäjäksi myös edellä kodifikaation isänä mainitun Benthamin teoksia.

ROOMALAINEN OIKEUS VENÄJÄLLÄ

Moskovan yliopisto perustettiin vuonna 1755, ja roomalainen oikeus kuului alusta alkaen oikeustieteen opintoihin. Roomalainen oikeus on perinteisesti ymmärretty Venäjällä keinoksi ymmärtää oikeuden peruskäsitteitä. Tämä vuoksi Venäjällä – samoin kuin Neuvostoliitossa – on pidetty kiinni roomalaisen oikeuden opiskelusta, mikä kulminoitui *Corpus juris civiliksen* kääntämiseen venäjäksi 2000-luvun alussa.

Vierasta oikeutta on lainattu myös muutoin. Pietari Suuri toteutti hallinnollisia uudistuksia, jotka perustuivat mm. ruotsalaisen oikeuden omaksumiselle. Katariina Suuren ajan uudistusohjelmissa otettiin vaikutteita Ranskan ja Italian valistusajattelusta. Englantilaisen Benthamin teoksia käännettiin venäjäksi Aleksanteri I:n ajan kodifikaatiohankkeiden yhteydessä.

1880-luvulla Preussin pääkaupunkiin Berliiniin perustettiin roomalaisen oikeuden instituutti. Sen tehtävänä oli kouluttaa venäläisiä juristeja antamaan opetusta roomalaisessa oikeudessa, jota pidettiin oikeustieteellisen osaamisen perustana.

Vuonna 1832 julkaistiin Venäjän lainsäädäntöä koskeva, täydelliseksi tarkoitettu kokoelma *Zvod zakonov*. Siihen lisättiin joka vuosi uusi liite, ja vuodesta toiseen sen sisältöä muutettiin. Tämä on edelleen käytäntönä Venäjällä. Yksi keskeisistä lain taustahahmoista oli venäläinen M. M. Speranski, joka kirjoitti:

”Emme voi odottaa voivamme rakentaa pysyvää perustaa lakiemme systemaattiselle tutkimiselle roomalaisesta oikeudesta taikka juristiemme rajoittuneista yrityksistä. Sen tulee perustua lakikokoelmalle ja saada alkunsa sen säätämisestä. Ennen kuin se on tehty, on hyödytöntä kirjoittaa kommentaareja tai tavoitella kansallista lainsäädäntötiedettä.” (ks. William Butler: *Russian Law*, 2009, s. 31).

1800-luvun tärkeitä reformeja olivat maaorjuuden lakkauttaminen (vuonna 1861) ja laaja oikeudenkäyntiuudistus (1864 alkaen). Englantilaisien – jälleen etenkin Bentham – ja ranskalaisten esikuvien mukaisesti oikeudenkäyntiin tuotiin suullisuus ja julkisuus, sekä maallikkojen osallistuminen. Vuotta 1864 pidetään merkkivuotena venäläisen juristiprofession historiassa. Juristeja oli ollut jo aikaisemminkin, mutta tuosta vuodesta lasketaan alkaneen varsinaisen (koulutetun) juristikunnan olemassaolo. Berliiniin perustettiin edellä mainittu roomalaisen oikeuden instituutti (Das russische Seminar für Römisches Recht bei der juristischen Fakultät der Universität Berlin, 1887–1896), jossa venäläiset juristit saivat saksalaisten professorien antamaa koulutusta roomalaisessa oikeudessa. Näin pyrittiin muun muassa kouluttamaan oikeustieteen opettajia Venäjälle.

BAKUNIN JA KROPOTKIN

Poliittista ajattelua 1800-luvun jälkipuoliskolla leimasi radikaali ajattelu, joka valmisti tietä Venäjän vallankumoukselle. Venäjän historiassa militantit radikaalit tunnetaan niin sanottuina nihilisteinä, jotka taistelivat valtiota vastaan. Aleksanteri II:n murhaaminen vuonna 1881 oli yksi huomattavimmista poliittisista murhista, joka vei Venäjää auktoritatiiviseen suuntaan – aikana, jolloin oli valmisteltu monia uudistuksia.

Kaksi tunnetuinta venäläistä anarkistia ja teoreetikkoa ovat Mikhail Bakunin (1814–1876) ja Peter Kropotkin (1842–1921). Bakunin oli johtava hahmo anarkistiliikkeessä, ja hän edusti ns. kollektiivista anarkismia. Hän vastusti Karl Marxin (1818–1883) ajatuksia, muun muassa proletariaatin diktatuuria, ja toivoi aseetonta vallankumousta ja sitä kautta yhteiskuntaa, joka perustuisi absoluuttiselle vapaudelle. Siinä ei olisi luokkaeroja tai hallitsijoita, vaan työläiset ja talonpojat yhdessä huolehtisivat yhteiskunnasta. Hän eli suurimman osan elämänsä maanpaossa. Kropotkin puolestaan piti valtiota hallitsevan luokan suojakilpenä taistelussa vallasta ja muiden luokkien sorrossa. Tuomioistuimet olivat instituutio, jonka avulla kostettiin heikommille, eivät oikeudenmukaisuuden toteuttamiseksi.

Vuonna 1905 luotiin uusi eräänlainen perustuslaillinen hallintomalli, kun tsaari (vastentahtoisesti) perusti edustuksellisen kokouksen, duuman, jolle annettiin lainsäädäntövaltuuksia. Myös muita uudistuksia vietiin läpi. Vuosina 1910–1913 valmisteltiin uusi siviililakikirja, johon otettiin mallia etenkin saksalaisesta pandektioikeustieteestä. Venäjän osallistuminen ensimmäiseen maailmansotaan lopetti kuitenkin uudistukset, ja vuoden 1917 alkupuolella viimeinen tsaari, Nikolai II, joutui luopumaan kruunusta. Venäjän vallankumouksen seurauksena loka-marraskuussa 1917 perustettiin neuvostotasavalta, ja siitä alkoi kokonaan uusi aikakausi Venäjän historiassa, joka kesti vuoteen 1991.

4.4 NEUVOSTOLIITON OIKEUS

Myös Neuvostoliiton aika voidaan jakaa eri jaksoihin. Niin sanottu NEP-aika (*Novaja ekonomitšeskaja politika*, 'Uusi talouspolitiikka') oli 1920-luvulla uudistusten aikaa, jolloin pyrittiin kohti tietäntyyppistä markkinataloutta. Ensimmäinen valtiosääntö vuodelta 1918 korvattiin uudella vuosina 1924 ja 1936–1937 sekä vielä kerran 1977. Siviililakikirja valmisteltiin vuoden 1922 aikana aiemman Venäjällä syntyneen ehdotuksen sekä Saksan ja Sveitsin siviililakikirjojen pohjalta. Lakia uudistettiin 1964. Neuvostoliittolainen lakikirja saattoi monien mielestä näyttää rakenteeltaan tyyppilliseltä *civil law* -lakikirjalta, mutta se perustui sosialistiselle ideologialle, jonka mukaan yksityisomistus oli mahdollista vain siinä määrin kuin se oli sovitettavissa yhteen yhteiskunnan yleisempien vaatimusten kanssa. Yhteiskunta samaistettiin neuvostovaltioon, ja valtion etu tuli ennen yksilön intressejä. Myös suurin osa liiketoiminnasta kuului valtion toiminnan piiriin, eikä perinteistä sopimusvapautta ollut. Yksityisoikeudellisella sääntelyllä (sopimus- tai vahingonkorvausoikeus) oli marginaalinen merkitys, sillä lähes kaikki oikeudellisiksi katsottavat kysymykset kuuluivat julkisoikeuden, etenkin hallinto-oikeuden alaan.

Stalinin valtaannousu (1923) aloitti uuden kauden. Se perustui alistamiseen, joka paheni toisen maailmansodan aikana. Stalinin kuoleman jälkeen tapahtui jonkinlaista politiikan ja yhteiskunnallisen elämän liberalisointia, mikä kuitenkin lakkasi 1960-luvun puolivälissä alkaneella ns. pysähtyneisyyden kaudella. Sitä puolestaan jatkui viimeiseen neuvostoyhteiskunnan

uudistamisyritykseen, niin sanottuun *perestroika*-kauteen presidentti Mihail Gorbatšov in aikana 1980-luvun lopulla.

Neuvostoliiton ajan oikeuden ymmärtämiseksi on syytä todeta, että se perustui marxismi-leninismille. Se oli kaiken tieteen, myös oikeustieteen, filosofinen perusta. Samalla poliittinen taloustiede ja kommunistinen ideologia ohjasivat myös juridiikkaa. Vapaaksi katsottavaa tutkimusta tai oikeuspoliittista keskustelua ei käytännössä ollut. Eräs vaikutusvaltaisen politiikan teoreetikko oli E. B. Pashukanis (1891–1937), jonka teos

SOSIALISTINEN VAHINGONKORVAUSOIKEUS

Varhaisen neuvostoajan vahingonkorvausoikeuden periaatteet olivat läheisessä yhteydessä sosiaaliturvaan. Vastuu perustui syy-yhteyteen (kausaliteetti), ei vahingonaiheuttajan syyllisyyteen, ja juridinen käytäntö meni pitkälle suojellessaan heikompaa osapuolta. (Butler 2009, s. 421–422.)

Tuomioistuimilla oli vuoden 1922 siviililakikirjan säännösten perusteella mahdollisuus vahingonkorvausta määritellään ottaa huomioon niin uhrin kuin vahinkoa aiheuttaneenkin taloudelliset olosuhteet. Vahinkoa aiheuttanut, mikäli hän oli hyvin toimeentuleva, saatettiin tuomita korvaukseen, vaikka hän ei ollut vahinkoon syyppää. Kun periaatteena oli, että heikommin toimeentulevaa suosittiin – ja henkilövahingot minimoitiin ilmaisella sairaanhoidolla ja muilla sosiaalietuuksilla – se ei ainakaan lisännyt huolellisuutta mahdollisten vahingonaiheuttajien, kuten työntekijöiden keskuudessa.

Talousjärjestelmässä, jossa valtio oli ottanut haltuun yksityisen sektorin, vastuu kulki käsi kädessä moraalin kanssa: neuvostoihmiseltä vaadittiin huolellisuutta kaikissa tilanteissa, joissa saattoi aiheutua vahinkoa. Vahingon aiheuttamisen pelottelulla oli samanlainen merkitys kuin velvollisuudella korvata vahinko. Vuonna 1961 lainsäädäntöä kuitenkin uudistettiin niin, että luovuttiin kausaliteettiajatuksista ja alettiin antaa painoa vahingonaiheuttajan syyllisyydelle. Tämä ajatus näkyy myös nykyisessä Venäjän siviililakikirjassa.

marxilaisesta oikeusteoriasta vuodelta 1924 käännettiin useille kielille ja jota luettiin 1970-luvulla marxilaisesti suuntautuneiden juristien keskuudessa myös Pohjoismaissa. Teos oli analyysi oikeuden perustehtävistä, jotka liittyivät ennen kaikkea vaihdantaan. Taustalla oli marxilaisuuden perusajatus siitä, että oikeus oli niin sanottua yhteiskunnan ylärakennetta, joka heijasti yhteiskunnan taloudellista järjestystä. Se muuttuisi kuitenkin tarpeettomaksi porvarillisen/kapitalistisen yhteiskunnan lopullisen katoamisen myötä.

4.5 VENÄJÄN OIKEUS TÄNÄÄN: SIVIILILAKIKIRJA JA PERUSTUSLAKI

Oikeudellisesti Venäjä oli siis osa Neuvostoliittoa, ja osa sen lainsäädännöstä on edelleen ajalta ennen vuotta 1991. Uusi lainsäädäntö on ollut oleellinen osa siirtymisessä sosialismista markkinatalouteen. Vuoden 1993 perustuslaki on nykyaikainen valtiosääntö, joka määrittelee kansalaisten oikeudet ja sääntelee ylimpien valtioelinten toimintaa. Sen mukaan Venäjä tai Venäjän federaatio perustuu kansansuvereniteettiperiaatteelle, ja sitä toteutetaan joko suoraan tai valtion elimien välityksellä. Periaatteessa voimassa on myös vallanjako lainsäädäntö-, toimeenpano- ja tuomiovaltaa käyttävien elinten välillä.

Lainsäädäntöhankkeet ovat johtaneet uudentyyppeisiin lakikirjoihin, joita kutsutaan nimellä *kodeks*. Näiden lisäksi on joukko muita sääntelymuotoja, muun muassa presidentin antamia asetuksia, jotka kulkevat nimellä *ukaz*. Tärkein lainsäädäntö on koottu vuosittain ilmestyvään kokoelmaan (*Sobranie zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii*), joka sisältää mm. esineoikeutta, velvoiteoikeutta, rikosoikeutta ja hallinto-oikeutta koskevaa lainsäädäntöä sekä prosessia, budjettia, rakentamista, perhettä, ympäristöä, työsuhteita ja verotusta koskevat tärkeimmät lait.

Uusi siviililakikirja tuli voimaan (neljässä osassa) vuosien 1995 ja 2008 välisenä aikana. Esikuvina lakia valmisteltaessa olivat etenkin Hollannin ja Sveitsin lakikirjat, mutta myös joitakin Neuvostoliiton ajan oikeudelle tyyppillisiä periaatteita säilytettiin. Lakikirja ei ole täydellinen siviilioikeuden kodifikaatio, vaan sitä täydennetään muulla lainsäädännöllä. Kuitenkin jo vuonna 2008 alettiin puhua lakikirjan uudistamisen tarpeesta, ja parlamentti

päätti lain (osittaisesta) uudistamisesta vuonna 2013. Keskeisinä syinä uudistamistarpeelle mainittiin muun muassa Venäjän oikeus- ja tuomioistuinjärjestelmän ”heikko globaali kilpailukyky” sekä tarve poistaa ristiriidat siviililakikirjan ja muiden lakien määräysten väliltä. Asiaan liittyvässä kyselyssä yli 60 % liikejuridiikan parissa toimivista lakimiehistä priorisoi ulkomaisissa (välitys)tuomioistuimissa tapahtuvaa riidanratkaisua ja jopa *common law* -normiston soveltamista. Yleisemminkin luottamus venäläisiin tuomioistuihin on heikko. Niiden oikeudelliseen osaamiseen ei luoteta, ja niiden riippumattomuutta epäillään.

Venäjän perustuslaki on vuodelta 1993. Itse asiassa se on ensimmäinen demokraattinen valtiosääntö Venäjällä, ja nykyään venäläiset juristit ovat alkaneet puhua valtiosääntöoikeudesta ja perustuslaista, kun aikaisemmin käytettiin käsitettä ”valtio-oikeus”. Venäjä on liittovaltio (fедераatio). Liittovaltiotasolla lainsäädäntövalta on kaksikamarisella parlamentilla, joka jakautuu liittoneuvostoon ja duumaan. Presidentillä on laajat valtaoikeudet ja hänen valtakauttaan pidennettiin vuonna 2008 tehdyllä perustuslain muutoksella. Perustuslaissa mainitaan lisäksi 83 aluetta (tasavallat ym.), jotka ovat niin sanottuja federaatiosubjekteja, joilla on oma perustuslakinsa

VENÄJÄN PERUSTUSLAKI

Artikla 1

1. Venäjän Federaatio – Venäjä – on demokraattinen federalistinen oikeusvaltio, jolla on tasavaltainen hallitusmuoto. (...)

Artikla 2

Ihmisellä, hänen oikeuksillaan ja vapauksillaan on korkein arvo. Valtion velvollisuutena on ihmisten, kansalaisten ja heidän oikeuksiensa ja vapauksiensa tunnustaminen, ylläpitäminen ja puolustaminen.

Artikla 3

1. Suvereniteetin kantaja ja ainoa vallan lähde Venäjän Federaatiossa on sen monikansallinen kansa. (...)

Artikla 14

1. Venäjän Federaatio on maallinen valtio. Mitään uskontoa ei tehdä valtionuskonnoksi eikä pakolliseksi. (...)

ja muuta säännöstöä, omat hallinnolliset elimensä ja tuomioistuinjärjestelmänsä. Niiden johdossa on suorilla vaaleilla valittavat aluejohtajat, jotka yhdessä muodostavat presidentin alaisuudessa toimivan neuvoa-antavan elimen, valtakunnanneuvoston (*Gosudarstvennyi sovet*).

Tuomiovaltaa käyttävät liittovaltiotasoinen valtiosääntötuomioistuin, jossa on 19 tuomaria, sekä joukko muita tuomioistuimia. Yleisten tuomioistuinten rinnalla toimivat erityiset kaupallisia riitoja käsittelevät arbitraatituoimioistuimet, jotka nimestään huolimatta ovat osa valtiollista tuomioistuinjärjestelmää. Ylin oikeusaste – myös arbitraatituoimioistuinten ratkaisemissa asioissa – on federaation korkein oikeus. Yleisenä periaatteena on (myös alueellisten) korkeimpien oikeuksien antamien ennakkopäätösten sitovuus. Venäläinen erityispiirre kuitenkin on, että korkeimpien oikeuksien tulkinnat muotoillaan yleensä erillisiksi lakia muistuttaviksi määräyksiksi, joita sitten alempien tuomioistuinten on noudatettava.

Perustuslaki edellyttää tuomioistuimien riippumattomuutta, mutta todellisuudessa tuomioistuinlaitoksen suhde valtiovaltaan on ongelmallinen. Melko yleinen käsitys nimittäin on, että tuomioistuimet eivät aina täytä tehtävänsä riippumattomina lain- ja oikeudenmukaisuuden takaajina. Viime vuosina on jopa puhuttu neuvostojalle tyypillisen, eräänlaisen ”puhelinioikeuden” paluusta (ks. Jane Henderson: *The Constitution of the Russian Federation*, 2010). Siinä tuomari tiedusteli kommunistisen puolueen kantaa ennen kuin antoi jutussa ratkaisun.

5 Oikeudelliset sekajärjestelmät

Sekajärjestelmiksi kutsutaan oikeusjärjestelmiä, joissa on vaikutteita molemmista suurista oikeuskulttuureista, *common law*'sta ja *civil law*'sta. Ne ovat oikeusjärjestelmiä, jotka ovat syntyneet kahden tradition kohtaamisesta. Sellaisia tavataan muun muassa Skotlannissa, Etelä-Afrikassa, Sri Lankassa, Israelissa, Quebecissä ja Louisianassa. Jaksossa tarkastellaan etenkin Etelä-Afrikan oikeutta, joka on erinomainen esimerkki sekajärjestelmästä, jossa on myös muita kuin edellä mainittujen kahden tradition elementtejä. Sitä ennen käsitellään kuitenkin sekajärjestelmien syntyä esimerkkeinä muiden maiden kuin Etelä-Afrikan oikeusjärjestykset.

5.1 SEKAJÄRJESTELMÄN KÄSITE

Sekajärjestelmä (*mixed legal system*) on melko uusi termi, ja se viittaa yleensä maihin joiden oikeudessa on elementtejä sekä *civil law*- että *common law* -järjestelmistä. Vernon V. Palmerin toimittamassa teoksessa *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (2012) sekajärjestelmien oikeus asetetaan kahden perinteisen oikeusperheen rinnalle. Termi viittaa ilmiöön, joka tunnetaan esimerkiksi Yhdysvaltojen yhdessä osavaltiossa Louisianassa, samoin kuin Puerto Ricossa, Kanadan Quebecissä, Skotlannissa ja Maltalla. Afrikassa kyse on Etelä-Afrikan tasavallasta, Lesothosta, Botswanasta, Namibiasta ja Zimbabwesta, Lähi-idässä Israelista ja Aasiassa Sri Lankasta ja Filippiineistä.

Sekajärjestelmille on yleensä määritelty kolme tunnusmerkkiä. Ensinnäkin puhutaan juuri *common law*'n ja *civil law*'n yhdistelmästä. Tämä on keskeinen kriteeri, mutta näiden rinnalla on voitu soveltaa myös muita oikeusnormeja, esimerkiksi niin sanotuista uskonnollisista oikeusjärjestelmistä (esim. islamin oikeus). Toiseksi edellytetään, että näiden kahden suuren tradition sekoittuminen on niin merkittävää, että kyseinen oikeus-

järjestelmä todella näyttäytyy sekoituksena. Monissa oikeusjärjestelmissä, kuten Yhdysvaltojen osavaltioissa Texasissa, on espanjalaisia vaikutteita ajalta ennen amerikkalaisten valloitusta. Kyse on kuitenkin melko vähäisestä vanhemman oikeuden (*civil law'n*) vaikutuksesta. Kiinnostavin on kuitenkin kolmas tunnusmerkki, joka koskee oikeusjärjestelmän rakennetta. Tavallista nimittäin on, että *civil law* vaikuttaa yksityisoikeudessa, kun taas englantilais-amerikkalainen vaikutus näkyy asianomaisen maan tai alueen julkisoikeudessa. Englantilaiset esikuvat näkyvät yleensä myös silloin, kun tarkastellaan tuomioistuinten roolia tai tuomarien rekrytointia.

Syy sekajärjestelmiin on ennen muuta historiassa ja yleensä siinä, että alun perin ranskalaiset tai espanjalaiset siirtomaat *civil law* -järjestelmiin ovat myöhemmin tulleet englantilaisten valloittamiksi tai hallintaan taikka muutoin voimakkaan englantilaisen tai amerikkalaisen vaikutuksen alaisiksi. Näin ollen myös *common law* on tullut alueelle. Esimerkiksi Louisiana oli sekä espanjalaisten että ranskalaisten asuttama ennen kuin siitä vuonna 1803 tuli osa Yhdysvaltoja. Quebecista tuli englantilainen Ranskan ja Englannin välisen seitsenvuotisen sodan (1756–1763) seurauksena, Puerto Ricosta ja Filippiineistä osa Yhdysvaltoja sen ja Ranskan välisen sodan (1898) jälkeen. Osa Etelä-Afrikkaa, josta puhutaan tarkemmin hieman jäljempänä, tuli puolestaan englantilaisten hallintaan vuoden 1795 jälkeen.

5.2 SEKAJÄRJESTELMÄN MAITA

Sri Lanka (Ceylon vuoteen 1972 asti) tuli jo varhain hollantilaisten asuttamaksi. Hollannin Itä-Intian kauppakomppania pyrki jo vuodesta 1638 saamaan jalansijaa alueella. Portugalilaiset, jotka olivat tulleet ensin, ajettiin pois, ja hollantilaiset tekivät sopimuksen Kandyn kuningaskunnan kanssa kaupankäynnistä eräiden rannikkokaupunkien kanssa. Tuomioistuimissa sovellettiin roomalais-hollantilaista oikeutta sekä hollantilaisten välisissä että alkuperäisten asukkaiden ja vieraiden välisissä oikeusjutuissa. Myös alkuperäinen paikallinen oikeus säilyi voimassa ja sitä sovellettiin paikallisissa instansseissa. Vuonna 1796 englantilaiset kuitenkin valloittivat hollantilaisten hallitsemat rannikkoalueet, ja Wienin kongressin jälkeen vuonna 1815 englantilaiset ottivat saaren lopullisesti hallintaansa. Roo-

malais-hollantilaisen oikeuden voimassaoloa ei kuitenkaan lakkautettu, mutta sitä tulkittiin englantilaisen oikeuden valossa. Tällä hetkellä roomalais-hollantilaista oikeutta (*Roman-Dutch law*) sovelletaan Sri Lankassa vain tietyissä varallisuus oikeudellisissa kysymyksissä.

Sekäjärjestelmän kehittymiseen voi olla myös muita syitä. Unioni Skotlannin ja Englannin välillä perustuu vuoden 1707 asiakirjalle *Act of Union*. Skotlanti piti oman oikeutensa *Scots law'n*, mutta kahdella maalla oli nyt yhteiset valtiolliset elimet. Parlamentti oli aina vuoteen 1998 saakka yhteinen, ja korkein oikeusaste siviiliasioissa on tänäänkin *Supreme Court of the United Kingdom* (tätä ennen *House of Lords*). Skotlannin oikeustraditio on lähellä *civil law* -traditiota, ja roomalaisen oikeuden vaikutteita maahan tuli jo 1500- ja 1600-luvuilla mannereurooppalaisissa yliopistoissa opiskelleiden juristien mukana. Samalla Englannin läheisyys ja yhteinen kieli sekä unioni sen kanssa ovat vaikuttaneet siihen, että *common law'sta* on tullut Skotlannin oikeutta monilla tärkeillä oikeudenaloilla.

Skotlannin oikeudelliselle identiteetille on kuitenkin tärkeää pitää kiinni siitä, että maan oikeus on perusteiltaan jotain muuta kuin englantilainen *common law*. Yleensä korostetaan, että toisin kuin muut oikeudelliset sekäjärjestelmät, Skotlannin oikeus on ollut aina *mixed legal system*, jossa oikeuslähteinä ovat sekä säädännäinen oikeus (maassa ei kuitenkaan ole siviililakikirjaa) että *common law*. Kahden tradition elementtejä voidaan nähdä esimerkiksi sopimusoikeuden tai esineoikeuden instituutioissa, vaikka monissa varallisuus oikeuden kysymyksissä mannereurooppalainen oikeusajattelu dominoikin.

Myös Israelin oikeutta voidaan pitää sekäjärjestelmänä. Lähtökohtana on englantilainen *common law*. Se tuotiin Palestiinaan, josta tuli ensimmäisen maailmansodan aikana Kansainliiton alainen Britannian mandaattialue. Kun Israel julistautui itsenäiseksi 1948, englantilainen oikeus pidettiin voimassa. Erityistä Israelin oikeudessa on periaate, joka ulottuu Osmanien (Ottomaanien) valtakunnan aikaan: ihmisen (oikeudellinen) status määräytyy uskonnon mukaan. Näin ollen henkilö- ja avioliitto-oikeuden kysymykset ratkaistaan juutalaisen oikeuden mukaan, tai muslimien kohdalla islamin oikeuden mukaan. Israelin tuomioistuinlaitokseen kuuluvatkin avioliitto-oikeudellisia kysymyksiä käsittelevät uskonnolliset tuomioistuimet; eri uskonnollisilla yhteisöillä, kuten juutalaisilla, islaminuskoisilla ja kreikkalaiskatolisilla samoin kuin katolisella kirkolla on omat tuomioistuimensa. Esimerkiksi juutalaisten avioerokysymyksiä käsittelevät rabbin

muodostamat tuomioistuimet, kun taas puolisoiden aviovarallisuussuhteet kuuluvat (maallisille) perheasiain tuomioistuimille.

Tässä yhteydessä voidaan myös mainita, että juutalainen oikeus on *halakah*. Se tarkoittaa, kuten islamin oikeuden *sharia*, tietä, jota uskovan tulee kulkea. Juutalaisen oikeuden perustana on *Toora*, joka sisältää viisi Mooseksen kirjaa. Oikeuden lähteisiin kuuluvat myös laaja kommentaari-kirjallisuus sekä oikeustapauskokoelmat (*Talmud*, *Mishna*). Ne ovat pohjana jatkuvalla tulkintaprosessille, jossa uudet ja vanhat lähteet kietoutuvat toisiinsa. Tänäpä on yleistä tulkita juutalaista oikeutta niin, ettei Mooseksen lain ankaria rangaistuksia, etenkin kuolemanrangaistusta, käytetä.

Eräissä edellä mainituissa sekajärjestelmissä kodifikaation laatiminen on ollut keino, jolla *common law*'n vaikutusta on vähennetty. Tämä koskee esimerkiksi Quebeciä sekä Louisianaa, joka sai siviililakikirjan 1808. Quebecissä ranskalaisperäisen oikeuden kodifioinnilla vuonna 1866 oli tärkeä merkitys. Samalla kuitenkin Quebecin kaksi virallista kieltä, ranska ja englanti, pitivät jatkuvasti yllä kahden oikeusjärjestelmän olemassaoloa ja erityispiirteitä. Myös puhtaasti käytännölliset syyt ovat voineet vaikuttaa entisen oikeuden säilyttämiseen siitäkin huolimatta, että suvereeni alueella on vaihtunut. Tällaiset seikat saattoivat olla taustalla Louisianassa ja Quebecissä: väestön enemmistö puhui toista kieltä kuin englantia ja oli tottunut omaan lainsäädäntöön, jolloin *common law*'n tuominen alueelle olisi aiheuttanut monia käytännön vaikeuksia.

5.3 ETELÄ-AFRIKAN OIKEUS

5.3.1 Oikeuskulttuurien sekoitus

Etelä-Afrikka on erityisen hyvä esimerkki sekajärjestelmän oikeuskulttuurista. Samalla se on maa, jossa tänään pyritään tekemään tilaa myös muulle kuin Euroopasta peräisin olevalle oikeudelle. Silti vieläkin nähdään selvästi, kuinka *common law*'n ja roomalaiseen oikeuteen pohjautuvien instituutioiden elementit elävät rinnakkain.

”The Dutch settlers brought with them the European *ius commune* to the Cape of the Good Hope; and the British judges, originally sent out to the 19th century Colony to ’measure out a scanty justice to squalid savages’ (...)

eventually managed to graft English concepts, rules and precedents upon the law of Voet and Vinnius. South African law thus has been shaped by the vicissitudes of European colonial ambitions and their local aftermath; but, in the process, it has acquired a composite character – an identity as striking and distinctive as the constellation of the Southern sky”.

Näin alkaa kokoomateos Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa (1997). Kirja kertoo Etelä-Afrikan oikeudesta, siis sekajärjestelmästä, jossa on aineksia *civil law*’sta, jota sovelsivat Kapkaupunkiin vuonna 1652 tulleet hollantilaiset siirtomaaisännät, sekä *common law*’sta, jota englantilaiset tuomarit käyttivät englantilaisten valloitettua 1800-luvun alussa alueita hollantilaisilta. Englantilainen oikeus sai erityistä merkitystä sen jälkeen, kun vuonna 1828 perustettiin muutoksenhakutuomioistuin englantilaisine tuomareineen Kapkaupunkiin, jota englantilaiset Napoleonin sotien jälkeen hallitsivat. Mukana tuli myös englantilainen käsitys prejuddikaateista, jaksossa 3 käsitelty *stare decisis* -oppi, minkä johdosta alkoi ilmestyä painettuja tuomiokokoelmia (*Law Reports*).

Hollannissa oli 1600- ja 1700-luvuilla syntynyt hienosyinen oikeudellinen järjestelmä, joka perustui roomalaiselle oikeudelle. Monet suuret oikeusoppineet myötävaikuttivat hollantilaisen oikeuden kehittämiseen sekä sen arvostukseen; heitä pidettiin auktoriteetteina, joiden teoksia luettiin myös Pohjois-Euroopassa. Tämän oikeusjärjestelmän hollantilaiset siirtomaaisännät toivat tullessaan Etelä-Afrikkaan, Indonesiaan ja muihin siirtomaihin (van der Merwe 2012).

Tämä kahden järjestelmän sekoitus, jossa monia 1600- ja 1700-luvun oikeusoppineita, kuten Hugo Grotius, Arnold Vinnius ja Ulrik Huber, siteerattiin pitkään latinaksi, tekee perehtymisen Etelä-Afrikan oikeuteen kiehtovaksi. Englantilaisen oikeuden vaikutuksen laajuudesta on kuitenkin väitelty jatkuvasti. Viime vuosina moni asia on myös muuttunut suurten poliittisten muutosten seurauksena, ja samalla on alettu kiinnostua afrikkalaisesta tapaoikeudesta. Näin ns. oppineiden oikeus on jäänyt taka-alalle. Silti edelleenkin kyse on monisyydestä ja sekoittuneesta oikeusjärjestelmästä.

Etelä-Afrikan oikeushistorialle on tyypillistä monet tuomaripersonallisuudet, jotka ovat vaikuttaneet maan oikeuskehitykseen. Tämä on eräs *common law* -kulttuurille tyypillinen ilmiö. Samalla kuitenkin oikeustieteen merkitys on ollut maassa huomattavasti suurempi kuin pragmaattisemmin ja oikeustapauksiin orientoituneessa englantilaisessa järjestelmässä.

ETELÄ-AFRIKAN HISTORIAA

- 1652 Ensimmäiset hollantilaiset asukkaat, afrikaanerit, asettuvat harvaan asutulle alueelle Hyväntoivonniemen ympäristöön.
- 1795 Englanti miehittää Kapmaan (*Cape Colony*) hollantilaisilta Muizenbergin taistelussa; virallisesti alueesta tulee Englannin siirtomaa vuoden 1814 nk. Lontoon sopimuksella.
- 1833 Hollantilaisen väestön osa, ns. *Voortrekkers*, jättävät entisen asuinalueensa ja siirtyvät luoteeseen, missä perustetaan Oranjen vapaavaltio 1854 ja Transvaal 1860. Sen jälkeen, kun jälkimmäisestä löydettiin kultaa, pyrkivät brittiasukkaat sinne ja vaativat itselleen oikeuksia.
- 1899–1902 Transvaal ja Oranje liitetään britti-imperiumiin autonomisina alueina niin sanotussa toisessa buurisodassa.
- 1910 Perustetaan Etelä-Afrikan unioni, joka on englantilaisten siirtokuntien, Kapmaan ja Natalin, sekä Transvaalin ja Oranjen yhteenliittymä.
- 1948–1990-luku Apartheidin aika.
- 1960 Etelä-Afrikan tasavalta.
- 1994 Nelson Mandela presidentiksi; vallassa vuoteen 1999, kuoli 2013. Antoi tukensa vuonna 2009 valitulle zuluihin kuuluvalla presidentille Jacob Zumalle.

