

OIKEUDEN HISTORIASTA TULEVAISUUDEN EUROOPPAAN



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 26

Oikeuden historiasta tulevaisuuden Eurooppaan

Pia Letto-Vanamo 60 vuotta

Toimituskunta
Olli Mäenpää
Dan Frände
Päivi Korpisaari

Kustannustoimittaja
Pipsa Kostamo

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. 09 6120 300
f. 09 604 668
toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

Kannen kuva: Roland Meinecke / Wikimedia Commons
Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446
ISSN-L 1458-0446
ISBN 978-951-855-338-3

Hansaprint Oy, Vantaa 2014

Sisällys

Pia Letto-Vanamo 60 vuotta. Prof. Pia Letto-Vanamo's 60th Anniversary	VII
<i>Per Andersen – Helle Vogt</i> Vrag, hvaler og kongelig overhøjhed. Forstrandsret i nordisk middelalder	1
<i>Lars Björne</i> Pohjoismaiset oikeustieteelliset aikakauskirjat ja toinen maailmansota ..	15
<i>Yifeng Chen</i> Legal Formalism, Justice and the Judiciary in China	29
<i>Ellen Eftestøl-Wilhelmsson – Anu Bask</i> Is a Harmonised Liability System a Necessary Prerequisite for European Multimodal Transport? The Finnish Logistics Service Providers' Point of View	41
<i>Kaijus Ervasti</i> Neuvotteleminen konfliktinratkaisumenettelynä	51
<i>Dan Frände</i> Åsa Larsson och det förflutna	69
<i>Jaakko Husa</i> Pohjolan oikeus – yhtä perhettä?	77
<i>Teemu Juutilainen – Emilia Korkea-aho</i> Professio ja legitimitetti – mitä virkaa eurooppalaisella juristilla?	89
<i>Jukka Kekkonen</i> Oikeushistoria huipulta huipulle	105
<i>Päivi Korpisaari – Anette Alén-Savikko</i> Tiedonsiirrosta aktiiviseen opiskeluun – tähtäimessä laadukas viestintäoikeuden opetus	119
<i>Toomas Kotkas</i> Suomalainen hyvinvointivaltio ja sosiaalisten oikeuksien lyhyt historia	135
<i>Matti Kunnas</i> Uudistunut valvontamenettely ja sen haaste asianajajan ammattietiikalle	153

<i>Anna-Laura Markkanen – Hannu Nieminen</i> A Crooked Balance of Interests? Comparing Users' Rights in Printed and Electronic Books	163
<i>Heikki E. S. Mattila</i> Oikeudellis-kielellisen dominanssin jatkuvuudesta. Alankomaiden Itä-Intian ja itsenäisen Indonesian oikeus- ja kieliolojen tarkastelua	181
<i>Dag Michalsen</i> Frede Castberg and the Invention of State of Emergency in Norwegian Constitutional Law in the Twentieth Century	201
<i>Tuulikki Mikkola</i> Trust oikeusvertailun kohteena	213
<i>Kjell Å. Modéer</i> Elegi över 1938 års advokater. Om ett par advokater i finlandssvensk och svensk romanlitteratur	223
<i>Olli Mäenpää</i> Hallinto-oikeuden eurooppalainen kodifointi	239
<i>Johanna Niemi</i> Prosessioikeus ja metodin haaste	255
<i>Jaana Norio-Timonen</i> Harmonisaatio ja eurooppalaiset kuluttajavakuutusmarkkinat	261
<i>Kimmo Nuotio</i> Avustettu potilaan itsemurha ja eutanasia	277
<i>Elina Paunio – Suvi Sankari</i> Euroopan unionin tuomioistuin: oikeuden ja politiikan rajapinnassa	295
<i>Jørn Øyrehagen Sunde</i> ”Menneskerettigheter (...) stemmer med rettsfølelsens krav i vår tid”. Eit aktørperspektiv på Dei europeiske menneskerettane sin veg inn i norsk rett	311
<i>Kaarlo Tuori</i> Kansallinen ja ylikansallinen demokratia	327
<i>Kaius Tuori</i> Natseista ja emigranteista oikeustieteen historiassa	341
<i>Terttu Utriainen</i> Historia opettaa rikosoikeustieteilijöitä	359
Kirjoittajat – Authors	367

Pia Letto-Vanamo 60 vuotta

Prof. Pia Letto-Vanamo's 60th Anniversary

Mikäli professori Pia Letto-Vanamon tutkijanuran voisi tiivistää vain kolmeen sanaan, verraten kattava kuvaus sisältäisi ainakin sanat historia, oikeus ja Eurooppa.

Historia, tarkemmin sanottuna oikeushistoria, on ilman muuta Letto-Vanamon leipälaji. Hänen väitöskirjansa käsitteli suomalaisen asianajajalaitoksen syntyä ja varhaiskehitystä (1989). Oikeushistorian alalla hän on tuottelias, aktiivisesti julkaiseva, kansainvälisesti orientoitunut ja arvostettu tutkija, jolla on ohjattavanaan useita tutkijakoulutettavia. Letto-Vanamo toimi oikeushistorian professorina Lundin yliopistossa vuosina 2010–2012. Helsingin yliopiston rehtori myönsi hänelle professorin arvonimen vuonna 2009.

Positiivinen oikeus on nivoutunut Pian tutkimusintresseihin ja painopisteisiin varsin tiiviisti jo oikeushistorian tutkimuksen yhteydessä. Eri alojen oikeudellinen tutkimus, tutkimuksen ohjaus ja oikeustutkimuksen hallinto ovat kuitenkin tulleet erityisen monipuolisesti esiin hänen toiminnassaan Kansainvälisen talousoikeuden instituutin (KATTI) johtajana vuodesta 2001, ja tutkimusjohtajana vuodesta 2012 alkaen. Tässä tehtävässään hän on organisoinut tutkimusta ja tutkimusrahoitusta monen eri alan hankkeisiin, kuten oikeusvertailuun, eurooppa-, ympäristö-, markkina- ja viestintäoikeuteen. Vuodesta 2010 hänen toimintansa painopisteenä on ollut KATTI:n toiminnan jatkaminen ja sen laajentaminen koko tiedekunnalle tutkimuspalveluja tuottavaksi tutkijayhteisöksi. Tehtävään kuuluu edelleen oikeudellisten tutkimusprojektien ideointi ja koordinointi sekä vastuu omista tutkimusprojekteista.

Pian työsaralla Eurooppa on tullut tutuksi monessa yhteydessä. Hän on johtanut pohjoismaista tohtorikoulutettavien verkostoa, osallistunut kahden pohjoismaisen yliopiston tutkimuksen arviointiin ja johtanut kesäkoulua Saksassa oikeushistorian Max Planck -instituutissa. Pia on tieteellisen aktiivisuutensa vuoksi palkittu arvokkailla huomionosoituksilla, kuten kunnia-tohtorin arvolla Lundin ja Turun yliopistoissa 2011 sekä Gentin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan ehdotuksesta vuonna 2008 myönnetyllä Sarton-mitalilla.

Kaikille Pian lähemmin tunteville on kuitenkin ilmeistä, että kolme hyvin valittua sanaa pystyvät vain vajavaisesti kuvaamaan hänen monipuolisia aktiviteettejaan. Tarvitaan siis vähintään kolme lisää: johtajuus, luottamus ja kansainvälisyys.

Pia Letto-Vanamo on luotettu ja aikaansaava akateeminen johtaja, jolle esimiesvastuu, uusien ideoiden generointi, rahoitushuolet ja hallinnon pyörittäminen ovat tulleet tutuiksi muuallakin kuin KATTI:ssa. Hän toiminnut Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkimusasioista vastaavana varadekaanina 2010–2013 ja johtanut tiedekunnan tutkimus- ja tutkijankoulutustoimikuntaa sekä huolehtinut tiedekunnan tohtorikoulutettavien lähiesimiestehtävistä. Parhaillaan hän on Helsingin yliopiston humanistis-yhteiskuntatieteellisen tutkijakoulun johtaja.

Kotimaisista luottamustehtävistä voi mainita Oikeus-lehden päätoimitajuuden, Suomen Asianajajaliiton valvontalautakunnan jäsenyyden sekä pohjoismaisten lakimieskokousten järjestelyelimen jäsenyyden. Pia toimi vuosina 2005–2009 myös Lakimiehen päätoimittajana. Tehtävässään hän paneutui kehittämään lehteä edelleen tutkimuksellisesti korkeatasoisena ja monipuolisena tiedejulkaisuna.

Kansainvälisyys on Pian tutkimuksen ja muunkin toiminnan avainsana. Hänen omassa tutkimustyössään ovat korostuneet suomalaisen oikeuden ja oikeustieteen eurooppalaiset ja pohjoismaiset yhteydet, Euroopan oikeushistoria ja Euroopan integraation historia. Hän on tutkinut lakimiesprofessiota, tuomioistuimenmenettelyä, oikeudellisia käsitteitä ja oikeuskulttuurin eurooppalaistumista. Parhaillaan hän laatii historiallis-vertailevaa tutkimusta juridisesta argumentaatiosta, luonnollisesti kansainvälisiä näkökulmia ja ajatuksia hyödyntäen.

Suureksi dilemmaksi jää kaiken tämän jälkeen se, miten kosmopoliitti Pialla riittää aikaa paneutua myös kaikkeen muuhun: flamencoon, pyöräilyyn, kauko- ja lähimatkusteluun, vieraanvaraisuuteen, kulttuuriin, sienestykseen ja gastronomiaan, vain muutaman ensimmäisenä mieleentulevan intressin mainitaksemme. Vauhtia ei näytä hiljentävän 60-vuotisjuhlapäivän merkkipaalukaan, mutta oikein hyvä näin, sillä Pian rakentavaa panosta tarvitaan edelleen. Juhlakirjan toimituskunta ja kirjoittajat esittävät lämpimät onnittelet juhlapäivän johdosta!

If one were to characterize prof. Pia Letto-Vanamo's academic career to date with only three words, the most appropriate terms would most likely be History, Law, and Europe. *History*, since Pia's scholarship commenced with a dissertation on the birth and development of the advocate's profession

in Finland. And since that, her research has continued to focus on a variety of topical issues of legal history. Also *Law*, because Pia has always taken a keen interest in problems of positive law and the advancement of legal scholarship. As the long-standing Director of the Institute of International Economic Law (KATTI) and during her vice-deanship she has actively promoted and supervised research on a wide range of legal topics. Increasingly, *Europe* has become the defining term combining in a fruitful manner the two first mentioned. Pia's scholarly interests now cover both issues of European legal integration and European legal history with an emphasis on their comparative and theoretical dimensions. Wishing all the best for Pia's future endeavors on these and even other fields of research we would like to express our heartfelt congratulations on this festive occasion!

Olli Mäenpää

Dan Frände

Päivi Korpisaari

Vrag, hvaler og kongelig overhøjhed Forstrandsret i nordisk middelalder

”Vrag, som driver i Land, og som ingen Mand følger med eller kommer efter, det tilhører Kongen, fordi Kongen ejer alle Forstrande, og det, som ingen Mand ejer, det ejer Kongen ligeledes.”¹ Sådan begynder det første kapitel om vrag i Jyske Lov fra 1241, og selvom de følgende kapitler indeholder en række bestemmelser om vrag, er det grundlæggende omdrejningspunkt reguleringen af forstrandsretten. Spørgsmålet om, hvem der havde forstrandsrettigheder, var da heller ikke ubetydeligt i samfund som for eksempel det islandske, hvor en strandet hval kunne udgøre forskellen mellem sult og overflod, og netop spørgsmålet om forstrandsretten er således et godt mikrostudie i, hvordan spørgsmålet om ejendomsret, kongelige privilegier og kampen for ressourcer smeltede sammen i middelalderen.² Og det er også et godt emne til at illustrere, hvorfor der både er ligheder og forskelle inden for de nordiske retsordninger, og om der er noget særligt ’nordisk’ i forhold til andre (europæiske) retsordninger; et spørgsmål, som Pia Letto-Vanamo for nyligt stillede på den 10. *Carlsberg Academy Conference on Medieval Legal History*. For vi finder regler om forstrandsrettigheder i de fleste nordiske lande i middelalderen, men som bestemmelsen fra Jyske Lov viser, ejede den danske konge alle forstrande, mens noget lignende ikke findes i de andre nordiske lande, hvor lovene derimod tager udgangspunkt i, at der er en privat lodsejer. Sådanne grundlæggende retlige forskelle fortæller derfor noget om standsforskelle, kongens magtstilling og lokalsamfundenes afhængighed af de ressourcer, som havet bragte.

¹ Danmarks gamle Love paa nutidsskandinavisk. Kroman, Erik – Iuul, Stig (red.). København 1945, Bd. 2, Jyske Lov, III, 61, s. 221.

² Spørgsmålet om forstrandsretten udgør en del af et større projekt om ’grey zone property’, dvs. den del af ejendomsretten i middelalderens Norden, der ikke kan passes ind i de sædvanlige kategorier – løsøre eller fast ejendom – som Helle Vogt arbejder på i samarbejde med professor William Ian Miller. Det, der satte projektet i gang, var et spørgsmål til professor Miller fra Pia Letto-Vanamo på REUNA-mødet i Reykjavik i 2006 om, ”where is the law?” i hans studie af talionsprincippet i afhandlingen *An Eye for an Eye*, Cambridge 2006.

I det følgende ser vi først på den nordiske regulering af forstrandsrettigheder, dernæst overvejer vi, hvad det siger om eksistensen af en 'nordisk ret' i forhold til anden europæisk ret eller 'national ret'.

1 VRAG, STRAND OG FORSTRANDSRETTIGHEDER

Inden vi ser på reglerne og deres betydning lige et par ord om de anvendte begreber. På moderne dansk bruges betegnelsen 'vrag' udelukkende om skibe, der er kæntrede, mens 'vraggoods' betegner drivgoods, hvad enten det er dele af et skibsvrag eller dets ladning. På gammelt dansk havde ordet *wræck* – vrag – en meget bredere betydning, idet det betegnede alt, hvad der blev skyllet op på stranden fra havet uden, at ejeren fulgte med. I Danmark var vragbegrebet tæt forbundet med kongens ret til alle forstrande kombineret med, at alt herreløst gods tilhørte kongen.³ I Jyske Lov blev herreløst gods defineret som "hvad der har været i anden Mands Besiddelse saasom Kiste eller Tømmer eller Klæder ... tilhører Kongen, hvis ingen kommer efter det. Men Fisk som en Mand kan bære, saasom Marsvin eller Sæl og deslige mindre Fisk, det er ikke Vrag, undtaget Stør, for Hval og Løft og Stør og alle store Fisk, som man ikke kan bære, de er alle Vrag."⁴ I Norge og Sverige⁵ bruges ordet 'vrag' kun om skibe og gods, ikke om hvaler og andre kostbare fisk. Det er troligt, at forskellen er en illustration af forskellen i de kongelige regaler mellem henholdsvis Danmark og Norge samt Island, hvor kronen først efter annekteringen fik adgang til afgifter.⁶

³ Kongens ret til vrag kan være så gammel som det sene 1000-tal, mens idéen om særlige kongelige regaler først fik teoretisk fodfæste i 1100-tallet. Det er diskuteret, hvornår vrag blev et kongeligt regale og ikke blot en ret knyttet til kronen og ikke kongens person, se *Fenger, Ole*: Kongelev og krongods. Historisk Tidsskrift bd. 100, hf. 2. København 2000, s. 257–283, specielt s. 273–276.

⁴ Jyske Lov, III, 62, s. 221.

⁵ Vrag er stort set ikke omtalt i de svenske love, hvilket blandt andet kan forklares ved, at det svenske rige havde meget få kyststrækninger, faktisk havde flere af de svenske provinser slet ikke nogen kystlinje. Bestemmelser om vrag findes således blot i Byggingabalken i Östgötaloven, hvor finderens ret til en tredjedel af værdien af vraggoods, mens ejeren, eller kongen, hvis ejeren ikke meldte sig, skulle have de sidste to tredjedele, jf. Svenska Lanskapslagar. Holmbäck, Åke – Wessén, Elias (red. og overs.). Bd. 1: Östgötalagen, Byggingabalken, XXXVII, § 2, s. 222–223. Ejendomsretten til strandede hvaler er ikke berørt her, hvilket formentlig hænger sammen med, at hvaler er et sjældent syn i Østersøen.

⁶ I Le Grand Coutumier de Normandie nedskrevet i 1200-tallets første halvdel er der en udførlig beskrivelse af, hvad hertugens forstrandsret indebar, nemlig stort set alle kostbarhe-

Ved forstranden forstås på moderne dansk ”det inderste område af havet, nemlig fra havstokken ud til sejldyb, eller som man siger ved den jyske kyst, ud til den linje, hvortil en hest kan gå (ud) eller en båd flyde (ind).”⁷ Eller med andre ord, at forstranden er en del af søterritoriet, og at den derfor ikke fastslår ejendomsretten til strandarealet. Stranden defineres omvendt som det område, der går fra havstokken til dér, hvor en egentlig vegetation, der ikke er afhængig af saltvand, begynder. Hvis man besidder forstrandsretten, opnår man ejendomsret til alt af værdi såsom vrag, vragskud og hvaler, der driver i land uanset, om det er på forstranden eller på den egentlige strand. Strandretten derimod er selve ejendomsretten til stranden, det vil sige retten til at bruge og udnytte stranden. I middelalderens Danmark brugtes betegnelsen ’forstrandsret’ – *forstrandæ* – som en samlet betegnelse for retten til alt, hvad der drev i land, samt til vrag og på strandbredden, mens man i Norge og Island skelnede mellem forstranden og stranden.⁸

Som det følgende vil vise, var der en stor varietet i reglerne for vrag- og hvalret mellem de nordiske lande og – ikke mindst – stor forskel i reglernes kompleksitet. Hvor de danske bestemmelser er ganske korte og i hvert fald på papiret ukomplicerede, er de islandske meget omfattende både i omfang – omkring 20 trykte sider – og i anvendelse, hvilket igen afspejler forskellen i rettigheder og betydningen for aktørerne.

der: ædle metaller, purpurfarvet klæde, kostbar pels, valrustænder, stør, jagtfulge og -hunde, mens hvaler var undtaget. Det er interessant, at den betegnelse, der bruges både her og i andre normanniske kilder for den hertugelig ret er *werec* eller *verisco*. Stavningen varierer som i de danske love, men det er næppe tilfældigt, at det er den samme betegnelse, der bruges om fyrstens forstrandsret, jf. *Le Grand Coutumier de Normandie, The Laws and Customs by which the duchy of Normandy is ruled*. Everand, Judith Ann (overs. og red.). Jersey and Guernsey Law Review Ltd. Royal Court House, St Heller, 2009, s. 77–81: ”*Illum autem veriscum tantum dicitur quod ad terram mare projicit et expellit*” (s. 81). Et andet sammentræk mellem dansk og normansk ret er, at vragskud skulle opbevares i et år og en dag, og at den oprindelige ejer inden for denne frist kunne få sin ejendom tilbage mod betaling af udgifter ved bjærgning og opbevaring.

⁷ *Thygesen, Frants*: Strandret syd og nord for Kongeåen, s. 499–523, særtryk af Juristen, København 1964, s. 502.

⁸ På Island, hvis man skal tro Grágás, var det ganske normalt, at storbønderne, der havde gårde indenlandsk, lejede strandbred med alle rettigheder, så de havde mulighed for fiskeri. I disse lejekontrakter spillede det en stor rolle, hvorvidt de kun havde lejet stranden eller også forstrandsrettighederne, da lejeren kun i det sidste tilfælde havde ret til hvaler, tømmer og andet, der drev ind på stranden, jf. Grágás. *Islændernes Lovbog i Fristatens Tid*. Udgivet efter det kongelige Biblioteks Haandskrift. Finsen, Vilhjálður (overs.). København 1870, Del. 4, Jordløsningsafsnittet § 209, s. 122.

2 LIGHEDER OG FORSKELLE I DEN NORDISKE REGULERING

De danske love opererer grundlæggende med to forskellige former for vrage: hvaler og andre kostbare fisk⁹ over for skibsvrage og vragegods. Med hensyn til hvaler og st r var reglen, at den, der først fandt det, skulle rapportere det til kongelige ombudsmand i det p g eldende herred. Findel nnen afhang af, hvilken form for transportmiddel finderens benyttede sig af. Var han til fods, måtte han tage så meget, han kunne bære; til hest så meget, som hesten kunne bære; til vogns et vognlæs; og kom han sejrende, måtte han tage et skibsl s, dog kun op til, hvad en seks resb d kunne rumme.¹⁰ Sammenhængen mellem transportmiddel og størrelsen af findel nnen kan formentlig delvist forklares ud fra, at finderens skulle tage sin findeløn med sig, når han havde fundet hvalen. Denne regel kunne begrundes i, at det dermed var markeret overfor andre, der senere fandt hvalen, at de ikke ville få nogen andel i den. En anden forklaring kunne have at gøre med status, da en fattig mand var mere tilbøjelig til at være til fods eller i en meget lille b d, hvorfor mere velhavende personer indirekte blev givet en fordel.

Skibsvrage og  vrigt vragegods, der var skyllet op på kysten, tilhørte eksklusivt kongen. Hvis ejeren eller hans arvinger senere meldte sig og kunne bevise deres besiddelse, havde de dog ret til at få sin ejendom tilbage mod at betale kongens ombudsmand for hans udgifter ved opsamling og opbevaring. Hvis ejeren fulgte med vragegodset ind til kysten, beholdt han sin ejendomsret til det, så længe han selv eller via hjælp fra andre ”for gode ord eller betaling” kunne bjærge det. Ejers ejendomsret understreges af, at ”[lider] en Mand Skibsbrud, da maa hans Gods aldrig betragtes som Vrage, saa længe han selv kan bjærge det.”¹¹ I det  jeblik ejeren opgav at redde godset, havde kongens ombudsmand lov til at se, om han kunne bjærge det, og s  kunne ejeren kun få det tilbage, hvis han betalte l sepenge til ombudsmanden.¹² Dette privilegium har tydeligvis været en lidt for god forretning for mange ombudsmænd, idet de yngre landskabslove har bestemmelser rettet mod ombudsmænd, der tager ulovligt vrage. Sanktionen var ifølge Jyske Lov, at

⁹ Hvalen blev betragtet som en fisk og ikke et pattedyr.

¹⁰ Danmarks gamle Landskabslove med Kirkelovene. Brøndum-Nielsen, Johs. – Jørgensen, Poul Johs. (red.). Det Danske Sprog- og Litteraturselskab, København 1933–1961, Bd. I, 1: Skånske Lov, 164; Bd. II: Jyske Lov III, 62; Bd. V: Eriks sjællandske Lov II, 62. I Eriks sjællandske Lov er en lille robåd også nævnt.

¹¹ Skånske Lov, 165, her citeret efter Danmarks gamle Love p a nutidssansk, s. 57–58.

¹² Ibid., Skånske Lov, 165; Eriks sjællandske Lov III, 58, 60–61; Jyske Lov III, 63.

de mistede deres embede, mens man ser en mere pragmatisk tilgangsvinkel i Eriks sjællandske Lov, nemlig at det er bedst at overlade bjærgningen til ombudsmanden og derefter betale det beløb, han krævede.¹³

Skibsvrag og vraggods er stort set ikke behandlet i de norske love. Den eneste bestemmelse findes i Gulatingsloven, der dækkede det sydvestlige Norge. Vraggods tilhørte i udgangspunktet ejeren, hvis han meldte sig og kunne bevise sin ejendomsret, mens alt andet vrag tilhørte kongen.¹⁴ De danske og norske regler om vrag var altså stort set ens, men mens bestemmelsen kun fylder fire linjer i en af de norske love, er de langt mere udbygget i de danske. Det er ikke underligt, at der er meget mere fokus på skibsvrag og vraggods i de danske love. De danske søveje udgjorde porten fra Vesterhavet til Østersøen, hvor tusindvis af skibe passerede hvert år. Helt op til moderne tid har strandinger og vraggods været en stor kilde til indtægter ikke kun til kronen og dens strandingsfogeder, men også til befolkningen ved de farlige kyster, der både lovligt og ulovligt tjente på bjærgning og husning af skibsbrudne.

Hvad angår hvaler og andre kostbare fisk er der langt større variation mellem de danske og norske regler. Modsat Danmark, hvor kongen alene besad forstrandsretten, når hvaler strandede, måtte kongen i Norge dele med ejeren af jorden. Forskellen er også understreget ved, at hvaler ikke kaldets 'vrag'. For hvaler, der i Norge strandede på kysten uden menneskelig indblanding, var reglen, at op til en hvis størrelse tilhørte hvalen finderens, mens større hvaler skulle deles ligeligt mellem lodsejeren og kongen, hvis hvalen var gået på grund; jordejeren havde ret til hvalen alene, hvis den var skyllet helt ind på det indhegnede område på kysten, det vil sige op på de strandområder, der brugtes til græsning. Dette var noget der formentlig kun skete i forbindelse med kraftige storme og oversvømmelser. For almindelige fribårne mænd gjaldt det, at hvis de fandt hvalen, kunne de råde over hele hvalen, hvis den var under ni alen lang, mens *haulder*, en særlig stormandsklasse, havde ret til alle de hvaler, de fandt, der var under 18 alen lange.¹⁵ Blev en større hval fundet, skulle finderens sikre, at hvalen ikke flød ud i vandet igen, sætte sit mærke på hvalen og rapportere det til kongens lokale repræsentant. Til gengæld for anstrengelsen fik finderens det såkaldte

¹³ Ibid., Eriks sjællandske Lov III, 61; Jyske Lov III, 63.

¹⁴ Norges gamle Love indtil 1387. Keyser, R. – Munch, P. A. (red.). Christiania 1846, Bd. 1: Ældre Gulatingslov, 146, s. 58.

¹⁵ Der er ingen middelalderlige kilder, der angiver, hvor lang en alen var, men senere har man regnet sig frem til 47,4 cm. For den norske alen, se *Stigum, Hilmar*: "Alen, norsk". Kulturhistorisk Leksikon for nordisk middelalder, Bd. 1, s. 74–75.

'findersspæk', hvis størrelse igen afhæng af finderens sociale status: jo højere status, jo større andel.¹⁶

Forskellen mellem de danske og norske love med hensyn til størrelsen i finderens andel af spækket, der i Norge afhæng af status, mens det i Danmark afhæng af transportmiddel, kan igen forklares ud fra fraværet af social status blandt frifødte i de danske love. Den kongelige regaleret til hvaler var mindre i Norge end i Danmark, hvilket ved første øjekast kan give indtryk af, at den danske konge havde en stærkere position end den norske, men man må holde sig for øje, at den norske kyststrækning var meget længere end den danske, hvorfor det også har været vanskeligere for den norske konge at kontrollere kysten, end det var for den danske.

Udover retten til strandede hvaler har Gulatingsloven og Magnus Lagabøtes Landslov fra 1274 en række bestemmelser om hvaljagt og retten til hvaler fundet på havet. Vi kommer her ikke ind på disse rettigheder, da de ikke vedrører forstrandsretten, men der er dog én ting, der værd at nævne, da det illustrer, at selvom lodsejeren havde ret til halvdelen af den strandede hval, hvis den lå i vandkanten, så havde han ikke fuldstændig ejendomsret til stranden, idet andre havde fri adgang til den. Hvis hvalfangere drev en hval på grund, havde de ret til at få den på klipperne eller strandbredden uden at give lodsejeren en andel eller kompensation. Det var først i det øjeblik, at flænsningen af hvalen beskadigede græsgangene eller afgrøderne, at de skulle give landejeren en andel.

Hvor de danske og norske bestemmelser om forstrandsrettigheder i hvert fald på papiret er forholdsvis ligetil, så er det en hel anden historie med de islandske. Det lyder ellers ganske simpelt, når man begynder at læse den første paragraf om, hvad der kommer drivende i land. Udgangspunktet er, at ejeren er berettiget til alt træ,¹⁷ fisk, sæler og hvaler, der kommer drivende op på stranden foran hans jord. Denne ret var dog betinget af, at han ikke havde solgt eller udlejet forstrandsretten, for i så fald havde strandejeren kun ret til at udsætte fiskegarn til småpinde og mindre fisk, der skyllede i land.¹⁸ Forstrandsretten var en meget værdifuld rettighed, og den

¹⁶ Om hvalretten i de norske love, se Norges gamle Love, Bd. 1: Ældre Gulatingslov, 165–166, s. 149–150, s. 59–60; Ældre Frostatingslov XIV, 10, s. 252; Bd. 2, Nyere Landslov: Landleieboken § 64, s. 146–148.

¹⁷ Grundet træmanglen på Island var drivtømmer en vigtig ressource, der derfor også optager en del plads i lovgivningen, men da drivtømmer er specielt for Island i forhold til de andre nordiske lande, er det ikke behandlet her.

¹⁸ Grágás, 4. del: Jordlønningssafsnittet, § 209, s. 122. I det følgende henvises til bestemmelserne, som de står i Konungsbók, det ældste af de to bevarede manuskripter af Grágás, da

gik længere ud end blot, hvor vandet stod lavest ved ebbe. Lovgivningen opererede med to imaginære ejendomslinjer i havet, hvor den første var det yderste garnsætningsmål,¹⁹ det vil sige dér, hvor strandejeren havde eneretten på fiskeriet. Yderste garnsætningsmål var defineret som ”det, hvor et Sælhundenet, tyve Masker dybt, ved Ebbetid naar til Bundens, saaledes at Flodholterne²⁰ da flyde over Vandet.”²¹ Uden for garnsætningsmålet var det tilladt for alle at fiske.

Ejendomsretten til drivgods – hvad enten det var træ, hvaler eller andet – opstod imidlertid endnu længere ude på vandet. Her var grænsen defineret som ”længere ude (paa Søen) foran anden Mands Strand, end at man (fra Land) kan see en udflækket Fisk paa Baadens Side; det skal være en Torsk, saa stor, at den, naar den er flækket en Alen bred over Ryggen.”²² Denne ejendomslinje synes noget besynderlig, for skal man virkelig forestille sig, at alle både har haft en torsk tømret til bådsiden?! Og selvom de så havde, hvordan ville det så hjælpe mændene i båden til at vide, om det tømmer eller hval, de fandt flydende på vandet, var inden eller uden for grænsen. Det kan synes besynderligt, at man i loven opererer med en regel, der indeholder så mange potentielle konflikter. Men problemet har selvfølgelig været, at det har været umuligt at markere den ydre grænse for retten til drivgods på landjorden. Det ville kræve, at der blev opstillet markører meget tæt på landjorden, og det ville stadig være åbent for tolkning, hvornår folkene i bådene kunne se mærkerne, da synsevne heller ikke er en objektiv størrelse. Så mon ikke man skal forestille sig, at torsken har været en symbolsk grænse? Det vil sige et udtryk for konsensus omkring, hvor omtrentligt jordejerens rettigheder opstod. På trods af den kolossale mængde af regler om forstrands- og vragrettigheder må det islandske samfund altså til en vis grad have været reguleret af uskrevne normer og en afvejning af ret og rimeligt, ellers er det svært at forestille sig, hvordan det kunne fungere. Derimod er det ikke underligt, at forstrandsretten ikke er defineret ud fra ebbe og flod i

denne er oversat til dansk; den lidt yngre Skáðarhóltsbók har længere og mere detaljerede bestemmelser om hvaler, men substansen er den samme. At hvalreglerne er ekstra uddybet i Skáðoltsbók, understreger blot, hvor vigtig reguleringen af hval har været. For reglerne i Skáðarhóltsbók, se Grágás. Efter det Arnamagnæanske Haandskrift Nr. 334 fol., Skáðarhóltsbók, Landabrigðis-Þáttur, 443–459, København 1879, s. 515–537.

¹⁹ Denne var den yderste grænse for de småmaskede fiskenet, der blev sat lodret i vandet og fangede de fisk, der forsøgte at svømme igennem.

²⁰ De flydere, der holdt nettet oppe.

²¹ Grágás, 4. del: Jordløsningsafsnittet, § 212, s. 124.

²² Grágás, 4. del: Jordløsningsafsnittet, § 211, s. 123.

den islandske lovgivning, for modsat Danmark er de fleste af de islandske kyster ikke dækket af sand, men derimod af sten og klipper, hvorfor det dybe vand ofte begynder meget hurtigt, således at en flod- og ebbe-målestok ville gøre forstrandsrettighederne nærmest illusoriske mange steder på Island.

Der er få bestemmelser i den islandske lovgivning om skibsvrag og vraggods. Vrag defineres snævert som gods, der flyder i land sammen med ligene af mennesker, eller gods, der flyder i land, og hvor man regner med, at ejerne er døde. Jordejeren pålagdes at sørge for en kristen begravelse af ligene, og hans betaling derfor fastslås. Ellers handler vragbestemmelserne om, hvordan man skal forholde sig, hvis påståede arvinger gør krav på godset. Der er en udførlig beskrivelse af opbevaring af vraggods, bevisreglerne i forhold til proceduren for at få arv udleveret og omkring vurdering af værdien af vraggodset. Der siges intet om, hvordan man skal forholde sig i tilfælde af, at der ikke er nogen arvinger, som melder sig, men det må formodes, at jordejeren i det tilfælde opnåede ejendomsretten.²³

Hvis omfanget af bestemmelserne i Grágás afspejler betydningen af et fænomen på Island i fristatstiden, har vrag ikke været en større ressource, og de juridiske stridigheder, som vraggods har ført med sig, har så været mellem jordejeren og eventuelle potentielle arvinger. Hvaler derimod har været en meget vigtig indtægts- og næringskilde og dermed også en konstant kilde til konflikter. Dette afspejles også i sagaerne, hvor flere store fejder begynder over retten til strandede hvaler.²⁴ Når reguleringen på hvalområdet så kommer, bliver den meget omfattende. Det er måske heller ikke helt tilfældigt, at reglerne i det yngste håndskrift af Grágás – *Staðarhólsbók*, der formentlig er fra omkring 1270 – er langt mere detaljerede end i det blot ti år ældre håndskrift *Konungsbók*, der formentlig stammer fra omkring 1260; det kan meget vel være et udtryk for et behov for en endnu mere udførlig regulering på netop dette område. Bestemmelserne går da stort set også uforandrede ind i Jonsbogen, den norske konges lovbog for Island fra 1281, og i Norske Lov fra 1687, hvor regulering af hvalret er et af de få områder, hvor særlovgivning for Norge og dets lydlande opretholdes.

I reguleringen af hvaler var der på Island to overordnede hensyn: Hvor blev hvalen fundet, og var den harpuneret eller ej. Hvis en hval kom inden

²³ Grágás, 4. del: Jordløsningsafsnittet, § 218, s. 132–133.

²⁴ Om konflikter over hvaler i sagaerne, se *Whitaker, Ian*: Whaling in classical Iceland. *Polar Record*, 22(138), 1984, s. 249–257. Det er dog værd at bemærke, at sagaerne ikke henviser til specifikke lovregler, men til ret og rimeligt. Dog fortæller Grettis saga om forslag til lovregler og Víga-Glúms saga om, at ligegyldigt hvad loven sagde, var det den stærkeste ret, der gjaldt, *ibid.*, s. 253.

for torskelinjen af naturlige årsager som strøm eller storm, tilfaldt hele hvalen forstrandsejeren, med mindre hvalens død ikke skyldtes naturlige årsager. Var der en harpun i hvalens vitale områder, tilfaldt halvdelen af hvalen harpuneren. Dette gjaldt dog kun, hvis harpuneren fulgte med hvalen ind til kysten, ellers skulle lodsejeren sørge for, at harpunerens halvdel blev flænset. Af det flænsede tilkom halvdelen af det flænsede harpuneren; dog gjaldt, at meldte han sig først efter, at hans andel var flænset, måtte han nøjes med en fjerdedel. Kom han, mens flænsningen var i gang, fik han den ikke-flænsede del samt halvdelen af det, der var flænset, udleveret.²⁵ Det var ikke kun en ret for harpuneren, men ligefrem også en pligt for jordejeren at sørge for, at harpunerens del af hvalen blev flænset, hvilket må ses som et udtryk for den kollektive bevidsthed, der var omkring at sikre, at de store ressourcer, som hvalerne udgjorde, blev sikret. Skulle jordejeren have besvær med at flæse og opbevare harpunerens andel, skulle han da også have noget ud af arbejdet. Betydningen af at sikre kød og spæk bliver understreget af bestemmelsen om, at når en hval blev fundet drevet i land, havde alle ret til at begynde at flænse den. Flænserne havde i disse tilfælde ret til en fjerdedel af det, de flænsede, indtil ejeren af forstranden eller en af hans mænd kom til stede. En sådan bestemmelse må afspejle et ønske om, at lokalsamfundet aktivt tog del i sikringen af kød og spæk. Da ejerne eller lejerne af forstrandene tit boede inde i landet, kunne der gå lang tid, fra hvalen blev fundet, til de eller deres mænd kunne komme til stede, og dette havde man som samlet samfund ikke råd til.²⁶

Hvis en hval blev fundet flydende uden for torskelinjen, tilfaldt den finderne, hvis de var i stand til at sikre og flænse den på vandet. Der var dog en finte ved denne ret, for kom en anden båd, og mændene i denne båd tilbød deres hjælp (selvfølgelig mod en andel i hvalen), havde finderne ret til at nægte at modtage deres hjælp, men hvis finderne – hvad end grunden var – mistede hvalen, skulle de betale erstatning til mændene i den anden båd for deres tabte potentielle indtægt. Denne bestemmelse kan ses som en tidlig forsikringsbestemmelse, hvor finderne kunne sikre indtægten af deres fund mod at afgive en del af det – ’tegnede’ de ikke denne ’forsikring’, blev de derimod ansvarlige for det tab, mændene i den anden båd direkte, og lokalsamfundet indirekte, kunne lide.²⁷

²⁵ Grágás, 4. del: Jordløsningsafsnittet, § 215, s. 126.

²⁶ Ibid, § 214, s. 125.

²⁷ Normalt regnes opkomsten af forsikringsinstitutioner til den elizabethanske periode, hvor firmaer, der i struktur minder om moderne forsikringselskaber, opstod, men helt tilbage til

Det har været vanskeligt at flå en hval på åben hav, derfor valgte finderne ofte at drive hvalen, hvad enten den var levende eller død, ind til kysten. Dette gjorde flænsningen af hvalen meget lettere, men det havde også økonomiske konsekvenser, idet forstrandsejeren så fik ret til en tredjedel af hvalen. Denne andel ville dog ofte sikkert være mindre, eftersom dem, der drev hvalen i land, kunne begynde flænsningen med det samme og dermed rettelig sikre sig en større andel. Hvis hvalen var død eller dødeligt såret på grund af en harpun, skulle jordejeren da også overlade halvdelen af sin andel til harpuneren efter de samme regler som beskrevet ovenfor.²⁸

Det har givetvis været en risikabel levevej at være harpuner, for man skulle tæt på hvalen, og en lille båd har ikke ydet meget sikkerhed. Det var dog også et meget rentabelt hverv, da man var sikret en stor andel af de dræbte hvaler, også selvom man ikke fulgte dem til kysten eller tog del i flænsningen. Det kan ikke undre, at jordejerne har haft en stor interesse i at overse en harpun eller kategorisere den som ikke-dræbende. Disse konflikter giver sig da også udslag i flere sider om bevisregler, tinglysning af harpuner og lignende.²⁹

Selvom Island kom under den norske konge, førte det ikke til ændringer i forstrandsrettighederne. I Jónsbóken fik kongen ikke forstrandsret eller ret til del i udbyttet af det, der strandede på kysten. De tidligere regler blev ført over i den nye lovbog med den ene forskel, at kongen fik ret til en andel af bøderne, hvis reglerne blev brudt.³⁰

For at opsummere: Der er en stor variation i reglerne for forstrandsret i de nordiske lande både med hensyn til kongens regaler, forstrandsbesiddelsen og belønning for at finde en hval. Disse regler er eksempler på, at der på visse områder var ganske store variationer i de nordiske retsordninger i middelalderen. Variationer, der alt andet lige må forklares ud fra forskelle

romerretten har man til en hvis grad kunne sikre sig mod tab, jf. *Thomas, P. J.*: Insurance in Roman Law: Martialis Epigrammaton III 52. TSAR, 2009, 2., s. 264–273.

²⁸ Grágás, § 216, s. 129–130. Som i Norge og Danmark fik finderne af en hval en belønning derfor. Fandt man en hval flydende på vandet uden for torskelinjen, var finderens andel 30 ladninger spæk, der blev taget af drivernes andel, og da det ofte var dem, der fandt hvalen, var andelen symbolsk. Blev en hval fundet på landjorden, og den var over 20 alen lang, fik finderne 240 pund, men kun hvis han sikrede hvalen mod at drive ud igen, jf. *ibid.*, § 217, s. 130. Finderens andel var uafhængig af hans stand og transportmiddel, modsat de danske og norske regler.

²⁹ *Ibid.*, § 215, s. 128–130.

³⁰ I Járnsida – den første lovbog, som den norske konge søgte at få indført i Island, men Altinget forkastede – står der intet om forstrandsret og hvaler. Om forstrandsrettigheder i Jónsboken, se Den Islandske Lov, Jons Bogen. Thorhallesen, Egel (overs.). København 1763, Rekebalen, s. 247–266.

i den sociale struktur, kongernes beføjelser og de lokale ressourcer samt – ikke mindst – naturgivne vilkår og muligheder. Jura er jo et forsøg på at regulere de problemer, der er opstået i et samfund, og når der er så forskellige regler omkring for eksempel forstrandsrettigheder og retten til vrage, må det hænge sammen med tilsvarende forskelle i ressourcer, livsgrundlag og geografi, der kalder på meget forskellige retlige reguleringstiltag mellem de fede landbrugsområder i syd og øst og de barske klippefyldte områder i det nordvestlige Norden.

Det er i og for sig ikke overraskende eller en ny indsigt, for allerede Montesquieu påpegede tilbage i 1700-tallet, at hvert samfund indretter sig efter, hvad der er nødvendigt og mest fornuftigt i forhold til de geografiske, topografiske, sociale, økonomiske og religiøse vilkår, man er underlagt, men det kan alligevel godt kalde på et par refleksioner til den altid nærværende diskurs om, om der er noget i middelalderen, der er særligt ’nordisk’ i forhold til noget, der antageligvis er ’almeneuropæisk’. Dette spørgsmål vil vi på baggrund af eksemplet om forstrandsrettigheder kort adressere her til slut, da det med jævne mellemrum dukker op i især nordiske retshistorikerkredse.

3 EN NORDISK RETSKULTUR I MIDDELALDEREN?

Ud fra eksemplet omkring forstrandsrettigheder er det svært at påstå, at der i middelalderen eksisterede en særlig nordisk retskultur, og at de nordiske retsordninger havde afgørende fælles træk, når det kom til den konkrete materielle regulering af et område som forstrandsrettigheder. Det eneste, der synes at have været fælles, var, at man overhovedet havde en regulering omkring forstrandsrettigheder – men det var jo også kun dér, hvor man faktisk havde tilpas store kystområder, hvor der kunne opstå tvivl om, hvem der havde ret til hvad. Og det er såmænd ikke unikt for de nordiske retsordninger, for forstrandsretten finder vi helt tilbage i romerretten,³¹ der i vanlig stil kategoriserer forskellige mulige tvivlstilfælde og retskrav. Og den er – ganske som i Norden – aktuel og omstridt over det meste af både Nord- og Sydeuropa gennem middelalderen i et sammensurium af sædva-

³¹ En afgørende forskel mellem forstrandsretten i romerretten og den forstrandsret, der udviklede sig i mange af de middelalderlige kongeriger, er, at ifølge *Institutiones* var forstranden fælles eje, hvorfor ingen kunne kræve særlige privilegier, og alle herreløse ting tilfaldt finderne. Gai *Institutiones* or *Institutes of Roman Law* by Gaius, med kommentarer og oversættelse af Edward Poste, Oxford 1904, II, 1,3, 5, 18.

ner, kongelige forsøg på at tiltrække sig større magt og de voksende urbane handelscentres interesse i at sikre sig deres gods, hvis skibe strandede.³² End ikke i de nordeuropæiske købstæder, der jo ellers havde fælles interesser og en rimelig ensartet handelsstruktur, var der en særlig ensartet forholden sig til spørgsmålet omkring vrage og retlige problemstillinger.³³ Isolerer vi spørgsmålet om forstrandsrettigheder, synes konklusionen altså at være, at der både inden for det nordiske område såvel som i resten af Nordeuropa – og i Europa i det hele taget – var så mange forskellige retlige reguleringer heraf, at det på ingen måde giver nogen mening at forestille sig eller operere med én retskultur som ramme. End ikke en nordisk.

Nu kan spørgsmålet, om der eksisterede en særlig nordisk retskultur i middelalderen eller for den sags skyld senere selvfølgelig ikke indskrænkes til blot at blive afgjort af, om der var en ensartet forstrandsret eller ej, afgørelsen heraf er selvfølgelig meget mere kompleks. Forskellige teorier om retsfamilier, retskulturer og retstraditioner arbejder da også med forskellige vinkler på det nordiske spændende lige fra, at der intet særligt nordisk er i forhold til en almen europæisk tradition, over en opfattelse af, at det nordiske er en særlig afart af det almeneuropæiske til en teori om, at det nordiske er noget helt anderledes end både det kontinentaleuropæiske og common law-traditionen, liggende ét eller andet sted mellem de to.³⁴ Vurderingen heraf afgøres selvfølgelig af, hvordan man definerer 'retskultur', 'retsfamilie' eller 'retstradition', dvs. hvad det er, man lægger særligt vægt på som konstituerende for en given retskultur eller retsfamilie, for eksempel vægtingen af skriftlige retskilder, nogenlunde ensartede materielle regler, de processuelle regler, det ideologiske sigte med den retlige regulering osv. Når det gælder spørgsmålet, om der er en vis ensartethed over de nordiske retsordninger, som er nok til at konstituere en særlig nordisk retsfamilie, bliver det således ofte trukket frem, at netop de nordiske lande har en ret ensartet social struktur, hvor staten af de fleste borgere ligefrem bliver opfattet positivt som værende til for at hjælpe den enkelte; at der er en

³² *Glöckner, H. P.*: Strandrecht, Strandregal. Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Aufl., Berlin 1964–1998, Bd. 5, sp. 19–25; *Cordes, A.*: Strandrecht. Lexicon des Mittelalters. Stuttgart/Weimar 1980–1999, Bd. 8, sp. 212–213.

³³ *Frankot, Edda Barbara Isabella*: Medieval Maritime Law and its Practice in the Towns of Northern Europe: a Comparison by the example of Shipwreck, Jettison and Ship Collision. Unpubl. ph.d.-tese, Aberdeen University, 2004.

³⁴ Jf. De 'klassiske' positioner i for eksempel *Zweigert, K. – Kötz, H.*: An Introduction to Comparative Law. 3rd ed. Oxford 1998, og *Geary, H. Patrick*: Legal Traditions of the World. 2nd ed. Oxford 2004

grundlæggende ensartet opfattelse og brug af retskilder og juridisk metode samt en ganske ensartet systematisk struktur over retssystemets opbygning; at retten i de enkelte nordiske lande i bund og grund understøtter det samme mål, nemlig en rimelig ensartet fordeling af velfærdsgoder; at man i de nordiske lande i overvejende grad har samme historiske erfaringer, både i forhold til retsordenen og mere generelt; og at sproget giver en vis ensartethed og grundlæggende gør det nemmere at kommunikere på tværs af landegrænserne, hvorfor der er en vis (ensrettende) tendens til at lære af hinanden.

Dette er jo elementer, som man godt kan nikke genkendende til, ikke mindst som jurist, hvor man jo netop ofte skeler til de andre nordiske lande, når der skal findes mulige løsninger på nyopståede problemer. Kigger vi på de enkelte her anførte elementer – en rimelig ensartet social struktur, en rimelig ensartet retssystematik og brug af retskilder, et rimeligt enslydende formål med retten, og et forståeligt sprog på tværs af landegrænser – er det i de fleste tilfælde dog tydeligt, at det er ting, som vi kan nikke genkendende til i dag, dvs. i den moderne nordiske stat – vel at mærke, hvis vi vælger at have fokus på de elementer, der har ligheder. Det er ikke målepunkter, man kan opstille for middelalderen, hvor ensretningen var meget mindre tydelig i og med, at der ikke var samme statslige styring eller samme skriftlige eller lærde kultur udbredt, som man så senere. I middelalderen opfattede de fleste mennesker sig velsagtens heller ikke som ’nordiske’, da det i sig selv var en udfordring bare at få konstrueret og udviklet en national identitetsfølelse i forhold til ens egen territorialstat – og den tilstedeværende kongemagt, som derfor ofte tog initiativ til at udvikle undersåtternes følelse af tilhørsforhold til det, der var dem nærmest.³⁵ Sproget var måske nok forståeligt, men oftere kiggede man mod syd, når man skulle finde inspiration, således for eksempel i forhold til den tiltagende stadslovgivning fra 1200-tallet og frem. Det synes da også først at være langt senere, i løbet af 1800-tallet, at der for alvor begynder at blive artikuleret så ensartede kulturelle værdier som politisk fællesskab centreret omkring en stærk statsmagt, social solidaritet, samfundsansvar og demokrati, at en følsom nationalisme og nordisk identitet slår igennem.³⁶ Først herefter fulgte et decideret arbejde for at

³⁵ Se for eksempel *Andersen, Kasper H.: Fædreland og folk i Gesta Danorum – Studier i Saxos anvendelse af patria og natio*, i Andersen, Per – Heebøll-Holm, Thomas K. (red.), *Saxo og hans samtid*. Aarhus 2012, s. 215–240; *Brühl, Carlrichard: Deutschland – Frankreich. Die Geburt zweier Völker*. 2. Aufl., Köln 1995.

³⁶ *Kayser Nielsen, Niels: Bonde, stat og hjem. Nordisk demokrati og nationalisme – fra pietismen til 2. verdenskrig*. Aarhus 2009; *Faye Jacobsen, Anette: Husbondret. Rettigheds-*

udveksle erfaringer og drage nytte af hinandens indsigter, konkretiseret og synliggjort med de jævnlige juristmøder fra 1872.³⁷

Set i dette lys er det velsagtens ikke så overraskende, at der var så forholdsvis store forskelle mellem de bestemmelser om forstrandsrettigheder, som ses i de forskellige nordiske lande – når det kom til spørgsmålet om retten til hvaler, vrage og andet gods, som skyllede op på stranden, var det de lokale forhold, der havde afgørende indflydelse på, hvordan problemet blev reguleret. Forskelle i ressourcer, livsgrundlag og geografi betød, at problemet var af forskellig betydning i de forskellige egne af Norden, og derfor benyttede man sig af forskellige retlige reguleringstiltag mellem de fede landbrugsområder i syd og øst og de barske klippefyldte områder i det nordvestlige område. Og det gjorde man uden at ane og dermed uden at skele til, om man boede i en særlig del af Europa – opfattelsen af at være noget særligt 'nordisk' hørte en senere tid til.

kulturer i Danmark 1750–1920. København 2008.

³⁷ *Tamm, Henrik*: De nordiske juristmøder 1872–1972. Nordisk retssamvirke gennem 100 år. København 1972.

Pohjoismaiset oikeustieteelliset aikakauskirjat ja toinen maailmansota

1 JOHDANTO

Viidestä Pohjoismaasta vain Ruotsi onnistui hyvin joustavan ulkopoliittikkansa ansiosta pysymään puolueettomana toisessa maailmansodassa.¹ Suomen 1939 marraskuun lopussa alkanut talvisota kesti maaliskuuhun 1940 asti, ja sitä seuranneen ns. välirauhan jälkeen kesäkuussa 1941 alkanut jatkosota Saksan rinnalla Neuvostoliittoa vastaan päättyi aselepoon syyskuussa 1944. Lopuksi Suomi taisteli Saksaa vastaan Lapissa 1944–1945. Saksa hyökkäsi Tanskaan ja Norjaan huhtikuun 9. päivänä 1940. Tanskan hallitus antautui jo samana päivänä, mutta Norjan hallitus pääsi pakenemaan ja järjestäytyi myöhemmin uudelleen pakolaishallituksena Lontoossa. Brittiläiset joukot miehittivät Islannin keväällä 1940, myöhemmin miehitysvalta siirtyi amerikkalaisille. Islanti jää kuitenkin tämän esityksen ulkopuolelle, koska maassa ei tähän aikaan ilmestynyt ainoatakaan oikeustieteellistä aikakausjulkaisua.

Toinen maailmansota aiheutti erinäisiä vaikeuksia oikeustieteellisille aikakauskirjoille, joskin nämä vaikeudet olivat hyvin erilaisia eri maissa. Tämän artikkelin aiheena ovat kahdeksan pohjoismaista yleistä oikeustieteellistä julkaisua, jotka ilmestyivät toisen maailmansodan aikana. Yhtä poikkeusta lukuun ottamatta nämä julkaisut ilmestyivät koko sodan ajan ilman keskeytyksiä. Erikoisjulkaisut, esim. rikos- tai hallinto-oikeutta käsittelevät aikakauslehdet, jäävät tämän tarkastelun ulkopuolelle kuten myös pelkät oikeustapauskokoelmat.

¹ Tämä artikkeli perustuu, jollei muuta mainita, seuraaviin aikaisempiin tutkimuksiini: Den nordiska rättsvetenskapen år 1945 (Lundissa tammikuussa 2000 pidetty esitelmä, julkaisematon); Lakimies toisessa maailmansodassa. Lakimies 2002, s. 1088–1096; Realism och skandinavisk realism. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del IV: 1911–1950, Stockholm 2007; Die nordischen juristischen Zeitschriften im Zweiten Weltkrieg (Oslossa kesäkuussa 2012 pidetty esitelmä, painossa).

2 SOTAVUODET 1939–1945

2.1 Norja

Saksalainen miehityshallinto oli Norjassa jo alusta lähtien paljon häikäilemättömämpi kuin esim. Tanskassa. Heti Norjan miehittämisen jälkeen Hitler nimitti jo 24. huhtikuuta 1940 Josef Terbovenin valtakunnankomissaariksi, ja Terbovenista tuli pian alistamiskansallissosialistisen puolue, Nasjonal Samling (NS), yritti johtajansa Vidkun Quislingin johdolla päästä valtaan ja muodosti lopulta saksalaisten hyväksymän nukkehallituksen. Terboven kielsi syyskuussa 1940 kaikki norjalaiset puolueet paitsi NS:n, ja hänen politiikkansa johti lopulta siihen, että Norjan korkeimman oikeuden, Høyesterettin, tuomarit jo saman vuoden joulukuussa luopuivat viroistaan. Virat täytettiin tämän jälkeen NS:n kannattajilla ja myötäjuoksijoilla; uusi, ns. komissaarin valtuuttama korkein oikeus toimi vuoteen 1945 asti.

Norsk Retstidende oli perustettu jo 1836, ja korkeimman oikeuden asianajajat toimivat sen julkaisijoina. Aikakauskirja oli alusta lähtien lähes pelkästään korkeimman oikeuden oikeustapauskokoelma. Vuonna 1860 perustettu Norjan asianajajayhdistys, ”Den norske Sagførerforening”, hoiti 1860-luvulta lähtien Norsk Retstidenden julkaisemisen. Norsk Retstidende oli 1900-luvun alkupuolella edelleen etupäässä oikeustapauskokoelma, mutta siinä oli ajoittain myös artikkeleita ja kirja-arvosteluja. Myös saksalaismiehityksen aikana julkaistiin muutamia artikkeleita ja pienempiä kirjoituksia. Lisäksi Retstidendessä käytiin ainoa julkinen miehitysvallan ja miehitettyjen välinen keskustelu. On siksi perusteltua selostaa lähemmin tätä keskustelua.

Vuosikerta 1941 alkoi ”oikeustieteellisellä” artikkelilla, jonka laatijana oli saksalainen hallitusneuvos ja Terbovenin oikeudellinen neuvonantaja, Dr. Rolf Schiedermaier.² Toimitus ei peitelty, että sen oli pakko julkaista teksti – alaviitteessä todettiin, että artikkeli julkaistiin NS-oikeusministeri Sverre Riisnæsin käskystä.³ Norjaksi käännettyssä artikkelissa ”Den stats-

² Rolf Schiedermaier oli aktiivinen SS-upseeri, ja hän oli ennen sotia töissä kansallissosialistisen puolueen rotupoliittisessa virastossa. Sodan jälkeen hänet tuomittiin vankeusrangaistukseen toiminnastaan Norjassa; katso *Stolleis, Michael: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vierter Band: 1945–1990, München 2012, s. 71–72 ja alav. 338.*

³ Norsk Retstidende (NRT) 1941 s. 1 alav. *).

rettslige utvikling i Norge⁷⁴ Schiedermaier käsitteli Norjan valtiosääntöoikeudellista kehitystä ja puolusti virallista saksalaista totuutta: Englanti ja Ranska olivat yksin syyppäitä miehitykseen, ja koska Saksa ei ollut sodassa Norjaa vastaan – Norjan ja Saksan kansat olivat samaa rotua ja verta –, Haagin miehitettyjen alueiden väestön suojaksi tehtyä sopimusta ei voitu soveltaa. Valtakunnankomissaari oli korkeimman hallitusvallan edustajana oikeutettu muuttamaan myös Norjan vuoden 1814 perustuslain säännöksiä. Hänen määräyksestään uusi järjestys ja johtajaperiaate oli jo otettu käyttöön norjalaisessa hallinnossa.⁵

Norsk Retstidendessä julkaistiin muutamia viikkoja myöhemmin vastine, jossa selostettiin norjalaista käsitystä valtiosääntöoikeuden kehityksestä.⁶ Kirjoittaja, høyesterettsadvokat Johan Bernhard Hjort, aloitti viittaamalla siihen, että saksalaiset ja norjalaiset lakimiehet olivat ensimmäisen maailmansodan aikana lehdistössä keskustelleet kansainvälisen oikeuden kysymyksistä ja olivat siten pystyneet poistamaan monta väärinkäsitystä, vaikka yhteisymmärrykseen ei päästykään. Tämän perinteen hengessä Hjort piti kohtuullisena selostaa norjalaisia näkemyksiä, jotka poikkesivat Schiedermaierin esittämistä. Päinvastoin kuin Schiedermaier esitti, oli Norjan koko historian aikana valtiosääntöoikeudellisena pääperiaatteena ollut, että kansa oli suvereniteetin, korkeimman valtiovallan, haltija, ja tämä periaate oli edelleen ajankohtainen. Tämä periaate oli sinänsä kaikkien germaanheimojen yhteinen, mutta se oli säilynyt paremmin Norjassa ja Ruotsissa näiden kansojen rodullisen yhtenäisyyden ja maiden luonnonolosuhteiden takia. Samalla tavalla kuin luonnonolosuhteet edelleen sallivat hirvien ja karhujen vapaan vaeltamisen metsissä, olivat näissä maissa alkuperäinen germaaninen vapaus ja kansan aktiivinen osallistuminen valtion johtoon voineet säilyä, kun taas tiheä asutus ja epäedulliset rajat olivat pakottaneet muita germaanisista kansoja omaksumaan muita elämänmuotoja. Jo Montesquieu viittasi Tacitukseen, joka oli korostanut germaanien kansanvapautta ja kuninkaan vähäistä valtaa. Tämä perinne oli sekä Norjassa että Ruotsissa säilynyt katkeamattomana nykypäivään asti, ja kaikki Norjan valtiosääntöoikeudelliset muutokset oli toteutettu kansan vapaaehtoisella suostumuksella.⁷ Vallanjako ja perusoikeudet vuoden 1814 Eidsvollin perustuslaissa eivät, päinvastoin kuin Schiedermaier väitti, perustuneet Ranskan vallankumouksen

⁴ *Schiedermaier, Rolf*: Den statsrettslige utvikling i Norge. NRt 1941, s. 1–8.

⁵ *Schiedermaier* NRt 1941, s. 2–5 ja 7.

⁶ *Hjort, Johan Bernhard*: Norsk syn på statsrettens utvikling i Norge. NRt 1941, s. 33–43.