5.3.2 Oikeuden kehitysvaiheet

Hollantilaisten oikeus

Vuonna 1495, kolme vuotta sen jälkeen kun Kristoffer Kolumbus oli löytänyt Amerikan, Bartolomeus Dias purjehti Hyväntoivonniemen ympäri matkatessaan kohti Kaukoitää ja hankkiakseen mausteita kaupattavaksi Euroopan markkinoilla. Vuonna 1652 Hollannin Itä-Intian kauppakomppania perusti Niemelle virkistysaseman, jossa ohikulkevat alukset saattoivat täydentää vesi- ja muita varantojaan. Vaikka alueella asui entuudestaan joitakin heimoja, katsottiin Hyväntoivonniemen alueen, sittemmin Kapmaan (*Cape Colony*), olevan *res nullius*, ei kenenkään maata. Hollannin Itä-Intian kauppakomppania valtasi alueen, ja siitä tuli Hollannin oikeuden alainen.

Vuonna 1657 joukko *freeburghereita* eli hollantilaistaustaisia uudisasukkaita jätti kauppakomppanian ja alkoi viljellä alueella maata omaan lukuunsa. Tästä alkoi Kapmaan kolonisaatio. Alueelle alkoi saapua väestöryhmiä myös muualta Euroopasta. Alkuperäiskansat alistettiin muiden vallankäytölle perustelemalla, että hollantilainen oikeus edusti sellaista ”kirjoitettua järkeä” (*ratio scripta*), jota voitiin pitää kaikkia alueen asukkaita sitovana universaalina (ja luonnollisena) oikeutena. Näin roomalais-hollantilainen oikeus istutettiin alueelle. Sen soveltamisala nojasi pikemminkin alueperiaatteeseen kuin henkilöiden statukseen. Roomalais-hollantilaista oikeuskirjallisuutta omaksuttiin Hollannin aasialaisilta siirtomaa-alueilta sekä ennen muuta Leidenin yliopistossa opiskelleiden, Kapmaasta kotoisin olevien juristien myötävaikutuksella. Siirtomaahallinto perusti Kapmaahan muun muassa maarekisterin ja tuomioistuinjärjestelmän.

Englannin oikeuden vaikutus

Britannia puolestaan on miehittänyt Kapmaan alueen kahdesti: ensin vuonna 1795 Napoleonin vastaisten sotien aikana sekä uudelleen 1806. Antautumisehtojen mukaan uudisasukkaat saivat säilyttää voimassa olevan oikeuden sekä erioikeutensa. Ehto pohjautui periaatteeseen, joka oli julki lausuttu kuuluisassa brittiläisessä oikeustapauksessa *Campbell v Hall* vuodelta 1774: Valloitetujen alueiden lait säilyivät voimassa, kunnes suvereeni hallitsija nimenomaisesti muutti niitä. Ensimmäiseksi siirtomaa-viranomaiset ponnistelivat saadakseen englannin kielen käyttöön alueella. Kapmaan itäosiin siirrettiin viisisataa brittiläistä uudisasukasta vuonna 1820. Kaksi vuotta myöhemmin brittien nimeämä paikallisia olosuhteita selvittänyt Colebrook-Biggen komissio esitti, että myös oikeusjärjestys tulisi englantilaistaa. Uudistushankkeet saivat kuitenkin aikaan mielenosoituksia ja uhkauksia kieltäytyä yhteistyöstä. Brittien oli todettava, ettei ollut mahdollista pakolla muuttaa lakia kielelle, jota valtaväestönä olevat hollantilaiset eivät osanneet; äkillinen suuri muutos olisi myös voinut aiheuttaa alueella levottomuuksia. Lisäksi viranomaiset katsoivat, että voimassa ollut roomalais-hollantilainen oikeusjärjestys sisälsi riittävästi sääntelyä yhteiskunnan perustoimintoja ajatellen.

Näin ollen tyydyttiin lievempään, vaiheittain ja alue alueelta toteutettavaan oikeushallinnon muutosohjelmaan. Colebrook-Biggen komission ehdotuksessa kuitenkin suositeltiin, että korruption ja vallan väärinkäytön välttämiseksi perustettaisiin uusi ja itsenäinen tuomioistuinjärjestelmä.

Tämä johti muun muassa uuden ylimmän tuomioistuimen (*Cape Supreme Court*) perustamiseen. Se korvasi Hollannin vallan aikana perustetun ylimmän tuomioistuimen (*Raad van Justitie*), ja sen tuomarit rekrytoitiin pääsääntöisesti Englannista. Vuonna 1827 saatettiin voimaan uusi alioikeusjärjestelmä. Myös prosessi- ja todistusoikeutta koskeva lainsäädäntö muokattiin Englannin oikeuden mukaiseksi. Samalla kuitenkin säilytettiin eräitä roomalais-hollantilaisen oikeuden instituutioita.

Tuomarien sekä vähitellen myös paikallisten asianajajien koulutuksesta ja ammatillisesta taustasta johtuen monet tyypilliset *common law* -oikeuskulttuurin piirteet tulivat osaksi Kapmaan oikeusjärjestelmää. Asianajajat saattoivat nimittäin harjoittaa ammattiaan vain, jos olivat saaneet koulutuksensa Oxfordissa, Cambridgessa tai Dublinissa. *Common law*’n vaikutusta olivat myös mm. julkiset, suulliset ja luonteeltaan pikemminkin akkusatoriset kuin inkvisitoriset oikeudenkäynnit, joissa äänessä olivat asianosaiset tai heidän edustajansa, erityisen syyttäjäviranomaisen (*Attorney-General*) perustaminen, juryn käyttöönotto (1831) sekä ennakkotapausten sitovuus. Oikeudenkäyntikirjelmät ja asiakirjat, kuten sopimukset ja testamentit, muotoiltiin yleensä Englannissa käytössä olleiden mallien mukaisesti.

Britti-imperiumin aika veti koko Etelä-Afrikan mukaan nopeasti kasvavaan kansainväliseen kauppaan, mikä lisäsi alueen kaupallista ja poliittista merkitystä. Vuonna 1809 Hollannissa oli tullut voimaan Ranskan siviililakikirjasta (*Code Civil*) vaikutteita saanut siviililakikirja, mistä seurasi, ettei Kapmaassa enää pystytty seuraamaan Hollannin lainsäädäntökehitystä. Tämä osaltaan johti siihen, että oikeudelliset mallit liittyen laivakuljetuksiin, vakuutuksiin, yhtiöoikeuteen, maksukyvyttömyyteen, immateriaalioikeuksiin ja siirtokelpoisiin maksuvälineisiin haettiin brittiläisestä oikeudesta. Colebrook-Biggen komission raportissa vihjattiin, että tämä ratkaisu johtui osittain roomalais-hollantilaisen kauppaoikeuden säännösten kehittymättömyydestä; ne eivät kyenneet vastaamaan jatkuvasti kehittyneiden liiketoimien vaatimuksiin. Sen sijaan roomalais-hollantilaiset säännökset perimyksestä ja omistuksesta samoin kuin velvoiteoikeuden kysymyksistä jäivät voimaan. Maan hallinto-oikeudellisten uudistusten ohella lopullisen kuoliniskun hollantilaisen julkisoikeuden vallalle Kapmaassa antoi englantilainen valtiosääntöoikeus, jonka periaatteiden nojalla ratkaistiin konflikteja hollantilaisten uudisasukkaiden ja englantilaisten valtaapitävien välillä.

”Sekaoikeus”

Vuonna 1837 15 000 orjien vapauttamiseen ja englantilaistamistoimenpiteisiin tyytymätöntä hollantilaista uudisasukasta (*Voortrekkers*) jätti Kapmaan, ja perusti sittemmin Oranjen vapaavaltion (1854) ja Transvaalin (1852). Uusien tasavaltojen perustuslaeissa säädettiin, että niiden alueella sovellettiin roomalais-hollantilaista oikeutta. Transvaalin perustuslaki perustui olennaisesti kuuluisan roomalais-hollantilaisen oikeuden asiantuntijan Van der Lindenin teokseen *Trader’s Handbook* (1806). Käytännössä tasavalloissa otettiin käyttöön kuitenkin myös monta brittiläisperäistä instituutiota, kuten yleiset tuomioistuimet, jury-järjestelmä ja prosessisäännöt. Kauppaoikeuden ja julkisoikeuden saralla omaksuttiin vähitellen Kapmaan oikeuden malli, ja sieltä alkoi saapua myös tuomareita ja muita juristeja. Nyt tuomarit etsivät oikeusohjeita Englannin, Skotlannin samoin kuin Kapmaan oikeuskäytännöstä.

Näistä tasavalloista, kuten myös Natalista, tuli selvemmin ”sekoittuneen toimivallan” alueita, kun Englanti valloitti ne. Natal liitettiin Kapmaahan 1843, ja siitä tuli erillinen Englannin siirtokunta 1856. Myös Oranje ja Transvaal ajautuivat myöhemmin Englannin vallan alle. Vuonna 1902, toisen buurisodan jäljiltä, niistä tuli ns. kruunun siirtokuntia (*Crown Colonies*). Vanhat perustuslait kumottiin ja vanhat lainsäädännölliset ja hallinnolliset rakenteet korvattiin uusilla perustuslaeilla. Samalla perustettiin uudet ylemmät tuomioistuimet (Transvaalissa *Supreme Court* ja *High Court*, Oranjessa *High Court*). Entiset tuomarit eivät päässeet uusiin tuomioistuihin, mutta lähes kaikilla uusilla tuomareilla oli hyvät tiedot myös roomalais-hollantilaisesta oikeudesta. Siirtomaaherruuden siirryttyä Englannille alueilla saatettiin voimaan monia englantilaiseen oikeuteen perustuvia säädöksiä. Samalla kuitenkin annettiin roomalais-hollantilaisen oikeuden aseman säilyttämistä koskevia määräyksiä.

Sen jälkeen kun Oranjesta löytyi timantteja ja Transvaalista kultaa, Britannia julisti sodan buuritasavaltoja vastaan (1899). Virallinen syy oli Transvaalin hallituksen kieltäytyminen antamasta brittiläisille *Uitlandereille* (ulkomaalaisille) äänestyoikeutta. Juuri luonnonrikkauksien hallinta on ollut monien poliittisten ristiriitojen – samoin kuin sittemmin apartheidin – taustalla. Muutamien alkuvaiheiden menestysten jälkeen buurit joutuivat turvautumaan sissisodankäyntiin ja antautumaan 1902. Silti he onnistuivat säilyttämään kielensä ja kulttuurinsa sekä saamaan poliittista vaikutusvaltaa. Neljä provinssia – Kapmaa, Natal, Oranje ja Transvaal – yhdistettiin

Etelä-Afrikan unioniksi vuoden 1910 lailla ja alueiden oikeusjärjestelmät sulautettiin vähitellen toisiinsa. Vuonna 1931 Etelä-Afrikasta tuli itsenäinen valtio, mutta samalla osa Brittiläistä kansainyhteisöä. Etelä-Afrikan tasavalta perustettiin vuonna 1961.

Vuoden 1910 jälkeen Etelä-Afrikan korkeimmalla oikeudella (*Appellate Division of the Supreme Court of South Africa*) oli tärkeä rooli roomalais-hollantilaisen oikeuden merkityksen vahvistumisessa. Itsepäinen englantilaisen oikeuden vastustaminen etenkin afrikaansinkielisissä yliopistoissa johti kiihtyvään keskusteluun, jossa osapuolina olivat puhtaan roomalais-hollantilaisen oikeuden paluuta kannattavat nk. ”puristit” ja englantilaisen oikeuden aseman säilyttämistä tai jopa kasvattamista kannattavat nk. ”saastuttajat”. *Afrikaaner*-nationalismin saavuttaessa Etelä-Afrikassa poliittisen voiton vuonna 1948 tuomareiksi alettiin yhä useammin nimittää henkilöitä, jotka olivat opiskelleet afrikaansinkielisissä yliopistoissa. Tämä puolestaan johti 1960–1980-luvuilla eteläafrikkalaisen oikeuden luonteen selvään suuntautumiseen kohti mannereurooppalaista (*civil law*) oikeutta. Tosin tämä koski vain yksityisoikeutta. Julkisoikeus jäi englantilaisperäiseksi. Samalla alkoi erottua yhä selvemmin omanlaisensa eteläafrikkalainen oikeuskulttuuri, jossa yhdistyvät sekä roomalais-hollantilainen että englantilainen oikeus. Tämä yhdistyminen tapahtui sekä oikeuskäytännön että lainsäädännön avulla.

5.3.3 Alkuperäiskansojen asema ja apartheid

Etelä-Afrikan alkuperäiskansoilla ei ollut mitään tekemistä maan hybridiluonteisen oikeusjärjestelmän synnyn kanssa. Vaikka roomalais-hollantilaista oikeutta pidettiin tietyllä tavalla *ius naturale* -tyyppisenä, kaikkia Etelä-Afrikan asukkaita sitovana oikeutena, alkuperäisväestö ei koskaan saanut täydellistä kansalaisen oikeusasemaa, vaan heitä kohdeltiin maaorjina tai palvelijoina. Brittiläinen oikeusvaltiokäsitys (*rule of law*) kylläkin paransi heidän kohteluaan, mutta samanaikaisesti alisti heidät valtion alamaisuudelle ja kurinpidolle. Vähitellen tämä johti rotuperäisesti määritellyn alaluokan syntyyn siirtomaayhteiskunnan sisällä.

Brittiläinen politiikka suosi alun perin oikeudellista assimilaatiota, mutta jatkuvasti kasvaneiden ja paremmin organisoitujen alkuperäisväestön yhdyskuntien järjestämät protestit (esim. Zulut maan itäosissa) saivat brit-

tiläiset vallanpitäjät muuttamaan politiikkaansa nk. ”välillishallinnon” (*indirect rule*) suuntaan. Sen mukaisesti alkuperäiskansojen instituutiot ja lait (oikeustavat) säilytettiin – ja sopeutettiin. Alkuperäisväestön yhdyskunnista valittiin edustajia, *junior partnereita*, siirtomaahallintoon ja heille annettiin mahdollisuus alkuperäisväestöä koskevaan oikeudenkäyttöön, mutta vain siirtomaahallinnon viranomaisten ja instituutioiden valvonnassa. Tämä synnytti rinnakkaisen oikeusjärjestelmän lakeineen, alkuperäisväestöjen kirjoittamattomine tapaoikeudellisine normeineen ja tuomioistuimieen. Se taas johti rotuja erottelevaan ja hierarkkiseen valtioon, talouteen ja yhteiskuntaan. Uudistetulla hallintoa koskevalla lailla (*Native Administration Act*) otettiin koko Etelä-Afrikassa käyttöön modernisoitu versio *indirect rule* -hallintotavasta. Voimaan saatettiin lakeja, joilla maanomistus, työ ja koulutus jaettiin rodun perusteella, ja joiden nojalla valvottiin rotuerottelua. Järjestelmä säilytti alkuperäisväestön perhesuhteita ja yhteisöjen omistamia maa-alueita koskevan normiston. Näin tapaoikeus muodosti yhden osan tässä rotuja erottelevassa oikeudellisessa järjestelmässä, josta tuli osa ns. apartheid-järjestelmää.

Etelä-Afrikan valkoihoiset siirtomaavalloittajat ja mustaihoiset alkuperäiskansat elivät hierarkkisen ja yksityiskohtaisen oikeusjärjestyksen alaisuudessa. Etelä-Afrikkaan tuotu roomalais-hollantilainen oikeus oli irrotettu sen hollantilaisesta yhteiskunnallisesta ja eettisestä taustastaan, ja turvasi uudessa ympäristössään lähinnä vain Etelä-Afrikan yhteiskunnan eurooppalaisen osan intressejä. Kun nationalistinen puolue sai vaalivoiton vuonna 1948, oikeusjärjestelmää muutettiin ja ankaroitettiin rasististen lakien avulla rotuerottelujärjestelmäksi, joka tunnetaan nimellä apartheid. Uudet oikeussäännökset rajoittivat oikeutta palveluihin ja liikkumisvapautta rodun perusteella.

Apartheidin päällysrakenne oli siis rakennettu roomalais-hollantilaisen oikeuden luomalle perustalle. Samanaikaisesti brittiläisperäiset liberaalit kauppaoikeudelliset säädökset lisäsivät valkoihoisten vaurautta ja syvensivät rotujen välistä kuilua. Englannille tyypilliset ja liberalismien ideologiasta irrotetut *Master and Servant* -lait olivat eräs syy siihen, että Etelä-Afrikkaan syntyi rotuun perustunut työläisten alaluokka: työntekijöiden sopimusvelvoitteita voitiin panna täytäntöön rikosoikeudellisten sanktioiden avulla. Lisäksi Englannista tuotu lainsäädännöllisen suvereniteetin oppi tuki lainsäädännön avulla toteutetun ja valvotun rotuhierarkian kehittymistä yhteiskunnassa, jossa äänestysoikeus oli rajattu vain valkoisten oikeudeksi.

5.3.4 Nykyinen oikeudellinen kehitys

1900-luvun viimeisinä vuosikymmeninä Etelä-Afrikan hallituksen apartheid-politiikka sai osakseen kasvavaa kansallista ja kansainvälistä vastustusta. Samalla kun *African National Congress* (ANC) ja *Pan African Congress* -puolueiden kannattajien väliset aseelliset yhteenotot kiihtyivät, Etelä-Afrikkaa boikotoitiin urheilussa, ja vuonna 1987 YK:n päätöksellä aloitettiin öljysaarto. Tilanne kävi kestäättömäksi valkoiselle hallitukselle. Vuonna 1990 presidentti De Klerkin ja ANC:n johtajan Nelson Mandelan välillä käytyjen salaisten neuvottelujen jälkeen Mandela vapautettiin vankilasta yli 27 vuoden jälkeen.

Mustat ja valkoiset alkoivat tehdä yhteistyötä väliaikaisen perustuslain aikaansaamiseksi. Se hyväksyttiin vuonna 1993 viimeisen kokonaan valkoihoisen parlamentin toimesta. Väliaikaisella perustuslailla äänestys-oikeus laajennettiin koskemaan kaikkia yli 18-vuotiaita eteläafrikkalaisia, rasistisista ja syrjivistä toimenpiteistä tehtiin laittomia ja yksilön oikeudet (*Bill of Rights*) turvattiin. Perustuslakituomioistuin luotiin turvaamaan yksilön oikeuksia, oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja vallankäytön lakisidonnaisuutta (*rule of law*). Lopullinen perustuslaki tuli voimaan 1997. Siihen oli otettu vaikutteita Saksan, Kanadan ja Yhdysvaltain perustuslaeista, ja sitä pidetään yleisesti yhtenä maailman kehittyneimmistä.

Ensimmäiset vaalit järjestettiin 1994, ja uurnille jonotti yksissä tuumin miljoonia mustia ja valkoisia. Nelson Mandela valittiin presidentiksi (vuoteen 1999). Piispa Tutun alaisuudessa toiminut Totuuskomissio perustettiin käsittelemään väärinkäytöksiä apartheidin aikakaudelta: komissio antoi ihmisille mahdollisuuden tunnustaa syyllisyytensä väärinkäytöksiin – ja sitä kautta luoda sovinnollista mielialaa mustien ja valkoisten välille. Maansa laittomasti menettäneiden ihmisten vaatimuksia käsittelemään perustettiin oma tuomioistuimensa (*Land Claims Court*).

Nykyinen Etelä-Afrikan oikeusjärjestelmä koostuu englantilaisperäisestä prosessi- ja kauppaoikeudesta, roomalais-hollantilais-painotteisesta yksityisoikeudesta (henkilö-, esine-, jäämistö-, sopimus- ja velvoiteoikeuden alalla) sekä koko oikeusjärjestyksen läpäisevästä perustuslaista, joka on takaamassa yksilön vapauksia ja oikeusvaltion toteutumista. Eräs esimerkki roomalais-hollantilaisen ja englantilaisen oikeuden vuorovaikutuksesta on vahingonkorvausoikeus. Roomalais-hollantilaisen oikeuden lähtökohta

VUODEN 1996 PERUSTUSLAKI

Kuten todettiin, Etelä-Afrikan perustuslakia vuodelta 1996 pidetään yhtenä maailman edistyneimmistä etenkin kun puhutaan ihmisoikeuksien ja paikallisen tapaoikeuden samoin kuin maan eri väestöryhmien erojen ja monien kielten tunnustamisesta. Esipuhe, josta on alla ote, viittaa siihen, että kyse on siirtymisestä uuteen enemmistöperiaatteelle rakentuvaan vallankäyttöön.

Preamble

We, the people of South Africa,
Recognize the injustices of our past;
Honour those who suffered for justice and freedom in our land;
Respect those who have worked to build and develop our country;
and
Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity.

We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to

- Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights;
- Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law;
- Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and
- Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations.

May God protect our people.

Nkosi Sikelel' iAfrika. Morena boloka setjhaba sa heso.

God seën Suid-Afrika. God bless South Africa.

Mudzimu fhatutshedza Afurika. Hosi katekisa Afrika.

oli *Lex Aquilia* tietyin mm. fyysisiin vahinkoihin liittyvin rajoituksin. Etelä-Afrikassa tapahtui kuitenkin *Lex Aquilian* soveltamisalan vähittäinen laajentaminen pitämällä lähtökohtana vanhaa käsitettä *iniuria*, jolle annettiin merkitys ”*wrongfulness*”. Näin tuli mahdolliseksi laajentaa vastuuta koskemaan muun muassa laiminlyöntiä, vahingollista neuvoa tai puhdasta taloudellista menetystä. On myös tyypillistä, että oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä englantilaista vahingonkorvausoikeutta siteerataan useammin kuin mannereurooppalaisia ratkaisuja.

Etelä-Afrikan oikeusjärjestystä leimaa nykyään vahvasti sen perustuslaki. Siitä luotiin valtiosääntö, jolla yhtäältä tehdään selvä ero menneisyyteen, apartheidin aikaan. Toisaalta perusoikeusluettelon ja Johannesburgiin perustetun valtiosääntötuomioistuimen avulla sekä tunnustamalla Etelä-Afrikka monikulttuuriseksi yhteiskunnaksi, jossa on 11 kansallista kieltä, pyritään luomaan vahva perusta oikeusvaltiolle. Perustuslaissa todetaan nimittäin, että tuomioistuinten on sovellettava myös paikallista tavanomaista oikeutta. Sen integroiminen osaksi *common law*’lle ja roomalais-hollantilaiselle traditiolle perustuvaa oikeusjärjestelmää onkin nykyisin yksi maan tuomioistuinten toiminnan suurimmista haasteista. Sellaista ”traditionaalista oikeutta” ei kuitenkaan sovelleta, joka loukkaa perusoikeuksia, kuten esimerkiksi tasa-arvon periaatetta.

6 Afrikan maiden oikeus

Afrikka on usein oikeusvertailussa laiminlyöty alue. Tässä jaksossa pyritään osaltaan korjaamaan tuota epäkohtaa. Jaksossa käsitellään etenkin siirtomaa-aikaa, afrikkalaisen (tapa)oikeuden ja eurooppalaisten oikeusjärjestelmien kohtaamista samoin kuin tämänhetkistä Afrikan maiden oikeuskulttuuriin kohdistuvaa (uutta) kiinnostusta.

6.1 AFRIKKALAINEN OIKEUS?

Ei ole olemassa mitään ”afrikkalaista oikeutta”. Siihen Afrikka on liian suuri ja sisäisesti ristiriitainen maanosa. Tällä hetkellä monissa Afrikan maissa on kuitenkin kehittymässä ajatus jostain erityisesti afrikkalaisesta, joka leimaa niiden oikeutta koskevia käsityksiä. Viime vuosina etenkin käsite ”*africanisation*” on noussut esille. Mitä ”afrikkalaistamisella” tarkoitetaan, ei kuitenkaan ole täysin selvää, mutta se näyttää usein viittaavan paikallisen (tapa)oikeuden huomioonottamiseen muun muassa avioliiton solmimista, puolisoiden välisiä varallisuussuhteita taikka yhteisomistusta ja maan käyttöoikeutta koskevassa sääntelyssä. Samalla puhutaan alkuperäisestä, ennen muuta suulliselle kommunikaatiolle perustuvasta traditiosta.

Afrikan maanosa ei ole mikään yhtenäinen kokonaisuus. Pohjois-Afrikan arabimaat Ranskasta vaikutteita saaneesta Marokosta ranskalaisia ja brittiläisiä vaikutteita omaksuneeseen Egyptiin ovat erilaisia kuin Saharan tai sen eteläpuoliset taikka Kalaharin autiomaan eteläpuolella sijaitsevat maat. Afrikan voikin kulttuuris-maantieteellisesti jakaa kolmeen osaan: Pohjois-Afrikkaan Välimeren alueen arabimaiseen (Marokko, Algeria, Tunisia, Libanon, Egypti), sen keskiosaan Saharaa ympäröivine ja sen eteläpuolisine maineen sekä varsinaiseen eteläosaan Kalaharin autiomaita ympäröivine ja sen eteläpuolella sijaitsevine maineen.

Afrikan maita yhdistää ennen muuta siirtomaa-aika. Sen kuluessa vallan keskittämistä kannattaneet länsimaiset siirtomaaisännät muodostivat keino-tekoisia valtiomuodostelmia heimorajoista piittaamatta. Lisäksi tiedetään, että varsinaiselle afrikkalaiselle oikeuskäsitykselle oli/on tyypillistä, että hallinnolliset ja oikeudelliset ratkaisut tehdään paikallisesti joko päällikön tai yhteisöä edustavan kokouksen toimesta. Paikallisuus ja läheisyys sekä se, että päätökset pyritään tekemään yksimielisesti, ovat kuitenkin olleet vaikeasti yhdistettävissä niihin valtiomuodostelmiin, joita Afrikan maihin luotiin. Ongelmat ovat suuria, ja afrikkalaista oikeuskäsitystä koskevasta keskustelusta tai maanosan oikeuden luokittelemisesta johonkin klassiseen oikeusperheeseen on pitkä matka afrikkalaiseen yhteiskuntatodellisuuteen.

Oikeusvertailulle Afrikan maat tarjoavat melko vähän kiinnostavaa ainesta, mikäli tarkastelu perustuu vain perinteiselle oikeusperheiden jaottelulle. Silti voidaan todeta, että Ranskan entisten siirtomaiden oikeus etupäässä Länsi-Afrikassa muistuttaa Ranskan *Code civilen* mukaista oikeutta, jossa on piirteitä myös paikallisesta oikeudesta. *Common law* puolestaan leimaa entisiä Englannin valta-alueita itäisessä ja eteläisessä Afrikassa, jossa se on saanut paikallisiin olosuhteisiin mukautetun sisällön. Portugalilainen oikeus oli voimassa sen entisissä siirtomaissa Mosambikissa ja Angolassa. Mosambikissa on edelleen voimassa portugalilainen oikeus, kun taas Angolan oikeutta ovat siirtomaa-ajan jälkeen leimanneet sosialismille ominaiset periaatteet.

6.2 PAIKALLISET OIKEUSTAVAT

Eniten ulkopuolista tarkkailijaa kiinnostaa paikallisten oikeustapojen nykyinen merkitys. Kuten edellä on todettu, havaitaan Etelä-Afrikassa tänään selvä tendenssi tunnustaa myös tavanomainen oikeus osaksi maan oikeusperinnettä. Myös muissa Afrikan maissa paikalliselle oikeudelle annetaan merkitystä etenkin silloin, kun kyse on avioliitosta ja perhevarallisuudesta. Tämä on kuitenkin synnyttänyt tavanomaisen oikeuden pätevyyteen liittyviä ongelmia. Ensinnäkin joudutaan pohtimaan, milloin paikallinen (tapa) oikeus voidaan ylipäätään tunnustaa päteväksi. Mihin se perustuu, ja miten todistetaan kulloinkin kyseessä olevan oikeustavan olemassaolo. Toiseksi joudutaan kysymään, ovatko kaikki oikeustavat tunnustamisen arvoisia, ts.

syötä tunnustaa: yleensä valtiolliset tuomioistuimet eivät tunnusta oikeus-tapaa, joka on ristiriidassa maan perustavanlaatuisten oikeusperiaatteiden kanssa. Tästä yhtenä esimerkkinä on moniavioisuus.

Alkuperäisestä afrikkalaisesta oikeudesta puhutaan useimmiten tavanomaisena oikeutena tai tapaoikeutena. Se perustuu yleensä suulliseen kommunikaatioon, mutta siihen voi kuulua myös erityisiä instituutioita, kuten tuomioistuimiksi katsottavia riidanratkaisuelimiä, laeiksi luokiteltavia tekstejä ja jopa erilaisia opinkappaleita, esimerkiksi yleisempiä käsityksiä siitä, mihin oikeus perustuu.

Luonteenomaisinta tavanomaiselle oikeudelle on juuri kommunikaation suullisuus, mutta oikeutta – kuten esimerkiksi perinteistä afrikkalaista oikeutta – voi olla myös kirjallisissa kokoelmissa, jotka yhteisön poliittiset elimet ovat saaneet aikaan. Kyse voi olla myös paikallisesta lainsäädännöstä, mutta tällöinkin sen lopullinen toteaminen ja vahvistaminen, mitä oikeus kussakin yksittäistapauksessa on, on voitu antaa tietyille henkilöille. On nimittäin tyypillistä, että yhteisöissä on ollut / on henkilöitä, joiden tehtävänä on selittää, mitä oikeus kulloinkin on. Itse asiassa monet näistä seikoista ovat samoja, joita tapaamme eurooppalaisessa keskiaikaisessa oikeusperinteessä – myös Pohjoismaissa.

Tavanomaisen oikeuden soveltaminen (varsinaisissa) tuomioistuimissa on yleensä hyvin vaativaa. Itse asiassa sen toteaminen, mitä kyseinen oikeudellinen tapa sisältää, vaatii usein sellaista osaamista, jota on ennen muuta antropologeilla: suullisena perimätietona säilyneiden ja vieraalla kielellä ilmaistujen tapojen tunnistaminen (oikeudeksi) on vaikeaa ja vaatii yleensä erityisosaamista. Siirtomaa-aikana tavanomaista oikeutta saatettiin kirjalliseen muotoon sekä ranskalaisten että englantilaisten hallitsemilla alueilla. Samalla, kun tavat menettivät suullisen luonteensa, ne menettivät myös yhteyden siihen ympäristöön, jossa ne olivat kehittyneet, ja useimmiten myös joustavuutensa.

Afrikkalainen tapaoikeus ei kuitenkaan ole mikään yhtenäinen kokonaisuus. Sitä luonnehtivat monet erot, jotka ovat seurausta etenkin niistä erilaisista yhteiskuntamuodoista, joita maanosassa oli ennen eurooppalaisten valloituksia. Länsi- ja Keski-Afrikalle tyypillisiä olivat yhteiskunnat, jotka oli organisoitu keskitetyiksi kuningaskunniksi. Myös niiden välillä oli monia eroja, ja yleensä ne käsittivät useita heimoja. Yhdellä ja samalla alueella, keskusvallan ja oikeudellisten instituutioiden hallitseman yhteiskunnan rinnalla saattoi toimia kollektiivisesti johdettu yhteiskunta

AFRIKKALAINEN KÄSITYS SOSIAALIS-YHTEISKUNNALLISESTA JÄRJESTYKSESTÄ

Monien afrikkalaisten mielissä esi-isien tavat ovat kietoutuneet myyttiseksi universaaliksi järjestykseksi. Tapojen noudattaminen osoittaa esi-isien kunnioittamista, niiden, joita ei enää ole mutta joiden henki valvoo eläviä. Tapojen loukkaaminen saa aikaan tuntemattomia ja epämiellyttäviä seurauksia maailmassa, jossa luonnolliset ja yliluonnolliset voimat, inhimilliset olennot ja luonnon kiertokulku ovat sidoksissa toisiinsa.

Samalla perinteiset afrikkalaiset oikeustavat perustuvat käsityksille, joka ovat erilaisia kuin ne, jotka ovat määrittäneet modernia länsimaista ajattelua. Afrikkalainen maailmankäsitys on perusteiltaan staattinen; se torjuu ajatuksen edistyksestä ja paheksuu luonnostaan sellaisia toimenpiteitä (kuten maan myynti) tai instituutioita (kuten velan vanhentuminen), jotka muuttavat olemassa olevia olosuhteita. Tärkein mielenkiinto kohdistuu sosiaalisiin siteisiin (heimot, kylät, verisiteet), joilla on enemmän ajallista pysyvyyttä kuin läntisessä maailmassa, jossa ne ovat enemmänkin ohimeneviä (parisuhteet, taloudelliset suhteet). Maa kuuluu yhtä paljon esi-isille ja tuleville sukupolville kuin elossa oleville. Avioliitto on enemmänkin kahden perheen kuin kahden ihmisen välinen liitto. Yksilön merkitystä ei kielletä, mutta ryhmä on näkyvä perusyksikkö.

Tällainen käsitys elämästä ei anna kovinkaan paljon tilaa yksilöön perinteisesti liitetuille oikeuksille. Enemmän painoa annetaan yksityisen ihmisen velvollisuuksille sosiaalista ympäristöään kohtaan, ja on vaikea löytää eroa oikeudellisten ja moraaliseksi luokiteltavien velvollisuuksien välillä.

Tämä afrikkalaista tapaoikeutta koskeva erittely on kuitenkin länsimaisten juristien tekemä, ja se on vaikeasti selitettävissä afrikkalaisille. Lisäksi monista Afrikan maista puuttuvat edelleen juristit ja oikeustiede. Samalla tavalla tuntemattomia ovat erottelut yksityis- ja julkisoikeuden, siviili- ja rikosoikeuden taikka *law'n* ja *equityn* välillä. Omistusoikeus, sopimusoikeus ja vahingonkorvausoikeus ovat sidoksissa henkilön statukseen ja ovat näin ollen osa henkilöoikeutta. Tällaisen hyvin erilaisen oikeuskäsityksen edessä monet eurooppalaiset tutkijat ovatkin kysyneet, eikö (esim.) afrikkalaisen oikeuden analyysissa ole keinotekoisia lähteä länsimaaisista ajatustistamme oikeudesta, ja olisiko parempi ottaa Afrikan ”oikeus” antropologisen kuin oikeudellisen tutkimuksen kohteeksi. (Ks. René David – John Brierly: *Major Legal Systems of the World Today*, 1985, s. 549–550.)

(yhteisö), joka oli järjestäytynyt ilman hierarkkisia poliittisia viranomaisia tai joissa ne toimivat vain poikkeustapauksissa. Toiset yhteisöt taas perustuivat perherakenteille, ja sallivat perheille lähes täydellisen autonomian.

Myöskään silloin, kun puhutaan ”alkuperäisestä taloudesta”, ei voida puhua yhdestä yhteisestä afrikkalaisesta mallista. Maataloudella on yleensä ollut keskeinen merkitys, mutta tässäkin on eroja siinä, oliko yhteisöllä (perheellä) käytössään joku pysyvä maa-alue vai oliko kyse jatkuvasta maan uudelleen jakamisesta. Yhteiskunnat ovat saattaneet perustua myös maan vuokraukselle taikka karjanhoidolle. Myös muut erot ovat huomattavia. Kielelliset erot ovat Afrikassa suuria. Sama koskee perhesuhteita ja uskontoja. Niinpä tässäkin yhteydessä joudutaan kysymään, onko ylipääntään joitain sellaisia – historiallisia tai nykyisiä – olosuhteita, jotka tekevät mahdolliseksi puhua Afrikasta jonkinlaisena yhtenäisenä kokonaisuutena.

Oikeusjärjestyksiä yhdistävänä piirteenä on mahdollista viitata seikkaan, joka tunnetaan Euroopassakin ennen *ius communen* aikaa ja Pohjoismaissa vielä tätäkin myöhemmin, nimittäin varsinaisen oikeudellisen ammattikunnan puuttumiseen. – Toki yhteisöissä saattoi olla henkilöitä, joiden katsottiin olevan ”lainoppineita” tai oikeutta tuntevia. Syyttäväviranomaiset, tutkintatuomarit, poliisi, pysyvät tuomioistuimet ja muut tunnetut eurooppalaiset oikeudelliset instituutiot kuitenkin puuttuivat, minkä myös siirtomaaisännät huomasivat. Oikeutta ei ymmärretty vain tietylle ammatikunnalle kuuluvaksi vaan yleiseksi tiedoksi, jonka jokainen saattoi oppia.

Oikeuden tehtävänä ei ollut löytää enemmän tai vähemmän hienostuneita ratkaisuja monimutkaisiin juridisiin ongelmiin, vaan varmistaa yhteiskunnan koossapysyminen ja rauhan säilyminen. Epävirallisesti rakentuneessa yhteisössä juuri rauhattomuus saattoi uhata sen olemassaoloa, ja näin ollen oli tärkeä löytää ratkaisuja, jotka kaikki asianosaiset saattoivat hyväksyä. Tästä seurasi muun muassa se, että korostettiin sovintoratkaisuja ja sovittelua sekä menettelyn julkisuutta. Riidan osapuolena pidettiin yleensä koko yhteisöä, ja kyse oli sitä kollektiivisesti koskevista velvoitteista. Rauha tuli palauttaa riidan osapuolten välille mutta myös koko yhteisöön. Samalla tämä tarkoitti myös, ettei tiukoille yksittäistapauksiin liittyville juridisille normeille ollut käyttöä, ja että tietty joustavuus oli tarpeen yhteiskunnan harmonian säilyttämiseksi.

6.3 VIERAAN OIKEUDEN VAIKUTUS

Afrikan maiden oikeuskulttuurille on myös tyypillistä pitkälle historiaan ulottuva vieraan oikeuden vaikutus. Jo 600-luvulta lähtien islamin oikeus levisi Pohjois-Afrikkaan, eräisiin maanosan itäisiin osiin ja sittemmin myös läntiseen Afrikkaan. Etenkin siirtomaakautta edeltävänä aikana islamin vaikutus oli merkittävä. Erityisen suuri se oli Pohjois-Afrikassa – paikoissa, joissa vanhat kauppareitit kuljettivat arabikauppiaita kauppatapoineen ja uskonnollis-oikeudellisine käsityksineen Afrikkaan. Kuten jaksossa 5 mainittiin, toivat hollantilaiset 1600-luvulla oman oikeutensa Etelä-Afrikkaan, samoin kuin Lesothoon, Botswanaan ja Zimbabween. Siellä, mihin aasialaiset asettuivat, havaitaan aasialaisia, muun muassa hinduoikeuden, vaikutuksia. Liberialla on erityisasema entisten orjien perustamana valtiona, jossa yhdysvaltalainen oikeus edelleen vaikuttaa.

Varsinainen vieraan oikeuden (valta)kausi alkaa kuitenkin vasta 1880-luvulla, kun eurooppalaiset siirtomaavallat vuonna 1885 sopivat käytännöllisesti katsoen koko Afrikan jakamisesta keskenään. Tämä koskee erityisesti Englantia ja Ranskaa mutta myös Saksaa, joka otti siirtomaiseen nykyisen Namibian, Kamerunin ja Tansanian, ja joissa edelleen havaitaan vaikutteita saksalaisesta oikeudesta. Eräs esimerkki *common law*'n soveltamisesta on Ghanasta. Maassa päätettiin vuonna 1876 – brittien valloituksesta johtuen – soveltaa englantilaista oikeutta. Tänään virallisia oikeuslähteitä Ghanassa ovat ennen vuotta 1992 syntynyt *common law* sekä lainsäädäntö ja ghanalainen tapaoikeus. *Common law* -maiden tavoin ghanalaisiin tuomioistuinratkaisuihin liitetään prejudikaattivaikutus. Tapaoikeus puolestaan tarkoittaa maan eri alueilla asuvissa etnisissä ryhmissä noudatettavaa perinteistä oikeutta sekä (islamilaista) *sharia*-oikeutta. Tuomioistuinjärjestelmään kuuluvat varsinaiset valtiolliset tuomioistuimet mutta myös sitä täydentävät vanhempien neuvostot samoin kuin muslimituomareiden muodostamat elimet (Husa 2013 s. 86).

Afrikan eri alueilla oli alun perinkin suuria eroja. Maghreb, se osa Pohjois-Afrikkaa, joka käsittää Algerian, Tunisian ja Marokon, oli mielenkiintoinen kokonaisuus. Ennen Ranskan siirtomaavaltaa neljä järjestelmää eli niissä rinta rinnan: islamin oikeus, juutalaista vähemmistöä koskenut juutalainen oikeus, alkuperäisväestöä koskenut tavanomainen oikeus ja eurooppalaisia asukkaita koskenut oikeus. Siirtomaakausi alkoi Algeriassa 1830, Tunisiassa 1881 ja Marokossa 1912.

Afrikkalaiselle tapaoikeudelle ja perinteiselle poliittiselle rakenteelle kolonialismi merkitsi rajua muutosta. Englannin siirtomaissa saatettiin voimaan englantilainen oikeus. Ranskalainen oikeus saatettiin voimaan yhteiskunnissa, joissa oli kokonaan toisenlainen rakenne kuin emämaassa, ja joilta puuttui edellytykset ottaa vastaan saati omaksua pitkälle kehittynyt eurooppalainen oikeusjärjestelmä. Samalla oikeudesta tuli kirjallista, eikä se enää ollut ”jokamiehen omaisuutta”, vaan yliopistoissa koulutettujen specialistien käyttämää. Oikeudellista koulutusta ei ollut saatavilla Afrikassa, joten se hankittiin Euroopan yliopistoissa. Samalla afrikkalaisesta tapaoikeudesta tuli harvinaisuus, jonka käytännön merkitys oli minimaalinen.

SIIRTOMAAOIKEUS

Kiinnostavan näkökulman oikeusjärjestysten asemaan kolonisatioprosessissa tarjoaa Laura Bentonin teos *Law and Colonial culture 1400–1900* (2003). Teoksen aineisto on kerätty Espanjan siirtomaista Afrikasta ja Intiasta. Bentonin teesi on, että historioitsija E. P. Thomson oli oikeassa, kun hän (Englannin siirtomaa-ajasta kirjoittaessaan) korosti, että eurooppalainen oikeus (*common law*) ei ollut ainoa oikeusjärjestelmä, vaan siirtomaissa oli monia oikeudellisia toimijoita, monta tapaa käyttää oikeutta samoin kuin monia toisistaan eroavia oikeusjärjestelmiä. Benton erottaakin aidon oikeudellisen pluralismin siirtomaakauden alkuaikoina, jolloin monet oikeusjärjestykset elivät rinnakkain, myöhemmästä siirtomaoikeudesta. Sille taas oli tyypillistä vahva valtiovalta ja siirtomaaherrojen perustamat ja niiden oikeutta käyttävät pysyvät tuomioistuimet.

Siirtomaoikeuden vaikutus säilyi myös maiden itsenäistymisen jälkeen, mutta vaikutuksen voimakkuus vaihtelee maittain. Silti siirtomaat voidaan oikeudellisesti jakaa karkeasti neljään ryhmään entisen emämaan mukaan. Tarvitaan kuitenkin yksityiskohtaista vertailua ennen kuin voidaan sanoa tarkemmin, miten ja missä laajuudessa valloittajan oikeus on vaikuttanut kussakin yksittäisessä maassa.

1. Common law -maat
Gambia, Kenia, Malawi, Nigeria, Ghana, Zambia, Sierra Leone, Sudan ja Uganda
2. Maat, joissa Ranskan oikeus on vaikuttanut:
Algeria, Benin, Keski-Afrikan Tasavalta, Kongo, Norsunluurannikko, Gabon, Guinea, Ylä-Volta, Madagaskar, Mali, Marokko, Mauritania, Nigeria, Senegal, Tsad ja Tunisia.
Belgian vaikutusta Zairessa ja Ruanda-Urundissa.
3. Portugalin oikeuden vaikutus
Angola, Mosambik, Guinea-Bissau
4. Espanjan oikeuden vaikutus
Ceuta, Melilla, Päiväntasaajan Guinea

Entiset Saksan siirtomaat Kamerun, Tansania, Namibia ja Togo jaettiin ensimmäisen maailmansodan jälkeen Englannin ja Ranskan välillä, ja aikaisempi saksalainen oikeuskerrostuma korvattiin pääosin englantilaisella tai ranskalaisella. Libya ja Eritrea tulivat 1930-luvulla Italian vaikutuspiiriin. Etiopia, joka ainoana afrikkalaisena maana Egyptin rinnalla säilytti itsenäisyytensä, piti pitkään kiinni perinteisestä oikeusjärjestelmästä, joka vasta toisen maailmansodan jälkeen uudistettiin ottamalla mallia Euroopasta (etenkin Ranskasta) mutta myös Yhdysvalloista. Tällä hetkellä Etiopiassa käydään kiinnostavaa keskustelua paikallisen tapaoikeuden tunnustamisesta oikeuslähteenä. Konflikteja nimittäin ratkaistaan varsinaisen tuomioistuimenmenettelyn rinnalla ”vanhempien” toimesta neuvotellen ja paikallisia oikeustapoja noudattaen.

Afrikan maiden itsenäistyttyä toisen maailmansodan jälkeisinä vuosina niissä kussakin voimassa ollut oikeusjärjestelmä säilytettiin. Eräät maat kokivat vallankumouksia; eräät saattoivat voimaan sosialismista vaikutteita saanutta lainsäädäntöä. Näin tehtiin esimerkiksi Angolassa ja Etiopiassa. Sudan puolestaan muutti oikeusjärjestystään seuraten egyptiläisiä esikuvia.

6.4 ESIMERKKI: AVIOLIITTO JA *LOBOLO*

Avioliitto kuuluu niihin instituutioihin, jotka ovat perinteisesti perustuneet tapaan, ja jonka pätevyys voitiin tunnustaa oikeusjärjestyksen ”modernisoimisesta” huolimatta. Ehdot avioliiton solmimiselle voivat vaihdella, samoin suhtautuminen polygamiaan (moniavioisuus) tai maksu morsiamesta, joka usein kulkee nimellä *lobolo*. Tavanomaisoikeudellinen avioliitto on yleensä luonteeltaan sopimussuhde kahden perheen välillä, mikä edellyttää morsiamen luovuttamista tiettyä suoritusta vastaan. Suorituksella taas on tärkeä sosiaalinen funktio. Tämä *lobolo* on vastasuoritus, jonka perhe saa, kun se luovuttaa tyttären. Nainen luovutetaan toiselle perheelle, jonka jäseneksi vaimo näin tulee. Hinta maksettiin aikaisemmin karjana, mutta suoritetaan nykyisin useimmiten rahana. *Lobolon* suorittaa sulhasen isä, jolla on määräysvalta perheen varallisuuteen, ja sen vastaanottaa morsiamen isä. Nykyään kuitenkin myös äiti voi olla osallinen kyseisessä sopimussuhteessa. Jos *loboloa* ei suoriteta määrääjässä, voi perhe olla luovuttamatta tytärtä.

Tavanomaisoikeudelliseen avioliittoinstituutioon kuuluu yleensä myös polygamia, ja se käsittää miehen oikeuden mennä naimisiin niin monen naisen kanssa kuin haluaa, kunhan pystyy heidät elättämään. Näissä tapauksissa kukin vaimo lapsineen muodostaa oman talouden. Miehen kuollessa vaimot perivät hänet yleensä monimutkaisten perimysjärjestystä koskevien normien nojalla.

Luonteenomaista afrikkalaiselle tapaan perustuvalla avioliitolla on myös sen partiarkaalinen rakenne. Perheen vanhimmalla miehellä on privilegioita ja erityistä määräysvaltaa perheeseen ja sen talouteen liittyen. Tavallista on nähdä nainen vajaavaltaisena ja holhouksen alaisena, miestään kunnioittavana ja pidättyvästi käyttäytyvänä. Nykyään tällaista näkemystä pidetään kuitenkin harhaanjohtavana. Itse asiassa sen katsotaan perustuvan siirtomaaisäntien käsitykseen, joka syntyi ainakin osittain siitä, että eurooppalaiset vertasivat afrikkalaisen naisen asemaa siihen, millainen hänen asemansa oli roomalaisen oikeuden nojalla. Roomalaisen oikeuden mukaanhan nainen oli yleensä vajaavaltainen ja holhouksen alainen. Todelisuudessa siirtomaavalta heikensi naisen oikeudellista asemaa siitä, mikä hänellä oli perinteisesti ollut yhteisössään.

Aiemmin tarkastelun kohteena olleessa Etelä-Afrikassa afrikkalaista tapaoikeutta ei ole aina tunnustettu oikeuslähteeksi avioliittokysymyksis-

sä. Voimassa olevaksi katsottiin hollantilainen oikeus tai *common law*, ja avioliitot, joita ei ollut solmittu niiden mukaisesti, jäivät ilman oikeusvaikutuksia eikä niihin voitu vedota tuomioistuimissa. Nykyään tilanne on toinen, sillä maan perustuslaissa todetaan, että myös afrikkalaiset arvot otetaan huomioon. Siirtomaa-aikana Afrikan maissa voitiin tunnustaa myös muita kuin avioliiton solmimiseen liittyviä afrikkalaisia tapoja. Yleisen poikkeuksen kuitenkin muodostivat ne tavat, joiden katsottiin olleen vastoin eettisiä periaatteita – siten kuin asia emämaassa nähtiin. Tämä koski esimerkiksi alhaista avioliittoikää tai moniavioisuutta.

6.5 UUSI AFRIKKA

Käsitys pluralistisesta oikeuskulttuurista on säilynyt tai vahvistunut sen jälkeen, kun Afrikan entiset siirtomaat ovat itsenäistyneet. Siirtomaa-ajan oikeusjärjestelmät on useimmiten säilytetty, mutta suuri muutos on luonnollisesti johtunut siitä, että nyt oikeutta soveltavat maan omat, eivät vieraan vallan nimeämät viranomaiset. Nyt on kansallisia tuomioistuimia, yliopistoissa järjestettyä oikeudellista koulutusta ja paikallinen lakimieskunta. Monissa maissa on kuitenkin myös käynnissä alkuperäisten oikeustapojen kirjoittaminen muistiin. – Yleisempänäkin tendenssinä on perinteisten juurien etsiminen osana kansallista itseymmärrystä.

Tosiasia kuitenkin on, että siirtomaa-aika ja eurooppalaisen oikeuden tuonti painoivat taka-alalle ja heikensivät alkuperäistä afrikkalaista (oikeus)traditiota. Sellaisen uuden oikeusjärjestelmän tuominen maahan, joka monella tavalla erosi perinteisistä ajatusmalleista ja riidanratkaisukäytännöistä, aiheutti vahinkoa, jota on ollut jälkeenpäin vaikea korjata. Tänäpäin on vireillä myös afrikkalaisia oikeuden harmonisointihankkeita. Esimerkiksi vuonna 1993 perustettiin järjestö harmonisoimaan kauppa-oikeutta Afrikassa, *L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA). Sen jäsenenä on 17 maata, joiden oikeudessa on erityisesti ranskalaisia vaikutteita. Samaan tapaan kuin Etelä-Amerikan maat myös Afrikan maat ovat hyväksyneet oman ihmisoikeuksia edistävän asiakirjan (*African Charter on Human and People's Rights*, 1981). Sitä tulkitsevat Afrikan ihmisoikeuskomissio sekä vuonna 2004 perustettu Afrikan ihmisoikeustuomioistuin (*African Court of Human and*

People's Rights, ACHPR). Vain sellaisten maiden kansalaiset ja kansalaisjärjestöt voivat viedä juttuja ihmisoikeustuomioistuimeen, jotka ovat erikseen tunnustaneet tämän mahdollisuuden. Muuten asiat tulevat sinne sopimusvaltioista, Afrikan ihmisoikeuskomissiosta tai hallitusten välisistä organisaatioista.

Myös tänään afrikkalainen oikeus on oikeusvertailun ”musta aukko”. Lisäksi voidaan keskustella kriittisesti siitä, onko ylipäättään järkevää käsitellä Afrikkaa yhtenä kokonaisuutena. Etelä-Afrikan oikeudella on omat erityispiirteensä, joita käsiteltiin jo edellisessä jaksossa. Näin on myös Pohjois-Afrikan maiden kohdalla: Niissä vaikuttaa islamin oikeus. Jäljellejäänyttä Afrikkaa on kuitenkin vaikeaa pitää kokonaisuutena. Nigerialla, Ghanalla ja Norsunluurannikolla näyttäisi ainakin päällisin puolin tarkasteltuna olevan muita kehittyneemmät oikeusjärjestelmät sekä hyvin toimiva juridinen koulutus. Sen sijaan monien muiden maiden oikeusoloista on vaikeaa saada yleiskuvaa, sillä oikeuslähteitä ei ole helposti saatavilla.

Afrikkalaisen (tapa)oikeuden merkitystä – saati sen olemassaoloa – ei ole tutkittu riittävästi. Nykytutkimuksen luoma kuva Afrikan maiden oikeudesta on hyvin monimutkainen. Sitä voidaan kutsua nykyaikaisen eurooppalaisen oikeuden ja perinteisen tapaoikeuden symbioosiksi tai vain oikeudelliseksi pluralismiksi. Selvää näyttää joka tapauksessa olevan, että (paikallinen) tapaoikeus nähdään tänään elävänä osana Afrikan maiden oikeuskulttuuria. Samalla korostetaan, että Afrikan maiden oikeuden tulevaisuutta ei tule etsiä puhtaaksiviljellyistä eurooppalaisista malleista, vaan perinteisten oikeustapojen ja modernin, valtiollisen oikeusjärjestyksen liitosta (Kaius Tuori 2014). Myös muualla kuin Etiopiassa tai Ghanassa käydään keskustelua paikallisen (ei-valtiollisen) riidanratkaisun asemasta ja sen kehittämisestä.

7 Islamin oikeus

Lähi-itä on oikeuden kehto. Siellä syntyivät vanhimmat tunnetuimmat oikeusjärjestelmät, joista yhtenä esimerkkinä on yli 3500 vuotta vanha Hammurabin laki. Jakso käsittelee islamin oikeutta, jonka perusteiden tunteminen kuuluu tänään juridiseen yleissivistykseen. Jaksossa selitetään ja asetetaan historiallis-kulttuuriseen yhteyteensä islamin oikeuden keskeiset käsitteet, kuten *sharia*, Koraani, *hadith* ja *sunna*. Lisäksi käsitellään entisten siirtomaavaltujen, kuten Ranskan ja Englannin, oikeuden sekä islamin oikeuden samoin kuin uudemman Lähi-idän oikeuden keskinäistä vuorovaikutusta.

7.1 ISLAM JA OIKEUS

Islamin oikeudesta ollaan entistä enemmän tietoisia myös Euroopassa, ja islamilaisen oikeuskäsityksen peruspiirteiden tunteminen kuuluu nykyaikaiseen oikeudelliseen koulutukseen. Aikaisemmin oli vaikeaa kuvitella, että lakimiesten täytyisi tuntea islamin oikeutta, joka Länsi-Euroopasta käsin näyttäytyi eksoottisena uskonnollisena järjestelmänä. Tänään kuitenkin myös Euroopassa monien ihmisten käsitys oikeudesta ja yhteiskunnasta on islamin määrittämä.

Islamin oikeus (*sharia*) perustuu Koraanin ja muiden lähteiden tulkin-
nalle, mutta mikään maallinen lainsäätäjä ei kykene muuttamaan islamin
oikeutta, eikä islamin oikeuden olemassaolo liity mihinkään valtioon.
Oikeudelliseksi katsottava normisto saadaan esille tulkittaessa islami-
laisia lähteitä. Ei kuitenkaan ole mitään yhtä auktoritatiivista tulkintaa,
joka sitoisi kaikkia muslimeja. Siihen, mitä islamin oikeus on, ei näin
ollen voida antaa lopullista vastausta. Tärkeintä onkin huomata, ettei ole
mitään yhtä auktoriteettia, joka voisi yksiselitteisesti määritellä, mikä on
sharia, tie, jota uskovan tulee seurata. Islamissa on ennen kaikkea ky-
symys henkilökohtaisesta uskosta ja omasta uskonnollisen auktoriteetin

valinnasta. Toinen asia on, että yksittäiset islamilaiset maat ovat ottaneet lainsäädännössään kantaa islamilaiseen oikeuteen, ja tekevät sen monilla eri tavoilla.

Islamin oikeuden perusta on Koraanissa. Islamin perinteen mukaan Koraani perustuu jumalallisiin ilmoituksiin profeetta Muhammedille 600-luvun alussa, ensin Mekassa ja sitten hänen muuttonsa jälkeen Medinassa. Yleensä islamissa torjutaan kaikki sellaiset historialliset ja kulttuuriset selitykset Koraanin synnystä ja sisällöstä, joissa viitataan arabimaiden kulttuurivirtauksiin kyseisenä ajankohtana tai jotka asettaisivat Koraanin ja siitä löytyvät oikeudelliset määräykset Lähi-idän historian yhteyteen.

Eräs tärkeä modernin islamintutkimuksen suuntaus lähtee kuitenkin siitä, ettei Koraania voida tarkastella kulttuurista ja historiasta eristettynä, vaan tekstinä, johon monet Arabian niemimaan kulttuurit vaikuttivat 600-luvulla: Arabit eivät olleet eristäytyneitä beduiineja, vaan Arabian niemimaa oli kulttuurinen alue, jolla oli juurensa Palestiinassa, Syyriassa, Libanonissa ja nykyisessä Irakissa. Myös Rooman valtakunnan kulttuurilla oli vaikutusta, ja kristinusko ja juutalaisuus olivat levinneet alueelle, mutta kyse oli itsenäisestä Lähi-idän kulttuurista, jota voidaan seurata kauas ajassa taaksepäin. Myös Koraanin monet oikeudellisiksi katsottavat kohdat voidaan nähdä laajemmassa yhteydessä. Viimeaikaisessa tutkimuksessa on muun muassa käsitelty roomalaisen oikeuden ja Rooman valtakunnan provinssien oikeuden merkitystä islamin oikeuskehitykselle. Tutkimustuloksissa on korostettu etenkin juutalaisen ja islamin oikeuden välistä yhteyttä. Sen sijaan roomalaisen oikeuden vaikutusta on pidetty vähäisempänä.

Uskonnollinen tulkinta korostaa Koraanin ainutlaatuista luonnetta jumalallisena ilmoituksena. Koraani näyttäytyy Allahin suorana puheena ihmiselle, ja näin Koraani poikkeaa juutalaisuuden ja kristillisyyden perustavista kirjoituksista. Sekä Vanhaa että Uutta Testamenttia pidetään ihmisten kirjoittamina, ei Jumalan suorana puheena ihmisille. Eräs varhainen keskustelu Koraanista liittyikin siihen, oliko Koraani luotu vai osa Jumalaa – ja näin yhtä vanha kuin Allah itse. Tämä kysymys ei tänään ole tärkeä, mutta 1900-luvulle saakka muslimiopille oli keskeistä korostaa, että Koraania ei ollut luotu, vaan se oli aina ollut olemassa. Se ilmoitettiin Muhammedille, joka oli vain linkki Jumalan ja ihmisten välillä.

Islamin oikeus on vain yksi osa islamia. Lähtökohtana on Koraani, joka jumalallisena ilmoituksena pysyy ja näyttää suuntaa. Termillä *fiqh*

puolestaan tarkoitetaan islamin tarkastelua oikeudellisesta näkökulmasta, oikeustiedettä, ja se on maallista toimintaa. Yleensä käytetään termiä *sharia*, joka tarkoittaa suomeksi tietä, ja viittaa siihen, että islam on ihmisen olemassaoloa koskeva kokonaistulkinta. *Sharia* on islamin pyhää oikeutta. Se sisältää kuitenkin määräyksiä ja ohjeita asioista, jotka perinteisen eurooppalaisen käsityksen mukaan eivät kuulu oikeuteen vaan enemmänkin moraalin tai uskonnon alaan, kuten puhtaudesta, rukoilemisesta, ruokailusta, pukeutumisesta, hautajaisista tai vanhempien kunnioituksesta. Sen sijaan sen avioliitto, perintö, kauppaa ja veroja koskevat määräykset ovat myös meikäläisen käsityksen mukaan oikeudellisia.

Islamin oikeus on otettu osaksi virallista oikeusjärjestystä esimerkiksi Pakistanissa ja Saudi-Arabiassa. Useimmissa maissa, jotka tunnemme muslimimaina, on valtiollista lainsäädäntöä, joka perustuu eri tavoin islamin periaatteille. Islamissa on näin ollen sisäinen jännite yhtäältä islamin oikeuden periaatteiden – jotka liittyvät islamiin uskontona ja joita kukin yksilö muslimina seuraa – sekä toisaalta valtiollisen lainsäädännön (*qanun*) välillä. Islam ei kuitenkaan itsessään tunne lainsäätäjää. Sellainen ei ole kirkko tai mikään muukaan uskonnollinen instituutio. Ei siis ole ketään, jolla olisi kaikkia muslimoja sitova valta sanoa, mitä islamilainen oikeus on, tai joka panisi sen täytäntöön. Näin voidaan osaltaan ymmärtää se, ettei islamin oikeus ole mikään yksiselitteinen kokonaisuus. On olemassa erilaisia tulkintoja keskeisistä periaatteista ja niiden käytännön soveltamisesta; esimerkiksi Saudi-Arabiassa, Indonesiassa, Pakistanissa, Iranissa, Nigeriassa tai Egyptissä on toisistaan poikkeavia käsityksiä islamin oikeudesta.

Näin ollen tässä islamin oikeutta koskevassa jaksossa keskitytään islamin oikeuden ymmärtämiselle välttämättömään historialliseen kehitykseen sekä eräisiin juridisen ajattelun peruseräisiin.

ISLAM, ARABIMAAILMA JA OSMANIENT VALTAKUNTA

- Noin 570–632 Profeetta Muhammed
- 622 Matka Mekasta Medinaan; *hidjra*, josta islamilainen ajanlasku alkaa.
- 632–661 Neljä ”oikeauskoista” kalifia
- 661–750 Ensimmäinen suuri kalifaatti Umayjadien aikana Damaskoksessa
- 711 Arabit valloittavat Espanjan
- 732 Arabien ekspansio Euroopassa pysähtyy Poitiersin taistelun jälkeen.
- 700–800-luvut Neljän oikeuskoulun perustaminen
- 800-luku *Hadithien* kokoaminen
- 750–1258 Islamin ”kulta-aika”; toisen suuren abbasidien kalifaatin aikana Bagdad pääkaupunkina
- 1258 Mongolit tuhoavat Bagdadin
- 1261–1517 Abbasidit Kairossa
- 1299 Osman I perustaa Osmanien Valtakunnan
- 1300-luku Osmanit (turkkilaiset) valloittavat Balkanin
- 1453 Turkkilaiset valloittavat Konstantinopolin (nykyisen Istanbulin), josta tulee Osmanien valtakunnan pääkaupunki.
- 1453–1566 Osmanien laajentumiskausi
- 1520–1566 Suleiman Suuri
- 1683 Turkkilaiset lyödään Wienin edustalla, ja osmanien ekspansio Euroopassa pysähtyy
- 1697–1827 Osmanien valtakunnan vakiintumisen kausi
- 1839–1873 Ns. Tanzimat-kausi uudistuksineen
- 1922 Osmanien valtakunta hajoaa
- 1923 Kemal Atatürk perustaa nykyisen Turkin

7.2 MUHAMMED, KORAANI JA *HADITHIT*

Koraani ei ole lakikirja, ja vain pieni osa Koraanista sisältää määräyksiä, jotka voidaan katsoa juridisiksi. Koraani on jakautunut *suuriin* ja ne puolestaan jakeisiin, joista 300–500 jaetta voidaan katsoa oikeudellisiksi. Erityisen merkittäviksi tulivat Koraanin kokoamiseen jälkeisinä vuosina profeetan ja eräiden muiden henkilöiden toimintaa koskevat tulkinnat, ns. *hadithit*. Niillä on merkitystä esimerkkeinä. Keskeisin oli luonnollisesti profeetta itse, ja vähitellen hänen elämänsä koskevista tulkinnista, siitä, mitä hän oli sanonut ja tehnyt, tuli ohje ”oikealle toiminnalle”. Profeetan teot todistettiin mainitsemalla luotettavia henkilöitä, joiden joukko muodostaa usein pitkän ketjun (*isnad*). Se ulottuu kyseisen tapahtuman silminnäkijöihin, jotka voivat todistaa teon sellaisena kuin profeetta oli sen tarkoittanut. Tätä taustaa vasten on mahdollista ymmärtää profeetan suuri merkitys islamin uskoville samoin kuin ne negatiiviset reaktiot, joita kritiikki tai se, mitä pidetään profeetan puuttuvana kunnioituksena, herättää.