⁷ *Hjort* NRt 1941, s. 33–34.

aatteisiin eivätkä myöskään Weimarin tasavallan perustuslaista tuttuihin ”liberalistisiin valtioperiaatteisiin”, vaan ne olivat ilmaisia ikivanhan norjalaisen valtiosääntöoikeudellisen periaatteen uudelleenelyttämisestä. Kuten Montesquieun viittaus Tacitukseen osoitti: kansanvapaus ja vallanjako olivat germaanisen valtio-oikeuden keskeisiä periaatteita.⁸

Hjort otti kantaa kysymykseen sotatilan olemassaolosta viittaamalla yllä mainittuun Hitlerin 24.4.1940 antaman käskyn johdantoon: ”Die Regierung Nygaardsvold hat durch ihre Proklamation und durch ihr Verhalten sowie durch die nach ihrem Willen stattfindenden militärischen Kampfhandlungen zwischen Norwegen und dem Deutschen Reich den Kriegszustand ... geschaffen”; tämä virke oli jostain syystä jäänyt pois norjankielisestä käännöksestä. Hjort totesi, että sotatilan puuttuminen olisi monessa suhteessa ollut edullisempi norjalaisille. Oli joka tapauksessa ”tuskin systemaattista” (lite systematisk) toisaalta todeta, että Norja ja Saksa eivät olleet sodassa keskenään, ja toisaalta väittää, että Norjan väestön asema suhteessa miehitysvaltaan siksi oli epäedullisempi kuin Haagin sopimuksen takaama.⁹

Hjortin suhtautuminen Terbovenin syyskuussa toimeenpanemaan uudelleenjärjestelyyn (den politiske nyordning) eli NS-yksipuoluevaltioon ja valtakunnankomissaarin nimittämiin hallituksen jäseniin oli yksiselitteisen kielteinen. Hjort totesi, ettei ollut oikeudellisen julkaisun tehtävänä ottaa kantaa kysymyksen poliittiseen puoleen, mutta kun ”lakimiehen viileällä rauhallisuudella” (med juristens kølige ro) tarkasteli asian valtio-oikeudellista puolta, tilanne oli täysin selvä: valtakunnankomissaarin nimittämillä ministereillä ei ollut mitään Norjan valtiosääntöoikeuteen perustuvaa oikeutusta. Hjort lainasi oik. tri Gunnar Astrup Hoelin joulukuussa 1940 oikeusministeriölle laatimaa lausuntoa, jonka mukaan vallitseva tilanne oli täysin sekä kansainvälisen oikeuden että Norjan valtiosääntöoikeuden vastainen ja jossa todettiin, että valtakunnankomissaari oli ylittänyt Haagin sopimuksen mukaiset valtuutuksensa. Hjortin mukaan NS-johto puhui ”vallankumouksesta”. Koska vallankumous yleensä lähti alhaalta, oli tässä tapauksessa sopivampi puhua ”vallankaappauksesta”. Tämä vallankaappaus ei ollut vielä onnistunut, sillä kansa ei ollut sitä hyväksynyt eikä olisikaan

⁸ *Hjort NRt* 1941, s. 36. Tässä tapauksessa Schiedermainin tulkinta oli kyllä historiallisesti oikeampi kuin Hjortin. Eidsvollin perustuslain tärkeimpinä esikuvina olivat uusimmat radiikaalit, mm. ranskalaiset ja amerikkalaiset perustuslait, katso *Holmøyvik, Eirik: Maktfordeling og 1814*. Bergen 2012.

⁹ *Hjort NRt* 1941, s. 38–39.

voinut sitä hyväksyä. Vasta miehityksen päätyttyä voitaisiin saada ratkaiseva todiste kansan mielipiteestä. Ilman kansan hyväksyntää voitiin puhua vain epäonnistuneesta vallankaappausyrityksestä.¹⁰

Hjort hylkäsi kirjoituksessaan muodollisen kohteliaasti, mutta sisällöllisesti täysin tyrmävällä tavalla kaikki Schiedermairin väitteet. Hjort ei rajoittanut kritiikkiään koskemaan Norjan vallitsevaa tilannetta, vaan hän hyökkäsi myös kansallissosialistien pyhää johtajaperiaatetta vastaan: vain kansanvapaus oli aitoa germaanista oikeutta, kaikki muut valtiosääntöoikeudelliset muodot olivat hätäratkaisuja, jotka perustuivat esim. liian suuren väestötiheyteen. Jo Hjortin henkilö sai ”tikarinpistotarinan” kyllästämät saksalaiset näkemään punaista artikkelin takia. Äitinsä puolelta saksalainen Hjort oli yhdessä Quislingin kanssa perustanut Nasjonal Samlingin 1933, ja hän oli ollut puoluejohtajan sijaisena. Jouduttuaan riitoihin NS-johdon kanssa Hjort erosi puolueesta 1937, mutta sen jälkeen hän kuului äärioikeistolaiseen piiriin, jonka äänenkannattajana oli aikakauslehti Ragnarok ja joka muodosti kansallissosialistisen opposition Quislingia vastaan. Saksalaismiehityksen alkuaikoina Hjort yritti löytää kolmannen tien Lontoon norjalaisen pakolaishallituksen ja NS-hallituksen välillä, ja hän oli vielä elokuussa 1940 neuvotellut muiden puolueiden edustajien kanssa. Vasta syyskuun puoluekielto sai Hjortin lopullisesti jättämään politiikan. Hjort sai apua vastineensa kirjoittamisessa mm. Norjan johtavalta valtio-oikeuden tutkijalta Frede Castbergilta.¹¹

Hjort joutui pian huomaamaan, että tieteellisten keskustelujen aika oli ohi. Hänet pidätettiin tosin vasta lokakuussa 1941. Maaliskuussa 1942 hänet lähetettiin Saksaan, jossa hän eli yhdessä myöhemmin tulleen perheensä kanssa eräänlaisessa kotiarestissa sodan loppuun asti. Saksassa Hjort pystyi auttamaan norjalaisia vankeja, ja tultuaan kotiin kesällä 1945 hän saattoi jatkaa asianajajan toimintaansa. Hänen saksalainen lankonsa oli jo marraskuussa 1941 pyytänyt Terbovenilta Hjortin vapauttamista, mutta suuttunut valtakunnankomissaari oli vastannut: ”Das Schwein setzt sich nieder und schreibt einen Artikel.”¹²

Myös Hjortin artikkelin julkaisija Norsk Retstidende joutui vaikeuksiin. Saksalaiset miehittäjät tai heidän NS-apulaisensa (Retstidendessä puhuttiin sodan jälkeen vain ”meidän vihollisistamme”) ottivat kesäkuussa sekä asian-

¹⁰ Hjort NRt 1941, s. 41–43.

¹¹ Hjortista on olemassa perusteellinen elämäkerta: *de Figueiredo, Ivo*: Fri mann. Johan Bernhard Hjort. Oslo 2002.

¹² *de Figueiredo* 2002, s. 258–259.

ajajayhdistyksen että Norsk Retstidenden haltuunsa ja korvasivat päätoimittajan ”natsilla”.¹³ Tämä ”natsi” oli Christian Selmer, valtakunnankomissaarin nimittämä korkeimman oikeuden tuomari. Selmer liittyi pian SS-Regiment Nordlandiin ja lähti vapaaehtoisena itärintamalle huhtikuussa 1942; hän kaatui jo saman vuoden syyskuussa. Lyhyt tiedonanto ”yhdenmukaistetussa” Norsk Retstidendessä kertoo, että muistotilaisuus Høyesterettissä päättyi ”minuutin hiljaisuuteen ja viimeiseen toveritervehdykseen käsi kohotettuna”.¹⁴ Norsk Retstidende oli kuitenkin ainoa juridinen aikakauskirja, joka ”yhdenmukaistettiin” Norjan ja Tanskan saksalaismiehityksen aikana.

Norsk Retstidende-aikakauskirjaa huomattavasti tärkeämpi oikeustieteellinen julkaisu oli kuitenkin 1888 Kristianiassa (vuodesta 1925 Oslo) perustettu yhteispohjoismainen Tidsskrift for Retsvidenskab, nykyään Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR), jonka ensimmäisenä päätoimittajana oli kuuluisa Francis Hagerup kuolemaansa asti 1921. Toimituskuntaan kuului alusta lähtien myös tanskalaisia ja norjalaisia professoreita, ja sitä laajennettiin 1920-luvulla suomalaisilla ja islantilaisilla edustajilla. Voidaan tietysti pohtia, miten pohjoismainen Tidsskrift for Rettsvitenskap on ollut ja tänään on. TfR on aina ilmestynyt Kristianiassa/Oslossa, mikä on luonnollinen ratkaisu, koska norjalainen Den Stangske Stiftelse kustantaa ja omistaa TfR:n. Päätoimittaja on myös Hagerupin jälkeen aina ollut norjalainen. Saksalaismiehityksen aikana Tidsskrift for Rettsvitenskap jakoi norjalaisten aikakauskirjojen yleisen kohtalon.

Tidsskrift for Rettsvitenskap noudatti jo 1930-luvulla pohjoismaisten oikeustieteellisten aikakauskirjojen yleistä linjaa: välteltiin ulkopoliittisia kannanottoja. Jopa Nürnbergin rotulakeja selostettiin korostuneen epäpoliittisesti. Vain poikkeuksellisesti kirjoittajat saattoivat esittää varovaista kritiikkiä. Norjalainen vankilanjohtaja Hartvig Nissen totesi Nürnbergin rotulakeja koskevassa katsauksessaan voitavan väittää, että näiden lakien rikosoikeudelliset käsitteet olivat täysin käsittämättömiä pohjoismaiselle oikeuskäsitykselle.¹⁵ Toinen maailmansota esiintyy ensimmäisessä sota-vuosikerrassa 1940 vain Suomen talvisodan muodossa. Vuosikerta alkaa kolmella suomalaisten kirjoittamalla Suomen uusinta oikeuskehitystä koskevalla katsauksella. Sen jälkeen seuraa viidentoista johtavan pohjoismaisen

¹³ *Bødtker, Henning*: Norsk Retstidende. NRt 1945 II, S. 1. Katso myös *Sandmo, Erling*: Siste ord. Oslo 2005, s. 305.

¹⁴ Høyesterettsdommer Christian Selmer. Født 28. Oktober 1904. Død 20. September 1942. NRt 1942, s. 365.

¹⁵ *Nissen, Hartvig*: Strafferettsutviklingen i Tyskland. Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR) 1938, s. 243–264 ja 408–431, tässä: s. 431.

juristin kokoama suomalais-venäläisen konfliktin kansainvälisoikeudellista taustaa koskeva asiakirjakokoelma.¹⁶

Myöskään TfR:n vuosien 1941–1943 vuosikerroissa ei käsitelty meneillään olevaa maailmansotaa tai saksalaismiehitystä. Mitään vastaavanlaista poliittisesti väritynyttä polemiikkia kuin *Norsk Retstidendessä* ei löydy lehdestä. Korkeintaan voitiin norjalaisen rikosoikeuden tutkijan Johannes Andenæsin tavoin kirjoittaa 1700-luvun ihmisoikeusjulistuksista ja niiden merkityksestä Norjan perustuslaille, kuitenkin ilman minkäänlaisia viittauksia nykyaikaan.¹⁷ Saksalaismiehityksestä huolimatta oli edelleen mahdollista ylläpitää pohjoismaisia kontakteja – sotavuosien TfR:ssä on lukuisia tanskalaisia ja ruotsalaisia artikkeleita ja kirja-arvosteluja. Vain islantilaisten kirjoitukset puuttuvat luonnollisesti täysin; niitä oli normaalioloissakin harvoin.

Lehden epäpoliittinen linja ei pystynyt suojaamaan *Tidsskrift for Rettsvitenskapia*. Vuonna 1944 ilmestyi vain yksi numero, jonka alussa oli kulttuuri- ja kansanvalistusministeriön lehdistöhallituksen kirje. Kirjeessä todettiin, että nyt ilmestyvän numeron jälkeen aikakauslehden ilmestyminen lopetetaan huonontuneen paperitilanteen takia.

Norjan vapautumisen jälkeen TfR:n päätoimittaja Erik Solem totesi lakkauttamisen todellisenä syynä olleen, että valtakunnankomissaarin lehdistöosaston kiihotustuotteille ei ollut annettu tyydyttävässä määrin tilaa lehdessä ja että ”kotimaiset natsimme” eivät kyenneet kirjoittamaan mitään, mikä ylipäätään olisi kelvannut julkaistavaksi aikakauslehdessä.¹⁸ *Tidsskrift for Rettsvitenskapia* julkaistiinkin koko miehityksen aikana vain kaksi saksalaisten juristien kirjoittamaa muutaman sivun mittaista saksankielistä tekstiä otsikolla ”*Fra spredte felter*”.¹⁹ Toimitus ei vaivautunut kääntämään sille lähetettyjä kirjoituksia. Solemin käsitys norjalaisista kansallissosialisteista ei välttämättä ollut aivan oikea. Vuonna 1940 eläneestä kahdestakymmenestä norjalaisesta oikeustieteen tohtorista kolme oli tai heistä tuli

¹⁶ *Kivimäki, T. M.*: Agrarreformen i Finland. TfR 1940, s. 1–8; *Mannio, Niilo A.*: Den sociala lagstiftningen i det självständiga Finland. TfR 1940, s. 9–17; *Noponen, Alpo*: Den nya folkpensionslagen i Finland. TfR 1940, s. 18–26; *Alexanderson, Nils et al.*: Den folkrättsliga bakgrunden för den rysk-finska konflikten. TfR 1940, s. 27–42.

¹⁷ *Andenæs, Johannes*: Menneskerettighetserklæringene i det 18. århundre og den norske grunnlov. TfR 1942, s. 474–496.

¹⁸ Redaktøren, Til leserne. TfR 1945, s. 1–2.

¹⁹ Prof. Dr. *Höhn*: Was ist ”Staatsforschung”. Aufgaben und Arbeitsgebiete des Instituts für Staatsforschung. TfR 1942, s. 455–456; Prof. Dr. *Hedermann, Justus Wilhelm*: Rechte, Freiheit und Pflichten. TfR 1943, s. 238–240. Molemmat kirjoittajat olivat aktiivisia kansallissosialisteja. – Tunnetun Hedemannin nimi kirjoitettiin kaksi kertaa väärin TfR:ssä.

myöhemmin Nasjonal Samlingin jäseniä. Tiedossani ei ole, torjuttiinko heidän mahdollisesti lähettämänsä kirjoitukset, vai eivätkö he edes yrittäneet päästä TfR:n sivuille.

2.2 Tanska

Tanskan hallituksen pikaisen antautumisen seurauksena Saksa takasi sekä maan alueellisen koskemattomuuden että oman siviilihallinnon jatkumisen. Lisääntyvistä vaikeuksista ja kahnauksista huolimatta hallitus jatkoi toimintaansa elokuun loppuun asti 1943, ja vielä saman vuoden maaliskuussa voitiin pitää eduskuntavaalit. Suoran miehityksen aikana aina antautumiseen asti 5.5.1945 saksalaiset käyttivät mielellään harvoja tanskalaisia kansallissosialisteja apuvoimina, erityisesti vihatusta apupoliisissa Hipossa (Hilfspolizei), joka syyllistyi lukuisiin terroritekoihin. Tanskassa saksalaiset eivät yrittäneet vaikuttaa väestön mielipiteisiin päinvastoin kuin Norjassa. Oikeustieteelliset aikakauslehdet pystyivät ilmestymään ilman esteitä koko miehityksen ajan.

Vuonna 1867 perustettu, vielä nykyäänkin ilmestyvä Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) oli ja on edelleen Tanskan tärkein oikeudellinen aikakauskirja. Perustamisen yhteydessä julkaisijat lupasivat, että lehteen otettaisiin vain harvoja tieteellisiä artikkeleita ja julkaistaisiin etupäässä käytännönläheistä aineistoa. Lehti jaettiin jo 1900-luvun alussa kahteen osastoon, jotka sisälsivät oikeuskäytäntöä (A) ja oikeudellisia kirjoituksia (B). Kirjoitukset olivat UfR:n viikkolehdimuodon takia tavallisesti lyhyitä.

Pohjoismaisissa oikeustieteellisissä aikakauslehdissä toisen maailmansodan aikana noudatettua toimituslinjaa seurattiin myös UfR:ssä – sota-vuosikerrat ovat miltei mielenosoituksellisen tavanomaisia. Sotaa tuskin mainittiin, vain muutamassa artikkelissa käsiteltiin säännöstelyrikoksiin liittyviä ongelmia.²⁰

Tanskalainen ”Foreningen for yngre Jurister” perusti vuonna 1919 Juristen-aikakauslehden, joka oli pitkään vaatimaton, epäsäännöllisin välein ilmestyvä ja ajoittain vain monistettu jäsenjulkaisu. Yhdistys otti 1929 käyttöön nimen ”Juristforbundet”. Landretssagfører Erik Reitzel-Nielsen

²⁰ *Christensen, Hugo*: Nogle Bemærkninger om Retsudvidenhedens Betydning i Krisesager, samt om Beviset i visse af disse Sager. Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1942 B, s. 279–282; *Hurwitz, Stephan*: Til læren om berigelsesforbrydelser. Om tilegnelse af rationeringsmarker. UfR 1942 B, s. 301–309.

oli lehden päätoimittaja 1930-luvulta lähtien, ja hän muokkasi lehdestä ammattijulkaisun, joka oli sekä sisältönsä että sivumääränsä puolesta rinnastettavissa UfR:ään. Juristen ilmestyminen nykyäänkin, julkaisijana on ”Jurist- og Økonomforbundet”.

Saksalaisen miehityksen alkaessa 1940 Juristenin päätoimittajana oli edelleen Reitzel-Nielsen ja toimituskunnan jäsenenä mm. oik. tri Carl Popp-Madsen, Højesteretin presidentti, oik. tri Troels G. Jørgensen ja professori, oik. tri Frederik Vinding Kruse. Toimituskunnan enemmistö kuului siten saksalaismieliseen äärioikeistoon. Sodan jälkeen Popp-Madsen tuomittiin kahdeksitoista vuodeksi vankeuteen maanpetoksesta ja Reitzel-Nielsen viideksi vuodeksi yhteistyöstä saksalaisten kanssa. Jo eläkkeellä oleva Troels Jørgensen ei sodan jälkeen tosin joutunut oikeuden eteen, mutta julkisuudessa häntä arvosteltiin kiihkeästi saksalaisystävällisyydestä. Vinding Kruse herätti jo 1943 julkista pahennusta erityisesti lakimiesten keskuudessa, koska hän laajassa oikeusteoreettisessa työssään ”Retslæren, I–II” suositteli diktatuuria Tanskan tulevaksi valtiomuodoksi.²¹ Tanskalaisten liikkumavapautta vielä toukokuussa 1943, Tanskan hallituksen ollessa vallassa, kuvaa koollekutsutun yhdistyksen ylimääräisen jäsenkokouksen päätös, jolla Reitzel-Nielsen ja koko muu toimituskunta pakotettiin eroamaan, ja tilalle valittiin uusi päätoimittaja vailla poliittista painolastia.

Näkyikö sitten vanhan toimituskunnan poliittinen linja Juristenin sivuilla? Jo eräiden kirjoitelmien otsikot viittaavat siihen suuntaan. Troels Jørgensen puolusti Tanskan eduskunnan 1941 hyväksymää, valtiosääntöoikeudellisesti erittäin arveluttavaa lakia kommunismia vastaan.²² Tämän lain nojalla tanskalaiset kommunistit, mukaan luettuina puolueen kansanedustajat, vangittiin hallinnollista tietä ja lähetettiin myöhemmin Saksaan. Tämä esimerkki on kuitenkin poikkeustapaus; pääsääntöisesti lehdessä käsiteltiin yksityisoikeudellisia kysymyksiä. Toukokuun 1943 suunnanmuutoksen jälkeiseltä kaudelta voidaan mainita artikkeli, joka käsitteli miehitysvallan vaatimia kovennuksia Tanskan rikos- ja rikosprosessilainsäädäntöön.²³ Kirjoittaja oli Stephan Hurwitz, Kööpenhaminan yliopiston rikosoikeuden professori, joka juutalaisen syntyperänsä takia vielä samana vuonna joutui pakenemaan Ruotsiin. Kirjoituksessaan Hurwitz ankarasti moitti uutta lainsäädäntöä ja puolusti päättäväisesti keskeisiä rikosoikeudellisia periaatteita kuten

²¹ *Vinding Kruse, Frederik: Retslæren, II. København 1943, s. 1045–1069.*

²² *Jørgensen, Troels G.: Dansk Lov mod Kommunismen. Juristen 1941, s. 497–504.*

²³ *Hurwitz, Stephan: Den midlertidige Straffe- og Proceslovgivning. Juristen 1943, s. 301–318.*

legalismia (*nulla poena sine lege*). Erityisesti taannehtivat ankarammat rangaistukset sotivat Hurwitzin mukaan Tanskan rikoslain 3 §:n pääperiaatetta vastaan ja olivat siten hyvin arveluttavia.²⁴²⁴

2.3 Ruotsi

Vuonna 1916 perustettu Svensk Juristtidning (SvJT) oli Ruotsin ainoa yleinen oikeudellinen aikakausjulkaisu toisen maailmansodan aikana. SvJT:n sisältö oli tavanomainen, eli se sisälsi sekä oikeustieteellisiä kirjoituksia että etupäässä hovioikeuksista peräisin olevia oikeustapauksia. Päinvastoin kuin tanskalaiset julkaisut, joiden sisältö oli täysin kansallista, SvJT oli alusta alkaen pohjoismaisesti suuntautunut, ja lehdellä oli avustajia Kristianiassa/Oslossa, Helsingissä ja Kööpenhaminassa.

Kjell Åke Modéer on 2004 julkaistussa perusteellisessa tutkimuksessa käsitellyt ruotsalaisten juristien maailmankatsomusta Svensk Juristtidningissä 1935–1955 painetun aineiston pohjalta.²⁵ Modéer toteaa, että SvJT omak-sui jo 1930-luvulla täysin epäpoliittisen linjan ja tyytyi Saksassa tapahtuneen kehityksen kuvailemiseen ilman mitään kommentteja. Sodan aikana voitiin korkeintaan esittää Saksan olojen verhoiltua kritiikkiä esim. lainaamalla Rudolf von Jheringin ”Der Kampf ums Recht” -teosta.²⁶ Tällainen viittaus Jheringiin esiintyy myös tässä artikkelissa jo aikaisemmin selostetussa yhteydessä (2.1). Vuoden 1941 vuosikerrassa tunnettu yksityisoikeuden tutkija ja Ruotsin yliopistojen kansleri Östen Undén selosti artikkelissaan Norjan taistelua oikeudesta eli Schiedermainin ja Hjortin polemiikkia Norsk Retstidendessä. Undén tuomitsi samalla ankarin sanoin Norjan hallinnon ”yhdenmukaistamisen” syyskuussa 1940; hän totesi, että tämä selvästi soti Haagin sopimusta ja siten kansainvälistä oikeutta vastaan.²⁷

²⁴ Ibid. s. 302 ss.

²⁵ Modéer, Kjell Å.: ”Den kulan visste var den tog” Om svenska juristers omvärldssyn 1935–1955, teoksessa *Festskrift till Per Henrik Lindblom*. Uppsala 2004, s. 443–468.

²⁶ Ibid. s. 450 ss., erityisesti s. 451.

²⁷ Undén, Östen: Norges strid för rätten. Svensk Juristtidning (SvJT) 1941, s. 889–895.

2.4 Suomi

Suomessa ilmestyi ainoana Pohjoismaana jopa kolme yleistä oikeustieteellistä aikakauskirjaa: vuonna 1865 perustettu *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT)*, yltävän kieliriidan seurauksena vuodesta 1903 julkaistu *Lakimies (LM)* ja Suomen Asianajajaliiton vuonna 1920 perustama kaksikielinen *Defensor Legis (DL)*.

Suomalaisten oikeudellisten aikakauslehtien vuoden 1940 vuosikerroissa talvisota oli laajasti esillä. Isänmaallinen paatos oli näkyvä erityisesti Lakimieheissä. Lehdessä oli mukana 27 kaatuneen juristin luettelo.²⁸ Ns. henkistä maanpuolustusta edusti myös artikkeli, jossa pohdittiin kansainvälisen oikeuden kannalta sotilasjoukkojen kuljettamista puolueettomien valtioiden alueen kautta; mielessä oli luonnollisesti Ranskan ja Englannin joukkojen kauttakulkuoikeus Norjan ja Ruotsin läpi.²⁹ Useissa kirjoituksissa oli selvästi luonnonoikeudellisia ajatuksia. Moskovan rauhansopimus oli kaiken oikeuden ja moraalin vastainen, ja toivottiin luovutettujen alueiden takaisinsaamista, mikä oli jo oikeudenmukaisuuskysymys. Vuosikerran loppupuolella Lauri Cederberg, joka oli *Tidskrift for Rettsvitenskapin* suomalainen toimittaja, kehotti Lakimiehen lukijoita tilamaan *TfR*:ää. Hän viittasi siihen, että *TfR* oli tukenut suomalaisten oikeustaistelua sortovuosina, ja ”kun Suomi viime syksynä jälleen joutui väkivallan alaiseksi, julkaisi aikakauskirja taasen palstoillaan selvityksiä Suomen asian oikeudesta ja maamme oloista”.³⁰ Tämä kannanotto norjalaisten hyväksi saksalais miehityksen aikana oli ainutlaatuinen. Jatkosodan puhjettua tällaiset mielenilmaukset eivät olleet mahdollisia.

Myös *Defensor Legis* sisälsi isänmaallisia kirjoitelmia. Lehden päätoimittaja Bruno A. Salmiala, joka kuului Isänmaallisen Kansanliikkeen johtoon, julkaisi vetoimuksen ”Rauha – vääritys – väkivalta”.³¹ Vuosikerta sisälsi myös neljän kaatuneen asianajajan muistokirjoitukset.³² Sen sijaan talvisotaa ei juuri huomioitu *JFT*:ssä. Lehti julkaisi kuitenkin Lauri Cederbergin edellä mainitun vetoimuksen *TfR*:n hyväksi.³³

²⁸ Isänmaan puolesta ovat antaneet henkensä seuraavat lakimiehet. *LM* 1940, Irtolehti.

²⁹ *Cederberg, Lauri*: Sotilaallisten joukkojen kuljettaminen neutraalisen valtakunnan alueen kautta. *LM* 1940, s. 30–47.

³⁰ *Cederberg, Lauri*: *Tidskrift for Rettsvitenskap*. *LM* 1940, s. 424–425.

³¹ *Salmiala, Bruno A.*: Rauha – Vääritys – Väkivalta. *DL* 1940, s. 67–69.

³² Isänmaan puolesta. *DL* 1940, s. 100–103.

³³ *JFT* 1940, s. 271–273.

Jatkosodan alussa 1941 Suomi valloitti takaisin luovutetut alueet ja miehitti lisäksi Itä-Karjalan. Lakimiehen vuosien 1942–1944 melko harvat sotaan liittyviä oikeudellisia ongelmia käsittelevät artikkelit pohtivat myös Itä-Karjalan miehitystä. Vuonna 1943 julkaistussa kirjoituksessa pohdittiin yleisellä tasolla miehitettyjen alueiden hallintoa lainkaan mainitsematta Itä-Karjalaa.³⁴ Kesällä 1944 julkaistu artikkeli käsitteli Itä-Karjalan sotilashallintoalueen siviiliprosessioikeutta.³⁵ Kirjoitus perustui helmikuussa 1944 pidettyyn esitelämään. Se vanhentui jo painatusvaiheessa, koska suomalaiset joukot joutuivat vetäytymään Itä-Karjalasta.

3 SODAN PÄÄTTYESSÄ

Norjan ja Tanskan vapautuminen toukokuun alussa 1945 oli näyttävästi esillä, ei pelkästään uudelleen ilmestyvässä *Tidsskrift for Rettsvitenskap*issa ja välittömästi sodan päättymisen jälkeen normalisoidussa *Norsk Retstidens*issä, vaan myös *Ugeskrift for Retsvæsen*, *Juristen* ja *Svensk Juristtidning* sisälsivät runsaasti vapautumiseen liittyvää aineistoa. Perinteinen epäpoliittisuus unohtui hetkessä, ja tilalle tuli hurmoshenkinen isänmaallisuuden, vapauden ja oikeuden voiton ylistys.

Erityisesti yli vuoden tauon jälkeen ilmestyvän *Tidsskrift for Rettsvitenskap*in vuosikerta oli miltei kokonaan omistettu vapautumiselle. Lehti sisälsi m.m. Høyesterettin avajaisistunnossa 14.5.1945 pidetyt puheet ja kaksi runoa teloitettujen vastarintaliikkeen jäsenten muistoksi.³⁶ *Ugeskrift for Retsvæsen*issä oli m.m. luettelo ”Voldsherredømmets Ofre blandt Danmarks Jurister”.³⁷ *Svensk Juristtidning* julkaisi Svean hovioikeuden presidentin Birger Ekebergin tervehdyksen norjalaisille ja tanskalaisille juristeille; teksti julkaistiin myös *Juristen*issa.³⁸ Näissä kirjoituksissa idealismi ja luonnonoikeudelliset ajatukset olivat etualalla. Tällaisia piirteitä ei sitä vastoin

³⁴ *Merikoski, Veli*: Miehitettyjen alueiden hallinnon järjestämisestä. LM 1943, s. 387–394.

³⁵ *Kuuskoski, Reino*: Itä-Karjalan sotilashallintoalueen riita-asiain oikeudenkäyntijärjestys. LM 1944, s. 268–281.

³⁶ *Solem, Erik*: Norges Høyesterett 21. desember 1940 och 14. mai 1945. TfR 1945, s. 3–16; Alt for Norge ja Smeden i Hjelmeland. TfR 1945, s. 195–210.

³⁷ *Falk-Jensen, Arild*: Voldsherredømmets Ofre blandt Danmarks Jurister. UfR 1945 B, s. 110–112.

³⁸ *Ekeberg, Birger*: Till Danmark och Norge. SvJT 1945, s. 421–423; katso myös *Ekeberg, Birger*: Till Danmarks Jurister. Juristen 1945, s. 119–120.

löydy aikakauslehdissä samoihin aikoihin julkaistuista artikkeleista, jotka käsittelivät ajankohtaisia oikeudellisia ongelmia. Tanskalaisissa ja norjalaisissa aikakauskirjoissa näihin ongelmiin kuului ensisijaisesti oikeudellinen jälkiselvittely maanpettureita ja saksalaisten kanssa yhteistyössä olleita henkilöitä vastaan. Tästä kysymyksestä käytiin kiivasta väittelyä. Vaikka monet lakimiehet vaativat ankaria rangaistuksia, ainakaan oikeudellisissa aikakauskirjoissa ei esiinny minkäänlaista lynkkausmielialaa. Johtavat rikosoikeuden tutkijat sekä Norjassa että Tanskassa korostivat rauhallisuuden ja harkinnan merkitystä.

Pohjoismaiden oikeudellisten aikakauslehtien yleinen innostus 1945 ei tarttunut suomalaisiin aikakauskirjoihin, joissa rauhaa ei juuri mainittu. Ainoana poikkeuksena oli Lakimiehessä julkaistu suomenkielinen käännös Frede Castbergin Helsingissä pitämästä Norjan oikeudellista jälkiselvittelyä koskevasta esitelmästä.³⁹ Suomalaisten oikeudellisten aikakauskirjojen yleistä linjaa 1945 kuvaa ehkä parhaiten JFT:ssä julkaistu artikkeli, joka käsitteli hevoskaupan koeaikaa vuoden 1734 lain mukaan.⁴⁰ Muiden pohjoismaisten aikakauslehtien ”vuoden 1945 henki” oli jo viisi vuotta aikaisemmin ollut vallitsevana suomalaisissa julkaisuissa talvisodan kunniakkaan torjuntataistelun jälkeen. Vuonna 1945 sota oli selvästi hävitty ja tulevaisuus oli epävarma.

4 LOPUKSI: EPÄPOLIITTISUUTTA JA VERHOILTUA VASTARINTAA

Toisen maailmansodan vaikutus pohjoismaisiin oikeudellisiin aikakauslehtiin oli loppujen lopuksi suhteellisen vähäinen. Poikkeuksena olivat Norjassa ilmestyneet julkaisut: *Norsk Retstidende* ”yhdenmukaistettiin” 1941 ja *Tidsskrift for Rettsvitenskap* lakkautettiin 1944. Oikeustieteelliset aikakauskirjat olivat ammattijulkaisuina periaatteessa epäpoliittisia ja saattoivat siten saksalais miehityksen aikana ilmestyä ilman esteitä Tanskassa ja aluksi myös Norjassa. *Norsk Retstidenden* tapaus osoitti kuitenkin, että kaikki poliittinen keskustelu myös oikeustieteellisen argumentaation varjolla oli kielletty. Konkreettiset ongelmat, kuten paperipula ja Suomessa miltei kaikkien lakimiesten kutsuminen asepalvelukseen, eivät näytä vaikuttaneen sen enempää lehtien kokoon kuin sisältöönkään.

³⁹ *Castberg, Frede*: Perustuslaki ja oikeudellinen selvittely Norjassa. LM 1945, s. 412–419.

⁴⁰ *Nybergh, Gunnar*: Om frestetid vid hästköp. JFT 1945, s. 190–202.

Luonnollinen selitys aikakauslehdistön korostuneeseen epäpoliittisuuteen sodan aikana on ulkopoliittinen varovaisuus. Tätä selitystä tukee asenne-muutos 1945, joka näkyi myös puolueetonta Ruotsia edustaneessa Svensk Juristtidningissä täydellisenä takinkäännöksenä. Toisaalta puolueettomuus ja deskriptiivinen Saksan kehityksen selostaminen oli linja, joka omaksuttiin jo 1930-luvulla. Tämä taas viittaa siihen, että puolueettomuuden taustalla saattoivat vaikuttaa myös muut seikat. Vaikka harva lakimies oli 1945 sitä valmis myöntämään, merkittävä osa pohjoismaisesta lakimieskunnasta, oletettavasti suurempi osa kuin väestöstä keskimäärin, oli suhtautunut ainakin myötämielisesti sekä Saksaan että kansallissosialismiin jo 1930-luvulla ja vielä sodan alkuaikoina. Norjan ja Tanskan tilanne on jo selostettu. Myös Ruotsissa eräät oikeustieteilijät olivat kansallissosialismin kannattajia vielä sodan aikana, tunnetuimmat Karl Olivecrona ja Carl Axel Reuterskiöld. Suomen kohdalla on jo mainittu Bruno A. Salmiala. Aikakauslehdillä ei ollut mitään syytä omaksua selvää puoluepoliittista profilia ja siten mahdollisesti karkottaa osaa lukijakunnasta.

Sota ei myöskään vaikuttanut oikeustieteellisiin menetelmiin. Pohjoismaisen oikeustieteen historiassa olen kutsunut 1900-luvun alkupuolta ”realismien ajaksi”. Toisen maailmansodan aikana nämä realismit, erityisesti skandinaavinen realismi eli Upsalan koulukunta, voimistuivat. Vuoden 1945 idealismin värittämä kielenkäyttö Norjan, Ruotsin ja Tanskan aikakauskirjoissa oli ymmärrettävää, mutta ei tieteellistä. Ilmiö oli nopeasti ohimenevä, eikä johdantoa luonnonoikeuden renessanssille oikeustieteellisessä kirjallisuudessa kuten Länsi-Saksassa, jossa oli otettava etäisyyttä omaan menneisyyteen.

Legal Formalism, Justice and the Judiciary in China

1 INTRODUCTION

The legal development in China since the economic reform of late 1970s is characterized of a top-down, state-driven and market-oriented approach.¹ Such a course is featured with impressive progress in rule-making. By 2011, more than 250 valid laws had been enacted by the National People's Congress and its Standing Committee, more than 700 administrative regulations promulgated by the State Council, and more than 8400 local regulations issued by competent local people's congresses.² Those laws and regulations deal with various essential aspects of the state and society, covering basic civil and criminal system, environmental protection, labour welfare, human rights protection and many others. The economic and social life as well as the operation of state power, to a great extent, has been legalized.

Yet, to many observers, from home and abroad, China's rule of law development remains problematic in several aspects. For example, it is observed that the generality of the enacted rules and ambiguity of the employed language often creates a de facto delegation to the law enforcer with a considerable degree of discretion. Considering the multiple layers of administrative structure in China, this could undermine the legal certainty and lead to uneven enforcement of laws. The administrative dominance in the social life often creates a stronger role for the executive in both the law-making and law-application than that in liberal democracies.

¹ For an elaboration on the state-driven element of China's rule of law, see *Jiang Lishan*, *Legal Modernization: China's Path to Rule of Law* (法律现代化—中国法治道路问题研究), Beijing: China Legal Publishing House, 2006, in Chinese; for an exposure of the market-oriented legal development, see *Donald Clarke*, *Legislating for a Market Economy in China*, *China Quarterly* (2007), pp. 567–589.

² See Information Office of the State Council, *White Paper on the Socialism with Chinese Characteristics Legal System*, Beijing, October 2011, <http://www.scio.gov.cn/zfbps/ndhf/2011/Document/1036756/1036756.htm>

For some, the administration of justice by the Chinese judiciary is even more problematic. As an independent and effective judicial system is understood as a hallmark of a functioning rule of law society, measured against which the legal development in China is questionable. The judicial corruption in the Chinese judiciary induces very low trust among the public towards judicial power. In some recent prolific cases reported by the media, the judgments rendered by the judicial bodies sit strongly against the public feelings.

The general dissatisfaction with the judiciary can also be seen from the political life of the State. The Supreme People's Court is obliged to submit its annual work report to the National People's Congress for approval, as is required by the Chinese Constitution. Yet, for more than a decade, the work report by the Supreme People's Court continuously receives a comparatively low rate of affirmative votes, which put direct political pressure on the judiciary. In 2004, the work report by the Supreme People's Court received a historical low rate of approval by 71.89%. Despite the efforts at the Supreme People's Court to improve its popularity among the delegates, the situation has not improved much by now. In 2013, percentage of approval slightly rose to 75.36%, with 2218 votes in favour 605 for opposition, and 120 for abstention. The rate of approval is conspicuously lower than that of the work report by the State Council, which was approved by 95.7% affirmative votes in 2013.³

Judicial culture and judicial practice is deeply embedded in historical contingents. The research on judges, courts and judicial culture by Prof. Pia Letto-Vanamo has been extremely valuable and inspiring for a comparative exercise. In this essay I shall take the opportunity to offer some personal reflections on the judiciary and rule of law process in China.

2 THE GROWTH OF MODERN JUDICIARY IN CHINA: AN INSTITUTION BY IMITATION

No institution equivalent to the judiciary in the Western world ever existed in traditional society of China. While most disputes were dealt with through mediation by the gentries and senior members of family or local communi-

³ The data were collected from various official media reports in China including the People's Daily, Xinhua News Agency and others.

ties, it was for the county magistrate to adjudicate disputes should mediation fail. Adjudicating disputes is but one of many functions performed by the county magistrate. In addition to administration of justice, the duty of the county magistrate includes, among others, tax collection, security maintenance, public welfare, education and promotion of culture, ceremonial observances.⁴ In a highly centralized system, the adjudication of disputes had no chance to institutionalize into a separate power out of the reach of the emperor, and indeed, the supreme power of adjudication belonged to the emperor himself.

Constitutional reform started in the early 20th century as an elite response to Western imperialism. The establishment of a separate judicial system, independent from the administrative in China, was part and parcel of this reform. The judicial reform was strongly upheld by some open-minded Chinese intellectuals and officials justified on the following grounds. First of all, it is a necessary response to the extraterritoriality and consular jurisdiction exercised by the western treaty power. The imposition of the extraterritoriality by the colonial powers was justified on the ground that China lacked a modern, human and fair judicial procedures to conduct justice. The legal reform was conducted for the purpose of restoring China's jurisdiction over the foreign subjects as well as the Chinese subjects residing in foreign settlements and concessions. Secondly, more importantly, a separate, independent judiciary was considered essential for the success of the whole constitutional and social reform.⁵ The principle of judicial independence and separation of power practiced in the Western Europe and the United States was highly valued. An independent administration of justice was thus designed as an integral part of the new constitutional structure.

In 1906, the legal form finally inaugurated. New laws and new institutions emerged. New type of trial courts and procuratorates independent from the traditional administrative system, organized on the models in the West and

⁴ For an authoritative and classic research on this, see *T'ung-tsu Ch'ü*, Local Government in China under Ch'ing, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1962.

⁵ The reform aimed for a complete reorganization of the states, and the measures adopted were very comprehensive, far-reaching and radical. Such measures involves, for examples, abolition of the civil servant examination based on Confucian classics, establishment of the modern schools and universities, encourage foreign study, reform of government structure, building modern army and navy force, prohibition of torture in the judicial procedures, promotion of industrial development, fiscal and taxation reform, and others. See *Immanuel C. Y. Hsu*, *The Rise of Modern China*, Sixth edition. New York: Oxford University Press, 2000, pp. 408–418.

Japan, also began to be instituted, albeit on a trial basis. By the enactment of the Organic Law of Judicial Courts in 1910, new courts were to be instituted at four levels. The exact number of the new courts created by during the Qing dynasty is still unknown. Some estimates that “when the Qing dynasty came to an end in 1912 a total of 345 courts had been established nation-wide, including the supreme court in the capital, high courts (gaodeng shenpan ting) at the provincial level, district courts (difang shenpan ting) in major cities, and courts of first instance (chujī jshenpan ting) in smaller cities, each with their corresponding procuratorates.”⁶ The main constraints on the development of the modern judiciary was the lack of qualified legal talents and sufficient financial resources.

The judicial reform continued during the Republican Era. The Beijing government was troubled with warlordism. It possessed only very limited authority and resources. It was reported, by September 1926, China had only 138 modern courts, 58 transitional courts, in contrast to more than 1800 traditional magistrates (who now work with the assistance of trial officers).⁷ The circumstance was improved at the effort of the Nationalist Government which took power in 1927 by successful military expeditions. The Nationalist Government launched an ambitious plan to establish modern courts at all levels. By 1937 when the Sino-Japanese war broke out, the Nationalist Government established over 611 trial offices under the county government, which were designed as transitional institutions towards fully independent courts. The implementation of the plan was interrupted by the Japanese invasion. By 1947, there existed 784 local courts, 119 branch courts of higher courts, and 37 higher courts.⁸

The building of a modern court system in China in a nationwide comprehensive manner was only achieved in the People’s Republic. The early years of the People’s Republic was guided by the ideology of class struggle and saw various political movements and mass mobilizations. The greater need of law came with the economic reform in 1978. The judicial system was established at the nationwide level. By October 2004, there were 3133

⁶ Xu Xiaogun, *The Fate of Judicial Independence in Republican China, 1912–37*, *China Quarterly* (1997), pp. 1–28, at 3.

⁷ Report of the Commission on Extraterritoriality in China, Peking, September 16, 1926. Government Printing office: Washington, 1926, p. 56.

⁸ See Wang Taishen, *The First Contact between China and the Western Type Courts during Late Qing and Republic Era: Focusing on the Court System and its Establishment* (清末及民國時代中國與西式法院的初次接觸—以法院制度及其設置為中心), *Academia Sinica Law Journal* (2007), pp. 105–162.

basic people's courts, 10290 dispatched people's tribunals, 148555 judges working at the basic level.⁹ By now, there are 33 higher people's courts and around 400 intermediate people's court. The total number of judges is close to 200 thousand.

Meanwhile, there comes along with increasing use of the court system. In 1978, the people's courts had 440 thousand cases for the first trial. The number grew to over 5 million by 1996.¹⁰ The case load for the court has been continuing to grow. In the year of 2013, over 14.2 million cases were filed to the court system, marking a 7.5% increase over the previous year.¹¹ The judicial system in China faces a huge amount of workload that puts much pressure on the organization of the judiciary as well as on individual judges.

3 LAW AS FORMALISM

Due to the diverse usages of the term legal formalism in existing scholarships, it is desirable to offer some clarification on the term used in this essay. In the American literature, legal formalism, in contrast to legal realism, is often associated with a mechanical, textual-oriented approach to the application of law by judicial organs.¹² As such, legal formalism is often viewed as a pejorative label. However, since late 1980s another stream of scholarship started to re-assert the significance of law as form and legal formalism to constrain the decision-makers.¹³

⁹ The Report of the Supreme People's Court on Strengthening the Construction of Basic Courts (October 26, 2004), http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2004-12/26/content_5337517.htm.

¹⁰ See *Zhu Jingwen*, *Data Analysis of Flow of Litigation into Different Channels in China*, *Social Sciences in China* (2009), Vol. 30, pp. 100–118.

¹¹ The Work Report of the Supreme People's Court for the Year of 2014, <http://lianghui.people.com.cn/2014npc/n/2014/0310/c382480-24592263.html>

¹² Legal historians characterize the judicial practice of the period from second half of the 19th century up to 1930s in the United States of America as Formalism Period. See *Charles C. Goetsch*, *The Future of Legal Formalism*, 24 *American Journal of Legal History* (1980), p. 221–256, pp. 221–222. For an elaboration on political economy of formalism and its rise in the mid-19th century, see *Morton J. Horwitz*, *The Rise of Formalism*, 19 *American Journal of Legal History* (1975), pp. 251–264.

¹³ See *Frederick Schauer*, *Formalism*, 97 *Yale Law Journal* (1988), pp. 509–547. See an advocacy of legal formalism in the discipline of international law, *Martti Koskeniemi*, *What is International Law For?*, in *Malcolm D. Evans* (ed.), *International Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 32–57.

I refer formalism to a set of judicial practice and judicial culture that is based on a positivistic rule-based idea of law. In the Chinese context, I would like to specifically highlight the following aspects of Chinese legal practice by what I mean legal formalism. First of all, the legal formalism implies a positivistic view of the law. Law originates from a sovereign, and as such state law not only distinguishes itself from the morality, usage and social custom, but also prevail over those social norms. In some sense, the rule of law construction in China mean that the legal language becomes the mainstream sources of social order, State law-making is used to reform the Chinese society, to adapt China from a self-closed agrarian economy to market economy, industrialization, and modernization. Second, the settlement of disputes is administrated by judicial institutions through following a set of formal procedures. The whole process operates on the basis of extensive legal documentation. Thirdly, the adjudication is a rule-based decision-making procedure. Individuals are epitomized as placeholders of abstract rights and obligations. Judicial bodies can only adjudicate disputes expressible in legal terms of rights and obligations, namely, mostly material interest of individuals in a capitalist society.

Thus the adjudicative activities by the formal judiciary carry with an inevitable weight. Such a form of law makes it more difficult to access and utilize for a layman. The structure, costume, language, and procedures all demonstrates the high authority of the judges above the litigants. While such a formal culture could be effective to resolve the disputes in the West, it has its problem in the Chinese context. In the Chinese society, to resolve disputes is to dissolve the disputes, to eliminate the disagreement from the very root of the disputes. “Resolving disputes did not simply require knowledge of law; it required having a full understanding of the situation that gave rise to the dispute.”¹⁴ It requires that the adjudicating authority speaks of not only rules, but also reasons, virtues and morality. The formalism of law has the collateral effects that law can speak of mainly calculable material interest. Thus law can decide on the material interest between the parties, but hardly appeal to the heart of people. The term justice, be it vague, is however a fundamentally materialized concept in judicial practice.

Notably, a substantial number of Chinese people choose a different Chinese way of justice: petition, an institution which is less formal, more flexible

¹⁴ See *Benjamin Liebman*, *A Populist Threat to China’s Courts*, in Margaret Y. K. Woo and Mary Elizabeth Gallagher (eds.), *Chinese Justice: Civil Dispute Resolution in Contemporary China*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 269–313.

and free of charge. The total number of petition in the first 9 month of 2009 was reported to be more than 8.6 million, almost as many as that of the cases filed to the courts.¹⁵ An eminent phenomenon endogenous to the operation of Chinese courts is so called litigation related petition. Litigants who are not satisfied with the judgments by the courts petition to the administrative or legislative bodies for grievance. In such cases the judiciary turns away from its nature of being an institution for dispute settlement, but becomes part of the dispute and even generates new disputes.

One can hardly overlook the political implication of the law as formalism: some empirical studies shows that the petition system is mostly used by those marginalized, impoverished, less educated individuals,¹⁶ while the formal system is more resorted to by individuals with financial means and basic education.¹⁷ The rule of law development thus empowers those who can speak its language and as such has a suppressive effect on those who cannot speak or think in the legal language. In this way rule of law could become a powerful discourse for the political elites to push for social reform and subsume social resistance. Law becomes a male power, a formal institution built upon property, ownership and freedom to contract. Petition represents a female style, a paternalistic institution for those wounded in the rapid modernization, marketization and globalization. The extensive use of petition in the transformative China should not be interpreted as a symptom of the people being backward or pre-modern, but rather an intuitive resistance towards the expansion of a body of aggressive language speaking of modernization and development.

4 THE BANALITY OF LAW

The legal development in China throughout the twentieth century can be understood as being part of the general process of China's struggle for mod-

¹⁵ See *Carl F. Minzner*, Xinfang: An Alternative to Formal Chinese Legal Institutions, *Stanford Journal of International Law* (2006), Vol. 42, pp. 103–180.

¹⁶ *Ibid.*, p. 159.

¹⁷ For a revealing research on the different use of the arbitration committees and petitions by different employers in labour disputes, see *Isabelle Thireau – Hua Linshan*, The Moral Universe of Aggrieved Chinese Workers: Workers' Appeals to Arbitration Committees and Letters and Visits Offices, *China Journal* (2003), Vol. 50, p. 84.

ernization.¹⁸ The legal reform is adopted as a locomotive for the China's modernization, which has been exerting a profound impact on the Chinese society.

In traditional China, the Confucian ideal society is a society regulated by Li (禮). Li is sometimes translated as etiquette, rituals, or appropriateness. Li consists of various codes of conducts that are expected to be performed by individuals in different social roles. "Li is profoundly relational, and the fulfilment of personal life is seen as fulfilment of role, be it familial, professional or political."¹⁹ If everyone in the society performs one's role appropriately, the society is in harmony. It is important to note that Li is not something imposed from external by coercion. Rather, by inspiring poetical and beautiful expression of life, Li attracts wholehearted submission. "Li is not passive deference to external patterns. It is a *making* of society that requires the investment of oneself and one's own sense of importance."²⁰

The term fa (法), nowadays often translated as law, was closely associated with punishment, criminal law. Fa, in written form, comes from the need of military mobilization during wartime. Each and every dynasty in China has its own imperial code, an elaborated codification of criminal laws. Yet the operation of fa is subject to li. "A government based on virtue can truly win the hearts of men, one based on force can only gain their outward submission. The Li are persuasive and hence the instrument of a virtuous government; law are compulsive and hence the instrument of a tyrannical government."²¹

Under the traditional Chinese society, disputes between individuals are conceived as a disruption to the cosmic order.²² The occurrence of a dispute is interpreted as moral imperfection of one or both parties, and is also characterized as a failure of education. Thus the settlement of disputes is nothing but a re-assertion of Confucian teachings. The magistrate applies the imperial code to resolve criminal cases and most of the civil disputes. Yet the political and moral authority of the solution imposed derives not only from

¹⁸ On this point, see *Suli Zhu*, Paradoxes of Legal Development in 20th Century China from the Perspective of Modernisation, *Hong Kong Law Journal* (1998), Vol. 28, pp. 429–439.

¹⁹ *H. Patrick Glenn*, *Legal Traditions of the World*, 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 328.

²⁰ *Ibid.*, p. 327.

²¹ *Derk Bodde – Clarence Morris*, *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases with Historical, Social, and Judicial Commentaries*. Cambridge: Harvard University Press, 1967, p. 20.

²² See *ibid.*, p. 43–46.

the imperial code, but in a deeper sense also from the Confucian teachings. This experience is often reinforced by the personal virtues, wisdom and learning of the magistrate. The law as a form is underlined and endorsed by a deeper philosophy, which is capable to transcend law from its purely formal and violent nature.

In addition, the course of dispute settlement is not about defining the rights and obligations of the disputed parties, but about repairing relationships in the fulfillment of rightness and justice. It is not to separate individuals by demarcated sphere of rights,²³ but a re-affirmation of the unity/connectedness/harmony of the people under the Heaven. Exactly for this reason, the adjudication process always has certain degree of a theatric performance towards a broader audience other than the parties to disputes.

The modern judicial system can only deal with the individual (mostly material) disputes. The fading of the background social ideal underneath the judicial procedure leads to the banality of law. Law becomes a banal institution to settle disputes at a formal sense. Law is not an institution to generate or strengthen social solidarity, but to create and consolidates the image that the society is made of disconnected individuals being holders of rights and obligations. Human beings are conceived as rivalling individuals struggling for one's own rights and interests. Individuals are not possible to be conceived as a moral agency towards achieving greater virtue, but a material existence driven by desire (or need, in economics). The positivization of law leads to the death of virtues in the law's empire (if any).

5 AN OUTLOOK ON THE JUDICIARY AND RULE OF LAW IN CHINA

The political principle of separation of power and judicial independence expresses the idea of check and balance of powers, but at the first place also implies that power exercised in those three forms (legislative, executive, and judicial) are legitimately accepted in modern society. The political space in which rule of law can operate to a large extent hinges upon the political legitimacy enjoyed by the judicial bodies in a definite political community.

²³ It is observed that this kind of practice precludes the development of a rights culture. See *Li Qicheng*, *A Study on Local Courts at Provincial Capitals and Cities of the Late Qing* (晚清各级审判厅研究), Beijing: Peking University Press, 2004, p. 19.

Yet, the judiciary in today's China has to create a rule of law space for its own. There is not a rule of law tradition in the sense that the judiciary is able to stand on its own. Thus the judiciary in China has dual tasks, both to administrate and to create the rule of law in China. The administrative dominance in the operation of society is probably endogenous to Eastern Asian countries, like South Korea, Japan, Singapore, China and some others. The strong administration is considered key to the successful economic reform and state modernization. In addition to the paternalistic tradition (a type of historical legitimacy), the administrative power is supported by a kind of performance-based legitimacy. The democratization movement in the East Asian countries, started in 1960s and 1970s, introduced the political legitimacy of vote and participation, legitimacy based on the consent of the ruled. However, the judicial power is yet to establish itself in society. Unfortunately, as a result of being an un-established power, the judiciary aligns itself to, or re-organizes itself in line with other forms of powers. The lack of judicial independence in China is not at all a new observation, but a persistent or indeed parasitic phenomenon in China's legal development throughout the 20th century.

Many outside observers from liberal democracies attribute the problem of the Chinese judiciary to its lack of independence from the Chinese Communist Party or the government. From the perspective of a liberal tradition, the solution for the problems of the Chinese judiciary is to gain more independence from the Party, and in its relation to other state authorities the judiciary should be promoted to a higher political status. What judicial independence means at a theoretical level and how it could be translated into Chinese practice is constantly a tropical issue in Chinese law studies. While some scholars reject the possibility of judicial independence in a single party state, recently more nuanced empirical research shows that the scope of autonomy of the courts in deciding cases is much greater than often presumed and is continuously growing.

The legal development in China deserves being treated seriously. One needs to avoid overly antagonizing the relationship between the court/rule of law and the Chinese Communist Party. As a matter of fact, the Chinese Communist Party is the initiator and by far the firmest supporter to rule of law construction in China. The building of court system and the training of modern judges are all accomplished under the leadership of the Chinese Communist Party. Moreover, with the endorsement of the Party, promoting rule of law and respecting human rights are now incorporated into the

Chinese Constitution which is more than a symbolic action. This is not to say that no tension exists between the Party and the judiciary. While the judiciary is largely a creation by the Party, the professionalism of the judiciary is creating a growing divide between the judiciary and the party, and, from a more problematic aspect, between the judiciary and the general public.

Yet, the real problem for the Chinese judiciary is not about fighting for a higher status in the state structure,²⁴ but to define a role. It should act carefully to prevent from being trapped in professionalism and populism. Its future lies in whether it could, by transcending its technicality and formalistic culture, be open and inclusive to those who are marginalized and deprived in transformation of China. What the Chinese Judiciary really lacks is a theory, a coherent political theory of social justice.

²⁴ To many Chinese public the biggest problem of the Chinese judiciary is judicial corruption and judicial unfairness. This implies public support to closer state supervision over the work of the court and more control over the work of the court in order to prevent and combat judicial corruption.

Is a Harmonised Liability System a Necessary Prerequisite for European Multimodal Transport?

The Finnish Logistics Service Providers' Point of View

1 INTRODUCTION – QUESTIONS ADDRESSED

Sustainability is a core issue of the rapidly developing European Common Transport Policy. Increased use of multimodal or intermodal transport is an important part of the policy, as multimodal transport consisting of at least one rail or sea leg is considered a greener alternative to the dominating and increasing road carriage in the EU. When discussing a transport being carried out by two or more transport modes, the terms intermodal transport, multimodal transport, and combined transport are often used interchangeably in logistical research.¹ One of the more commonly used definitions for intermodal transport is from the European Conference of Ministers of Transport (1997) and the United Nations, and is “*the movement of goods in one and the same load unit or vehicle by successive modes of transport without handling of the goods themselves when changing modes*”. The OECD Glossary of Statistics also uses the same definition.² Also in legal theory the terms intermodal and multimodal carriage are exchangeable.³ Both cover “*carriage of goods by at least two different modes of transport on the basis of a multimodal transport contract*”, which is the internationally accepted definition.⁴

¹ Eng-Larsson, F. – Kohn, C.: Modal shift for greener logistics – the shipper’s perspective. International Journal of Physical Distribution & Logistics Management 2012 42(1), p. 36–59.

² OECD, 2013. OECD Glossary of Statistics, <http://stats.oecd.org/glossary/search.asp> (accessed 3 May 2013).

³ Ulfbeck, V.: Multimodal Transport in the United States and Europe—Global or Regional Liability Rules. Tulane Maritime Law Journal 34 2009, p. 37–90.

⁴ De Wit: Multimodal Transport. Lloyd’s of London Press, London 1995 (book).

In order to promote multimodal carriage, the Commission is working on different projects. The most interesting project, from a legal point of view, is the project on a *regional legal regime for European multimodal carrier liability*. International multimodal carriage has for decades suffered from the lack of a harmonised legal regime. The legal position of the parties to a contract of carriage is thus unpredictable and unclear. Legal scholars have addressed the problem⁵ and several attempts have been done in order to mend the problem,⁶ unfortunately with no success so far.⁷ Neither the European attempt has reached any result as yet.

International conventions in the area of carriage of goods are normally justified by the need of a harmonised and balanced legal system. For example, the aim of the Comité Maritime International (CMI) since it was created has been the achievement of total uniformity.⁸ Also the European Commission, which has been preparing for a European legal system on multimodal carriage, has called for uniformity. However, the question is addressed from a slightly different point of view. According to the European Commission, the unpredictable liability situation in multimodal transport

⁵ See for example *Hoeks, Marian*: Multimodal Transport Law, The Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods, Kluwer 2010. The author devotes the first chapter to explain the problems related to the lack of uniform multimodal carriage law. See also *Lamont-Black, Simone*: Claiming Damages in Multimodal Transport: A need for Harmonisation. In: Tulane Maritime Law Journal 2012, Volume 36, p. 707–724. Another example is *Clarke, Malcome*: The transport of goods in Europe: patterns and problems of uniform law. In: Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 1999, p. 36–70.

⁶ An overview of previous attempts is given by *Haak, K. F.*: The harmonization of intermodal liability arrangements. In: European Transport Law 2005, p. 13–51. Haak strongly argues for a harmonised liability system to minimize the problems of the existing laity systems. See also *Ramberg, Jan*: Harmonization of Law Carriage of Goods. In: Scandinavian Studies of Goods 1973, p. 211–252. Also Jan Ramberg calls for a harmonised system for all modes of transport (at p. 252).