Islamin oikeuden perusteisiin kuuluvat myös analogia (*qiyas*), joka on länsimaisen käsityksen mukaan enemminkin tulkintamethodi kuin oikeuden lähde, sekä yksimielisyyys oppineiden välillä, niin kutsuttu *ijma*. Koraani tai *hadithit* eivät voi tyhjentävästi säännellä kaikkia ajateltavissa olevia ja ajan kuluessa esille tulevia oikeudellisia tilanteita. Tämän vuoksi on ollut välttämätöntä, että uusien tilanteiden ilmaantuessa niitä voidaan verrata jo tunnettuihin: näin analogia sekä yhteisymmärrys useiden oppineiden kesken ovat tärkeitä. Islamin oikeuslähteitä onkin verrattu ylösalaisin olevaan pyramidiin. Kärjen muodostaa Koraani. Sen yläpuolella on ensin *haditheista* koostuva *sunna*, joka tulkitsee ja syventää Koraanin sanomaa. Sen yläpuolella puolestaan ovat kaikki ne tilanteet/ohjeet, jotka perustuvat yksimielisyydelle ja analogiselle ajattelulle.

Profeetta Muhammed, joka syntyi arvioilta vuonna 570, on uskonnon perustajana ainutlaatuinen ja merkittävä henkilö maailmanhistoriassa. Hän syntyi Mekassa Arabian niemimaalla, mutta matkusti vuonna 622 Medinaan; Tästä ajankohdasta alkaa islamin ajanlasku. Muhammedilla on ratkaiseva merkitys islamin jäsentymisessä uskonnoksi. Hän loi perustan kehitykselle, joka hänen seuraajiensa aikana johti siihen, että arabien valloitukset vajaan sadan vuoden aikana levittivät islamin ja arabikulttuurin Lähi-itään, Pohjois-Afrikkaan ja Espanjaan. Näiden hyvin organisoitujen

valloitusten seurauksena islam vakiinnutti asemansa ja muuttui paikallisesta uskonnosta maailmanuskonnoksi. Samanaikaisesti islamin sisäinen kehitys johti erityisen oikeudellisen tradition kehittymiseen, joka vei pidemmälle kuin Koraanin sanoma ulottui.

Muhammed on ollut tunnettu henkilö monissa kulttuureissa Arabian niemimaalla. Luultavasti vasta Mekkaan muuton aikoihin tai sen jälkeen hän alkoi määritellä islamia erilaiseksi suhteessa muihin monoteistisiin uskontoihin. Tältä aikakaudelta ovat myös ensimmäiset lainkäskyt. Silti vain melko harvat Koraanin määräyksistä koskevat sitä, mitä kutsumme oikeussuhteiksi. Oikeudellisiksi katsottavat määräykset ovat kuitenkin tärkeitä niiden muutosten ymmärtämiseksi, joita tapahtui perinteisessä arabiyhteiskunnassa Muhammedin opin seurauksina. Niiden joukossa ovat pelaamisen ja viininjuonnin kieltävät määräykset, sekä määräykset, joissa kehoitetaan antamaan almuja (*zakat*) köyhille. Koraanin avulla luotiin myös uusia perintöä koskevia normeja, jotka antoivat vaimoille ja tyttärille oikeuden puoleen siitä määrästä, joka tuli miehille. Vaimo sai oikeuden myötäjäisiin (*mahr*), jotka hänen miehensä (tai tämän perhe) oli maksanut. Naisen taloudellinen asema parani, sillä hän sai oikeuden siihen omaisuuteen, jonka hän itse oli avioliiton aikana hankkinut.

Koraanin avioliittoa koskevat määräykset antoivat miehelle oikeuden yksipuoliseen avioeroon, mutta takasivat kolmen kuukauden odotusajan (*iddah*) sen varmistamiseksi, ettei vaimo ollut raskaana: Tuona aikana miehen tuli huolehtia vaimosta ja vastata hänen elatuksestaan (ks. Koraani 2:227). Suhtautuminen avioeroon näkyy määräyksessä, jonka mukaan mies saattoi avioeron jälkeen mennä uudelleen naimisiin entisen vaimonsa kanssa vain, mikäli tämä oli välillä ollut naimisissa jonkun toisen miehen kanssa.

Seuraavassa otetaan esille joukko Koraanin jakeita, jotka käsittelevät oikeudellisia kysymyksiä (käännökset Jaakko Hämeen-Anttilan). Koraani on jaettu 100 *suuraan*, jotka on jaettu jakeisiin. Koraanissa ei ole erityistä systematiikkaa, minkä vuoksi sama käsky saattaa löytyä hieman erilaisina versioina eri *suurissa*.

Viini ja pelaaminen

2:219 Sinulta kysytään viinistä ja *maisir*-pelistä. Sano: Ne ovat suuri synti, vaikka niistä voi olla ihmisille hyötyäkin, mutta niiden aiheuttama synti on niiden hyötyä suurempi...

Avioero

2:226–230 Sen, joka vannoo eroavansa vaimostaan, tulee odottaa neljä kuukautta. Jos hän sitten peruu eronsa, on Jumala Anteeksiantava, Armelias. Mutta jos hän päättää erota, on Jumala Kuuleva, Tietävä.

Erotettu vaimo odottakoon kolmen kuukautiskauden ajan, jos hän uskoo Jumalaan ja viimeiseen päivään, eikä hän saa salata, mitä Jumala on hänen kohdussaan luonut. Hänen aviomiehellään on täysi oikeus ottaa hänet tänä aikana takaisin, jos hän tahtoo sovintoa. Erotetulla naisella on samat velvollisuudet ja samat oikeudet kohtuuden mukaan, mutta mies on häntä asteen korkeammalla. Jumala on Mahtava, Voimallinen.

Avioeron voi ottaa kahdesti ja sitten joko pitää vaimon sovussa tai päästää hänet menemään sovussa. Te ette saa ottaa takaisin mitään siitä, mitä olette hänelle antaneet, paitsi jos molemmat pelkäävät, etteivät voi noudattaa Jumalan säädöksiä. Jos pelkäätte, etteivät puoliset voi noudattaa Jumalan säädöksiä, ei heille lasketa synniksi, jos vaimo lunastaa itsensä osalla siitä, mitä on mieheltään saanut. Nämä ovat Jumalan säädökset: alkää rikkoko niitä. Joka rikkoo Jumalan säädöksiä, on pahantekijä.

Jos mies eroaa vaimostaan, hän ei saa ottaa tätä takaisin ennen kuin vaimo on mennyt uusiin naimisiin, mutta jos uusi mies erottaa hänet, ei heille lasketa synniksi, jos he menevät jälleen naimisiin edellyttäen, että he uskovat voivansa noudattaa Jumalan säädöksiä. Nämä ovat Jumalan säädökset, jotka Hän tekee selviksi tietäville ihmisille.

2:241 Eronneen vaimon tulee saada kohtuullinen elatus, se on hurskaiden velvollisuus.

Korko

2:275–280 Koronottajat nousevat viimeisenä päivänä niin kuin sellainen, jota Saatana on lyönyt halvauksella. Tämä on palkka siitä, että he sanoivat: ”Kauppa on samaa kuin koron ottaminen”. Onhan Jumala sallinut kaupan mutta kieltänyt koron ottamisen. Joka lakkaa ottamasta korkoa saatuaan Herraltaan varoituksen, pitääköön sen, mitä on aiemmin saanut; hänen asiansa on Jumalan kädessä. Mutta joka alkaa uudestaan ottaa korkoa, joutuu tuleen ikuisiksi ajoiksi.

Jumala ottaa pois koroista saadun voiton, mutta antaa almujen kasvaa luonaan korkoa. Jumala ei rakasta uskottomia syntisiä.

Niitä, jotka uskovat, tekevät hyviä töitä, pitävät rukouksensa ja antavat almuja, odottaa palkka heidän Herransa luona. Heidän ei tarvitse pelätä eikä tulla onnettomiksi.

Te, jotka uskotte, pelätkää Jumalaa ja jättäkää koron ottaminen, jos olette uskovia.

Ellette tee näin, valmistautukaa sotaan Jumalaa ja Hänen profeettaansa vastaan, mutta jos kadutte, saatte pitää pääomanne. Jos te ette tee vääryyttä, ei sitä tehdä teillekään.

Jos lainan ottaja on ahdingossa, suokaa hänelle lykkäystä, kunnes hän vaurastuu, mutta parasta teille on antaa almu. Kunpa vain tietäisitte!

Avioliitto

4:3 Jos pelkääte, ettette kykene olemaan oikeudenmukaisia orvoille, ottakaa niin monta vaimoa kuin haluatte, kaksi, kolme tai neljä, mutta jos pelkääte, ettette osaa olla tasapuolisia vaimoillenne, ottakaa vain yksi vaimo tai orjattarianne. Näin te pysytte parhaiten kaidalla tiellä.

Perintö

4:7 Miehillä kuuluu osuus siitä, mitä heidän vanhempansa ja muut sukulaisensa jättävät, ja naisille kuuluu osuus siitä, mitä heidän vanhempansa ja muut sukulaisensa jättävät, säädetty osuus perinnön suuruudesta riippumatta.

4:11 Jumala säättää lapsistanne: Pojalle kuuluu sama osuus kuin kahdelle tytlle, mutta jos poikia ei ole ja tyttöjä on enemmän kuin kaksi, heille kuuluu kaksi kolmasosaa siitä, mitä heidän isänsä on jättänyt, mutta jos on vain yksi tyttö, kuuluu puolet hänelle ja kuolleen vanhemmille kummallekin yksi kuudesosa siitä, mitä heidän poikansa on jättänyt, jos hänellä on lapsia. Jos hänellä ei ole lapsia ja hänen vanhempansa perivät hänet, kuuluu äidille kolmannes ja loput isälle. Jos kuolleella on veljiä, kuuluu äidille kuudesosa, kun pesästä on ensin maksettu velat ja vainajan jälkisäädökset. Te ette tiedä, ovatko isänne vai poikanne teille hyödyllisempiä. Tämä on Jumalalta tullut säädös. Jumala on Tietävä, Viisas.

4:12 Teille kuuluu puolet siitä, mitä vaimonne jättävät, ellei heillä ole lapsia. Jos heillä on lapsia, kuuluu teille yksi neljäsosa siitä, mitä he jättävät, kun pesästä on ensin maksettu velat ja vainajan jälkisäädökset. Heille kuuluu neljäsosa siitä, mitä te jätätte, ellei teillä ole lapsia, mutta jos teillä on lapsia, kuuluu vaimolle yksi kahdeksasosa, kun pesästä on ensin maksettu velat ja vainajan jälkisäädökset. Jos miehellä tai naisella ei ole rintaperillisiä eikä vanhempia, mutta hänellä on yksi veli ja yksi sisar, kuuluu kummallekin kuudesosa, mutta jos heitä on sitä enemmän, kuuluu kullekin osuus kolmanneksesta sen jälkeen, kun pesästä on ensin maksettu velat ja vainajan jälkisäädökset, kunhan ne eivät riko Jumalan säädöksiä. Jumala on Tietävä, Lempeä.

Aviorikos

4:15 Jos vaimonne on teille uskonon, hankkikaa keskuudestanne neljä todistajaa häntä vastaan. Kun he ovat antaneet todistuksensa, teljetkää vaimonne taloonsa, kunnes kuolema hänet korjaa tai Jumala osoittaa hänelle toisen tien.

Naiset

4:34 Mies on naisen pää, koska Jumala on toisia suosinut enemmän kuin toisia ja koska mies elättää vaimoaan. Hurskas vaimo on nöyrä ja vartioi siveyttään, koska Jumala on antanut sen vartioitavaksi. Jos pelkäätte vaimonne olevan uppiniskainen, varoittakaa häntä, välttäkää häntä vuoteessa ja lyökää häntä, mutta jos hän sitten tottelee teitä, älkää ahdistako häntä enää. Jumala on Korkea, Mahtava.

Oikeudenmukaisuus

4:58 Jumala käskää teitä antamaan teille uskotut tavarat takaisin omistajilleen ja tuomitsemaan ihmisten kesken oikeudenmukaisesti. Jumala kehottaa teitä erinomaiseen asiaan. Hän on Kuuleva, Näkevä.

Varkaus

5:38 Katkaiskaa varkaan, miehen tai naisen, kädet rangaistukseksi siitä, mitä hän on tehnyt ja varoittavaksi esimerkiksi. Jumala on Mahtava, Viisas.

Aviorikos

24:2 Rangaistaa aviorikkojia, sekä miestä että naista, sadalla ruoskaniskulla älkääkään antako säälin vallata teidän sydäntänne, jos uskotte Jumalaan ja viimeiseen päivään. Näin on säädetty Jumalan uskonnossa. Joukko uskovia olkoon todistamassa heidän rangaistustaan.

24:4 Mutta niitä, jotka syyttävät naimisissa olevia naisia aviorikoksesta tuomatta neljää todistajaa, ruoskittakoon kahdeksallakymmenellä iskulla, älkääkään hyväksykö heidän todistustaan enää koskaan. He ovat syntisiä.

Naiset

24:31 Ja käske uskovien naisten pitää katseensa kurissa ja varjella siveyttään, olla näyttämättä muita sulojaan kuin niitä, jotka tavallisestikin ovat näkyvissä, ja peittää kaulansa hunnulla. Heidän ei tule näyttää sulojaan muille kuin aviomiehelleen, isälleen, apelleen, pojilleen, poikapuolilleen, veljilleen, veljenpojilleen, sisarenpojilleen, naispuolisille tuttavilleen, orjilleen ja niille miespalvelijoille, joilla ei ole enää haluja, tai lapsille, jotka eivät vielä tiedä mitään naisten hävystä. Heidän ei myöskään tule tömistellä jalkojaan kiinnittääkseen huomiota salassa oleviin suloihinsa. Kääntykää kaikki katuviina Jumalan puoleen, uskovaiset, jotta menestyisitte.

Muhammedin seuraajat tehostivat oikeudellista sääntelyä. Hänen ensimmäinen seuraajansa oli kalifi Abu Bakr, joka hallitsi vain muutaman vuoden. Toinen kalifi, Omar, antoi uusia perhe- ja rikoslainsäädännön määräyksiä. Aviorikoksesta ja varkaudesta tuli rangaistavia, ja juopottelusta määrättiin rangaistukseksi 40, sittemmin 80 raipaniskua. Kolmannen kalifin Uthmanin

aikana Koraani toimitettiin kirjallisesti yhtenäiseen muotoon. Näin luotiin islamin tekstiperusta, ja sitä mukaa kun islam levisi Lähi-idässä, myös juridinen ajattelutapa kehittyi. Näihin aikoihin syntyi myös islamin tuomari, *qadi*, ja jonkin ajan kuluttua islamin oikeustiede (*fiqh*).

Arabimaailmassa oli tuhansia kertomuksia profeetasta, ja oli selvää, että pääosa niistä oli puhtaasti paikallisia. Tämän vuoksi tuli ratkaisevaksi erityisesti se traditio, joka tunnetaan Medinasta, jossa profeetta oli elänyt. Vuoden 800 tienoilla luotiin edellä mainittu muodollinen lähestymistapa sille, miten Muhammedin elämää koskeva kertomus – *hadith* – ja näin ohje oikealle käytökselle voitiin katsoa aidoksi. Profeetan teot todennettiin luettelemalla uskottavia henkilöitä, jotka ulottuivat aina kyseessä olevan

ESIMERKKEJÄ HADITHEISTA

Esimerkkejä *haditheista* ovat nämä profeetan kannanotot Bukharin kokoelmasta (suomennokset omia):

4. nide, 51. kirja, nr. 5

Sad bin Abi Waggas kertoi: Profeetta tuli vierailulle luokseni kun olin (sairaana) Makkah’issa, (Amir, uudelleenkertoja, sanoi, ja hän inhosi kuolla maassa, josta hän oli jo muuttanut pois). Hän (Profeetta) sanoi, ”Suokoon Allah armonsa Ibn Afra’lle (Sad bin Khaula)”. Minä sanoin, ”Oi Allahin apostoli! Saanko testamentata kaiken omaisuuteni (hyväntekeväisyyteen)?” Hän sanoi, ”Et.” Minä sanoin, ”Saanko sitten testamentata puolet siitä?” Hän sanoi, ”Et.” Minä sanoin, ”Yhden kolmanneksen?” Hän sanoi: ”Kyllä, yhden kolmanneksen, silti edes yksi kolmannes on liian paljon. On parempi, että jätät perillisesi rikkaaksi kuin että jätät heidät köyhiksi kerjäämään muilta, ja mitä tahansa käytät Allahin hyväksi katsotaan hyväksi teoksi, jopa kourallinen ruokaa, jonka laitat vaimosi suuhun. Allah voi pidentää ikääsi niin, että jotkut ihmiset voivat hyötyä sinusta ja jotkut toiset voivat kärsiä takiasi.” Sillä hetkellä Sad’illa oli vain yksi tytär.

7, 63, nr. 196:

Abu Huraira kertoi: Mies Bani Aslam’ista tuli Allahin apostolin luokse kun hän oli moskeijassa ja kutsui (Profeettaa) sanoen, ”Oi Allahin

tapahtuman silminnäkijöihin asti. He todistivat kyseisen perinteen oikeellisuuden. Tämä ”autenttinen” *hadithien* sisältämä perimätieto on tärkeä Koraanin ymmärtämiseksi, ja se oli ratkaiseva islamia koskevien käsitysten muotoutumiselle siinä osassa maailmaa, johon islam levisi Lähi-idän ja Keski-Aasian valloitusten yhteydessä.

Hadith kuuluu oikeuslähteen statuksella niin sanottuun *sunnaan*, perinteeseen tai tapaan. Muhammed uskonnon perustajana on niiden lukuisten *hadithien* keskushahmo, jotka pitävät yllä muistikuvia Muhammedista. 800-luvulta lähtien nämä *hadithit* ovat olleet saatavilla kuudessa eri kokoelmassa. Niistä keskeisimmät ovat *Bukharin kokoelma* ja *Muslimin kokoelma*.

apostoli! Olen syöllistynyt kiellettyyn sukupuoliyhteyteen.” Profeetta käänsi kasvonsa pois päin hänestä, minkä jälkeen mies siirtyi sitä reunaan kohti, mihin Profeetta oli kääntänyt kasvonsa ja sanoi, ”Oi Allahin apostoli! Olen syöllistynyt kiellettyyn sukupuoliyhteyteen.” Profeetta käänsi kasvonsa (pois päin hänestä) toiseen suuntaan, minkä jälkeen mies siirtyi sitä reunaa kohti, mihin Profeetta oli kääntänyt kasvonsa ja toisti ilmoituksensa. Profeetta käänsi taas kasvonsa (pois päin hänestä) toiseen suuntaan. Mies siirtyi taas (ja toisti ilmoituksensa) neljännen kerran. Kun mies oli todistanut neljä kertaa itseään vastaan, Profeetta kutsui häntä ja sanoi, ”Oletko hullu?” Hän vastasi, ”En.” Sitten Profeetta sanoi (seuralaisilleen), ”Menkää ja kivittäkää hänet kuoliaaksi.” Mies oli naimisissa. Jabir bin ’Abdullah Al-Ansari sanoi: Minä olin yksi niistä, jotka kivittivät hänet. Me kivitimme hänet Musalla’ssa (’Id rukouspaikka) Medinassa. Kun kivet terävine reunoineen osuivat häneen, hän pakeni, mutta me saimme hänet kiinni Al-Harrassa ja kivitimme häntä kunnes hän kuoli.

7, 69, nr. 487:

Ibn ’Umar kertoi: ’Umar nousi saarnatuoliin ja sanoi, ”Nyt sitten, alkoholijuomien kielto on annettu, ja nämä juomat valmistetaan viidestä aineesta, eli viinirypäleistä, taateleista, hunajasta, vehnästä ja ohrasta. Ja alkoholijuoma on sellainen, joka häiritsee mieltä.”

7.3 *QADI, MUFTI, FATWA*

Islamin tuomareita kutsutaan termillä *qadi*. He toimivat maissa, joissa on erityisiä islamilaisia tuomioistuimia. On kuitenkin myös maita, joissa islamin oikeutta sovelletaan osana valtiollista oikeutta ja valtiollisten tuomioistuinten toimesta. Myös niin sanotun *muftin* tehtävä on tärkeä. *Muftit* ovat henkilöitä, jotka islamin oikeuden tuntijoina antavat lausuntoja *sharian* tulkinnasta konkreettisissa tapauksissa. Tällaista auktoritatiivista lausuntoa kutsutaan nimellä *fatwa*, ja sen sitova voima on riippuvainen *muftin* auktoriteetista. Kukaan ei kuitenkaan voi antaa *fatwaa*, joka olisi kaikkia yleisesti sitova, ja siihen tyytymätön voi aina pyytää uutta *fatwaa*.

Kuten todettu, islamin oikeus on oikeusjärjestys ilman lainsäädännöllistä perustaa. Samalla siitä puuttuu (varsinaisille / valtiollisille) oikeusjärjestyksille tyypillinen erillinen täytäntöönpanojärjestelmä. Oikeusjärjestyksen perusta on Koraanissa ja *sunnassa*. Näin ollen voi syntyä – ja aikojen kuluessa on myös syntynyt – jännitteitä islamin ja valtion, toisin sanoen islamin ja politiikan (*siyasa*), tai islamin oikeuden ja valtiollisen lainsäädännön (*qanun*, kreikan sanasta kaanon) välille. Termi *mazalim* puolestaan tarkoittaa valtion pystyttämiä tuomioistuimia.

SUNNIT JA SHIIAT

Islamin kahta pääsuuntausta erottaa kysymys Muhammedin ja ensimmäisten kalifien oikeista seuraajista. Ensimmäisten neljän kalifin jälkeen tulevat sunnien käsityksen mukaan oikeina kalifeina Damaskoksen umajjadit ja vuosina 750–1258 Bagdadissa vaikuttaneet abbasidit. Shiiamuslimit tunnustavat Muhammedin ainoina seuraajina Muhammedin vävyn Alin ja hänen perheensä, joita shiiamuslimit pitävät ns. imaameina. Heistä viimeisin elää piilossa ja hänen odotetaan jonain päivänä tulevan takaisin. Sen mukaan, kuinka montaa imaamia pidetään oikeina, shiialaisuus jakautuu laajaan 12 imaamin shiialaisuuteen ja muihin suuntauksiin. Niiden joukossa ovat ismailiitit, jotka tunnustavat seitsemän imaamia. Shiialaisuus on levinnyt etenkin Iraniin ja tiettyihin osiin Irakia.

Myös sunnien ja shiiojen oikeuskäsityksessä on eroja. Ne eivät ole suuria, vaan luonteeltaan ennen kaikkea menetelmällisiä. Shiit tunnustavat yleensä vain ne *hadithit*, jotka liittyvät suoraan Muhammediin, hänen perheeseensä ja imaameihin. Näin ollen edellä mainitut *ijma* (analogia) ja *qiyas* (oppineiden mielipide) ovat vähemmän tärkeitä. Eräs shiiojen koulukunta tunnustaa tulkinnan, *ijtihad*, kun taas toinen haluaa pitäytyä vain *hadith*-traditioon. Shiiojen varsinainen oikeustiede on kehittynyt vasta noin 1500-luvulta lähtien. Shiiamuslimit tunnustavat oikeusoppineiden hierarkian, jonka huipulla on johtava *ajatollah*.

Kun kyse on konkreettisista oikeusnormeista, pääerot ovat siinä, että shiialaisuus – toisin kuin sunnilaisuus – tunnustaa ajallisesti rajoitetun avioliiton, joka solmitaan sopimuksella, sekä miehen yksipuolisen avioeron ankarammat ehdot. Myös perinnönjako, silloin kun kyse on muista kuin Koraanissa vahvistetuista perillisistä, tapahtuu jossain määrin erilaisten määräysten mukaan.

7.4 OIKEUDEN TULKINTA

Yksi Islamin oikeuden kiistakysymys liittyy vapaan tulkinnan (*ijtihad*) mahdollisuuteen ja laajuuteen. Melko yleinen käsitys lähtee siitä, että oikeus vapaaseen tulkintaan lakkasi vuoden 900 paikkeilla, minkä jälkeen tulkinnan tuli pysyä jo asetettujen raamien sisäpuolella. Kuvainnollisesti todetaan, että tulkinnan portti suljettiin. Tämä kanta on tänään kiistanalainen, mutta silti näyttää olevan vaikeaa sopeuttaa islamilaista oikeutta nykyajan olosuhteisiin. Tämä ei koske vain käsitystä naisista, vaan islamin periaatteet monimutkaistavat myös monia taloudellisia transaktioita ja ovat edellyttäneet erityisten oikeudellisten instituutioiden kehittämistä. Tässä yhteydessä voidaan mainita esimerkiksi *waqf*, jolla, kuten jäljempänä tulee puhetta, on eräänlainen säätiötä muistuttava luonne.

Valloitusten ja islamin leviämisen myötä syntyi oikeuskouluja (*madh-hab*) Medinan lisäksi Kufaan (nykyisessä Iranissa) ja eräisiin muihin kau-punkeihin. Oikeuskoulujen nimi liitettiin niiden perustajiin. Ensimmäinen heistä oli Malik (k. 795), jonka oikeuskoulun keskuspaikka oli Medinassa. Kufassa olevaa oikeuskoulua kutsuttiin Abu Hanifan (n. 699–767) mukaan. 800-luvun alussa Mekassa ja Medinassa toimi tunnettu juristi As-Safi'i (767–820). Ibn Hanbal (780–855) puolestaan loi perustan kaikkein funda-mentalistsimmille oikeuskouluille (*hanbaliittit*). Islamin oikeutta opiskelleet tunnetaan nimellä *ulama*. Tänään islamin oikeutta opiskellaan islamilaisissa yliopistoissa tai pappisseminaareissa, jotka tunnetaan nimellä *madrassa*.

Islamin oikeuden erityispiirteenä mainitaan usein käsitys korosta, jonka ottaminen on periaatteessa kiellettyä. Sama koskee vakuutus sopimuksia: Ihmisen ei pidä tehdä sopimuksia ennakoimattomista olosuhteista, joiden herra hän ei ole. Sekä koronottoa koskeva kielto (*riba*) että epäilevä suh- tautuminen odottamattomia tapahtumia koskevaan vakuutukseen (*gharar*) pohjautuvat Koraaniin. Näin on myös viininjuonnin ja uhkapelin kieltojen laita. Koraanissa on myös joukko rangaistuksia, joista ankarimmat (esim. kivitys) liittyvät niin sanottuihin *hudud*-rikoksiin. Niitä on viisi. Viinin juomisen lisäksi tällaisia rikoksia ovat varkaus, maantierosvous, aviorikos ja väärä syytös aviorikoksesta. Läntisessä maailmassa islamin oikeus tai *sharia* liitetään useimmiten juuri näihin tekoihin ja niistä mainittuihin rangaistuksiin, mutta tosiasiaassa islamin oikeus on paljon vivahteikkaam-paa – ja tapa, jolla islamia sovelletaan, ei ole kaikkialla islamilaisessa maailmassa sama.

Kuten todettiin, ovat koron ottaminen ja vakuutus sopimukset periaatteessa vastoin islamin oikeutta. On kuitenkin kiistanalaista, estääkö Koraani korot tai kauppaoikeuden kehittämisen. Joka tapauksessa koronottoa koskeva problematisointi on antanut oman leimansa islamin pankkilaitokselle ja koko rahoitusjärjestelmälle. Koron ottamista vastustava oikeaoppinen muslimi ei ota lainaa tavallisesta pankista vaan etsii erityisen islamilaisen pankin, joka lainaa rahaa sellaisilla ehdoilla, joiden – kulloinkin kyseessä olevan oikeuskoulun tulkinnan mukaan – katsotaan olevan sopusoinnussa *sharian* kanssa.

Käytössä on useita vaihtoehtoja. Yleensä sovitaan kumppanuudesta, jossa osapuolet ovat tasa-arvoisia. Eräs mahdollisuus on, että pankki hankkii asianomaisen kohteen, esimerkiksi talon, jota vastaan rahaa lainataan, ja myy sen sitten lainaajalle. Tämän tulee esimerkiksi tapahtua siten, että kyseisen talon vuokra otetaan pääomasta, ja se voi olla suurempi kuin todellinen arvo ostohetkellä, jolloin pankki saa itselleen tietyn hyödyn. Tällaista tapaa hankkia oma talo käyttävät monet uskovaiset muslimit. Osa tätä konstruktiota on, että pankki ja tuleva omaisuuden ostaja omistavat talon yhteisesti, kunnes viimeinen erä on maksettu. Ostaja ei allekirjoita velkakirjaa kauppahinnasta, ja näin ollen pankin ja asiakkaan välille luodaan intressiyhteys niin, että ostaja todella maksaa.

Musharaka on toinen *sharia*-rahoituksen muoto, jossa pankki on osapuoli. Se vetäytyy pois sitä mukaa kun saavutetaan ylijäämää ja näin ollen saatavan maksu. *Mudarabassa* on kyse laajemmasta yritystoiminnasta, jossa toinen osapuoli sijoittaa rahaa, kun taas toinen harjoittaa yritystoimintaa ja huolehtii tuloista investoivalle osapuolelle. *Sharia*-rahoitus rakentuu näin ollen pankin ja lainanottajan väliselle kumppanuudelle. Tähän rahoitusjärjestelmään kuuluu myös eettinen ulottuvuus: on mahdotonta investoida yritystoimintaan, jonka islamin oikeus kieltää. Poissuljettuja ovat esimerkiksi ne elintarvikkeet, jotka ovat muslimeilta kiellettyjä, samoin kuin toiminnat, joissa on kyse pelaamisesta, seksiteollisuudesta tai asetuotannosta. Tämän vuoksi korostetaan, että islamin pankkilaitos on rakennettu ottaen huomioon niin sanottu yritysten yhteiskuntavastuu (CSR; *corporate social responsibility*).

WAQF JA TRUSTI

Waqf on esimerkki puhtaasta islamilaisesta instituutiosta, joka on muslimijuristien kehittämä. Sitä ei mainita Koraanissa, mutta sen legitimi-teetti tukeutuu jakeeseen, jossa puhutaan almuista ja velvollisuudesta auttaa heikompia. *Waqf* on lahjoitus, joka annetaan toisten hyväksi edistämään tiettyä uskonnollista tarkoitusta. Lähin esimerkki meiltä on säätiö. Englantilainen oikeus puolestaan tuntee trustin (*trust*). Se on joidenkin käsitysten mukaan saanut vaikutteita islamilaisesta oikeudesta – siinä muodossa, kun englantilaiset saivat tietää siitä ristiretkien aikana. Luonteenomaista *waqfille* on tietty tarkoitus sekä omaisuus, jota ei voi luovuttaa eikä periä. Näin voidaan lahjoittaa varoja esimerkiksi moskeijan tai koulun ylläpitämiseen. Muslimikäsityksen mukaan jumalasta tulee omistaja, kun taas englantilaisen trustin erityispiirteitä ovat edistettävä päämäärä sekä varojen hallintaa varten asetettujen henkilöiden laaja taloudellinen toimivalta.

Sana *waqf* liittyy verbeihin ”pitää” tai ”sitoa”. Tarkoituksena on, kuten eräs Abu Hanifan oppilas totesi, että ”*waqf* on tietyn esineen pitämistä Jumalan epäsuorana omaisuutena siten, että tuotto voi palata takaisin tai sitä voidaan käyttää lahjana hänen luomilleen”. Esimerkkinä *waqfista* ovat moskeijoiden, koulujen, majatalojen tai hautapaikkojen perustamiset, uskonnollisten juhlallisuuksien järjestämiset taikka al-mujen antaminen. *Waqfien* ympärille on kehittynyt joukko sääntöjä. Niiden joukossa on myös niin sanottu *cy-près*-doktriini, joka tunnetaan myös eurooppalaisessa säätiöoikeudessa. Sen mukaan, mikäli säätiön tarkoitusta ei voida toteuttaa lahjoittajan toiveiden mukaisesti, on löydettävä tarkoitus, joka on mahdollisimman lähellä alkuperäistä.

7.5 ISLAMIN OIKEUSAJATTELU TÄNÄÄN

Moderni islamilainen oikeusajattelu liittyy edelleen vahvasti Koraaniin ja *hadith*-perinteeseen. Uusi aikakausi islamin oikeushistoriassa alkoi Napoleonin valloittaessa Egyptin vuosien 1798–1801 aikana. Se antoi aiheen pohtia reformien tarvetta Egyptissä ja laajemminkin Osmanien valtakunnassa. Tuloksena oli, että valtio otti hoitaakseen pääosan koulutusjärjestelmää ja oikeuslaitoksen. Samalla *sharian* ja islamilaisten tuomarien merkitys väheni. Osmanivaltakunnassa luotiin uutta lainsäädäntöä länsimaisten esikuvien mukaisesti, ja islamilaiset tuomioistuimet korvattiin maallisilla tuomioistuimilla.

Vuonna 1877 säädettiin niin sanottu *Mejelle*, joka oli islamin oikeuden valtiollinen kodifikaatio. Ranskan tai Englannin siirtomaavallan alaisissa maissa, kuten Algeriassa ja Tunisiassa sekä Egyptissä ja Intiassa, oikeutta uudistettiin länsimaisten esikuvien mukaan. Usein rinnakkain toimi kaksi järjestelmää, *sharia*-järjestelmä niissä osissa oikeusjärjestystä, joita edelleen säänneltiin islamin oikeuden avulla, sekä länsimainen järjestelmä maallisine tuomioistuinineen. Tämä tarkoitti, että tarvittiin jatkuvasti islamin tuntijoita (*ulama*), joilla oli suuri merkitys islamin oikeuden tulkinna. Näin on edelleen sellaisissa maissa, kuten Egyptissä, joissa oikeusjärjestelmä ja oikeudellinen koulutus ovat maallisia, mutta islamin oppineita käytetään silloin, kun ratkotaan arkielämän oikeudellisia ja moraalisia ongelmia. Niitä koskeviin kysymyksiin vastataan usein *fatwan* muodossa.

Viime vuosikymmeninä on eletty islamin oikeuden renessanssia. Monet muslimijuristit ja muut ajattelijat ovat nostaneet esille *sharian* ja samalla vaatineet, että länsimaisen oikeuden tulee väistyä tai että sitä voidaan soveltaa vain silloin, kun se ei ole ristiriidassa islamin oikeuden periaatteiden kanssa. *Sharia* ei ole tässä yhteydessä mikään yksiselitteinen kokonaisuus, eikä se yleensä viittaa siihen klassiseen islamin oikeuteen, jota kehitettiin edellä mainituissa neljässä oikeuskoulussa. Enemminkin viitataan suoraan Koraaniin ja *hadith*-perinteeseen, ja näin ollen hyvin kirjaimelliseen tulkinnaan, jota pidetään ”puhtaana islamilaisena oikeutena” – sellaisena kuin se oli Muhammedin ja hänen välittömien seuraajiensa, neljän ”oikeauskoisen kalifin” aikana ennen vuotta 661.

Joka tapauksessa nykyinenkin islamin oikeus on jatkuvasti yhteydessä menneeseen. Tämä ei koske vain perustavaa laatua olevia oikeuslähteitä vaan myös oikeutta tulkinneita ja kehittäneitä auktoriteetteja. Etenkin ju-

ristiajattelijat Al-Ghazali 1000-luvulta on monille tärkeä. Ibn Taymiyyah 1300-luvulta on toinen suuri auktoriteetti. Samalla monet nykyiset islamin oikeusajattelijat pohtivat sitä, miten islamin oikeus voidaan sopeuttaa modernin yhteiskunnan olosuhteisiin. Toiset ovat sitä mieltä, että islamin oikeutta täytyy muuttaa ja muokata, kun taas toiset puolustavat sen perinteistä rakennetta. – Tähän keskusteluun länsimaisen lukijan on kuitenkin vaikeaa päästä sisään jo sen vuoksi, että lähes kaikki on kirjoitettu arabian kielellä. Keskustelu on kuitenkin tärkeää jo sen havaitsemiseksi, ettei islamin oikeutta aina ymmärretä vain joukkona oikeuslähteitä ja niiden perinteisenä tulkintana.

Ennen kaikkea keskustellaan islamin kyvystä muuttua, sen kyvystä luoda sellaiset oikeudelliset puitteet muslimeille, jotka vastaavat 2010-luvun oikeusjärjestelmän tarpeita – eikä vähiten mahdollisuudesta löytää tasapaino uskonnollisena järjestelmänä ymmärrettävän islamin sekä maallisen yhteiskunnan ja sen oikeudellisten instituutioiden välillä.

8 Oikeus Kiinassa ja Japanissa

Kaukoidän (Itä-Aasia) maiden oikeus on oikeusvertailevissa esityksissä usein luokiteltu omaksi järjestelmäkseen. Yhteisenä nimittäjänä on pidetty sitä, että alueella korostetaan vähemmän kuin muualla yksilön oikeuksia. Samalla katsotaan, että alueen maiden (Kiina, Japani, Etelä-Korea) oikeuskulttuurista puuttuu se läntiselle oikeudelle tyypillinen idea, että oikeudellisia kysymyksiä koskevat ratkaisut tehdään tuomioistuimissa ja että tuomioistuimet ovat näin osaltaan kehittämässä oikeutta. Tyypillistä on kompromisseihin pyrkiminen ja epämuodollinen konfliktinratkaisu. Kiistanalaista kuitenkin on, onko tässä nykyään ja kuinka pitkälle kysymys muusta kuin pelkästä ihanteesta. Seuraavassa käsitellään melko perusteellisesti Kiinan oikeuskehitystä. Sen jälkeen luodaan katsaus Japanin oikeuteen.

Aasian maiden väliset erot ovat suuria. Siitä huolimatta joskus puhutaan itäaasialaisesta *ius communesta*, joka rakentuu konfutselaisuudelle. Kiinan ja Japanin oikeushistoriat poikkeavat kuitenkin toisistaan. Maissa on myös toisistaan poikkeavalla tavalla käsitelty perinteisen oikeuskäsityksen ja oikeusjärjestyksen modernisoimistarpeiden välistä jännitettä. Silti maiden välillä on myös yhtymäkohtia: Japani oli monta vuotta esikuva Kiinalle, kun kyse oli läntisistä vaikutteista. Omaksuihan Japani jo 1800-luvun lopulla länsimaista oikeutta, ja koko yhteiskunta kävi läpi uudistumisprosessin.

Tässä yhteydessä voidaan myös muistuttaa, että kulttuurieroista huolimatta eurooppalainen oikeuskäsitys on levinnyt lähes kaikkialle maailmassa. Niiden maiden oikeuskulttuuria, joissa eurooppalainen oikeuskäsitys vaikuttaa perinteisen oikeuskäsityksen rinnalla, kuvataan usein käsitteellä oikeudellinen pluralismi (*legal pluralism*). Etenkin niissä maissa, jotka ovat kokeneet eurooppalaisten siirtomaavalloituksen, tunnetaan tämä ilmiö, mikä kävi ilmi edellä Afrikkaa koskevassa jaksossa. Samoin on käynyt ilmi, että muslimimaissa islamin oikeutta sovelletaan ainakin perhe- ja perintöoikeuden kysymyksissä. Intiassa näissä kysymyksissä käytetään usein hinduoikeutta. Kun kyse on kauppaoikeudesta, sopimuksista ja vahingonkorvauksesta, eurooppalaisen oikeuden vaikutus on ollut selvintä. Niinpä myös silloin, kun puhutaan Kaukoidän kulttuureista, kysytään, kuin-

ka paljon oikeastaan on jäljellä perinteisestä oikeusajattelusta massiivisen länsimaisen oikeuden omaksumisen jälkeen. Tämä koskee Japania, mutta myös Kiinaa, jossa uusi ”lakimylly” on viime vuosikymmeninä jauhanut luodakseen oikeudellista – ja sen avulla ennakoitavaa – perustaa etenkin Kiinan ja lännen välisille kauppasuhteille.

8.1 KIINAN OIKEUS

8.1.1 Traditio ja muutos

Kiinaa koskeva kiinnostus on kasvanut jatkuvasti, mikä on näkynyt myös Pohjoismaissa. Kiinan talous on edennyt huimin askelin ja Kiinan poliittinen merkitys on kasvanut sitä mukaa kun maa on luopunut vuosisataisesta eristäytymisestään. Jo Napoleon spekuloi sillä, mitä tapahtuisi, jos ”Kiinan leijona” heräisi. Kiinan kehitystä ja sen seurauksia on kuitenkin edelleen vaikea ennustaa. Jatkuuko kommunismi? Jatkuuko kasvu? Hyväksyykö valtava väestö jatkuvasti kasvavan eriarvoisuuden? Vaikea on myös sanoa, kuinka Kiinan oikeusjärjestelmä kehittyy. Millainen on perinteisen kiinalaisen oikeuden suhde länsimaiseen oikeuteen ja millaiseksi niiden – ainakin osittainen – sekoittuminen muodostuu? Tämä kahden erilaisen oikeuskulttuurin kohtaaminen on yksi niistä kysymyksistä, joita seuraavassa käsitellään. Keskeisenä teemana on konfutselaisten ajatustapojen ja länsimaisten oikeuskäsitysten välinen vuoropuhelu.

On tärkeää todeta, että vaikka Kiinassa on viime vuosina saatettu voimaan paljon uutta lainsäädäntöä, joka perustuu *civil law* -maiden esikuville, erityisesti saksalaiselle oikeudelle, mutta myös amerikkalaiselle ja englantilaiselle oikeudelle, kyse on paljolti pintatason ilmiöstä. Kiina on kulttuuriltaan toisenlainen kuin Euroopan maat tai Yhdysvallat. Huolimatta yhteiskunnallisista muutoksista kohti markkinataloutta sekä kommunismin aseman heikkenemisestä ideologiana, kyse on maasta, joka perustuu kokonaan omanlaiselle historialliselle perinteelle ja filosofialle. Ilman tietoa Kiinan tuhatvuotisesta historiasta ja kiinalaisten käsityksestä kulttuurinsa ylivoimaisuudesta sekä ilman konfutselaisuuden ja muiden kiinalaisten arvomaailmaa leimaavien filosofisten virtauksien tuntemista on mahdotonta ymmärtää maata, sen väestöä tai oikeuden merkitystä siellä.

KIINAN KEISARIDYNASTIAT

Keisaridynastiat ovat Kiinan historian selkäranka, joka jäsentyy tärkeimpien dynastioiden mukaan. Ajatuksena oli, että hallitsijalla oli legitimitetti taivaasta tulleen käskyn, *tianming*, nojalla ja kun se lakkasi, hän menetti asemansa ja toiset tulivat tilalle.

Shang	1766–1027 eaa.
Zhou	1122–256 eaa.
Qin	221–206 eaa.
Han	206 eaa.–220
Tang	618–907
Song	969–1279
Yuan	
(mongolit)	1279–1368
Ming	1368–1643
Qing	1643–1912
Tasavalta	1911/12–1949
Kiinan	
kansan-	
tasavalta	1949–

Perinteiseen kiinalaiseen ajatteluun kuuluvat pyrkimys harmoniaan ja (muut) konfutselaisuuden ihanteet, mistä johtuu kaksijakoinen suhtautuminen oikeuteen. Oikeuskäsitykseen kuuluu jako rituaalien leimaaman ihannetilän *li* ja usein negatiivisessa valossa nähdyn varsinaisen oikeuden *fa* välillä. Ylipäättään kiinalainen oikeuskehitys on ollut monimutkaista. Siihen kuuluvat keskustelut *lista* ja *fasta*, muta myös Tang-dynastian jälkeisen ajan lainsäädäntötyö, myöhemmän keisariajan sekä tasavallan ajan uudistuspyrkimykset, kommunistihallinnon vastahakoinen suhtautuminen oikeuteen sekä vuoden 1978 jälkeinen kehitys, jolle on ollut tyypillistä vaikutteiden ottaminen sekä eurooppalaisesta että amerikkalaisesta oikeudesta.

Konfutselaisuus on nimitys kiinalaiselle filosofialle, joka perustuu filosofi Konfutsen (551–479 eaa.) ajatuksiin. Konfutsen oppi, joka syntyi Kiinan historian eräänä rauhattomana kautena, tunnetaan ennen muuta teoksen *Analecta* välityksellä. Se perustuu Konfutsen ja hänen oppilaidensa

välisiin keskusteluihin, jotka antoivat Konfutselle aiheen korjata vääriä käsityksiä ja selittää omia näkökantojaan. Konfutselaisuuden lähtökohta on moraalisesti oikean käytöksen vaatimus. Peruskäsite on *ren* (hyve). Hyveen saavuttamiseksi oli eletävä sopusoinnussa luonnon, ihmisyyden, ja yhteiskunnan arvojärjestyksen – muun muassa keisarin, vanhempien ja vanhempien sisarusten – kunnioittamisen samoin kuin rituaalien suorittamisen (*li*) kanssa. Sitä, joka käyttäytyi konfutselaisten ihanteiden mukaisesti, kutsuttiin termillä *chunzi* (*junzi*), ”kunnollinen herrasmies”, ja hänen tehtävänä oli ohjata vähemmän valistuneita.

Konfutsen opit oli suunnattu myös hänen aikansa hallitsijoille, ja niissä on vaatimuksia ”hyvälle hallinnolle”. Jos hallitsija ja kansa olivat hyveellisiä, ei tarvittu lakeja ja ankaria rangaistuksia. Konfutsen opeista tuli virallinen kiinalainen filosofia Han-dynastian aikana. Konfutselaisuus on kuitenkin käynyt läpi useita kehityskausia, ja sen merkitys on vaihdellut eri aikoina. Se kiellettiin vuonna 1949, mutta tänään se on tärkeä sekä Kiinassa että niissä Itä-Aasian maissa, jotka ovat olleet Kiinan vaikutuspiirissä.

KIINALAISET JURISTIT

Kiinalaisia juristeja tunnetaan hyvin pitkältä ajalta. 300-luvulta ennen ajanlaskun alkua on ”legalisti” Shen Buhai, ja hänen jälkeensä (n. 280–233) vaikutti tunnettu juristi Han Fei, joka vei loppuun ajatuksen ”legalismista”. Hänen oppinsa tasoittivat Qin-dynastian tietä Kiinan yhtenäistymiselle vuosina 221–206. Teoksessaan *Han Feizi* hän kehitteli ajatuksiaan lakien vallasta ja keisarin velvollisuudesta hallita lakien (ml. rikoslaki) avulla.

Shen Jiaben (1840–1913) on puolestaan yksi merkittävimmistä uudempien aikojen juristeista. Vuonna 1902 keisari pyysi häntä valmistelemaan reformia, jonka seurauksena Pekingiin perustettiin vuonna 1906 oikeusakatemia. Rikosoikeuden alalla hän toimi ikivanhojen ruumiinrangaistusten lakkauttamiseksi ja niiden korvaamiseksi sakoilla ja vankeudella. Lakiehdotuksissaan hän erotti yksityisoikeuden ja rikosoikeuden toisistaan ja esitti uusia prosessimuotoja. Hänen irtiottonsa perinteisestä oikeudesta johti moniin väittelyihin, mutta eräät hänen perusajatuksistaan, muun muassa siviilioikeuden ja rikosoikeuden erottaminen toisistaan, tulivat osaksi vuoden 1910 lakikirjaa, joka oli voimassa vuoteen 1929.

8.1.2 Vieraan oikeuden omaksuminen

Kiinan poliittinen historia on pitkä ja käsittää monia jaksoja. Keisariperheiden dynastiat seurasivat toisiaan sen jälkeen, kun Kiina oli vuonna 221 eaa. yhdistynyt keisari Qinin alaisuudessa. Viimeisin dynastia oli Qing-dynastia, joka lakkautti Ming-dynastian vuonna 1643 ja pysyi vallassa kunnes keisarinvalta vuonna 1911 päättyi.

1800-luku oli monivaiheinen Kiinan historiassa. Valtakunta, *Zhongguo*, kuten sitä Kiinassa kutsuttiin, oli tuohon saakka elänyt eristäytyneenä ja vakuuttuneena kiinalaisen kulttuurin ylivoimaisuudesta muihin kulttuureihin nähden. Oopiumsota 1830-luvulla ja väkivaltainen lännen (brittiläisten siirtomaajoukkojen) kohtaaminen sen myötä paljastivat maan heikkouden päättäväistä vihollista vastaan. Tappiot läntisille joukoille ja vuonna 1895 Japanille osoittivat osaltaan uudistusten tarpeellisuuden. Keisari ymmärsi uudistusten tarpeen ja tuki jo 1860-luvulla syntyynyttä reformiliikettä. Sen mottona oli ”oppia länneltä mutta säilyttää omat arvot”. Kiinaksi ”*Xi xue wei ti Zhong xue wei yong*”, joka tarkoitti, että läntiset opit olivat hyödyllisiä (esim. teknologisisena) perustana, mutta niiden soveltamisessa täytyi olla (eettisenä) apuna kiinalainen viisaus.

Keisarinvalta lakkautettiin siis 1911, jolloin alkoi tasavallan kausi. Johdettava hahmo Kiinan ensimmäisen tasavallan aikana oli Sun Yat-sen, jota kunnioitetaan tänäinkin uuden valtion perustajana. Pian maassa kuitenkin puhkesi levottomuuksia, mutta niiden aiheuttama hajaannus voitettiin Tšiang Kai-šekin ja hänen nationalistipuolueensa Kuomintangin (kiinaksi maan ja kansan puolue) hallinnon aikana.

Edellä mainittu Shen Jiaben kehitteli ajatuksia vieraan oikeuden omaksumisesta tai transplantaatiosta Kiinassa. Hänellä oli perusteellinen *civil law* -järjestelmän tuntemus ja hänen mielestään oli tärkeää, että Kiinaan Japanin tavoin ”tuotaisiin” länsimaista oikeutta. Hän käännätti länsimaista lainsäädäntöä kiinaksi ja pyrki reformiin, joka rakentuisi länsimaisen oikeuden keskeisille periaatteelle. Vaikka Shen Jiaben oli länsimaisten esikuvien varaan rakentuvan oikeusjärjestelmän kannattaja, tuli hänen mukaansa Kiinan erityispiirteet ottaa huomioon vieraita oikeusperiaatteita omaksuttaessa. Uuden oikeuden tuli palvella Kiinan yhteiskuntakehityksen tarpeita. Samalla tuli kehittää yhtenäinen oikeusteoria, joka maasta puuttui.

Näiden ajatusten inspiroimana Kiinan tasavallassa (1911–1949) valmistettiin uutta laidansäädäntöä eurooppalaisten mallien mukaisesti, mutta

uusi oikeus ehti saada vain vähän käytännön vaikutuksia. Japani nimittäin miehitti suurimman osan Kiinaa vuonna 1937. Sodan päätyttyä vuonna 1945 alkoi puolestaan sisällissota hallituksen kannattajien ja kommunistien välillä, joka päättyi jälkimmäisten voittoon 1949 ja silloisen hallituksen pakoon Taiwaniin. Tästä lähtien maan korkein johtaja oli kommunistisen puolueen puheenjohtaja Mao Zedong. Kommunismin ajalle oli tyypillistä lakeihin ja juristeihin kohdistunut vihamielisyys, sillä niitä pidettiin ”kapitalistisina ilmiöinä”. Jonkin aikaa kyse oli myös Neuvostoliiton (sosialistisen) oikeuden vaikutuksista, mutta yleisesti ottaen puhemies Maon valtakaudella juristeihin, juridiseen ajatteluun samoin kuin itse oikeustieteeseen suhtauduttiin kielteisesti. Erityisesti ns. kulttuurivallankumouksen aikana vuoden 1966 jälkeen juristit olivat vihattuja. Heidän olemassaolonsa ei sopinut yhteen vallankumouksen ihanteiden kanssa.

Vasta Maon kuoltua vuonna 1976 ja Deng Xiaopingin noustua valtaan kahta vuotta myöhemmin (1978) tapahtui suurempia uudistuksia. Vuonna 1978 valmisteltiin uusi perustuslaki (jota on muutettu 1988, 1993, 1999 ja 2004). Deng oli myös uudenlaisen taloudellisen kehityksen kannattaja. Hän kannatti siirtymistä erityiseen kommunistiseen markkinatalousmuotoon. Ulkomaiset sijoittajat olivat nyt tervetulleita Kiinaan. Samalla tuli välttämättömäksi laatia kokonaan uutta lainsäädäntöä taloudellisia suhteita, kuten kauppaa, yhteisöoikeutta, ja muita markkinataloudelle välttämättömiä instituutioita varten samoin kuin pyrkiä toimimaan oikeuksia (*rights*) koskevan käsitteen avulla, vaikka se olikin vieras kiinalaiselle oikeuskäsitykselle. Tämä prosessi on edelleen käynnissä ja sen etenemistä on mielenkiintoista seurata. Tällä hetkellä Kiinassa muun muassa keskustellaan yhtenäisen siviililakikirjan laatimisesta. Vielä merkittävämpää keskustelua käydään *rule of law* -periaatteesta ja sen sovittamisesta kiinalaisiin olosuhteisiin.

Mielenkiintoista on, ettei nykyisiä uudistushankkeita valmistelleilla kiinalaisilla juristeilla ole ollut mallina tiettyä ”oikeusperhettä”. Tosin 1900-luvun alussa otettiin mallia roomanis-germaanisesta (*civil law*) oikeuskulttuurista, kuten edellä todettiin. Yhdysvaltojen rooli kansainvälisessä kaupassa on puolestaan merkinnyt sen voimakasta taloudellista roolia ja samalla amerikkalaisen oikeuden (ml. *common law*) vaikutusta Kiinassa. Monet kiinalaiset juristit ovat viime aikoina kuitenkin kritisineet Yhdysvaltojen (oikeudellista) valta-asemaa ja toivoneet, että Kiinan oikeutta kehitettäisiin eurooppalaiseen suuntaan. Toiset taas korostavat puhtaasti

käytännöllisiä näkökohtia ja ovat sitä mieltä, että Kiinan olisi omaksuttava sellaisia oikeussääntöjä, jotka vaikuttavat tarkoituksenmukaisimmilta. Tämä on synnyttänyt mielikuvan ”oikeudellisesta supermarketista”: irtaututaan vanhasta oikeusperheistä koskevasta ajattelusta, ja otetaan käyttöön sellaisia oikeudellisia instituutioita ja normistoja, joita kulloinkin tarvitaan.

Nykypäivän kehitystä käsitellään hieman tarkemmin jäljempänä, mutta ensin otetaan esille eräitä perinteisen kiinalaisen oikeusajattelun peruspiirteitä. Ne nimittäin vaikuttavat edelleen siihen, miten oikeus Kiinassa ymmärretään ja miten se käytännössä toimii.

8.1.3 *Li, fa* ja kiinalaiset lakikirjat

Kaksi kiinalaisen oikeuskäsityksen peruskäsitettä ovat siis *li* ja *fa*. Ne viittaavat ennen muuta ikivanhaan Konfutsen oppien kannattajien ja legalistien väliseen kiistaan. Joko rituaalit, kiinaksi *li*, näyttelevät tärkeää roolia, tai sitten korostetaan, kuten niin sanotut legalistit tekivät, oikeudellista sääntelyä, *fa*. Tämä jako leimaa kiinalaista oikeusajattelua, mutta siitä ei ole koskaan pidetty kiinni täysin johdonmukaisesti. Legalismi liittyy kiinalaisilla jo ensimmäiseen dynastiaan, Qin-dynastiaan, joka yhdisti Kiinan. *Fa* edustaa ajatusta oikeudesta välttämättömänä pakkona erimielisten kansalaisten yläpuolella. Han-dynastian aikana konfutselaisuudesta tuli virallinen filosofia, mutta tämä ei tarkoittanut, että legalismista olisi luovuttu. Päinvastoin, Kiinan oikeushistoriassa voidaan havaita näiden kahden ajattelutavan vuorovaikutus. Legalismi oli keskeinen perusta lakikirjojen laatimiselle 700-luvulle saakka, kun taas Song-dynastian aikana konfutselaisuus vaikutti eräänlaisena uskonnollisuutena etenkin rikosoikeuteen, mutta myös muuhun lainsäädäntöön.

Kiinalaiselle ajattelulle on ollut luonteenomaista myös käsitys maailmankaikkeuden kulun ja inhimillisten lakien välisestä vuorovaikutuksesta. Harmonian, kiinaksi *he*, ylläpitäminen on tärkeä tavoite. Derk Bodde ja Clarence Morris ovat teoksessaan *Law in Imperial China* (1967) kuvanneet Kiinan vanhaa oikeuskäytäntöä ja ilmaisseet harmonian merkityksen seuraavasti: ”*In the final analysis, a disturbance of the social order really meant, in Chinese thinking, a violation of the total cosmic order because, according to the Chinese worldview, the spheres of man and nature were inextricably interwoven to form an unbroken continuum.*”

Myös ranskalaisen 1700-luvun ajattelijan, Montesquieun, suuressa teoksessa Lakien henki (De l'esprit des lois, 1748) on monta lukua Kiinasta. Montesquieu oli lukenut ne Kiinaa koskevat kuvaukset, joita ranskalainen du Halde oli julkaissut muutamaa vuotta aikaisemmin, ja sen perusteella hän saattoi muun muassa todeta Kiinan lainsäätäjistä, että he eivät erottaneet toisistaan uskontoa, lakeja ja käyttäytymistä; kaikki oli moraalia, kaikki koski hyveitä. Kaikki niitä koskevat normit olivat rituaaleja – ja rituaalien tarkan noudattamisen johdosta Kiinan johto oli voitollinen.

Montesquieu oli näin ollen osaltaan luomassa käsitystä siitä, ettei Kiinassa ollut lakeja tai edes oikeusjärjestystä. Vähän ennen Lakien hengen julkaisemista Kiinassa oli kuitenkin tehty lakikirja, suuri Qing-lakikirja (nimettynä kyseisen dynastian mukaan). Kiinalainen lakikirja, joka perustuu jo Tang-dynastian (618–907) aikaan ulottuvalle traditiolle, näyttää kuitenkin toiselta kuin ne lakikirjat, jotka tunnemme Euroopasta ja joiden perusta on yleensä yksityisoikeudessa. Se alkaa nimittäin rangaistuksia ja rikoksia koskevalla selostuksella. Tämän jälkeen teksti on jaettu ”kirjoihin”, jotka vastaavat keisarillisen hallinnon osastoja. Rikosoikeudella ja hallinto-oikeudella on siis etusija, ja tässäkin mielessä kiinalainen oikeus on toisenlaista kuin perinteinen länsimainen oikeus.

8.1.4 Perinteinen kiinalainen oikeudenkäyttö

Kiinalaisesta oikeuskäytännöstä 1700- ja 1800-luvuilla tiedetään melko paljon. Kaikki oikeudenkäyttö kuului maakuntien kuvernööreille, mutta keskitetysti hallitussa Kiinassa ratkaisusta voitiin valittaa keisarin rikosoikeuskomissiolle, joka otti lopullisen kannan muun muassa siihen, tuliko kuolemanrangaistus panna täytäntöön vai ei.

Monet ratkaisut valaisivat elävästi sitä merkitystä, jonka uuskonfutselaisuus oli saanut rikosoikeudessa. Niinpä miehille ja naisille, nuorille ja vanhoille oli erilaiset sanktiot, ja yleisesti ottaen perhesuhteille annettiin suuri merkitys. Aviomiehien tai vanhempaan perheenjäsenen kohdistuneesta tottelemattomuudesta rangaistiin ankarasti. Sama koski rituaalien rikkomista, esimerkkinä piittaamattomuus perheenjäsenen kuoleman jälkeisestä suruajasta.

Eräät kiinalaiset ratkaisut 1700- ja 1800-luvuilta kuvaavat hyvin keskeisiä oikeudellisia ajatustapoja – etenkin sitä, kuinka monisyinen vanha

QING-LAKIKIRJA

Niin sanottu *Qing*-lakikirja vuodelta 1747 rakentuu kiinalaisten lakikirjojen traditiolle, joka ulottuu Han- ja Tang-dynastioiden aikoihin ensimmäiselle vuosituhannelle. Luonteenomaista kiinalaisille lakikirjoille oli, että niistä löytyy julkisoikeudeksi katsottavia määräyksiä, jotka on systematisoitu keisarin virkatointen mukaan. Periaatteessa kyse oli siis säännöistä, jotka viittasivat viranomaisiin, ja joista käy ilmi, kuinka niiden tuli tietyissä tilanteissa toimia. Säännöt koskivat näin ollen vain epäsuorasti kansalaisia. Vanha järjestelmä ei ylipäätään tuntenut käsitettä, joka olisi vastannut meidän oikeuksia koskevaa käsitettämme.

Qing-lakikirjassa näkyy voimakas uskonfutselaisuuden vaikutus. Etenkin rangaistussäännökset perustuivat sille. Laki alkaa rangaistuksia koskevilla määräyksillä, ja siinä määritellään ”viisi rangaistusta”, nimittäin lyöminen kevyellä bambulla, lyöminen raskaalla bambulla, rangaistustyö (josta on monta astetta), karkottaminen maasta ja kuolemanrangaistus. Kuolemanrangaistuksesta oli kaksi muotoa, mestaaminen ja kuristaminen. Lakikirja jatkuu vakavimpia rikoksia koskevilla määräyksillä, ja niihin kuuluvat – konfutselaisuuden ajatus-
tapoja seuraten – muun muassa kapinan ja maanpetoksen valmistelu, vanhempien ja isovanhempien epäkunnioitus ja inesti. Lakikirjan muut määräykset sisälsivät joukon sääntöjä järjestettyinä keisarillisen byrokratian mukaan, eikä aina kovin helposti ymmärrettävällä tavalla. Esimerkiksi ”valtiovarainministeriötä” koskevassa jaksossa oli määräys rangaistuksesta sille, joka varasti ja söi toisen meloneita.

kiinalainen oikeuskulttuuri oli. Esimerkiksi vuonna 1826 Kiinan keisari antoi seuraavan käskyn:

”Viime aikoina on toistuvasti tapahtunut virheitä mestattaviksi ja kuristet-
taviksi tuomittujen vankien teloitamisessa. Syynä jokaisella kerralla on ollut vahtien puutteellinen kurinpito, joka yhdessä yleisen katsojajoukkojen aiheuttaman sekasorron kanssa on estänyt tuomitun välttämättömän valvonnan. Nämä ovat antaneet aiheutta skandaaleihin. Kenraalikuvernöörien ja kuvernöörien on näin ollen tiedettävä, että he ovat tästä lähtien velvollisia ohjeistamaan alueensa virkamiehiä niin, että kun on kerätty yhteen rikollisia, jotka on syyskauden istunnoissa määrätty teloitettaviksi, tulee etukäteen lähettää riittävä määrä vartijoita pitämään yllä rauhaa ja järjestystä sekä

kielletävä meluavien katsojien kokoontuminen. Tätä täytyy kasarmin komentoupseerin itse valvoa. Tämä käsky tulee lähettää edelleen yleiseksi valistukseksi oikeaa menettelyä varten.”

Keisarin käsky perustui asiaan, joka oli ollut esillä keisarin rikoskomissiossa, joka oli koko Kiinan ylin viranomainen rikosasioissa. Tungoksessa matkalla teloitukseen rikolliset olivat vaihtuneet, ja se, joka olisi tullut kuristaa, oli mestattu, ja se, joka piti mestata, oli kuristettu. Kullakin teloitusmuodolla oli oma pyövelinsä ja kullakin rangaistusmuodolla omanlaisensa merkitys. Mestaaminen oli vakavin rangaistus, koska yksi osa ruumiista irrotettiin. Epäjärjestys teloituksen yhteydessä oli vakava järjestyksenpidon laiminlyönti. Niinpä ne kaksi vartijaa, jota eivät olleet huolehtineet siitä, että vangit olivat oikeilla paikoillaan, tuomittiin kuuteenkymmeneen lyöntiin raskaalla bambukepillä ja yhden vuoden rangaistustyöhön. Toisen vartijan rangaistusta muutettiin kuitenkin myöhemmin, sillä hän oli ”vanhan äitinsä ainoa poika”.

Vartijan rangaistusta lieventäneet erityismääräykset olivat ajalle tyypillisiä. Ne mahdollistivat, että lapset saattoivat jäädä kotiin huolehtimaan vanhemmistaan. Karkotusrangaistus muutettiin tuolloin usein häpeärangaistukseksi, joka muistutti ns. ”espanjalaista takkia” (eräänlaiseen tynnyriin pukemista), jonka tunnemme Euroopassa. Myös asianomaiset kaksi pyöveliä tuomittiin rangaistukseen. He eivät olleet pitäneet huolta siitä, että heillä oli oikea kuolemaantuomittu, ja rangaistus oli kova: 80 lyöntiä raskaalla bambukepillä, edellä mainittu häpeärangaistus ja erottaminen pyövelin toimesta. Samalla rangaistiin kahta korkeaa virkamiestä, yhtä siviili- ja yhtä sotilasvirkamiestä, joilla oli vastuu siitä, että teloitus sujui oikein. He molemmat menettivät virkansa. Tämä juttu valaisee hyvin, kuinka keisarillisten virkamiesten asianmukaiselle toiminnalle asetettiin ankarat vaatimukset.