⁷ On the contrary, scholars point out that the trend is going in the opposite direction. So called “hybrid carriage regimes” are developing both on a national and a unilateral level. See *Myburgh, Paul*: Uniformity or Unilateralism in the Law of Carriage of Goods by Sea? In: Victoria University Wellington Law Review 2000, Volume 31, p. 355–382.

⁸ See *Berlingieri, Francesco*: Uniformity in Maritime Law and Implementation of International Conventions, in: Journal of Maritime Law and Commerce 1987, Volume 18 Issue 3, p. 317–350. Berlingieri argues that the different methods for implementation of international conventions might hamper the goal of uniformity. See also, on a general level, *Bonell, Michael Joachim*: International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins. In: The American Journal of Comparative Law 1990, Volume 38, p. 865–888. In addition to pointing out the common acceptance of the feasibility and desirability of unifying various areas of law at an international level, Bonell also addresses the obstacles preventing this harmonisation.

is identified as a *bottleneck that prevents the parties from choosing the multimodal transport alternative*. Changing from unimodal to multimodal transport is considered not only a change of transport means, *but a change of transport systems* which entails a different legal framework. Such a change generates an unpredictable legal situation, mostly related to the liability problem but also to the conglomerate of different transport documents. In economic terms this change is leading to *transaction costs* which prevent the parties from choosing the multimodal transport alternative. By providing the multimodal industry with a regional legal regime containing predictable liability rules and rules on an electronic single document, the European Commission intends to remove these transaction costs, and thus make the change to environmentally friendly multimodal transport an easier alternative

One might, however, question the whole idea of legitimating a regional multimodal liability regime by claiming that the lack of such hampers multimodal transport. As will be pointed out, economists question the impact of a regional harmonised liability system as regards increased use of multimodal transport. Economic research shows that the transaction costs of an unpredictable liability system are minor and accordingly has insignificant impact on the choice of transport alternatives, see below (2)

2 IS A MULTIMODAL LIABILITY REGIME THE RIGHT TOOL?

As outlined above, the EU initiative on a regional multimodal liability regime is justified by the idea that a lack of such hinders multimodal transport. The economical reasoning behind this is that a change of transport system (from unimodal to multimodal) creates “*friction costs*” which prevent the formation of competitive multimodal transport chains. Friction costs are defined as a measurement of the inefficiency of a transport operation: They are expressed in the form of higher prices, longer journeys, more delays, less punctuality, lower availability of quality services, limitations on the types of goods available, higher risk of damage to cargo and more complex administrative procedures. In order to strengthen the multimodal transport chain, the friction costs, according to the Commission, would have to be identified and reduced. The unpredictable liability situation was identified as

part of the administrative bottlenecks which needed to be removed.⁹ Exactly how the lack of a legal framework would hamper multimodal transport in the Union was however not clear, and the Commission engaged a group of economists to quantify the underlying economics of the situation. The result was published in 2001 under the name: “*The Economic Impact of Carrier Liability on Intermodal Freight Transport*”, (hereinafter the Economic Impact Study).¹⁰ The scope of the study was multiple: Partly to analyse the loss and damage characteristics of shippers and their use of insurance to mitigate risk, and partly to analyse the current freight transport liability arrangements for all actors from the perspective of the supply chain. Also the impact of internet and e-commerce was examined.¹¹ Here the results as regards the friction costs will be highlighted.

In line with the Commissions assumptions, the Economic Impact Study defined the legal, liability related, friction costs as those from loss, damage, delay and consequential losses (*actual losses*) plus those arising from the administration of the regime that supplies insurance and deals with claims (*administrative costs*).¹² In the study the friction costs of all the stakeholders, the shipper, carrier and insurers, were calculated.

The Economic Impact Study revealed that friction costs in multimodal transport generally are low and that they vary for different types of assignments depending particularly on consignment (cargo) value, journey length and the level of risk.¹³ In order to illustrate the share of friction costs in the *total transport costs/freight charges*, the study referred to three markets: National, Intra-Europe (including non EU-Eastern Europe Countries), and Extra-Europe (transfer between Europe and North America).¹⁴ In national EU transport the level of friction costs was the highest, with an average of 6.3% of freight charges. Intra-Europe (including East-European countries) transport had a friction cost level of 3.9% whilst extra-European transport (in this study a transfer between Europe and North-America) had the lowest

⁹ Commission Communication to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, on Multimodality and Multimodal freight transport in the EU. COM(97)243 finale p. 85.

¹⁰ The Economic Impact study: IM Technologies (England) and Studiengesellschaft für den kombinierten Verkehr e.V (Germany): “The Economic Impact of Carrier Liability on Intermodal Freight Transport”, London 22 January 2001.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., p. 27.

¹³ Ibid., p. 31.

¹⁴ Ibid., p. 31.

friction cost level of 2.4%.¹⁵ By using the share of friction costs in the three markets and weighting them by their share of intermodal consignments, the level of intermodal transport friction costs in the EU was calculated to approximately 450–550 million Euros yearly.¹⁶

The most interesting part of the study is that the introduction of a strict and full liability regime (which was the recommendations from the Commission in the 1997 Communication) would not change the situation very much. Eliminating the three types of uncertainty related to location of damage/loss, identification of carrier/contract and the question of applicable liability regime (as identified by the 1999 legal expert group) would only reduce the friction costs by 20%. The savings would thus amount to 50 million Euros per annum.¹⁷ The Economic impact study consequently concludes that:

*“Strict and full liability on balance might therefore lead to some reduction in the administrative friction costs, though the potential for reduction may not be as large as some proponents suggests.”*¹⁸

In other words, introducing a voluntary, uniform liability system would probably not reduce the legal friction costs to a large degree. The results of the Economic Impact Study seem to be contradictory to the perception of the Commission when mapping the obstacles preventing multimodal transport of goods within the Union. Accordingly the Helsinki based InterTran research group, to which the authors of this article belong,¹⁹ decided to examine the Finnish Transport Industry’s perception. To understand the Finnish perspective, we start by describing the current trade and transport patterns between Finland and continental Europe (3.1). We then move on to the Logistics Service Provider’s (LPS) view as to the assumptions of the Commission (3.2).

¹⁵ Ibid., pp. 32–33.

¹⁶ Ibid., p. 34.

¹⁷ Ibid., pp. 39–40.

¹⁸ Ibid.

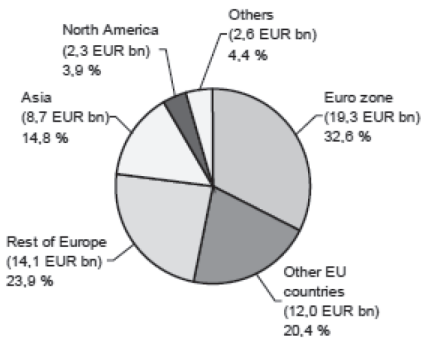
¹⁹ The InterTran research group is an interdisciplinary research project focusing on the mentioned European transport policy from a legal and logistical point of view. The research is performed jointly by researchers from the University of Helsinki (law) and the Aalto University School of Business (logistics). More information of the research group: <http://www.helsinki.fi/katti/english/InterTran-project.htm>.

3 THE FINNISH SERVICE PROVIDERS POINT OF VIEW

3.1 The Finnish Transport Patterns

Europe’s role in Finland’s export and import is important as seen in the figure 1. Almost half of Finland’s imports are metal, machinery and transport equipment or chemical industry products. These same products and forest industry products constitute most of Finland’s exports.²⁰

Imports by groups of countries in 2012



Exports by groups of countries in 2012

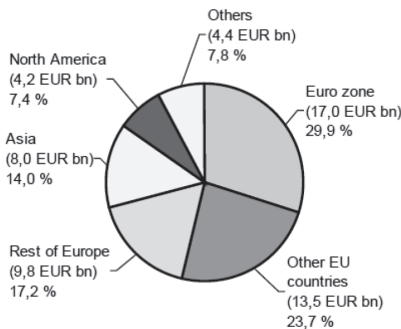


Figure 1. Finland’s imports and exports by countries.²¹

²⁰ Finnish Customs 2013. Pocket 2012. – <http://www.tulli.fi/fi/tiedotteet/ulkomaankauppatalastot/katsaukset/tiedotteet/taskutilasto2012/liitteet/pocket2012.pdf> [Accessed February 26, 2014].

²¹ Finnish Customs 2013. Pocket 2012. – <http://www.tulli.fi/fi/tiedotteet/ulkomaankauppatalastot/katsaukset/tiedotteet/taskutilasto2012/liitteet/pocket2012.pdf> [Accessed February 26, 2014].

Finland's geographical position at the Baltic Sea is as an island. Due to this fact most of the exports and imports to and from other European countries are intermodal in nature. The transports always include a sea leg and frequently also a road leg (sea-road combinations). Based on statistics, 70.3% of Finland's seaborne trade was with EU countries.²² In 2012 Finland's major seaborne trading partners in EU were Germany (16.8%), Sweden (14.4%) and the Netherlands (8.8%). Outside the EU, the main seaborne trading partner was Russia (14.3%). In 2012, in all Finnish exports, sea transport accounted for 88.4%, road transport for 8.5% and rail for 2.5%. The situation with imports was similar: sea transport accounted for 79.7%, rail for 10.6% and road for 3.9%.²³ However, these figures seem to be somewhat misleading as all trucks transported by ship are counted as sea freight in the statistics (the transport modes are counted based on the mode crossing the border). Most Finnish foreign trade by rail goes to Russia, either directly or by transit. Finnish railways' track gauge is similar to the track gauge in Russia. This offers an opportunity for efficient distribution of goods and raw materials to and from Russia.²⁴ When looking at the transport activities in Europe, in 2010 total goods transport in the EU-27 were estimated to amount to 3 831 billion tkm, and of this total road transport accounted for 45.8%, rail for 10.2%, inland waterways for 3.8% and oil pipelines for 3.1%.²⁵

As the figures above indicate, we can conclude that still after all efforts toward sustainable development the proportion of rail-based intermodal transport within the EU is still rather low. Also from the point of view of the Finnish Transport Industry the question on mapping the obstacles to a modal shift towards more environmental friendly transport intermodal transport is motivated.

²² Finnish Transportation Agency, 2013. Statistics, Seaborne international transports by country in 2012. – http://portal.liikennevirasto.fi/portal/page/portal/f/aineistopalvelut/tilastot/vesiliikennetilastot/ulkomaan_meriliikenne/mlt_ta_maittain.htm [Accessed February 26, 2014].

²³ Finnish Customs 2012. – http://www.tulli.fi/en/finnish_customs/statistics/graphics/liitteen/Kuviot_2011EN.pdf; http://www.tulli.fi/fi/tiedotteet/ulkomaankauppatilastot/tilastot/kuljetukset/kuljetukset12/liitteen/2013_M08.pdf

Suomen virallinen tilasto (SVT): Tavaroiden ulkomaankauppa [verkkójulkaisu]. Tulli, Helsinki, <http://www.tilastokeskus.fi/til/tavu/index.html> [Accessed 26.2.2014]

²⁴ *Hilmola, O.-P.*: European railway freight transportation and adaptation to demand decline: Efficiency and partial productivity analysis from period of 1980–2003. *International Journal of Productivity and Performance Management* 2007 56(3), p. 205–225.

²⁵ EC, 2012. EU Transport in figures – Statistical pocketbook 2012.

3.2 The Finnish Service Providers view on the assumption of the Commission

The aim of our research is to examine whether or not the assumptions of the Commission, on the need for a legal instrument, is representative for the industry itself. Thus, in order to explore the industry's view, we have collected data from 14 LSP operating in Finland. Two questions were posed: (1) *Is there a need for a harmonised legal instrument for better support of intermodal transport, and* (2) *is the liability issues a problem in the current legal framework.* We focused particularly on the LSP's view on rail-based intermodal transport. The load units under analysis included containers and trailers.

In qualitative research design case studies can provide description and prediction on a smaller scale, and multiple case studies can be used to describe a phenomenon.²⁶ For collecting data we used a multiple case-study design and a sample of 14 LSPs operating in Finland, all with transport operations in Europe. The sample included both users and potential users of rail-based intermodal transport. Eight (57%) of the 14 respondents reported that they use rail-truck intermodal transport in the EU. The 14 LSPs represented different types of companies, offering different kinds of services such as logistics and transportation (some with a broader set and some focusing on a certain transport mode in an intermodal transport chain), and freight forwarding. We selected several types of service providers from intermodal transport chains in order to get a holistic view. Based on previous research²⁷ and the research group's earlier experience, it was reasoned that this number of interviewed companies was enough to provide new knowledge on the topic.

In a case study protocol two keys to reliability are (1) an interview guide and (2) the development of a case study database.²⁸ To ensure reliability, we therefore decided to develop a questionnaire to ensure that we will get answers to the multidimensional issue of obstacles in intermodal transport. We used a semi-structured interview protocol with a combination of open and scaled questions to get an in-depth view of the factors. The results discussed

²⁶ *Ellram L. M.*: The use of the case study method in logistics research, *Journal of Business Logistics* 1996, Vol. 17, No. 2, pp. 93–138; *Yin, R. K.*: *Case Study Research: Design and Methods*. 3rd ed. Sage Publications, London 2003.

²⁷ *Guest, G. – Bunce, A. – Johnson, L.*: How many interviews are enough? An experiment with data saturation and variability. *Field methods* 2006, Vol. 18, No. 1, pp. 59–82.

²⁸ *Ellram* 1996, pp. 93–138.

in this paper are part of a larger questionnaire in which also other questions were posed. The respondents in the companies were chosen on the basis of their knowledge of intermodal transport, business development and transport liability issues; the interviewees were CEOs, logistics managers and legal counsels at the case companies. Some of the interviews included two persons from a company. In order to avoid biases in the data collection it is often recommended that the interviews are done in teams of several researchers.²⁹ All interviews thus included two or three members of the research team. An interview guide was sent to the interviewees beforehand.

As mentioned, our aim in this study is to examine whether or not the assumptions of the Commission on the need for a legal instrument is representative for the industry itself. The questions posed in the questionnaire were: (1) Is there a need for a harmonised legal instrument for better support of intermodal transport, and (2) are the liability issues a problem in the current legal framework. Our results, from the LPS industry representatives, indicate that liability issues are not a problem in rail-based intermodal transport. Our findings are thus in line with the Economic Impact Study. Regarding the damages, the interviewees commented that damages occur very seldom. Thus, interviewees did not find damages and liability a limiting issue for using intermodal transport. When summarizing the comments regarding the need of harmonized legal instrument for better support of intermodal transport, the results indicate that the interviewees did not see any need for a new instrument. In general they find the current instruments clear enough. However, a couple of interviewees commented that having the same liability rules for all types of transport would be beneficial.

Moreover, the results indicate that the LSPs find the shared responsibilities between the customers and themselves relatively clear and normally governed by the CMR Convention (Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, Geneva 1956). Also, because cargo insurances are used by the customers to protect the cargo for possible damages, liability and damages are not huge economic risks to the LSPs. However, sometimes when damages occur it is difficult to identify where in the transport chain the damage has occurred and thus to identify the applicable liability regime. These problems normally arise in relation to other LSP (sub carriers) and are, according to our interviewees, normally solved

²⁹ Eisenhardt, K. M.: Building theories from case study research. *Academy of Management Review* 1989, Vol. 14, No. 4, pp. 532–550.

by negotiations. In these cases there might be a loss for the LSP. However, these cases do typically not end up in court.

4 CONCLUSION

The results indicate that liability issues in an intermodal transports in not seen a problem for the LSP industry. In other words, the assumption of the Commission, on the need for a harmonised legal instrument on multimodal contracts of carriage, is not representative for the industry itself.

The friction costs related to the change of transport mode are low and have only minor impact on the choices made by the transport integrators and their customers. The total outcome of the European liability project seems accordingly to be marginal and not at all in line with the rather extensive policy goal on reduction of CO₂ emissions from transport, which according to the Commission should be 80–95% below 1990 levels by 2050. If nothing is done, CO₂ emissions from transport will remain one third higher than their 1990 level by 2050 and congestion costs will increase by about 50%. It seems obvious that a harmonised liability regime is *not a sufficient tool to promote sustainable, multimodal transport in the EU*. Leaving the issue to the transport industry is not an alternative either. So far this has merely given negative results: European Transport is constantly growing and road carriage is expanding its already high share.³⁰ The current development is in other words inconsistent with the transport policy. If the Commission is serious about its environmental commitment, other tools should be considered. A harmonised contractual liability regime is apparently not efficient. *If and how contract law otherwise can be used as a tool to promote sustainable carriage* of goods is thus a topic for the InterTran research group. As the results of our interviews indicate that the key challenge in limiting the use rail-based intermodal transport is a *perceived lack of services*,³¹ also this question is subject to further research by the group.

³⁰ See above at 2.1.

³¹ Raitasuo, P. – Bask, A. – Rajahonka, M. – Kuula, M. – Eftestøl-Wilhelmsson, E.: Why the share of intermodal transport with a rail leg is low in the EU – Finnish LSPs' perspective. Presentation in Nofoma 2013 Conference, Gothenburg, Sweden; Raitasuo, P. – Bask, A. – Rajahonka, M. – Kuula, M. – Eftestøl-Wilhelmsson E.: Challenges in the Use of Rail-based Intermodal Transport in Europe: case Finland. Unpublished paper [pending?].

Neuvotteleminen konfliktinratkaisumenettelynä

1 JOHDANTO

Konflikteja ja konfliktinratkaisumenettelyitä koskeva tutkimus on lisääntynyt runsaasti länsimaissa viime vuosikymmeninä. Teoreettisesti ei ole yksiselitteistä tai selvää, millaisia toimia tai tapahtumia on pidettävä konfliktin tai riidan ratkaisu- tai käsittelymenetelmänä.¹ Konfliktinratkaisumenetelminä on esitetty lukuisia eri toimintavaihtoehtoja aina kaksintaistelusta poliittiseen päätöksentekoon.² On myös pyritty rakentamaan typologioita, joissa erilaiset konfliktit on jaoteltu erilaisiin konfliktinratkaisumenettelyihin.³ Konfliktinratkaisumenetelmiä on niin ikään tarkasteltu erilaisten lopputulosvaihtoehtojen näkökulmasta.⁴

Yksinkertaisin tapa jäsentää eri konfliktinratkaisumenettelyitä on jaotelu tilanteisiin, joissa kaksi tahoa itse sopivat riitansa ja tilanteisiin, joissa

¹ *Freeman, Michael*: Introduction. – Freeman, Michael (ed.), *Alternative Dispute Resolution*. Aldershot 1995, s. xi–xix, s. xi; *Lieberman, Jethro K. – Henry, James F.*: Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement. *The University of Chicago Law Review*. Vol 53 (1986), s. 424–439, s. 424. Kirjoitus perustuu syksyllä 2014 ilmestyvän kirjan *Ervasti, Kaijus – Nylund, Anna*: Konfliktinratkaisu ja sovittelu neuvotteluteoriaa koskevaan jaksioon.

² Ks. *Galanter, Marc*: Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*. Vol. 9 (1974), s. 95–160, s. 124–135; *Felstiner, William L. F. – Abel, Richard L. – Sarat, Austin*: The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. *Law & Society Review*. Vol 15 (1980–1981), s. 631–654, s. 635–637; *Miller, Richard E. – Sarat, Austin*: Grievances, Claims and Disputes: Assessing the Adversary Culture. *Law & Society Review*. Vol 15 (1980–1981), s. 525–566; *Black, Donald*: *Sociological Justice*. New York 1989, s. 74–77; *Ervasti, Kaijus*: Käräjäoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 207. Helsinki 2004, s. 53–64.

³ Ks. esim. *Pel, Machteld*: *Referral to Mediation. A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal*. Hague 2008, s. 41.

⁴ Esim. *Bennet, Mark D. – Hermann Michele S. G.*: *The Art of Mediation*. National Institute of Trial Advocacy 1996, s. 113; *Moore, Christopher W.*: *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*. Updated and Revised 3rd Edition. San Francisco 2003, s. 105–112. Ks. myös *Ervasti* 2004, s. 162–163 ja *Ervasti, Kaijus*: *Sovittelu tuomioistuimessa*. Vantaa 2005, s. 61–62.

kolmas, ulkopuolinen taho osallistuu konfliktin ratkaisuun. Tavallisimmin konfliktinratkaisun perusmuotoina on erotettu toisistaan *neuvotteleminen* (Negotiation), *sovittelu* (Conciliation, Mediation, Facilitation), *välimiesmenettely* (Arbitration) ja *tuomitseminen* (Adjudication) tai eroteltu vain normatiivisiin sääntöihin perustuva ratkaisu sovitteluratkaisusta.⁵

Tuomitsemisesta, sovittelusta ja välimiesmenettelystä on Suomessakin käyty runsaasti keskustelua. Sen sijaan neuvottelemisesta ja neuvotteleteoriasta ei suomeksi löydy kirjoituksia tai keskustelua juuri lainkaan. Tämä on hämmästyttävää, koska neuvotteleminen on kaikkein tavallisin konfliktinratkaisumenettely ja lakimiehilläkin ensisijainen toimintatapa. Tässä artikkelissa käsitellään sekä eri toimintavaihtoehtoja konflikteissa että neuvottelemista.

Neuvotteluteoriaa on kehitelty eri tieteenalioilla. Erityisesti psykologisella tai käyttäytymispainotteisella taloustieteellä ja varsinkin Harvardin yliopiston neuvotteluteoreetikoilla on ollut tärkeä merkitys teorian muodostamisessa. Tässä artikkelissa käsitellään neuvotteluteoreettisen keskustelun päälinjoja.

2 TOIMINTAVAIHTOEHDOT KONFLIKTISSA

Lähtökohtaisesti konfliktinratkaisu voi perustua kolmeen asiaan. Konfliktinratkaisu voidaan perustaa osapuolten valtaan, intresseihin tai oikeuksiin.⁶ Ratkaisun vaikutukset voivat muodostua hyvin erilaisiksi riippuen siitä, mihin näistä lähtökohdista konfliktinratkaisu perustetaan.

Valtaa käytetään laajasti konfliktien ratkaisussa. Yleensä vallankäyttöön perustuvaa konfliktinratkaisua pidetään vahingollisena osapuolten keskinäisten suhteiden kannalta. Usein se johtaa myös epäluottamukseen. Joissain tilanteissa vallankäyttöä pidetään kuitenkin ensisijaisena vaihtoehtona. Se voi olla perusteltu esimerkiksi silloin, kun pyritään estämään lasta vahingoittamasta itseään. Valta ja voima eivät kuitenkaan voi olla ensisijainen tapa ratkaista konflikteja yhteiskunnassa, koska se johtaisi yhteiskuntaan, jossa voimakkaat alistaisivat heikompia.

⁵ Ks. *Goldberg, Stephen B. – Sander, Frank E. A. – Rogers, Nancy H.*: Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes. 3rd ed. New York 1999, s. 3–6.

⁶ *Ury, William L. – Brett, Jeanne M. – Goldberg, Stephen B.*: Getting Disputes Resolved. San Francisco 1988, s. 3–19. Ks. myös *Dana, Daniel*: Conflict Resolution. New York 2001, s. 38–53; *McCorkle, Suzanne – Reese, Melanie J.*: Mediation Theory and Practice. Boston 2005, s. 5–10.

Toiseksi konfliktinratkaisu voi perustua *oikeuksiin*. Länsimainen oikeusjärjestelmä tarjoaa organisoituneen tavan ratkaista erilaisia konflikteja juridisesti tuomioistuimissa ja muissa konfliktinratkaisuelimissä. Tuomioistuimet ovat puolueettomia ja niiden toiminta perustuu yhtenäisille muodollisille oikeussäännöksille ja menettelytavoille. Oikeuteen perustuvassa konfliktinratkaisussa osapuolet yrittävät todistaa tuomarille tai muulle päätöksentekijälle olevansa itse oikeassa ja toisen olevan väärässä. Tällaisessa järjestelmässä yhdestä osapuolesta tulee voittaja ja toisesta häviöjä. Pahimmillaan voi käydä niin, että käsittely kestää pitkään ja tulee kalliiksi, ja loppujen lopuksi tuomioistuin tekee päätöksen, joka ei tyydytä kumpaakaan osapuolta.

Kolmas tapa ratkaista konflikteja on keskittyä osapuolten *intresseihin*. Tällöin konfliktinratkaisun lähtökohtana eivät ole valtaan tai oikeuksiin perustuvat asemat tai vaatimukset vaan niiden taustalla olevat intressit. Intressipohjaisessa konfliktinratkaisussa tavoitteena on tyydyttää mahdollisimman laajasti kaikkien osapuolten intressit ja tarpeet. Ajatuksena on myös se, etteivät intressit ole automaattisesti vastakkaisia, vaikka osapuolten oikeudelliset vaatimukset olisivatkin. Tavoitteena on päästä pareto-optimaaliseen tilaan eli tilaan, jossa kenenkään asemaa ei voi enää parantaa heikentämättä jonkun toisen asemaa.

Toimintavaihtoehtoja konfliktissa on usein kuvattu peliteorian avulla. Peliteoriassa kaksi osapuolta, joilla on erisuuntaiset intressit, voivat tehdä valinnan kahdesta toimintavaihtoehdosta itsenäisesti. Molempien osapuolten valinnat voidaan laittaa matriisiin, jossa näkyvät erilaiset yhdistelmät heidän valinnoistaan. Peliteoriassa on kuvattu kahdenlaisia pelejä eli nollasummapelejä ja ei-nollasummapelejä. Edellisissä yhden voitto merkitsee aina toisen häviötä. Jälkimmäisissä on mahdollista, että toinen voittaa (win–lose), että molemmat voittavat (win–win) tai että kukaan ei voita (lose–lose). Tunnetuin ei-nollasummapeli on ns. vangin dilemma.⁷

Osapuolten toimintamahdollisuudet konfliktinratkaisussa on usein jaoteltu viiteen eri kategoriaan: välttäminen, poistuminen, kilpailu, asemiin perustuva neuvottelu ja yhteistoiminnallinen neuvottelu, kuten kuviosta 1 näkyy.⁸ Jaottelu on alun perin lähtöisin eri johtamistyylien erottelusta. Mallia on

⁷ Ks. esim. *Lewicki, Roy J. – Litterer, Joseph A.*: Negotiation. Illinois 1985, s. 35–43.

⁸ Esim. *Pruitt, Dean G.*: – *Carnevale, Peter J.*: Negotiation in Social Conflict. Buckingham 1993, s. 2–3, *Bennet – Hermann* 1996, s. 113; *Rahim, M. Afzalur*: Toward a Theory of Managing Organizational Conflict. The International Journal of Conflict Management. Vol. 13 (2002), s. 206–235; *Moore* 2003, s. 105–117; *Coltri, Laurie S.*: Conflict Diagnosis and Alternative Dispute Resolution. New Jersey 2004, s. 219; *Ervasti* 2004, s. 159–163.

muunneltu ja kehitetty konfliktinratkaisun tarpeisiin.⁹ Sittemmin jaottelua on käytetty erittäin laajasti konfliktinratkaisua käsittelevässä kirjallisuudessa.



Kuvio 1. Konfliktinratkaisun mahdollisuudet.

Kilpailua konfliktitilanteessa edustaa tyypillisimmillään toiminta oikeudenkäynnissä tai välimiesmenettelyssä. Siinä molemmat osapuolet pyrkivät maksimoimaan omat voittonsa ja vastapuolen häviöt. Osapuolet voivat myös *välttää konfliktin ratkaisemista*. Tällöin he jättävät konfliktitilanteen ja poistuvat siitä. Osapuoli voi myös *mukautua* toisen osapuolen tahtoon. Hän saattaa esimerkiksi ajatella pääsevänsä helpoimmalla kun antaa toiselle, mitä tämä tahtoo. Klassinen neuvottelutapa konfliktissa on *asemiin perustuva kaupankäynti*. Siinä kyse on strategisesta neuvottelutyy-

⁹ Ks. Blake, Robert R. – Mouton, Jane Srygley: The Managerial Grid. Key Orientations for Achieving Production Through People. Houston, Texas 1964.

listä, jossa osapuolet juridisista ja taloudellisista asemistaan käsin käyvät neuvotteluja kompromissista. Lakimiesten väliset neuvottelut ovat usein tällaisia. *Yhteistoiminnallisessa neuvottelussa* taas kyse on intresseihin perustuvasta neuvottelutyylistä, jossa pyritään kaikkia osapuolia tyydyttävään ratkaisuun.

Peliteoreettisesta näkökulmasta mahdollisia konfliktinratkaisun lopputulosvaihtoehtoja on neljä: voitto–häviö-lopputulos, umpikuja, kompromissiratkaisu ja voitto–voitto-lopputulos. Eri konfliktinratkaisumenettelyille on osoitettavissa tyypillisiä lopputulosvaihtoehtoja. Voitto–häviö-tilanteet ovat tyypillisiä silloin, kun valitaan kilpaileva konfliktinratkaisustrategia. Umpikujasta taas on kyse silloin, kun osapuolet välttävät asian ratkaisemista. Kompromissiratkaisut perustuvat tyypillisesti asemiin pohjautuvaan neuvotteluun ja voitto–voitto-tilanteet taas intressipohjaiselle neuvottelulle.¹⁰

Voitto–häviö-lopputuloksesta on kyse silloin, kun ratkaisussa toinen osapuoli voittaa ja toinen häviää asiansa. Tällaiset ratkaisut ovat tyypillisiä, jos toisella osapuolella on ylivoimainen valta-asema, jos keskinäisen suhteen jatkumisella tulevaisuudessa ei ole suurta merkitystä, jos toinen osapuoli on aktiivinen ja toinen osapuoli passiivinen, jos osapuolten intressien tyydyttäminen ei riipu keskinäisestä yhteistyöstä tai jos yksi osapuoli on haluton yhteistoiminnalliseen ratkaisuun. Voitto–häviö-lopputulokset ovat tyypillisiä kilpailuun perustuvassa konfliktinratkaisussa.

Umpikujaan osapuolet ajautuvat, jos he eivät ole kykeneviä saamaan aikaan sopimusta. Näin käy, jos molemmat osapuolet välttelevät konfliktia syystä tai toisesta, kummallakaan osapuolella ei ole tarpeeksi valtaa pakottaa ratkaisuun, osapuolten välillä vallitsee luottamuksen puute, kommunikatio on heikkoa tai heitä hallitsevat voimakkaat tunteet, tai jos käytetään epäsovivaa ratkaisumenetelmää, kilpailu voitosta on vähäistä tai osapuolten intressit eivät ole suhteessa toisiinsa tai jompikumpi osapuolista on vastahakoinen. Umpikujatilanteessa kukaan ei voita.

Kompromissiratkaisusta on kyse silloin, jos kaikki konfliktin osapuolet luopuvat joistain tavoitteistaan muiden hyväksi. Tämä on tyypillistä, jos kellekään osapuolista ei ole tarpeeksi valtaa täydelliseen voittoon, jos osapuolten keskinäinen suhde vastaisuudessa on tärkeä, mutta osapuolet eivät luota toisiinsa kylliksi saavuttaakseen integratiivista ratkaisua, jos kilpailu voitosta on suhteellisen voimakasta, jos molemmat osapuolet ovat itsevarmoja, jos osapuolten intressit ovat toisistaan riippuvaisia ja jos osapuolilla on peli-

¹⁰ Moore 2003, s. 105–112. Ks. myös Bennett – Hermann 1996, s. 113 ja Ervasti 2004, s. 162–163.

varaa. Kompromissiratkaisussa osapuolet jakavat voitot ja häviöt. Kompromissiratkaisut ovat tyypillisiä aseisiin perustuvassa kaupankäynnissä.

Voitto–voitto-lopputuloksesta on kyse silloin, kun kaikki osapuolet tuntevat, että heidän intressinsä on tyydytetty. Tällainen ratkaisu voidaan saavuttaa, jos kumpikaan osapuoli ei kamppaile vallasta, jos osapuolten keskinäinen suhde on tärkeä, jos panokset pyrkii keskinäisesti tyydyttävään ratkaisuun ovat suuret, jos molemmat osapuolet ovat aktiivisia ongelmanratkaisijoita, jos osapuolten intressit ovat toisistaan riippuvaisia, jos osapuolet ovat vapaita yhteistoimintaan ja osallistumaan ongelmanratkaisuun. Voitto–voitto-tilanteita pidetään tyypillisinä sovitteluratkaisuissa.¹¹

3 NEUVOTTELEMINEN TOIMINTATAPANA

Neuvotteleminen on käsitetty ja määritelty monin eri tavoin. Laajimmillaan siihen on sisällytetty lähes kaikki vuorovaikutuksen muodot, joilla osapuolet pyrkivät konfliktitilanteessa vaikuttamaan toisiinsa. Neuvottelemisella on tällöin tarkoitettu esimerkiksi kahden tai useamman osapuolen keskustelua, jossa pyritään sovittamaan yhteen osapuolten erisuuntaiset tavoitteet.¹² Suppeammassa määrittelyssä se on nähty yhteiseksi päätöksenteoksi vuorovaiikutteisen kommunikaation avulla tilanteessa, jossa osapuolilla on toisistaan poikkeavat intressit.¹³

Ihmiset neuvottelevat elämässään jatkuvasti. Ystävät esimerkiksi neuvottelevat, mitä elokuvaa mennään katsomaan, ostajat neuvottelevat myyjän kanssa hankintoja tehdessään, puoliset neuvottelevat, kuka siivoaa, lapset neuvottelevat, mitä leikkiä leikitään, työpaikalla neuvotellaan, kuka hoitaa minkäkin tehtävän, liike-elämässä neuvotellaan sopimusjärjestelyistä ja asi-anajajat neuvottelevat keskenään päämiestensä asioista konfliktitilanteissa. Myös johtaminen on monelta osin neuvottelemista. Neuvotteleminen on

¹¹ Ks. *Kriesberg, Louis – Dayton, Bruce W.*: *Constructive Conflicts. From Escalation to Resolution*. Fourth Edition. Lanham, Boulder 2012, s. 248; *Pruitt, Dean G. – Olczak, Paul V.*: *Beyond Hope. Approaches to Resolving Seemingly Intractable Conflict*. – Barbara Benedict Bunker, Jeffrey Z. Rubib and Associates: *Conflict, Cooperation and Justice. Essays Inspired Work of Morton Deutsch*. San Francisco 1995, s. 59–92, s. 67.

¹² Ks. *Pruitt – Carnevale* 1993, s. xv ja *Burgess, Heidi – Burgess, Guy M.*: *Encyclopedia of Conflict Resolution*. Santa Barbara, California 1997, s. 210–211.

¹³ *Mnookin, Robert H.*: *When not to Negotiate: A Negotiation Imperialist Reflects on Appropriate Limits*. *University of Colorado Law Review*. Vol 74 (2003), s. 1077–1107, s. 1081.

siis tavanomainen arkielämän taito.¹⁴ Neuvotteleminen voidaan kuitenkin myös nähdä professionaalisenä taitona, jota tarvitaan konfliktinratkaisuun keskittyvissä ammateissa. Lakimiehet ovat tyypillinen ammattikunta, jolle neuvottelutaidot ovat tärkeitä. Suomessa lakimiesten neuvottelutaidot ovat perustuneet pitkälti käytännön kautta oppimiseen, koska lakimieskoulutukseen ei sisälly systemaattista koulutusta neuvottelemisesta ja konfliktinratkaisusta.

Neuvottelemiselle on monia perusteita. Ensiksikin neuvottelemisen avulla sovitaan siitä, kuinka jaetaan rajoitettuja resursseja kuten omaisuutta tai aikaa. Toiseksi neuvottelemisellä luodaan jotain sellaista uutta, mitä kukaan osapuolista ei pysty yksin tekemään. Kolmanneksi neuvottelemisellä ratkaistaan osapuolten välisiä ongelmia ja konflikteja. On katsottu, että kaikille neuvottelutilanteille ominaisia ovat seuraavat piirteet:

- tilanteessa on kaksi tai useampia osapuolia
- osapuolten välillä on konflikti intressien tai halujen välillä
- osapuolet uskovat pääsevänsä vallitsevaa tilannetta parempaan lopputulokseen neuvottelemalla
- molemmat osapuolet ovat valmiita liikkumaan lähtöasetelmastaan
- osapuolet asettavat neuvottelut etusijalle riitelemisen, alistumisen, ratkaisun välttämisen tai autoritaarisen ratkaisun sijaan
- neuvotteleminen edellyttää paitsi aineellisten kysymysten (kuten raha) myös aineettomien (psykologiset motivaatiot) käsittelemistä.¹⁵

Neuvottelemista on lähestytty eri tieteenalojen, kuten sosiologian, antropologian, psykologian, taloustieteen, oikeustieteen ja politiikan, tutkimuksesta käsin. Monilta osin neuvotteluteoriaa leimaa vahvasti psykologinen taloustiede. Taustalla on vahvana etenkin peliteoria. Taloustieteen perusteoriaa ja terminologiaa on kuitenkin muokattu neuvotteluteoriassa omanlaisekseen. Esimerkiksi peliteorian termit yhteistoiminnallinen ja ei-yhteistoiminnallinen peli kääntyvät neuvotteluteoriassa integratiiviseksi ja distributiiviseksi neuvotteluksi.

¹⁴ *Lax, David A. – Sebenius, James K.*: The Manager as Negotiator. Bargaining for Cooperation and Competitive Gain. New York 1986, s. 90–106; *Mnookin, Robert H. – Peppet, Scott R. – Tulumello, Andrew*: Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes. Cambridge, Massachusetts 2000, s. 14–15. Ks. myös *Lewicki, Roy J. – Barry, Bruce – Saunders, David M.*: Negotiation. Sixth Edition. Singapore 2010, s. 17.

¹⁵ *Lewicki – Barry – Saunders* 2010, s. 1–3. Ks. myös *DeMarr, Beverly J. – de Janasz, Suzanne C.*: Negotiation and Dispute Resolution. Boston 2013, s. 7–9; *Lax – Sebenius* 1986, s. 6–12.

Neuvottelemista on mallinnettu ja jäsennetty konfliktiteoriassa useilla eri tavoilla.¹⁶ On erotettu toisistaan *distributiivinen* (Distributive) *neuvottelu* ja *integratiivinen* (Integrative) *neuvottelu*¹⁷, *asemiin perustuva* (Positional) ja *intressipohjainen* (Interest-Based) *neuvottelu*¹⁸, *yhteistoiminnallinen* (Cooperative) ja *kilpaileva* (Competitive) *neuvottelu*¹⁹ sekä *ongelman ratkaisuun* (Problem Solving) ja *vastakkainasetteluun perustuva* (Adversial) *neuvottelu*²⁰.

Yleensä näissä jaotteluissa toinen neuvottelumalli edustaa ”pehmeämpää”, yhteistyöhön perustuvaa toimintatapaa ja toinen ”kovempaa”, kilpailevaa toimintatapaa. Esimerkiksi kilpailevassa strategiassa psykologisena orientaationa on asenne, jonka mukaan osapuolet ovat toisiaan vastaan. Yhteistoiminnallisessa strategiassa suhtautumistapana taas on näkemys, jonka mukaan osapuolet ovat toisiaan varten ja hyödyttävät toisiaan.²¹ On katsottu, että toisessa ”jaetaan arvoa” ja toisessa ”luodaan arvoa”.²² Usein neuvottelua on havainnollistettu piirakkana, jonka neuvottelijat haluavat jakaa. Arvon jakamisessa keskustellaan siitä, miten piirakka jaetaan, kun taas arvon luomisessa on kyse siitä, miten piirakasta saadaan ensin mahdollisimman suuri.

¹⁶ Ks. esim. *Kritzer, Herbert M.*: Let’s Make a Deal. Understanding the Negotiation Process in Ordinary Litigation. The University of Wisconsin Press 1991, s. 113–118; *Wolski, Bobette*: The ”New” Limitations of Fisher and Ury’s Model of Interest-Based Negotiation: Not Necessarily the Ethical Alternative. *James Cook University Law Review* 2012, s. 127–155, s. 129; *Vindeløv, Vibeke*: Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling. København 1997, s. 169–172; *Holbrook, James R.*: Using Performative, Distributive, Integrative, and Transformative Principles in Negotiation. *Loyola Law Review*. Vol 56 (2010), s. 359–374; *Condlin, Robert J.*: Bargaining without Law. *New York Law School Law Review*. Vol. 56 (2011–2012), s. 281–328, s. 282–283.

¹⁷ *Raiffa, Howard*: The Art and Science of Negotiation. Cambridge 1982.

¹⁸ *Fisher, Roger – Ury, William – Patton, Bruce*: Getting to Yes. Negotiating Agreement without Giving in. Second Edition. New York 1991.

¹⁹ Ks. *Lowenthal, Gary T.*: A General Theory of Negotiation Process, Strategy, and Behavior. *Kansas Law Review*. Vol. 31 (1982), s. 69–113; *Lax – Sebenius* 1986.

²⁰ *Menkel-Meadow, Carrie*: Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving. *Ucla Law Review*. Vol. 31 (1984), s. 754–842.

²¹ *Deutsch, Morton*: Cooperation and Competition. – *Deutsch, Morton – Coleman, Peter T.* (ed.), *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice* San Francisco 2000, s. 21–40, s. 22–24.

²² *Lax – Sebenius* 1986, s. 29–45; *Mnookin – Peppet – Tulumello* 2000, s. 11–43.

4 ONGELMANRATKAISUUN PERUSTUVA NEUVOTTELU – VASTAKKAINASETTUUN PERUSTUVA NEUVOTTELU

Menkel-Meadow on tehnyt jaon vastakkainasetteluun ja ongelman ratkaisemiseen perustuvan neuvottelun välillä. *Vastakkainasetteluun* perustuva neuvottelu edellyttää, että toiminta keskittyy rajoitettuihin resursseihin, kuten rahaan, ja osapuolet päättävät, kuinka se jaetaan. Tässä tilanteessa osapuolten tavoitteet ovat ristiriidassa ja se, minkä toinen voittaa, toinen häviää. Ongelmanratkaisuun perustuvassa mallissa taas pyritään paljastamaan piilossa olevat intressit, kuten tarpeet, jotka ovat vaikuttimena osapuolten välisessä tilanteessa.²³

Lakimiehet edustavat usein vastakkainasetteluun perustuvaa neuvottelua. Sen mukaan toisen osapuolen täytyy hävitä se, minkä toinen voittaa. Usein neuvotteluita pidetäänkin nollasumma-pelinä. Jos neuvottelut epäonnistuvat, tuomioistuin julistaa toisen osapuolen voittajaksi. Lähestymistapa perustuu oletukselle, että osapuolten halut kohdistuvat samaan päämäärään, esineisiin tai arvoihin. Kun osapuolten oletetaan kilpailevan samoista ”niukoista” esineistä, ratkaisun ajatellaan riippuvan niiden jakamisesta.

Kun neuvotteluja käydään ”oikeuden varjossa”, neuvottelijat olettavat, että kaupankäynnin kohteet ovat samoja kuin tuomioistuimen päättäessä asiasta. Vastakkainasetteluun perustuvat olettamat eivät vaikuta vain neuvottelujen ongelmien ratkaisun laatuun vaan myös itse neuvotteluprosessiin. Tavallisesti prosessi vastakkainasetteluun perustuvassa neuvottelussa onkin kilpaileva. Vastakkainasetteluun perustuva neuvottelu sisältää tavanomaisesti seuraavat vaiheet:

- 1) esineuvottelut tavoitteiden määrittämisen, kannanottojen, aseman ja neuvotteluiden aikataulutuksen suunnittelemiseksi
- 2) tarjoukset ja vastatarjoukset
- 3) informaation vaihto
- 4) kaupankäynti ja
- 5) päättäminen tai sopiminen.²⁴

²³ Ks. myös *Riskin, Leonard L.*: Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed. Harvard Negotiation Law Review 1996, s. 7–51, s. 13–14.

²⁴ *Menkel-Meadow* 1984, s. 755–757 ja 764–777.

Menkel-Meadow on kritisoinut nollasumma-lähestymistapaa seuraavasti²⁵: 1) Nollasumma-pelit ovat empiirisesti aika harvinaisia jopa peliteorias- sa. Nollasumma-peliltä katoaa nollasumma-luonne, kun neuvoteltavana on useampi kuin yksi kysymys, koska vaihtokaupat niiden välillä ovat mahdollisia. Peli on myös vähemmän nollasumma-luonteinen, jos toiselle osapuolelle on tärkeää, milloin raha maksetaan. Jos rahalla on suurempi arvo osapuolelle tänään, hän sopii pienemmästä markkamäärästä kuin ensi viikolla. Kumpikaan ei välttämättä häviä, jos ajalla on heille erilainen merkitys. 2) Nollasumma-pelin taustalla on oletus siitä, että osapuolet arvostavat kiinteitä resursseja samoin. Kantaja saattaa esimerkiksi haluta vahingonkorvausta uuden auton hankkimista varten ja vastaaja saattaa olla kykenevä hankkimaan sellaisen auton suoraan vastaajalle markkinahintoja alemmalla hinnalla. 3) Olettamalla, että on vain yksi käsiteltävä asia, kuten hinta, osapuolten muut asiat tai ongelmat saatetaan naamioida ja jättää ratkaisematta. 4) Kun oletetaan, että neuvotteluiden kohde on kiinteä tai jollain tavoin rajoitettu, osapuolet saattavat menettää mahdollisuuden laajentaa kohdetta ennen jakoa.

Menkel-Meadow on myös kritisoinut ”oikeuden varjossa” tapahtuvaa neuvottelua²⁶. Hänen mukaansa oletus, että neuvoteltavia asioita on vain rajallisesti konfliktinratkaisussa, johtuu siitä, että neuvotteluita käydään oikeuden varjossa. Neuvottelijat ajattelevat liian usein, että he ovat rajoitet- tuja siihen, mikä olisi mahdollista saavuttaa tuomioistuimessa. Neuvottelut saattavatkin toimia oikeuden ratkaisun aiempänä versiona – vain ilman tuo- maria. Yksi oikeusjärjestelmän vahvuuksista – määriteltävät, ennakoitavat säännöt – voi itse asiassa olla haitta kehitettäessä innovatiivisia ja luovia ratkaisuja ongelmiin. Jos neuvottelut rajataan tuomioistuimen käytettävissä oleviin vaihtoehtoihin, ne eivät ole todellinen sisällöllinen vaihtoehto oikeudenkäynnille.

Vaihtoehto vastakkainasettelulle perustuville neuvotteluille on *ongel- manratkaisu* (problem-solving). Tämän mallin mukaan neuvottelijat voi- vat saavuttaa parhaiten päämääränsä keskittymällä osapuolten todellisiin tavoitteisiin ja yrittämällä luovasti tyydyttää molempien osapuolten tarpeet ja intressit sen sijaan, että he keskittyisivät maksimoimaan oman voittonsa.²⁷

²⁵ Menkel-Meadow 1984, s. 783–789.

²⁶ Menkel-Meadow 1984, s. 789–792.

²⁷ Menkel-Meadow 1984, s. 757–760 ja 794. Weizman ja Weizman ovat ongelmanratkai- sunäkökulmasta katsoeet, että on kolme lopputulosta, joihin voidaan pyrkiä: kompromissi, sopiminen reilusta menettelystä voittajan määräämiseksi ja integratiivinen ratkaisu. Viimeksi mainittuun voidaan pyrkiä mm. lisäämällä jaettavaa ”kakkua”, löytämällä uusia tapoja kom-

Ratkaisu, jossa ”molemmat voittavat”, voidaan saavuttaa kolmella eri tavalla:

- 1) laajentamalla jaettavaa kakkua eli lisäämällä resursseja, jotta molempien osapuolten tarpeet voidaan tyydyttää
- 2) molemminpuolisilla myönnytyksillä, jotta jokainen osapuoli voittaa asioissa, jotka ovat hänelle tärkeimpiä
- 3) osapuolten asemien analysoinnilla, jotta voidaan löytää uusi lähestymistapa ongelmaan.²⁸

Empiiristen tutkimusten mukaan eettisesti toimivat ongelmanratkaisuun pyrkivät (lakimies) neuvottelijat, ovat usein tehokkaampia kuin vastakkainasetteluun tai epäeettisiin keinoihin tarttuvat neuvottelijat.²⁹

5 DISTRIBUTIIVINEN NEUVOTTELU – INTEGRATIIVINEN NEUVOTTELU

Neuvotteluteoriassa on tehty jako myös integratiivisiin ja distributiivisiin neuvotteluihin. *Distributiivisella* neuvottelulla tarkoitetaan neuvottelutilannetta, jossa osapuolet pyrkivät maksimoimaan oman voittonsa ja minimoimaan häviönsä.³⁰ Distributiivinen neuvottelu siis vastaa pitkälti edellä esitettyä vastakkainasetteluun perustuvaa neuvottelua. Tyypillisesti tällaisessa kaupankäynnissä osapuolten tavoitteet ovat lähtökohdiltaan vastakkaisia, eikä niitä voida toteuttaa yhtä aikaa. Kyse voi olla esimerkiksi puhtaasti rahaan tai muuhun samaan intressiin kohdistuvasta konfliktista. Kun resurssit ovat rajalliset, molemmat osapuolet pyrkivät maksimoimaan oman osuutensa. Tällöin osapuolet pyrkivät strategiaan, joka palvelee tätä tavoitetta. Yksi keskeinen strategia on *informaation pihtaaminen*. Osapuolet

pensoida joustavasti osapuolelle jokin asia, osapuolten joustamisella vähemmän tärkeissä kysymyksissä ja ”silloittamalla”. Weitzman, Eben A. – Weitzman Patricia Flynn: Problem Solving and Decision Making in Conflict Resolution. – Deutsch, Morton – Coleman, Peter T. (ed.), The Handbook of Conflict Resolution. Theory and Practice. San Francisco 2000, s. 185–209, s. 188–190.

²⁸ Pruitt – Olczak 1995, 67.

²⁹ Kupfer Schneider, Andrea: Shattering Negotiation Myths: Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style. Harvard Negotiation Law Review. Vol 7 (2002), s. 143–197.

³⁰ Ks. tästä Lewicki – Barry – Saunders 2010, s. 33–70.

jakavat informaatiota vastapuolelle vain, jos siitä on saatavissa strategista hyötyä. Vastaavasti vastapuolelta pyritään onkimaan mahdollisimman paljon informaatiota oman neuvotteluasetelman vahvistamiseksi.

Monet käsittävät neuvottelemisen distributiiviseksi toiminnaksi. Toiset ovat taas sitä mieltä, että distributiivinen neuvottelu on vanhanaikaista, vastakkainasetteluun perustuvaa ja tuhoisaa. On kuitenkin esitetty, että on useita syitä, miksi jokaisen neuvottelijan olisi hallittava tällainen kaupankäynti. Ensiksikin neuvottelijat kohtaavat resurssien jakamiseen liittyviä tilanteita ja kyetäkseen toimimaan niissä hyvin heidän täytyy tuntea tällaisen kaupankäynnin strategiset lähtökohdat. Toiseksi monet ihmiset käyttävät lähes yksinomaan kaupankäyntiin liittyviä strategioita ja taktiikoita, ja jokaisen neuvottelijan tulee ymmärtää, kuinka toimia tällaisen neuvottelukumppanin kanssa. Kolmanneksi jokainen neuvottelutilanne saattaa potentiaalisesti edellyttää kaupankäyntitaitoja jossain vaiheessa neuvotteluita.

Distributiivisten kaupankäyntistrategioiden osaaminen on tärkeää, mutta neuvottelijoiden on myös ymmärrettävä, että niihin liittyvät toimintatavat voivat vaikuttaa kielteisesti sekä olla kalliita ja toimimattomia. Distributiivinen toimintatapa on käyttökelpoinen lähinnä silloin, kun neuvottelijat haluavat maksimoida voittonsa yksittäisessä tapauksessa, suhde vastapuoleen ei ole tärkeä ja ollaan vaatimusten esittämisvaiheessa. Kaupankäyntiin liittyy kuitenkin myös monia eettisiä kysymyksiä.³¹ Distributiivisessa neuvottelussa osapuolet ajavat omaa etuaan käyttäen toisinaan hyväkseen salaamista, yrittämällä johtaa toista harhaan tai manipuloimalla toista osapuolta. Kaikki tällaiset toimenpiteet ovat omiaan muuttamaan kanssakäymisen vihamieliseksi.

Distributiivisessa neuvottelussa lähtökohtana on ajatus, että osapuolten tavoitteet ovat vastakkaiset ja resurssit rajalliset. Sen sijaan *integratiivisessa* neuvottelussa lähtökohtana on se, ettei osapuolten tavoitteita ja intressejä tarvitse nähdä toisiaan poissulkeviksi. Yhden osapuolen voitto ei välttämättä merkitse toisen osapuolen häviötä, vaan voidaan pyrkiä tilanteeseen, jossa kaikki voittavat (win-win).³² Integratiivinen neuvottelu siis rinnastuu aiemmin esitettyyn ongelmanratkaisuun. Integratiivisessa neuvottelussa neuvottelijat tyypillisesti:

³¹ Lewicki – Barry – Saunders 2010, s. 33; Mnookin – Peppet – Tulumello 2000, s. 24–25.

³² Ks. yhteistoiminnallisesta neuvottelemisesta Lewicki – Barry – Saunders 2010, s. 71–106.

- keskittyvät pikemmin yhtäläisyyksiin kuin eroavuuksiin
- pyrkivät käsittelemään intressejä ja tarpeita, ei asemia
- sitoutuvat käsittelemään kaikkien osapuolten tarpeita
- vaihtavat informaatiota ja ideoita
- kehittävät vaihtoehtoja yhteisen hyödyn edistämiseksi
- käyttävät objektiivisia kriteereitä toiminnalle.

Integratiivisessa neuvotteluprosessissa on neljä keskeistä vaihetta. Ensiksi tulee tunnistaa ja määrittää ongelma. Toiseksi ongelma pitää analysoida sekä nostaa esille siihen liittyvät intressit ja tarpeet. Kolmanneksi pitää luoda vaihtoehtoisia ratkaisuja ongelmaan. Neljänneksi eri vaihtoehtoja pitää arvioida sekä tehdä ratkaisu niiden välillä.³³

Intressejä on jaoteltu monin eri tavoin. Voidaan erotella esimerkiksi sisällölliset intressit, menettelylliset intressit, suhteeseen liittyvät intressit ja periaatteisiin liittyvät intressit.³⁴ Neuvotteluissa on lähes aina mukana *useita erilaisia intressejä*. Osapuolilla on siis useimmiten muitakin kuin vain itse asiaan liittyviä sisällöllisiä intressejä.³⁵

Integratiivisessa neuvottelussa osapuolten pitää kehittää erilaisia vaihtoehtoja ongelman ratkaisemiseksi. Kun on saatu koottua lista erilaisista vaihtoehdoista, niitä arvioidaan ja valitaan sellaiset, jotka otetaan työs-tettäväksi viimeiseen vaiheeseen. On kehitetty erilaisia tekniikoita, jotka helpottavat vaihtoehtojen luomista. Ne voidaan jakaa kahteen kategoriaan. Ensimmäisessä edellytetään neuvottelijan määrittävän tai muotoilevan uudelleen ongelman, jotta voitaisiin päästä ratkaisuun, jossa kaikki voittavat. Toisessa ongelma otetaan annettuna, mutta luodaan pitkä lista erilaisia vaihtoehtoja, joista osapuolet voivat valita. Monimutkaisissa ongelmissa voidaan käyttää molempia.³⁶

6 PERIAATTEELLINEN NEUVOTTELEMINEN

Vuonna 1981 julkaistiin Harvardin neuvotteluprojektin tutkijoiden Fisherin ja Uryn kirja ”Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In”. Siinä kirjoittajat kehittivät edelleen neuvotteluteoriaa. Tekijät kutsuvat kir-

³³ Lewicki – Barry – Saunders 2010, s. 75–95.

³⁴ Lax – Sebenius 1986, s. 68–74.

³⁵ Lewicki – Barry – Saunders 2010, s. 81–82.

³⁶ Lewicki – Barry – Saunders 2010, s. 83.

jassa esittämäänsä neuvottelumallia ”periaatteelliseksi neuvottelemiseksi” (Principled Negotiation).³⁷ Kyseessä on pitkälti integratiivisen neuvottelun yksinkertaistetuksi malliksi kehitelty versio.

Kirjoittajien mukaan varsin tavallinen arkielämän neuvottelutapa on *kova asemalähtöinen neuvottelu*. Edellä esitetyt vastakkainasetteluun perustuva neuvottelumalli ja distributiivinen neuvottelumalli edustavat tällaista toimintatapaa. Siinä osapuolet esittävät omista asemistaan (taloudellisista, juridisista jne.) vaatimuksia toisilleen ja yrittävät sovittaa vaatimuksiaan yhteen. Tällaisessa neuvottelutyylissä osapuolilla on tapana lukkiutua asemiinsa. Mitä paremmin osapuolen asema tilanteessa selkeytyy ja mitä enemmän hän sitä puolustaa, sitä enemmän hän myös sitoutuu siihen. Samalla osapuoli identifioi itsensä yhä voimakkaammin asemaansa, ja tärkeäksi voi muodostua se, ettei menetä tilanteessa kasvojaan. Tällöin kasvojen menettäminen intressinä voi peittää osapuolten alkuperäiset intressit. Asemalähtöisessä neuvottelussa on monia ongelmia. Se tuottaa huonoja lopputuloksia, se on tehotonta, se huonontaa osapuolten suhteita ja etenkin monia osapuolia käsittävisissä neuvotteluissa se toimii huonosti.³⁸

Kovan neuvottelutyylin vastakohtaksi on esitetty *pehmeää neuvottelutyyl*ä. Siinä toista osapuolta ei nähdä vihollisena, vaan pikemminkin ystävänä. Sen sijaan, että pyrittäisiin voittoon, pidetään tärkeänä sopimukseen pääsyä. Pehmeässä sovittelussa tavanomaisia toimintatapoja ovat tarjousten ja myönnytysten tekeminen, luottaminen toiseen osapuoleen, ystävällisyys ja yhteentörmäysten välttäminen. Tällainen neuvottelutyyl sopii esimerkiksi ongelmien käsittelyyn perheessä ja ystävien kesken. Se on tehokas ja nopea. Lopputulos ei kuitenkaan ole välttämättä paras mahdollinen. Toimimalla pehmeästi ja ystävällisesti asemalähtöisessä neuvottelussa tulee hyvin haavoittuvaiseksi sellaisen neuvottelijan kanssa, jonka neuvottelutyylinä on kova asemalähtöinen neuvottelutyyl. Silloin kova neuvottelija hallitsee pehmeää neuvottelijaa.

Periaatteellisessa neuvottelutyylissä on valittu erilainen lähestymistapa. Kun ei voida valita pehmeän ja kovan neuvottelutyylin välillä, muutetaan koko peli. Neuvotteluissa on kaksi tasoa, yhtäältä asiasisältö ja toisaalta menettely, jossa asiaa käsitellään. Jälkimmäisessä on kyse siitä, miten neuvotellaan, pehmeästi, kovasti vai jotenkin muutoin. Jälkimmäisessä neuvottelussa kyse on ”metatason pelistä”.

³⁷ Fisher – Ury – Patton 1991.

³⁸ Ks. Fisher – Ury – Patton 1991.

Fisherin ja Uryn teoksen mukaan ei pidä tyytyä kovaan tai pehmeään asemalähtöiseen neuvotteluun vaan asemalähtöinen neuvottelu pitää muuntaa periaatteelliseksi neuvotteluksi. Siihen sisältyy neljä keskeistä elementtiä:

- 1) ihmiset tulee erottaa ongelmasta
- 2) intressien tulee olla keskiössä, ei asemien
- 3) pitää kehittää vaihtoehtoja, joissa kaikki voivat voittaa
- 4) on käytettävä objektiivisia kriteereitä.

Kuviossa 2 (s. 66) on kuvattu pehmeän ja kovan asemalähtöisen sovittelun sekä periaatteellisen sovittelun väliset erot.