Toinen keisarillisen rikosoikeuskomission jutuista vuodelta 1791 kertoo vanhempien ja lasten väliseen suhteeseen liittyvistä vaatimuksista. Kysymys oli rangaistuksesta aviovaimolle, joka oli antanut erään miehen vietellä itsensä ja paennut hänen kanssaan, ja näin saattanut isänsä sellaiseen häpeään, että tämä teki itsemurhan. Nainen tuomittiin kuolemaan kuristamalla sellaisen määräyksen nojalla, joka itse asiassa koski naimattomia tyttöä, mutta josta keisari totesi: ”Koska lapsen ja vanhempien suhde on Taivaan määräämä, ei tyttären kohdalla ole syytä tehdä eroa sen perusteella, onko hän naimissa vai ei.”

Voidaan ottaa esille vielä yksi ratkaisu, jossa näkyy Konfutsen oppi ja sen mukainen käsitys vanhempien ja lasten välisen suhteen erityisyydestä. Ratkaisu on vuodelta 1826 ja koskee isää, joka tappoi vastasyntyneen lapsensa ja yritti sen jälkeen saada teon toisen syyksi. Itse lapsen surmaaminen voitiin hyvittää vain muutamalla raskaan bambukepin lyönnillä. Pahempaa oli kuitenkin yritys saattaa toinen vastuuseen teosta. Siitä rangaistiin yleensä parin vuoden rangaistustyöllä. Nyt kun surmaaminen oli tapahtunut tavalla, jolla yritettiin tehdä toinen syylliseksi, oli rangaistuksena karkottaminen sotilasleirille.

8.1.5 Kiinan oikeus tänään

Yksityisoikeuden uudistaminen

Kiinan oikeuskehityksessä on tapahtunut paljon sitten keisarillisen rikos-oikeuskomission ratkaisujen. Kuten jo mainittiin, kommunistien valtaannousun (1949) jälkeen lainsäädäntö oli pannassa. Nyt on kuitenkin eletty aikaa, jolloin Kiinan kansankongressi (engl. *National People's Congress*, NPC) on hyväksynyt lukemattomia oikeusäännöksiä, joilla on pyritty edesauttamaan taloudellista kasvua. Läntistä lainsäädäntöä kohtaan on ollut suurta kiinnostusta, ja jopa osia roomalaisen oikeuden kokoelmasta *Corpus juris civilis* on käännetty kiinaksi. Samalla kuitenkin jatkuvasti korostetaan, että kiinalainen oikeus on jotain erityistä, ja että Konfutsesta lähtien myös perinteet ovat olleet osa kiinalaista oikeuskäsitystä.

Lainsäädäntö kuuluu viideksi vuodeksi kerrallaan valittavalle kansankongressille. Se kokoontuu kerran vuodessa kahden viikon mittaiseen istuntoon. Sillä on kuitenkin istuntojen välissä kokoontuva ns. pysyvä komitea (engl. *Standing Committee*), joka käytännössä käyttää kansankongressin valtaa ja pyrkii sopeuttamaan Kiinan oikeutta jatkuviin muutoksiin. Siviilioikeutta koskevat yleiset periaatteet on hyväksytty jo vuonna 1986. Niistä löytyy muun muassa yleisiä sopimuksia ja vahinkojen korvaamista, panttia ja vanhenemista yms. koskevia määräyksiä. Vuonna 1999 hyväksyttiin uusi sopimussuhteita koskeva laki, jossa nähdään vaikutteita sekä mannereurooppalaisesta oikeudesta että *common law*'sta. Esimerkiksi saksalaisen oikeuden vaikutusta on lain jakautuminen yleiseen osaan ja yksittäisiä sopimuksia koskevaan erityiseen osaan. Tämän lisäksi on hyväksytty esineoikeuksia koskeva laki (2007) ja vahingonkorvauslaki

(2009). Valmisteilla on Kiinan siviililakikirja, jota koskeva luonnos julkaistiin 2010. Siinä on vaikutteita useista oikeusjärjestyksistä, mutta myös luvussa 2 mainitusta laajasta eurooppalaisesta harmonisaatiohankkeesta, joka kulkee nimellä *Draft Common Frame of Reference for European Private Law* (DCFR).

Kiinan nykyisen oikeuskehityksen ymmärtämiseksi on syytä mainita, että maassa on tänään merkittävää eurooppalaisen oikeuden erityisosaamista ja siellä koulutetaan jatkuvasti uusia juristeja. Kiina on oikeustieteen alalla avautumassa ympäröivään maailmaan, vaikka kehityksen suunta ei ole selvä. – Kyse on erilaisten oikeuskäsitysten suurista markkinoista ja keskinäisestä kilpailusta. Nykyistä Kiinaa voidaan itse asiassa pitää kiinnostavana oikeudellisia transplantteja tai vieraan oikeuden reseptiä ja sen vaikutuksia koskevana ”laboratoriona”. Eräs keskustelu koskeekin sitä, pidetäänkö Kiinaa perusteiltaan *civil law* -maana – omine muunnoksineen – vai kehittykö kiinalainen oikeus eklektisesti kiinnittymättä mihinkään oikeusperinteeseen. Esimerkiksi kiinalainen perheoikeus rakentuu puolisoitten väliselle tasa-arvolle ja molemminpuoliselle velvollisuudelle huolenpitoon. Perhelainsäädännölle on kuitenkin ominaista myös velvollisuus huolehtia vanhemmista ihmisistä; lasten ja lastenlasten on huolehdittava vanhemmista perheenjäsenistä, jotka eivät kykene selviytymään yksin.

Viime vuosina Kiinan oikeus on kokenut monia muutoksia. Omistusoikeus maahan kuuluu edelleen valtiolle, mutta vuoden 2002 lainsäädäntö tunnustaa yksityisen käyttöoikeuden maahan. Se takaa oikeuden maahan tietyksi ajaksi. Vuoden 1999 perustuslain muutoksella tehtiin puolestaan mahdolliseksi kehittää yksityistä yrityssektoria muun muassa osakeyhtiöiden ja osuuskuntien avulla. Tuomioistuinjärjestelmä on rakennettu neliportaiseksi. Ylimpänä on Korkein kansantoumioistuim (engl. *The People's Supreme Court*). Tämän lisäksi toimii (yleensä kolmiportainen) alueellinen tuomioistuinorganisaatio. Itse asiassa Pekingissä sijaitseva ylin tuomioistuin on kansankongressin ja pysyvän komitean alainen poliittinen instanssi. Se valvoo alempien tuomioistuinten toimintaa, antaa tulkintoja lakien soveltamisesta mutta voi käsitellä myös yksittäisiä oikeusjuttuja. – Yleisemminkin voidaan todeta, etteivät tuomioistuimet ole riippumattomia perinteisessä eurooppalaisessa mielessä. Tuomioistuinlaitos, jonka palveluksessa vuonna 2012 oli noin 300 000 tuomaria tai muuta toimihenkilöä, on myös kärsinyt koulutettujen juristien puutteesta. Juristikou-

lutusta on kuitenkin laajennettu jatkuvasti, ja mainittuna vuonna Kiinassa oli runsaat 600 yliopistoa, joissa oli mahdollista opiskella oikeustiedettä. Muutos on ollut valtava, jos muistetaan, että ensimmäiset oikeustieteen opiskelijat (joita oli alle 30) aloittivat opintonsa Maon kuoleman (1976) jälkeen vajaat 40 vuotta sitten.

Uudentyyppisen oikeusjärjestelmän rakentaminen lähes 1,5 miljardin asukkaan Kiinassa on suuri urakka. On myös mahdotonta ymmärtää kiinalaista oikeutta ajattelematta Kiinan pitkää ja omintakeista historiaa. Lainsäädäntöön suhtaudutaan edelleenkin epäluuloisesti ja tuomioistuinnratkaisua pidetään moraalisesti vähempiarvoisempana kuin neuvottelun avulla aikaansaatua ratkaisua, sovittelua tai hyvän esimerkin näyttämistä. Myös säännösten julkistamisessa on ollut ongelmia, ja on ollut vaikeaa tietää, mikä on voimassa olevaa oikeutta. Lisäksi kiinan kieli ei vaikeuksista taivu länsimaisen mallin mukaiseksi oikeuskieleksi. Toisaalta Kiinassa on nykyään monta erinomaisesti toimivaa oikeustieteellistä tiedekuntaa (esim. Fudanin, Renminin ja Pekingin yliopistoissa) ja hyviä oikeustieteen opettajia, joista monet ovat opiskelleet myös muualla kuin Kiinassa, ja jatkuvasti lisääntyvää oikeustieteellistä kirjallisuutta.

Kiinan perustuslaki

Kiinan perustuslaki vuodelta 1978 kumottiin vuonna 1982 annetulla perustuslailla, ja osia vanhasta perustuslaista sisällytettiin uuteen tekstiin. Perustuslaissa on yhteensä 138 artiklaa. Siinä korostetaan, että Kiina on sosialistinen valtio, mutta mainitaan samalla monia vapausoikeuksia, muun muassa ilmaisunvapaus. Maaliskuussa 1999 hyväksyttiin perustuslain lisäys ja säädettiin, että maata täytyy johtaa lakien mukaan. Tavoitteena on saada aikaan sosialistinen maa, jossa oikeuden merkitys tunnustetaan. Vuonna 2004 perustuslakiin lisättiin määräyksiä yksityisestä omistusoikeudesta ja ihmisoikeuksista sekä mainittiin *rule of law* -periaate. Silti tämän päivän Kiina on kaukana klassisen oikeusvaltioperiaatteen (tai *rule of law* 'n) soveltamisesta. Ainakaan periaatteelle ei ole annettu meille tuttua tulkintaa poliittista vallankäyttöä rajoittavasta oikeudesta.

KIINAN PERUSTUSLAKI

Perustuslaki alkaa pitkällä esipuheella, joka kuvaa Kiinan uusinta historiaa ja kommunismia historian perspektiivistä. Mukaan on otettu myös joukko Kiinan sosialistisen ideologian peruseräpäitteitä.

PREAMBLE. China is one of the countries with the longest histories in the world. The people of all nationalities in China have jointly created a splendid culture and have a glorious revolutionary tradition. Feudal China was gradually reduced after 1840 to a semi-colonial and semi-feudal country. The Chinese people waged wave upon wave of heroic struggles for national independence and liberation and for democracy and freedom. Great and earth-shaking historical changes have taken place in China in the 20th century. The Revolution of 1911, led by Dr Sun Yat-sen, abolished the feudal monarchy and gave birth to the Republic of China. But the Chinese people had yet to fulfill their historical task of overthrowing imperialism and feudalism. After waging hard, protracted and tortuous struggles, armed and otherwise, the Chinese people of all nationalities led by the Communist Party of China with Chairman Mao Zedong as its leader ultimately, in 1949, overthrew the rule of imperialism, feudalism and bureaucrat capitalism, won the great victory of the new-democratic revolution and founded the People's Republic of China. Thereupon the Chinese people took state power into their own hands and became masters of the country.

After the founding of the People's Republic, the transition of Chinese society from a new- democratic to a socialist society was effected step by step. The socialist transformation of the private ownership of the means of production was completed, the system of exploitation of man by man eliminated and the socialist system established. The people's democratic dictatorship led by the working class and based on the alliance of workers and peasants, which is in essence the dictatorship of the proletariat, has been consolidated and developed. The Chinese people and the Chinese People's Liberation Army have thwarted aggression, sabotage and armed provocations by imperialists and hegemonists, safeguarded China's national independence and security and strengthened its national defence. Major successes have been achieved in economic development. An independent and fairly comprehensive socialist system of industry has in the main been established. There has been a marked increase in agricultural produc-

tion. Significant progress has been made in educational, scientific, cultural and other undertakings, and socialist ideological education has yielded noteworthy results. The living standards of the people have improved considerably. Both the victory of China's new-democratic revolution and the successes of its socialist cause have been achieved by the Chinese people of all nationalities under the leadership of the Communist Party of China and the guidance of Marxism-Leninism and Mao Zedong Thought, and by upholding truth, correcting errors and overcoming numerous difficulties and hardships.

(...)

CHAPTER I. GENERAL PRINCIPLES

Article 1. The People's Republic of China is a socialist state under the people's democratic dictatorship led by the working class and based on the alliance of workers and peasants. The socialist system is the basic system of the People's Republic of China. Sabotage of the socialist system by any organization or individual is prohibited.

Article 2. All power in the People's Republic of China belongs to the people. The organs through which the people exercise state power are the National People's Congress and the local people's congresses at different levels. The people administer state affairs and manage economic, cultural and social affairs through various channels and in various ways in accordance with the law.

Article 3. The state organs of the People's Republic of China apply the principle of democratic centralism. The National People's Congress and the local people's congresses at different levels are instituted through democratic election. They are responsible to the people and subject to their supervision. All administrative, judicial and procuratorial organs of the state are created by the people's congresses to which they are responsible and under whose supervision they operate. The division of functions and powers between the central and local state organs is guided by the principle of giving full play to the initiative and enthusiasm of the local authorities under the unified leadership of the central authorities.

Article 4. All nationalities in the People's Republic of China are equal. The state protects the lawful rights and interests of the minority nationalities and upholds and develops the relationship of equality, unity and mutual assistance among all of China's nationalities...

Article 5. The state upholds the uniformity and dignity of the socialist legal system. No law or administrative or local rules and regulations shall contravene the constitution. All state organs, the armed forces, all political parties and public organizations and all enterprises and undertakings must abide by the Constitution and the law. All acts in violation of the Constitution and the law must be investigated. No organization or individual may enjoy the privilege of being above the Constitution and the law.

Vuoden 1999 lisäys: "The People's Republic of China practices ruling the country in accordance with the law and building a socialist country of law."

Vuoden 2004 lisäys: "The People's Republic of China governs the country according to law and makes it a socialist country under rule of law."

Article 6. The basis of the socialist economic system of the People's Republic of China is socialist public ownership of the means of production, namely, ownership by the whole people and collective ownership by the working people. The system of socialist public ownership supersedes the system of exploitation of man by man; it applies the principle of "from each according to his ability, to each according to his work".

Article 7. The state economy is the sector of socialist economy under ownership by the whole people; it is the leading force in the national economy. The state ensures the consolidation and growth of the state economy."

Konfutselaisuus tänään

Konfutsen syntymäpäivän johdosta järjestetyssä konferenssissa, joka pidettiin vuonna 1989, vain lyhyen ajan kuluttua Pekingin Tiananmenin aukion verilöylystä, konferenssin johtaja Gu Mu puhui ”Kiinan kansan kovasta työstä” modernisoitaessa maata sosialismin perustalta. Hänen mukaansa oli välttämätöntä, että maan perinteistä kulttuuria yhdistetään kehittyneiden ulkomaisten kulttuurien kanssa – mutta niin, että perinteiselle kulttuurille annetaan johtoasema:

”Kuten kaikki tietävät, harmonia on keskeinen osa perinteistä kiinalaista kulttuuria. Jo Zhou-dynastian viimeisinä vuosina yli kolme tuhatta vuotta sitten oli oppineita, jotka kehittivät loistavan idean siitä, että ’harmonia johtaa

hyvinvointiin’. Myöhemmin Konfutse ja hänen koulunsa kehittivät ajatuksen ’harmoniaasta, joka menee kaiken edelle’, sekä teorioita ihmisten keskinäisten suhteiden järjestyksestä, luonnollisen ympäristön suojelemisesta ja ekologisen balanssin ylläpitämisestä. Näillä ajatuksilla ei ollut vain positiivinen vaikutus vanhan kiinalaisen yhteiskunnan hyvinvoinnille, vaan myös suuri käytännöllinen merkitys ihmisen säilymiselle ja nykyykehitykselle.”

Puhe on selvä osoitus Kiinassa edelleen hallitsevasta käsityksestä, että maan (oikeus)traditio on toisenlaista kuin läntinen perinne. Sen pohtiminen, mitä pidetään konfutselaisuuden perintönä, onkin oleellista Kiinan nykyoikeutta koskevissa keskusteluissa. Maassa on muun muassa korostettu, että tavoite pysyttää tai saada aikaa harmonia sovintojen – enemmän kuin oikeudellisten ratkaisujen – avulla on edelleenkin tärkeää. Rikosoikeudessa on puolestaan korostettu tunnustamista, jolle annetaan suuri merkitys lieventävänä seikkana rangaistusta mitattaessa. Itse asiassa monet seikat viittaavat siihen, että Kiinassa on kehittymässä selvä käsitys siitä, että on olemassa erityinen kiinalainen oikeuskulttuuri, johon muualta otetun modernin lainsäädännön on sopeuduttava. Niinpä muun muassa oikeusvaltioperiaatetta koskevissa englanninkielisissä keskusteluissa kiinalaisilla on tapana käyttää määritelmää ”*rule of law with Chinese characteristics*”.

Joka tapauksessa oikeutta modernisoidaan, mutta paljon on edelleen tehtävää. Vanhassa Kiinassa ei tehty eroa, kuten Euroopan *civil law* -maissa, julkisoikeuden ja yksityisoikeuden välillä, eikä maan oikeusperinteessä havaita subjektiivisen oikeuden käsitettä. Keisariajan lakikirjoissa ojennettiin ennen kaikkea virkamiehiä ja määrättiin, kuinka heidän tuli käyttäytyä. Maassa on kuitenkin tänään erityinen hallinto-oikeudellinen järjestelmä, jonka merkitys on kasvanut taloudellisen kehityksen ja (sen) julkisen ohjauksen välttämättömyyden vuoksi. Mutta myös tässä ollaan kaukana muista maista: Kiinasta puuttuu muun muassa yleinen verotusjärjestelmä samoin kuin muita toimivia taloudellishallinnollisia välineitä ohjaamassa kehitystä ja tasoittamassa kansalaisten välisiä taloudellisia eroja.

Suuria reformeja on viime vuosina tehty myös rikosoikeuden alalla, ja vanha rikoslaki ja rikosprosessilaki on uudistettu. Tämä on tarkoittanut yhtäältä, että joukko monia yleisiä rikoskäsitteitä on korvattu tarkkaan määritellyillä rikoskategorioilla, ja toisaalta epäilyllä oikeusaseman parannuksia. Uudistuksista huolimatta kiinalaista rikosoikeutta leimaavat moraaliset ja poliittiset kannanotot, ja laaja kuolemarangaistuksen käyttö antaa jatkuvasti aihetta kritiikkiin.

8.2 JAPANIN OIKEUS

8.2.1 Hybridioikeutta?

Japanissa otettiin jo varhain vaikutteita Kiinan oikeudesta, sittemmin Manner-Euroopan oikeudesta sekä – etenkin toisen maailmansodan aikoihin – angloamerikkalaisesta oikeudesta. 1990-luvulla kiihtyneen deregulaation ja oikeudellisten uudistusten johdosta on jopa puhuttu Japanin oikeuden amerikkalaistumisesta. Erityisesti liikejuridiikan saralla maan oikeus on muuttunut merkittävästi viimeisen kahden vuosikymmenen aikana. Samalla maassa on oltu kiinnostuneita kansainvälisestä *soft law*'sta. Niinpä on katsottu, että Japanin oikeus tulee myös jatkossa pysymään eräänlaisena hybridiluonteisena oikeusjärjestelmänä – järjestelmänä, joka ei varsinaisesti kuulu mihinkään perinteiseen oikeusperheeseen, mutta sisältää niille tyypillisiä elementtejä (Abe – Nottage 2012).

Etenkin länsimaiset tutkijat ovat korostaneet oikeuden – ainakin näennäisesti – vähäistä roolia Japanin taloudellis-yhteiskunnallisessa järjestelmässä. Esimerkiksi siviilikanteiden määrä asukasta kohden on pieni. Tätä on selitetty kulttuurilla (ns. kulttuuriteoria) toteamalla, että ”japanilaiset eivät pidä oikeudesta”, johtuen etenkin konfutselaisuudesta. Toiset taas toteavat, että ”japanilaiset eivät voi pitää oikeudesta”. Toisin sanoen oikeudellisten asiantuntijoiden rajallisen määrän sekä oikeudenkäyntiä koskevien käytännöllisten ongelmien vuoksi ihmisillä ei ole varaa nostaa kanteita, jolloin oikeuden saatavuus on heikko. Sosiaalisen hallinnan teorian (engl. *social governance*) kannattajat puolestaan katsovat ilmiön selittyvän sillä, että ”japanilaisista on tehty oikeutta vieroksuvia”. On nimittäin väitetty, että etenkin yhteiskunnan eliitti pitää yllä keinotekoisia institutionaalisia järjestelyjä siirtääkseen sosiaaliset konfliktit ratkaistaviksi tuomioistuimien ulkopuolella, jotta tuomioistuinten ratkaisut eivät pääsisi johtamaan yhteiskuntaa arvaamattomiin suuntiin. – Joka tapauksessa maassa on käytössä monia perinteiselle tuomioistuinmenettelylle vaihtoehtoisia riidanratkaisukeinoja.

8.2.2 Oikeushistoriaa: keisari, feodaalilaitos ja soturit

Eräiden vaikutusvaltaisten heimojen liitto alkoi yhdistää Japania valtioksi jo 400-luvulla. Keskushallintoa alettiin organisoida. Keisari oli hallinnon huipulla, mutta oikeus oli pitkään suullista ja eriytymätöntä tapaoikeutta. Ensimmäinen oikeuden kodifointihanke käynnistyi 600-luvun jälkipuoliskolla, kun Kiinan edellä mainittuja lakikoonnoksia istutettiin osaksi Japanin oikeutta. Vahvistaakseen valta-asemaansa Japanin keisarillinen hovi otti innokkaasti käyttöön kiinalaisen oikeusjärjestelmän sekä kiinalaiset hallinto- ja verotusjärjestelmät. Jotta näin ”siirretty” kiinalainen oikeus saatiin mukautumaan japanilaiseen yhteiskuntatodellisuuteen, liitettiin lakikirjoihin myös Japanin vanhaa tapaoikeutta sekä uudempia paikallisia käytäntöjä.

Yritys vahvan keskitetyn järjestelmän aikaansaamiseksi kaatui kuitenkin kartanotalouden vahvistuessa. Vaikutusvaltaiset aateliset saivat alueellista toimivaltaa ja saattoivat voimaan omia (oikeus)normejaan valtavilla kartanoalueillaan. Oikeuspluralistinen kehitys maassa kiihtyi, kun aiemmin kartanomaita vartioineet soturit alkoivat ottaa valtaa ja laatia hallitsemillaan alueilla omaa säännöstöään. Samalla koko maassa nimellisesti voimassa olleet keisarilliset lait menettivät merkitystään. Oikeudellinen pluralismi jatkui edelleen, kun soturiluokka 1100-luvun alussa muodosti oman keskushallintonsa. Samalla kun sekä shogunaatti (soturien keskushallinto) että keisarillinen hovi säätivät lakeja, jotka olivat näennäisesti pätevää kansallista oikeutta, toimivat aatelisten kartanot ja soturien feodaalikeskittymät omien oikeusnormiensä mukaan.

Maa yhdistyi kunnolla vasta 1500-luvun loppupuolella käydyn verisen sisällissodan jälkeen, Toyotomi Hideyoshin johdolla. Yhdistymisen seurauksena säädettiin uutta kansallista lainsäädäntöä. Toyotomin valtakausi oli kuitenkin lyhyt. Hänen kuolemansa jälkeen Tokugawa Ieyasu tuli valtaan ja perusti shogunaatin (1603–1868), joka oli vallassa viidentoista sukupolven ajan. Hän saattoi myös lainsäädännön yhdistämistyön päätökseen. Vaikka Tokugawa-shogunaatti luovutti sotapäälliköille sekä lainsäädäntö- että tuomiovaltaa niiden hallitsemilla alueilla, se myös rajoitti näiden lainsäädäntövaltaa, ja otti eri hallinnollisten alueiden asukkaiden välisten oikeusjuttujen käsittelyn itselleen. Samalla luotiin hierarkkinen, luokkajakoon perustunut yhteiskunta.

1600-luvun lopulla Tokugawa-shogunaatti sulki Japanin markkinat ulkovalloilta lukuun ottamatta rajoitettua kaupankäyntiä Kiinan ja Hol-

lannin kanssa. Tarkoituksena oli torjua kristinuskon vaikutusta sekä estää sotilasluokan vaurastuminen ja asevarustelu ulkomaankaupan avulla. Tämä eristäytymispolitiikka jatkui aina 1800-luvun puoliväliin saakka. Siihen asti myös japanilainen oikeus kehittyi ilman ulkomaista vaikutusta. Tokugawa-kaudella oikeus oli sisällöllisesti ennen kaikkea hallinto-oikeutta, jota shogunaatti käytti säilyttääkseen kansallisen yhtenäisyyden maassa. Oikeuskäytännön kautta muotoutui yksityiskohtaisia, muun muassa velka-suhteita koskeneita oikeusnormeja. Ideologisenä tausta-ajatuksena kuitenkin oli, ettei oikeus ollut olemassa kansalaisia varten ”täytántöönpantavina oikeuksina”, vaan se oli riippuvainen hallitsijoiden tahdosta. Uudemmassa tutkimuksessa on kuitenkin korostettu, että Tokugawa-ajan paikallisessa oikeus- ja hallintokäytännössä esiintyi myös länsimaalaistyyppisiä käsityksiä oikeudesta subjektiivisten oikeuksien takaajana.

Eristäytymispolitiikka päättyi vuonna 1853 amerikkalaisten sotalaivojen saapumisen myötä. Heikentynyt Tokugawa-shogunaatti luovutti vallan keisarille vuonna 1867. Tästä ”Meiji-restauraatiosta” tuli uusi valtaregiimi keskushahmonaan keisari Meiji. Meiji-hallitus kannatti vahvan keisarinvallan perustamista ja ajoi oikeusjärjestelmän modernisaatiota. Keskeisenä syynä viimeksi mainitulle oli tarve uudistaa maalle epäedulliset sopimukset, joita Tokugawa-shogunaatti oli solminut Yhdysvaltojen ja Euroopan valtioiden kanssa. Meiji-hallitus lähetti virkamiehiä eri puolille maailmaa opiskelemaan läntistä oikeutta. Aluksi hallitus kiinnostui ranskalaisesta oikeudesta, mutta päättyi 1800-luvun loppua kohden säätämään lakeja, joissa oli vaikutteita ennen muuta saksalaisesta oikeudesta. Yksityisoikeuden alalla suurin vaikutus on ollut Saksan siviililakikirjalla (BGB). Japanin keisarillinen perustuslaki (nk. Meiji-perustuslaki) säädettiin puolestaan vuonna 1889 Preussin perustuslain mallin pohjalta. Näin Japanista tuli moderni perustuslaillinen monarkia, ainakin ulkoisesti. Meiji-perustuslain nojalla suvereenius henkilöityi keisariin, ja kaikki hallinnolliset elimet oikeuslaitos mukaan lukien toimivat vain ”avustaakseen” keisaria.

8.2.3 Japanin perustuslaki

Japanin koettua tappion toisessa maailmansodassa käynnistyi maassa politiikan ja yhteiskunnan demokratisointi liittoutuneiden valvontakomission johdolla. Japanin uusi perustuslaki säädettiin 1946, ja se tuli voimaan

seuraavana vuonna. Siinä julistettiin suvereenisuuden kuuluvan kansalle ja keisarin olevan vain symbolinen instituutio. Lisäksi perustuslailla määrättiin, että perustuslailliset oikeudet ovat loukkaamattomia. Samalla perustettiin laillisuusvalvontajärjestelmä.

Perustuslaissa säädetään kolmesta keskeisestä periaatteesta. Ensimmäisen mukaan ylin valta kuuluu kansalle, eikä enää keisarille (1 artikla). Vaikka keisarilla on joitakin välttämättömiä valtiollisia tehtäviä, kuten parlamentin koollekutsuminen, kyse on lähinnä rituaaleista, jotka edellyttävät hallituksen hyväksyntää ja ohjeistusta. Toinen periaate koskee keskeisten ihmisoikeuksien kunnioittamista. Perustuslaissa on kolmenkymmenen artiklan laajuinen perusoikeussäännöstö sekä lausuma, jonka mukaan ”nämä perustavanlaatuiset ihmisoikeudet ovat taattuja kansalle tällä perustuslailla, ja ne on annettu nykyiselle ja seuraaville sukupolville ikuisina ja loukkaamattomina oikeuksina” (11 artikla). Niihin kuuluu paitsi kansalaisvapauksia, kuten sananvapaus ja uskonnonharjoittamisen vapaus, eräitä syytetyn prosessuaalisia oikeuksia sekä oikeus hyvinvointiin: ”Kaikilla ihmisillä on oltava oikeus ainakin vähimmäisstandardien mukaiseen terveelliseen ja sivistyneeseen elämään” (25 artikla, 1). Käytännössä tämän oikeuden toteutumisen on kuitenkin katsottu riippuvan hallituksen politiikasta, eivätkä sosiaalitukien anojat tai saajat ole oikeutettuja väittämään, että tietty ”hyvinvointipolitiikka” olisi perustuslain vastaista.

Kolmas keskeinen periaate koskee pasifismia. Perustuslain 9 artiklassa säädetään, että ”japanilaiset luopuvat ikuisiksi ajoiksi sodasta kansakunnan suvereenina oikeutena, sekä voimankäytöllä uhkaamisesta kansainvälisten kiistojen selvittämiskeinona” (1 alakohta), ja että ”maa-, meri- tai ilma-voimia taikka muita sodankäyntiresursseja ei tulla koskaan ylläpitämään” (2 alakohta). Kun mainitun artiklan suhteesta Japanin hyvin suuriin puolustusvoimiin on käyty kiivaitakin väittelyitä, on Japanin hallitus todennut, ettei perustuslaissa ole kielletty itsepuolustusta varten välttämättömien puolustusvoimien ylläpitoa. Kesällä 2014 Japanin hallitus hyväksyi uudelleentulkinnan perustuslain 9 artiklan pasifismista. Sen mukaan kollektiivinen itsepuolustus (engl. *collective self-defense*) on mahdollista mutta myös hyökkäyksen kohteeksi joutuvien liittolaisten avustaminen. Näin mm. helpotettiin Japanin mahdollisuuksia osallistua kansainvälisiin rauhanturvaoperaatioihin.

Vallan kolmijako on keskeinen hallinnon järjestämistä ohjaava periaate perustuslaissa. Lainsäädäntövalta kuuluu parlamentille. Parlamentti

koostuu alahuoneesta sekä ylähuoneesta. Ensin mainittu on useimmissa asioissa tärkeämpi. Toimeenpanovalta on hallituksella, tuomiovalta on korkeimmalla oikeudella ja lain nojalla perustetuilla tuomioistuimilla. Vaikka perustuslaissa säädetään, että ”parlamentti olkoon korkein valtiovallan orgaani” (41 artikla), tunnustetaan siinä myös vallanjaon tasapainottamisen ideologia. Hallituksella on toimivalta hajottaa parlamentti, ja tuomioistuimilla on oikeus ottaa parlamentin säätämien lakien perustuslainmukaisuus tutkittavakseen.

8.2.4 Oikeuden rooli tänään

Kuten jo todettiin, Japania on tapana pitää maana, jossa lailla ja oikeudella on rajoitettu merkitys. On totta, että Japanissa useimmat riidat ratkaistaan joko osapuolten välisissä neuvotteluissa tai tuomioistuimien taikka muiden elinten tarjoamien vaihtoehtoisten riidanratkaisumenetelmien avulla – toisin sanoen ilman tai ennen varsinaista oikeudenkäyntiä. Oikeuden vähäinen merkitys näkyy toisessakin mielessä: oikeuslaitos käyttää hyvin vastahakoisesti perustuslaillista oikeutta kumota eri hallinnonaloilla tehtyjä päätöksiä. Parlamentin säätämiä lakeja ei juuri koskaan todeta perustuslain vastaisiksi, ja hallinnollisia päätöksiä mitätöidään harvoin. Lähes kaikki poliittisesti tärkeät päätökset ovat immuuneja juridiselle tarkastelulle, ja näin oikeuslaitoksella on ollut hyvin vähäinen merkitys Japanin poliittisessa historiassa.

Viime vuosikymmeninä oikeus on kuitenkin saanut yhä näkyvämmän roolin Japanin poliittisessa ja yhteiskunnallis-taloudellisessa järjestelmässä. Talouden ja yhteiskunnan globalisoituminen ovat – kuten monissa muissakin maissa – heikentäneet kulttuurisen perinteen vaikutusta. Samalla ulkoa, etenkin kansainvälisen kaupan seurauksena, on tullut paineita Japanin oikeusjärjestelmän yhteensovittamiseksi globaalien standardien (tässä *soft law*) kanssa. Myös japanilaiset yritykset, samoin kuin erilaiset kansalaisryhmät, ovat aktiivisesti vaatineet oikeusjärjestelmän kehittämistä.

Eräänä vastauksena kehittämisvaatimuksiin perustettiin oikeuslaitoksen uudistustyöryhmä, joka ehdotti laaja-alaisia reformeja vuonna 2001. Tämän jälkeen pääministeri perusti erityisen viraston edistämään oikeuslaitoksen uudistamista (Nottage 2005). Virasto tekikin monta lainsäädäntöehdotusta ennen toimikautensa päättymistä vuoden 2004 lopulla. Ne koskivat eten-

kin oikeudenkäyntien nopeuttamista ja niiden tason parantamista, vaihtoehtoisen riidanratkaisun ja asianajajien sekä yleisen oikeusavun käytön laajentamista, oikeudellisen koulutuksen kehittämistä sekä kansalaisten (oikeudellisten) osallistumismahdollisuuksien parantamista.

9 Intian oikeus

Intian oikeustraditio perustuu hinduoikeuden ja islamin oikeuden aineksille. Tämä näkyy myös tänään varsinkin perhe- ja perintöoikeudessa. Muilta osin kyse on paljon englantilaisen siirtomaa-ajan tuotteena syntyneestä laajasta oikeusjärjestelmästä. Seuraavaksi käsitellään Intian oikeuden erityispiirteitä sekä hinduoikeuden keskeisiä lähteitä. Ensin kuitenkin tarkastellaan yleisemmin Intian kulttuuria ja historiaa.

9.1 INTIALAINEN (OIKEUS)KULTTUURI

”Intia oli minulle ensimmäinen kohtaaminen erilaisuuden kanssa, uuden maailman löytäminen. Tämä epätavallinen ja kiehtova kohtaaminen oli samalla suuri ennakkoluuloja koskeva oppitunti. – Maailma opettaa ennakkoluuloiseksi. Palasin takaisin tältä matkalta häveten tietämättömyyttäni, puutteellista lukeneisuuttani, osaamattomuuttani. Minulle oli tullut selväksi, että vieras kulttuuri ei paljasta meille salaisuuksiaan vain jos levittelemme käsiämme, vaan meidän on valmistauduttava kauan ja perusteellisesti sen kohtaamiseen.”

Näin puolalainen kirjailija ja journalisti, Ryszard Kapuscinski, summasi vuonna 2004 ilmestyneessä teoksessaan *Podróże z Herodotem* (Matkalla Herodotoksen kanssa) vaikutelmiaan matkastaan Intiaan. Vastaavia ajatuksia herää helposti myös sillä, joka eurooppalaisesta oikeuskulttuurista käsin tarkastelee Intian oikeutta ja yrittää saada siitä kokonaiskuvan.

Intian oikeudelliseksi katsottu traditio muodostuu vanhoista uskonnollisista teksteistä jo ajalta ennen hindulaisuutta, mutta myös islamin oikeudesta sekä brittien siirtomaa-ajalta peräisin olevista aineksista. Intiasta tuli vuonna 1947 itsenäinen valtio, jolla on oma perustuslaki vuodelta 1950 ja oma kansallinen oikeusjärjestyksensä. Aikaisemmin kyse oli erilaisten – ja edelleenkin vaikuttavien – traditioiden monimutkaisesta yhteiselosta. Saadakseen käsityksen Intian oikeudesta on tunnettava vanhoja tekstejä,

Intian historiaa, maantiedettä, jumaloppia ja omintakeista tuhatvuotista filosofiaa, sekä tiedettävä myös jotain *common law*’sta ja islamin oikeudesta. Hinduoikeus on osa päättymätöntä kirjallista universumia, joka käsittää ikivanhoja uskonnollisia kirjoituksia sanskritiksi sekä muuta filosofista ja uskonnollista kirjallisuutta. Kuvaa täydentää nykyaikainen intialainen yhteiskunta, jossa vanhat ajatustavat edelleen elävät. Ne eivät kuitenkaan hallitse entiseen tapaansa, eikä kaikkien niiden tunteminen ole välttämätöntä nykyaikaisen intialaisen oikeuden ymmärtämiseksi – tosin ne auttavat ymmärtämään intialaisia.

INTIAN HISTORIAA

Veda-kausi	1500-500 eaa.
Maurya-dynastian aika	321-184 eaa.
Gupta-valtakunta	280-550
Islamilaiset sulttaanikunnat	1206-1596
Delhin sulttaanikunta	1206-1526
Moguliaika (Mughal)	1526-1858
Komppanian aika (Brittiläinen	
Itä-Intian kauppakompania)	1757-1857
Sepoy-kapina	1857
Brittiläinen Intia	1858-1947
Intian itsenäisyys ja	
Pakistanin perustaminen	1947

Intia on monella tavalla oma maailmansa (engl. luonnehdinta ”*the Subcontinent*”), ja Intian historia käsittää suuria, Intian eri osista muodostuneita valtakuntia ja jakautumista pienempiin maihin. Historiaan kuuluu myös vieraiden valloituksia Pohjois-Intiassa. Muslimien tulo alueelle ja valtionmuodostus alkoivat 1000-luvulla. Islaminuskoisten valloituksella on 1500-luvun mogulivalloituksen rinnalla ollut suuri merkitys myös Intian uudemmalle historialle.

Ensimmäiset eurooppalaiset, jotka tulivat Intiaan, olivat 1500-luvulla Goalle asettuneita portugalilaisia. Sen jälkeen tulivat englantilaiset ja ranskalaiset. Myös Tanska sai siirtomaita Intiasta. Etenkin englantilaisten asutus (1600-luvulta lähtien) muovasi sitä Intiaa, jonka tunnemme tänään.

Alun perin kyse oli yksityisestä kauppayhteisöstä, englantilaisesta Itä-Intian kauppakomppaniasta, jonka jäseniä asettui kolmeen kaupunkiin (*Presidency towns*): Kalkuttaan, Bombayhin ja Madrasiin. Muusta osasta Intiaa käytettiin nimitystä *mofussil*. Englantilaista oikeutta käytettiin periaatteessa vain silloin, kun riidan osapuoli oli englantilainen. *Mofussil*-alueella sen sijaan sovellettiin paikallista oikeutta, mikä 1700-luvun lopulta lähtien tarkoitti hinduoikeutta tai muslimioikeutta, mikäli kyse oli avioliitosta, perinnöstä, kastista tai uskonnosta. Muissa tapauksissa sovellettiin ”oikeutta, kohtuutta ja hyvää omaatuntoa” tai englanniksi ”*Justice, Equity and Good Conscience*”. Tämä oli yleinen oikeudenkäyttöön liittynyt periaate – joka samalla tasoitti tietä englantilaiselle oikeudelle.

Englanti oli hallitseva siirtomaavalta, ja sitä mukaa kun mogulit 1700-luvulla menettivät valtaansa tuli englantilaisista todellisia hallitsijoita paikallisten vallanpitäjien rinnalle. Vuonna 1857 Pohjois-Intiassa puhkesi englantilaisten hallinnon vastainen kapina. Kapina kuitenkin kukistettiin, minkä jälkeen Intia otettiin osaksi brittiläistä imperiumia. Englannin kuningattaresta Viktoriasta tuli Intian keisarinna. Brittien valtaa vuosina 1858–1947 kutsutaan termillä *Raj*. Briteillä oli ”*dominion*”, koko Intian ylivalta. Hallintoalue koostui 175 osasta, joita kutsuttiin termillä *princely states*. Niillä oli erityinen suhde Britanniaan, ns. *subsidiary alliance*, mikä tarkoitti riippuvuussuhdetta mutta samalla jonkinlaista autonomiaa.

1800-luvun lopulla Intiassa alkoi levitä ajatus itsenäisyydestä, ja yhdistäväksi hahmoksi seuraavan vuosisadan alussa nousi *Mohandas* (sittemmin intialaisten antaman nimen mukaan *Mahatma*, joka tarkoittaa ”suurta sielua”) *Gandhi* (1869–1948). Hän kannatti itsenäistymiseen tähtäävää väkivallatonta politiikkaa. Tässä yhteydessä on syytä mainita varsinkin ns. Amritsarin verilöyly vuonna 1919: Britannian Intian armeijan sotilaat ampuivat kenraali Dyerin komennosta kuoliaaksi yli 300 aseistamatonta mielenosoittajaa. Tämä tapahtuma vahvisti entisestään intialaisten pyrkimystä itsenäisyyteen.

Toisessa maailmansodassa intialaiset taistelivat liittoutuneiden puolella, ja sodan jälkeen englantilaiset lupasivat Intialle itsenäisen valtion aseman. Intialaiset muslimit, joiden puhemiehenä toimi Muhammed Ali Jinnah, olivat toivoneet itsenäisen muslimivaltion muodostamista Luoteis-Intian provinsseista ja itäisestä Bengalista (Itä-Pakistan). Tästä valtiosta tulikin totta vuonna 1947, ja vuonna 1956 se otti nimekseen Pakistanin islamilainen tasavalta. Intian jakautuessa monet muslimit muuttivat Pakistaniin, kun taas

hindut asettuivat asumaan uuteen itsenäiseen Intiaan. Vuonna 1971 sisällissota Pakistanissa johti Itä-Bengalin alueen irtaantumiseen ja itsenäisen Bangladeshin valtion muodostumiseen.

INTIAN PERUSTAJAT

Kolmesta Intian itsenäisyyden taustahahmosta mainittiin jo Gandhi. Hänen lisäksi on mainittava runoilija Rabindranath Tagore (1861–1941). Tagore oli monipuolinen henkilö, joka kirjoitti runoja, näytelmiä ja romaaneja, mutta oli myös kiinnostunut valistuksesta. Hän perusti sekä koulun että yliopiston, jonka hän rahoitti vuonna 1913 saamallaan Nobelin kirjallisuuspalkinnolla. Kolmas tärkeä henkilö oli Jawarhalal Nehru (1889–1964), josta tuli Intian ensimmäinen itsenäisyyden ajan johtaja. Hän oli nyky-Intialle tyypillisen maallista ja pluralistista demokratiaa kannattavan ajatuksen isä. Hänen puolueensa oli kongressipuolue, jonka johtajana hän toimi tyttärensä Indira Gandhin jälkeen. Kongressipuolue on yksi Intian suurista puolueista, joka oli pitkään myös suurin. Myöhemmin etenkin hindupuolue, *Bharatiya Janata party* (BJP), on saanut laajaa kannatusta. Kaikki edellä mainitut Intian luojat, ”*founding fathers*”, olivat demokratian kannattajia sekä ajoivat Intian kastijärjestelmän lakkauttamista.

9.2 HINDULAISUUS JA OIKEUS

9.2.1 Hinduoikeus

Jos halutaan ymmärtää, millainen traditio tai kulttuuri vaikuttaa Intian oikeuden taustalla, on tutkittava ennen kaikkea vanhoja intialaisia uskonnollisia kirjoituksia ja niiden historiaa. Tekstien ymmärtäminen ja yleiskuvan saaminen niistä on kuitenkin melko vaikeaa. Silti seuraavassa pyritään yhdistämään Intian nykyinen oikeus juuri hindulaisuuden perinteeseen. Se auttane ymmärtämään maata, jolle ovat nykyään tyypillistä monet modernit elämäntavat, mutta jota edelleen leimaavat kastijärjestelmä ja vastakohtaisuudet samoin kuin islamin ja hindulaisuuden yhteiselo. Edelleen väestön pääosa asuu maaseudulla, ja valtaosa elää toimeentulominimillä.

Intian pääuskonto on hindulaisuus (n. 80 % väestöstä). Islam puolestaan vaikutti vuosisatoja Pohjois-Intiassa. Muslimeja on nykyään noin 15 % väestöstä. Molemmilla uskonnoilla on tärkeä rooli Intiassa, joka vuoden 1950 perustuslaissa tunnustautui maalliseksi valtioksi ja pitää edelleenkin sekularismia perusperiaatteenaan. Tämä ei tarkoita, että uskonnollinen oikeus olisi merkityksetöntä. Päinvastoin. Intialaisten juristien oletetaan tuntevan hinduoikeutta ja islamilaista oikeutta, ainakin niiltä osin kuin kyseessä ovat perhe- ja perintösuhteita koskevat kysymykset. Näiden lisäksi sovelletaan Intian (valtiollista) oikeutta, joka perustuu pääasiassa englantilaisen *common law* -oikeuden perinnölle, mutta jota on viime vuosina yhä määrätietoisemmin pyritty yhdistämään omiin intialaisiin juuriin. Englantilaisia prosessimuotoja käytetään laajasti, ja sama koskee ennakkotapauksia (*precedents*), kun taas *jury*-järjestelmä on vain harvoin käytössä. Monia englantilaisen oikeuden instituutioita tuotiin Intiaan siirtomaa-ajan lainsäädännön välityksellä. Myöhemmin myös amerikkalainen oikeus on vaikuttanut Intian oikeusjärjestelmään.

9.2.2 *Vedat, sutrat ja sastrat*

Hinduoikeuden perusta on laajoissa ja monimutkaisissa uskonnollisissa teksteissä. Hinduoikeuden historia ulottuu niin sanottuun *vedojen* aikaan 1500–500 eaa. *Vedoja* pidetään perustana hinduoikeudelle, joka koskee hinduina pidettyjä henkilöitä. *Vedat* ovat ilmestyksiin tai myöhempiin kirjalliseen traditioon perustuvia pyhiä tekstejä, jotka kertovat jumalopista, elämäntavoista ja yhteiskunnan jakautumisesta kasteihin. Niillä ei intialaisen käsityksen mukaan ole tiettyä alkupistettä, eivätkä ne ole muutettavissa. Kun käytetään termiä *sruti*, puhutaan ilmestyksistä. Sen sijaan termi *smriti* viittaa muistiinkirjoitettuihin *vedoihin*.

Vedoihin liittyy joukko myöhempiä, niitä selittäviä ja täydentäviä tekstejä. Vanhimmat kulkevat nimellä *sutrat*, ja niiden jälkeen tulevat *sastrat*, joista tärkeimpiä ovat niin sanottu *dharmasastrat* noin 200-luvulta eaa. ja sen jälkeiseltä ajalta. Näistä keskeisin on niin sanottu Manun laki, josta puhutaan jäljempänä. Muita *dharmasastroja* ovat *Yajnavalkya* ja *Narada*. Myös hinduoikeudessa on koulukuntia. Tärkein jako kulkee koko Intiaan levinneen *Mitaksharan* ja Bengalissa tunnetun *Dayabhagan* välillä.

MANUN LAKI

Manun laki, jonka oletetaan olevan noin vuodelta 100 eaa., on tunnetuin *dharmasastroista*, jotka sisältävät yleisiä elämänohjeita ja samalla erilaisia oikeudellisiksi katsottavia normeja. Manun lakia on seurattava erilaisten käsitysten ristiriitatilanteessa. Manun lakiin ja muihin *dharmasastroihin* liittyvä rikas hinduoikeutta muovannut tulkintatraditio on 700–1700-luvuilta.

Seuraavassa otetaan esille muutama esimerkki niistä lähes 3 000 säännöstä, jotka sisältyvät Manun lain kahteentoista lukuun. Kyse on ruokailua ja rukoilemista, ihmisten välisiä suhteita, miehen ja naisen parisuhdetta koskevista säännöistä, samoin kuin säännöistä, jotka koskevat yhteiskunnallista järjestystä, hallitsijan velvollisuuksia ja monia muita seikkoja. Nämä muutamat lainaukset antavat jonkinlaisen vaikutelman monisyydestä ja rikkaasta tekstistä, joka eräiltä osin muistuttaa Vanhaa testamenttia ja toisilta taas Koraania.

Luku 1

1. Suuret viisaat lähestyivät Manua, joka istui ajatuksissaan, ja palvottuaan häntä kuten oli säädetty, he puhuivat seuraavasti:
 2. Suvaitse, jumalallinen, julistaa meille kunkin (neljän pää-)kastin sekä niiden välisten kastien pyhät lait tarkasti ja asianmukaisessa järjestyksessä.
 3. Sillä sinä, Herra, yksin tiedät tarkoituksen, riitit ja sielun tietämyksen. Sen, joka opetetaan tässä itsestään olemassa olevan, Swayambhun, järjestyksessä. Järjestyksessä, joka on tuntematon ja käsittämätön.
 4. Hän, jonka voima on mittaamaton, tullessaan näin ylevämielisten viisaiden kysymiksi, kunnioitti heitä ja vastasi ”Kuulkaa!”
- (...)

Luku 2

- (...)
6. Koko Veda on pyhien lakien (ensimmäinen) lähde, seuraavaksi tulevat perinne ja Vedaa tuntevien hyveellinen käytös, samoin kuin pyhien miesten tavat, ja (lopuksi) tyytyväisyys.
- (...)
10. Mutta Srutilla (ilmestyksellä) tarkoitetaan Vedaa ja Smritillä (perinteellä) pyhän oikeuden perussääntöjä: noita kahta ei saa kyseenalaistaa missään olosuhteissa, sillä noista kahdesta laki säteilee.

Luku 3

(...)

15. Toisen kerran syntyneet miehet, jotka typeryyksissään naivat vaimonsa alemmasta (sudra) kastista, alentavat pian perheensä ja lapsensa sudrien tasolle.

16. Atrin sekä Utathyan pojan (Gautaman) mukaan sudra-naisen kansa naimisiin menevästä tulee kastiton, ja Saunakan mukaan pojan syntyessä ja Bhrigun mukaan (vain sudra-naisen kanssa) miespuolisia jälkeläisiä saavasta.

17. Bramiini (tai brahmaani), joka ottaa vuoteeseensa sudra-naisen, vajoaa (kuoleman jälkeen) helvettiin; jos hän siittää lapsen tämän kanssa, hän menettää bramiinin arvon.

(...)

20. Kuuntele nyt lyhyesti (kuvaus) kahdeksasta avioliittorituaalista, joita neljä kastia (varna) käyttävät, ja jotka osaksi varmistavat etuisuuksia, osaksi tuottavat pahaa tässä ja kuoleman jälkeisessä elämässä.

21. (Näitä ovat) bramiinien rituaali (Brahman), jumalten (Daiva), Rishiksien (Arsha), Pragapatien, Asuroiden, Gandharvojen, Rhashasojen ja Pisakojen rituaalit.

(...)

Luku 8

1. Jos kuningas tahtoo tutkia oikeuskysymyksiä, tulee hänen arvonsa säilyttäen astua tuomioistuimeensa yhdessä bramiinien ja kokeneiden neuvonantajien kanssa.

2. Siellä hän tutkikoon kantajien asioita, joko istuen tai seisten, kohottaen oikean kätensä, ja ilman mahtailua puvussaan tai ornamenteissaan.

3. Ratkaisoon joka päivä toinen toisensa jälkeen kaikki jutut, jotka kuuluvat lain kahdeksaantoista kategoriaan, ottaen huomioon paikallisen tavan ja pyhän lain periaatteet.

4. Noista (kategorioista) ensimmäinen on velan maksamatta jättäminen, sitten tulevat (2) talletus ja pantti, (3) myynti ilman myytävän esineen omistusoikeutta, (4) kumppanien väliset riita-asiat, ja (5) lahjojen takaisin ottaminen,

5. (6) puutteet palkan maksussa, (7) puutteet sopimusten täyttämässä, (8) kaupan purkamiset, (9) riidat (karjan) omistajan ja hänen palvelijoidensa välillä,

6. (10) rajariidat, (11) pahoinpitely ja (12) kunnianloukkaus, (13) varkaus, (14) ryöstö ja väkivalta, (15) aviorikos,

7. (16) aviomiehen ja -vaimon velvollisuudet, (17) (perinnön) jako, (18) uhkapeli ja vedonlyönti; Nämä on tässä maailmassa ne kahdeksantoista syytä, jotka antavat perusteen oikeusjutulle.

8. Ikuisesta laista johtuen annettakoon hänen tehdä ratkaisuja sellaisten miesten kanteista, jotka ennen muuta liittyvät juuri edellä mainittuihin perusteisiin.

(...)

Luku 10

1. Kukin kolme kahdestisyntyneiden kastia (varna) opiskelkoon (Vedaa) ja suorittaen heille kuuluvat velvollisuutensa; mutta heistä (vain) bramiinit saavat antaa opetusta siinä, eivät toiset kaksi; tämä on vakiintunut sääntö.

2. Bramiinien täytyy tietää laissa vahvistetut kaikkia koskevat olemassaolon ehdot, ohjeistaa muita niissä, ja elää itse tämän (lain) mukaisesti.

(...)

Konfliktit luokitellaan perinteisesti *vyavaharan* eli oikeusprosessia koskevien sääntöjen perusteella 18 kategoriaan sen mukaan, onko kyseessä velka, käsiraha, toiselle kuuluvan esineen myyminen, osakkuus, lahja, palkan maksun laiminlyöminen, sopimuksen täyttämättä jättäminen, kaupan purkaminen, palvelussuhde, rajariidat, ruumiillisen koskemattomuuden loukkaaminen, kunnianloukkaus, varkaus, ryöstö ja väkivalta, uskottomuus, aviopuolisoiden välinen suhde, perintö ja (perinnön)jako, pelaaminen ja vedonlyönti. Pisimpään hinduoikeudesta ovat säilyneet avioliittoa ja perintöä koskevat säännöt, ja nekin monin muunnoksin, mutta alun perin kyse oli siis paljon laajemmalle ulottuvasta järjestelmästä.

Hindujen perheomaisuus oli perheen jäsenten yhteistä, ja testamentti tuntematon. Hinduoikeus salli moniavioisuuden ja avioliitot alaikäisten kanssa. Nykyään moniavioisuus on lakkautettu, avioero tunnustettu, ja morsiamen virallinen avioliittoikä on 15 vuotta. Määräykset ovat hindujen avioliittolaissa (*Hindu Marriage Act*, 1955), joka koskee avioliittoa, avioeroa ja aviovarallisuutta. Siitä löytyy myös avioliittoseremonioita koskeva 7 artikla:

”(1) A Hindu marriage may be solemnized in accordance with the customary rites and ceremonies of either party thereto.

(2) Where such rites and ceremonies include the Saptapadi (that is, the taking of seven steps by the bridegroom and the bride jointly before the sacred fire), the marriage becomes complete and binding when the seventh step is taken.”

Perintöä ja testamenttia koskee *Hindu Succession Act* (1956). Myös adoptiosta, lasten huollosta ja holhouksesta on omat hinduja koskevat lakinsa.

9.2.3 Hinduja koskeva järjestelmä

Perusteiltaan hinduoikeus on osa uskonnollista oikeusjärjestelmää. Se ei ole kansallista oikeutta, vaan koskee yksittäistä henkilöä sillä perusteella, että tämä on hindu. Hindulaisuudessa on kyse kaikenkattavasta olemassaoloa koskevasta käsityksestä, johon liittyvät sellaiset peruskäsitteet kuin *dharma*, *artha* ja *karma*.

Karma on tapa, jolla elämässä toimitaan, ja se määrää, missä muodossa sielu jää elämään ihmisen ruumiillisen kuoleman jälkeen. *Karmaa* koskevat kirjoitukset sisältyvät *upanisadeihin* eli *veda*-kirjojen lopussa oleviin selittäviin osiin. *Karma* on siis paljon muutakin kuin oikeutta, sillä kyse on yleisestä elämää koskevasta käsityksestä.

Dharman käsite viittaa siihen, minkä katsotaan pitävän yllä elämää, pitävän pystyssä yksittäistä ihmistä ja koko yhteiskuntaa. *Dharma* on kaikkialla, ja sillä on suuri merkitys myös hinduoikeudessa. Kuninkaan *dharma* siirtyy alamaisten *dharmaan*, mihin liittyy käsite *danda*, oikeus saattaa/pakottaa laki voimaan. *Dharma* määrittää jokaisen ihmisen paikan maan päällä ja antaa hänelle tiettyjä velvollisuuksia. *Artha* puolestaan on politiikkaa ja valtio-oppia, josta ns. *Arthasastra* kertoo. *Arthaan* kuuluu myös poliittisen järjestelmän osaksi luokitellun tuomioistuinlaitoksen organisoiminen. Niinpä tuomiot eivät voi muuttaa *dharmaa* tai olla sen lähteinä.

Tähän yhteyteen kuuluu myös kastijärjestelmä. Kasteihin sijoittumisen nimittäin määrää se *karma*, jonka aikaisempi elämä on osoittanut. Kastit (*varnat*) ovat yhtä vanhoja kuin *vedat* ja niitä on neljä: bramiinit, kshatriyat, vaisyot ja sudrat. Kolme ensimmäistä vastaavat indoeurooppalaista jakoa oppineisiin, sotilaisiin ja kauppiaisiin, kun taas neljäs kasti on palvelijoille. Kastiin kuuluvien ulkopuolella ovat kastittomat eli paariat. Nykyään perustuslaki kieltää syrjinnän tiettyyn kastiin kuulumisen tai niiden ulkopuolelle jäämisen perusteella, mutta Intiassa käydessä huomaa helposti, että kasti

on tärkeä osa myös modernin intialaisen identiteettiä – ja että monilla kastittomilla on pitkä matka yhdenvertaisuuteen muiden yhteiskunnan jäsenten kanssa. Myös naisen asemaan liittyy ongelmia nykyajan intialaisessa yhteiskunnassa. Tasa-arvoa on vaikea huomata, vaikka se onkin eräs maan perustuslain kantavista periaatteista. Naisia ja tyttöjä surmataa ja raiskataan päivittäin.

1500-luvulta alkaen hinduoikeus kohtasi islamin, ja sen oikeuskäsitykset – samoin kuin englantilaisten siirtomaakautena eurooppalaiset oikeuskäsitykset – jouduttiin ottamaan huomioon. Hinduoikeuden tuntija W. Menski toteaa teoksessaan *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity* (2003), että ”*far from being forced to exist on terms dictated by the now dominant Muslim law, Hindu law became itself part of the official law, but largely on its own terms, so the result was an emerging pattern of strong legal pluralism*”. Islamilaiset hallitsijat puolestaan ”*learned fast that it would be impossible to impose Islamic law on all subjects*”. Tämän vuoksi islamin oikeutta sovellettiin vain muslimeihin. Samalla tunnustettiin, että hindut saattoivat edelleen pitää kiinni omasta oikeuskäsityksestään.

Poliittisesti ja uskonnollisesti hindulaisuudella on edelleen suuri merkitys tämän päivän Intiassa, mutta sen oikeudellinen merkitys on vuosien saatossa muuttunut niin, että hinduja koskevat oikeusjutut ratkaistaan hinduoikeutta soveltamalla vain silloin, kun kyse on perhe- ja perintöoikeuden alaan kuuluvista kysymyksistä. Joka tapauksessa hinduoikeus koskee tänään noin 80 % Intian väestöstä, joka tunnustautuu hinduiksi (mukaan lukien sikhit ja jainalaiset). Intian perustuslaissa vuodelta 1950 säädetään, että maassa tulee valmistella yhtenäinen siviililakikirja (...*to secure for the citizens a uniform civilcode throughout the territory of India*, Art. 44), mutta sitä ei ole toistaiseksi tehty. Sen sijaan on säädetty siviilioikeudellisia erityislakeja, joita ovat muun muassa edellä mainitut vain hinduja koskevat avioliittolaki sekä säädökset perinnöstä, adoptiosta, vajaanalaisuudesta ja elatuksesta.

9.3 SIIRTOMAA-AIKA JA SEN VAIKUTUS TÄMÄN PÄIVÄN OIKEUTEEN

Englantilaiset eivät tunnustaneet kaikkia hindukäsityksiä, mutta siirtomaa-aikanakin voitiin soveltaa hinduoikeutta. Esimerkiksi Bengalín brittiläisen kuvernöörin määräyksessä todettiin vuonna 1772: ”*In all suits regarding inheritance, marriage, caste and other religious usages and its institutions, the laws of the Koran with respect to the Mahomedans, and those of the Shasters with respect to the Gentoos, shall be invariably adhered to*” (Menski 2003). Näin siis tunnustettiin hinduja (ja muslimeja) koskeva henkilöoikeus ja perheoikeus samoin kuin niiden instituutiot. Englantilainen oikeus puolestaan vaikutti ennen muuta kauppaoikeuteen, rikosoikeuteen ja julkisoikeuteen.

Nykyisen Intian oikeushistorian on katsottu alkavan 1600-luvulla. Silloin alkoi brittiläinen valtakausi mutta samalla myös intialainen oikeushistoria – siis jonain muuna kuin hinduoikeuden tai islamilaisen oikeuden intialaisena kehitysvaiheena. Modernin Intian ymmärtämiseksi juuri brittien merkityksen oivaltaminen on tärkeää. Jakson alussa mainittiin, kuinka Itä-Intian kauppakomppania (*East Indian Company*) asettui Intiaan. Komppanian oikeudet vahvistettiin Kuningatar Elisabetin vuonna 1600 antamalla asiakirjalla. Intian asuttaminen oli näin ollen alun perin eräänlaista yksityistä toimintaa. Komppanialla oli kauppapaikka kolmessa tärkeimmässä kaupungissa Madrasissa, Bombayssa ja Kalkutassa. Näissä kaupungeissa ja sittemmin myös muualla oikeusjärjestelmä rakennettiin englantilaisten periaatteiden mukaisesti *common law*’n ja sitä täydentävän englantilaisen lainsäädännön avulla. Englantilaisille se oikeus, jota hindut sovelsivat, oli vaikeasti ymmärrettävää ja näyttäytyi usein primitiivisenä. Silti juuri englantilaiset saivat hinduoikeuden esille omana oikeusjärjestyksensä. He sallivat paikallisten tuomioistuinten soveltaa hinduoikeutta, ja englantilaista oikeutta sovellettiin niissä yleensä vain, mikäli intialaisia lakeja tai hinduoikeutta ei ollut.

Myös englantilaiset tuomarit saattoivat soveltaa hinduoikeutta. Tällöin heitä yleensä avustivat oppineet (*panditit*), jotka osaisivat sanskritia ja tunsivat oikeuden – ja jotka tosiasiallisesti tekivät ratkaisun. Osa vanhasta intialaisesta oikeudesta käännettiin ja on sen vuoksi tänäänkin luettavissa englanniksi. Englantilaisten tuomarien käyttöön tehtiin käännöksiä myös suuresta osasta *dharmasastra*-kirjallisuutta. Käännökset johtivat yleensä

siihen, että sovellettiin vanhentuneita määräyksiä, ja kun Euroopassa koulutettujen juristien oli hyvin vaikeaa ymmärtää hinduoikeuden perustavia ajatuskulkuja, monia asioita ymmärrettiin väärin tai tehtiin toisin kuin oli tarkoitettu. Lisäksi englantilaiset tuomarit toivat mukanaan myös englantinkielisen oikeudellisen terminologian. Hinduoikeutta kehitettiin Englan-
ninn siirtomaakautena suuntaan, jossa dominoivat englantilainen oikeus ja siihen liittyvät ajatustavat, eikä luonnollista hinduoikeuden sovittamista

SIR THOMAS MACAULEY JA SIR HENRY MAINE

"It is impossible for us, with our limited means, to attempt to educate the body of the people. We must at present do our best to form a class who may be interpreters between us and the millions whom we govern; a class of persons, Indian in blood and colour, but English in taste, in opinions, in morals, and in intellect. To that class we may leave it to refine the vernacular dialects of the country, to enrich those dialects with terms of science borrowed from the Western nomenclature, and to render them by degrees fit vehicles for conveying knowledge to the great mass of the population."

Sanat ovat peräisin englantilaisen historioitsijan, Thomas Macauleyn puheesta Minute on Indian Education vuodelta 1835, jossa hän korosti englantilaisen kulttuurin hallitsevaa asemaa ja että sitä tulisi jäljitellä Intiassa. Macauley (1800–1859) kuului 1830-luvulla Englannin kenraalikuvernöörin neuvostoon, ja oli korkeimman oikeuden tuomari vuosina 1834–1838. Samalla hän kuului niihin, jotka pyrkivät samaan englantilaisesta Intian virallisen kielen. Hänen lainsäädäntötyönsä käsitti edellä mainitun rikoslain, joka tuli voimaan Intiassa vuonna 1860, ja josta tuli esikuva vastaaville laeille muissa brittiläisissä siirtokunnissa, sekä rikos- ja siviiliprosessia koskevat säädökset. Macauley oli lisäksi runoilija, poliitikko ja eräs aikansa tunnustetuimpia historioitsijoita.