Fisherin ja Uryn teoksesta ”Getting to Yes” on tullut bestseller, jota on myyty yli kolme miljoona kappaletta.³⁹ Se onkin varmasti kaikkien aikojen eniten myyty konfliktinratkaisua käsittelevä teos ja sitä on kutsuttu urauurtavaksi.⁴⁰ Teos käänsi voimakkaasti neuvotteluteorian yhteistoiminnallisen neuvottelun suuntaan, jolle on ominaista ”ongelmanratkaisu”, ”ratkaisut, joissa kaikki osapuolet voivat voittaa”, ”kakun laajentaminen”, ”ei-nollasummapeli” ja ”intressien selvittäminen”.⁴¹

Jotkut kirjoittajat ovat kritisoineet yhteistoiminnallisen neuvotteluteorian ylivaltaa. Kriitikot ovat katsoneet, että sopimuksen tekeminen yhteistoiminnallisesti edellyttää, että sen täytyy tuottaa sellaista yhteistoiminnallista hyötyä, mitä ei syntyisi missä tahansa muussa sopimuksessa, joka syntyisi tavanomaisesti samoissa olosuhteissa. Neuvottelutyö on myös riippuvainen kohteesta.⁴² On myös väitetty, ettei intressipohjaisen neuvottelun ja asemalähtöisen neuvottelun välillä ole niin jyrkkää rajaa kuin kirjan mallissa annetaan ymmärtää. Lisäksi on kritisoitu ajatusta, että intressipohjainen neuvottelemineen olisi aina mahdollista. On tuotu esiin, että jakamiseen tähtäävä neuvottelu on parempi vaihtoehto silloin, jos käsiteltävänä on vain yksi olennainen kysymys, kuten esimerkiksi vammasta aiheutuvan vahingonkorvauksen suuruus. Lisäksi on korostettu, että osapuolilla saattaa

³⁹ Ks. *Mnookin, Robert: Bargaining with the Devil. When to Negotiate and When to Fight.* Simon & Schuster. New York 2010, s. 2.

⁴⁰ *Wolski* 2012, s. 127.

⁴¹ Ks. *Korobkin, Russell: Against Integrative Bargaining.* Case Western Law Review. Vol 58 (2008), s. 1323–1342, s. 1323 ja *Wetlaufer, Gerald B.: The Limits of Integrative Bargaining.* The Georgetown Law Journal. Vol 85 (1996), s. 369–394, s. 369.

⁴² *Korobkin* 2008. Ks. myös *Wetlaufer* 1996 ja *White, James J.: The Pros and Cons of ”Getting to Yes”.* Journal of Legal Education 34 (1984), s. 115–120.

Asemalähtöinen neuvottelu		Periaatteellinen neuvottelu
Pehmeä	Kova	
Osapuolet ovat ystäviä	Osapuolet ovat vihollisia	Osapuolet ovat ongelmanratkaisijoita
Tavoitteena on sopimus	Tavoitteena on voitto	Tavoitteena on laadukas lopputulos tehokkaasti ja sopuisasti
Tee myönnötyksiä kehittääkseen suhdetta	Vaadi myönnötyksiä ehtona suhteelle	Erota ihmiset ja ongelma toisistaan
Ole pehmeä sekä ihmisten että asian suhteeseen	Ole kova sekä ihmisten että asian suhteeseen	Ole ihmisille pehmeä ja asian suhteen kova
Luota toisiin	Älä luota toisiin	Toimi riippumatta luottamuksesta
Vaihda asemaasi helposti	Pidä kiinni asemastasi	Keskity intresseihin, ei asemiin
Tee tarjouksia	Uhkaile	Selvitä intressejä
Paljasta viimeinen rajapisteesi	Salaa viimeinen rajapisteesi	Vältä pitämästä äärimmäistä rajapisteistä
Hyväksy yksipuoliset tappiot sopimuksen saavuttamisessa	Vaadi yksipuolista voittoa hintana sopimuksesta	Kehitä vaihtoehtoja, joissa kaikki voivat voittaa
Etsi yksittäinen ratkaisu, jonka toinen osapuoli voi hyväksyä	Etsi yksittäinen ratkaisu, jonka voit hyväksyä	Kehitä lukuisia ratkaisuja, joista voi valita
Vaadi sopimusta	Vaadi asemaasi	Vaadi objektiivisten kriteerien käyttämistä
Koeta välttää tahtojen taistelua	Koeta voittaa tahtojen taistelu	Koeta löytää standardeihin perustuva, tahdosta riippumaton lopputulos
Taivu painostukseen	Käytä painostusta	Perustele ja ole avoin perusteluille, taivu periaatteisiin, ei painostukseen

Kuvio 2. Eri neuvottelutyylilien väliset erot.

olla intressejä, jotka ovat keskenään ristiriidassa, eivätkä ole sovittavissa yhteen.⁴³

Fisher on myöntänyt, ettei intressipohjainen neuvottelu välttämättä sovi kaikkiiin tilanteisiin. Asemiin perustuva neuvottelu voi olla parempi silloin, jos neuvotteluissa käsitellään vain yhtä asiaa, jos neuvottelut käydään vieraiden välillä, jos intressien selvittämisen kustannukset ovat suuret tai osapuolilla on paljon kilpailevia vaihtoehtoja.⁴⁴

Kokonaisuudessaan ”Getting to Yes” – samoin kuin Harvardin yliopiston neuvotteluprojektin muutkin työt – on vaikuttanut merkittävästi neuvotteluteorian, neuvottelukoulutuksen ja käytännön sovellusten suuntautumiseen sekä koko konfliktiteoriaan. Kirjaa ei ole kirjoitettu perinteiseen tieteelliseen tyyliin. Siinä ei ole alaviitteitä eikä siinä käydä laajasti keskustelua aikaisemman tutkimusperinteen kanssa. Kirjassa esitetään kirjoittajien näkemys tiiviisti ja selkeästi. Siitä huolimatta kirjaan on ladattu paljon teoriaa ja se luo voimakkaasti uutta teoreettista näkemystä. Nykyinen konfliktiteoria ja sovitteluteoria sekä niiden käytännön sovellukset perustuvat suurelta osin kirjan ajatuksille. Esimerkiksi länsimaissa laajasti käytössä oleva fasilitatiivis-intressipohjainen sovittelumalli rakentuu monelta osin tuolle teoriapohjalle.

7 LOPUKSI

Neuvotteluteoriasta ja konfliktinratkaisuteoriasta on käyty runsaasti keskustelua viime vuosikymmeninä ja samalla niihin liittyvä yliopisto-opetus ja käytännön koulutus ovat lisääntyneet voimakkaasti. Suomessa konfliktinratkaisuun liittyvää tutkimusta, koulutusta ja opetusta on toistaiseksi vain niukasti ja pistemäisesti. Lakimieskunta on yksi keskeisimpiä konfliktinratkaisuun keskittyviä professioita. Konfliktinratkaisuun, neuvottelemiseen ja sovitteluun liittyvä koulutus ja tutkimus olisikin syytä integroida keskeiseksi osaksi suomalaista lakimieskoulutusta. Se edellyttää myös laajempaa kulttuurista murrosta suomalaisessa oikeustieteessä, joka on monilta osin sisäänpäin kääntyvää. Tarvitaan aikaisempaa monitieteisempää ja avarampaa lähestymistapaa oikeuteen.

⁴³ *Wolski* 2012.

⁴⁴ *Fisher; Roger: Negotiating Power. Getting and Using Influence. The American Behavioral Scientist* 27 (1983), s. 149–166.

Åsa Larsson och det förflutna

Jag gillar Åsa Larssons böcker. Kanske har det att göra med hennes förmåga att behandla samspelet mellan religion, juridik och mänsklig svaghet och styrka. Och inte att förglömma hennes hundar.¹ Jag borde kanske nöja mig med att bara beundra, ja vara smått förtjust i kammarråklagare Rebecka Martinsson och känna mig avundsjuk på advokaten Måns Wenngren och polisen (och hundföraren) Krister Eriksson som får vara i hennes närhet, dock inte samtidigt.² Och låta det räcka med att vänta på nästa bok som läses under gynnsamma omständigheter, helst under en vecka i södern som främst ägnas åt henne.³ Trots vissa betänkligheter har jag beslutat att skriva om Rebecka och hennes värld.⁴ Jag skriver för min vän Pia som jag känt sedan vi kämpade med våra doktorsavhandlingar under 1980-talets senare hälft. Visserligen vet jag inte alls om Pia gillar Larsson men sådana risker får man ta i festskriftsammanhang.

Om Larssons böcker kan man skriva flera straffrättsligt färgade artiklar. Eftersom Pia är rättshistoriker diskuterar jag det förflutnas roll i Larssons romankonst. Händelserna i det förflutna ses ofta som förklaringar eller motiv till straffbara gärningar. Ett sådant motivsökande intresserar vanligen polisen när den försöker hitta ansvariga för inträffade brott.⁵ Det förflutna

¹ I hundsammanhang brukar jag anse mig vara ”koiratieteen kandidaatti”, en finsk (påhitad) akademisk titel som inte på ett naturligt sätt låter sig översättas till svenska (kunde vara ”hundvetenskaplig kandidat”). Graden ställer inte särskilt höga krav på dess innehavare. Den förutsätter bara att man låter hundarna sova i sängen och att man kan skilja mellan finsk spets och bullmastiff.

² Smärtan lindras något av det faktum att jag kan identifiera mig både med juristen och hundföraren.

³ Enligt uppgift kommer Larsson att ge ut ännu en bok om Rebecka. I väntan på dessa ”Sternstunden der schwedischen Sprache” fördriver jag tiden med att läsa Marcel Proust i snigelfart.

⁴ Betänkligheterna gäller närmast min förmåga att ge en rättvis bild av Larssons genialitet.

⁵ Dagens brottslighet kännetecknas i minst lika hög grad av att vi nog vet vilka de potentiella gärningsmännen är men vi vet inte om det alls ha begåtts något brott. Så kan vara fallet vid t.ex. miljöbrott, skattebrott och värdepappersmarknadsbrott.

har med andra ord en brottsupplärande effekt. Men det förflutna har också en annan straffrättsligt relevant funktion.

Ofta kommer det förflutna att påverka den konkreta straffmätningen. Om ett brott begås för att hämnas en tidigare oförrätt i form av ett brottsligt angrepp är det mycket som talar för att den senare gärningsmannen planlagt sitt brott och således drabbas av straffskärpningsgrunden i SL 6:5, 1. Samtidigt kan kränkningen i det förgångna fungera som en lindringsgrund. I SL 6:6, 1 anges bl.a. att ett betydande hot kan utgöra en sådan grund. Så är fallet om gärningsmannen som tidigare drabbats av ett brott från målsägandens sida, hela tiden upplever sig hotad av nya kränkningar.

Ser man på händelser i det förflutna ur ett mera rättshistoriskt perspektiv är det naturligt att undersöka gällande rätt vid gärningstidpunkten. Detta är ingen lätt uppgift och risken för missförstånd är överhängande. Mina begränsade kunskaper i rättshistorisk forskning gör att jag helt enkelt bedömer händelser i det förflutna med hjälp av dagens finska straffrätt.⁶ Jag bortser således från att allt det som jag tar upp har inträffat i Kiruna, alltså på svenska sidan. Det vore i sig tänkbart att finsk straffrätt skulle vara tillämplig med stöd av de i SL 1 kap. ingående anknytningsprinciperna men detta alternativ beaktas inte här.⁷

I tre av Larssons böcker menar jag att händelser i det förflutna spelar en viktig roll för helheten. Böckerna jag avser är *Solstorm* (2003), *Till dess din vrede upphör* (2008) och *Till offer åt Molok* (2012).⁸ Därtill kommer att det som Rebecka Martinsson gick igenom eller rättare sagt gjorde i *Solstorm* följer henne som en mörk skugga i de övriga böckerna. I all korthet återspeglar detta igen diskrepansen mellan en (objektivt) tillåten nödvärnshandling och den subjektiva känslan av skuld och tillkortakommande. Samma problematik återfinns hos dem som deltagit i krigshandlingar. Denna i sig mycket intressanta fråga, som nära anknyter till rätt och moral, kan jag här inte närmare gå in på.

⁶ Jag använder samma teknik som i mitt bidrag till festskriften för Per Ole Träskman (Straffrätt i tänkta världar – fallet doktor Glas från 2012). Förfarandet kan verka något märkligt men Larsson kan ju finska (åtminstone om man ser till hennes användning av finska ord och uttryck i böckerna).

⁷ För en färsk genomgång av de olika anknytningsreglerna, se *Helenius, Dan: Straffrättslig jurisdiktion*. Helsingfors 2014.

⁸ Larsson har även gett ut *Det blod som spillts* (2004) och *Svart stig* (2006).

Solstorm är en starkt frikyrklig⁹ berättelse där väckelsens huvudperson Victor blir mördad i den nybyggda Kristallkyrkan. Boken kan men behöver inte ses som en förutsägelse av händelserna i Knutby. Även sexualiteten finns med.¹⁰ Jag tänker inte då på de påståenden om sexuella övergrepp mot systemens barn som riktades mot Victor och som utgör en delorsak till att han mördades.¹¹ I stället handlar det om en händelse som ligger längre bak i tiden. Som nyss fyllda 18 år hade Rebecka ett sexuellt förhållande med en av de pastorer som långt senare medverkar till mordet på Victor. Förhållandet leder till graviditet och abort, något som varken Rebecka eller pastorn kan glömma.¹² Händelsen har i sig inget förklaringsvärde för mordet på Victor men skapar möjligheten för Rebecka att rädda sig och systemens barn från att också bli mördade. Nyckelscenen i boken är oerhört skickligt beskriven och visar på samspelet mellan då och nu i varje människas liv. Överhuvudtaget utgör beskrivningen av hur Rebecka lyckas försvara sig mot tre mer eller mindre fanatiska pastorer¹³ ett skolexempel på de tolkningsproblem som hör samman med bruket av rätten till nödvärn. Larsson ger själv inte något entydigt svar på frågan om Rebecka hållit sig inom gränserna för rättfärdigat nödvärn. Hon nöjer sig med att konstatera att åklagaren något motvilligt accepterade att det rörde sig om tre fall av nödvärn och något åtal väcktes aldrig mot Rebecka.¹⁴

Det förflutna har en helt annan karaktär i *Till dess din vrede upphör* från 2008. Rebecka har lämnat jobbet som jurist på en välrenommerad advokatbyrå i Stockholm och bor i den lilla byn Kurravaara utanför Kiruna. Händelserna i *Det blod som spillts* ledde Rebecka in i en psykisk kollaps

⁹ Larsson har själv berättat att hon lämnade sin kyrka vid tiden för inledandet av juridikstudierna. I boken *Det blod om spillts* från 2004 rör hon sig också i kyrkliga kretsar men här är det statskyrkan och kvinnoprästrådan som erbjuder de yttre ramarna. Förutom mordet på den kvinnliga prästen i Kiruna handlar boken mycket om hur Rebecka bearbetade händelserna i *Solstorm*.

¹⁰ Sexuellt utnyttjande har inte bara förekommit inom den katolska kyrkan. Även i Finland har en rad övergrepp med statskyrklig och frikyrklig anknytning avslöjats.

¹¹ Läsaren lämnas dock i ovisshet om påståendena har någon grund i bokens verklighet. Se *Solstorm* s. 346.

¹² Pastorn gör sig inte skyldig till sexuellt utnyttjande enligt SL 20:5 eftersom Rebecka har fyllt 18 år. Närmare om detta brott, se *Frände, Dan: Enskilda brott och straffrättens allmänna läror*. Helsingfors 2014, s. 103–106.

¹³ Den mest fanatiska är nog Rebeckas gamla älskare som försvarar sina handlingar med hänvisning till allt gott en trovärdig församling kan göra för vinddrivna och olyckliga själar. Se *Solstorm* s. 323.

¹⁴ *Solstorm* s. 340.

och i *Svart stig* kan vi läsa om hur hon efter en lång sjukskrivning anställs som åklagare med rättegångar både i Kiruna och närliggande orter. Hennes speciella välgörare är chefsåklagare Alf Björnfof.

I boken från 2008 mördas två ungdomar som vintertid dyker efter ett havererat tyskt militärplan från andra världskriget. De för brotten relevanta händelserna inträffade under andra världskriget och hör samman med den tyska närvaron i norra Sverige.¹⁵ Brotten verkar fullständigt sakna mening och Rebeckas arga protagonist inom åklagarkåren, kammaråklagaren Carl von Post konstaterar senare att det var ett rent mirakel att mördaren åkte fast.¹⁶ I själva verket fanns det tre mördare. Den andra gick genom isen när han med snöskoter försökte köra över Rebecka. Den tredje, som i berättelsen framstår som hjärnan bakom det hela, medgav ingenting och blev inte ens åtalad.

I *Till dess din vrede upphör* blir en händelsekedja som kulminerar 1943, det som förklarar livsbrotten mot ungdomarna. En ung flicka som heter Kerttu fungerar som informatör åt den tyska militären som finns stationerad i Kiruna med omnejd. Hon ger tyskarna upplysningar om sådant som intresserar dem och får kontantbetalning som motprestation. Hennes upplysningar antecknar säkerhetschef Schörner pedantiskt i ett litet svart häfte. Upplysningsverksamheten kulminerar när Kerttu visar tyskarna var tre danska flyktingar gömmer sig. Hon fick reda på gömstället av en medlem av norska motståndsrörelsen. Det hela slutar med att motståndsmannen och danskarna dödas och de bränns inne i slätterkojan som fungerade som deras gömställe.

Sverige är inte allierad med Tyskland i kriget och det är inte fråga om någon öppen eldstrid, så avrättningen utgör givetvis mord. Men vilket ansvar har Kerttu? Larssons beskrivning av Kerttus kunskap är vag och öppen. Men när Kerttu går fram till slätterkojan och ropar motståndsmannens namn måste hon nog ha vetat att hon medverkar till att något ont kommer att drabba personerna där inne. Mycket talar för att hon gjort sig skyldig till medhjälp till fyra fall av mord (SL 21:2 och SL 5:6). Den utlovade belöningen fick hon aldrig utan den försvann med planet som störtade i den sjö där ungdomarna dök.

¹⁵ Samma tidsperiod behandlas också av Kjell Å Modéer i hans bidrag i denna festskrift. Modéer tar upp antisemitiska händelser sådana de beskrivs i två romaner. I *Till dess din vrede upphör* hittas egentligen inte alls denna dimension.

¹⁶ Se *Till offer för Molok* s. 70.

Kerttu bär på sin hemlighet och är rädd att planet ska hittas och hon själv ska bli avslöjad. Det är endast hennes man som vet sanningen. Långt, långt senare åker hon och hennes två söner till sjön där dykarna finns och ser till att de inte kommer levande upp till ytan. Den ena sonen försvinner med snöskotern i älven när han försöker köra över Rebecka. Den andra sonen igen erkänner och döms till ett långt fängelsestraff för mordet. För honom blev fängelset ett slags befrielse från det familjehelvete han levat i. Ord står mot ord och Kerttu klarar sig även denna gång.¹⁷

Hade då Kerttu orsak att frukta straffrättsliga åtgärder om samarbetet med tyskarna hade kommit i ljuset? Säkert om det hela hade uppdragats genast efter kriget. Men inte långt senare. Visserligen preskriberas aldrig mord enligt finsk rätt men ett medhjälpsansvar hade aldrig kunnat bevisas efter så många år.¹⁸ Kerttu tänkte knappast på straffrätten utan hon fruktade sanningen i sig. Och detta fastän de flesta som var med då börjar vara borta och den yngre generationen bryr sig inte i vad som hände under kriget. Hundföraren Krister Eriksson konstaterar i slutet av boken att Kerttu dömer sig själv till ett hårdare straff än vad samhället skulle ha gjort.¹⁹

Till offer åt Molok innehåller två berättelser. Den ena utspelar sig i Kiruna före och efter första världskriget. Den andra berättelsen försiggår i nutid och det mesta händer i Kurravaara. Dessa två berättelser förenas av en tidstråd som ligger inlindad i en mantel av svensk arvsrätt och kanadensisk bolagsrätt.

Allt börjar med att en hund fick sätta livet till. Straffrättsligt bedöms en hund som ett föremål. Den som uppsåtligen dödar en annans hund gör sig skyldig till skadegörelse enligt SL 35:1. Dödandet kan ske på ett sådant sätt att gärningsmannen vid sidan av skadegörelse även begår djurskyddsbrott (SL 17:14). Det är dock en björn som dödar och äter upp en jakthund som står bunden i en löplina på gårdsplanen. Inget i texten tyder på att ägaren skulle ha låtit hunden stå ute om han visste eller borde ha insett att en björn kan röra sig kring husknutarna. Således utesluts djurskyddsbrott som för övrigt också kan begås av grov oaktsamhet. Larsson antyder här att ägaren skulle ha gjort sig skyldig till jaktbrott genom att rusa in efter geväret efter att han sett björnen och därefter kommit tillbaka och skadskjutit björnen.

¹⁷ Det är i sig en bevisteoretiskt intressant fråga om den överlevande sonens erkännande verkligen inte räcker till för åtal också mot Kerttu.

¹⁸ Detta kom klart fram i rättegången kring mordet vid finska Bodomsjön. Gärningarna begicks 1960 och rättegången hölls 2004–2005 och slutade i frikännande dom.

¹⁹ *Till dess din vrede upphör* s. 326.

I stället meddelas polisen att ägaren kommit ut med geväret i handen efter att han hört hunden vråla och sedan skjutit mot björnen i rent självförsvar. Denna lilla händelse innehåller flera straffrättsliga frågor.

Björnen är alltid fridlyst i Finland och jakt förutsätter dispens (JaktL 41 §). Jakten ska ske under strängt övervakade förhållanden. Vad jag kan se föreligger här ingen tillåten björnjakt och hundägaren gör sig prima facie skyldig till jaktbrott (SL 48a:1). Enligt min syn på värdeförhållandet mellan hund och björn hade hundägaren haft rätt att hämta geväret och försöka rädda sin hund från björnens käftar. Det blir här en tillämpning av reglerna om nöd i SL 4:5. Men nu var ju hunden redan död, något som ägaren entydigt visste om. Det fanns inget att rädda. Samtidigt är det klart att ägaren inte hade någon straffsanktionerad plikt att berätta hur björnincidenten de facto gått till. Här gäller skyddet mot självinkriminering.

I nutidsberättelsen mördas Sol-Britt och hennes hund röjs ur vägen innan dess för att brottet ska kunna genomföras utan hundens eventuella försvarshandlingar. Här är det åtminstone fråga om skadegörelse enligt SL 35:1. Boken ger inga upplysningar om hur det hela gick till så frågan om djurskyddsbrott måste lämnas öppen.

Även Rebeckas äldre hund Vera mister livet i berättelsen. Det är en blandras som hon övertog efter att den tidigare ägaren mördats av Kerttus ena son, den som drunknade med snöskotern. Rebecka tar själv livet av Vera för att rädda sig och Sol-Britts sonson Marcus. I boken tas det för givet att Rebecka verkligen blivit ägare till hunden. Något avtal med den avlidnes rättsinnehavare nämns inte, varken i den här aktuella boken eller i den där Vera träder in på scenen. Är Rebecka ägare till hunden utgör gärningen inget brott. Är hon bara innehavare är läget ett annat. Här aktualiseras igen skadegörelse som dock kan vara rättfärdigad med stöd av reglerna om nöd enligt SL 4:5.

Förutom hundar mister en rad personer livet i boken. Både då och nu. Allt får sin början i ett svek. Den nyanställda folkskolelärarinnan Elin Petterson inleder ett förhållande med Hjalmar Lundbohm, mannen som byggde upp det nya Kiruna. Hjalmar svek Elin när hon blev gravid och hon fick ensam ta hand om sin son Frans. När sonen ännu var liten mördas Elin av en av Hjalmars anställda, övergruvfogde Fasth.²⁰ Larsson låter sedan mördaren

²⁰ Här möter vi ett annat svek. Kronolänsmannen Björnfot, chefsåklagare Alf Björnfots farfarsfar, blir upplyst om att Elins mördare troligen är Fasth men han låter saken beror på grund av övergruvfogdens ställning i samhället. Vi har här ett klassiskt fall av brott mot tjänsteplikten (SL 40:9).

mista livet på ett straffrättsligt mycket raffinerat sätt. Stenkrossen vid gruvan har stannat på grund av att en stor sten fastnat i dess gap. Fasth hoppar själv ned och bänder lös stenen, helt ovetande om att ingen slagit av huvudströmbrytaren. I ett ögonblick har stenkrossen malt sönder honom. Arbetarna som står runtomkring ser strömbrytaren men gör ingenting. Säkert är det någon bland dem som har som särskild uppgift att se till att strömmen slås av vid störningar. Detta betyder samtidigt att det föreligger en särskild rättslig skyldighet för honom att avvärja följden (SL 3:3). Ansvar för dödsvållande ligger således nära till hands (SL 21:9). Men alla de andra som också kunnat rusa fram och slå av strömmen? För dem aktualiseras närmast försummande av räddningsåtgärd (SL 21:15). De visste att Fasth befann sig i livsfara men underlät att hjälpa. Samtidigt visste alla i Kiruna att Fasth var en ond man som fick det straff han så väl förtjänade.

Men disponent Lundbohm kommer inte heller undan. Han blir upplyst av kronolänsmannen om mördaren och att han svikit Elin. Senare förlorar han hela sin förmögenhet och slutar sina dagar som inhysning hos sin bror. Men innan han dör överlåter han på sonen Frans att antal aktier i ett kanadensiskt bolag som borgenärerna inte känner till. Kanske detta gäldenärsbedrägeri (SL 39:2) förgiftade gåvan. Aktierna blev nämligen den omedelbara orsaken till att nittioåriga Frans på ålderns höst blev skjuten, hans dotter dödad med en grep och sonsonen påkörd. Tack vare hundföraren Krister och åklagaren Rebecka kunde Lundbohms sonsonson Marcus räddas. Denna trippelmörderska och under vissa konstellationer arvsberättigad efter Frans, låter Larsson drunkna i älven medan hennes medhjälpare åtalas för mordförsök (SL 21:2, SL 5:1) och grov misshandel (SL 21:6). Bägge brotten riktades mot Marcus men tidsintervallen är så pass lång mellan gärningarna att det rör sig om två brott.

Men vem är då denna Molok? I tredje Mosebok 20:2 sägs han vara en gud som kräver barnoffer. Jag vet inte om Larsson träffat helt rätt här. Lundbohm offrade kanske inte ett barn men svek en kvinna med ödesdigra konsekvenser för honom och många andra.

För övrigt avslutas *Till offer för Molok* med att Rebecka och Krister finner varandra. Det är nog bäst så. Stockholmsadvokaten Måns passar inte in i Kurravaara. Och han verkar inte gilla hundar!

Pohjolan oikeus – yhtä perhettä?

”Till gruppen hör en åsna och en hund,
Ett halmstrå hänger ifrån åsnans mund.
Där har du en familj, komplett och hel,
– Fast målad ej precis af Raphaël.”

Ote *Carl Snoilskyn* runosta *En familj* (1903–1904)

1 JOHDANTO

Monet suomalaiset oikeustieteilijät hyväksyvät edelleen ajatuksen siitä, että pohjoismainen oikeus on mannereurooppalaista oikeutta, mutta Pohjolan oikeuden katsotaan kuitenkin jotenkin poikkeavan siitä. Ajatus tuntuu niin selvältä, ettei sitä oikeastaan tarvitse edes perustella. *Pia Letto-Vanamo* ilmentää ajattelutapaa osuvasti eräessä kirjoituksessaan, jossa hän kertoo, että ”pohjoismainen oikeus luokitellaan osaksi kontinentaalista oikeusperhettä”. Heti perään hän kuitenkin tekee oikeusvertailijoiden ja oikeushistorioitsijoiden vakiotarkennuksen, jonka mukaan pohjoismaisen oikeuden ”kuitenkin katsotaan muodostavan oman alaryhmänsä” johtuen roomalaisen oikeuden suhteellisen vähäisestä vaikutuksesta.¹ Olen samaa mieltä kuin Letto-Vanamo, mutta tässä kirjoituksessa tarkennan sitä, miksi voimme pitää Pohjolan järjestelmiä saman perheen jäseninä makro-oikeusvertailun näkökulmasta tarkasteltuna. Millaisesta makroperheestä on kyse?

Makrovertailussa pyritään muodostamaan maailman eri oikeusjärjestyksistä (laajassa mielessä) luokitteluja ja systematisointeja (typologioita, taksonomioita), joiden avulla eri oikeusjärjestysten tyypilliset piirteet saadaan esille. Oikeusjärjestysten ryhmittelyssä on kyse oikeusjärjestysten perustavanlaatuisien ja pysyvien ainesosien tiivistämisestä sellaisiksi

¹ *Letto-Vanamo, Pia*: Oikeuden kieli ja käsitteet – oikeushistorian näkökulma. Teoksessa *Kielen ja oikeuden kohtaamisia* – Heikki E.S. Mattilan Juhlakirja. Helsinki 2008, s. 189–206, s. 193. Ks. myös *Lando, Ole*: Nordic Countries, A Legal Family – A Diagnosis and Prognosis. *Global Jurist Advances* 2001.

informatiivisiksi paketeiksi, että niiden kautta voidaan saavuttaa muun muassa oikeusvertailun opetuksellisia päämääriä. Oikeusvertailun terminologiassa puhutaan oikeusryhmistä (law groups), oikeusperheistä (legal families), oikeuskulttuureista (legal cultures) ja oikeustraditioista (legal traditions). Tällaiset luokittelut koskevat kokonaisia järjestelmiä tai oikeuskulttuureja. Vakiintuneesti tyypittelemme oikeusjärjestyksiä pääasiassa romaanis-germaanisiin tai common law -järjestelmiin, jolloin hahmotamme pohjoismaista oikeutta näiden kahden eräänlaisena Manner-Eurooppaa, ei englantilaisperäistä common law'ta, oikeuskulttuurisesti lähellä olevana oikeusmuotona.² Pohjoismaisuus hahmottuu oikeusvertailun valtavirrassa siis taksonomisena jakojäännöksenä, jonka kiinnostavuus nousee siitä, ettei se ole kunnolla romaanis-germaanista oikeutta muttei myöskään common law'ta – eikä sitä silti voida pitää edes sekaoikeutena (mixed legal system), koska se on kuitenkin niin lähellä romaanis-germaanista oikeutta. Romaanis-germaaninen oikeus viittaa tietenkin mannereurooppalaiseen oikeuteen, joka jakaantuu romaaniseen eli ranskalaiseen ja germaaniseen eli saksalaiseen osaan.

Makrovertailu ei itsessään ole ollut kovinkaan ”tieteellistä”, vaikka yhden tavoitteista onkin ollut jopa ylitioteellinen; on haluttu laatia kattava taksonominen kokonaisuus kaikista maailman oikeusjärjestelmistä. Tähän liittyy runsaasti ongelmia, joiden käsittely ei kuulu tähän yhteyteen.³ Lyhyesti voidaan kuitenkin todeta, että makrovertailulla voi olla myös käytännöllisiä ja suoraan tutkimusta hyödyttäviäkin ulottuvuuksia. Nimittäin, jos tunnetaan vieraiden oikeusjärjestysten yleisiä ja tyypillisiä piirteitä, on helpompi mieltää yksittäisten säännösten paikka osana vieraan oikeusjärjestyksen kokonaisuutta. Tarkasteltavien vieraiden säännösten, instituutioiden, doktriinien tai oikeudellisten käytäntöjen (järjestelmänsisäinen) merkitys on myös helpompi arvioida oikein. Erilaisten oikeusjärjestysten yleisemmät yhteneväiset piirteet sekä helpottavat oikeusvertailun selittävää funktiota että edesauttavat vieraan oikeuden omaksumista, hyväksikäyttöä lainsäädäntötoiminnassa sekä hyödyntämistä osana oikeudellista ratkaisutoimintaa.⁴

² Ks. Husa, Jaakko: Oikeusvertailu – teoria ja metodologia. Helsinki 2013, s. 253 ss. Ks. myös Tamm, Ditlev: The Nordic Legal Tradition in European Context – Roman Law and the Nordic Countries. Teoksessa Nordisk identitet – nordisk rätt i europeisk gemenskap. Helsinki 1998, s. 15–31, s. 16–18.

³ Ks. tarkemmin Husa, Jaakko: Family Affair – Comparative Law's Never Ending Story? Annuario di diritto comparato e di studi legislativi. Napoli 2013, s. 21–48.

⁴ Ks. Husa, Oikeusvertailu s. 36–37.

Ei pidä silti hämääntyä näennäistieteellisen vaikutelman edessä, sillä makrovertailussa on useita erilaisia kilpailevia teoreettisia kehikoita. Aina 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alusta lähtien oikeusvertailijat ovat puhuneet oikeusperheistä, mutta sittemmin niiden rinnalle on tullut useita muita makrokonstruktioita, kuten oikeuskulttuurit ja viimeisimpänä oikeustradiot. Kaikissa makrokonstruktioissa on pohjimmiltaan kyse samasta asiasta: oikeusjärjestysten tyypittelystä niiden ominaispiirteiden perusteella suuremmiksi ryhmiiksi. Makrovertailu on polkenut pitkään paikoillaan, mutta sadassa vuodessa on sentään tapahtunut myös hiukan kehitystä. Onpa yksi 1900-suurista oikeusperheistä eli sosialistinen oikeus ehtinyt jo melkein kokonaan häviämäänkin.⁵ Missä on Pohjolan paikka näissä ryhmittelyissä? Minne meidän oikeutemme kuuluu? Pohjoismaisen oikeuden paikka erilaisissa luokitteluisissa ja taksonomioissa on ollut kahtalainen.⁶ Yhtäältä on ollut oikeusvertailijoita, jotka ovat arvostaneet pohjoismaista oikeutta ja antaneet sille näkyvän sijan.⁷ Toisaalta on ollut tutkijoita, kuten jäljempänä ilmenee, jotka eivät ole kyenneet näkemään pohjoismaisuudessa mitään sellaista, joka olisi ollut oikeuskulttuurisesti riittävän erilaista erottaakseen Pohjolan oikeuden romaanis-germaanisesta oikeusperheestä.

⁵ Ks. *Husa, Jaakko*: Legal Families. Teoksessa Jan Smits (ed.), *Edgar Encyclopedia of Comparative Law* 2nd edition. Cheltenham/Northampton 2012, s. 491–504.

⁶ En käy tässä yhteydessä keskustelemaan siitä, mitä tarkoitamme, kun puhumme pohjoismaisesta oikeudesta tai millä ehdoin voimme ylittäänsä puhua oikeuden pohjoismaisuudesta. Ilmiö voidaan palauttaa 1800-luvulle, jolloin pohjoismainen oikeuskulttuuri varsinaisesti syntyy. *Pihlajamäki, Heikki*: Rättssystem i komparativ rättsliga konstruktioner: det nordiska perspektivet. Teoksessa Maarit Jänträ-Jareborg – Mats Kumlien (red.), *Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle, rättshistoriskt och komparativt*. Uppsala 2011, s. 85–94.

⁷ *Zweigert, Konrad – Kötz, Hein*: An Introduction to Comparative Law. Oxford 1998, s. 63–73 (“must undoubtedly be admitted to form a special legal family”, s. 277). Saksalaisessa oikeusvertailussa on pidetty tärkeänä roomalaisen oikeuden roolia luokittelussa, kuten Christian Hertel toteaa: ”I would sooner regard them as lying outside the Romano-Germanic legal family as they have not adopted Roman law – unlike the legal family of the Code Napoleon and the German legal family and the laws of the Eastern European and East Asian countries influenced by them. In any event the Nordic countries form their own legal family with typical common characteristics”, *Hertel, C.*: Legal Systems of the world – an overview. *Notarius International* 2009, s. 128–141, s. 138.

2 OIKEUSPERHEIDEN LYHYT OPPIHISTORIA

Oikeusperheen käsitehistoria ei ole kovin selvä, mutta vaikuttaa siltä, että ranskalaisessa traditiossa sitä olisi käyttänyt ensimmäisenä *Adhémar Esmein* 1900-luvun alussa: ”Il faut classer législations (ou coutumes) des différent peuples, en les ramenant á un petit nombre de familles ou de groupes, dont chacun représente un système de droit original”. Oikeushistoriallisesti on merkille pantavaa, että alun perin halu luokitella järjestelmiä ja oikeuskulttuureja kiinnittyi läntiseen ylemmyydentuntoon ja kolonialismiin. Läntisen oikeuden tekninen ja muu ylemmyys liitettiin pöyhkeillen valkoisen miehen kulttuuriin. Vielä 1900-luvun alussa rotu, kansallisuus ja kulttuuri arvottavina käsitteinä näyttelivät avainroolia erilaisten oikeusjärjestysten luokittelussa ja tyypittelyssä. *Georges Sauser-Hallin* vuoden 1913 vaikutusvaltaisen luokittelun mukaan maailman oikeusjärjestykset voitiin luokitella 1) arjalaisten kansojen oikeuteen (indoeurooppalaiset kansat), 2) seemiläisten kansojen oikeuteen, 3) mongolikansojen oikeuteen (pääryhmät: Japani ja Kiina) ja 4) sivistymättömien kansojen oikeuteen, joihin kuuluivat muun muassa neekerien (sic!) oikeus ja melaneesialaisten oikeus.⁸

Voidaan todeta, että erityisesti 2000-luvulla makro-oikeusvertailun luonne on muuttunut. Enää ei korosteta niinkään oikeuskulttuurien välisiä eroja, vaan pikemminkin kiinnitetään huomiota niiden samankaltaisuuksiin ja rakennetaan malleja siitä, miten erilaiset oikeustraditiot voivat elää rauhanomaisessa suhteessa rinnakkain. Haaveet globaalista ja yhtenäisestä läntistä oikeuskulttuuria seuraavasta maailmanoikeudesta on haudattu; pluralismi kukoistaa. Paras esimerkki tällaisesta on H. Patrick Glennin ensimmäisen kerran vuonna 2000 julkaistu ja sittemmin useita uudistettuja painoksia saanut modernin makro-oikeusvertailun merkkiteos *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*.⁹ Glennin mukaan traditio on jotain muuta kuin pelkkää oikeushistoriaa. Oikeustradition ydin on oikeuden kulttuurisista juurista syvältä menneisyydestä kumpuava normatiivisuuden vaade. Traditiolla Glenn viittaa menneisyyden siihen normatiivis-oikeudelliseen osaan, joka on elävänä läsnä nykyhetkessä ja jolla on mahdollisuus tulla välitetyksi vielä eteenpäin. Mutta Glenn ei huomioi teoksessaan pohjoismaista oikeutta juuri ollenkaan, mistä häntä onkin kritisoitu.¹⁰

⁸ Husa, Oikeusvertailu, s. 266.

⁹ Teoksen viimeisin painos on neljäs, se on vuodelta 2010.

¹⁰ *Baasch Andersen, Camilla*: Scandinavian Law in Legal Traditions of the World. *Journal of Comparative Law* 2006, s. 140–141 (”it is nonetheless regrettable that Glenn has chosen

Oikeusvertailun pitkään vaikutusvaltaisimmassa teoksessa eli Zweigertin ja Kötzin ”Johdatuksessa oikeusvertailuun” ja sen monille kielille käännettyissä laitoksissa on pitkään nojaututtu käsitteeseen oikeusperhe. Zweigert ja Kötz eivät itse terminologisesti aloittaneet perinnettä (alkukielisessä teoksessa puhutaan oikeuspiiristä eli *Rechtskreis* – käännökssä *legal family*), jossa makro-oikeusvertailun isoista konstruktioista puhutaan perheinä. Heidän teoksensa on välittänyt tämän eurooppalaisen oikeushistorian teoreettiseen ja käsitteelliseen perustaan tukeutuvan vertailutradition edelleen 2000-luvulle. Ranskalaisessa traditiossa on myös pitkään puhuttu ja puhutaan edelleen oikeusperheistä (familles de droit), tarkoittaen yleensä niin kutsuttuja suuria nykyaikaisia oikeusjärjestelmiä (grands systèmes de droit contemporains). ”Perhe” on edelleen monien, eritoten ranskankielisten, makrovertailijoiden suosima metafora.¹¹

René Davidin klassikossa *Les grand systèmes de droit contemporains* esitettiin varsinaisina oikeusryhminä roomanis-germaaninen, common law ja sosialistinen oikeus. Muina ei-länsimaisina oikeusjärjestyksinä David mainitsi islamilaisen, hindulaisen ja juutalaisen oikeuden sekä Kaukoidän, Afrikan ja Madagaskarin oikeuden.¹² Zweigert ja Kötz esittivät teoksessaan romanistisen, germaanisen, pohjoismaisen oikeuden, common law’n sekä Kaukoidän systeemit, islamilaiset systeemit ja hinduoikeuden.¹³ Tässäkin luokittelussa alkuperäiset varsinaiset perusoikeusperheet olivat samat kuin Davidilla. Niissäkin ryhmittelyissä, jotka ovat poikenneet perusesityksistä, on ollut hallitseva rooli kolmella perinteisellä oikeusperheellä: roomanis-germaaninen oikeus, common law ja sosialistinen oikeus (aikaisemmissa luokitteluissa slaavilainen oikeusperhe).

Merkittävin muutos makroluokitteluissa on ollut se, että sosialistinen oikeus on pudonnut pois 1990-luvun alun kehityksen jälkeen. Paluuta aiempaan slaavilaiseen oikeusryhmään ei ole tapahtunut. ”Toisena oikeutena” tilalle näyttää nousseen islamilainen oikeus, eikä pelkästään islamilainen oikeus suppeassa mielessä, vaan myös sellaisena kuin se näyttäytyy erilaisissa

to ignore it almost completely, apart from one reference to Scandinavian coolness”).

¹¹ Ks. esim. *Legeais, Raymond: Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*. Paris 2008.

¹² Teos on ehtinyt äskettäin jo kahdenteentoista painokseensa, *David, René – Jauffret-Spinosi, Camille – Goré, Marie: Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris 2014.

¹³ Zweigert ja Kötz ilmeisesti seurasivat pitkälti jo aiemmin tehtyä luokittelutapaa, jonka olivat kehittäneet *Arminjon, Pierre – Nolde, Boris – Wolff, Martin: Traité de droit comparé I*. Paris 1950, s. 49 ss. (ranskalainen, saksalainen, skandinaavinen, englantilainen, venäläinen, islamilainen, hindulainen oikeus).

sekaoikeudellisissa yhdistelmissä maallisen oikeuden kanssa eri järjestelmissä, joissa pyritään johonkin mittaan noudattamaan islamilaista oikeutta. Myös Euroopan unionin oikeus ja Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus sekä siihen liittyvä tuomioistuinkäytäntö ovat muuttaneet romaanis-germaanista oikeutta ja eurooppalaista common law'ta. Eurooppaoikeus on vaikuttanut voimakkaasti Pohjolan oikeuteen erityisesti jäsenvaltioissa mutta myös jäsenyyden ulkopuolella olevissa Norjassa ja Islannissa.

Maailman muuttuminen näkyy silti yllättävän vähän perinteisissä tavoissa luokitella maailman oikeutta erilaisiin isompiin paketteihin. Esimerkiksi voidaan ottaa Gilles Cunibertin vuonna 2011 ilmestynyt teos *Grands systèmes de droit contemporain*. Cunibertin systematisointi on kolmiosainen. Hän erottaa läntisen oikeuden (occidentaux), itäisen oikeuden (orientaux) ja afrikkalaisen oikeuden (africain). Itäiseen oikeuteen kuulumisen Cuniberti ratkaisee pitkälti maantieteen perusteella, vaikka pitääkin tuota kriteeriä maantieteellisenä sattumana (coïncidence géographique). Toisaalta hän katsoo, että idän järjestelmissä on tiettyjä tyypillisiä piirteitä, joiden perusteella ne voidaan makrovertailussa niputtaa yhteen. Cuniberti toteaa kuitenkin, ettei näiden maiden järjestelmissä ole mitään erityistä ”itäisyyden” yhtenäispiirrettä, koska common law'n Australiakin kuuluu maantieteellisesti itäiseen oikeuteen. Varsinaisena perusteena luokittelulle hän tuo esiin kaksi seikkaa, jotka liittyvät valtiollisen vallan legitimizeettiperustaan ja (ennalta olemassa olevien) henkilösuhteiden merkitykseen.¹⁴ Cunibertin makrovertailu nojaa kaikessa olennaisessa Davidin työhön, vaikka hänen luokittelunsa poikkeaaakin sisällöllisesti Davidin jo vanhentuneista luokitteluista – Cunibertinkaan näkökenttään Pohjolan oikeus ei näytä yltävän, kuten ei ranskankielisessä oikeusvertailukirjallisuudessa muillakaan.

Myös 2000-luvulla noussut uusi ajatus sekaoikeudellisista järjestelmistä kolmantena suurena oikeusperheenä mannermaisen oikeuden ja englantilaislähtöisen common law'n välillä on vahvistanut perhe-käsitteen käyttöä 1900-luvun jälkeisessä oikeusvertailussa. Vuonna 2002 perustettu World Society of Mixed Jurisdictions of the World on ollut varsin aktiivinen ja se on mobilisoinut uusia tutkijoita ”mixed legal systems” -ajattelutavan taakse.¹⁵ Ideana on hahmottaa kaikkia järjestelmiä jonkinasteisina hybrideinä. Tämä teoreettinen liikehdintä tuntuu vahvistaneen, paradoksaalista kyllä, halua puhua oikeuskulttuureista edelleen perheen käsitettä käyttäen.

¹⁴ *Cuniberti, Gilles: Grands systèmes de droit contemporains. Paris 2011.*

¹⁵ Ks. *Palmer, Vernon Valentine (ed.): Mixed Jurisdictions: The Third Legal Family. Cambridge 2012, erit. osa I.*

3 MIKSI JUURI PERHE?

Mitä perhe-käsité pitää sisällään tässä yhteydessä? Pohjolan oikeutta voi tietenkin, kuten on tehtykin, kuvata myös muilla makrokäsitteillä vaikkapa oikeuskulttuurina tai oikeustraditiona. Puhumme edelleen silti perheestä, mutta onko sille perusteita? Miksi perheestä on tullut niin tärkeä? Pohjimmiltaan kyse on eri järjestelmien välisistä suhteista – sukulaisuuksista. Bogdan käyttää ilmaisuja ”släktforskningen” ja ”släktskap”.¹⁶ Ensisijaisesti perhe-metafora mahdollistaa puhumisen perheenjäsenistä, kuten siskoista ja veljistä sekä isästä ja äidistä. Myös oikeushistorioitsijat ovat olleet mieltä perhe-metaforaan. Toiseksi se mahdollistaa laajemman sukulaisuus-metaforan käytön eli voidaan puhua mielekkäästi oikeusjärjestysten kuulumisesta samaan perheeseen; ne voivat olla sukua keskenään joko enemmän tai vähemmän. Voimme myös käyttää käsitteitä lähisukulainen ja kaukainen sukulainen.

Perhe-käsitteen avulla voidaan puhua eri oikeusjärjestysten välisistä suhteista toisiinsa. Pohjoismaista oikeutta voidaan kuvata mannermaisen oikeuden läheiseksi sukulaiseksi, jolla on kuitenkin eräitä erityislaatuista piirteitä. Olen eräessä toisessa yhteydessä luonnehtinut pohjoismaista oikeutta mannermaisen oikeuden maalaisserkuksi.¹⁷ Maalaisserkulta ehkä puuttuu käsitteellis-logista hienostuneisuutta, mutta sillä on juridista elinvoimaa, kykyä luoviin ratkaisuihin ja kulttuuris-demokraattinen läheisyys väestöön, jonka oikeusajattelun varaan kaikki oikeusperheen jäsenet järjestelmänsä muodostavat.¹⁸

Kysymys pohjoismaisuudesta ei rajoitu vain pohjoismaihin, mikäli sitä lähestytään oikeuskulttuurisesta näkökulmasta. Esimerkiksi Alankomaiden oikeuskulttuuria on mahdollista pitää yleisoikeuskulttuurisesti eräällä tapaa pohjoismaisena, vaikka pohjoismaisen oikeuden ja alankomaiden välillä ei olekaan oikeushistoriallisia tai merkittäviä maantieteellisiä siteitä. Alankomaita voidaan kuvata saksalaisen ja ranskalaisen tradition välimaastossa

¹⁶ Bogdan, Michael: *Komparativ rättskunskap*. Stockholm 2003, s. 76–77.

¹⁷ Husa, Jaakko: *Jämförande rättens familjer – släktforskning, ätter och stamtavlor eller någonting annat?* Teoksessa Maarit Jänterä-Jareborg – Mats Kumlien (red), *Rätten och rättsfamiljer i ett föränderligt samhälle, rättshistoriskt och komparativt*. Uppsala 2011, s. 29–42.

¹⁸ Tässä jätän pois sen ilmeisen seikan, että Pohjolan mailla on edelleen monenlaista oikeusalan yhteistyötä. Ks. Bogdan, Michael: *Cooperation between Legal Systems: the Nordic Model*. Teoksessa E. Cashin Ritaine (ed.), *Legal Engineering and Comparative Law* Lausanne 2009, s. 59–68.

olevaksi oikeuskulttuuriksi, mikä näkyy esimerkiksi vuoden 1992 siviilikodifikaatiossa (*Burgerlijk Wetboek*), joka nojaa Ranskaa enemmän saksalaiseen abstraktis-käsitteelliseen oikeusajatteluun. Toisaalta Alankomaiden kodifikaatiolle on ominaista, että siinä on useita avoimesti ja tulkinnanvaraisesti säädettyjä säännöksiä, jotka jättävät tuomioistuimille kohtuullisessa määrin tulkintavapautta. Lisäksi korkein oikeus (”korkea raati”, *Hoge Raad*) joskus tietoisesti eroaa kirjoitetun oikeuden määräyksistä perustellen tätä oikeudenmukaisuudella.¹⁹ Pohjoismaissa puhutaan oikeudenmukaisuuden sijasta esimerkiksi reaalisista argumenteista.

Se, mikä erottaa Alankomaat Pohjolasta, on tietenkin oikeushistoria – juuri oikeushistoriasta löydämme parhaiten perusteet sille, miksi pohjoismaisen oikeuden voi katsoa muodostavan aidolla tavalla oikeusperheen, jossa järjestelmät ovat sukua toisilleen. Toki, käyttämällä uusperheen käsitettä voisimme lukea myös Hollannin oikeuden mukaan pohjoismaiseen oikeuteen, mutta yhteistä historiaa eikä maantieteellistä läheisyyttä Pohjolalla ja Alankomaiden oikeudella kuitenkin ole.²⁰

4 POHJOISMAINEN OIKEUSPERHE?

Minne pohjoismainen oikeuskulttuuri pitäisi sijoittaa? Siitä huolimatta, että pohjoismainen oikeusperhe on saanut voimakkaita vaikutteita saksalaisesta oikeuskulttuurista (ei suoraan, vaan oikeustieteen välityksellä), sitä ei voi luontevasti paikantaa mannereurooppalaiseen oikeuteen. Oma näkemykseni on, että Pohjolan oikeus on oikeuskulttuurisessa mielessä ”yhtä perhettä”, mutta vain jos haluamme ylipäänsä tehdä lisädistinktioita roomaanis-germaanisesta oikeuden suvun sisäisesti. Kuten Arminjon, Nolde ja Wolff aikanaan kirjoittivat: ”Le droit scandinave n’est ni romain, ni français, ni germanique

¹⁹ Laajemmassa Alankomaiden oikeuden kontekstissa ks. *Taekema, Sanne – de Roo, Annie – Elion-Valter, Carinne* (eds.), *Understanding Dutch Law*. Den Haag 2011, luku 1.

²⁰ Hollantilaisen oikeuskulttuurin alueella on ollut vakiintumaton linja sen suhteen, mihin oikeusryhmään Pohjola pitäisi laskea. Paljon riippuu näkökulmasta. Esimerkiksi oikeushistorioitsija lukee Pohjolan erilliseksi alaryhmäksi vain jos ja kun germaanista oikeutta pidetään erillisenä roomaanisesta (ranskalaisesta) oikeudesta. Ks. *Heirbaut, Dirk*: *Privaatrechts-geschiedenis van de Romeinen tot heden*. Gent 2005, s. 81 (”Als er geen Germaans recht is, is er ook geen nood meer aan een aparte Scandinavische rechtsfamilie, die gebaseerd is op dat Germaans recht”). Pohjolassa ollaan valmiimpia näkemään Pohjolan oikeudessa myös omintakeisuutta, vaikka oikeustieteellinen perintömme onkin saanut Saksasta runsaasti vaikutteita.

dans ses origines et son evolution.”²¹ Erityisesti germaanisessa oikeusvertailussa tai siihen läheisesti kytkeytyneessä perinteessä Pohjolan oikeus tunnustetaan ja tunnustetaan – tietenkin Pohjolan juristien itsensä lisäksi. Voi olla, että saksalaisen oikeuskulttuurin alueen tutkijat huomaavat paremmin yliopistollisen roomalaisen oikeuden vaikutuksen puutteen Pohjolassa, koska se on heidän omassa oikeuskulttuurissaan niin vahvaa – sama pätee kääntäen ranskalaisen oikeuskulttuurin alueen vertailijoihin.

Laajasti ymmärrettynä ja vaikkapa islamilaiseen tai alkuperäiskansojen oikeuteen verrattuna pohjoismaiden oikeus pitää toki yleisesti paikantaa mannermaiseen oikeuteen, mutta oikeusvertailussa on tyypillistä erottaa pohjoismainen oikeus omaksi oikeusperheekseen. Tämä johtuu siitä, että eri pohjoismaissa vallitsevien oikeuskäsitysten välillä on siinä määrin selkeitä yhtäläisyyksiä ja historiallisia yhteyksiä, että puhe pohjoismaisesta oikeusperheestä on perusteltua.²² Kaikki komparatistit eivät tätä ole aina oivaltaneet. Itse asiassa common law ja pohjoismainen oikeus ovat ehkä parhaiten maailman oikeuskulttuureista sijoitettavissa oikeusperhe-käsitteen alaisuuteen. Oikeusperheen jäsenillä on selkeät historialliset ja ajattelutalpoihin liittyvät sekä ilmeiset maantieteelliset yhteydet: puhe *perhesuhteista* on historiallisesti ja oikeuskulttuurisesti mielekästä. Kyse ei ole voimassa olevan oikeuden täsmällisistä samankaltaisuuksista, vaikka järjestelmissä onkin samanlaisia piirteitä.

Thomas Wilhelmsson on katsonut, mielestäni hyvin perustellusti, että pohjoismainen oikeusperhe on olemassa siksi, että se perustuu historiallisista seikoista kehittyneeseen samankaltaiseen arvopohjaan, samantyyppisiin käsityksiin oikeuden tehtävistä ja juridisesta metodista, sekä keskinäiseen vuorovaikutukseen perustuvaan aineellisoikeudelliseen samankaltaisuuteen (pohjoismainen lakiyhteistyö). Tästä huolimatta Wilhelmsson huomauttaa

²¹ *Arminjon – Nolde – Wolff* 1950, s. 50.

²² Alan tutkimuksessa listataan useita perusteita, kuten feodaalijärjestelmän puuttuminen, siviililakikodifikaatioiden puuttuminen, valtioiden vahva asema, jota ei ole voitu kiistää erilaisissa vallan osakeskuksissa, roomalaisen oikeuden vähäisempi vaikutus kuin Keski-Euroopassa, notaarilaitoksen puuttuminen, yliopistokoulutettujen juristien heikko asema, maiden parlamentaarisuus, protestanttinen kristinusko uskonnollisuuden perustana, oikeuslähteoppien ja oikeudellisen argumentaation samankaltaisuus. Nämä ovat tietenkin yksittäisiä tekijöitä, mutta ne ilmentävät ehkä pohjoismaisen oikeuden yhteisiä syvärakenteita, ks. *Modéer; Kjell Åke: Harmonization or Separation? Deep Structures in Nordic Legal Cultures. Scandinavian Studies in Law* 2007, s. 170–184. Pohjoismaista oikeutta voi lähestyä myös eräänlaisena muunnoksena keskieurooppalaisesta oikeudesta, ks. *Letto-Vanamo, Pia: Nordische Rechtsgeschichte – eine europäische Variante? Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 2013, s. 112–124. Ks. myös *Lando* 2001.

osuvasti, että ”perheen kaikki lapset eivät kuitenkaan ole samannäköisiä”. Tällä hän viittaa siihen, että voimme erottaa kaksi alaryhmää pohjoismaisessa oikeudessa, läntisen ja itäisen oikeusryhmän. Läntiseen kuuluvat Tanska, Norja ja Islanti, kun taas itäiseen kuuluvat Ruotsi ja Suomi. Suomen ja Ruotsin Wilhelmsson hahmotti oikeusperhemetaforan avulla oikeudelliseksi kaksosiksi, joiden kehitys on vuoden 1809 jälkeen kulkenut jossain määrin eri suuntiin. Tässä mielessä kyse ei ole siis identtisistä kaksosista, mutta kaksosista kuitenkin.²³ Tässä näkemyksessä korostuvat tietyt oikeuskulttuuriset piirteet, joita on lupa pitää samankaltaisuuksina.

Myös Jaakko Husa, Kimmo Nuotio ja Heikki Pihlajamäki ovat painottaneet pohjoismaisen oikeuden oikeuskulttuurista yhtenäisyyttä tarkoittaen sitä, että vaikka kirjoitetussa oikeudessa ja oikeudellisissa käytännöissä onkin eroja, pohjoismaista oikeusajattelua yhdistää samankaltainen oikeudellinen mentaliteetti, joka eroaa selvästi mannermaisesta oikeudesta ja common law’sta. Hekin katsovat, että pohjoismaista oikeutta voidaan pitää oikeuskulttuurisin, oikeushistoriallisin (sukulaisuussuhteet) ja oikeudellisin sisältöperustein jonkinlaisena oikeudellisena perheenä²⁴, siitä huolimatta, että Euroopan unioni on vaikuttanut asiaan ja monimutkaistanut aiempia pohjoismaisen oikeuden perhesuhteita. Pohjoismaista kuuluu tällä hetkellä kolme maata unioniin, mutta kaksi muuta on jäsenenä Euroopan talousalueessa. Pohjoismainen oikeuskulttuuri ei ole silti samaistunut unionin oikeuskulttuuriin. Ulf Bernitzin analyysin mukaan unionin oikeuskulttuuri eroaa ruotsalaisesta, koska siellä on ”större betoning på systematik och rättsprinciper, normhierarki, rättighetstänkande, annorlunda tolkningsprinciper och en påtagligt självständig rättskapande och kontrollerande roll för domstolarna”.²⁵ Bernitzin analyysi eroista sopii kuvaamaan myös Suomen ja unionin oikeuskulttuurien eroavaisuuksia sillä erotuksella, että Suomessa oikeusnormien hierarkia (valtiosääntöoikeus) on ollut pitkään keskeisessä asemassa erityisesti lainsäätämässä ja lainvalmistelussa.

²³ *Wilhelmsson, Thomas*: Oikeusperhe ja epäidenttiset kaksoset. Esitelmä Helsingin yliopistolla 23.10.2008.

²⁴ *Husa, Jaakko – Nuotio, Kimmo – Pihlajamäki, Heikki*: Nordic Law Between Tradition and Dynamism. Teoksessa Jaakko Husa – Kimmo Nuotio – Heikki Pihlajamäki (eds.), *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism* Antwerp/Oxford 2007, s. 1–40.

²⁵ *Bernitz, Ulf*: What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future. *Scandinavian Studies in Law* 2007, s- 14–29

5 LOPUKSI

Oikeusperhe on makrovertailun käsitteenä varsin ongelmallinen, eikä sitä voida soveltaa onnistuneesti likipitäenkään kaikkiin maailman järjestelmiin. Toisaalta on tiettyjä oikeuskulttuureja tai maantieteellisiä alueita, joihin se sopii toisia paremmin. Japania ja Etelä-Koreaa on vaikea pitää samalla tavalla saman oikeusperheen jäsenenä kuin Saksaa ja Itävaltaa: suorat historialliset yhteydet ovat tärkeitä, mikäli silmällä pidetään *sukulaisuutta*. Common law'n kohdalla on selvää, että järjestelmät todella ovat sukua keskenään, vaikka ne eivät tietenkään ole identtisiä keskenään. Oikeushistoriallisessa mielessä Englannin common law'ta voidaan pitää kaikkien common law -järjestelmien kantaemona.

Pohjolasta meiltä puuttuu vastaavanlainen Englannin oikeuden tapainen kantaemo, koska meillä ei ole koskaan ollut sen tyyppistä kolonialismia, jonka ansiosta common law levisi oman syntyalueensa ulkopuolelle. Tästä huolimatta on selvää, että Pohjolan oikeus muodostaa oman oikeusperheensä, jossa sukulaisuus ja läheiset yhteydet sekä yleinen oikeusmentaliteetti ovat muihin oikeusperheisiin tai oikeuskulttuureihin verrattuna varsin samankaltaisia. Eräs tärkeä argumentti sen puolesta, että voimme puhua pohjoismaisesta oikeusperheestä on se, että pohjoismaiset juristit edelleen koko lailla itsestään selvästi lähtevät liikkeelle ajatuksesta pohjoismaisesta oikeusyhteisöstä.²⁶ Käytämme myös toistemme esitöitä, oikeustapauksia ja oikeuskirjallisuutta luontevasti, eikä lainsäädäntöalan yhteistyö ole sekään täysin loppunut.

Toisaalta on koko lailla selvää, että Pohjoismailla on samankaltaisesta ja pitkälti jaetusta historiasta johtuen samankaltainen yleinen oikeusmentaliteetti ja oikeudellinen arvoperusta, joka näkyy vaikkapa laajana hyvinvointia koskevana sääntelynä, vahvana kuluttajansuojana sekä sukupuolten välisenä tasa-arvoideologiana. Näitä asioita sääntelevät oikeudenalat kuvaavat sitä, että Pohjolassa on kohtuullisen samankaltaiset käsitykset oikeusjärjestyksen tehtävistä ja sisällöstä. Pohjoismainen oikeusalan yhteistyö ja juristiyhteistyö osoittavat puolestaan sen, että meillä vallitsee myös kohtuullisen samantapainen näkemys oikeudellisesta argumentaatiosta ja – tiettyyn rajaan saakka – jopa oikeustieteestä.²⁷ Mutta kuten tavallisissa perheissä, myös

²⁶ Vrt. *Keskitalo, Petri*: Nordiske rettsteoretiske diskurser: ekte dialoger? Teoksessa *Oikeuden avantgarde: Juhlajulkaisu Juha Karhu 1953–6/4–2013*. Helsinki 2013, s. 123–136

²⁷ Jälkimmäinen näkemys voidaan tietysti kiistää, mutta mikä muu selittäisi sen, että Pohjoismaissa toimimme sekä esitarkastajina, vastaväittäjinä, asiantuntijoina yliopistollisten

pohjoismaisessa oikeusperheessä kaikki perheen jäsenet ovat yksilöitä ja heidän välillään on usein myös merkittäviä eroja – vasta ulkopuolelta ja vertaillen tarkastellen yleiset oikeuskulttuuriset samankaltaisuudet hahmotuvat terävämmin. Toisaalta tarkempi tarkastelu paljastaa sen, että perheen läntisten ja itäisten jäsenten välillä on käytännössä aika paljonkin eroja jos ja kun puhe on voimassa olevasta oikeudesta.

On myös syytä muistaa, että suhteellisen suuresta pysyvyydestään huolimatta oikeuskulttuurit ja sitä kautta myös pohjoismaisen oikeuden kulttuuri ovat muutoksessa. Yksi oireellinen esimerkki lienee se, että Pohjolan oikeuskulttuuria aiemmin niin voimakkaasti leimannut lojaalisuus lainsäätäjää kohtaan on heikentynyt melkoisesti sitten 1990-luvun.²⁸ Kokonaan toinen kysymys on, onko tällainen pohjoismaisen oikeusmentaliteetin muutos kaikilta osiltaan huono asia.²⁹ Oikeuskulttuurin muutoksesta ja eurooppalaistumisesta huolimatta olemme silti aika kaukana Ole Landon ennusteesta, jonka mukaan Pohjolan oikeus aikanaan sulautuu osaksi eurooppalaista oikeutta.³⁰ Uskon Heikki Pihlajamäen tavoin, että niin kauan kuin pohjoismaiset kielet ovat olemassa, on olemassa myös pohjoismaista oikeutta – eikä näiden kielten katoaminen ole näköpiirissä.³¹

tehtävien täytössä tai yliopistoyksiköiden tieteellisissä evaluoinneissa? Toisaalta emme voi pingottaa olettamusta liian pitkälle, ks. *Letto-Vanamo, Pia: Law and (Social) Justice – Nordic Perspectives*. University of Helsinki/Legal Studies Research Papers Series Paper No 5. Helsinki 2011, s. 17.

²⁸ Lojaalisuudesta ks. *Letto-Vanamo, Pia: Kiinnostaako enää pohjoinen?* Teoksessa *Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i förändring*. Helsinki 2001, s. 53–66.

²⁹ Ks. esim. *Nordic Journal of Human Rights* -aikakauskirjan teemanumero 2/2009, jonka teemana oli *Nordic Reluctance Towards Judicial Review Under Siege* eli judicial review -opin aiempaa voimakkaampi jalansija Pohjoismaissa.

³⁰ *Lando* 2001, s. 12.

³¹ Ks. *Pihlajamäki* 2012, s. 94.

Professio ja legitimitetti – mitä virkaa eurooppalaisella juristilla?

1 JURISTIEN EUROOPPA

EU-Suomen oikeustieteen opiskelijoille on teroitettu mieleen ainakin yksi asia eurooppalaisesta yhdentymisestä: integraatio on oikeudellinen luomus, juristien taidonnäyte, jolla poliitikkojen rauhanaatteesta tehtiin sodanjälkeisessä Euroopassa totisinta (juridisinta) totta. Väitteen oikeaksi osoittaminen ei ole ollut vaikeaa, sillä konkreettisista esimerkeistä on jopa runsaudenpula. Usein aloitetaan viittaamalla EU:n tuomioistuimeen edeltäjineen. Eurooppaoikeuden tunnetuimmat opinkappaleet, kuten EU-oikeuden välitön oikeusvaikutus ja etusija suhteessa kansallisiin oikeusjärjestyksiin, luotiin oikeuskäytännössä 1960-luvulla.¹ Vuosikymmen on jäänyt eurooppalaisiin historiankirjoihin ajanjaksona, jolloin poliittinen integraatio eteni vaivalloisesti ja pienin askelin. Oikeudellinen integraatio, eli eurooppalainen tuomari, tuli avuksi, kun poliittista tahtoa ja yksimielisyyttä puuttui.

Toinen eurooppalaiselle yhdentymiselle keskeinen instituutio on komissio. Sen tehtäviin kuuluu muun muassa lainsäädännön valmistelu ja yhteydenpito muihin lainsäädäntötyöhön osallistuviin toimielimiin, erityisesti neuvostoon ja Euroopan parlamenttiin. EU:ssa on ollut heinäkuusta 2013 lähtien 28 jäsenvaltiota, ja yhteisymmärryksen saavuttaminen on entistä vaikeampaa. Mitä epävakaa ja eripuraisemmat ajat, sitä merkittävämmäksi komission rooli kasvaa. Komissio, joka tällä hetkellä työllistää yhteensä 32 666 henkilöä,² on tarjonnut työpaikan lukuisille eurooppalaisille juristeille. Myös Euroopan parlamenttiin on vuosien varrella valittu paljon juristeja. Juristien asiantuntemukselle ja osaamiselle on ollut kysyntää parlamentin alaisissa toimikunnissa ja työryhmissä. Esimerkiksi käy pe-

¹ C-26/62 Van Gend en Loos, Kok. 1963 s. 1 ja C-6/64 Flaminio Costa v Enel, Kok. 1964 s. 585.

² Ks. tilastotietoja http://ec.europa.eu/civil_service/docs/hr_key_figures_en.pdf (viittauspäivä 10.2.2014).

russopimus-, työjärjestys- ja toimielinasioista vastaava valiokunta AFCO (the Constitutional Affairs Committee), joka visioi tulevaisuuden EU:ta ja sen toimintaa. Valtaosa valiokunnan puheenjohtajista ja rivijäsenistä on koulutukseltaan juristeja.³

Vaikka juristit voivat ylpeillä luomuksellaan ja omalla roolillaan eurooppalaisen yhdentymisen syntyvaiheissa, tulevaisuus ei ole entisensä. Viimeisten kolmenkymmenen vuoden aikana juristien määrä on vähentynyt EU:n hallinnossa, erityisesti keskeisissä toimielimissä. Muutoksen havaitseminen on tosin vaikeaa. Kehitys on ollut hidasta ja tieto huonosti saatavilla. Esimerkiksi komissio, joka tilastoi henkilökuntaansa usealla eri muuttujalla, kuten sukupuoli, ikä ja kansalaisuus, ei kokoa eikä julkaise tietoja virkamiestensä koulutustaustoista.

Tässä artikkelissa käymme läpi viimeaikaista oikeussosiologista tutkimusta, joka osoittaa eurooppalaisessa juristiprofessiossa tapahtuneen sekä määrällisiä että laadullisia muutoksia. Etsimme oikeudellisesta kehityksestä piirteitä, jotka selittävät näitä muutoksia, ja pyrimme ennakoimaan tulevaisuuden kehityslinjoja. Aiheen merkitys ei rajoitu juristeihin itseensä, sillä juristiprofession roolin muuttuminen heijastuu laajemmin eurooppalaisen oikeuden legitimitettiin eli yleiseen hyväksyttävyyteen. Juristilla on vielä virkaa, mutta virka ei ole enää täysin sama, johon juristin ammatillinen itseymmärrys on perinteisesti ankkuroitunut.

2 MITÄ JURISTEILLE ON TAPAHTUMASSA?

Didier Georgakakis ja *Marine de Lassalle* ovat koonneet tilastotietoa juristien määristä EU:n toimielimissä. Aloitamme komissiosta. Komissio on jaettu niin kutsuttuihin pääosastoihin, jotka vastaavat politiikkalohkoista, kuten sisämarkkinat ja palvelut, ympäristöasiat tai meri- ja kalastusasiat. Vastikään julkaistu tilastoanalyysi osoittaa, että vuoteen 1985 asti komission huippuvirkamiehinä oli enemmän juristeja kuin esimerkiksi ekonomisteja. Nykyisistä komission pääosastojen päälliköistä kaksi kolmasosaa on ekonomisteja, ja ainoastaan neljä päällikköä 21:stä on juristeja. Ekonomistien määrän kasvu alkoi komission pitkäaikaisen johtajan *Jacques Delorsin*

³ *Godmer, Laurent – Marrel, Guillaume*: The Creation of Institutional Expertise at the European Parliament: Legal and Political Resources of the Members of the Constitutional Affairs Committee. Teoksessa Antoine Vauchez – Bruno de Witte (eds.): *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*. Hart Publishing 2013, s. 153–176, s. 166.

(ekonomisti koulutukseltaan) kaudella.⁴ Samansuuntainen havainto koskee Euroopan parlamenttia ja liittyy osaltaan myös edellä mainitun AFCO-valiokunnan jäsenten asemaan. Pääasiallisesti juristi-europarlamentaarikoista koostuvan toimikunnan jäseniä on nimittäin perinteisesti valittu erilaisiin johtotehtäviin parlamentin sisällä. Vuonna 1984 juristijäsenet johtivat puhetta lähes puolessa kaikista parlamentin sisällä toimivista komiteoista, valiokunnista ja muista niihin verrattavista yksiköistä. Vuoteen 2007 mennessä juristien osuus kuitenkin väheni 7,5 prosenttiin.⁵

Ketkä ovat korvanneet juristit? Talouskriisin jälkimainingeissa on tuskin yllättävää kuulla, että ekonomistit ovat pitkälti korvanneet juristeja sekä komissiossa että parlamentissa, vaikkakin syyt kehitykseen ovat varmasti moninaiset ja ulottuvat kriisiä pitemmälle. Taloustieteellisen koulutuksen saaneet virkamiehet ovat tärkeissä asemissa myös niissä komission pääosastoissa, joissa juristit ovat perinteisesti olleet vahvoja, kuten kilpailu, ulkosuhteet ja aluepolitiikka. Niilläkin juristeilla, jotka edelleen sinnittelevät EU:n hallinnossa, on usein kaksoistutkinto: oikeustieteellisen lisäksi taloustai yhteiskuntatieteellinen.⁶ Kolmannessa edellä mainitussa toimielimessä, EU:n tuomioistuimessa, juristien määrä ei ymmärrettävästi ole laskenut samalla tavalla. Juristit miehittävät edelleen EU:n tuomioistuimen kolme tuomioastetta.

Huomionarvoista on kuitenkin se, että instituutioihin ja toimijoihin kohdistuva EU-tutkimus on muuttunut. Perinteisesti niin oikeus- kuin yhteiskuntatieteellinenkin integraatiotutkimus on ollut kiinnostunut lähinnä EU-tuomioistuimesta ja sen tuomari-juristeista. Tässä suhteessa tutkimus on ollut poissulkevaa ja sen kuva juristeista integraation palveluksessa on kieltämättä jäänyt yksipuoliseksi. Uusin tutkimus sen sijaan analysoi

⁴ Georgakakis, Didier – de Lassalle, Marine: Where Have All the Lawyers Gone? Structures and Transformations of Top European Commission Officials' Legal Training. Teoksessa Vauchez – de Witte (eds.) 2013, s. 137–151, s. 144–145.

⁵ Godmer – Marrel 2013, s. 164.

⁶ Ibid., s. 145. Voidaan tietysti kysyä, ovatko muut ammattikunnat pystyneet juristeja paremmin uudistamaan peruskoulutustaan vastaamaan eurooppalaisen yhdentymisen luomiin tarpeisiin. Juristien koulutus on tunnetusti edelleen kansallista, vaikka kansainvälistyminen näkyy siinäkin muun muassa lisääntyvänä opiskelijavaihtona ja englanninkielisten maisteriohjelmien tarjonnan räjähdysmäisenä lisääntymisenä. Ks. lisää de Witte, Bruno: European Union Law: A Unified Academic Discipline? Teoksessa Vauchez – de Witte (eds.) 2013, s. 101–116. Erityisesti koulutuksen kieleen olisi kiinnitettävä huomiota. Juristien kieli on nykyisellään, olennaisesti enemmän kuin esimerkiksi ekonomistien kieli, kansallisvaltion rajoihin sidottua. Taustalla on paitsi koulutuksen sisällön kansallinen painotus myös perinnesyitä.

juristien identiteettiä, resursseja ja rooleja ensisijaisesti tuomioistuinlaitoksen ulkopuolella. Kiinnostus ei kohdistu pelkästään EU:n omiin virkamiehiin. Sekä jäsenvaltioissa EU-liitännäisiä asioita hoitavat virkamiehet että yksityissektorilla työskentelevät juristit ymmärretään nyt osana laajaa eurooppalaista oikeuskenttää. Mainintoja saavat niin kilpailu- kuin vakuutusjuristitkin.

Mikä selittää juristien määrän vähenemisen EU:n toimielimissä? Yksi keskeisistä tekijöistä liittyy yhteismarkkinoiden sekä talous- ja rahaliiton luomiseen, jotka ovat vaatineet taloustieteellistä asiantuntemusta.⁷ Samoin voidaan viitata tiettyjen aineellisen EU-oikeuden alojen sisällä tapahtuneeseen kehitykseen. Esimerkiksi kilpailuoikeudessa komissio on omaksunut 1990-luvun lopulla teknisemmän ja taloustieteellisemmän lähestymistavan (more economic approach), joka luonnollisesti on lisännyt taloustieteilijöiden kysyntää juristien kustannuksella. Kun ratkaistaan, onko tiettyä menettelyä pidettävä kilpailusääntöjen rikkomisena, lähestymistavan ydinajatuksena on kiinnittää huomiota menettelyn muodollisten piirteiden (forms-based approach) sijasta menettelyn konkreettisiin kilpailulle haitallisiin vaikutuksiin (effects-based approach).⁸

Ilmiöön perehtyneet tutkijat viittaavat muihinkin mahdollisiin tekijöihin. Yhtäältä sormi osoittaa ammattikuntaan itseensä: juristit ovat ikään kuin ulkoistaneet itsensä nostamalla keskiöön politiikan alojen sektorikohtaisia tavoitteita, kuten energian tuotanto, veden laatu tai köyhyyden vähentäminen. Toisaalta tutkijat kiinnittävät huomiota EU:n laajenemiseen sekä polkuriippuvuuteen virkanimityksissä. Uudet jäsenmaat ovat yhä enemmän nimittäneet ei-juristeja eurooppalaisiin huippuvirkoihin. Polkuriippuvuudella tutkijat tarkoittavat tässä yhteydessä sitä, että ekonomistit ovat taipuvaisia nimittämään lisää ekonomisteja.⁹

Samanaikaisesti kun juristien määrä EU:n hallinnossa on vähentynyt, asianajajien määrä on kääntynyt reippaaseen kasvuun. Vuosina 1980–2006 asianajajien määrä on kaksinkertaistunut useassa Euroopan maassa, esimerkiksi Ranskassa ja Itävallassa. Italiassa ja Portugalissa asianajajia on

⁷ Ks. *Tuori, Kaarlo – Tuori, Klaus: The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis.* Cambridge University Press 2014, s. 13–35. Tuori ja Tuori erottavat Euroopan talouskonstitutiiossa mikro- ja makrotalouskerroksen. Mikrotalouskonstituutio liittyy erityisesti Rooman sopimukseen (1957) ja yhteismarkkinoiden luomiseen, makrotalouskonstituutio puolestaan Maastrichtin sopimukseen (1992) sekä sillä perustettuun talous- ja rahaliittoon.

⁸ *Geradin, Damien – Layne-Farrar, Anne – Petit, Nicolas: EU Competition Law and Economics.* Oxford University Press 2012, s. 18–19.

⁹ Ks. *Georgakakis – de Lassalle* 2013, s. 147–148. Ks. *Godmer – Marrel* 2013, s. 157.

tarjolla jopa nelinkertainen määrä.¹⁰ Tšekissä määrän kasvu on johtanut suunnitelmiin vaikeuttaa asianajokokeita ja järjestää niitä harvemmin.¹¹

Näiden lukujen valossa Georgakakis ja de Lassalle haastavat perinteisen käsityksen eurooppalaisesta byrokraatista juristina.¹² Tutkimuksen johtopäätös voidaan yksinkertaistaen tiivistää seuraavasti: eurooppalainen byrokraatti on ekonomisti, eurooppalainen juristi on yksityissektorin lakimies.

3 ”I AM NOT A LOBBYIST. I’M A LAWYER IN A LAW FIRM”¹³

Vuoden 2013 lopulla eurooppalainen lehdistö uutisoi *Michel Petiten* erosta. Petite oli nimitetty eurooppalaisen kolmijäsenisen eettisen toimikunnan puheenjohtajaksi uudelle kolmivuotiskaudelle. Vuonna 2003 perustetun toimikunnan tehtäviin kuuluu neuvoa komissiota tilanteissa, joissa komission entisen virkamiehen siirtyminen yksityissektorille olisi omiaan vaarantamaan komission riippumattomuuden ja puolueettomuuden. Tällaisia tilanteita kutsutaan englanninkielisessä keskustelussa nimellä ”revolving door”.¹⁴ Petite joutui kuitenkin eroamaan sen jälkeen, kun uusi Euroopan oikeusasiamies *Emily O’Reilly* sekä avoimuuden puolesta kampanjoivat kansalaisjärjestöt arvostelivat hänen urasiirtojaan. Vuoteen 2008 asti Petite johti komission oikeudellista osastoa, minkä jälkeen hän siirtyi juristiksi *Clifford Chance* -nimiseen asianajotoimistoon. Siellä Petiten asiakkaina on muun muassa isoja tupakkayhtiöitä.¹⁵ Petiten kytkös tupakkayhtiöihin herätti äänekästä paheksuntaa, kun EU:ssa pitkään valmisteilla ollut ja

¹⁰ *Kelemen, R. Daniel*: Eurolegalism. The Transformation of Law and Regulation in the European Union. Harvard University Press 2011, s. 80–81.

¹¹ *Juutilainen, Teemu*: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen opintomatka Prahaan ja Brnoon 25.–28.4.2013. Lakimies 2013, s. 803–805.

¹² *Georgakakis – de Lassalle* 2013, s. 138.

¹³ Tobacco lawyer steps down from EU ethics panel, <http://euobserver.com/institutional/122580> (viittauspäivä 10.2.2014).

¹⁴ Revolving door on laajempi käsite, sillä pyöröovista mennään kumpaankin suuntaan. Amerikkalaisessa keskustelussa huolta on herättänyt varsinkin se, että investointipankeista päädytään julkishallinnon virkoihin antamaan rahoitusalan sääntelyä – tai estämään sen antamista. Ks. esimerkiksi *Mirowski, Philip*: Never Let a Serious Crisis Go to Waste. How Neoliberalism Survived the Financial Meltdown. Verso 2013, s. 65, 181–182.

¹⁵ Petite kuitenkin kiisti, että O’Reillyn tai kansalaisjärjestöjen kritiikillä oli mitään tekemistä eropäätöksen kanssa.

jäsenvaltioiden tukema ehdotus tupakkadirektiiviksi hyväksyttiin sisällöltään vesittyneenä loppuvuodesta 2013.¹⁶ Vesittymisen syyksi on arveltu tupakkayhtiöiden lobbausta. Petiten tapaus on ikävä muistutus siitä, kuinka roolit sekoittuvat hyvän hallinnon periaatteiden vastaisesti, mutta kiintoisa esimerkki siitä, millaisiin tehtäviin hallinnosta siirtyvät juristit voivat päätyä yksityisellä sektorilla.

Eurooppalaisissa asianajotoimistoissa työskentelevät juristit tarjoavat yhä enemmän niin kutsuttuja public affairs -palveluja.¹⁷ Niissä on kyse modernista lobbaamisesta, jossa juristien neuvontarooli ulottuu oikeudellisesta konsultaatiosta yhteiskuntatieteelliseen osaamiseen, henkilökohtaisiin suhteisiin ja sosiaalisen pääoman eri ilmenemismuotoihin. Miksi tällaisille palveluille on kysyntää? Syitä on useita. EU:n poliittinen päätöksentekojärjestelmä on mutkikas ja monitasoinen. Teollisuudella, suuryrityksiä ehkä lukuun ottamatta, ei ole resursseja eikä osaamista vaikuttaa kaikilla niillä tasoilla ja kaikkiin niihin toimijoihin, jotka vaikuttavat lopulliseen päätökseen. Yritykset pyrkivät palkkaamaan entisiä komission ja muiden EU:n toimielinten virkamiehiä tai ostavat palveluja näitä henkilöitä palkanneilta asianajotoimistoilta. Lisäksi oikeuden kielestä on tullut suosittu lobbauksen kieli.¹⁸ Juridisen kielen avulla arvovalinnat voidaan esittää teknisinä välttämättömyyksinä ja mieltymykset puhtaina poliittisista ideologioista. On helpompi vastustaa tupakkadirektiiviä sillä perusteella, että se estää yhteismarkkinoiden toimintaa kuin että se laskee seuraavan kymmenen vuoden tuotto-odotuksia. Tämä on tietysti kärjistys, mutta se havainnollistaa, miksi juristeista on tullut kysytyjä eurooppalaisia lobbaajia. Erään arvion mukaan Euroopassa kuljetaan kohti amerikkalaisen vaikuttamisen mallia, jossa lobbaus ymmärretään vuosikymmeniä kestävästä henkilökohtaisten suhteiden rakentamisen projektina.¹⁹ Tämä edellyttää instituutiotukea, joka on helpoiten saatavilla rahaa vastaan isosta asianajotoimistosta. Yksityissektorin juristit eivät nimittäin työskentele enää vain pienissä, kansallisvaltioiden rajoja myötäilevissä asianajotoimistoissa, vaan isot (usein amerikkalaiset) rajat

¹⁶ Ks. esimerkiksi <http://uk.reuters.com/article/2013/10/08/uk-eu-tobacco-idUKBRE9970FG20131008> (viittauspäivä 10.2.2014). Euroopan parlamentti ja neuvosto pääsivät sopuun direktiiviehdotuksesta 18. joulukuuta 2013.

¹⁷ *Lahusen, Christian*: Law and Lawyers in the Brussels World of Commercial Consultants. Teoksessa Vauchez – de Witte (eds.) 2013, s. 177–194, s. 184.

¹⁸ *Dezalay, Yves*: Opportunities and Limits of a Weak Field: Lawyers and the Genesis of a Field of European Economic Power. Teoksessa Vauchez – de Witte (eds.) 2013, s. 259–282, s. 276.

¹⁹ *Ibid.* s. 276.

ylittävät asianajotoimistot ovat saapuneet eurooppalaisille markkinoille.²⁰

Mitä edellä kuvatusta kehityksestä seuraa? Mitä jää jäljelle juristien perinteisestä roolista ei-poliittisina ja neutraaleina toimijoina, oikeusvaltioperiaatteen palvelijoina? Jakson otsikossa lainattu Petitien kommentti, jossa hän kiistää roolinsa lobbajana, kertoo kysymyksen kiusallisuudesta juristien itseymmärrykselle. Juristien on syytä ammattikuntana pysähtyä miettimään tätä.²¹ Samalla on huomattava, että juristien rooli on sidoksissa oikeuden ominaisuuksiin ja muuttuu niiden mukana. Viimeaikainen eurooppalainen kehitys tarjoaa tästä lukuisia esimerkkejä.

4 JURISTIPROFESSIO JA EUROOPPALAISEN OIKEUDEN MUUTOKSET

Juristien roolia ja amatillista tulevaisuutta EU:ssa ei voida arvioida etäisyyden päästä, ottamatta huomioon muutoksia eurooppalaisessa lainsäädännössä ja oikeudessa ylipäänsä. Aiheesta on kirjoitettu runsaasti, eikä keskustelusta ole mahdollista antaa tässä kattavaa kuvaa. Viittaamme vain kahteen mahdolliseen kehityskulkuun, jotka ovat suhteessa toisiinsa pitkälti päinvastaisia. Ensimmäisen keskiössä on sääntelyn eriytyminen, pehmeneminen ja ei-lainsäädännöllisten instrumenttien kasvu.²² Eurooppalainen lainsäädäntö on usein puitesääntelyä. Se tarkoittaa, että lainsäätäjät asettaa tavoitteet, joita lainsoveltajat tavoittelevat valitsemillaan keinoilla. Uusi lainsäädäntö on monelta osin keskeneräistä ja aukollista: lakien soveltaminen edellyttää niiden täsmentämistä. Tähän on omat syynsä. Sosiaalinen todellisuus, jossa lait säädetään, on muuttunut. Asiakokonaisuudet ovat hankalammin hallittavissa, ja teknisen kehityksen vuoksi sääntely vanhenee nopeasti.²³ Erityisesti ympäristöoikeuden alalle on viime vuosina ilmaantunut lukuisia työryhmiä ja verkostoja, jotka kokoavat kansalliset virkamiehet,

²⁰ Kelemen 2011, s. 81–86.

²¹ Ks. yleisemmin Lahusen 2013, s. 191.

²² Ks. esimerkiksi *Sabel, Charles – Zeitlin, Jonathan: Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union*. *European Law Journal* 2008, s. 271–327; *Armstrong, Kenneth: The Character of EU Law and Governance: From "Community Method" to New Modes of Governance*. *Current Legal Problems* 2011, s. 1–36.

²³ Toisaalta EU-oikeuden avointa luonnetta ylläpitää lainvalmistelun kompromissiluonne, jossa yksimielisyyttä haetaan silloinkin, kun määränemistöpäätös olisi perussopimusten mukaan mahdollinen.

komission virkamiehet, EU:n erillisvirastojen edustajat ja kansalaisjärjestöt täsmentämään EU-oikeuden sisältöä.²⁴

Onko kehitys, joka suosii erilaisia hallinnan instrumentteja lainsäädännön kustannuksella, tekemässä juristista tarpeettoman tai ainakin vähentämässä ammattikunnan suhteellista painoarvoa? Samaa on aiheellista pohtia, kun otetaan huomioon kansallisissa oikeusjärjestelmissä käynnissä oleva uusien oikeudenalojen muodostuminen ja EU:n lainsäädäntötyössä perinteisen yksityisoikeuden sijasta painottuva sääntelyllinen yksityisoikeus (regulatory private law).²⁵ Uusia oikeudenaloja ja sääntelyllistä yksityisoikeutta voidaan pitää juristiprofession tulevaisuuden kannalta rinnakkaisilmioina. Niitä yhdistää se, että konkreettisen oikeudellisen aineksen systematisointiperusteena tai muuna alaa yhteen sitovana elementtinä on jokin lähtökohtaisesti ei-juridinen elämänalue, jonka yhteiskunnallinen merkitys on viime aikoina syystä tai toisesta kasvanut.

Tarkoitukseen sopivista elämänalueista voidaan ottaa esimerkiksi viestintä. Suomessa asemaansa vakiinnuttava viestintäoikeus on alkanut kehittää omia yleisiä oppejaan (käsitteitä, periaatteita ja teorioita) helpottamaan sellaisten oikeusongelmien käsittelyä, joiden tarkastelu perinteisten oikeudenalojen eriytyneistä näkökulmista on hankalaa tai ei tavoita ongelman koko kuvaa.²⁶

²⁴ Ks. *Korkea-aho, Emilia*: Watering Down the Court of Justice? The Dynamics between Network Implementation and Article 258 TFEU litigation. Ilmestyy *European Law Journal* 2014.

²⁵ Uusista oikeudenaloista ja niiden ”itsenäistymistäisteluista” ks. *Tuori, Kaarlo*: Oikeuden ratio ja voluntas. *WSOYpro* 2007, s. 104–105, 110. Sääntelyllisestä yksityisoikeudesta ks. *Micklitz, Hans-W.*: The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation. *Yearbook of European Law* 2009, s. 3–59. Ks. myös *Michaels, Ralf*: Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law. Teoksessa Roger Brownsword et al. (eds.): *The Foundations of European Private Law*. Hart Publishing 2011, s. 139–158. Perinteisen ja sääntelyllisen yksityisoikeuden erottelua pitkälti vastaavasti Michaels kirjoittaa juridisesta ja instrumentalistisesta yksityisoikeudesta. Juridisen yksityisoikeuden päähuomio on yksilöiden välisissä suhteissa, instrumentalistisen puolestaan markkinoiden ja yhteiskunnan sääntelyssä. Tyypillisimmillään juridista yksityisoikeutta edustavat yksityisoikeuden klassiset ydinalat kuten velvoite- ja esineoikeus, kun taas instrumentalistinen yksityisoikeus koskee ennen muuta reuna-aloja ja jäsenyyttä sektoreittain: kilpailu, elintarviketurvallisuus, työ, kulutus jne. Juridisessa ja instrumentalistisessa yksityisoikeudessa on kyse erilaisista oikeuden rationaali-teeteista. Kummallakin on omat tyypilliset säädösmuotonsa, oikeudenmukaisuusideaalinsa, argumenttirakenteensa ja tulkintaoppinsa (s. 146).

²⁶ Ks. esim. *Tiilikka, Päivi*: Sananvapaus ja yksilön suoja. Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. *WSOYpro* 2007, s. 22, 86–89. Vrt. *Neuvonen, Riku*: Sananvapauden sääntely Suomessa. *CC Lakimiesliiton Kustannus* 2012, s. 27–28. Neuvosen mukaan viestintäoikeudessa ei ole juurikaan keskusteltu alan omista yleisistä opeista. Lisäksi hän kirjoittaa: ”Nykyaikana tarvitaan poikkioikeustieteellisiä, jopa poikkitieteellisiä,

Sääntelyllisen yksityisoikeuden osalta taas voidaan viitata televiestinnän sääntelyyn, jonka hahmottamista omaksi alakseen ja tutkimuskohteekseen puoltaa muun muassa sääntelykohteen monimutkainen tekninen luonne.²⁷ Osittain yhteisen normiaineksen lisäksi viestintäoikeutta ja televiestinnän sääntelyä yhdistää se, että alojen keskusteluun on hyväksyttävä laajasti myös ei-juristeja, esimerkiksi journalisteja ja insinöörejä. Ei-juridiset professiot voivat vaatia auktoriteettinsa tunnustamista tällaisilla aloilla (myös alojen nimenomaisesti oikeudellisissa käytännöissä) siksi, että ilman niiden osallistumista oikeudenalan systematisointiperuste tai muu alaa yhteen sitova elementti jää vajavaiseksi. Ei-juristeja tarvitaan alan todellisten ongelmien tunnistamiseen, sääntelyvaihtoehtojen kartoittamiseen ja valintaan sekä sisällölliseen ratkaisuharkintaan.

Oikeuden uusia sisältöjä, muotoja ja tuottamistapoja korostavan kehityksen myötä juristien on mietittävä roolinsa uudelleen ja hyväksyttävä, että esimerkiksi oikeuden tulkinnassa ja soveltamisessa ei-oikeudellinen asiantuntemus korostuu. Juristien on kyettävä työskentelemään muiden ammattikuntien kanssa. Toisaalta kehitys luo uudenlaista kysyntää juristien ammattitaidolle. Sääntelyä ei enää anneta yksinomaan parlamenteissa, vaan uutta normistoa syntyy myös lainsäädännön rinnalla. Esimerkiksi vuoden 2006 lopussa hyväksytyyn eurooppalaiseen kemikaalisääntelyyn kohdistuu, sen nuoresta iästä huolimatta, voimakkaita muutospaineita. Kemikaaliteollisuus tarvitsee juristeja valvomaan etujaan erilaisissa verkostoissa, jotka päivittävät ja muokkaavat alan puitelainsäädäntöä, eurooppalaista kemikaaliasetusta. Tämä saattaa olla yksi selitys sille, miksi juristien kysyntä ”regulaatioasiantuntijoina” yksityisellä sektorilla on kasvanut. Voidaan siis todeta, että kuvattu kehitys asettaa juristiprofessiolle uusia vaatimuksia mutta avaa sille samalla uusia mahdollisuuksia. Havainnot vastaavat ennustetta, jonka *Pia Letto-Vanamo* esitti eurooppalaistumisen seurauksista Suomen EU-jäsenyyden alkamisen aikaan:

oikeudenaloja luomaan koherenssia ilman, että oikeudenalalle tarvitsee luoda kattavat omat tutkimustapansa, periaatteensa ja käsitteensä tai institutionalisoida oikeudenala opetuksen tai virkanimikkeiden avulla.” Tämä herättää kuitenkin kysymyksen, voiko oikeudenala luoda koherenssia kehittelemättä omia yleisiä oppejaan. Käsitteistä ja periaatteista koherenssin tuottamisen välineinä ks. *Tuori* 2007, s. 125–126. Oikeudenalakohtaiset yleiset opit ovat Tuorin mukaan ”välttämätön väline muodollisen oikeudenmukaisuuden edellyttämän lokaalisen koherenssin varmistamisessa”. Vrt. *Wilhelmsson, Thomas*: Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. *Lakimies* 2004, s. 199–227, s. 203–207.

²⁷ Ks. *Micklitz* 2009, s. 38.

Tarvitaan myös ongelmakeskeisyyttä ja tieteidenvälisyyttä, joiden eräänä arvokkaana seurauksena voisi olla lakimiesten parempi ammatillinen ”sosialisaatio” ja tieto omista vaikutusmahdollisuuksistaan – niin kansallisesti kuin kansainvälisestikin.²⁸

Toinen havaittu kehityskulku on sikäli päinvastainen, että siinä juristien rooli ja itsenäinen erityisasema korostuvat. Tämä liittyy amerikkalaisen politologin *R. Daniel Kelemenin* esittämään teesiin sääntelyn kovenemisesta.²⁹ Taustaksi on todettava, että EU:n piirissä on keskusteltu vuosia siitä, amerikkalaistuuko Eurooppa. Kariikoiden voidaan kysyä, ryhtyvätkö eurooppalaiset juristit amerikkalaisten kollegoidensa tapaan seuraamaan ambulansseja. Pitkään on arvailtu, että tällaista ei ole odotettavissa, sillä eurooppalainen oikeuskulttuuri on erilainen: jähmeä ja byrokraattinen.³⁰

Nyt myös Kelemen väittää, että Eurooppa ei amerikkalaistu. Sen ei nimitäin tarvitse, koska EU on luonut oman varianttinsa siitä, mitä Euroopassa on pidetty amerikkalaistumisena. Kelemen puhuu tästä kehityksestä ”eurolegalismina”. Yksinkertaistaen kyse on siitä, että eurooppalainen sääntely on ehdotonta ja täsmällistä, jättää vain vähän kansallisten lainsoveltajien harkintaan ja luo yksityishenkilöille tuomioistuimissa täytäntöönpanokelpoisia oikeuksia. Esimerkkejä saataisiin usealta alalta. Viime vuosina EU on muun muassa vahvistanut tuomioistuiensa kautta lento- ja raideliikenteen matkustajien oikeuksia.³¹ Mitä pitemmälle yksityishenkilön asema jurioidaan ja mitä legalistisemmaksi sääntely yleisemminkin muuttuu, sitä enemmän juristeja tarvitaan. Kelemenin eurooppalainen juristi on lopulta varsin perinteinen lakimies mutta tekee työtään uudessa ylikansallisessa normiympäristössä.

²⁸ *Letto-Vanamo, Pia*: Oikeuden Eurooppa. Luentoja oikeushistoriasta. 3. painos. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos 1998, s. 150. Teoksen ensimmäinen painos julkaistiin vuonna 1995.

²⁹ *Kelemen* 2011.

³⁰ Ks. esimerkiksi *Kagan, Robert A.*: Should Europe Worry about Adversarial Legalism? *Oxford Journal of Legal Studies* 1997, s. 165–183. Lisäksi puuttuu taloudellisia kannustimia, kuten oikeusjutun lopputulokseen sidotut palkkiomaksut. Eurooppalaiset tutkijat ovat kiinnittäneet huomiota myös oikeusturvavakuutusten harvinaisuuteen ja ryhmäkanteen käyttöalaa koskeviin rajoituksiin.

³¹ Lentoliikenteen matkustajia koskevat esimerkiksi yhdistetyt asiat C-581/10 ja C-629/10 *Nelson ym.*, ratkaisu annettu 23. lokakuuta 2012; yhdistetyt asiat C-402/07 ja C-432/07 *Sturgeon ym.*, Kok. 2009 s. I-10923 ja asia C-11/11 *Air France v Folkerts*, ratkaisu annettu 26. helmikuuta 2013. Unionin tuomioistuin antoi myös raideliikenteen matkustajien oikeuksia koskevan ratkaisun syksyllä 2013. Ks. ratkaisu asiassa C-509/11 *ÖBB-Personenverkehr AG*, ratkaisu annettu 26. syyskuuta 2013.

Kummallakin kehityskululla on esimerkkinsä ja kannattajansa, ja todennäköisesti kumpikin niistä tavoittaa jotain olennaista eurooppalaisen oikeuden muuttumisesta. Kehityskulkuja yhdistää se, että niissä kummassakin juristin rooli muuttuu rinta rinnan oikeuden kanssa. Sääntelyn pehmenemiseen tai avoimuuteen uskoville tutkijoille juristin tulevaisuuden virka on tyypillisesti verkostoissa.³² Juristin tulee osata tehdä yhteistyötä yli ammattikuntarajojen sekä ymmärtää, miten sääntely syntyy, kuka siitä vastaa ja miten sitä muutetaan. Juristi on vaikuttaja-verkostoituja. Sen sijaan Kelemenille ja muille, jotka uskovat sääntelyn kovenemiseen, juristi on ennen kaikkea asianajaja. Lakiin jäävät aukkokohtat korostavat tuomarin roolia, koska tuomari viime kädessä päättää, kuinka lakia tulkitaan. Juristi on palkkasoturi tai oraakkeli.

5 EVVK?

Lopuksi on syytä kysyä, miksi meidän pitää olla kiinnostuneita tai edes välittää siitä, mitä juristeille tapahtuu. Pyrkimättä tyhjentävään vastaukseen nostamme esiin kaksi tekijää, jotka ovat perustelleet ja käsittääksemme perustelevat jatkossakin juristien tarpeellisuutta. Tietoisuus niistä voi auttaa juristiprofessiota puolustamaan asemiaan niin kansallisella kuin eurooppalaisellakin tasolla. Kummallakin tekijällä on yhteys oikeuden legitimitettiin eli hyväksyttävyyden tuottamiseen. Niinpä ne myös konkretisoivat havaintoa, että eurooppalaisen oikeuden hyväksyttävyys on pitkälti sidoksissa niihin rooleihin ja funktioihin, joita juristeilla on jo vanhastaan ollut.³³

Viittasimme jo edellä siihen, että juristien pitää ikään kuin löytää paikkansa uudelleen. Tarve johtuu pitkälti siitä, että juridiikka esiintyy yhä harvemmin puhtaaksi viljeltynä. EU:n sääntelyllisen yksityisoikeuden lisääntyminen ja painoarvon kasvu on tästä hyvä esimerkki, mutta ilmiö tunnetaan myös kansallisessa kontekstissa. Perinteisten oikeudenalojen sisältö ei ole sinänsä menettänyt merkitystään mutta esiintyy entistä vähemmän irrallaan oikeudenalaa ympäröivistä ei-juridisista elämänalueista ja niitä koskevista

³² Ks. esimerkiksi *Granger, Marie-Pierre*: From the Margins on the European Legal Field: The Governments' Agents and their Influence on the Development of European Union Law. Teoksessa *Vaucher – de Witte* (eds.) 2013, s. 55–72, s. 71.

³³ Ks. *Cohen, Antonin*: 'Ten Majestic Figures in Long Amaranth Robes': The Formation of the Court of Justice of the European Communities. Teoksessa *Vaucher – de Witte* (eds.) 2013, s. 21–42, s. 27.

erityistieteistä. Esimerkiksi esineoikeus sekoittuu liiketaloustieteen kanssa rahoitusoikeudeksi.³⁴ Eikö näiden elämänalueiden ja erityistieteiden asiantuntemus sitten yksinään riittäisi? Eikö rahoitusoikeus voitaisi jättää kauppateijelijöiden, ympäristöoikeus ympäristötieteilijöiden ja viestintäoikeus vaikkapa journalistien hoidettavaksi? EU-kontekstiin palaten voidaan vastaavasti kysyä, eikö toimielimissä tapahtunut juristien määrän lasku ole yksinomaan toivottavaa kehitystä, jossa geneerinen asiantuntemus korvautuu spesifisemmällä.

Vastausten on käsittääksemme oltava kieltäviä. Ensimmäinen juristien tarpeellisuutta perusteleva tekijä on oikeuden systemaattisuus eli järjestelmäluonne. Minkään muun alan koulutukseen ei liity, ainakaan lähellekään yhtä perusteellista, oikeuden normatiivisen kokonaisuuden ja sitä koossapitävien sidosten oppimista. Juristiopiskelija saa tämän opin yhtäältä eksplisiittisenä tietona, toisaalta hiljaisen tiedon kehittymisen kautta.³⁵ Systemaattisen kontekstin hallinnan merkitystä voidaan tarkastella erikseen erilaisten juristiroolien kautta.

Esimerkiksi oikeudenkäynnissä tai lobbarina asiakkaansa tai taustayhteisönsä asiaa ajavan juristin rooli havainnollistaa, että juridinen argumentti saa suuren osan voimastaan systemaattisen kontekstin kautta. Argumenttia voidaan vahvistaa muun muassa osoittamalla sen olevan yhdenmukainen oikeusjärjestelmässä vallitsevan periaatteen kanssa tai saavan analogiatukea joltain toiselta oikeusjärjestelmän alalta. Systemaattisten yhteyksien hahmottaminen on edellytys myös oikeusvertailevalle argumentaatiolle. Asiakkaalle tai taustayhteisölle systemaattisten yhteyksien hyödyntäminen merkitsee parempaa palvelua, ja on oletettavaa, että sen tekee parhaiten juristi. Tätä systemaattisuuden seurausta tuskin voidaan vielä kutsua legitimitetiksi, jolla tavallisesti viitataan tarkasteltavan kohteen, tässä oikeuden, yleiseen hyväksyttävyyteen. Systemaattiseen kontekstiin tukeutuva argumentti herättää kuitenkin usein hyväksyttävyyttä vastaanottajassaan eli on vakuuttava.

Tuomari, lainvalmistelija tai muussa ”regulaattorin” roolissa oikeusnormien tuottamiseen osallistuva juristi puolestaan pääsee osallistumaan

³⁴ Ks. *Tepora, Jarno*: Rahoitusmuodot ja vakuudet. Lakimiesliiton Kustannus 2013. Ks. myös *Shiller, Robert J.*: Finance and the Good Society. Princeton University Press 2012, s. 82–86. Shiller toteaa, että on vaikea vetää rajaa puhtaasti rahoitukseen liittyvien ja muiden oikeudellisten kysymysten välille.

³⁵ Hiljaisen tiedon kehittymistä voi olla muun muassa se, että opiskelija ehkä tiedostamattaan täydentää käsitystään oikeusjärjestelmän rakenteesta, erityisesti oikeudenalojen rajoista, kun hän opiskelee jonkin yksittäisen oikeudenalan sisältöä ja suhteuttaa sitä samalla mielessään muiden tuntemiensa oikeudenalojen sisältöihin.

legitimiteetin tuottamiseen oikeuden systemaattisuuden kautta. Sama pätee oikeustieteilijään. Oikeuden systemaattisuuden linkki legitimiteetin tuottamiseen on siinä, että oikeusjärjestelmän systematiikkaa tarvitaan kehikoksi muodollisen oikeudenmukaisuuden eli muodollisen yhdenvertaisuuden tuottamiselle. Lainkäytössä muodollisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksella tarkoitetaan, että samanlaiset tapaukset on ratkaistava samalla tavalla ja erilaiset tapaukset eri tavalla. Muodollisesta oikeudenmukaisuudesta riippuvat myös oikeusvarmuus ja lainkäytön ennakoitavuus.³⁶

Kaarlo Tuorin esittämä kuvaus periaatepohjaisen koherenssin merkityksestä muodolliselle oikeudenmukaisuudelle havainnollistaa edellä sanottua erityisesti kotimaisen oikeuden lähtökohdista. Oikeuden systemaattisuuden kannalta on olennaista, että Tuorin tarkoittama koherenssi on lokaalista eli oikeudenalakohtaista. Hänen mukaansa muodollinen oikeudenmukaisuus edellyttää, että yksittäisissä oikeusjutuissa sovellettavat ratkaisunormit voidaan palauttaa laajempiin periaatteisiin ja että nämä periaatteet muodostavat koherentin normatiivisen kokonaisuuden. Hän määrittelee oikeusnormien koherenssin periaatteiden välittämäksi yhteensopivuudeksi ja sisäiseksi johdonmukaisuudeksi: oikeusnormit ovat keskenään koherentteja silloin, kun ne ilmentävät samaa yleistä periaatetta tai periaatteita, jotka sopivat keskenään yhteen.³⁷

Thomas Wilhelmsson on epäillyt oikeustieteen mahdollisuuksia tuottaa ”sisäistä oikeudenalakoherenssia”, jolla hän tarkoittaa yleisten oppien avulla saavutettavaa vaikutelmaa oikeudenalan perustumisesta johdonmukaiseen arvojärjestelmään. Perusteluina hän on viitannut muun muassa konkreettisen oikeudellisen aineksen eri suuntiin vetäviin arvoperusteisiin ja yleisemminkin yhteiskunnan arvopohjan pirstaleisuuteen. Lisäksi hän on peräänkuuluttanut vaihtoehtoisten, myös oikeudenaloja partikulaarisempien ja niiden rajoja rikkovien yleisten oppien rakentamista (”pienet kertomukset” fragmentaation avaamina mahdollisuuksina). Yhdenvertaisuuteen liittyvän samuusharkinnan tulisi hänen mukaansa ehkä perustua pikemminkin käytännön tilanteista nouseviin ja ongelmakeskeisiin käsityksiin kuin oikeusjärjestelmän systematiikkaan tai oikeudenalan yleisiin oppeihin.³⁸

³⁶ Tuori 2007, s. 124. Tässä on kiinnostavaa panna merkkeille, että edellä jaksossa 2 mainittua komission teknis-taloudellista lähestymistapaa, joka on johtanut kilpailujuristien korvautumiseen kilpailutaloustieteilijöillä, on arvosteltu nimenomaan oikeusvarmuuden heikentämisestä. Ks. *Geradin – Layne-Farrar – Petit* 2012, s. 19.

³⁷ *Ibid.* s. 123–125, 216–218. Tuorin mukaan Suomen oikeustiede elää jälkianalyyttistä vaihetta, jolle on tyypillistä juuri periaatteita soveltava argumentaatio.

³⁸ *Wilhelmsson* 2004, s. 205–225.

Tuorin käsitys periaatepohjaisesta koherenssista näyttää kuitenkin eroavan Wilhelmssonin tarkoittamasta sisäisestä oikeudenalakohereenssista ja ainakin joiltain osin lähestyvän Wilhelmssonin edellä selostettuja kantoja. Tuorin mukaanhan kysymys on periaatteiden kokoamisesta ainoastaan *prima facie* -luonteiseen etusijajärjestykseen. Kussakin kiperässä tapauksessa periaatteiden keskinäinen painoarvo ratkaistaan erikseen painottaen tapauksen erityispiirteitä, mikä jättää tilaa aineelliselle oikeudenmukaisuudelle. Tuori korostaa jatkuvan yleisistä opeista käytävän keskustelun tärkeyttä, jotta ne eivät jäisi jälkeen yhteiskunnallisesta ja teknologisesta kehityksestä. Tähän liittyen hän toteaa, että normiaineistoa voidaan jäsentää oikeudenaloiksi eri perusteilla. Oikeudenalat saattavat olla lomittaisia ja päällekkäisiä, koska sama normisto voidaan liittää useaan eri oikeudenalaan.³⁹

Tuori esittää koherenssin rakentuvan paljolti vuorovaikutuksessa yleisiä oppeja kehittävän oikeustieteen ja lainkäytön välillä.⁴⁰ On kuitenkin syytä panna merkille myös muiden oikeudellisten käytäntöjen osuus. Esimerkiksi uuden lainsäädännön koherenssivaikutukset riippuvat siitä, missä määrin lainvalmistelun tietopohjaksi kerätään tietoa lähtötilanteessa voimassa olevan oikeuden systematiikasta ja miten onnistuneesti lainsäädäntöhankkeen vaikutukset siihen arvioidaan.⁴¹ Tämä voidaan yleistää koskemaan kaikkia oikeudellisia käytäntöjä, joissa on kysymys oikeusnormien tuottamisesta. Juristien osallistuminen näihin oikeudellisiin käytäntöihin on omiaan lisäämään koherenssiperaistä legitimitettä, koska juristit ymmärtävät oikeuden systemaattisuutta muita professionia paremmin.⁴² Oikeuden eurooppalaistuminen tunnetusti pakottaa kansallisia systematiikkoja mukautumaan, minkä voidaan odottaa lisäävän juristien ammattitaidon kysyntää entisestään.

Toinen juristien tarpeellisuutta perusteleva tekijä liittyy oikeuden kielen käyttötarkoituksiin. Yhtäältä oikeuden kielellä on neutraalia uskottavuutta, joka on muun muassa siivittänyt EU:n kehitystä. Toisaalta tätä neutraaliutta voidaan käyttää naamioimaan hyvinkin erisuuntaisten intressien ajamista. Oikeuden kielellä ilmaistu argumentti tukeutuu aina joihinkin normatiivisiin lähteisiin, mutta tukeutumisen motiivit vaihtelevat, ja argumentin

³⁹ Tuori 2007, s. 124–126.

⁴⁰ Ibid. s. 124.

⁴¹ Ks. yleisesti lainvalmistelun tietopohjasta Niemivuo, Matti: Kansallinen lainvalmistelu. Kauppakaari 2002, s. 85–88.

⁴² Tarkoituksena ei ole tietenkään esittää, että oikeusnormien tuotannon muiden tavoitteiden tulisi olla alisteisia koherenssipyrkimyksille ja systemaattisille näkökohdille.

sisältö voi tosiasiallisesti vastata voimassa olevaa oikeutta enemmän tai vähemmän.

Voidaan jälleen väittää, että juristeilla on koulutuksensa ansiosta parhaat edellytykset purkaa oikeuden kielellä ilmaistuja argumentteja osiin, paljastaa niillä ajettuja intressejä ja arvioida niiden oikeellisuutta voimassa olevan oikeuden kannalta. Näille kyvyille on erityisesti tarvetta rakenteissa ja toimielimissä, joita sekä kansallisella että EU:n tasolla on perustettu erilaisia integriteettiuhkia vastaan.⁴³ Väite pätee tosin laajemminkin yhteyksissä, sillä integriteettiuhkien torjumisen tulisi olla kaikkien oikeudellisten käytäntöjen arkipäivää. Lisäksi perustelu voidaan ”globalisoida” seuraten *Caroline Devaux*’n esittämää ajatusta siitä, että EU on otollinen taso legitimitietin valvontaan suhteessa monikansallisiin yhtiöihin ja muihin ylikansallisessa normituotannossa vaikuttaviin niin sanotun eksperttitiedon tarjoajiin.⁴⁴

Edellä esitetyt havainnot tukevat käsitystä, että eurooppalaisella juristilla on edelleen virkaa. Ei-juridisen asiantuntemuksen kasvattaessa näkyvyyttään ja painoarvoaan myös juristiprofession olisi syytä kiinnittää enemmän huomiota julkikuvaansa. Olisi syytä osoittaa näköharhaksi se, että ei-juridinen asiantuntemus on spesifistä ja juridinen geneeristä. Juridiikalla on omat yhteiskunnalliset funktionsa, ja niiden spesialisti on juristi.

⁴³ Esimerkkeinä voidaan mainita eduskunnan oikeusasiamies sekä Euroopan oikeusasiamies ja Euroopan petostentorjuntavirasto OLAF.

⁴⁴ Ks. *Devaux, Caroline*: The Role of Experts in the Elaboration of the Cape Town Convention: Between Authority and Legitimacy. *European Law Journal* 2013, s. 843–863, s. 861–863.

Oikeushistoria huipulta huipulle

Oikeushistorian oppiaine on 1970-luvun lopulta lähtien valloittanut merkittävän aseman Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan lakimieskoulutuksessa. Tässä yhteydessä ei ole liioiteltua puhua menestystarinasta tai oppiaineen jatkuvasta kukoistuksesta.¹ Faktat puhuvat puolestaan.

Vaikka lakimieskoulutuksen perustana on vahva pragmaattinen painotus ammattikäytännön suuntaan, on oikeushistorian kaltainen pieni oppiaine saanut voimakasta nostetta siitä, että nopea ja syvälekkävyä yhteiskunnallinen muutos alleviivannut tutkimuksellisten valmiuksien kehittämisen merkitystä. Erityisen suuren painoarvon tämä seikka on saanut Helsingin yliopiston kaltaisissa tutkimusyliopistoissa. Tämän lisäksi perinteiset sivistykseen ja historian tuntemukseen liittyvät argumentit ovat edelleen ajankohtaisia tai jopa erityisen ajankohtaisia kansainvälistyvässä toimintaympäristössä.² Näihin seikkoihin palaan tässä kirjoituksessa myöhemmin. Aloitan kuitenkin lupaamillani faktoilla oppiaineen saavutuksista.

Oikeushistorian oppiaineen luento- ja muu opetus on ollut määrältään runsasta ja laadultaan erittäin korkeatasoista 1970-luvun lopulta lähtien. Opiskelijapalaute on ollut jatkuvasti erittäin kiittävää ja aineen opettajat ovat olleet korkealla epävirallisissa rankingeissa sekä saaneet myös opiskelijajärjestöltä erilaisia tunnustuksia erinomaisesta opetuksesta. 1980-luvun alusta lähtien oikeushistorian syventävien opintojen graduryhmissä on ollut vuosittain 5–18 opiskelijaa. Opiskelijat ovat olleet 1980-luvun alusta lähtien myös mukana suunnittelemassa projektien teemoja.

Oppiaine on tuottanut viimeisten vuosikymmenten aikana lähes kaksikymmentä tohtoria, joka on pohjoismaisessa ja laajemmassakin kan-

¹ Kukoistus-termiä on käyttänyt filosofi Pekka Himanen (Kukoistuksen käsikirja, WSOY 2010 ja Sininen kirja: Suomen kestävän kehityksen malli. Valtioneuvoston sivusto, 2012).

² Ks. *Kekkonen, Jukka*: Mitä on kontekstuaalinen oikeushistoria. *Forum Iuris* 2003, s. 21–28. Alleviivaan myös oikeushistoriallisen tutkimuksen potentiaalista relevanssia yhteiskuntapoliittisen päätöksenteon näkökulmasta.

sainvälisessä vertailussa häkellyttävän suuri määrä.³ Tohtorikoulutus oppiaineessa on edelleen erittäin elinvoimaista. Oikeushistorian opettajien rooli ja merkitys suomalaisten juristitutkijoiden koulutuksessa on kuvattuakin laajempi. Kaksi oppiaineen professoria sijoittui Oikeus-lehden julkaiseman ”Oikeudellisten ilmiöiden nykytutkijoiden ajatteluun ja työhön eniten vaikuttaneet henkilöt vuonna 2010” -selvityksen kärkikymmenikköön.⁴

Oppiaineen professorit ovat myös olleet näkyvässä roolissa yhteiskunnallisen vuorovaikutuksen alueella. He ovat jatkuvasti osallistuneet aktiivisesti niin tutkimukselliseen kuin yhteiskunnalliseen keskusteluun päivälehdissä, televisiossa ja radiossa.⁵ Lisäksi oppiaineen professorit ovat johtaneet hallituksen käynnistämiä tutkimushankkeita ja tehneet selvityksiä eri ministeriöille. Merkittävin yksittäinen hanke oli epäilemättä valtioneuvoston vuonna 1998 käynnistämä Suomen sotaturmat 1914–1922 -projekti, jonka puheenjohtajaksi valtioneuvosto nimesi professori Heikki Ylikankaan.⁶ Tästäkin näkökulmasta katsoen oikeushistoria oppiaineen yhteiskuntapoliittinen painoarvo on ollut poikkeuksellisen vahva.

Tässä kirjoituksessa esitän oikeushistorian metodologian mukaisen ”klassisen” kysymyksen: miksi näin on tapahtunut, mitkä tekijät selittävät oikeushistoria oppiaineen menestystä? Vastaus ei ole yksinkertainen eikä itsestään selvä. Se edellyttää taustakseen vähintäänkin analyysiä suomalaisen oikeustieteen ja lakimieskoulutuksen murroksesta 1960- ja 1970-luvuilla sekä oikeushistorian opetuksen ja tutkimuksen metodeista ja painopisteistä, jotka on koetettava sijoittaa oman aikansa kontekstiin. Kun kyse on lakimiestutkinnoissa pienestä, yhden professorin johtamasta

³ Tohtorikoulutuksen volyymin kasvusta ks. Kangas, *Urpo* (toim.): Oikeustiede Suomessa 1900–2000. WSOY 1998, s. 124–170, 411–503. Ks. myös Halila, Heikki – Timonen, Pekka (toim.): Miten meistä tuli oikeustieteen tohtoreita? Suomalainen Lakimiesyhdistys 2002.

⁴ Ks. Alvesalo, Anne – Honkatukia, Päivi – Kivivuori, Janne – Melander, Sakari: Oikeuden nykytutkijoihin eniten vaikuttaneet henkilöt 2010. Oikeus 2010, s. 269–277. Heikki Ylikankaan sijoitus oli 6:s ja Jukka Kekkonen 7:s.

⁵ Ks. Kekkonen, Jukka – Ylikangas, Heikki: Rangaistuskäytäntömme ankaruus on historiallista perua. Helsingin Sanomat 24.2.1982, joka oli kirjoittajien ensimmäinen yhteinen artikkeli päivälehdissä. Ks. myös Kekkonen, Jukka, <http://www.helsinki.fi/oik.tdk/henkilökunta/kekkonen.htm>; Ylikangas, Heikki, <http://blogs.helsinki.fi/hylikang>.