Brittien hallintokaudella (*Raj*) monet merkittävät englantilaiset juristit työskentelivät Intiassa lainsäädännön ja muiden oikeudellisten kysymysten parissa. Yksi kuuluisa englantilainen, joka vuosina 1863–1869 toimi brittiläisen hallinnon neuvonantajana Intiassa, oli Henry Sumner Maine (1822–1888). Hän tuli tunnetuksi maalaisyhteisöä koskevista teorioistaan ja erityisesti kirjastaan Ancient Law: Its

intialaisen yhteiskunnan olosuhteisiin tapahtunut.

Uutta rikoslainsäädäntöä Intiassa luotiin 1860–1880-luvuilla. Erityisen kuuluisa on Macauleyn rikoslaki(kirja) vuodelta 1861, joka loi perustan Intian rikosoikeudelle. Se oli laadittu tarkoituksin ottaa huomioon tuolloiset olosuhteet Intiassa. Lakikirjan määräykset perustuivat vain osaksi englantilaiselle oikeudelle, eikä siinä juurikaan ollut yhtäläisyyksiä vanhempaan intialaiseen rikosoikeuteen.

Connection to the History of Early Society and its Relation to Modern Ideas (1861). Siinä hän muun muassa Intian oikeutta ja yhteiskuntaa koskevan tiedon perusteella muotoili kuuluisan oikeuskehitystä kuvaavan lauseensa ”(from) status to contract” ja loi samalla vertailevalle oikeudelle historiallista perustaa. Maine kirjoitti eräänlaisen oikeushistorian vastineen Darwinin kehitysoville. Mainen mukaan oikeus oli kehittynyt jumalalliseen ilmoitukseen perustuvasta oikeudesta tiettyjen ihmisryhmien (esim. papit) hallitseman oikeuden kautta kirjalliseen muotoon saatetuksi oikeudeksi, esimerkkeinä 12 taulun laki Roomassa ja Manun laki Intiassa.

Manun laista Maine kirjoittaa seuraavaa:

“The Hindoo Code, called the Laws of Manu, which is certainly a Brahmin compilation, undoubtedly enshrines many genuine observances of the Hindoo race, but the opinion of the best contemporary orientalists is, that it does not as a whole, represent a set of rules ever actually administered in Hindostan. It is, in great part, an ideal picture of that which, in the view of the Brahmins, ought to be the law. It is consistent with human nature and with the special motives of their authors, that codes like that of Manu should pretend to the highest antiquity and claim to have emanated in their complete form from the Deity-Manu, according to Hindoo mythology, is an emanation from the supreme God; but the compilation which bears his name, though its exact date is not easily discovered, is, in point of the relative progress of Hindoo jurisprudence, a recent production”.

Samalla Maine suhtautui kriittisesti intialaiseen kastilaitokseen ja yleisemminkin moniin hinduoikeudessa säilyneisiin tapoihin. Monia hänen näkemyksiään voidaankin pitää tyypillisinä tuon ajan englantilaisille, jotka tarkastelivat Intian oikeutta *common law*’sta käsin.

9.4 INTIAN PERUSTUSLAKI

Nykyisen Intian historia alkaa 1947, jolloin maasta tuli itsenäinen. Intian perustuslaki astui voimaan vuonna 1950. Intia on liittovaltio, mutta yksittäisillä osavaltioilla on suurempi autonomia kuin esimerkiksi Yhdysvaltojen osavaltioilla. Perustuslaki koostuu esipuheesta ja 395 artiklasta, minkä lisäksi siinä on joukko lisäyksiä (*amendments*). Perustuslaki sisältää määräyksiä kansalaisuudesta, vapausoikeuksista, liittovaltion toiminnasta, presidentin tehtävistä, tuomioistuimista sekä osavaltioiden hallinnosta, liittovaltion ja osavaltioiden välisestä suhteesta, taloudesta, osavaltioiden välisestä kaupasta, valtion omaisuudesta jne.

Alla on ote perustuslaista, joka on kirjoitettu englanniksi. Johdannon lisäksi kyse on tasa-arvoa ja syrjintäkieltoa koskevista periaatteista.

”Preamble:

WE, THE PEOPLE OF INDIA, having solemnly resolved to constitute India into a SOVEREIGN SOCIALIST SECULAR DEMOCRATIC REPUBLIC and to secure to all its citizens:

JUSTICE, social, economic and political;

LIBERTY of thought, expression, belief, faith and worship;

EQUALITY of status and of opportunity;

and to promote among them all

FRATERNITY assuring the dignity of the individual and the unity and integrity of the Nation;

IN OUR CONSTITUENT ASSEMBLY this twenty-sixth day of November, 1949, do HEREBY ADOPT, ENACT AND GIVE TO OURSELVES THIS CONSTITUTION.

(...)

Right to Equality

14. *Equality before law.* The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India.

15. *Prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth.* (1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them.

(2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to

(a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; (...)

(4) Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes.

(...)

17. *Abolition of Untouchability.* “Untouchability” is abolished and its practice in any form is forbidden. The enforcement of any disability arising out of “Untouchability” shall be an offence punishable in accordance with law.”

9.5 INTIAN TUOMIOISTUINJÄRJESTELMÄ

Intialaisen tuomioistuinjärjestelmän historia ulottuu englantilaisten hallintokauteen, ja se myös muistuttaa englantilaista järjestelmää. Liittovaltion korkein oikeus muodostuu presidentistä ja 30 tuomarista, jotka maan presidentti valitsee hallituksen (*Union Cabinet*) esityksestä. Jutut, joissa on kyse liittohallituksen ja osavaltioiden tai osavaltioiden keskinäisistä suhteista, ratkaistaan suoraan Korkeimmassa oikeudessa. Sillä on myös oikeus tutkia lakien perustuslainmukaisuutta (*constitutional / judicial review*). Lisäksi Intialle on tyypillistä niin sanottu *public interest litigation* (PIL) -järjestelmä, joka mahdollistaa sen, että korkein oikeus voi anomuksesta ottaa käsiteltäväksi asioita, joilla katsotaan olevan erityistä yleistä merkitystä. Intian tuomioistuinjärjestelmä ei ole liittovaltioellinen. Se toimii kokonaisuutena niin, että osavaltioiden ylioikeuksien (*High Courts*) ratkaisuihin voi hakea muutosta korkeimmasta oikeudesta. Alueellisten siviili- tai rikostuomioistuimien ratkaisuihin haetaan muutosta edellä mainituista ylioikeuksista.

Intia on edelleen perusteiltaan maatalousyhteiskunta. Noin kolme neljäsosaa väestöstä asuu maaseudulla ja paikallishallinto tapahtuu paikallisten neuvostojen (kulkevat nimellä *panchayat*) toimesta. Ne myös ratkaisevat pienempiä riitaisuuksia.

Intian oikeus näyttäytyy siis, kuten edellä on käynyt ilmi, monimutkaisena hinduoikeuden, islamin oikeuden ja englantilaisen *common law*'n sekoituksena. Lisäksi Intian oikeus koostuu laajoista lakikirjoista ja muusta lainsäädännöstä. Yleisesti katsotaan, että ennen vuotta 1947 Intian oikeus kuului ns. *common law* -perheeseen. Näin Intian oikeus voidaan luokitella myös tänään. Nimittäin ennakkotapausoppi ja englantilainen oikeudellinen

SHAH BANO -JUTTU

Jos vierailee New Delhissä sijaitsevan korkeimman oikeuden yhteydessä toimivassa pienessä museossa, voi löytää erityisen tärkeiden ratkaisujen kokoelman. Yksi tällainen ratkaisu annettiin Shah Bano -jutussa ja siitä tuli yksi uudempien aikojen tunnetuimmista ratkaisuista. Se koski hyvin kiistanalaista kysymystä islaminuskoisten oikeuksista Intiassa sekä naisten asemaa. Samalla jutun poliittiset ja oikeudelliset seuraukset olivat suuret. Jutun tosiasiapuoli on yksinkertainen.

70-vuotias intialainen nainen Shah Bano, joka oli kotoisin Indoresta, Madhya Pradeshin osavaltiota, erosi miehestään miehen aloitteesta. Intialaisen rikosprosessilain 125 artiklan mukaan vaimolla on erotilanteissa mahdollisuus vaatia elatusta mieheltään, mikäli hän ei kykene huolehtimaan itsestään. Mies kieltäytyi maksamasta vaimolle ja totesi, että islamin oikeuden mukaan hän oli velvollinen elättämään vaimoa vain kolmen kuukauden pituisen niin sanotun *iddah*-ajan, joka eronneiden tuli odottaa voidakseen solmia uuden avioliiton. Sekä paikallisessa tuomioistuimessa että korkeimmassa oikeudessa Shah Bano voitti jutun sillä perusteella, että (rikos)prosessilaki koski kaikkia ja ohitti islamin oikeuden, joka liittyi henkilöön.

Tuomio annettiin vuonna 1985 ajankohtana, jolloin muslimien ja hindujen väliset erimielisyydet ilmenivät mellakoina ja väkivaltaisuu-

terminologia sekä tuomioistuinmenettelyn muodot ovat juurtuneet intialaisiin tuomioistuimiin. Tietyissä kysymyksissä – esimerkiksi *common law'n* ja *equityn* eroon liittyen tai omistusoikeutta koskien – Intia on kuitenkin kulkenut omia teitään. Voidaankin sanoa, että maan itsenäistymisen jälkeen on syntynyt omintakeinen ja rikas intialainen oikeus.

tena. Muslimien edustajat protestoivat tuomiota vastaan ja pitivät sitä loukkauksena islamilaista henkilöoikeutta vastaan. He viittasivat Koraaniin, jonka mukaan (2:241): "Eronnut nainen on oikeutettu elatukseen oikeuden ja kohtuuden perusteella. Se on jumalaapelkäävien velvollisuus." Korkeimman oikeuden käsityksen mukaan sen tuomio voitiin ymmärtää Koraanin käskyn tulkinnaksi, kun taas islamin oikeusoppineet kielsivät maalliselta tuomioistuimelta mahdollisuuden Koraanin tulkintaan. Painostus muslimien puolelta johti siihen, että vuonna 1986 valmisteltiin ns. *Muslim Women Law*, jolla musliminaiset rajattiin pois yleisen lain alaisuudesta.

Monet musliminaiset katsoivat kuitenkin uuden lain loukkaavan heidän oikeuttaan elatukseen. Musliminaisilla oli oikeus vaatia takaisin myötäjäisiä (*mahr*), mutta sen lisäksi oikeus kertasummaan sekä kolmen kuukauden elatukseen. Intialaiset tuomioistuimet Kalkutan ja Bombayn ylioikeuksien johdolla katsoivat kuitenkin voivansa tulkita tätä määräystä niin, että kertakorvaus voidaan olosuhteet huomioon ottaen asettaa niin korkeaksi, ettei nainen avioeron jälkeen joudu pulaan. Tuomioistuimet ovat näin ollen yhdistäneet vuoden 1986 lain Koraanin käskyyn siitä, että elatuksen täytyy olla oikeaa ja kohtuullista ja kattaa pidemmän ajan kuin vain niin sanotun *iddah*-periodin. Nämä tuomiot ovat saaneet myös muslimioikeusoppineiden hyväksynnän, ja näin naiset ovat usein saaneet elatuksen kolmea kuukautta pidemmälle ajalle.

10 Lopuksi

”Eläimet jakautuvat seuraaviin ryhmiin: a) keisarille kuuluvat; b) balsamoidut; c) kesytetyt, d) siat, e) merenneidot, f) tarunomaiset, g) juoksukoirat, h) tässä luokitellut, i) ne jotka riehuvat kuin hullut, j) lukemattomat, k) hienonhienolla kamelinkarvasiveltimellä piirretyt, l) ja niin edelleen, m) juuri nahkansa luoneet, n) etäältä karpästä muistuttavat.”

Argentiinalainen kirjailija Jorge Luis Borges (1899–1986) kirjoitti 1900-luvun puolivälissä esseen fiktiivisestä kiinalaisesta sanakirjasta, joka sisältää tämän yllättävän luokittelun eläimistä. Luokittelusta tuli maailmanlaajuisesti tunnettu, kun filosofi Michel Foucault käytti sitä vuonna 1966 kirjassaan *Les Mots et les Choses* esimerkkinä siitä, kuinka vaikeaa meidän on ymmärtää vieraita kulttuureja. Sitaatti onkin otettu tähän juuri esimerkkinä tästä vaikeudesta. Voidaan myös mennä pidemmälle ja havaita Borgesin syvä epäluulo kaikenlaisia luokitteluja tai taksonomioita kohtaan. Jokaisessa jaotellussa on aina tietty määrä mielivaltaisuutta, ja jopa se, mikä vaikuttaa järkevältä, voidaan muuttaa absurdiksi, kuten tuo sanakirja, vaikka myös se perustuu eräänlaiselle järjestelmälle.

Sitaatti on otettu tähän myös tarkoituksella kiinnittää lukijan huomiota siihen, kuinka vaikeaa on pakottaa näennäisiä samankaltaisuuksia yhteen muottiin. Ei ole helppoa määritellä, mitä oikeuskulttuuri on. – Ja kun näkökulma laajennetaan maailmanlaajuiseksi, havaitaan, että myös itse oikeus voidaan määritellä monella tavalla. Tässä kirjassa ”oikeuden maailmaa” on kartoitettu eräiden tunnusmerkkien avulla. Ehkä se on ollut samanlainen yritys kuin eläinten jaottelemisen kiinalaisessa sanakirjassa.

Kirjallisuusluettelo

- Abe, Masaki – Nottage, Luke*: Japanese law. Teoksessa Smits, Jan M. (ed.): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Second Edition. Edward Elgar, Cheltenham 2012, s. 462–479.
- Baker, J. H.*: An Introduction to English Legal History. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Bar, Christian von – Clive, Eric – Schulte-Nölke, Hans* (eds): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law. Full Edition. Sellier, Munich 2009. Saatavilla osoitteessa: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.
- Bennett, T. W.*: African Customary Law. Teoksessa The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford University Press, Oxford 2003, s. 46–75.
- Benton, Laura*: Law and Colonial Culture 1400–1900. Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Berman, Harold J.*: Law and Revolution I: The Formation of the Western Legal Tradition. Harvard University Press, Cambridge, MA 1985.
- Blackstone, William*: Commentaries on the Laws of England. Clarendon Press, Oxford 1766.
- Bodde, Derk – Morris, Clarence*: Law in Imperial China. Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases (Translated from the Hsing-an hui-lan), with Historical, Social, and Juridical Commentaries. Harvard University Press, Cambridge, MA 1967.
- Brundage, James A.*: Medieval Canon Law. Routledge, Abingdon, Oxon 1995.
- Butler, William*: Russian Law. 3rd ed. Oxford University Press, Oxford 2009.
- Butler, William*: Russian Law. Teoksessa Smits, Jan M. (ed.): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Second Edition. Edward Elgar, Cheltenham 2012, s. 777–788.
- de Cruz, Peter*: Comparative Law in a Changing World. 3rd ed. Routledge, Abingdon, Oxon 2007.
- Cuniberti, Gilles*: Grands systèmes de droit contemporains. 2e édition. L.G.D.J., Paris 2011.
- David, René*: Traité élémentaire de droit civil compare: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1950.
- David, René – Brierley, John*: Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law. 3rd ed. Stevens, London 1985.
- David, René – Jauffret-Spinosi, Camille – Mattila, Heikki*: Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät I. Suomen Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1982.
- David, René – Jauffret-Spinosi, Camille – Goré, Marie*: Les grands systèmes de droit contemporains. 12e édition. Dalloz, Paris 2015.
- Dawson, John P.*: Oracles of the law. William S Hein & Co, Getzville, New York 1986.

- Ehrenzweig, Albert*: Book Review: Communists and Their Law: A Search for the Common Core of the Legal Systems of the Marxian Socialist States. By John N. Hazard. Chicago: University of Chicago Press 1969. – *California Law Review*, 58(4), 1970, s. 1005–1010.
- Evans-Jones, Robin*: Roman Law in Britain. Teoksessa U. Manthe – C. Krampe (eds): *Quaestiones Iuris*. Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag. Duncker & Humblot, Berlin 2000, s. 83–110. Saatavilla myös: <http://www.iusciivile.com/legacy/reprints/ej-1.pdf>.
- Ewald, William*: Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat? – *University of Pennsylvania Law Review*, 143(6), 1995, s. 1889–2150.
- Foster, Nicholas H. D.* – *Twining, William* – *Halpin, Andrew* – *Woodman, Gordon*: A Fresh Start for Comparative Law Studies. A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World. – *Journal of Comparative Law*, 1(1), 2006, s. 100–176.
- Foucault, Michel*: *Les Mots et les Choses: Une archéologie des sciences humaines*. Gallimard, Paris 1966.
- Geertz, Clifford*: *The interpretation of cultures: selected essays*. Basic Books, New York 1973.
- Glenn, Patrick H.*: *On Common Laws*. Oxford University Press, Oxford 2007.
- Glenn, Patrick H.*: *Legal Traditions of the World*. 4th ed. Oxford University Press, Oxford 2010.
- Grotius, Hugo*: *De jure belli ac pacis. Libri tres. In quibus ius naturae & gentium: item iuris publici praecipua explicantur*. Apud Nicolaum Buom, Paris 1625.
- Hart, H. L. A.*: *The Concept of Law*. Oxford University Press, Oxford 1961.
- Henderson, Jane*: *The Constitution of the Russian Federation. A Contextual Analysis*. Hart Publishing, Oxford 2010.
- Van Hoecke, Mark*: *Methodologies of Legal Research*. Hart Publishing, Oxford 2011.
- Holmes, Oliver Wendell Jr.*: *The Common Law*. Little, Brown and Company, Boston 1881.
- Holmes, Oliver Wendell Jr.*: *The Path of the Law*. – *Harvard Law Review*, 10(8), 1897, s. 457–478.
- Husa, Jaakko*: Classification of Legal Families Today – Is It Time for a Memorial Hymn? – *Revue internationale de droit compare*, 56, 2004, s. 11–38.
- Husa, Jaakko*: *Oikeusvertailu. Teoria ja metodologia*. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2013.
- Husa, Jaakko* – *Nuotio, Kimmo* – *Pihlajamäki, Heikki* (eds): *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*. Intersentia, Antwerp, Oxford 2007.
- Hyland, Richard*: *Gifts – A Study in Comparative Law*. Oxford University Press, New York 2009.
- Hämeen-Anttila, Jaakko*: *Islamin käsikirja*. Otava, Helsinki 2013.
- von Jhering, Rudolph*: *Der Kampf um's Recht*. Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung, Wien 1872.
- Kahn-Freund, Otto*: On Uses and Misuses of Comparative Law. – *Modern Law Review*, 37(1), 1974, s. 1–27.
- Kapuscinski, Ryszard*: *Podróże z Herodotem*. Znak, Kraków 2004.
- Kent, James*: *Commentaries of American Law*. Four volumes. O. Halsted, New York 1826–1830.

- Lando, Ole*: Kort indføring i komparativ ret. 3. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2009.
- Lando, Ole – Beale, Hugh* (eds): Principles of European Contract Law, Part I & Part II. Kluwer, Haag 2000.
- Lando, Ole – Clive, Eric – Prüm, André – Zimmermann, Reinhard* (eds): Principles of European Contract Law, Part III. Kluwer, Haag 2003.
- La Porta, Rafael – Lopez-de-Silanes, Florencio – Shleifer, Andrei*: Economic Consequences of Legal Origins. – Journal of Economic Literature, 46(2), 2008, s. 285–332.
- Lasser, Mitchel*: Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy. Oxford University Press, Oxford 2004.
- Légrand, Pierre*: European Legal Systems are not Converging. – International and Comparative Law Quarterly, 45(1), 1996, s. 52–81.
- Légrand, Pierre – Munday, Roderick*: Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- van der Linden, Joannes*: Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek: ten dienste van registers, practizijns, kooplieden en allen, die een algemeen overzicht van regtskennis verlangen. Allart, Amsterdam 1806.
- van der Linden, Joannes – Morice, George Thomas*: Legal, Practical and Mercantile Manual [Koopmans Handboek] for the Use of Judicial Officers, Practitioners, Merchants and All Who Desire a General View of Legal Knowledge. Gale, Farmington Hills, MI 2013.
- van Maarseveen, H. – van der Tang, G.*: Written Constitutions: A Computerized Comparative Study. Kluwer Academic Publishers, Leiden 1978.
- Macaulay, Thomas Babington*: Minute of 2 February 1835 on Indian Education. Macaulay, Prose and Poetry, selected by G. M. Young. Harvard University Press, Cambridge MA 1957, s. 721–729.
- Menski, Werner F.*: Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa. 2nd ed. Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Menski, Werner F.*: Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity. Oxford University Press, Oxford 2003.
- Merryman, John H. – Pérez-Perdomo, Rogelio*: The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3rd ed. Stanford University Press, Stanford CA 2007.
- van der Merwe, Cornie*: The Origins and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and their Importance in Globalisation. – Fundamina, A Journal of Legal History, 18(1), 2012, s. 91–114.
- Monateri, Pier Giuseppe*: Methods of Comparative Law. Edward Elgar, Cheltenham 2012.
- Montesquieu, Charles-Louis*: De l'esprit des lois. Genève 1748.
- Nelken, David – Feest, Johannes* (eds): Adapting Legal Cultures. Hart Publishing, Oxford 2001.
- Nottage, Luke*: Civil Procedure Reform in Japan: The Latest Round. – Ritsumeikan Law Review (22) 2005, s. 81–86.
- Palmer, Vernon V.* (ed.): Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family. 2nd ed. Cambridge University Press, Cambridge 2012.

- Palmer, Vernon V.*: Mixed jurisdictions. Teoksessa Smits, Jan M. (ed.): Elgar Encyclopedia of Comparative Law. Second Edition. Edward Elgar, Cheltenham 2012, s. 590–599.
- Pashukanis, E. B.*: Obshchaia teoriia prava i marksizm: Opyt kritiki osnovnykh iuridicheskikh poniatii. Moscow 1924.
- Pichonnaz, Pascal*: Switzerland. Teoksessa Smits, Jan M. (ed.): Elgar Encyclopedia of Comparative Law. Second Edition. Edward Elgar, Cheltenham 2012, s. 852–861.
- Pound, Roscoe*: The Need of Sociological Jurisprudence. – Green Bag 19, 1907, s. 607–615.
- Reimann, Mathias – Zimmermann, Reinhard* (eds): The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford University Press, Oxford 2006.
- Ruskola, Teemu*: Legal Orientalism. – Michigan Law Review, 101, 2002, s. 179–234.
- Ruskola, Teemu*: Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law. Harvard University Press, Cambridge MA 2013.
- Rutherford, Samuel*: Lex, Rex. Law is King, or the Law and the Prince: A Dispute for the Just Prerogative of King and People. 1644.
- von Savigny, Friedrich Karl*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1814.
- Scalia, Anthony*: A matter of interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton University Press, Princeton NJ 1997.
- Simoni, Alessandro – Valguarnera, Filippo*: La tradizione giuridica dei Paesi nordici. Torino 2008.
- Smits, Jan M.* (ed.): Elgar Encyclopedia of Comparative Law. 2nd ed. Edward Elgar, Cheltenham 2012.
- Sumner Maine, Henry*: Ancient Law: Its Connection to the History of Early Society and its Relation to Modern Ideas. Henry Holt, New York 1861.
- Teubner, Gunther*: Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Differences. – The Modern Law Review, 61(1), 1998, s. 11–32.
- de Tocqueville, Alexis*: De la démocratie en Amérique. 1835/1840.
- de Tocqueville, Alexis*: Demokratia Amerikassa. Suom. Sami Jansson. Gaudeamus, Helsinki 2006.
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. Talentum, Helsinki 2000.
- Tuori, Kaius*: Lawyers and Savages: Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology. Routledge, New York 2014.
- Watson, Alan*: Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. University of Georgia Press, Athens GA 1974.
- Zimmermann, Reinhard – Visser, Daniel* (eds): Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa. Clarendon Press, Oxford 1997.
- Zweigert, Konrad – Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. J.C.B. Mohr, Tübingen 1971.
- Zweigert, Konrad – Kötz, Hein*: An Introduction to Comparative Law. 3rd ed. Translated by Tony Weir. Oxford University Press, Oxford 1998.
- Örücü, Esin*: The Enigma of Comparative Law. Variations on a Theme for the Twenty-First Century. Leiden 2004.
- Örücü, Esin – Attwooll, Elspeth – Coyle, Sean* (eds): Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing. Kluwer, London 1996.

Hakemisto

- African Charter on Human and People's Rights 146
- African Court of Human and People's Rights (ACHPR) 146–147
- African National Congress (ANC) 134
- Apartheid 131, 132, 133, 134, 136
- Bentham, Jeremy* 38, 71, 115–116
- Berman, Harold* 27, 30
- Bill of Rights 78, 89, 104–105, 106, 134
- Blackstone, William* 71, 82–83, 90, 115
- Brasilian oikeus 65–66
- Brown v. Board of Education 100–101
- Bundesverfassungsgericht 54–55
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 12, 23, 48, 50–53, 61, 64, 186
- Casebook-metodi 96
- Civil law (määritelmä) 5, 9, 12, 14, 22, 24, 35–36
- Code civil 3, 5, 12, 23, 45, 29, 34, 36–39, 41–43, 45–46, 48, 50, 52, 57, 130, 138
- Codice civile 46
- Colebrook-Biggen komissio 129–130
- Common law
- Afrikassa 29, 123, 124, 126–127, 130, 136, 138, 142–144, 146
 - Intiassa 192, 195, 201, 203, 206–207
 - Yhdysvalloissa 5, 70, 89–91, 93
- Conseil constitutionnel 44
- Conseil d'État 39, 44
- Convención Americana sobre Derechos Humanos 64
- Corpus juris civilis (CJC) 22–23, 25, 59, 177
- Corte costituzionale 46
- Corte Interamericana sobre Derechos Humanos 64
- Cour de cassation 39, 44
- Court of Chancery 80
- David, René* 11, 16, 35, 112, 140
- Derecho indiano 29, 61–63
- Dharma 199
- Dharmasastra 195, 201
- Digesta 25–27, 48, 91
- Donoghue v. Stevenson 86–88, 91
- Draft Common Frame of Reference* (DCFR) 36, 60, 178
- Encomienda 63
- Equity 28, 71, 79–80, 140, 207
- Erie R.R. Co. v. Tompkins 93
- Etelä-Afrikka
- korkein oikeus 130–132
 - perustuslaki 134–136
 - perustuslakituomioistuimien 134, 136
- Etiopian oikeus 144, 147
- Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) 60
- Euroopan unionin tuomioistuin 60
- Eurooppalaisen sopimusoikeuden periaatteet (PECL) 35, 36, 60
- Eurosentrisyys 19
- Fa 169, 173
- Fatwa 160, 165
- Funktionalismi 14–15
- Furman v. Georgia 101

- Gemeines Recht 28, 29
 Germaaninen oikeus 4, 5, 12, 21, 23, 34–35
 Ghanan oikeus 142, 144, 147
Glenn, Patrick H. 16, 29, 35
 Gratianuksen dekreetti (Decretum Gratiani) 30
Grotius, Hugo 33, 127
- Hadith 149, 152, 153, 158–159, 161, 165
 Harmonisaatio (oikeuden) 6, 178
Hart, H.L.A. 85–86
 Hindujen avioliittolaki 198–199, 200
Holmes, Oliver Wendell, Jr. 94–95
 House of Lords 79, 80, 84, 86, 87, 125
 Hudud-rikkokset 162
- Ijma 153, 161
 Inn of Court 71, 73
 Irritantti (oikeudellinen) 11
 Islamin oikeus
 – Afrikassa 142, 147
 – Intiassa 191, 192, 194, 195, 200, 201, 206–207
 Israelin oikeus 123, 125
 Ius commune 8, 21, 27–29, 30–31, 33, 34, 36, 60, 62, 113, 126, 141, 167
- von Jhering, Rudolph* 1, 13, 49–50, 53
 Judicial review 54, 90, 205
Justinianus I 22–23, 25, 59, 65, 91
 Justus titulus 62–63
 Juutalainen oikeus 10, 126, 142
- Kanoninen oikeus 23, 27, 28, 29, 30–32, 33, 73, 77
 Karma 199
 Kastilaitos 193, 194, 196–198, 199–200, 203
Katariina Suuri 114–115
Kelsen, Hans 55–56, 86
 Kiina
 – korkein oikeus 178
 – perustuslaki 179–182
 Kodifikaatio (määritelmä) 38
- Kodifikaatiokiista 49
 Konfutse 169–170, 173, 177, 182–183
 Konfutselaisuus 167–170, 173, 174, 175, 177, 182–183, 184
 Konvergenssi 17
 Koraani 149, 150, 153–159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 196, 207
Kötz, Hein 4, 8, 12, 13, 34, 35, 112
- Landmark decisions 55, 96–104
Lando, Ole 35, 36
 Legalistit 170, 173
Legrand, Pierre 17
 Lex Aquilia 52, 87, 136
 Li 169, 170, 173–174
 Lobolo 145–146
 Lochner v. New York 99–100
Lordi Atkins 86–88
Lordi Denning 84–85
Lordi Mansfield 71, 83–84
 Louisianan oikeus 45, 123, 124, 126
- Magna Carta 78–79
 Mahr 154, 207
Mandela, Nelson 128, 134
 Manun laki 195, 196–198, 203
Mao Zedong 172, 179, 180–181
 Marbury v. Madison 90, 97–98
Marshall, John 97, 98, 100
 Meiji-restauraatio 186
 Mixed legal systems 70, 123–124, 125
Montesquieu 45, 92, 115, 174
 Mufti 160
Muhammed 150, 152, 153–159, 161, 165, 193
- Obiter dictum 81
 Oikeusperhe (määritelmä) 9, 11–13
 Oikeustraditio 5, 6, 15–17, 18, 23, 35, 84, 125, 191
 Oikeusvaltio 18, 54, 82, 120, 132, 134, 136, 179, 183
 Originalismi 105

- Paavillinen vallankumous 27
 Parlement de Paris 37
 Plessy v. Ferguson 99, 101
 Pluralismi 18, 19, 143, 147, 167, 185, 200
 Pohjoismainen Lakimieskokous 7, 67
Portalis, Jean-Étienne-Marie 39–40
 Portugalin oikeus Afrikassa 138, 144, 192
Pothier, Robert Joseph 34
 Preettori 26, 71, 75, 80
 Principles of European Contract Law (PECL) 35, 36, 60

 Qadi 158, 160
 Qing-lakikirja 174–175
 Qiyas 153, 161
 Quebecin oikeus 123, 124, 126

 Ranskan oikeus Afrikassa 138, 139, 142–143, 144, 146
 Ratio decidendi 81, 87
 Realismi 94–95
 Rechtsstaat 54, 82
 Reseptio 6–7, 8, 10, 28–29, 32, 48, 178
 Romaaninen oikeus 3, 4, 5, 21, 34–35, 111, 113, 172
 Roomalainen oikeus 22–23, 24–26, 27–28, 31
 Roomalais-hollantilainen oikeus 29, 124–125, 127, 129–130, 131, 132, 133, 134, 136
 Rule of law 18, 82, 132, 134, 172, 179, 183
 Russkaja Pravda 114

 Saksan oikeus Afrikassa 134, 142, 144
 Sastra 195, 199, 201
von Savigny, Friedrich Karl 49, 83
Scalia, Anthony 102, 105
 Sekaoikeus 131–132
 Sharia 126, 142, 149, 151, 160, 162, 163, 165
 Siete Partidas 29, 47
 Siirtomaoikeus 29, 143

 Siviililakikirja (määritelmä) 38
 Skotlannin oikeus 70, 83, 86–87, 123, 125, 131
Solórzano y Pereira, Juan 63
 Sosialistinen oikeus 12, 58, 59, 111–113, 172
 Sri Lankan oikeus 123, 124–125
 Stare decisis 80–82, 84, 93, 127
 Sunna 149, 153, 159, 160
 Supreme Court of the United Kingdom 79, 125
 Supreme Court of the United States 90, 93, 96–104
 Sutra 195

 Tapaoikeus 37, 64, 114, 127, 133, 135, 139, 140, 142–144, 145, 147, 185
Teixeira de Freitas, Augusto 65
 Tekstualismi 105
Teubner, Gunther 11
Thibaut, Anton Friedrich Justus 49
de Tocqueville, Alexis 94
 Tokugawa-shogunaatti 185–186
 Tort law 75, 86–88
 Totuuskomissio 134
 Transplanti 7, 10, 11, 171, 178
 Treu und Glauben 51

 Veda 192, 195, 196, 198, 199
 Venäjän perustuslaki 120–121
 Venäjän vallankumous 110, 111, 116–117
 Viron oikeus 56, 58–59
 Volksgeist 49

Warren, Earl 100–101
 Waqf 162, 164
Watson, Alan 7, 11

 Yleislauseke 51

 Zvod zakonov 115
Zweigert, Konrad 4, 8, 12, 13, 34, 35, 112