⁶ Sotaturmat projektista ks. Westerlund, Lars (toim.): Suomen sotaturmat 1914–1922 -tietokanta, <http://vesta.narc.fi/cgi-bin/db2www/sotaturmaetusivu/main?lang=fi>. Valtioneuvoston kanslia 2004. Jukka Kekkonen ja Turun yliopiston oikeushistorian ja roomalaisen oikeuden professori Lars Björne olivat johtoryhmän jäseniä. Uusin yhteiskuntapoliittisesti merkittävä selvitys on Kekkonen, Jukka: Raportti Jehovan todistajien vapauttamisesta asevelvollisuudesta koskevasta lainsäädännöstä. Julkaistu 7.5.2013, Puolustusministeriö.

oppiaineesta, ei voi täysin sivuuttaa myöskään mukana olleiden henkilöiden roolia muutoksessa.⁷

2 OIKEUSTIETEEN JA LAKIMIESKOULUTUKSEN MURROS

Kuten muuallakin läntisessä maailmassa, 1960- ja 1970-luvut olivat myös Suomessa suurten muutosten aikaa. Teollistuminen, elinkeinorakenteen muutos, yhteiskunnallinen ja kulttuurinen modernisaatio sekä koulutuksen ja tiedonvälityksen räjähdysmäinen laajeneminen johtivat 1960-luvulla yhteiskunnallisen radikalismien nousuun. Yhä laajemmin korkeasti koulutettu nuoriso, joka ei enää edellisen vuosikymmenen tapaan kokenut sosiaalista nousua laajalla rintamalla, näki maailman ja oman yhteiskunnan epäkohdat ja myös tunnisti niihin sylliset. Tästä asetelmasta kumpusi radikaalia muutosvoimaa yhteiskunnalliseen toimintaan niin meillä kuin muuallakin.

Suomessa muutokset olivat kansainvälisessä vertailussa myöhäisiä ja osin siksi poikkeuksellisen nopeita ja rajuja. Vasemmiston historiallinen vaalivoitto 1966 oli eräs kulminaatiopiste, joka siirsi koko poliittisen kentän ajattelua radikaalimpaan suuntaan. Vasemmiston ja keskustan yhteistyö johti hyvinvointivaltion rakenteiden vahvistamiseen. Laaja yhteiskunnallisten ja oikeudellisten uudistusten aalto pyyhki oikeuspolitiikkaa, mutta muutokset ulottuivat myös oikeudelliseen ajatteluun, oikeustieteeseen ja oikeustieteelliseen koulutukseen ja jopa oikeuskäytäntöön.⁸

Koulutuksen saralla voidaan vuoden 1977 syksyllä voimaan tullutta tutkinnonuudistusta pitää vuosisadan merkittävimpanä tutkinnon sisältöön ja ideologiaan liittyneenä uudistuksena. Sen taustalla oli tehty valmistelutyötä sekä valtakunnallisella tasolla (KM 1973/30) että tiedekuntien sisällä. Olenainen tavoite oli uudistaa tutkinto siten, että se antaisi juristeille valmiudet nopeasti muuttuvan yhteiskunnan ongelmien hallintaan. Tämän tavoitteen

⁷ Virkaesursisien (nytemmin vuoden 2010 yliopistouudistuksen jälkeen tehtäväesursisien) vähäisyys ei kuitenkaan estä oikeushistorian aseman ja saavutusten vertaamista muihin pienein oppiaineisiin, erityisesti oikeuden yleistieteisiin.

⁸ Ks. *Kekkonen, Jukka*: Suomen oikeuskulttuurin suuri linja. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998, s. 100–126; *Korpiola, Mia*: Ystäviä, politiikkaa ja oikeustieteen opintoja. Pykälä ry. 1935–2010. Edita Publishing 2010, s. 218–223; *Salojärvi, Juhana*: A Menace to Society. Radical Jurisprudence in the USA, Scandinavia and Finland. Unigrafia 2013.

saavuttaminen edellytti uudistajien mielestä myös teoreettisten ja yhteiskuntatieteellisten elementtien vahvistamista tutkinnossa.⁹

Toisin kuin monilla muilla tieteenaloilla, oikeustieteessä otettiin tutkinnonuudistuksen ja sen seurausvaikutusten myötä suuri harppaus kohti tieteellisempää (tutkimukseen nojautuvaa) tutkintoa. Tärkeimpiä toteutettuja muutoksia olivat – tiivistäen sanottuna – oikeuden yleistieteiden vahvistunut asema, ja tutkintorakenne, johon sisältyivät noin vuoden opintoja vastaavat syventävät opinnot, jotka korostivat sekä erikoistumista että tutkintoon sisältyvän kirjallisen lopputyön tieteellistä tasoa.¹⁰ Varsinkin ideologian tasolla tutkinnon lainopillinen painotus sai väistyä ongelmakeskeisemmän ja tieteidenvälisemmän ajattelun tieltä. Käytännön tasolla muutokset eivät kuitenkaan olleet yhtä suuria, mutta merkittäviä joka tapauksessa.¹¹

Suuren tutkinnonuudistuksen myötä alettiin puhua tutkinnon ”jatkuvan” uudistamisen merkityksestä. Suuria uudistuksia tutkintoon ei kuitenkaan ole 1970-luvun jälkeen tehty. Tosin kansainvälistyminen ja Euroopan integraatio ovat aiheuttaneet paineita tutkinnon kansainvälistämiseen. Opiskelijavaihdon nopea kasvu 1990-luvun puolivälin jälkeen on ollut näkyvin merkki tästä.¹² Vuoden 1998 uudistuksella luotiin aloitusopinnot ja lisättiin jossain määrin valinnanvapautta opintopolkuihin. Bolognan prosessi taas johti 2003 tutkinnon rakenteen muuttamiseen kaksivaiheiseksi. Tutkintojen sisällöllisiin painotuksiin näillä uudistuksilla ei kuitenkaan ollut suurta merkitystä.

⁹ Ks. *Kangas* 1998, s. 112–114. Opintojen uudistusta piti tärkeänä jopa tasavallan presidentti Urho Kaleva Kekkonen, joka oli arvostellut ankarasti oikeustieteellisen koulutuksen tilaa kuuluisassa syntypäivähaastattelussaan vuonna 1970 (LM 1970).

¹⁰ Ks. *Kangas* 1998, s. 116–118.

¹¹ Tutkinnon käsitteistössä siirryttiin ”ilmiökeskeiseen” lähtökohtaan eli rikosoikeudesta tuli rikollisuus- ja hallinto-oikeudesta hallinto-niminen opintokokonaisuus. Tutkinnonuudistuksen vaikutuksista kootusti ks. *Halila, Heikki*: Eräitä oikeustieteellisistä tutkinnosta annetusta asetuksesta aiheutuvia ongelmia. Lakimies 1980, s. 417 ss.

¹² Esimerkiksi Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan opiskelijoista 2000-luvulla yli puolet sisällyttää tutkintoonsa vähintään lukukauden mittaisen opintokauden vaihto-opiskelijana. Alkuvaiheuksien jälkeen vaihdossa suoritettavat opinnot on saatu suhteellisen joustavasti hyväksiluettaa täysimääräisesti mukaan tutkintoon.

3 OIKEUSHISTORIAN ASEMA UUDESSA TUTKINTORAKENTEES SA

1970-luvun uudistuksen myötä kaikkien oikeuden yleistieteiden rooli vahvistui uudessa tutkinnossa, vaikka näiden aineiden virkaesursseja välittömästi ei kovin paljoa vahvistettu. Helsingin tiedekunnassa uusien kurssien, kuten ”Johdatus yhteiskunnan rakenteisiin ja yhteiskuntatieteisiin” (sosiologian, oikeussosiologian ja politologian perusteet) samoin kuin yhteiskuntafilosofian opetus hoidettiin aluksi tuntiopetuksena.¹³ Oikeushistorian oppiaineessa pakollisten aineopintojen (3 opintoviikkoa) ohessa – 1980-luvun puolivälistä lähtien – suoritettiin runsaasti myös täydentäviä opintoja (laajat kurssit: 6 opintoviikkoa). 1980-luvun lopulla valikoimaan tulivat myös proseminaarit (myöhemmin harjoitusseminaarit), joita oikeushistoriassa on perinteisesti järjestetty runsaasti.

Uuden tärkeän elementin tutkintoon toivat vuoden mittaiset syventävien opintojen projektit, joiden kautta tutkintoon kuuluville kirjallisille töille asetettiin entistä suuremmat vaatimukset sekä määrän että erityisesti laadun suhteen. Myös tutkintovaatimukseen tehtiin muutoksia, mutta niiden merkitys on oppiaineen kannalta vähäisempi, koska oppiaineen tutkimuksen uusin sisällöllinen ja metodologinen tieto on perinteisesti tuotu opiskelijoille runsaan uusimpaan tutkimukseen pohjautuvan opetustarjonnan kautta.¹⁴

Oikeushistoriassa syventävien opintojen projektit lähtivät yhden laihan vuoden (3 osanottajaa) jälkeen vauhdilla käyntiin. Vuosina 1983–1990 oikeushistorian projekteissa oli vuosittain 10–18 osallistujaa. Kiinnostavaa kyllä suurimmat projektit osuivat 1980-luvun jälkimmäisen puoliskon niin sanotun hallitun rakennemuutoksen vuosiin, jolloin maa vaurastui (ja sittemmin ylivelkaantui) ennätysellistä vauhtia. Projektien teemat liikkuivat yleensä lähellä niiden vetäjien tutkimuksellisia intressejä, mutta myös ajankohtaisia yhteiskunnallisia teemoja. Aiheista mainittakoon rikollisuuden historia, protestiliikkeet ja oikeus, poliittiset oikeudenkäynnit sekä rakennemuutokset ja oikeus.¹⁵

¹³ Oikeussosiologian apulaisprofessorin virka perustettiin oikeustieteelliseen tiedekuntaan vuonna 1977 ja lakkautettiin vuonna 1981, kun Paavo Uusitalo (s. 1939) nimitettiin oikeussosiologian henkilökohtaiseksi ylimääräiseksi professoriksi. Oikeussosiologian professorin viran perustamista oli aktiivisesti ajanut erityisesti vuonna 1971 perustettu Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen yhdistys ry.

¹⁴ Tutkintovaatimusten muutoksista ks. *Korpiola, Mia*: Mitä oikeushistoriaa? Oikeushistorian pakolliset tenttivaatimukset Helsingin yliopistossa vuoden 1921 tutkinnonuudistuksesta 2000-luvulle. *Oikeus* 2011, s. 436–456.

¹⁵ Ks. Oikeustieteellisen tiedekunnan opinto-oppaat 1982–1989.

Tämän jälkeen osallistujamäärältään pieniä projekteja on osunut 1990-luvun lamavuosiin samoin kuin uusimman maailmanlaajuisen talouskriisin aikaan. Eräänlaisena hypoteesina, joka näyttäisi ainakin oikeushistorian oppiaineessa pitävän sisällään totuuden siemenen, voi esittää seuraavan. Työmarkkinoiden tilanne sekä yleinen taloudellinen tilanne saattavat vaikuttaa opiskelijoiden valintoihin sen suuntaisesti, että epävarmuus voimistaa tarvetta tehdä työllistymisen kannalta turvallisimmiksi arvioituja valintoja. Tällöin syventävät opinnot valitaan niiltä lainopin alueilta, joiden kulloisessakin yhteiskunnallisessa tilanteessa katsotaan parhaiten edistävän työllistymistä.¹⁶ Toiseksi oikeushistoriassa kautta vuosikymmenten eniten opiskelijoita ovat vetäneet rikos- ja prosessioikeuden historiaan liittyvät teemat, mikä viittaa siihen, oppiaine kilpailee opiskelijoista juuri näiden oikeudenalojen kanssa, eikä esimerkiksi yksityisoikeuden tai vero-oikeuden kanssa. Kolmanneksi oppiaineiden projekteissa on ollut keskimääräistä enemmän opiskelijoita, joilla on ollut aikaisempia opintoja muilta tieteenaloilta. Tämä viittaa siihen, että tieteidenvälisyyden ja tutkimuksellisen otteen esille nostamat kysymykset ovat kiinnostaneet osallistujia keskimääräistä enemmän.

3 TUTKIJANKOULUTUKSEN NOUSU

Tutkijankoulutuksen kehittäminen on ollut toistuvasti esillä tiedepolitiikassa 1960-luvulta lähtien. Oikeushistoriassa Ylikangas aloitti oppiaineen jatkokoulutusseminaarin, josta muodostui tärkeä foorumi oikeushistoriasta kiinnostuneille juristeille – myös muille kuin oikeushistorian tutkijoille.¹⁷ Seminaarissa esiintyi 1970- ja 1980-luvuilla useita positiivisoikeudellisissa

¹⁶ Aikakausien vaihtelut näkyvät kiinnostavalla tavalla monien muidenkin oikeudenalojen suosiossa. Esimerkiksi 1970-luvulla suosittu työoikeuden oppiaine menetti gradujen määrällä mitattuna suosiotaan seuraavina vuosikymmeninä. Viimeistään kuluvan vuosituhanen alusta tilanne on muuttunut radikaalisti, ja työoikeudesta on tullut erittäin houkutteleva ja suosittu oppiaine. Taustalta löytyy yhteiskunnallisia muutoksia, jotka ovat korostaneet oikeudenalan relevanssia. Näistä kysymyksistä olisi kiinnostavaa hankkia systemaattista tutkimustietoa.

¹⁷ Oikeushistorian seminaarit vertautuvat muutamiin muihin valovoimaisen tutkijan perustamiin, tieteenalojen rajat ylittäneisiin aikakauden yhteenliittymiin. Merkittävin näistä on epäilemättä professori Aulis Aarnion (s. 1937) vuonna 1968 perustama oikeusteorian suuntaan painottunut tutkijapiiri. Sen toiminta jatkui 1980-luvulle asti, ja piirin jäsenistä huomattava osa on menestynyt erinomaisesta akateemisella uralla. Ks. *Kangas, Urpo*: Oikeusteoriapiiri hengen akatemiana. Oikeustiede–Jurisprudentia 1997, s. 125–151. Myös professori Thomas Wilhelmssonin siviilioikeuden piiri keräsi 1980-luvun puolivälissä runsaasti osanottajia eri oikeudenaloilta.

aineissa väitelleitä tutkijoita. Seminaarin perinteisiin on myös kuulunut nimekkäiden historia- ja yhteiskuntatieteilijöiden kutsuminen puhujiksi. Sittemmin 1990-luvun loppupuolelta lähtien ”toimeksiantona” kutsutuille on ollut kertoa heidän oma tiensä tutkijaksi painottaen keskeisiä metodologisia valintoja, teoreettisia kiinnekohtia ja innoituksen lähteitä. Tämä konsepti on edelleen erittäin elinvoimainen siksin, että se valaisee erinomaisesti tutkimuksellisten ongelmanasettelujen luonteen paralleelisuutta eri tieteenaloilla.¹⁸

Ensimmäinen Ylikankaan oppilaan väitös nähtiin jo vuonna 1980, kun Sami Mahkonen väitteli perheoikeuden historiaan liittyvällä tutkimuksellaan.¹⁹ Häntä seurasivat Markku Tyynilä (1984), Jukka Kekkonen (1987), Pia Letto-Vanamo (1989) ja Kaisa Korpijaakko (1990).²⁰ Huomattavaa on, että tuolloin – käytäntö jatkui 1990-luvulle saakka – työnohjaaja toimi yleensä sekä työn esitarkastajana että vastaväittäjänä.²¹

Nykyisen ajattelun mukaan liian kiinteä yhteys vastaväittäjään on selkeä epäkohta. Se, että osapuolet tunsivat toisensa ja edustivat ainakin osapuolleen samaa koulukuntaa kuitenkin sekä saattoi parantaa väitöksiin liittyvän keskustelun laatua että ennaltaehkäistä koulukuntaisista syistä aiheutuvaa, potentiaalisesti epäoikeudenmukaista kritiikkiä.

¹⁸ Seminaarin esiintyjistä mainittakoon Aulis Aarnio, Antero Jyränki, Martti Koskenniemi, Kaarlo Tuori ja ei-juristeista Erik Allardt, Risto Eräsaari, Hannu Juusola, Matti Klinge, Markku Kuisma, Simo Knuutila, Laura Kolbe, Martti Nissinen, Heikki Patomäki, Juha Sihvola, Juha Siltala ja Teivo Teivainen.

¹⁹ Ks. *Mahkonen, Sami*: Avioero. Tutkimus vuoden 1930 avioliittolain taustasta ja tarkoituksesta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1979. 1980-luvulla Ylikankaan oppilaista väittelivät Markku Tyynilä (Lainvalmistelukunnan historia 1884–1984. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1984), Jukka Kekkonen (Merkantilismista liberalismiin. Oikeushistoriallinen tutkimus elinkeinovapauden syntytaustasta Suomessa 1855–1879. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987) ja Pia Letto-Vanamo (Suomalaisen asianajalaitoksen synty ja varhaiskehitys. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1989) ja seuraavalla vuosikymmenellä Lapin yliopistossa Kaisa Korpijaakko-Labba (Saamelaisten oikeusasemasta Ruotsi-Suomessa. Oikeushistoriallinen tutkimus Länsi-Pohjan Lapin maankäyttöoloista ja oikeuksista ennen 1700-luvun puoliväliä. Lakimiesliiton Kustannus Oy, Lapin yliopisto 1990). Anu Pylkkänen väitteli vuonna 1991 (Puoli vuodetta, lukot ja avaimet. Nainen ja maalaistalous oikeuskäytännön valossa. Lakimiesliiton Kustannus Oy). Hänen vastaväittäjänään toimivat dosentti Sami Mahkonen sekä professori Marja Taussi-Sjöberg (Uumajan yliopisto).

²⁰ Kaikki mainitut saivat oikeushistorian dosentuurin. Kansainvälisen talousoikeuden instituutin johtajaksi nimitetty Letto-Vanamo sai vuonna 2009 professorin arvonimen. Vuonna 2014 hänet nimitettiin Helsingin yliopiston keskustakampuksen tutkijakoulun johtajaksi.

²¹ Mainituista tutkijoista Letto-Vanamolla oli kaksi vastaväittäjää: Ylikangas sekä Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden professori Per-Ole Träskman. Muiden oppilaiden vastaväittäjänä toimi Ylikangas yksin.

Tutkijankoulutukseen liittyi sekin, että Ylikangas pyrki julkaisemaan pidempiäkin tekstejä (tutkimuksia) yhdessä oppilaittensa kanssa. Tällaista yhteistyötä hän piti käsitykseni mukaan luontevana ja elimellisenä osana tutkijankoulutusta.²²

5 TUTKIMUKSELLISEN PARADIGMAN VAHVISTUMINEN: KOULUKUNTA SYNTYY

Edellä kuvattujen käytäntöjen vakiinnuttamisen kautta Ylikankaan oppilaista syntyi eräänlainen, joskin väljä ja erilaisista aihealueista kiinnostunut koulukunta. Koulukuntaa sitoivat yhteen ainakin seuraavat piirteet: empiirisen aineiston (perinteisen lähde-työn) arvostus, pyrkimys oikeudellisen muutoksen selittämiseen ja rohkea pureutuminen suuren mittaluokan aiheisiin historia- ja yhteiskuntatieteille ominaisia *miksi*-kysymyksiä asettaen.

Tällaisen paradigman kautta myös oman ajan oikeudelliset kysymykset nousivat usein tutkimuksen fokukseen. Tämä seikka lisäsi aineen kiinnostavuutta myös perustutkinto-opiskelijoidenkin näkökulmasta. Oikeushistoria tarjosi metodologisen vaihtoehdon tai ainakin mahdollisuuden uudenlaisten kysymysten esittämiseen myös uusimman oikeuden tutkimuksessa.²³

Vertaileva tutkimusote, tai sen mahdollisuudet, oli jatkuvasti esillä oppiaineen seminaareissa ja tutkijoiden keskusteluissa. Vertailun ohella pyrkimys muutosten selittämiseen ja yleistyksiin tekivät eräistä tämän tutkimusotteen tuotoksista suorastaan globaalista oikeushistoriaa. Voidaankin sanoa, että oikeushistoria on tarkasteltavana ajanjaksona ollut huomattavan valpasta sekä metodologian että yhteiskuntateoreettisesti kiinnostavien kysymysten suuntaan.²⁴

Oikeushistorian oppiaine oli jo 1980-luvulla oikeustieteen alalla poikkeuksellisen kansainvälinen orientaatioltaan. Ylikankaan oppilaista eri-

²² Ks. *Kekkonen, Jukka – Ylikangas, Heikki*: Vapausrangaistuksen valtakausi: Nykyisen seuraamusjärjestelmän historiallinen tausta. Oikeuden yleistieteiden laitoksen julkaisu 1982:1; *Ylikangas, Heikki – Letto-Vanamo, Pia*: Hajapiirteitä laillisen vapaudenriiston ja sen toimeenpano kehityksestä esiteollisena aikana. Vankeinhoidon historia I, Helsinki 1981 ja *Ylikangas, Heikki – Pajuoja, Jussi*: Lauri Kivekäs – aikansa ajaton radikaali. Otava 1989.

²³ Ks. *Ylikangas, Heikki*: Oikeushistoriasta ja sen tutkimisesta. Oikeuden yleistieteiden laitoksen julkaisu no 2, 1981; *Kekkonen, Jukka*: Oikeudellisen muutoksen selittämisestä – minun metodini. Teoksessa Häyhä, Juha (toim): Minun metodini. WSOY 1997, s. 131–150.

²⁴ Näistä yhteyksistä, ks. *Burke, Peter*: History and Social Theory. Second Edition. Polity Press, 2007.

tyisesti Pia Letto-Vanamon ansiot oppiainetta palvelevien ja tutkimusta rikastuttavien kansainvälisten verkostojen rakentajana olivat mittavat. Letto-Vanamo on toiminut aktiivisesti ja menestyksellisesti pohjoismaisessa oikeushistorian tutkijoiden yhteisössä. Samoin hänellä on pitkään ollut tiiviit suhteet erityisesti saksalaisiin oikeushistorian tutkijoihin. Myöhemmin monet oppiaineesta väitelleet ovat hyötäneet näistä suhteista.

Koulukunnan ajatusten eteenpäin vieminen johti myös useisiin oikeushistorian metodia, erityisesti selittämisen kysymyksiä koskeviin keskusteluihin eri foorumeilla sekä oikeustieteen että historiatieteen alan julkaisuissa. Keskusteluja käytiin laajasti yhteiskunta- ja historiatieteiden piirissä oppiainneiden rajat ylittäen.²⁵ Voidaan sanoa, että oikeushistorian tutkijoiden osuus näissä keskusteluissa – jotka näyttävät selvästi hiipuneen 2000-luvulla – oli hätkähdyttävän suuri.

Tällainen sijoittuminen tutkimuksellisen keskustelun innovatiiviseen eturintamaan ei ole ollut yleensä oikeushistorian oppiaineelle tyypillistä. Kansainvälisen keskustelun seuraaminen viittaa pikemminkin siihen, että oikeushistorioitsijat ovat vaalineet oman alansa erityisluonnetta ja identiteettiä eivätkä niinkään ole olleet hakemassa uusia avauksia yhteistyön kautta muiden ihmistieteiden suunnasta.

Eräänä osasyynä tähän voivat olla institutionaaliset kysymykset: oppiainneen sijainti oikeustieteellisissä yksiköissä on luonut, ymmärrettävää kyllä, paineita emoyksikön tarpeiden palvelemiseen. Tämä tosin voidaan toteuttaa monin tavoin. Oikeushistoria voi olla lainopin aputiede tai oikeustutkimusta palveleva, vahvakin materiaali, jolloin sen rooli voi olla huomattavasti aputieteen asemaa korostuneempi.²⁶

Itse kuitenkin näen oppiainneen (potentiaalisen) voiman rakentuvan oman ja itsenäisen tutkimuksellisen perustan kautta. Mitä laadukkaampaa tutkimusta tehdään oppiainneen piirissä, sitä paremmin voidaan myös palvella oikeustieteen ja muutakin tutkimusyhteisöä sekä koko lakimieskuntaa ja oikeuskulttuuria.²⁷

²⁵ Ks. muun muassa *Kekkonen, Jukka – Ylikangas, Heikki*: Sekoilevaa selittämistä. Osa 1. Oikeus 1986, s. 41–45 ja Osa 2. Oikeus 1986, s. 266–269; *Kekkonen, Jukka*: Tutkija, tuomari, poliitikko: vastaus Hannu T. Klamille. Lakimies 1994, s. 67–68; *Kekkonen, Jukka*: Hannu T. Klami ja Suomen sisällissodan jälkiselvittelyt. Historiallinen aikakauskirja 1994, s. 259–262; *Kekkonen, Jukka*: Fragment ur den rätthistoriska metoddiskussionen. Norden, rätten, historia. Festschrift till Lars Björne. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 51–64.

²⁶ Ks. *Kekkonen, Jukka*: Tutkimmonuudistus ja oikeushistoria. Lakimies 1996, s. 1073–1077.

²⁷ Ks. *Kekkonen, Jukka*: Oikeustieteen ajallisuus: kommentti Päivi Paastolle. Lakimies 1997, s. 393–398.

6 OIKEUSHISTORIAALLISEN TUTKIMUKSEN TULEVAISUUS

Oikeushistorian tutkimuksen tulevaisuus näyttää turvatulta, koska oppiaine on tuottanut erittäin vahvan professoritasoisen tutkijoiden joukon, jonka vaikutus kestää vielä pitkään. Pia Letto-Vanamo sai professorin arvonimen vuonna 2009, Heikki Pihlajamäki (väitös 1997) on nimitetty vertailevan oikeushistorian professoriksi viisivuotiskaudelle 2011–2016 ja dosentit Kaisa Korpijaakko, Anu Pylkkänen, Toomas Kotkas (2003), Mia Korpiola (2005) ja Kaius Tuori (2006) ovat saavuttaneet professorin pätevyyden.²⁸

Lisäksi merkittävä määrä oikeushistorian oppiaineesta väitelleistä on luonut akateemista uraa yliopistollista reittiä eli yliopistolla päätoimisesti työskennellen myös ”naapuriaineissa”.²⁹ Muutamassa tapauksessa oikeushistorian tutkijankoulutuksen läpikäyneet ovat – eri syistä – väitelleet muissa oikeuden yleistieteiden oppiaineissa.³⁰

Eräät oikeushistorian alalta väitelleet ovat puolestaan tehneet pääasiallisen uransa yliopistomaailman ulkopuolella.³¹ Jatkossa sijoittuminen

²⁸ Heikki Pihlajamäki (Evidence, Crime and the Legal Profession. Rätthistoriskt Bibliotek, Nerenius & Santérus Förlag Ab 1997), Kaius Tuori (Ancient Roman Lawyers and Modern Legal Ideals, University of Helsinki Printing House 2006) ja Mia Korpiola (Between Betrothal and Bedding. The Making of Marriage in Sweden ca 1200–1600. Helsinki 2005). Tuori sai vuonna 2013 ensimmäisenä Helsingin yliopiston keskustakampuksen tutkijana nuorille tutkijoille tarkoitetun mittavan ERC (European Research Council) -rahoituksen.

²⁹ Näin Anu Pylkkänen (1959–2013), naisoikeus, ja Toomas Kotkas, joka on väitöksensä (”Suosiosta ja armosta” Tutkimus armahdusoikeuden historiasta autonomian ajan Suomessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003) jälkeen laajentanut profiliaan oikeusteorian ja sittemmin myös sosiaaloikeuden tutkimuksen suuntaan. Hän on tällä hetkellä (2014) Itä-Suomen yliopiston yleisen oikeustieteen ja sosiaaloikeuden professori (3-vuotinen kausi).

³⁰ Näin Kevät Nousiainen (Prosessin herruus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1992), Jussi Pajujoja (Vähentynyt syyntakeisuus, Suomalainen Lakimiesyhdistys 1997) ja Kaijus Ervasti (Käräjäoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2004), jotka väittelivät oikeussosiologian alalta. Nousiainen on sittemmin urallaan toiminut naisoikeuden professorina (Helsinki), Suomen Akatemian Minna Canth -tutkijaprofessorina sekä oikeusteorian ja oikeusvertailun professorina (Turun yliopisto). Pajujoja on tällä hetkellä (2014) eduskunnan apulaisoikeusasiamies ja Ervasti oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen hallintopäällikkö. Lisäksi uransa kihlakunnantuomarina tehnyt Pentti Ahmas (1920–2011) väitteli eläkepäivinään tutkimuksellaan Oikeudenkäynnin yhdenmukaistaminen. Oikeushistoriallinen tutkimus kämnerin-, laamanin- ja ritarisyynioikeuksien lakkauttamisesta (Helsingin yliopisto 2005).

³¹ Jyri Inha (Valtioneuvoston oikeuskanslerin virka-aseman muotoutuminen 1917–1919, Suomalainen Lakimiesyhdistys 1997) työskenteli väittelyn jälkeen muutamia vuosia yliopistolla hoitaen yliopistonlehtorin virkaa, mutta on pääosin tehnyt uransa valtionhallinnon eri ministeriöissä. Martti Lehti (Rikollisuuden hyökyaalto. Henkikirikollisuus Suomessa ja

akateemiseen maailmaan saattaa tulla entistäkin vaikeammaksi, koska ei näytä todennäköiseltä, että tiedekuntien (yliopistojen) taloudellinen tilanne helpottaisi. Pieni oppiaine ei voi myöskään kasvaa rajattomasti, vaikka lahjakkaita väittelijöitä riittää.³²

Akuutti huolenaihe on toisaalla: oikeushistorian ja yleensäkin oikeuden yleistieteiden aseman heikentäminen Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan vuonna 2010 käynnistämässä tutkinnon ”rakenneuudistuksessa”. Suurta huolta aiheuttavat opetuksen määrää, sijoittelua sekä valinnanvapauden kaventumista (putki)tutkinnon kokonaisuudessa koskevat kysymykset.³³

Uusinta tutkinnonuudistusta leimaa – kun fraseologia ”linjakkuudesta”, ”oppiaineiden tiiviimmästä yhteistyöstä” jne. sivuutetaan – mielestäni dogmaattinen ja yksiulotteinen lähestymistapa.³⁴ Käytännössä tämä tarkoittaa entistä koulumaisempaa otetta tarkkoine lukujärjestyksineen, suoritusjärjestyksineen ja pitkälle yhdenmukaistettuine opetusmuotoineen. Vaikka opetuksen monimuotoisuuden lisäämisestä puhutaan, tavoite johon pyritään, näyttää pikemminkin päinvastaiselta.

Nyt näyttää käytännössä siltä, että opetuksen muotojen uudistaminen ajaa sisältöjen ohi. Kaikkien opiskelijoiden pitäisi suorittaa tutkinto samalla tavalla ja samassa järjestyksessä. Lisäksi pienryhmäopetuksen osuutta on

Luoteis-Virossa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisu 1999) työskenteli jo ennen väittelyään oikeuspoliittisessa tutkimuslaitoksessa ja jatkaa siellä edelleen ennen kaikkea kriminologian piiriin kuuluvien kysymysten tutkijana. Myös Jukka Lindstedt (Kuolemaan tuomitut. Kuolemanrangaistukset toisessa maailmansodassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999) ja Ilari Hannula (Rikosoikeudellinen järjestelmä kriisissä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004) kirjoittivat oikeushistorian alalle sijoittuneet väitöskirjat. Molemmissa tapauksissa Jukka Kekkonen toimi vastaväittäjänä. Ks. Lakimies 2000, s. 134–143 sekä 2005, s. 306–313, jossa vastaväittäjän lausunnot on julkaistu.

³² Viimeisimmät oikeushistorian alalta väitelleet ovat Iisa Vepsä (Oikeuden hakijat. Tutkimus Vaasan hovioikeuden perustamisesta ja varhaisesta toiminnasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2011), Jukka Siro (Tuomiovalta kansalle. Vallankumousoikeudet sisällissodassa vuonna 1918. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009) ja Juhana Salojärvi (2013). Väitöksiä on seuraavina vuosina tulossa runsaasti. Laskelmieni mukaan jopa kymmenen väitöskirjaa on valmistumassa vuosina 2014–2017!

³³ Laatuongelmalla viittaan professorien antaman opetuksen vähenemiseen. Oikeuden yleistieteissä on jäljellä enää kolme professuuria: oikeusteorian, oikeushistorian ja roomalaisen oikeuden sekä vertailevan oikeushistorian 5-vuotinen professuuri. Näiden lisäksi on oikeussosiologiassa vuodesta 2012 lähtien ollut tenure track -apulaisprofessuuri. Viime vuosien leikkaukset ovat vieneet oikeuden yleistieteiltä oikeustaloustieteen ja naisoikeuden professuurit.

³⁴ Lähestymistapaa voisi myös kutsua – vain hiukan kärjistäen – totalitaariseksi. Siinä noudatetaan ylhäältä asetettua ”kaikenkattavaa” suunnitelmaa. Totalitarismin käsite on osoittautunut hyödylliseksi myös demokraattisia valtioita – sekä erilaisia yhteisöjä ja niiden kulttuurisia käytäntöjä – analysoitaessa. Ks. *Talmon, Jacob*: Totalitaarin demokratia. Alkuperä ja synty. Otava 1973.

yritytty lisätä perinteisten massaluentojen sijasta. Tilanne on siinä mielessä paradoksaalinen, että samaan aikaan tiedekunnan taloustilanne on johtanut professuurien määrän karsimiseen. Tällä hetkellä pitäisi siis entistä vähäisemmällä professorimäärällä saada aikaan yhä enemmän pienryhmäopetusta siitä puhumattakaan, että opiskelijamäärien kasvu jatkuu vähenevien resurssien oloissa. Yhtälön ratkaiseminen on vaikeaa.³⁵

Menemättä kritiikissä tämän pidemmälle tässä yhteydessä, esitän vaihtoehdoisen vision tiedekunnan opetuksen lähtökohdaksi. Tässä visiossa oikeushistorian ja oikeuden yleistieteiden rooli korostuisi niin tutkinnon ensimmäisenä vuonna kuin myös läpi tutkinnon. Opetuksen perustana olisivat kunkin oppiaineen kokeneimpien ja meritoituneiden professorien massaluennot. Erityisesti ensimmäisenä syksynä korostuisi oikeushistorian ja oikeusteorian perusteiden opetus. Pienryhmäopetukseen panostettaisiin erityisesti harjoitusseminaareissa ja syventävien opintojen projektiryhmissä. Erityisen tärkeää olisi, että opetus olisi riittävän monimuotoista, jotta erilaiset opiskelijat voisivat löytää itselleen parhaat tavat oppia.

Tarjoamani vaihtoehto lähtee tutkimus- ja sivistysyliopiston lähtökohdistä, joissa korostuvat tutkimukselliseen ongelmanratkaisun valmentaminen ja siihen liittyvän älyllisen uteliaisuuden virittäminen. Opiskelijoille tulisi tarjota lisää valinnanvapautta: laajalla rintamalla mahdollisuuksia kombinoida tutkintoonsa laadukkaita kurseja – myös yhteiskuntatieteellisistä ja humanistisista oppiaineista. Tällöin voisi syntyä opetustarjontaan liittyvää kilpailua laadulla myös yli yksikköjen rajojen.

Erityisen tärkeää olisi, että oikeuden yleistieteitä – erityisesti oikeushistoriaa ja oikeusteoriaa – opetettaisiin riittävästi tutkinnon kaikissa vaiheissa. Ensimmäisen vuoden opiskelijoiden tulisi saada vahva näkemys oikeudellisen muutoksen päälinjoista ja niiden syistä. Oikeusvaltion historia ja roomalaisen oikeuden perinnön esittely taustoittavat nykyisen oikeusjärjestelmän ymmärtämistä ja palvelevat samalla yksityis- ja julkisoikeuden positiivisoikeudellisia aineita.³⁶

Tällainen kontekstualisointi, varsinkin kun se tehdään metodologisesti kunnianhimoisesti, mahdollisesti virittäisi kiinnostuksen oikeuden tut-

³⁵ Trendi näkyy erityisesti silloin, kun otetaan huomioon se, että suureneva määrä (tällä hetkellä puolisen tusinaa) tiedekunnan professoreista hoitaa tehtävästä vain tietyn prosenttiosuuden. Professorien opetuksen vähenemistä on yritetty paikata uraportaikon alemmilla tasoilla olevien tutkijoiden voimin.

³⁶ Kohtuullisen hyvin toimineen selkeän Oikeuden ulottuvuus -kurssin muuttaminen pirstaleiseksi Oikeudellisen ajattelun perusteet -opintojaksoksi 2010 oli mielestäni suuri virhe, joka pitäisi tulevaisuudessa korjata.

kimuksen erilaisiin lähestymistapoihin. Esittämieni näkökohtien vuoksi oikeushistorian perusopetuksen ainoa oikea paikka on ensimmäisen opiskeluvuoden syksy.³⁷ Tätä näkemystä syvennettäisiin eri tavoin opintojen myöhemmissä vaiheissa – kuten perinteisesti on tehty erinomaisella menestyksellä.

Kokonaisuutenakin tiedekunnan opetus tulisi rakentaa oppiaineiden perusteiden, ydinsubstanssin, opettamisen varaan. Perusteiden opettamisesta – massaluennoilla suurelta osin – vastaisivat aineiden kokeneimmat ja tieteellisesti meritoituneimmat opettajat. Näin opiskelijat otettaisiin parhaalla mahdollisella tavalla vastaan tiedeyhteisössä.

7 YHTEENVETO

On aika punoa lankoja yhteen: mitkä tekijät ovat olleet luomassa ja sen jälkeen ylläpitäneet oikeushistorian elinvoimaa ja kukoistusta. On epäilemättä selvää, että oikeushistorian ja oikeuden yleistieteiden aseman vahvistuminen liittyi 1970-luvun yhteiskunnalliseen murros- ja reformivaiheeseen, joka ravisteli myös tiede- ja korkeakoulupolitiikkaa. Oikeustieteen alueella se johti muutoksiin, jotka olivat osin toisen suuntaisia kuin muissa yhteiskunta- ja humanistisissa tieteissä. Oikeustieteessä tutkinnonuudistus teki tutkinnosta entistä tieteellisemmän ja tutkimuslähtöisemmän. Tässä muutoksessa korostui oikeuden yleistieteiden painoarvo tutkinnon tieteellistäjänä ja ajanmukaistajana. Vaikka tutkinnonuudistuksen ideologia oli huomattavasti kunnianhimoisempi kuin se mihin käytännössä voitiin ylittää, oli kuvatusuuntainen muutos merkittävä.

Myös henkilöillä oli suurten muutosten pyörteissä oma merkittävä roolinsa. Oikeustieteelliseen tiedekuntaan rekrytoitui Heikki Ylikangas, joka oli jo tuolloin historiantutkijana valovoimainen. Hän otti pestinsä oikeustieteellisessä tiedekunnassa (1976–1992) todella vakavasti. Hänen ajatteluunsa sisältyi selvästi visio siitä, miten hän voisi omalla panoksellaan mahdollisimman hyvin palvella suomalaista juristikoulutusta. Tästä lähtökohdasta käsin selittyi hänen voimakas panostuksensa niin peruskurssitasoisiin luentoihin, oppikirjojen laatimiseen kuin tutkijakoulutukseenkin.

Vaikka jo Ylikankaan edeltäjä Yrjö Blomstedt (1926–1994) vei oikeushistoriaa lakihistoriasta kulttuurihistorian suuntaan laajentaen näin oppiai-

³⁷ Ks. *Kekkonen, Jukka*: Uudistamisen vaikeudesta. *Ylioppilaslehti* 28.3.2013.

neen kohdealuetta³⁸, ei ole liioiteltua sanoa, että Ylikangas oli pelkistäen ilmaistuna oikea mies oikeassa ajassa. Hän sai dynaamisuudellaan oppiaineen nousukiitoon aikana, jolloin tutkintoa kehitettiin tieteellisempään suuntaan, jossa oikeuden kontekstiaineiden rooli korostui. Oikeushistorian kohdealueen laajentaminen talous- ja sosiaalihistorian suuntaan, oikeudellisen muutoksen selittämisen kysymykset, vertaileva tutkimusote ja yhteiskunnallisen relevanssin kysymykset nousivat keskeiselle sijalle opetuksessa ja tutkimuksessa aikana, jolloin oikeustiede avautui yhteiskunnallisten kysymysten suuntaan.

Ylikankaan professorikauden jälkeen hänen työtään jatkaneilla opettajilla on ollut helpompaa. On syytä alleviivata sitä, että tutkijankoulutus ei ole enää pitkään ollut yksin oppituolin haltijan varassa, vaan tohtorikoulutukseen ovat aktiivisesti osallistuneet muutkin oppiaineen tutkijat.³⁹

Kaiken kaikkiaan hyvä kulttuurinen perusta oppiaineen tulevaisuudelle on valettu, resurssit ovat lisääntyneet ja oikeushistorian oppiaineen piiriin oli muodostunut suoranaisten tutkijakeskittymä, joka taas tulee myötävaikuttamaan uuden tutkijasukupolven esiinmarssiin. Eräänlainen positiivinen kierre siis, kun asiaa katsoo taaksepäin. Aikaisemmin yksin ja kollektiivisesti tehty työ kantaa pitkälle tulevaisuuteen, uskallan ennustaa.

³⁸ Ks. *Kekkonen, Jukka*: Oikeushistoria ja tulevaisuus. Teoksessa *Oppituoli*. Yliopistopaino 1966, s. 127–132.

³⁹ Pia-Letto Vanamon oppilaista ovat väitelleet Heikki Pihlajamäki ja Iisa Vepsä. Pihlajamäki taas toimi Juhana Salojärven työnhajajana.

Tiedonsiirrosta aktiiviseen opiskeluun – tähtäimessä laadukas viestintäoikeuden opetus

1 JOHDANTO

Kirjoituksemme lähtökohtana on ajatus, jonka mukaan opettaminen on suunnitelmallista ja tavoitteellista toimintaa, jolla pyritään mahdollistamaan ja edistämään opiskelijoiden oppimista. Opetuksen suunnittelu lähtee opiskelijoiden lähtötason ja oppimistavoitteiden määrittämisestä sekä opetettavan sisällön valitsemisesta. Opetus puolestaan on vuorovaikutustapahtuma, jossa toimijoina ovat sekä opettaja että opiskelijat.¹ Kirjoittajat kannattavat *oppimis*lähtöistä lähestymistapaa, jossa opetuksen suunnittelun kantavana periaatteena on sen pohtiminen, millä tavalla opiskelijat oppisivat parhaiten. Kirjoituksessa tarkastellaan erityisesti viestintäoikeuden opetusta Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa.

Viestintäoikeuden opetus on ennen vuotta 2013 hoidettu yksinomaan tutkijoiden resursseilla. Tästä johtuen oppiaineen opetusta ei ole suunniteltu yhtenäiseksi kokonaisuudeksi, vaan opetettava sisältö on koostunut sellaisista luentosarjoista, kursseista tai seminaareista, joita tutkijat ovat – osa vain pakollisen opetusvelvollisuutensa täyttääkseen – halunneet pitää. Opetettavat sisällöt ovat olleet lähinnä kokoelma siitä, mitä kukin on tutkinut. Viestintäoikeuteen saatiin alan ensimmäinen oppituoli – viestintäoikeuden professuuri – vuoden 2013 alusta. Tämä parantaa merkittävästi mahdollisuuksia viestintäoikeuden opetuksen laadukkaaseen, pitkäjänteiseen ja monipuoliseen suunnitteluun ja toteutukseen. Professori Pia Letto-Vanamolle kuuluu suuri kiitos siitä, että suomalainen viestintäoikeus on saanut vankan jalansijan paitsi oikeudellisessa tutkimuksessa myös Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan opetustarjonnassa. Viestintäoikeuden lahjoitusprofessuuri oli pitkälti jatkumoa sille pitkäjänteiselle työlle, jota Letto-Vanamon vuosina

¹ *Nevgi, Anne – Lindblom-Ylänne, Sari*: Opetuksen linjakkuus – suunnittelusta arviointiin. Teoksessa Lindblom-Ylänne, Sari – Nevgi, Anne (toim.): Yliopisto-opettajan käsikirja. 1–2. p., Helsinki 2011, s. 138–155, s. 139 (*Nevgi – Lindblom-Ylänne 2011a*).

2002–2012 johtamissa viestintäoikeuden tutkimusprojekteissa on tehty.² Varainhankinnan lisäksi projektien tutkijat ovat saaneet Letto-Vanamolta tieteelliseen tutkimustoimintaan ja alan käytäntöihin liittyvää neuvontaa ja ohjausta, mistä haluamme omalta osaltamme kiittää. Letto-Vanamo myös ideoi ja toimitti vuonna 2004 ensi kertaa julkaistun Viestintäoikeuden vuosikirjan ja vastasi sen toimitustyöstä aina vuoteen 2013 saakka. Kirjalla on ollut oma roolinsa viestintäoikeuden vakiinnuttamisessa ja tunnetuksi tekemisessä. Lisäksi kirjan julkistamistilaisuudesta on kehittynyt innostava alan tutkijoita ja käytännön toimijoita yhteiseen ajatustenvaihtoon kokoava tilaisuus.

2 OIKEUSTIETEEN OPETUS HELSINGIN YLIOPISTOSSA JA VIESTINTÄOIKEUDEN OPETUKSEN PUITTEET

Yliopistolain 2 §:n mukaan yliopistojen yhtenä tehtävänä on antaa tutkimukseen perustuvaa ylintä opetusta. Helsingin yliopiston toimintakäsikirjan (2012) mukaan yliopistolla on yhteisesti määritelty toimintafilosofia, jonka mukaan opetus ja opiskelu perustuvat tieteelliseen tutkimukseen ja opettamisessa hyödynnetään yliopistopedagogista tutkimustietoa. Helsingin yliopistossa noudatetun opetusfilosofian tarkoituksena on edesauttaa ymmärrykseen perustuvaa, syvällistä oppimista, laadukasta osaamista sekä soveltamis- ja ongelmanratkaisukykyä.

”Yliopisto kouluttaa opiskelijansa monipuolisiksi ja vastuullisiksi alansa asiantuntijoiksi. Päämääränä on opiskelijalähtöinen, syvälinen oppiminen, joka luo pohjan elinikäiselle uuden oppimiselle.”³

Laadukas yliopisto-opettaminen edellyttää, että opettaja osaa tulkita ja soveltaa yliopisto-opetuksen keskeisiä periaatteita sekä yliopistopedago-

² Tässä tarkoitetut viestintäoikeuden alaan luettavissa olevat tutkimusprojektit on toteutettu Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan yhteydessä toimivassa Kansainvälisen talousoikeuden instituutissa, jonka johtajana Letto-Vanamo on toiminut vuodesta 2001. Tämän kirjoituksen kirjoittajista Tiilikka aloitti viestintäoikeuden tutkijana vuonna 2003 alkaneessa projektissa ja väitteli 2007. Alén-Savikko tuli mukaan *Sananvapauden uudet ulottuvuudet* -hankkeeseen vuonna 2007 ja väitteli 2014. Tässä yhteydessä on syytä mainita myös professori Heikki Halilan merkittävä panos tiedekuntaamme saatujen lahjoitusprofessorien varainhankinnassa.

³ Helsingin yliopiston toimintakäsikirja (Versio 3.4, 12.7.2012), s. 63.

gista tutkimustietoa omaan oppiaineeseensa sekä omien opiskelijoidensa tarpeisiin. Lisäksi ne on sovittava oman oppiaineen toimintatraditioon, kulttuuriin ja käytännöllisiin puitteisiin.⁴ Tutkimukseen pohjaava opetus edellyttää opetettavan alueen, alan tai oppiaineen vahvaa hallintaa, syvällistä näkemystä tiedon tuottamisen tavoista sekä tietoa siitä, miten kysymyksessä olevaa ainetta parhaiten opitaan ja opetetaan.⁵

Tätä taustaa vasten voidaan todeta, että opiskelijat ovat olleet melko tyytymättömiä oikeustieteellisen tiedekunnan tarjoamaan opetukseen.⁶ Oikeustieteen opetuksen yhtenä yleisen tason ongelmana on nähty – arvatenkin massaluennoista ja tenttimiseen perustuvasta opetustavasta johtuen – muun muassa vuorovaikutuksen puute, tiedon ”siirtämiseen” perustuva opetustapa, sisältölähtöisyys⁷ ja opettajakeskeisyys⁸ sekä opetusmenetelmien yksipuolisuus.⁹ Oikeustiedettä onkin opetettu paljolti juuri perinteisenä luento-opetuksena, jossa opettaja luennoi (”siirtää”) tietoa yksisuuntaisesti opiskelijoille,

⁴ Lahtinen, Aino-Maija – Hyytinen, Heidi – Asikainen, Henna – Lindblom-Ylänne, Sari: Johdanto: Miksi yliopisto-opettajat opiskelevat didaktiikkaa? Teoksessa Lahtinen, Aino-Maija – Lindblom-Ylänne, Sari (toim.): Yliopistodidaktiikka – esseitä yliopisto-opetuksesta tieteenaloittain. Helsinki 2013, s. ii–viii, s. iii.

⁵ Ibid., s. iv.

⁶ Ks. Lavikainen, Elina – Nokso-Koivisto, Aleksis: ”Pitää vain koittaa pärjätä”. Selvitys Helsingin yliopiston opiskelijoiden taloudellisesta tilanteesta ja hyvinvoinnista keväällä 2009. Kerava 2009, s. 50–51; *Ervasti, Kaijus*: Oikeustieteen opetuksen laatu opiskelijakyselyn valossa. Defensor Legis 2011, s. 805–812, s. 806–809; *Haarala-Muhonen, Anne*: Oikeustieteen ensimmäisen vuoden opiskelijoiden haasteet opiskelussa. Helsinki 2011, tiivistelmä ja s. 48–49; sekä *Ervasti, Kaijus – Ervasti, Jenni – Manninen, Elina*: Luento-opetuksen vaikutukset opiskelijoiden käsityksiin – esimerkkinä oikeussosiologia. Lakimies 2010, s. 379–409, s. 381.

⁷ Opetuksellinen lähestymistapa voi olla *sisältölähtöinen* tai *oppimislähtöinen*: ensimmäinen viittaa opetuksen sisältöjen ja niiden välittämisen ensisijaisuuteen sekä opettajan asiantuntijarooliin ja auktoriteetin korostamiseen, jälkimmäinen viittaa oppimisen edistämisen, aktiiviseen tiedon rakentamiseen ja vuorovaikutuksellisuuden tärkeyteen opetuksessa. Ks. esim. *Postareff, Liisa – Lindblom-Ylänne, Sari – Nevgi, Anne*: Yliopisto-opettajien opetukselliset lähestymistavat ja yliopistopedagogisen koulutuksen vaikuttavuus. Teoksessa Lindblom-Ylänne – Nevgi 2011, s. 46–67, s. 46–49. Ks. myös *Nevgi, Anne – Lindblom-Ylänne, Sari – Levander, Lena*: Tieteenalakohtaiset erot opetuksellisissa lähestymistavoissa. Pedaforum 2/2009, s. 6–15, s. 7–8, <http://www.peda-forum.fi/file.php?106>.

⁸ *Ervasti – Ervasti – Manninen* 2010, s. 381. Tutkimusten mukaan oppilas- ja oppimiskeskeinen opetus johtavat yleensä parempiin oppimistuloksiin kuin opettaja- ja sisältökeskeinen lähestymistapa. Ks. esim. *Prosser, Michael – Ramsden, Paul – Trigwell, Keith – Martin, Elaine*: Dissonance in Experience of Teaching and its Relation to the Quality of Student Learning. *Studies in Higher Education* 2003, s. 37–48 ja *Postareff – Lindblom-Ylänne – Nevgi* 2011, s. 63.

⁹ *Bärlund, Johan*: Oikeustieteen opettaminen yliopistossa. Teoksessa Lahtinen et al. 2013, s. 66–77, s. 72.

vaikka tutkimusten perusteella tiedetään, että tämä johtaa helposti pinta- eikä syväsuuntautuneeseen oppimiseen.¹⁰ *Opettajan* aktiivisuutta korostava behavioristinen oppimiskäytännön näkemys on perinteisesti ollut korkeakoulu-opetuksessa yleinen pitkälti selkeytensä vuoksi: sekä opettajan että opiskelijan työ muuttuu haastavammaksi, kun opiskelijalle annetaan oppimisprosessissa aktiivisempi rooli ja kun käytetään nk. aktivoivia opetusmenetelmiä.¹¹

Esimerkiksi pienryhmätyöskentelyn ja siihen liittyvän sosiaalisen vuorovaikutuksen etuna voidaan kuitenkin nähdä oppimisen käsitteen kehittyminen ja laajentuminen: oppiminen ei ole vain tiedon vastaanottamista ja säilömistä, vaan tiedon *rakentaminen* korostuu. Erityisesti *ongelmia ratkaisevassa* ryhmässä opiskelijat voivat myös kehittää luottamusta omiin kykyihinsä, ja onnistunut ryhmätyö parantaa opiskelijoiden uskoa itseensä tiedon arvioitsijoina ja tietäjinä.¹² Lisäksi pienryhmätyöskentelyn epämuodollinen ilmapiiri mahdollistaa paremman vuorovaikutuksen opettajan ja opiskelijoiden välillä. Usein tämä johtaa myös innostavaan ilmapiiriin. Välitön palautteenanto on myös mahdollista.¹³

Ryhmätyöskentelyä voidaan tarkastella myös nk. *yhteistoiminnallisen oppimisen* periaatteiden valossa.¹⁴ Yhteistoiminnallinen oppiminen on mielekästä ja antoisaa, jos ryhmässä opiskelu rakennetaan siten, että opiskelijat kokevat pääsevänsä laadukkaampiin oppimistuloksiin *yhdessä tekemällä*. Yliopisto-opettajan tulee luoda sellainen oppimisympäristö, että se tukee yhteistoimintaa (vrt. kilpailutilanne, jossa tietoa ei haluta jakaa muille). Lisäksi ryhmätyöskentely sinänsä opettaa vuorovaikutustaitoja, ja oppiminen syvenee ja rikastuu, kun opiskelija saa vastakaikua ja uusia ajatuksia vertaisiltaan.¹⁵

¹⁰ Oppimisen lähestymistavat jaetaan usein pintasuuntautuneeseen, syväsuuntautuneeseen sekä strategiseen tai systemaattiseen lähestymistapaan, joka voi yhdistyä sekä pinta- että syväsuuntautuneeseen lähestymistapaan. Lähestymistavoista oppimiseen (*approaches to learning*) ja niiden merkityksestä oppimisessa ks. esim. *Lindblom-Ylänne, Sari – Mikkonen, Johanna – Heikkilä, Annamari – Parpala, Anna – Pyhälä, Kirsi*: Oppiminen yliopistossa. Teoksessa *Lindblom-Ylänne – Nevgi 2011*, s. 70–99, s. 90–94. Karkeasti jakaen *pintasuuuntautunut* lähestymistapa tarkoittaa tiedon toistamista ilman selkeitä tavoitteita, kun taas *syväsuuntautunut* lähestymistapa viittaa ymmärtämiseen, aktiiviseen rakentamiseen sekä kriittiseen analyysiin (mts. 90–91). Ks. myös *Lindblom-Ylänne, Sari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Success in the examination of procedural law. *Retfaerd: Nordisk Juridisk Tidsskrift 2/2003*, s. 59–70, s. 59–60.

¹¹ *Nevgi, Anne – Lindblom-Ylänne, Sari*: Oppimisen teoriat. Teoksessa *Lindblom-Ylänne – Nevgi 2011*, s. 194–236, s. 202–203 (*Nevgi – Lindblom-Ylänne 2011b*).

¹² Tästä *Lahtinen, Aino-Maija – Pehkonen, Leila*: 'Seeing things in a new light': conditions for changes in the epistemological beliefs of university students. *Journal of Further and Higher Education 2013*, s. 397–415.

¹³ *Repo-Kaarento, Saara*: Yhteistoiminnallinen oppiminen ja ryhmäopetus. Teoksessa *Lindblom-Ylänne – Nevgi 2011*, s. 280–299, s. 288.

¹⁴ Näistä tarkemmin *Repo-Kaarento 2011*, s. 280.

¹⁵ *Repo-Kaarento 2011*, s. 283–284 ja s. 288. Ryhmätyöskentelyn esteistä *ibid*.

Mielenkiintoista on, että opetuksellisissa lähestymistavoissa on havaittu tieteenalakohtaisia eroja: Nevgin, Lindblom-Ylänteen ja Levanderin tutkimuksen mukaan nk. kovilla tieteenaloilla painottuu tiedon välittäminen ja opettajan toiminta, kun taas nk. pehmeillä tieteenaloilla painopiste on opiskelijan toiminnassa ja käsitteellisessä muutoksessa.¹⁶

Oikeustieteellisessä tiedekunnassa on viime aikoina lisätty syväsuuntautunutta oppimista edesauttavaa pienryhmäopetusta ja tiedon soveltamiseen liittyvää opetusta. Myös aktivoivien opetusmenetelmien, kuten tapaus- ja ongelmalähtöisen opetuksen, käyttäminen on joissakin oppiaineissa yleistynyt.¹⁷

Opetusteknologian käyttö ei toistaiseksi ole ollut kovin yleistä, mutta verkkoalustoja, kuten Moodlea, käytetään jonkin verran.¹⁸ Aktivoivista opetusmenetelmistä esimerkiksi ongelmalähtöinen opetus (ja varsinainen *PBL*-menetelmä¹⁹) sopivat mainiosti oikeustieteen opetukseen. Ongelmalähtöisyydessä on kysymys vaiheittain etenevästä oppimisesta ja opiskelumenetelmästä, jossa ”oppimisprosessi lähtee liikkeelle opiskelijaryhmälle annetusta ongelmasta”.²⁰ Toisaalta tapauksiin perustuva opetusmenetelmä (*case*-menetelmä) on kehitetty alun perin juuri oikeustieteen opetukseen.²¹

¹⁶ *Nevgi – Lindblom-Ylänne – Levander* 2009, s. 6. Tieteenalojen luokittelu pohjaa etenkin Biglanin (1973) ja Becherin (1989, 1994) kehittämään nelijakoon, jossa nk. kovia puhtaita (*hard pure*) tieteitä ovat esim. fysiikka ja matematiikka, kova soveltava (*hard applied*) esim. lääketiede, pehmeitä puhtaita (*soft pure*) esim. historia ja sosiologia sekä pehmeä soveltava (*soft applied*) esim. kasvatustiede (ibid., s. 8–9). Kiinnostava kyllä, oikeustiede ei näyttäisi yksioikoisesti sijoittuvan minkään yksittäisen kentän alaisuuteen. Ks. *Biglan, Anthony*: Relationships between subject matter characteristics and the structure and output of university departments. *Journal of Applied Psychology* 1973, s. 204–213; *Becher, Tony*: Academic tribes and territories: Intellectual inquiry and the culture of disciplines. 2nd edition. Suffolk 1989 ja *Becher, Tony*: The significance of disciplinary differences. *Studies in Higher Education* 1994, s. 151–161.

¹⁷ Myös *Bärlund* (2013, s. 72) katsoo, että tarvitaan monipuolisempia opiskelumuotoja, kuten pienryhmätyöskentelyä. Näin aktivoitaisiin opiskelijoiden yhteistyökykyä, argumenttaatiotaitoa sekä kirjallisia että suullisia esiintymistaitoja, luovaa ongelmanratkaisukykyä ja kriittisyyttä.

¹⁸ Esimerkiksi esineoikeudessa on käytössä ns. *take home exam*, jossa hyödynnetään Moodlea. Laadukkaasta verkko-opetuksesta ks. esim. *Nevgi, Anne – Löfström, Erika – Evälä, Annika* (toim.): Laadukkaasti verkossa. Helsinki 2005, <http://www.helsinki.fi/ktl/julkaisut/lv/laadukkaastiverkossa.pdf>.

¹⁹ Tästä enemmän *Tiilikka, Päivi*: Ongelmalähtöisen oppimisen edut ja haasteet oikeustieteen opetuksessa. Edilex 2012, <http://www.edilex.fi/artikkelit/9172>

²⁰ *Lindblom-Ylänne, Sari – Nieminen, Juha – Iivanainen, Antti – Nevgi, Anne*: Ongelmalähtöinen oppiminen ja *case*-menetelmä. Teoksessa Lindblom-Ylänne – Nevgi 2011, s. 262–279, s. 263.

²¹ Ibid., s. 262.

Kaiken kaikkiaan tavoitteena on monimutkaisten ja monitasoisten kokonaisuuksien hahmottaminen ja ymmärtäminen sekä sen oivaltaminen, ettei yksiselitteisiä ratkaisuja useinkaan ole. Opettaja on tällöin pikemminkin tuutori, oppimisprosessin ohjaaja ja vuorovaikutuksen tukija, motivaattori sekä lähteille opastaja.²² Ns. tutkiva oppiminen ylipäänsä soveltuu hyvin syväsuuntautuneeseen oppimiseen: se edesauttaa teorian ja käytännön yhdistämistä sekä opettaa sietämään moniselitteisyyttä ja epävarmuutta.²³ Lonka, Pyhältö ja Lipponen toteavatkin, että parhaimmillaan yliopisto-opetus muistuttaa tutkimusprosessia.²⁴

Massaluentojen ja laajojen tenttien käyttämiseen pääasiallisina opetusmuotoina vaikuttaa muun muassa se, että tiedekunnassamme on vain vähän opettajia verrattuna opiskelijoiden määrään, joten pienryhmäopetukseen ei riitä opettajia.²⁵ Lisäksi suomalainen oikeustieteen maisterin tutkinto on ns. virkatutkinto ja kelpoisuusvaatimus, mikä asettaa omat vaatimuksensa opetettaville sisällöille. Toisaalta ongelmalähtöinen pienryhmäopiskelu voi ohjata opiskelijaa tehokkaampien oppimismenetelmien käyttämiseen muilla kursseilla ja muualla opinnoissa.²⁶ Myös ryhmässä oppimista ylipäänsä, tai nk. yhteistoiminnallista oppimista, voisi lisätä, vaikka mahdollisuudet laajojen tenttialueiden oppimiseen yksinomaan ryhmätyöskentelyn avulla olisivat rajalliset. Minkään yksittäisen menetelmän ylikorostaminen sinänsä ei ole itseisarvoista, vaan kaiken kaikkiaan kysymys on aina kussakin tilanteessa pedagogisesti perusteltujen ja tarkoituksenmukaisten ratkaisujen kartoittamisesta ja valitsemisesta käytettävissä olevien resurssien ja muiden mahdollisuuksien mukaan.

Opetuksen suunnittelun pohjatessa konstruktiivisen linjakkuuden (*constructive alignment*) periaatteeseen kaikkien opetuksen osatekijöiden (tavoitteet, menetelmät, arviointi) tulee olla linjassa keskenään eli tukea toisiaan ja vaikuttaa samansuuntaisesti.²⁷ Kun kaiken yliopisto-opetuksen

²² Ibid., s. 267.

²³ Lonka, Kirsti – Pyhältö, Kirsi – Lipponen, Lasse: Tutkimalla oppimassa – tutkiva oppiminen yliopistossa. Teoksessa Lindblom-Ylänne – Nevgi 2011, s. 254–261, s. 254 ja 260–261.

²⁴ Ibid., s. 254.

²⁵ Helsingin yliopistoa koskevan arviointiselvityksen mukaan oikeustieteellisen tiedekunnan opiskelija/opettaja -suhdeluku vuonna 2007 oli 27. Ks. Saari, Seppo – Frimodig, Minna (toim.): Leadership and management of Education. Helsinki 2009, s. 229, http://www.helsinki.fi/laatu_ja_arviointi/pdf/evaluation_of_education_2007-2008.pdf. Tuoreempaa tietoa ei ole saatavilla.

²⁶ Tiilikka 2012, s. 13.

²⁷ Tästä Nevgi – Lindblom-Ylänne 2011a, s. 139–152. Linjakkuus viittaa siihen, että kaikki opetukseen liittyvät osatekijät edistävät opiskelijoiden kognitiivisesti korkeatasoiseen ja syvälliseen

keskeisenä tavoitteena voitaneen pitää tieteellisen ajattelutavan kehittymistä²⁸, tämän tulee näkyä myös opetusmenetelmien valitsemisessa. Nähdäksemme panostus tutkivaan oppimiseen perustuvaan ja/tai ongelmalähtöiseen pienryhmäopiskeluun voi edesauttaa oppimista sekä opiskelijoiden tietokäsitysten²⁹ kehittymistä. Yksi tai kaksi ongelmalähtöistä pienryhmäkurssia ei kuitenkaan vielä riitä tietokäsitysten pysyvän muutoksen aikaansaamiseksi: tämä edellyttää tiedollisten käsitysten haastamista useilla kursseilla ja opiskelun eri vaiheissa. Myös opettajan rooli monimuotoisen oppimisympäristön rakentajana, oppimisprosessin tukijana ja emotionaalisen tuen tarjoajana sekä yleinen opetus- ja oppimiskulttuuri ovat tärkeitä oppimiseen ja tiedollisten käsitysten rakentumiseen vaikuttavia tekijöitä.³⁰

Opettajan tehtävänä on oppimisen suunnittelu, ohjaaminen, seuraaminen ja arviointi. Lisäksi aktivoivat menetelmät ja ryhmätyö asettavat omat vaatimuksensa. Esimerkiksi oikeustieteen opiskelijoiden oppimisesta tehdyn tutkimuksen mukaan parhaiten menestyneessä opiskelijapienryhmässä opiskelijat osallistuivat tasapuolisemmin ja aktiivisemmin keskusteluun kuin kahden huonommin menestyneen opiskelijaryhmän jäsenet.³¹ Tämän vuoksi opettajan tulee tukea pienryhmän työmäärän tasaista jakautumista ja jokaisen opiskelijan mahdollisuutta ja toisaalta myös velvollisuutta saada ilmaista käsityksensä opeteltavista asioista. Näihin seikkoihin voi vaikuttaa myös esimerkiksi yksilöllistä vastuuta edellyttävillä työskentelytavoilla³² ja opintosuorituksen arviointitavalla.

Menetelmien ohella yhtenä tärkeänä kokonaisuutena linjakkaassa opetuksessa ja oppimisessa onkin arviointi ja palaute.³³ Tämä on myös vahvasti

ymmärryksen tähtävää osaamista. Opetusmenetelmät, oppimistavoitteet, arviointikäytännöt ja -kriteerit rakennetaan siten, että jokainen niistä tukee merkityksiä etsivää ja syväsuuntautunutta oppimista ja syvällistä ymmärrystä. Ibid., s.138, Biggsin (1996) viitaten. Ks. *Biggs, John*: Enhancing teaching through constructive alignment. *Higher Education* 32, s. 347–504.

²⁸ *Tynjälä, Päivi*: Toimittajalta. *Pedaforum* 2/2009, s. 5, <http://www.peda-forum.fi/file.php?106>.

²⁹ Käsitys tiedon varmuudesta, yksinkertaisuudesta, alkuperäisyydestä ja oikeutuksesta ja toisaalta edistyneimpinä uskomuksina tiedon näkökulmallisuus, suhteellisuus ja arvioitavuus sekä lisääntynyt kyky luottaa omaan ajatteluun; ks. *Lahtinen – Pehkonen* 2012.

³⁰ Ibid., s. 15–16.

³¹ *Lindblom-Ylänne, Sari – Pihlajamäki, Heikki – Kotkas, Toomas*: What makes a student group successful? Student-student and student-teacher interaction in a problem-based learning environment. *Learning environments research* 2003, s. 59–76.

³² *Repo-Kaarento* 2011, s. 281.

³³ Arvioinnista tarkemmin ks. esim. *Lindblom-Ylänne, Sari – Nevgi, Anne – Hailikari, Telle – Wager, Maaret*: Oppimisen arvioinnin teoriaa ja käytäntöä. Teoksessa *Lindblom-Ylänne – Nevgi* 2011, s. 156–191.

emotionaalisesti latautunut osa yliopisto-opintoja: palaute ja arviot osaa-
misesta vaikuttavat opiskelijan motivaatioon sekä käsityksiin itsestään
tulevana asiantuntijana.³⁴ Arvioinnilla ymmärretään tavallisesti opiskelijan
suoritusten (tentit, tehtävät) arvostelua.³⁵ Arviointi voidaan jakaa *sum-*
matiiviseen ja *formatiiviseen menetelmään*, jotka parhaassa tapauksessa
täydentävät toisiaan: edellinen kohdistuu oppimisen lopputulokseen sekä
osaamisen tasoon ja kattavuuteen, jälkimmäisellä on kehityksellinen ja op-
pimista edistävä tavoite ja arviointia tehdään koko opiskeluprosessin ajan
(esimerkiksi oppimispäiväkirjoin).³⁶

Palautteenanto voidaan kuitenkin hahmottaa myös kokonaisvaltaiseksi
viestintäjärjestelmäksi, jossa yksisuuntainen päätöspalaute tai arvosana on
(vain) osa: esimerkiksi Jaakkola toteaa, että palautteenannon tulee olla eri-
tyisen keskeisellä sijalla nk. diskursiivisten tuotosten (esim. tekstit, kuvat,
joiden ei voida sanoa olevan absoluuttisesti oikein tai väärin³⁷) käsittelyssä
ja arvioinnissa. Tällaisten töiden laadukkuus (”hyvyys”) on relatiivista ja
tulokset aina epätäydellisiä. Töiden laatu voi myös olla vahvasti sidoksissa
esimerkiksi asianomaisen alan ammatillisen yhteisön tietyn ajankohdan
arvoihin. Jaakkola puhuukin ”pedagogisesta kritiikistä”, joka edellyttää
referenssikseen aina tietynlaista keskustelukulttuuria ja tulkintayhteisöä.
Pedagoginen kritiikki on ihanteellisimmillaan monisuuntaista ja moniulot-
teista: mahdollisia referenssiyhteisöjä ja palautteen muotoja ovat mm. opet-
tajapalaute, vertaispalaute, itsearviointi ja ammattilaispalaute.³⁸ Tällainen
”pedagogisen kritiikin” käsite sopii nähdäksemme mainiosti yhteen tutkivan
oppimisen mallin ja siihen sisältyvän tietokäsityksen kanssa.

³⁴ *Nevgi – Lindblom-Ylänne* 2011a, s. 149–150. Sattumanvaraisuuden ja mielivallan ko-
kemusten välttämiseksi opetuksen suunnittelussa tulee avata ja selvittää arviointikriteerit.
Ks. *ibid.*, s. 151.

³⁵ *Ibid.*, s. 149.

³⁶ *Lindblom-Ylänne – Nevgi – Hailikari – Wager* 2011, s. 156–157.

³⁷ *Jaakkola* toteaa, kuinka esim. kieliopillinen rakenne tai matemaattinen laskutehtävä voi
olla joko oikein tai väärin. Ks. *Jaakkola, Maarit*: Pedagoginen kritiikki edellyttää harkittuja
opetusviestinnällisiä ratkaisuja. *Pedaforum* 2/2009, s. 18–23, s. 18, <http://www.peda-forum.fi/file.php?106>. Jaakkola tarkastelee journalistisia tekstejä.

³⁸ *Ibid.*, s. 18–19, 21. Ks. erityisesti kuvio 1: *ibid.*, s. 21. Jaakkola myös painottaa, että
tuotosten *oppimis- ja laatutavoitteet* eivät saisi jäädä implisiittiselle oletustasolle: opettajan
tulee olla tietoinen niistä arvoista, joihin hän laatukäsityksensä perustaa, ja nuo arvot tulee
tehdä näkyviksi. Ks. *ibid.*, s. 18, 20.

3 VIESTINTÄOIKEUDEN ASEMA OIKEUSTIETEEN MAISTERIN TUTKINNOSSA

Viestintäoikeus on tiedekunnassamme vapaaehtoinen valinnainen oppiaine. Tämän vuoksi oikeusnotaarin tai oikeustieteen maisterin tutkinnolle asetetut tavoitteet eivät vaikuta viestintäoikeuden opetuksen suunnitteluun tai sisältöön samassa määrin kuin pakollisissa oppiaineissa.³⁹

Viestintäoikeuden näkökulmaa kuvaa hyvin se, että viestintä- ja informaatio-oikeuden opetusta tai sitä sivuavaa opetusta on annettu oppiaineen oman opetuksen lisäksi myös hallinto-oikeuden, kauppaoikeuden ja kansainvälisen oikeuden valinnaisissa opinnoissa.⁴⁰ Viestintäoikeudessa on alkoi tammikuussa 2013 oppiaineen ensimmäinen graduprojekti, mikä mahdollistaa myös lahjakkaiden ja innostuneiden opiskelijoiden ”rekrytoinnin” jatko-opiskelijoiksi ja turvaa siten myös tulevaisuuden tutkimuspotentiaalia. Viestintäoikeuden valinnaisuudesta johtuen opetettavat ryhmät ovat pienehköjä; noin 12–40 opiskelijan suuruisia. Tämä mahdollistaa sekä perinteisen luento-opetuksen että aktivoivien opetusmenetelmien hyödyntämisen. Vapaaehtoisuudesta johtuen opiskelijat ovat kenties jonkin verran pakollista massaluentokurssia motivoituneempia, vaikka joukossa toki on aina myös niitä, jotka ovat osallistuneet viestintäoikeuden opetukseen vain esimerkiksi sen vuoksi, että opetuksen ajankohta on sopiva. Toisaalta vapaaehtoisena valinnaisena oppiaineena viestintäoikeus joutuu kuitenkin ”kilpailemaan” opiskelijoista, joilla on paljon valinnanvaraa sen suhteen, mitä opintoja he sisällyttävät valinnaisiin opintoihinsa. Viestintäoikeuden tematiikka on osoittautunut opiskelijoita kiinnostavaksi, ja oppiaine houkuttelee myös lähtötasoltaan ja tietopohjaltaan viestinnän oikeudellisiin kysymyksiin suuntautuneita opiskelijoita.

³⁹ Ks. *Nevgi – Lindblom-Ylänne* 2011a, s. 139.

⁴⁰ Riku Neuvonen: Informaatio- ja viestintäoikeus (8 op), Anniina Huttunen: IT-oikeuden harjoitusseminaari (6 op) ja Jens Kremer: Legal Aspects of Cyberspace, Cyberwar and Cybersecurity (4 op).

4 VIESTINTÄOIKEUDEN TUTKIMUS OPETUKSEN PERUSTANA

Oikeudellista normistoaineistoa voidaan jäsentää oikeudenaloiksi eri perusteilla, ja eri oikeudenalat saattavat olla lomittaisia tai päällekkäisiä. Sama normisto voidaan liittää useaan eri oikeudenalaan, jotka on muodostettu toisistaan poikkeavilla perusteilla.⁴¹ Näin muodostunut eri oikeudenalojen kokonaisuus on pikemminkin eräänlainen kudusrakenne kuin sektoreittain erillisiksi oikeudenaloiksi jakautuneita lohkoja.⁴² Viestintäoikeus tutkimus- alana on luonteeltaan ulospäin avautuva ja kiinteässä vuorovaikutussuhteessa nk. ”perinteisiin” oikeudenaloihin.⁴³ Perinteisen staattisen systematiikan ohella oikeutta voidaan tutkia eri näkökulmista, ja staattisen systematiikan rinnalla toimii dynaaminen systematiikka.⁴⁴ Viestintäoikeus laajassa merkityksessä voidaan mieltää sellaiseksi näkökulmaksi oikeuden tutkimukseen, jossa *viestinnän alaan tavalla tai toisella kuuluvat oikeudelliset ongelmat ovat keskiössä*.⁴⁵ Viestintäoikeuskin on kiistatta ottanut paikkansa oikeustieteellisen tutkimuksen ja opetuksen kentällä, ja se jatkaa kehittymistään ajankohtaisena tutkimusalana ja oppiaineena.⁴⁶

⁴¹ *Tuori, Kaarlo*: Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. Lakimies 2004, s. 1169–1224, s. 1220.

⁴² Nuotio kuvaa osuvalla kudusrakenne-termillä oikeusjärjestystä ja oikeusjärjestelmää. Ks. *Nuotio, Kimmo*: Onko oikeusjärjestyksen pirstoutuminen väistämätöntä? Teoksessa Viljanen, Veli-Pekka: Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus. Uusikaupunki 2002, s. 3–24, s. 13. Nuotio kuvaa oikeusjärjestystä – ainakin instituutioiden tasolla tarkasteltuna – verkostomaiseksi rakenteeksi, jolle täyden systematiikan aikaansaaminen on oikeastaan mahdottomuus. Ks. *ibid.*, s. 22.

⁴³ Ns. suppeasta, sisäänpäin kääntyvästä ja ulospäin avautuvasta, vuorovaikutussuhteisesta oikeudenalan tarkastelusta ks. *Pöyhönen, Juha*: Kohti uutta varallisuus oikeutta. Lakimies 1997, s. 527–560 varallisuus oikeudellisen järjestelmän osalta ja *Määttä, Tapio*: Moniteisyys ympäristöoikeudessa – oikeustieteen sisäiset ja ulkoiset yhteydet oikeustieteellisen tutkimuksen haasteena. Oikeus 2000, s. 333–355, s. 335–336 ympäristöoikeuden osalta.

⁴⁴ Ks. esim. *Saarenpää, Ahti*: Oikeusinformatiikka. Teoksessa Haavisto, Risto (toim.): Oikeusjärjestys 2000, 2005, s. 1–82, s. 6, <http://lipas.uwasa.fi/ktt/talousoikeus/it/oikeusinformatiikka12005.pdf>; sekä *Alén-Savikko, Anette*: Yhteisillä taajuuksilla? Ajatuksia viestintäoikeuden tutkimuksesta, sen kehityksestä sekä suhteesta viestinnän ja viestintäpolitiikan tutkimukseen. Teoksessa Tiilikka, Päivi (toim.): Sananvapaus puntarissa. Viestintäoikeuden vuosikirja 2013. Helsinki 2014, s. 57–86, s. 74.

⁴⁵ Ks. esim. *Tiilikka, Päivi*: Sananvapaus ja yksilön suoja: lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. WSOYpro, Helsinki 2007, s. 77 ja *Alén-Savikko* 2014, s. 61.

⁴⁶ Ks. myös *Alén-Savikko* 2014, s. 74.

Viestintäoikeudellinen tutkimus ja opetus edellyttävät eri (perinteisen systematiikan mukaisesti) oikeudenaloihin kuuluvien normien soveltamista sekä eri oikeudenaloille sijoittuvien sääntöjen ja periaatteiden keskinäisten painoarvojen määrittämistä. Opiskelijalta vaaditaan näin ollen kykyä hahmottaa ja soveltaa monien ja itselleen ehkä (vielä) vieraiden oikeudenalojen normistoja ja yleisiä oppeja eri oikeudenalojen leikkauspisteissä. Viestintäoikeuden opettajan kannalta haastavaa on se, että opiskelijoiden erilaisten oikeudenalojen substanssitetua koskevat pohjatiedot vaihtelevat.⁴⁷

Esimerkiksi blogi- tai lehtikirjoituksen aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen edellyttää vahingonkorvaus-, rikos- ja valtiosääntöoikeuden soveltamista, koska näin aiheutettu kärsimys korvataan vahingonkorvauslain mukaan pääsääntöisesti vain silloin, kun se on aiheutettu tiettytyyppisellä rangaistavaksi säädetyllä teolla (ks. VahL 5:6.1). Perus- ja ihmisoikeusulottuvuus puolestaan tuo soveltamistilanteeseen Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sitä tulkitsevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön huomioon ottamisen.

Opetuksen kannalta viestintäoikeuden suuntautuminen monille oikeudenaloille ja eurooppalaistuminen merkitsevät ennen kaikkea sitä, että opiskelijoiden on opittava etsimään, tulkitsemaan ja soveltamaan eri oikeudenalojen sekä eurooppaoikeudellista lähdeaineistoa ja ymmärrettävä kunkin oikeuslähteen painoarvo. Tämä edellyttää kykyä hahmottaa esimerkiksi perus- ja ihmisoikeusliitännäiset ratkaisutilanteet ja rohkeutta tehdä tarvittaessa jopa kansallisen lain sanamuodon vastaisia tulkintasuosituksia. Näiden kriittistä ja analyttistä ajattelutapaa edellyttävien valmiuksien kehittämiseksi osa viestintäoikeuden opetuksesta on syytä antaa tutkivien ja ongelmalähtöisin menetelmin pienryhmissä tai muutoin tiedonhankintaa ja ongelmanratkaisukykyä kehittävin tavoin.

Myös yhteiskunnan yleinen oikeudellistumiskehitys vaikuttaa siihen, millaisia valmiuksia oikeustieteen opiskelijat tulevana asiantuntijoina tarvitsevat ja miten niitä tulisi opettaa. Oikeudellistumiskehityksellä tarkoitetaan oikeudellisen sääntelyn lisääntymistä ja sen merkityksen vahvistumista yhteiskunnassa, mikä ilmenee etenkin säännösten määrän kasvamisena, oikeudellisen sääntelyn kohteena olevien asioiden lisääntymisenä ja oikeudellisten ratkaisuperusteiden voimistumisena ristiriita- ja ongelma-

⁴⁷ Opiskelijoiden tietotasoa voidaan kartoittaa esimerkiksi testillä tai tietotasoa voidaan varmistaa alkutentillä. Ks. Nyman, Petra – Kanerva, Kaisa: Opijan tiedonkäsittelyjärjestelmän huomioiminen laadukkaan verkko-opetuksen suunnittelussa. Teoksessa *Nevgi et al.* 2005, s. 95–108, s. 99.

tilanteissa.⁴⁸ Yhteiskunnan oikeudellistumiseen ovat vaikuttaneet etenkin yhteiskunnallinen ilmapiiri sekä ihmis- ja perusoikeuksien merkityksen vahvistuminen ja yksilön oikeuksien korostaminen.⁴⁹

Oikeudellisen sääntelyn lisääntyminen ja oikeuslähteiden monipuolistuminen ovat osaltaan vaikuttaneet uusien näkökulmien ja/tai oikeudena-
lojen, kuten viestintäoikeuden, syntymiseen, kehitykseen ja merkityksen kasvuun.⁵⁰ Samalla Suomen oikeusjärjestyksen kansainvälistymiseen ja eurooppalaistumiseen liittyvä oikeuslähteiden lisääntyminen on pakottanut pohtimaan uusien oikeuslähteiden asemaa perinteisessä oikeuslähteopissa.⁵¹ Myös itsesääntelyn ja eri ammattialojen tapaohjeiden sekä erilaisen *soft law*-tyyppisen aineiston asema ja merkitys on herättänyt oikeuslähteopillista keskustelua.⁵² Kaiken kaikkiaan oikeudellisten ongelmien kansainvälistymisen ja yhteiskunnan monimutkaistumisen tulee myös heijastua opetukseen, sillä näiden ilmiöiden vuoksi nykyinen oikeudellinen todellisuus on hyvin erilainen kuin silloin, kun oikeustieteen opetusta ryhdyttiin toteuttamaan pitkälti massaluentojen ja kirjatenttien kautta.⁵³ Esimerkiksi oikeusvertailun merkitys korostunee myös viestintäoikeudessa, minkä tulee heijastua myös opetukselle asetettaviin vaatimuksiin.

Myös yhteiskunnallinen muutos vahvistaa uusien oikeuden tutkimusalojen tärkeyttä ja tukee niiden olemassaoloa.⁵⁴ Viestintäoikeus voidaan

⁴⁸ *Tarasti, Lauri*: Yhteiskunnan oikeudellistuminen. Defensor Legis 2002, s. 575–585, s. 575. *Engströmin* mukaan ”(poliittisten) ongelmien pukemisesta oikeudelliseen muotoon sekä tähän liittyvästä uusien oikeudellisten instituutioiden luomisesta ja toimivallan kasvattamisesta on tullut tunnustettu yhteiskunnallinen ilmiö”. Ks. *Engström, Viljam*: Oikeudellistumisen monimuotoisuudesta – esimerkki ihmisoikeuksien valvonnasta. Oikeus 2012, s. 539–553, s. 539. Oikeuden politisoitumisesta ja politiikan oikeudellistumisesta, ks. *Neuvonen, Riku*: Sananvapaus, joukkoviestintä ja sääntely. Helsinki 2005, s. 107–108 ja oikeudellistumiskehityksestä *Korhonen, Rauno*: Sähköinen asiointi ja viestintä. Teoksessa Tuominen, Tomi (toim.): Oikeus tänään. 2. p. Lapin yliopisto 2014, s. 21–130, s. 21–22.

⁴⁹ *Tarasti* 2002, s. 581.

⁵⁰ *Viljanen* 2002, s. III. Esimerkkeinä voidaan mainita urheiluoikeus sekä bio- ja lääkintäoikeus.

⁵¹ Kimmo Nuotio on arvellut kansainvälistymisen vahvistaneen ”oikeuspositivistista” ajatustapaa samalla kun kansallisen oikeuden kehityksessä on tullut aikaisempaa enemmän tilaa ja tarvetta yleisille opeille ja perusoikeuksille. Ks. *Nuotio, Kimmo*: Oikeuslähteet ja yleiset opit. Lakimies 2004, s. 1267–1291, s. 1267.

⁵² Joukkoviestinnän itsesääntelystä *Huovinen, Sakari*: Yhteisääntely ja itsesääntely – julkisen vallan tehtäviä muuttavat sääntelykeinot: yksityisen ja julkisen muuttuva suhde. Lakimies 2006, s. 1206–1224; sekä *Huovinen, Sakari*: Journalismin itsesääntely jäänyt ajastaan jälkeen. Teoksessa Viestintäoikeuden vuosikirja 2009. Helsinki 2010, s. 25–50.

⁵³ *Bärlund* 2013, s. 69.

⁵⁴ *Saarenpää* 2005 s. 8, *Alén-Savikko* 2014, s. 78.

jopa mieltää muutosten oikeustieteeksi: se on tutkimusala, joka reagoi yhteiskunnallisiin muutoksiin ja ottaa niihin kantaa.⁵⁵ Etenkin tieto- ja verkkoyhteiskuntakehitys sekä erilaiset uusmediateemat ovat monimutkais-taneet nk. ”perinteisen” mediaoikeuden (ts. joukkoviestinnän oikeudellisen tutkimuksen) tutkimuskenttää ja -ongelmia. Esimerkiksi konvergenssi-kehitys tarkoittaa, että sama viestintäväline voi toimia sekä joukko- että kohdeviestinnän välittäjänä eikä yleisöä tai viestinnän laatua voi ennalta tyhjentävästi määrittellä.⁵⁶ Tämä tarkoittaa entistä suurempia haasteita myös viestintäoikeuden opetukselle.

Muutoksista puhuttaessa korostuu viestintäoikeuden rooli moni- tai poikkitieteellisenä tutkimusalana. Kun keskiössä on viestinnän kenttä oikeuden toimintaympäristönä, tuota kenttää ja sen muutosta koskevaa tieteellistä tietoa voidaan poikkitieteellisellä tutkimusotteella tuoda osaksi viestintäoikeudellista analyysia. Oikeustieteilijä voi nimittäin kohdata sellaisia ongelmia, joita lainoppi yksistään ei kykene käsittelemään tai joista se ei edes ole kiinnostunut – vaikka lainoppi onkin välttämätön osa viestintäoikeuden harjoittajan työkalupakkia.⁵⁷ Muunlaiset tieteenalat menetelmiseen ovat kenties välittömämmin yhteydessä yhteiskunnallisiin ongelmiin, niiden taustaan ja yhteiskunnalliseen muutokseen.⁵⁸ Muiden tieteenalojen tutkimustuloksien ja menetelmin oikeuden analyysi monipuolistuu. Esimerkiksi journalismin tutkimus voi toimia joukkoviestintään kohdistuvan viestintäoikeudellisen tutkimuksen apuna. Henkilötietojen suojaan tietoverkoissa kohdistuva oikeustutkimus puolestaan voi hyötyä esimerkiksi sosiaalipsykologisesta ihmisten verkkokäyttäytymiseen kohdistuvasta tutkimuksesta sekä tietojenkäsittelytieteen avulla tehdyistä käyttöjäänalyseista.

Edellä kuvattu oikeuslähteiden monikerroksisuus ja hierarkkisuus (it-sesäntelystä ihmisoikeussopimuksiin) sekä toisaalta laveus (eri oikeudenalojen normit ja tulkinnat) ja yhteydet muihin tieteenaloihin asettavat

⁵⁵ Vrt. *Saarenpää* 2005, s. 4 informaatio-oikeudesta. Saarenpää viittaa etenkin informaatio- ja sittemmin verkkoyhteiskuntakehitykseen, digitaaliseen toimintaympäristöön ja oikeusvaltion sekä ihmis- ja perusoikeuksien merkityksen korostumiseen (ibid., s. 6–8). Ks. myös *Alén-Savikko* 2014, s. 78.

⁵⁶ *Rosendahl, Riikka*: Joukkoviestin oikeudellisena käsitteenä – Tutkijan ajatuksia tutkimuskohteestaan. Teoksessa *Viestintäoikeuden vuosikirja* 2006. Helsinki 2007, s. 1–18, s. 4; ja *Alén-Savikko* 2014, s. 76.

⁵⁷ *Alén-Savikko* 2014, s. 78–79.

⁵⁸ Ks. myös esim. *Woodard, Calvin*: The Limits of Legal Realism: An Historical Perspective. A Symposium in Honor of Hardy C. Dillard: Legal Education. *Virginia Law Review* 1968, s. 689–739, s. 732, <http://www.jstor.org/stable/1071729>.

viestintäoikeuden opetukselle omanlaisiaan vaatimuksia. Opettajan on tuettava opiskelijoita kokonaisuuksien jäsentämisessä sekä perus- ja ihmis-oikeuskonfliktien tunnistamisessa, ohjattava relevanttien oikeuslähteiden äärelle sekä autettava ymmärtämään niiden merkitys ja painoarvo. Lisäksi on tutustuttava viestinnän kenttään oikeuden toimintaympäristönä, osattava etsiä siitä tutkimustietoa ja tarvittaessa soveltaa ja tuoda tuota tietoa oikeudelliseen kontekstiin.⁵⁹

Koska lait ja oikeuskäytäntö muuttuvat, ja koska viestinnän kenttä teknologioineen ja sosiaalisine medioineen on erittäin dynaaminen toimintaympäristö, ei voida tyytyä vain kulloinkin vallitsevan oikeustilan ulkoa opetteluun, vaan on yhä tärkeämpää osata löytää, soveltaa ja analysoida tietoa sekä asettaa ja ratkaista viestintäoikeudellisia ongelmia. Mielestämme tutkimisen ja ongelmanratkaisun kautta tapahtuva oppiminen on viestintäoikeuden opetuksessa erityisen hyödyllistä ja välttämätöntä. Ensinnäkin oikeusnormien soveltaminen auttaa ymmärtämään käsitteitä ja sitä, miten lait käytännössä ”toimivat”.⁶⁰ Tutkimiseen ja ongelmanratkaisuun tukeutuva oppiminen kuitenkin myös kehittää opiskelijoiden päättely- ja argumentaatiotaitoja sekä analyyttistä ajattelutapaa.⁶¹ Kaikki tämä on tarpeen dynaamisen tutkimusalan ja kehittyvän oppiaineen opiskelussa. Viestintäoikeuden opetuksessa pienryhmätyöskentelyä onkin sovellettu esimerkiksi oikeustapauspohdinnoissa (ks. *case*-menetelmästä edellä). Kiperien tapausten käsitteleminen ja eri osapuolten näkemysten argumentointi ovat osoittautuneet pidetyksi menetelmäksi, jonka avulla sääntely ja tulkintaperiaatteet jäävät hyvin mieleen ja kokonaisuus tulee ymmärrettäväksi.

⁵⁹ Vertailun vuoksi on mainittava, että erityisesti *Juha Karhu* on korostanut toimintaympäristön (ja kokonaisjärjestelyn) merkitystä (varallisuus)oikeudellisessa tulkinnassa. Tästä *Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuus-oikeus. 2. painos. Helsinki 2003.

⁶⁰ *Martin, Fiona*: Using a modified problem based learning approach to motivate and enhance student learning of taxation law. *The Law Teacher* 2003, s. 55–75, s. 60–61 lähteineen.

⁶¹ *Liddle, Margaret*: Legal problem solving. *Law Teacher* 2004, s. 55–79, s. 78.

5 MILTÄ NÄYTTÄÄ VIESTINTÄOIKEUDEN OPETUKSEN TULEVAISUUS?

Oppimiseen vaikuttavat monet tekijät, kuten oppimisympäristö, muistin toiminta, motivaatiotekijät, itseluottamus, usko omiin kykyihin sekä lähestymistapa oppimiseen.⁶² Myös itsesäätelytaidoilla on tärkeä merkitys opiskelijan oppimisessa.⁶³ Opettaja ei suinkaan yksin kontrolloi kaikkia oppimisen osatekijöitä, vaan opiskelijalla on vastuu omasta oppimisestaan. Kuitenkin esimerkiksi heikko motivaatio voi muuttua innostukseksi ja oppimishaluksi innostavan opetuksen myötä, ja opettaja voi mahdollistaa erilaiset oppimisen tavat. Opettaja voi myös kannustavalla ja positiivisella suhtautumistavalla kohottaa opiskelijoiden uskoa omiin kykyihinsä. Hän voi omalta osaltaan parantaa oppimistuloksia luomalla turvallisen ja vuorovaikutteisen oppimisympäristön⁶⁴ ja pyrkiä noudattamaan linjakkaan opetuksen periaatteita määriteltessään oppimistavoitteet, valitessaan opetetavan sisällön, arviointikeinot ja opetusmenetelmät. Myös ymmärrettävän ja tarpeeksi konkreettisen sekä mahdollisimman avoimeen kriteeristöön nojaavan palautteen antaminen edesauttaa oppimista.⁶⁵

Viestintäoikeuden opetuksessa pyritään tarjoamaan laadukasta tutkimukseen perustuvaa opetusta. Teoreettiset oppimissisällöt kytketään tällöin mielekkäällä tavalla käytäntöön.⁶⁶ Elävästä elämästä onkin suhteellisen helppo

⁶² Tarkemmin esim. *Lindblom-Ylänne – Mikkonen – Heikkilä – Parpala – Pyhäntö* 2011, s. 70–96.

⁶³ Itsesäätelystä ks. *Nicol, David – Macfarlane-Dick, Debra*: Formative assessment and self-regulated learning: A model and seven principles of good feedback practice. *Studies in Higher Education* 2006, s. 199–218, s. 2 ja 4–15. Oikeustieteen opiskelijoiden oppimiseen vaikuttavista tekijöistä ks. *Haarala-Muhonen* 2011, tiivistelmä (ei sivunumeroa) ja s. 46–48.

⁶⁴ Opiskelijan kohtaamisesta ja hyvästä oppimisilmapiiristä ks. *Numminen, Ava – Talvio, Markus*: Hyvä oppimisilmapiiri ja opiskelijan kohtaaminen. Teoksessa *Lindblom-Ylänne – Nevgi* 2011, s. 123–136.

⁶⁵ *Weaverin* tutkimuksen mukaan opiskelijat eivät kokeneet hyötyvänsä palautteesta, joka oli liian yleistä tai heikkoa, ei ohjannut oikeaan suuntaan tai oli negatiivista tai ei liittynyt arviointikriteereihin. Hyödylliseksi koettiin palaute, joka liittyi suoraan arvioitavaan työhön ja arviointikriteereihin ja joka annettiin tarpeeksi aikaisin. Ks. *Weaver, Melanie*: Do students value feedback? Student perceptions of tutors' written responses. *Assessment & Evaluation in Higher Education* 2006, s. 379–394.

⁶⁶ Ks. *Lindblom-Ylänne, Sari – Pohjonen, Soile*: Vuorovaikutustaidot – menestyvän juristin salaisuus? *Oikeus* 2001, s. 192–201, s. 193; *Martin* 2003, s. 55 ja 58; *Nieminen, Liisa*: Monitieteisyys ja kriittisyys oikeustieteen opinnoissa: opetuksen kehittämismahdollisuuksien pohdintaa. *Oikeus* 2006, 35(3) s. 413–424, s. 415 ja *Ervasti* 2011, s. 811. Valtaosa opiskelijoista kehittää työelämävalmiuksiaan käytännön työtehtävissä opiskelun ohella.

poimia mieleenpainuvia käytännön esimerkkejä, joiden avulla asioita voi lähestyä opiskelijoiden tietopohjasta ja kokemusmaailmasta käsin ja joiden avulla asiat on helpompi ymmärtää. Tiedon hankkimis- ja soveltamistaidolla ylipäättään on tärkeä merkitys, koska lait, oikeuskäytäntö ja toimintaympäristö muuttuvat, eikä opiskeluaikana opittu tieto välttämättä ole ajantasaista valmistuttaessa.⁶⁷

On myös muistettava, että vaikka laadukkaan opetuksen perustana kiistatta on opettajan oma asiantuntijuus (ja tutkijuus) sekä hankittu pedagoginen osaaminen, oppimislähtöisyyteen liittyy myös innostus opetusta kohtaan sekä halu jatkuvasti kehittyä opettajana.⁶⁸

Kuten edellä on kerrottu, viestintäoikeus sai ensimmäisen oppituolinsa vuoden 2013 alusta. Kun professuuri on nyt vakituisesti täytetty, ovat mahdollisuudet oppiaineen opetuksen pitkäjänteiseen kehittämiseen parantuneet. Opetussisältöjä ja erilaisten kurssien pitämistä eri lukuvuosina voidaan nyt suunnitella pidemmissä jaksoissa aikaisemman määräaikaisista työsuhteista johtuneen lyhyen aikavälin (noin yksi vuosi) suunnittelun sijaan. Tämä mahdollistaa uusien kurssien suunnittelun ja toteutuksen esimerkiksi siten, että opetettavat sisällöt eivät ole joka vuosi samoja, vaan vaihtelevat esimerkiksi kahden vuoden jaksoissa. Näin opiskelijat voivat halutessaan osallistua useille erilaisille viestintäoikeuden kursseille opintojensa aikana.

Aikaisempi yksinomaan tutkijoiden opetukseen perustunut opetustapa johti väistämättä siihen, että kukin tutkija opetti lähinnä sitä, mitä itse on tutkinut, eikä opetuksen suunnittelua siten tehty oppiaineen ydinalueanalyysiin perustuvista oppimistavoitteista tai opetuksen monipuolisuudesta kumpuavista lähtökohdista käsin saati pedagogista tarkoituksenmukaisuutta painottaen. Pitkäjänteisemmän opetuksen suunnittelun lisäksi myös viestintäoikeutta tai sitä sivuavia kursseja eri oppiaineissa opettavien opettajien yhteistyön lisäämisellä voidaan parantaa opetuskokonaisuutta. Myös viestintäoikeuden ja ns. perinteisten oikeudenalojen yhteisiä kursseja ja seminaareja kannattaisi kokeilla. Esimerkiksi rikoslain yleisiä oppeja voisi opiskella sananvapausrikosten kautta. Samalla tavoin vahingonkorvausoikeudellisia taikka perus- ja ihmisoikeuksiin kytkeytyviä oppisisältöjä voitaisiin opiskella viestintäoikeudellisessa kontekstissa.

⁶⁷ Ks. *Martin* 2003, s. 55.

⁶⁸ *Postareff – Lindblom-Ylänne – Nevgi* 2011, s. 49.

Suomalainen hyvinvointivaltio ja sosiaalisten oikeuksien lyhyt historia

1 JOHDANTO

Länsimaisten hyvinvointivaltioiden muodostuminen liitetään tutkimuskirjallisuudessa vakiintuneesti *kansalaisten sosiaalisten oikeuksien* kehittymiseen. Tältä osin tavataan viitata brittiläisen sosiologin, T. H. Marshallin alun perin vuonna 1950 julkaistuun kirjoitukseen ”Citizenship and Social Class”, jossa hän erotti kansalaisuuden kolme ulottuvuutta: yksityiskansalaisuuden (*civil citizenship*), poliittisen kansalaisuuden (*political citizenship*) ja sosiaalisen kansalaisuuden (*social citizenship*). Marshallin mukaan sosiaalinen kansalaisuus syntyi ja vahvistui toisen maailmansodan jälkeisessä Yhdistyneessä Kuningaskunnassa valtion kansalaisilleen myöntämien sosiaalisten oikeuksien seurauksena.¹

Myöhemmin esimerkiksi Gøsta Esping-Andersen otti Marshallin ajatuksen oman analyysinsä lähtökohdaksi hyvinvointivaltioregiimejä erittelevässä klassikkoteoksessaan *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Sosiaalinen kansalaisuus on seurausta sosiaalisista oikeuksista. Esping-Andersen kuitenkin kirjoitti, että sosiaalisten oikeuksien kattavuus ja taso vaihtelivat valtioittain. Hän jaottelikin hyvinvointivaltiot kolmeen regiimiin: liberaaliin, konservatiiviseen ja sosiaalidemokraattiseen. Esping-Andersenin mukaan sosiaalisten oikeuksien dekommodifioiva vaikutus oli voimakkainta sosiaalidemokraattista hyvinvointivaltioregiimiä edustaneissa Pohjoismaissa, joissa sosiaaliset oikeudet olivat universaaleja ja niiden taso oli korkea. Pohjoismaisissa hyvinvointivaltioissa kansalaiset olivat toisin sanoen vähiten riippuvaisia markkinoista.² Pohjoismaisten hyvinvointivaltioiden tyypilliseksi piirteiksi onkin katsottu muun muassa kaikille kansalaisille (ei

¹ Marshall, T. H.: *Citizenship and Social Class*. Teoksessa *Class, Citizenship and Social Development*. New York 1964, s. 71–83. Marshall ei itse käyttänyt artikkelissaan käsitettä ”hyvinvointivaltio”.

² Esping-Andersen, Gøsta: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge 1990, s. 21–23.

pelkästään työväestölle) taatut universaalit sosiaaliset oikeudet, tasa-arvo niin tulonjaossa kuin sukupuoltenkin välillä, julkisen vallan laaja vastuu sekä täystyöllisyystavoite.³

Suomessa moderni sosiaaliturvajärjestelmä ja sen myötä suomalainen hyvinvointivaltio muodostuivat 1960–1980-luvuilla, joiden kuluessa luotiin keskeiset toimeentuloturvan sosiaalivakuutusjärjestelmät sekä laajat sosiaali- ja terveydenhuoltopalvelut. Vaikka pakollista ansiosidonnaista työttömyysvakuutusjärjestelmää ei 1960-luvulla saatu aikaan, ansiosidonnaista työttömyysturvaa parannettiin perustamalla keskuskassa, joka tuki työttömyyskassojen toimintaa.⁴ Lisäksi työttömyyskassojen rinnalle luotiin työttömyyskorvausjärjestelmä, jolla valtion varoista kassoihin kuulumattomille työttömille voitiin maksaa minimityöttömyyskorvausta.⁵ Vuoden 1961 työntekijäin eläkelaila (395/1961) yksityisen työnantajan palveluksessa työskenteleville työntekijöille säädettiin oikeus vanhuus- ja työkyvyttömyyseläkkeeseen. Vuonna 1964 voimaantulleella sairausvakuutuslailla (364/1963) vakuutetuille (käytännössä koko kansa) luotiin oikeus saada korvausta sairaanhoidon kustannuksista, päivärahaa sairaudesta johtuvasta työkyvyttömyydestä, korvausta raskaudesta ja synnytyksestä johtuvista kustannuksista sekä äitiysrahaa. Vuoden 1972 kansanterveyslailla (66/1972) luotiin puolestaan terveystakeskusjärjestelmä, jonka puitteissa kuntien tuli järjestää asukkailleen avosairanhoidon palveluita. Sosiaalihuollon palveluita oli puolestaan uudistettu 1960- ja 1970-lukujen kuluessa, ja viimein vuonna 1982 säädettiin sosiaalihuoltolaki (710/1982), joka velvoitti kunnat antamaan asukkailleen kyseisessä laissa määriteltyjä sosiaalipalveluita.

Voidaan siis perustellusti väittää, että suomalaisen hyvinvointivaltion rakentamisen vuosikymmeninä kansalaisten sosiaaliset oikeudet tunnustettiin laajalti luomalla moderni sosiaaliturvajärjestelmä. Se, että kansalaisille luotiin oikeus monenlaisiin sosiaalietuuksiin, ei kuitenkaan välttämättä tarkoita sitä, että uudistuksia perusteltiin yksilön sosiaalisilla oikeuksilla. Pohjoismaista hyvinvointivaltiota – Suomi mukaan lukien – on luonnehdittu ”kansalaisten tahdon ja poliittisen voiman aikaansaamaksi kollektiiviksi, joka ilmentää laaja-alaista solidaarisuutta ja halua huolehtia myös

³ *Kosonen, Pekka*: Globalization and the Nordic Welfare States. Teoksessa Sykes, R. – Palier, B. – Prior, P. M. (eds.), *Globalization and the European Welfare States: Challenges and Change*. Hampshire – New York 2001, s. 153–172, s. 154–156.

⁴ Ks. vuoden 1934 työttömyyskassalain muutos (328/1960).

⁵ Ks. laki työttömyysavustuksista (126/1959), laki työttömyyskorvauksesta (322/1960) ja laki työttömyyskorvauksesta (332/1963).

huono-osaisista yhteiskunnan jäsenistä”.⁶ Raija Julkunen kirjoittaa, että pohjoismaiseen hyvinvointimalliin ”on kuulunut pikemmin valtion kautta toteutettava yhteiskunnan kokonaisvastuu kansalaisten eri elämäntilanteissa kuin liberaali oikeuksia omistava, possessiivinen yksilö”.⁷

Pyrin artikkelissani vastaamaan kolmeen kysymykseen: 1) missä määrin edellä mainittujen 1960–1980-lukujen keskeisten lainsäädäntöhankkeiden yhteydessä puhuttiin yksilön sosiaalisista oikeuksista? Aineistona on laeista annetut hallituksen esitykset sekä niiden taustalla vaikuttaneet komiteamietinnöt (2 luku). Jo pikainen vilkaisu aineistoon paljastaa, että puhe sosiaalisista oikeuksista oli lähes olematonta, mistä seuraakin toinen tutkimuskysymys: 2) milloin yksilöiden sosiaalisista oikeuksista sitten oikein alettiin puhua Suomessa (3 luku)? Artikkelissa muutos ajoitetaan ja kytketään ennen kaikkea perusoikeusuudistukseen. Lopuksi kysytään, 3) millä tavoin yleistynyt puhe yksilön sosiaalisista oikeuksista on muuttanut suomalaista hyvinvointivaltiota ja sosiaaliturvajärjestelmää (4 luku)?

2 MODERNIN SOSIAALITURVAJÄRJESTELMÄN SYNTY JA SOSIAALISIA OIKEUKSIA KOSKEVAN PUHEEN PUUTTUMINEN

Suomalaista työttömyysturvajärjestelmää alettiin kehittää 1960-luvun alussa. Työttömyyskassoista oli annettu laki (125/1934) jo vuonna 1934, mutta ammattiyhdistysten yhteydessä toimivien kassojen myöntämät avustukset jäivät pieniksi, sillä ne perustuivat yksinomaan työntekijöiden maksamiin vapaaehtoiseen työttömyysvakuutusmaksuihin. Maalaisliittolainen vähemmistöhallitus ehdottikin 1950- ja 1960-lukujen taitteessa pakollisen työttömyysvakuutusjärjestelmän luomista. Eduskunnalle annettiin asiaa koskeva lakiehdotus, mutta sitä ei hyväksytty sellaisenaan.⁸ STK ja SAK nimittäin katsoivat, että pakollinen työttömyysvakuutus olisi hyödyttänyt maaseudun pienviljelijöitä teollisuustyöväestön kustannuksella. Pakollisen työttö-

⁶ Anttonen, Anneli – Sipilä, Jorma: Suomalaista sosiaalipolitiikkaa. Tampere 2012, s. 20.

⁷ Julkunen, Raija: Kuka vastaa? Hyvinvointivaltion rajat ja julkinen vastuu. Helsinki 2006, s. 190.

⁸ Ks. HE 5/1960 vp: Hallituksen esitys työttömyysvakuutuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. Samansisältöinen esitys oli jo annettu edellisenä vuonna, mutta eduskunta jätti sen lepäämään vaalien jälkeisiin valtiopäiviin; ks. HE 40/1959 vp: Hallituksen esitys työttömyysvakuutuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

myysvakuutuksen sijasta vuoden 1934 työttömyyskassalakiä muutettiin (328/1960) säätämällä uudesta työttömyyskassojen keskuslaskasta, johon työnantajat maksoivat työttömyysvakuutusmaksuja ja joka maksoi puolestaan tukimaksuja yksittäisille työttömyyskassoille. Uudistuksen ansiosta työttömyyskassojen korvaukset nousivat uudelle tasolle. Maaseutuväestön työttömyysturvaa parannettiin puolestaan luomalla työttömyyskorvausjärjestelmä.⁹

Työttömyysturvajärjestelmän uudistamiseen liittyvistä virallisiasiakirjoista saa turhaan etsiä puhetta yksilön sosiaalisista oikeuksista. Sen sijaan asiakirjoissa esiintyvät termit ”yhteiskunta” ja ”väestöryhmät”. Esimerkiksi hallituksen esityksessä työttömyysvakuutuslaiksi todettiin, että

”[s]uorittamalla pienen työttömyysvakuutusmaksun, nekin *väestöryhmät*, joiden työttömyysriski on vähäinen, tulisivat tukemaan työttömyydelle alttiita työntekijöitä ja itse asiassa maksaisivat hyvitystä siitä, että *yhteiskunta* on heille voinut järjestää suhteellisesti turvatun toimeentulon [kurs. T. K.]”¹⁰

Hallitus päätyi esityksessään työttömyysvakuutuksen periaatekomitean vähemmistön kannalle. Komitean enemmistö oli sen sijaan ehdottanut muun muassa yrittäjien ja viljelijöiden rajaamista pakollisen työttömyysvakuutuksen ulkopuolelle.¹¹ Kuten edellä todettiin, hallituksen esitys pakollisesta työttömyysvakuutuksesta ei kuitenkaan toteutunut. Pakollisen työttömyysvakuutuksen sijasta päädyttiin vahvistamaan vapaaehtoista työttömyysvakuutusta sekä luotiin erillinen työttömyyskorvausjärjestelmä kassoihin kuulumattomille työntekijöille.

Ansiosidonnaisuudelle perustuva työntekijäin eläkelaki (395/1961) tuli voimaan helmikuussa 1962. Tämän kansaneläkelaista (347/1956) erillisen työeläkelain tarpeellisuutta perusteltiin sillä, ettei kansaneläke tasaeläkkeenä pystynyt turvaamaan palkansaajille riittävää eläketurvaa.¹² Eläkekomitean mietinnössä vuodelta 1960 todettiin, että

”[v]aikka komitea toimeksiantonsa mukaan rajoittuikin käsittelemään vain yksityisessä työsuhteessa olevien työntekijöiden eläkekysymystä, komitea haluaa silti periaatteellisena kantanaan huomauttaa siitä, että yhtäläinen

⁹ Niemelä, Heikki – Salminen, Kari: Suomalainen sosiaaliturva. Helsinki 2006, s. 12–13.

¹⁰ HE 5/1960 vp, s. 5.

¹¹ Työttömyysvakuutuksen periaatekomitean mietintö 1958:45. Helsinki, s. 68–69.

¹² Niemelä, Heikki: Kokonaiseläkejärjestelmän muotoutuminen Suomessa. Helsinki 1988, s. 123–145.

oikeus vanhuudenturvaan ja muihin sosiaalietuihin on tietenkin *kaikilla kansalaisryhmillä*. Muiden osalta eläkekysymys on kuitenkin harkittava eri yhteydessä [kurs. T. K.].¹³

Työntekijäin eläkelaki säädettiin lopulta työmarkkinajärjestöjen sopimukselle perustuvan yksityisen lakialoitteen pohjalta.¹⁴ Lakialoitteessa toistettiin eläkekomitean mietinnössä esitetty kanta, jonka mukaan

”[k]unnollisen yleisen eläketurvan järjestäminen on sosiaaliturvajärjestelmämme kehittämässä ensiluokkaisen tärkeä ja kiireellinen tehtävä, varsinkin kun yhteiskuntarakenteen muuttuminen yhä suurempaa teollistumista kohti on jatkuvasti lisännyt niiden *väestöryhmien* lukumäärää, joissa palkallaan elävien henkilöiden on kätensä työllä turvattava oma ja perheensä toimeentulo ja työntekijää on alati uhkaamassa taloudellisen hädän vaara. Tietenkin on *kaikilla kansalaisryhmillä oikeus* vanhuudenturvaan ja muihin sosiaaliin etuihin [kurs. T. K.]”

Ensimmäinen sairausvakuutuslaki (364/1963) tuli maassamme voimaan vuonna 1964. Sairausvakuutus kattoi koko kansan eli se perustui universaaliudelle, sillä Maalaisliitto oli jo itsenäisyyden alkumetreistä lähtien estänyt kaikki yritykset luoda pelkästään työväestön kattava järjestelmä.¹⁵ Sairausvakuutuskomitean mietinnössä vuodelta 1959 viitattiin muun muassa Kansainvälisen työjärjestön sosiaaliturvan vähimmäistasoa koskevaan yleissopimukseen nro 102, jonka mukaan sopimukseen liittyvien valtioiden tulisi järjestää kansalaisilleen ja valtion alueella asuville turva vanhuuden, työkyvyttömyyden, perhehuoltajan menettämisen, sairauden, työtapaaturman, työttömyyden sekä äitiyden ajalta. Komiteamietinnössä todettiin, että Suomessa ”[j]ärjestämättä on siis sairausturvaa sekä perhe-eläkettä koskeva osa”.¹⁶

Vuoden 1963 sairausvakuutuslailla luotiinkin tuolloin pitkälti se sama sairausvakuutusjärjestelmä, joka on käytössä edelleenkin. Korvauksia alettiin maksaa lääkärin suorittamasta tutkimuksesta ja antamasta hoidosta, lääkärin määräämistä lääkkeistä sekä välttämättömistä matkakustannuksista. Sairausvakuutuslain perusteella maksettiin myös sairauspäivärahaa työky-

¹³ Eläkekomitean mietintö 1960:11 (A). Helsinki, s. 7.

¹⁴ Lakialoite 150/1961 (Kokkola ym.) ehdotus työntekijäin eläkelaiaksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

¹⁵ *Mattila, Yrjö*: Suuri käännekohtia vai tasaista kehitystä? Tutkimus Suomen terveydenhuollon suuntaviivoista. Helsinki 2011, s. 69–84, 113–124.

¹⁶ Sairausvakuutuskomitean mietintö 1959:6. Helsinki, s. 19.

vyttömyyden ajalta sekä äitiysrahaa raskauden ja synnytyksen johdosta. Sairausvakuutuslakia koskeneessa hallituksen esityksessä lain tarpeellisuutta perusteltiin seuraavasti:

”Nykyaikaisessa yhteiskunnassa kuuluu *julkisen vallan tehtäviin* huolehtia siitä, että *jokaisen kansalaisen* toimeentulo on riittävässä määrin turvattu. Kaikissa kehittyneissä valtioissa onkin tätä tarkoitusta varten olemassa sosiaaliturvajärjestelmä, jonka toimesta suoritetaan korvausta tulojen menetyksestä, milloin se tapahtuu tapaturmasta, tilapäisestä tai pysyvästä sairaudesta, vanhuudesta, perheenhuoltajan kuolemasta, työttömyydestä tahi synnytyksestä [kurs. T. K.]”¹⁷

Keskeisten toimeentuloturvaan liittyvien modernien sosiaalivakuutusjärjestelmien tultua luoduksi 1960-luvulla oli seuraavina vuosikymmeninä sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmien kehittämisen vuoro. Sairaalalaitosta oli kehitetty aktiivisesti jo 1950-luvulta lähtien, ja koko maan kattava keskussairaalaverkko tulikin valmiiksi 1975.¹⁸ Sairaaloissa annettu hoito ei kuitenkaan yksistään riittänyt kohentamaan kansanterveyden tilaa. Niinpä 1970-luvun alussa luotiin nykyaikainen kunnallinen terveydenhuoltojärjestelmä kansanterveyslaki (66/1972) säätämällä. Kuntien velvollisuudeksi tuli perustaa terveyskeskuksia, joissa annettiin maksuttomia avosairaanhoidon palveluita. Kansanterveyslakia koskeneessa hallituksen esityksessä kansanterveystyöllä tarkoitettiin

”*yksilöön* ja hänen elinympäristöönsä *kohdistuvaa* terveydenhoitoa ja yksilön sairaanhoitoa sekä niihin liittyvää toimintaa, jonka tarkoituksena on *väestön* terveydentilan ylläpitäminen ja edistäminen [kurs. T. K.]”¹⁹

Sosiaalihuoltojärjestelmä uudistettiin 1970- ja 1980-lukujen kuluessa.²⁰ Uudistustyötä ohjasi sosiaalihuollon periaatekomitean mietintö, joka valmistui vuonna 1971. Periaatekomitea korosti sosiaalihuollon keskeisinä lainsäädäntöperiaatteina perusoikeuksien loukkaamattomuutta sekä oikeusturvan toteutumista eli kansalaisten yhdenvertaisuutta ja ratkaisujen ennustettavuutta ja valvottavuutta. Mutta perusoikeuksilla ei viitattu sosiaalisiin perusoikeuksiin vaan klassisiin vapausoikeuksiin, kuten it-

¹⁷ HE 129/1962 vp: Hallituksen esitys sairausvakuutuslaiksi, s. 1.

¹⁸ Mattila 2011, s. 91–102, 155–158.

¹⁹ HE 98/1971 vp: Hallituksen esitys kansanterveystyöstä ja sen voimaannpanosta annettaviksi laeiksi, s. 2. Määritelmä otettiin sellaisenaan kansanterveyslain 1 §:ään.

²⁰ Tuori, Kaarlo – Kotkas, Toomas: Sosiaalioikeus. Helsinki 2008, s. 95–100.

semääräämisoikeuteen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen. Ongelmana pidettiin erityisesti tahdosta riippumattomien hoitokeinojen laajaa käyttöä laitoksissa. Periaatekomitean mietinnössä viitattiin kyllä YK:n taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaan yleissopimukseen, jonka ratifiointi oli juuri tuolloin kesken²¹, mutta korostettiin, ettei komitea halunnut ottaa kantaa sosiaalisia oikeuksia koskevaan kysymykseen, koska niiden sisällyttäminen Suomen perusoikeusjärjestelmään oli tuolloin valtiosääntökomitean tutkittavana²².

Vuonna 1984 voimaan tullut sosiaalihuollon yleislaki, sosiaalihuoltolaki (710/1982), merkitsi selkeää irtiottoa vanhasta köyhäinhoidollisesta perinteestä. Sosiaalihuollon palveluiden nähtiin nyt koskevan väestöä kokonaisuudessaan, ei pelkästään huono-osaisia. Sosiaalihuoltolakia koskevassa hallituksen esityksessä sosiaalihuollon yleistavoitteiksi määriteltiin

”väestön sosiaalisen turvallisuuden ja suoriutumisen ylläpitäminen ja edistäminen. Näiden tavoitteiden toteuttamisesta huolehtii *yhteiskunta* kasvavassa määrin perheen ja muiden lähiyhteisöjen rinnalla. Toisaalta on nähtävä, ettei tavoitteita voida saavuttaa pelkästään yhteiskunnan toimesta palvelujärjestelmiä tehostamalla ja taloudellista tukea lisäämällä, vaan samanaikaisesti on myös muilla keinoin tuettava ihmisen itsenäistä selviytymistä vaikeuksista sekä pyrittävä vahvistamaan *kansalaisten solidaarisuutta* ja vastuuntuntoa. [...] Sosiaalihuollon tavoitteeksi on aiempaa selkeämmin asetettu pyrkimys *yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen* ja *tasa-arvoisuuteen* [kurs. T. K.]”²³

Edellä esitellyistä lainauksista käy ilmi, että suomalaisen hyvinvointivaltion luomisen vuosikymmenillä ei vielä juurikaan puhuttu kansalaisten tai yksilöiden ”sosiaalisista oikeuksista”. Lainvalmisteluaineistossa esiintyvät sen sijaan sellaiset käsitteet kuin ”väestö”, ”kansalaisryhmän oikeus”, ”kansalaisten solidaarisuus” ja ”yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus ja tasa-arvo”. Termi ”kansalainen” kyllä esiintyy aineistossa, mutta vain harvakseltaan. Lisäksi on syytä muistuttaa, että kansalaisuudella ei vielä 1960-luvun sosiaalipolitiikassa ollut yksilöön kiinnittyvää eetosta, vaan se viittasi pikemminkin kansaan. Hyvästä esimerkistä käy Pekka Kuusen vuonna 1961 ilmestynyt teos *60-luvun sosiaalipolitiikka*, jossa hän kirjoitti, että ”kansalaisen paras” oli asetettava yhteiskuntapolitiikan ylimmäksi

²¹ Sosiaalihuollon periaatekomitean mietintö 1971:A 25, s. 10.

²² Ibid., s. 31.

²³ HE 102/1981 vp: Hallituksen esitys sosiaalihuoltolaiksi, s. 5

tavoitteeksi. Kansalaisen parhaalla Kuusi tarkoitti kansalaisten elintason yleistä kohoamista, mikä tapahtui kansantuloa kartuttamalla ja tasoittamalla.²⁴ Kansalaisuus ei Kuusen ajattelussa ollut siten yksilökansalaisuutta, vaan kansankunnan kollektiiviseen (taloudelliseen) etuun kiinnittyvää kansalaisuutta. Kuusen näkemystä kritisoiitiinkin heti tuoreeltaan tietyyppisestä autoritaarisuudesta ja jopa totalitarismista, sillä yksilö valjastettiin yksioikoisesti taloudellisen kasvun edistäjäksi.²⁵

Yksilön sosiaalisia oikeuksia koskevan diskurssin olemattomuutta suomalaisen hyvinvointivaltion rakentamisen vuosikymmeninä voidaan selittää pohjoismaisille hyvinvointivaltioille tyypillisen eetoksen kautta. Sakari Hännisen mukaan pohjoismaisen hyvinvoinnin (Suomi mukaan lukien) eetos on luonteeltaan ennen kaikkea poliittista. ”Tämä eetos on kehkeytynyt kamppailutilanteissa, joiden osapuolet ovat voineet erimielisyyksistään huolimatta kommunikoida keskenään tunnustamalla toisensa molemminpuolisesti.”²⁶ Pohjoismaiselle hyvinvoinnin eetokselle on siten tyypillistä solidaarisuus, jossa kaikille suodaan mahdollisuus antaa oma panoksensa ja kokea ylpeyttä ilman erityistä kiitollisuudenvelkaa hyväosaisia kohtaan. Hänninen viittaaakin pohjoismaisten sosiaaliturvajärjestelmien syntyyn eri väestöryhmien, poliittisten puolueiden sekä työmarkkinajärjestöjen välisen kamppailun ja kompromissien tuloksena. Hänninen määrittelee poliittisuuden Jacques Rancièren filosofisen ajattelun mukaisesti. Tässä ajattelussa todellisen politiikan (ja demokratian) mahdollisuus ei määriy yksilön oikeuksien, vaan kamppailun ja erimielisyyden kautta.²⁷

Eräs huomautus on kuitenkin vielä paikallaan, ennen kuin siirrytään tarkastelemaan sosiaalisia oikeuksia koskevan diskurssin läpimurtoa Suomessa. Vaikka lainvalmisteluasiakirjoissa ei 1960- ja 1970-luvuilla vielä puhuttukaan yksilön sosiaalisista oikeuksista, itse lainsäädännössä toki käytettiin termiä ”oikeus”. Esimerkiksi vuoden 1961 työntekijäin eläkelain 4 §:ssä säädettiin, että ”[t]yöntekijällä on *oikeus* vanhuus- ja työkyvyttömyyseläkkeeseen tämän lain mukaisesti [kurs. T. K.]”. Vuoden 1963 sairausvakuutuslain 4 §:ssä säädettiin puolestaan, että ”[v]akuutetulla on *oikeus* saada sairauden perusteella korvausta tarpeellisen sairaanhoidon kustannuksista

²⁴ *Kuusi, Pekka*: 60-luvun sosiaalipoliittikka. Helsinki 1963 (4. painos), s. 17–28.

²⁵ Kuusen kirjan saamista vastaanotosta ks. *Eräsaari, Risto*: Pekka Kuusi ja kiista kunnan kansalaisesta 50 vuotta sitten. *Tiede & edistys* 3/2011, s. 241–251.

²⁶ *Hänninen, Sakari*: Pohjoismaisen hyvinvoinnin poliittinen eetos. *Tiede & edistys* 1/2001, s. 19–33, s. 29–30.

²⁷ Ks. *Rancièrè, Jacques*: *Erimielisyys*. Helsinki 2009.

ja sairaudesta johtuvasta työkyvyttömyydestä päivärahaa sekä raskauden ja synnytyksen perusteella korvausta niistä johtuvista tarpeellisista kustannuksista ja äitiysrahaa [kurs. T. K.]” Kyse ei kuitenkaan ole abstrakteista toimeentuloturva- tai terveyttä koskevista sosiaalisista oikeuksista, vaan oikeudesta tiettyyn konkreettiseen sosiaalietuuteen.

3 SOSIAALISIA OIKEUKSIA KOSKEVAN DISKURSSIN LÄPIMURTO

Sosiaalisia oikeuksia koskeva puhe ilmestyi suomalaista sosiaalilainsäädäntöä koskevaan lainvalmisteluaineistoon vasta 1990-luvulla. Sosiaalisista perusoikeuksista puhuttiin kyllä jo 1970-luvun lainvalmisteluaineistossa, mutta se tapahtui sosiaalilainsäädännön ulkopuolella. Sosiaaliin perusoikeuksiin viitattiin ennen kaikkea valtiosääntökomiteoiden mietinnöissä. Esimerkiksi ensimmäisen valtiosääntökomitean välimietinnössä vuodelta 1974 todettiin, että taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien ”miltei täydellinen puuttuminen perustuslaeista on epäkohta, joka on korjattava”. Välimietinnössä todettiin myös, että

”[taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien] toteutuminen onkin kansalaisten hyvinvoinnille ja elämisen laadulle aivan yhtä tärkeää kuin esimerkiksi poliittisten perusoikeuksien turvaaminen.”²⁸

Sosiaalisina perusoikeuksina valtiosääntökomitea mainitsi oikeuden ihmisarvoiseen elämään, oikeuden toimeentulon turvaan, oikeuden asuntoon sekä oikeuden terveydensuojaan ja sairaanhoitoon. Valtiosääntökomitean kanta ja sen mainitsemat sosiaaliset perusoikeudet toistettiin toisen valtiosääntökomitean mietinnössä.²⁹

Kesti kuitenkin kaksi vuosikymmentä, ennen kuin suomalainen perusoikeusjärjestelmä uudistettiin. Vuonna 1992 asetetun perusoikeuskomitean kannat eivät poikenneet sosiaalisten oikeuksien osalta juurikaan valtiosääntökomiteoiden esittämistä näkemyksistä. Perusoikeusuudistus koettiin edelleen tarpeelliseksi muun muassa siksi, että kansallinen perusoikeusjärjestelmä oli vanhentunut verrattuna kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.

²⁸ Valtiosääntökomitean välimietintö 1974:27. Helsinki, s. 124.

²⁹ Toisen valtiosääntökomitean mietintö 1975:88. Helsinki, s. 121.

Erityisesti sosiaalisten perusoikeuksien lisäämistä perustuslakiin pidettiin tarpeellisena. Perusoikeuskomitean mietinnössä todettiin, että

”[p]ohjoismaiseen hyvinvointiyhteiskuntaan ja -valtioon kuuluu *kaikkien maassa asuvien oikeus* turvalliseen elämään riippumatta heidän asemastaan työelämässä, perhesuhteistaan ja sosiaalisesta asemastaan tai muista vastaavista tekijöistä [kurs. T. K.]”³⁰

Perusoikeuskomitea viittasi sekä toimeentuloturvaan että sosiaali- ja terveyspalveluja koskevien perusoikeussäännösehdotustensa yhteydessä Suomea velvoittaviin YK:n taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaan yleissopimukseen (SopS 6/1976), Kansainvälisen työjärjestön sopimukseen sekä Euroopan sosiaaliseen peruskirjaan (SopS 44/1991).³¹ Myöhemmin myös perusoikeusuudistuksesta annetussa hallituksen esityksessä viitattiin sosiaalisten perusoikeuksien yhteydessä samoihin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.³²

Sosiaalisia oikeuksia koskevan diskurssin voimistuminen näkyi sosiaaliturvalainsäädäntöä koskevassa lainvalmisteluaineistossa ensimmäisenä sosiaali- ja terveydenhuoltolainsäädännön alalla. Esimerkiksi jo vuoden 1992 potilaslakia koskeneessa hallituksen esityksessä korostettiin lain yhteyttä kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, joissa sopimusvaltiot tunnustavat jokaiselle oikeuden nauttia mahdollisimman hyvästä ruumiin- ja mielenterveydestä.³³ Potilaslaissa säädetään potilaan oikeudesta hyvään hoitoon ja kohteluun, potilaan tiedonsaantioikeudesta ja itsemääräämisoikeudesta. Vuonna 2011 voimaan tulleesta terveydenhuoltolaista (1326/2010) annetussa hallituksen esityksessä on jo kokonaan oma lukunsa sosiaalisten perusoikeuksien merkityksestä terveydenhuollossa. Esityksessä todettiin, että perustuslain (731/1999) 19.1 §:ssä jokaiselle turvattu oikeus huolenpitoon tarkoittaa sosiaali- ja terveyspalveluita, joiden tulee olla perustuslain 19.3 §:n mukaan riittävät.

Myös sosiaalihuoltoa koskevassa lainvalmisteluaineistossa viittaukset yksilöiden sosiaalisiin ihmis- ja perusoikeuksiin ovat yleistyneet. Esimer-

³⁰ Perusoikeuskomitean mietintö 1992:3. Helsinki, s. 333.

³¹ Ibid.

³² HE 309/1993 vp: Hallituksen esitys perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta, s. 8–9, 18–19. Sosiaalisten ihmisoikeuksien rantautumisesta Suomeen ks. *Hyttinen, Sanna*: Sosiaaliset oikeudet ja Suomi – sitomattomista tavoitteista Euroopan ihmisoikeussopimuksen varjoon. Teoksessa *Muuttuva sosiaalioikeus*. Helsinki 2013, s. 273–296.

³³ HE 185/1991 vp: Hallituksen esitys laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista, s. 5–6.

kiksi hallituksen esityksessä laiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000) viitattiin kattavasti hallitusmuodon (94/1919) 15 a §:ään (nykyisin perustuslain 19 §) sekä Suomea velvoittaviin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Myös tuoreessa sosiaalihuollon uudistamistyöryhmän loppuraportissa sosiaalihuolto ankkuroidaan sosiaalisiin perusoikeuksiin. Vaikka raportissa mainitaan myös solidaarisuus ja yhteisvastuu, siinä todetaan, että

”[h]yvin toimiva sosiaalihuolto ja siihen liittyvä palvelujärjestelmä ovat keskeinen osa ihmisten hyvinvoinnin ja perusoikeuksien toteuttamista. Sosiaalihuollon järjestämisen perusta on perustuslaissa, erityisesti sen 19 §:ssä. Se turvaa jokaiselle oikeuden välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon ja asettaa julkiselle vallalle veloitteen riittävien sosiaali- ja terveystalvelujen järjestämiseen.”³⁴

Yksilön sosiaalisia oikeuksia koskevan puheen yleistymisen sosiaali- ja terveydenhuoltoon koskevassa lainvalmisteluaineistossa viestii paternalistisen ajattelutavan ja hoitoideologian väistymisestä.³⁵ Asiakas ei ole enää viranomaistoimien ”kohde”, vaan hänellä on oikeus hyvään sosiaali- ja terveydenhuoltoon sekä oikeus osallistua hoidon suunnitteluun ja määrittelyyn itsemääräämisoikeuden perusteella.

Viittaukset jokaiselle kuuluviin sosiaalisiin (perus)oikeuksiin ovat siten tulleet pysyväksi osaksi sosiaalilainsäädännön lainvalmisteluaineistoa. On tosin huomautettava, että kun 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä uudistettiin toimeentuloturva koskevaa lainsäädäntöä, se tapahtui ilman viittauksia sosiaalisiin perusoikeuksiin. Työttömyysturvalakia (1290/2002), sairausvakuutuslakia (1224/2004), työntekijän eläkelakia (395/2006) ja kansaneläkelakia (568/2007) koskevissa hallituksen esityksissä ei viitata sosiaalisiin perusoikeuksiin. Tämä selittyy sillä, että kyseinen kokonaisuudistus oli pitkälti lakitekninen. Uudistuksella tyydyttiin lähinnä selkiyttämään toimeentuloturva koskevia säännöksiä ja sääntelyä puuttumatta juurikaan oikeuksien sisältöön.

³⁴ Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2012:21. Helsinki, s. 11.

³⁵ Ks. *Tuori – Kotkas* 2008, s. 409.

4 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Voidaan siis väittää, että suomalainen hyvinvointivaltio tuli rakennetuksi ja kansalaisten sosiaaliset oikeudet tunnustetuiksi 1960–1980-lukujen kuluessa ilman, että erikseen ja nimenomaisesti olisi puhuttu kansalaisten tai yksilön sosiaalisista perus- ja ihmisoikeuksista. Minkälaisia muutoksia 1990-luvulla läpi lyönyt eksplisiittinen puhe sosiaalisista perusoikeuksista on sitten tuonut mukanaan? Mitä siitä on seurannut? Yleisellä tasolla – ei siis pelkästään sosiaalisia perusoikeuksia koskien – perusoikeuksien merkityksen kasvun vaarana on pidetty ylikonstitutionalisoitumista. Termillä tarkoitetaan yhtäältä politiikan oikeudellistumista ja toisaalta oikeuden politisoitumista.³⁶

Voidaan siis ensiksikin kysyä, onko kansallinen *sosiaalipolitiikka oikeudellistunut* sosiaalisia perusoikeuksia koskevan diskurssin voimistuttua. Ainakin sosiaalilainsäädäntöä koskevassa lainvalmisteluaineistossa viitataan tänä päivänä tavallisesti yksilöiden sosiaaliin perus- ja ihmisoikeuksiin, sen sijaan että argumentoitaisiin (ainoastaan) sosiaalisella oikeudenmukaisuudella, solidaarisuudella ja tulonjakovaikutuksilla. Kuten esimerkiksi edellä siteeratussa sosiaalihuollon uudistamistyöryhmän loppuraportissa todettiin, ”sosiaalihuollon järjestämisen perusta on perustuslaissa, erityisesti sen 19 §:ssä.” Vaikka puhe yksilöiden sosiaalisista oikeuksista onkin voimistunut, se ei kuitenkaan vielä tarkoita, että sosiaalipolitiikka olisi välttämättä oikeudellistunut. Tuleekin kysyä edelleen, ovatko sosiaaliset oikeudet alkaneet rajoittaa lainsäätäjän valintoja sosiaalipolitiikan alalla.

Tähän kysymykseen voidaan yrittää vastata esimerkiksi tarkastelemalla perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä perustuslain 19 §:ää koskevissa asioissa. Raija Huhtanen on tuoreessa artikkelissaan analysoinut, minkälaisia oikeusvaikutuksia perustuslakivaliokunta on antanut perustuslain 19 §:n säännöksille perusoikeusuudistuksen voimaantulosta saakka.³⁷ Huhtasen analyysin perusteella voidaan väittää, että huoli sosiaalipolitiikan oikeudellistumisesta on jokseenkin aiheeton. Perustuslakivaliokunta on sosiaalisia

³⁶ Ks. *Tuori, Kaarlo*: Tuomarivaltio – uhka vai myytti? *Lakimies* 6/2003, s. 915–943, s. 916.

³⁷ *Huhtanen, Raija*: Sosiaaliset perusoikeudet perustuslakivaliokunnan käytännössä. Teoksessa *Muutuva sosiaalioikeus*. Helsinki 2013, s. 161–191. Huhtasen analyysi kattaa kaikki lausunnot ja mietinnöt, joissa perustuslakivaliokunta on viitannut perustuslain 19 §:ään ajanjaksolla 1.8.1995–31.12.2012. Tällaisia lausuntoja on 119 ja mietintöjä kaksi.

perusoikeuksia koskevissa lausunnoissaan edustanut melko varovaista linjaa. Se on esimerkiksi välttänyt määrittelemästä perustoimeentuloturvan vähimmäistasoa ja tyytynyt arvioimaan perustoimeentuloturvan tasoon tehtäviä leikkauksia tapauskohtaisesti. Yleensä ehdotetut leikkaukset ovat edellyttäneet vain esitettyjen säännösten täsmentämistä, jotta lait on voitu säätää tavallisessa lainsäätämisyksessä.³⁸

Entä sitten ylikonstitutionalisoitumisen toinen ulottuvuus, oikeuden politisoituminen? Kysymys on ennen kaikkea tuomiovallan tunkeutumisesta lainsäädäntövallan alueelle. Missä määrin kansalliset *toimeentuloturvan muutoksenhakulautakunnat, vakuutus-oikeus ja hallintotuomioistuimet ratkaisevat kysymyksiä, joista päättäminen kuuluisi sosiaalipoliittiseen päätöksentekoon*? Sosiaalisia oikeuksia koskevassa teoreettisessa keskustelussa on toisinaan väitetty, että sosiaalisista oikeuksista päättämisen ei tulisi kuulua lainkaan tuomioistuimille. Esimerkiksi Conor Gearty on kirjoittanut, että

”kaikkien tehottomin tapa varmistaa sosiaalisten oikeuksien toteutuminen on niiden ylenmääräinen keskittäminen tuomioistuimiin; näiden oikeuksien konstitutionalisoituminen on erityisen katastrofaalista, missä ikinä sitä tapahtuu.”³⁹

Gearty luettelee useita argumentteja sitä vastaan, että sosiaalisia oikeuksia koskevaa päätösvaltaa annettaisiin tuomioistuimille. Se olisi ensinnäkin epädemokraattista ja loukkaisi valtiollisen vallanjaon peruseriaatteita. Toisekseen sosiaaliset perusoikeudet ovat yleensä määritelty perustuslaeissa liian yleisluontoisesti, jotta niiden täytäntöönpano tuomioistuimissa olisi mahdollista. Niitä koskevien juttujen ajaminen viranomaisia vastaan tuomioistuimissa olisi aikaa vievää ja kallista. Kolmanneksi tuomioistuimilla ei – ainakaan yleisillä tuomioistuimilla – ole valmiuksia ja asiantuntemusta käsitellä sosiaalisten oikeuksien täytäntöönpanoon liittyviä resurssi- ja priorisointikysymyksiä. Sosiaalisia oikeuksia koskevilla yksittäisillä ratkaisuilla

³⁸ Ibid., s. 175–178. En suinkaan tarkoita sitä, etteivätkö perustuslakivaliokunnan toiminnassa oikeudelliset ja poliittiset näkökohdat sekoittuisi keskenään. Kuten Sakari Hänninen on havainnollistanut, perustuslakivaliokunta joutuu sosiaalisiin perusoikeuksiin liittyviä lakiehdotuksia käsitellessään väistämättä ottamaan kantaa sosiaalipoliittisiin kysymyksiin. Ks. *Hänninen, Sakari: Tosiasioiden merkityksestä Suomen sosiaalioikeuden laillisuusvalvonnan*. Teoksessa *Muuttuva sosiaalioikeus*. Helsinki 2013, s. 193–215, s. 199–206. Väitän ainoastaan, että sosiaalisten perusoikeuksien lisääminen perustuslakiin ei ole toistaiseksi liiemmin oikeudellistanut kansallista sosiaalipoliittista päätöksentekoa.

³⁹ *Gearty, Conor – Mantouvalou, Virginia: Debating Social Rights*. Oxford and Portland, Oregon 2008, s. 1.

olisi usein laajempia sosiaali- ja talouspoliittisia vaikutuksia.⁴⁰ Gearty ei halua kiistää sosiaalisten oikeuksien merkitystä, mutta korostaa, että niistä päättäminen kuuluu poliittiselle areenalle. Sosiaalisia oikeuksia koskevassa teoreettisessa keskustelussa on toki esitetty myös vastakkaisia näkemyksiä. On esimerkiksi väitetty, että kaikissa oikeuksissa – myös vapaus- ja poliittisissa oikeuksissa – on aina kyse resurssienjaosta ja että kaikki oikeudet ovat luonteeltaan ”sosiaalisia”.⁴¹

Jotta olisi mahdollista vastata oikeuden politisoitumista koskevaan kysymykseen, tulisi tutkia kattavasti ja johdonmukaisesti toimeentuloturvajärjestelmän muutoksenhakulautakuntien, vakuutus-oikeuden, hallinto-oikeuksien ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytäntöjä. Tästä näkökulmasta ei tietääkseni ole tehty tutkimusta, ja sosiaaliturvan muutoksenhakua on muutenkin tutkittu varsin vähän.⁴² Olen itse analysoinut korkeimman hallinto-oikeuden lainkäyttöä niiden ratkaisujen osalta, joissa se on perusteluissaan vedonnut sosiaalisiin perusoikeuksiin eli perustuslain 19 §:ään. Kaiken kaikkiaan tällaisia ratkaisuja on perusoikeusuudistuksen jälkeen annettu varsin vähän. Ainakaan näiden ratkaisujen perusteella ei voida väittää, että korkein hallinto-oikeus olisi omaksunut itselleen sosiaalipoliittista roolia. Esimerkiksi muutamissa terveydenhuollon palveluiden priorisointia koskevissa ratkaisuissaan se on välttänyt ottamasta laajempaa kantaa kuntien tekemiin priorisointilinjauksiin. Korkein hallinto-oikeus on sen sijaan kiinnittänyt ratkaisuissaan huomiota siihen, etteivät priorisointilinjaukset saa loukata perustuslain 6 §:n ja potilaslain 3 §:n yhdenvertaisuus- ja syrjintäkieltosäännöksiä. Priorisointi on sallittua, jos sille on olemassa hyväksyttävät syyt ja jos palveluiden hakijoiden yksilökohtainen tarve tulee otetuksi huomioon.⁴³

Monissa muissa maissa korkeimmat tuomioistuimet sekä alueellisten ja kansainvälisten organisaatioiden omat tuomioistuimet ja valvontaelimet

⁴⁰ Ibid., s. 58–69.

⁴¹ Ks. *Barak-Erez, Daphne – Gross, Aeyal M.*: Introduction: Do We Need Social Rights? Questions in the Era of Globalisation, Privatisation, and the Diminished Welfare State. Teoksessa Barak-Erez, Daphne – Gross, Aeyal M. (eds.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford and Portland, Oregon 2011, s. 1–8.

⁴² *Pajukoski, Marja*: Turvaako muutoksenhaku sosiaalisten oikeuksien toteutumista? Teoksessa *Muuttuva sosiaalioikeus*. Helsinki 2013, s. 239–269.

⁴³ Toukokuun 2013 loppuun mennessä tällaisia ratkaisuja oli Finlex- ja Edilex-tietokantoihin tehtyjen hakujen perusteella annettu yhteensä 19 kappaletta, joista 15 oli vuosikirjaratkaisua ja neljä muuta ratkaisua. Ks. *Kotkas, Toomas*: Perustuslain 19 §:n sosiaaliset perusoikeudet korkeimman hallinto-oikeuden lainkäytössä. Teoksessa *Muuttuva sosiaalioikeus*. Helsinki 2013, s. 217–237.

ovat sen sijaan aktiivisesti edistäneet sosiaalisia ihmis- ja perusoikeuksia muutaman viimeisen vuosikymmenen aikana.⁴⁴ Sosiaalisille ihmis- ja perusoikeuksille oikeuskäytännössä annettu rooli kuitenkin vaihtelee maittain ja oikeusjärjestyksittäin. Malcolm Langfordin mukaan vaihtelua voidaan selittää ainakin neljällä seikalla, jotka ovat vuorovaikutuksessa keskenään. Ensimmäisenä Langford mainitsee yhteiskunnallisten toimijoiden järjestyneisyyden tason. Mitä vahvempia ja aktiivisempia kansalaisliikkeet (*social movements*) ovat, sitä todennäköisempää on, että sosiaalisia oikeuksia vaaditaan myös tuomioistuinteitse. Toinen seikka liittyy siihen, onko sosiaalisia oikeuksia kyetty edistämään poliittisen järjestelmän kautta. Tuomioistuimet ovat ”vastaanottavaisempia” sosiaalisia oikeuksia koskeville vaateille, jos lainsäätäjä ja valtio ovat epäonnistuneet niiden toteuttamisessa. Kolmas seikka koskee tuomioistuinkulttuuria. Jos jonkin valtion tuomioistuinlaitoksella on ennestään vahvat perinteet kansalais- ja poliittisten oikeuksien edistämisessä, sitä todennäköisemmin se myös edistää ”uudempia” sosiaalisia ihmis- ja perusoikeuksia. Neljäs seikka liittyy puolestaan kunkin yhteiskunnan yleisempään ihmisoikeuskulttuuriin; siihen miten yhteiskunnan (viranomais)toimijat suhtautuvat sosiaalisiin ihmisoikeuksiin liittyviin arvoihin sekä ihmisoikeusloukkauksiin.⁴⁵

Miten tilannetta Suomessa tulisi arvioida näiden tekijöiden osalta? En ota tässä kantaa kansalaisliikkeiden asemaan nykypäivän suomalaisessa yhteiskunnassa, mutta sen sijaan totean yleisellä tasolla, että kansalaisyhteiskuntaa ja valtiota ei Suomessa – kuten muissakaan Pohjoismaissa – ole perinteisesti nähty toisilleen vastakkaisina toimijoina.⁴⁶ Valtiosta irrallisten ja sille vastakkaisten sosiaalisten kansalaisliikkeiden perinne on Suomessa siksi ohut. Mitä tulee sosiaalisten oikeuksien turvaamiseen lainsäädännössä ja käytännössä, selvää lienee, että suomalaisen sosiaaliturvan taso on kansainvälisesti tarkastellen ollut varsin korkea viimeistään 1980-luvulta lähtien. Sosiaalisten oikeuksien toteutumista ei siten ole tarvinnut vaatia tuomioistuimissa. Suomalaista tuomioistuinkulttuuria on puolestaan tavallisesti luonnehdittu varsin legalistiseksi. Korkeimman hallinto-oikeuden ”legalis-

⁴⁴ Ks. esim. Malcolm Langford (ed.): *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge 2009.

⁴⁵ *Langford, Malcolm: The Justiciability of Social Rights: From Theory to Practice*. Teoksessa Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge 2009, s. 9–11.

⁴⁶ ”Valtion” ja ”yhteiskunnan” käsittehistoriallisesta analysistä ks. *Kettunen, Pauli: Yhteiskunta*. Teoksessa Hyvärinen, Matti et al. (toim.), *Käsitteet liikkeessä. Suomen poliittisen kulttuurin käsittehistoria*. Tampere 2003, s. 167–212, s. 169–174.

tisen pidättyvää ja niukkaa” perustelulinjaa on ohjannut pyrkimys välttää ratkaistavien tapausten tosiasia-aineistosta irtaantuvia, liian periaatteellisia kannanottoja.⁴⁷ Tätä taustaa vasten ei olekaan yllättävää, että korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännöstä ei löydy ”korkean profiilin” sosiaalisia ihmis- ja perusoikeuksia koskevia juttuja. Ja tuskin niitä löytyy vakuutus-oikeudenkaan oikeuskäytännöstä. Neljännen tekijän – yleisen ihmisoikeuskulttuurin – osalta voidaan todeta, että tilanne ei Suomessa ole kaikilta osin tyydyttävä. Esimerkiksi eduskunnan oikeusasiamies raportoi vuosittain lukuisista perusoikeus- ja ihmisoikeusloukkauksina pidettävistä virheistä ja laiminlyönneistä sosiaali- ja terveysministeriön hallinnon alalla.⁴⁸ Näiden loukkauksien taustalla tuskin vaikuttaa tietoisesti kriittinen suhtautuminen perus- ja ihmisoikeuksiin, kyse on pikemminkin tietämättömyydestä. Viranomaisten tietoisuutta perus- ja ihmisoikeuksista onkin perusoikeusuudistuksesta lähtien pyritty aktiivisesti kasvattamaan. Viimeisimpänä toimena on vuonna 2011 eduskunnan oikeusasiamiehen kanslian yhteyteen perustettu Ihmisoikeuskeskus, jonka tehtävänä on edistää perus- ja ihmisoikeuksia ja laatia selvityksiä niiden toteutumisesta.

Yhteenvetona on todettava, että luetelluista neljästä tekijästä erityisesti suomalaisen sosiaaliturvan suhteellisesti korkea taso sekä ”legalistinen” tuomioistuinkulttuuri ovat vaikuttaneet siihen, ettei tuomioistuinten ole Suomessa tarvinnut tehdä sosiaalipoliittisia linjauksia. Huoli oikeuden (sosiaali)politisoitumisesta on siten jokseenkin aiheeton.

Mitä merkitystä sosiaalisia oikeuksia koskevan puheen voimistumisella sitten lopulta on ollut, kun kerran mikään ei näytä viittaavan ylikonstituti-onalisoitumiseen? Ehkä kaikkein merkittävintä muutos on ollut laillisuusvalvonnan alueella. Sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet ovat tarjonneet eduskunnan oikeusasiamiehelle ja valtioneuvoston oikeuskanslerille uuden käyttökelpoisen työkalun hallinnon laillisuusvalvontatyössä. Kummankin tehtäviin kuuluu nimenomaisesti perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvonta.⁴⁹ Tältäkin osin konkreettisten vaikutusten arvioiminen lienee kuitenkin vielä liian aikaista. Raija Julkusen mukaan yksilön sosiaalisia

⁴⁷ Ks. kootusti *Määttä, Tapio*: Havaintoja KHO:n sosiaali- ja terveydenhuoltoasioita koskevien vuosikirjapäätösten perusteluista. Teoksessa Miettinen, Tarmo – Muukkonen, Matti (toim.), *Juhlakirja Pentti Arajärvi 1948 – 2/6 – 2008*. Joensuu 2008, s. 391–411, s. 405–407. Ks. myös *Lavapuro, Juha*: Uusi perustuslakikontrolli. Helsinki 2010, s. 124.

⁴⁸ Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2012 s. 102–104. Ks. myös Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomus vuodelta 2012, s. 93–94.

⁴⁹ Laki valtioneuvoston oikeuskanslerista 193/2000, 4.2 §; laki eduskunnan oikeusasiamiehestä 197/2002, 3.2 ja 12.1 §.

oikeuksia koskevan puheen voimistuminen on joka tapauksessa siirtänyt suomalaista sosiaalidemokraattista hyvinvointivaltiota lähemmäksi kohti brittiläistä sosiaaliliberalistista mallia, jossa sosiaaliset oikeudet ovat jotakin, mitä yksilöt ikään kuin omistavat.⁵⁰ Ehkä voimmekin abstraktilla tasolla puhua suomalaisen hyvinvoinnin perinteisen eetoksen siirtymästä. Tuo eetos ei ole enää yksinomaan poliittinen, vaan yhä enenevässä määrin myös juridinen.

⁵⁰ *Julkunen* 2006, s. 191.

Uudistunut valvontamenettely ja sen haaste asianajajan ammattietiikalle

1 ASIANAJAJAKUNNAN AMMATTIETIIKKA

Keskusteltaessa uuden lain eli lain luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista aiheuttamista muutoksista valvontalautakunnan työskentelyssä professori Pia Letto-Vanamo nosti esille yhden uudistuksen yhteydessä taka-alalle jääneen, mutta ensiarvoisen tärkeän kysymyksen siitä, mitä asianajajien ammattikunnan eettiselle koodistolle merkitsee, että sitä sovelletaan sekä asianajajiin että valvonnan alla oleviin luvan saaneisiin oikeudenkäyntiavustajiin. Tähän kysymykseen ei ole helppoa vastausta, ja asia on jäänyt vaivaamaan tuosta hetkestä lähtien. Yritän hakea siihen joitakin lähestymiskulmia tässä kirjoituksessa.

Hyvää asianajajatapaa on pidetty nk. pehmeänä sääntelynä, jonka sisältö on kodifioitu hyvää asianajajatapaa koskeviin ohjeisiin. Viimeksi ohjeet on uudistettu vuonna 2009 ja ne on koottu erilliseksi kirjaseksi asianajajakunnan käyttöön. Koottujen tapaohjeiden lisäksi Suomen Asianajajaliiton (jäljempänä Asianajajaliitto) ja valvontalautakunnan nettisivuilla on julkaistu lyhyt selitysteos hyvän asianajajatavan sisällöstä, ja tulkinnan apuna voidaan käyttää myös valvontalautakunnan kanteluasioihin antamia ratkaisuja.

Hyvä asianajajatapa on ollut asianajajakunnan *communis opinio* hyvän ammattilaisen noudattamista tavoista ja käytänteistä. Hyvä asianajajatapa on legalisoitu asianajajalaissa (laki asianajajista 5 § 1 momentti ja Suomen Asianajajaliiton sääntöjen 33 §). Tähän virallistettuun itsesääntelyyn on liitetty ankarammat sanktiot ja paremmat oikeusturvatakeet kuin viranomaisten antamiin epävirallisiin ratkaisusuosituksiin ja vastaaviin ohjeisiin, joista oikeussuojakeinot saattavat kokonaan puuttua. Syntyhistoriansa perusteella hyvää asianajajatapaa koskevia ohjeita voidaan pitää tapaoikeutena oikeuslähdeopillisessa mielessä.¹

¹ Siltala, Raimo: Kommentteja kritiikkiin, kritiikkiä kommentteihin, s. 288. Teoksessa Kolehmainen, Esa (toim.), Oikeus ja kritiikki I – Raimo Siltalan oikeustieteen tietenteoria. Helsinki 2009.

Hyvän asianajajataivan rikkominen on sanktioitu ja sen noudattamista valvoo valvontalautakunta. Sanktioina ovat huomautus, varoitus, seuraamusmaksu ja Asianajajaliitosta erottaminen. Lautakunnan päätöksistä on myös mahdollista hakea muutosta Helsingin hovioikeudelta ja korkeimmalta oikeudelta.

Edellä mainittu asianajajakunnan omavalvonta kohdistui vuoteen 2013 asti Asianajajaliiton jäseniin, jotka vastasivat myös palveluksessaan olleiden avustavien lakimiesten ja muun henkilökunnan valvonnasta. Samalla tavoin julkiset oikeusavustajat olivat lainsäädännöllisesti valvonnan piirissä, sillä valtion oikeusaputoimistoista annetun lain 6 §:n nojalla julkinen oikeusavustaja on valvontalautakunnan valvonnan alainen ja hänen tulee kaikissa toimeksiannoissaan noudattaa hyvää asianajajatapaa.

Valvontalautakunnan valvonnan lisäksi asianajajat ja julkiset oikeusavustajat ovat olleet valtioneuvoston oikeuskanslerin ja julkiset oikeusavustajat myös eduskunnan oikeusasiamiehen valvonnan alaisia. Päällekkäisvalvonta on aiheuttanut joskus ongelmia, kun eduskunnan oikeusasiamies ja apulaisoikeuskansleri ovat ratkaisseet julkisia oikeusavustajia koskevia kanteluita, jotka ovat kohdistuneet lähinnä ammatillisten eettisten velvollisuuksien rikkomiseen. Joissakin tapauksissa tällainen julkisen oikeusavustajan toiminnan tarkastelu pelkäästään virkamiesoikeudelliselta kannalta katsottuna on ollut lievempää kuin mihin asianajajia ja julkisia oikeusavustajia valvova valvontalautakunta olisi vakiintuneen ratkaisukäytäntönsä nojalla päätynt. Päällekkäisyyden poistamiseksi ammattieettiset kantelut tulisikin siirtää ratkaistavaksi valvontalautakunnassa, sillä hyvän asianajajataivan määrittely ja sen soveltaminen tapahtuu parhaiten yhtenäisesti sitä varten perustetussa ratkaisuelimessä.

2 LUVAN SAANEISTA OIKEUDENKÄYNTIAVUSTAJISTA ANNETUN LAIN TUOMA MUUTOS VALVONTAKENTÄSSÄ

Lakia säädettyessä uudistettiin myös asianajajien ja julkisten oikeusavustajien valvonta. Asianajajaliiton yhteyteen, kuitenkin siitä riippumattomaksi, perustettiin valvontalautakunta, jolle asianajajien oikeusavustajien sekä lupalakimiesten valvonta uskottiin.² Valvontalautakuntaan perustettiin yksi uusi

² Laki asianajajista 6 a §.

jaosto ja samalla määrättiin, että lupalakimiehiä koskevia kanteluasioita käsittelevän jaoston puheenjohtajana tulee toimia Asianajajaliittoon kuulumatonta jäsen.³ Tällä menettelyllä haluttiin hälventää lakiuudistuksen käsittelyn yhteydessä nousseita epäilyjä valvottavien epätasa-arvoisesta kohtelusta.⁴

Laki luvan saaneista oikeusavustajista on tuonut valvontalautakunnan arkeen lukuisia uusia valvottavia⁵. Valvontaan liittyvät rajanvedot ovat synnyttäneet myös paljon uudenlaista harkintaa muuttuneiden määrittelyjen myötä.

Asianajajien ja julkisten oikeusavustajien kohdalla valvonta on muotoutunut vakiintuneen käytännön mukaisesti selkeäksi ja tapahtuu molempien ryhmien osalta kattavasti. Sen sijaan luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien osalta on syntynyt kaksi eri ryhmää: sellaiset, jotka ovat asianajotoimiston palveluksessa avustavina lakimiehinä sekä sellaiset luvan saaneet oikeudenkäyntiavustajat, jotka toimivat täysin itsenäisesti. Jälkimmäisen ryhmän kohdalla valvonta on suppeimmillaan.

Luvan saaneet oikeudenkäyntiavustajat ovat lain 8 §:ssä tarkoitettussa tehtävissään oikeuskanslerin, valvontalautakunnan ja oikeudenkäyntiavustajalautakunnan valvonnan alaisia. Luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut oikeudenkäyntiasiamiehen ja -avustajan tehtävät, minkä lisäksi hänen tulee täyttää kyseisen pykälän 19-kohtainen luettelo niistä erityisistä velvollisuuksista, joita hänen on erityisesti noudatettava. Velvollisuudet ovat kiteytettynä vastaavat kuin hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet, mutta ne eivät kuitenkaan ole identtiset.

2.1 Rajanvetoja asianajajien ja luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien välillä

Asianajajalla on hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden 11.5.-kohdan mukaan laaja valvontavelvollisuus siitä, että hänen koko henkilökuntansa noudattaa hyvää asianajajatapaa. Tämä valvontavelvollisuus ulottuu asianajajasihteereihin ja avustaviin lakimiehiin, jotka voivat olla lakimiehiä tai luvan saaneita oikeudenkäyntiavustajia.

³ Laki asianajajista 7 b § ja laki luvansaaneista oikeudenkäyntiavustajista 11 §.

⁴ Epäily nousi esille lakivaliokunnan käsittelyssä.

⁵ Oikeudenkäyntiavustajalautakunta on myöntänyt luvan 11.2.2014 mennessä 1 157 lakimiehelle.

Asianajajien palveluksessa olevien luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien osalta on selvää, että heidän työsuoritteensa on täytettävä kaikilta osin hyvän asianajajataavan asettamat vaatimukset, mitä valvoo ensisijaisesti hänen toimistaan vastaava asianajaja. Mikäli asianajotoimistossa työskentelevä luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja menettelee hyvän asianajajataavan vastaisesti, herää kysymys rajanvedosta valvonnasta vastaavan asianajajan ja luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan henkilökohtaisen vastuun välillä. Luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan toiminnan valvontaa on rajoitettu tehtäväkohtaisesti ja sisällöllisesti.

Luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja on velvollinen noudattamaan laissa säädettyjä velvollisuuksiaan hoitaessaan niitä oikeudenkäyntitehtäviä, joiden hoitamisen edellytyksenä on oikeudenkäyntiavustajalautakunnan myöntämä lupa. Lupa on oikeudenkäymiskaaren 15 luvun ja lastensuojelulain 86 a §:n mukaan tarpeen toimimiseen oikeudenkäyntiasiamiehenä tai avustajana rikosasiassa tai riitaisessa siviiliasiasa ja toimimiseen lastensuojelulaissa tarkoitettussa asiassa yksityisen asianosaisen asiamiehenä tai avustajana hallinto-oikeudessa tai korkeimmassa hallinto-oikeudessa, taikka henkilön hoitaessa muuta tehtävää, jonka hän on saanut tuomioistuimen määräyksen perusteella ja hoitaessa tehtävää, johon hänet on määrätty oikeusapulaissa tarkoitetuksi avustajaksi. Tämän lisäksi toiminnan valvontaa on laajennettu toimimiseen yleisissä tuomioistuimissa myös muissa oikeudenkäyntiasiamiehen tai avustajan tehtävissä kuin niissä, joissa edellytetään oikeudenkäyntiavustajalautakunnan myöntämää lupaa ja henkilön hoitaessa hallintotuomioistuimissa muitakin kuin lastensuojelulaissa tarkoitettuja tehtäviä.

Tehtäväkohtainen rajanveto luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien valvonnan osalta ei vastaa kuluttajien odotuksia kattavasta valvonnasta, ja valvontalautakunta on muodostanut tulkintalinjaa mahdollisimman suurella plenum-kokoonpanolla. Tehtäväkohtainen rajanveto on tuottanut jo kaksi valvontalautakunnan plenum-ratkaisua. Toisessa ratkaisussa katsottiin, että oikeudenkäyntiavustaja hoitaessaan asiaa, joka oli mahdollista saattaa myös tuomioistuimen ratkaistavaksi, suoritti valvonnanalaista toimintaa, ja toisessa ratkaisussa todettiin, että asiakkaan avustaminen perinnönjaossa, johon oli määrätty pesänjakaja toimittamaan jako, ei kuulunut valvontalautakunnan valvottaviin toimiin.⁶

Luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja vastaa luonnollisesti itse virheistään niissä tehtävissä, joista hän on valvontalautakunnan valvonnan alainen luvan saaneena oikeudenkäyntiavustajana. Muusta hänen toiminnastaan

⁶ Valvontalautakunnan plenum-ratkaisut 14.10.2013 dnro 25013 ja 13.12.2013 dnro 36913.

vastaa häntä valvova asianajaja. Tämä voi johtaa siihen, että asianajajan valvonnassa olevan luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan vastuu voi nousta hänen tehtäviensä osalta vastaavaksi kuin asianajajan vastuu, sillä erityisen lisävastuun asettaminen valvovalle asianajajalle luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan itsenäisesti hoitamien juttujen osalta ei vaikuta käytännössä kestävältä ratkaisulta. Tämä saattaa merkitä samalla myös itsenäisesti toimivien luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien vastuun kasvamista.

Myös moitittavan menettelyn ja luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan statuksen alkaminen ja siinä tapahtuvat muutokset aiheuttavat runsaasti selvitystyötä valvonta-asioita valmistelevien jaostojen lakimiessihteereille.

Luvan saaneet oikeudenkäyntiavustajat eivät ole velvollisia noudattamaan laissa mainittuja velvollisuuksiaan muissa kuin laissa määrätyissä tehtävissä toimiessaan. Tässä kirjoituksessa tarkastelen vain sellaisia tilanteita, joissa sekä luvan saaneet oikeudenkäyntiavustajat että asianajajat ovat suorittamassa molemmat sellaista tehtävää, jossa he ovat valvonnan alaisia. Huolimatta tehtävien määrittelystä lainsäädännössä on siihen jäänyt selkeitä aukkoja, ja oikeuskäytännön varaan jääkin, miten hallituksen esityksessä ja lakivaliokunnan mietinnössä esitetyt lausumia velvollisuuksien noudattamisen ja samalla valvonnan laajuuden osalta tullaan soveltamaan.

2.2 Rajanvetoa toiminnan sisällön osalta

Hyvä asianajajatapa on kehittynyt ammattikunnan sisäisenä koodistona asianajajakunnan omassa keskuudessa. Sitä on kehittänyt Suomen Asianajajaliiton hallitus pyytämällä uusista ongelmia aiheuttaneista tilanteista Asianajajaliiton yhteydessä toimivalta eettiseltä valiokunnalta lausuntoja ja antamalla eri asiaryhmiä koskevia ohjeita ja suosituksia jäsenistölleen. Valvontalautakunta on myös omalla ratkaisukäytännöllään luonut linjaa sallitun ja kielletyn välillä. Valvontalautakunnan ratkaisuista ovat voineet valittaa valtioneuvoston oikeuskansleri ja asianajaja itse Helsingin hovioikeuteen ja edelleen korkeimpaan oikeuteen, joka on tärkeässä linjaratkaisussaan KKO 2009:10 todennut, että hyvän asianajajatavan määrittely on jätetty ammattikunnan sisäiseksi asiaksi oikeuslaitoksen katsoessa vain, ettei asianajajien perus- ja ihmisoikeuksia loukata tässä valvonnassa.

Vuoden 2013 alussa tilanne muuttui, kun luvan saaneita oikeudenkäyntiavustajia koskeva laki astui voimaan, ja lain soveltaminen valvontalau-

takunnassa on alkanut. Ensimmäiset tapaukset ovat koskeneet ongelmaa, onko kantelun kohteena ollut luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja toiminut sellaisessa tehtävässä, missä hän on valvontalautakunnan valvonnan alainen, eikä valvontalautakunnalla ole vielä kokemusta siitä, kuinka lain velvollisuuksia koskevia kohtia tullaan soveltamaan.

Hallituksen esityksessä on todettu, että tulkinta-apua luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan noudatettavaksi määrättyjen velvollisuuksien sisällöstä voidaan hakea soveltuvin osin hyvästä asianajajatastavasta. Tämä on varsin luontevaa, ja valvontalautakunta todennäköisesti ratkaisee luvan saaneita oikeudenkäyntiavustajia koskevat moiteasiat samalla tavoin kuin asianajajiakin koskevat moitteet. Seuraamuksia harkittaessa on ratkaistava kysymys siitä, tuleeko luvan saaneille oikeudenkäyntiavustajille määrätä kurinpidollinen seuraamus saman asteikon mukaisesti kuin asianajajille. Ensi alkuun tämä vaikuttaisi itsestään selvältä, mutta asiassa on huomioitava myös se, että luvan saaneet oikeudenkäyntiavustajat ovat pääsääntöisesti kokemattomampia ja asianajajalta voitaneen odottaa korkeatasoisempaa etiikan noudattamista kuin luvan saaneilta oikeudenkäyntiavustajilta. Asianajajakuntaan pääseminen vaatii enemmän kuin luvan saaminen, ja asianajajat voivat myös asettaa myös itselleen korkeamman standardin. Se, muodostuuko seuraamuskäytäntö erilaiseksi asianajajien ja luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien välillä, jää nähtäväksi, samoin kuin se, tulevatko Helsingin hovioikeus ja korkein oikeus noudattamaan yhteneviä kriteereitä asianajajien ja luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien kesken.

Periaatteellisella tasolla ei liene mitään estettä sille, etteikö asianajajakunta voi vaatia jäsenistöltään korkeampaa eettistä moraalialia kuin laki luvan saaneelta oikeudenkäyntiavustajalta vaatii. Tällöin asianajotoimistossa työskentelevä luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja toimisi kuitenkin tehtäviä itsenäisesti hoitaessaan asianajajan valvonnan alla ja aiheuttaisi virheellisen seuraamuksen häntä valvovalle asianajajalle, vaikka toisenlaisessa toimistossa työskentelevä luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja jäisi seuraamuksitta. Ongelmaksi tämä korkeampi eettinen standardi voisi muuttua myös silloin, jos sen perusteella asianajajaan kohdistettaisiin vakavampia seurauksia, kuten asianajajakunnasta erottaminen sellaisen teon johdosta, joka olisi lupalakimiehelle rankaisematon. Tällöin ammatinharjoittamisen edellytykset loppuisivat asianajajalta nopeammin kuin luvan saaneelta oikeudenkäyntiavustajalta, mitä ei voida pitää tyydyttävänä tilanteena.

Tämä esimerkki vie siihen teoreettisen epätasapainoon, joka aiheutuu, jos asianajajakunta kehittää hyvää asianajajatapaa edelleen, jolloin se saattaa eriytyä lainsäädännössä kiinteästi ilmaistuista luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan velvoitteista. Mikäli hyvän asianajajatavan kehittämistä halutaan edistää, olisi hyväksyttävä se ajatus, että valvontalautakunta tulkitsisi hyvää asianajajatapaa ja luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien velvoitteita yhtenevästi ja hyvän asianajajatavan kehittämisen sallittaisiin siirtyä valvontalautakunnan ratkaisuihin luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien velvoitteeksi. Muussa tapauksessa tutkinnan eriytyminen voisi tuottaa edellä mainitun epätoivotun tuloksen.

3 MUUTOKSEN HAASTE HYVÄLLE ASIANAJAJATAVALLE

Asianajajakunnan etiikka ja sen valvonta on ollut tähän asti ammatin itsensä määrittämiä. Hyvää asianajajatapaa koskevia ohjeita ovat täydentäneet valvontalautakunnan antamat ratkaisut sekä hovioikeuden ja korkeimman oikeuden ratkaisut, joissa pääosin on todettu asianajajakunnan ratkaisevan itse hyvän asianajajatavan sisällön.

Merkittävänä linjauksena on pidetty korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2009:10, jonka perusteluissa korkein oikeus on todennut hyvää asianajajatapaa koskevan valvonta-asian ja tällaisessa asiassa tehdyn valituksen arvioinnin lähtökohdista, että asianajajia sitovat ammattieettiset ohjeet perustuvat keskeisesti ammattikunnan omassa piirissä hyväksytyihin sääntöihin ja käytäntöihin. Hyvä asianajajatapa asettaa asianajajille pitemmälle meneviä velvollisuuksia kuin asianajotehtävän suorittamista koskevan lainsäädännön. Hyvän asianajajatavan sisältö kehittyy ja täsmentyy toimintaympäristönsä tapahtuvien muutosten johdosta. Tähän nähden hyvän asianajajatavan valvonta onkin korkeimman oikeuden mukaan lähtökohtaisesti uskottu asianajolaitokselle itselleen ja sen piirissä toimivalle valvontalautakunnalle. Tuomioistuimet toimivat valvonta-asioissa oikeussuojaa takaavina valitusasteina. Niissä korostuvat kysymykset kurinpitokorjausten mahdollisesta kohtuuttomuudesta tai ilmeisestä virheellisyydestä sekä ihmis- ja perusoikeuksien asettamien vaatimusten täyttymisestä valvonta-asiaissa.

Nykyisessä tilanteessa asianajoa ammatikseen harjoittavilla on noudatettavana kaksi erillistä koodistoa: toimijalleen pitemmälle meneviä vaatimuksia asettava hyvä asianajajatapa ja laissa luvan saaneista oikeudenkäyntiavusta-

jistä sen 8 §:ssä ilmenevä luettelo luvansaaneen oikeudenkäyntiasiamiehen velvollisuuksista. Molempien tulkitsemisesta vastaa ensisijaisesti valvontalautakunta, joka määrittää kummallekin ryhmälle eettiset vaatimukset.

Olennaisesti kysymykseksi tulee nousemaan se, voivatko nämä tulkin-
nat erota toisistaan ja miten valitusasteena toimiva tuomioistuinlaitos tulee
tulkitsemaan säädösten sisältöä.

Helsingin hovioikeus on antanut ratkaisuja, joissa on puututtu hyvän asi-
anajajatavan sisältöön määrittelemällä se toisin kuin valvontalautakunta on
ratkaisussaan tehnyt. Valtioneuvoston oikeuskansleri on hakenut kahdessa
asiassa muutoksenhakulupaa korkeimmalta oikeudelta, ja näistä toinen on
myönnetty (18.4.2013 dnro R 2012/450) ja toinen on käsittelyssä.⁷ Jäl-
kimmäisessä valituslupahakemuksessa valtioneuvoston oikeuskansleri on
voimakkaasti puolustanut edellä esitettyä korkeimman oikeuden linjausta
siitä, että valvontalautakunta määrittää ammattieettisten ohjeiden sisällön.
Oikeuskansleri toteaa myös seuraavaa: ”Korkeimman oikeuden edellä
mainituissa ratkaisuissa esitettyjen näkökohtien merkitystä ei muuta se, että
nyttemmin valvontalautakunta valvoo asiallisesti asianajajien tapaohjeita
vastaavien ohjeiden noudattamista myös luvansaaneiden oikeudenkäynti-
avustajien osalta siten kuin laissa luvansaaneista oikeudenkäyntiavustajista
on säädetty.”

Hyvän määrittäminen yleispätevästi ei ole mahdollista, ja sen vuok-
si käytetään yleislausekkein ilmaistuja joustavia käsitteitä. Sääntely
mahdollistaa puuttumisen asiattomaan toimintaan sitä mukaa kun uusia
ennen tuntemattomia menettelytapoja otetaan käyttöön, ja samalla tavoin
yhteiskunnassa vallitsevien arvostusten muuttuminen voidaan ottaa sovel-
tamiskäytännössä paremmin huomioon ilman, että perussääntelyä tulisi
muuttaa. Joustavuus voidaan nähdä myös tulkinnan laajentumisesta joh-
tuvana oikeusvarmuuden heikkenemisenä, sillä joustavat normit johtavat
sääntelyn väljentymiseen.⁸

Oikeusvarmuuden ja joustavuuden välinen rajanveto on oikeustieteen
ikuisuuskyseksiä, ja perinteisen oikeuslähdeopin osalta taustalla on
lakipositivismin tuoma oikeuden ja moraalien välinen erottelu. Mikäli nor-
mijärjestelmään hyväksytään kuuluvaksi sääntöjen lisäksi myös periaatteet,
joilla on oltava joko lainsäädännön tai lainkäytön antama institutionaalinen

⁷ Valituslupahakemus ja valitus Helsingin hovioikeuden 19.11.2013 antamasta päätöksestä
nro 3020 dnro H 13/751.

⁸ *Niemi, Marja-Leena*: Hyvän luotonantotavan ja hyvän perintötavan sääntely sekä vas-
tuullisuuden velvoite kuluttajaluotoissa, s. 829. Defensor Legis 5/2013.

tuki, tulkintatilanne helpottuu ja tulkinnan lisäksi voidaan ottaa käyttöön punninta.

Hallituksen esityksessä luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan velvollisuuksien osalta on todettu, että lupajärjestelmän piiriin kuuluvat oikeudenkäyntiavustajat olisivat velvollisia noudattamaan asiallisesti samansisältöisiä sääntöjä kuin asianajajat ja julkiset oikeusavustajat. Ohjeiden sisällön osalta todetaan seuraavaa:

”Tältä osin yhtenä vaihtoehtona voisi olla hyvän asianajajatavan omaksuminen, mitä puoltaisi myös se, että sitä koskevat säännöt ovat varsin täsmennyneitä hyvää asianajajatapaa koskevissa ohjeissa ja oikeuskäytännössä. Toisaalta hyvä asianajajatapa on nimenomaan asianajajien ammattikunnan ammattieettinen säännöstö, kun taas nyt kyse on muista kuin asianajajista. Velvollisuus noudattaa hyvää asianajajatapaa merkitsisi eräänlaista asianajajien ammattietiikan monopolia. Hyvä asianajajatapa ei kaikilta osin myöskään soveltuisi muihin kuin asianajajiin ja muihin vastaaviin itsenäisiin lakimiehiin, esimerkiksi työ- tai virkasuhteessa oleviin lakimiehiin. Lisäksi velvollisuudessa olisi se periaatteellinen ongelma, että hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet valmistellaan ja hyväksytään Asianajajaliiton piirissä. Esityksessä ehdotetaan, että ehdotettavaan lakiin luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista otettaisiin oma säännöksensä luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien ammattieettisistä velvollisuuksista.”⁹

Toisaalta samassa hallituksen esityksessä lain 8 §:n luettelon tarkemman sisällön osalta todetaan, että ”säännökseen on pyritty ottamaan luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan keskeisimmät velvollisuudet, pyrkien asiallisesti samaan lopputulokseen kuin hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet nykyisin. Muista kuin luettelossa nimenomaisesti mainituista velvollisuuksista kuin myös velvollisuuksien tarkemmasta sisällöstä, voisi johtua hakea asianajajia velvoittavasta hyvästä asianajajatavasta sekä sitä koskevasta soveltamiskäytännöstä”.¹⁰

Kun luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien noudatettavaksi määritellyt ohjeluetto on laadittu käyttäen hyvin joustavia käsitteitä, mahdollistaa se niiden laajan tulkinnan, eivätkä ne ole ristiriidassa hyvän asianajajatavan kanssa.

Kun hallituksen esityksessä laiksi luvansaaneista oikeudenkäyntiavustajista todetaan, että johtoa 8 §:n luettelon tarkemman sisällön osalta voidaan

⁹ HE 318/2010 vp laiksi luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 19.

¹⁰ HE 318/2010 vp laiksi luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 31.

hakea hyvästä asianajajatavasta ja sen soveltamisesta, vaikuttaa siltä, että valvontalautakunnalla on tällä hetkellä institutionaalinen tuki soveltaa sää-döksiä identtisesti kaikkiin toimijoihin nähden.

Tämä tulkinta ei myöskään vaaranna asianajopalveluiden kuluttajien oikeusturvaa enempää kuin lainsäädäntö on luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista annetun lain osalta halunnut tehdä.

Edesmennyt amerikkalainen oikeusfilosofi Ronald Dworkin totesi tuotannossaan selkeästi sen, että laki on moraalinen osa-alue. Lain tulee aina täyttää moraalinen vaatimus, ja asianajajaoikeuteen sovellettuna tämä merkitsee sitä, että luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista annetun lain tulee vastata yleistä eettistä koodistoa, hyvää asianajajatapaa. Tällä tavoin hyvän asianajajatavan kehittäminen tulee kaikkien oikeuslaitoksessa asioita hoitavien lakimiesten ja heidän asiakkaidensa hyväksi ja sen kehittäminen säilyy mielekkäänä.

Se, tuleeko asia toteutumaan edellä hahmotetulla tavalla, jää nähtäväksi. Vaarana on, että professori Pia Letto-Vanamon huoli hyvän asianajajatavan kehittymisestä ei ole aiheeton. Selkeintä olisi ulottaa valvonta ja hyvä asianajajatapa koskemaan kaikkia oikeudellisia palveluja tarjoavia lakimiehiä kaiken toiminnan osalta.

A Crooked Balance of Interests? Comparing Users' Rights in Printed and Electronic Books

1 INTRODUCTION

In a short period of time, the whole media landscape has fundamentally changed. Digitalization has not only transformed the methods of production and distribution, but also the ways in which the media products and services are used. This is most obvious in the case of the daily media – newspapers, television, and telephony – as the arrival of the Internet has challenged the 'old' media in all possible ways. In general, less attention has been paid to the developments in book publishing, although it is still a major pillar of the printed media industry, and is feeling the changes in similar ways as the other branches of the media.

This paper explores how users' rights with electronic books (e-books) differ from their rights of use with traditional printed books. The assumption is that, with the printed book, the users' rights are more extensive, allowing for more freedom to use the content than in the case of the e-book: the printed book can be loaned and resold, whereas the e-book cannot. The main claim is that the balance between the rights of the copyright holder and the user has changed since the advent of e-books, restricting the efficiency of copyright limitations from the viewpoint of the user in many ways.

The basic assumption in this paper is that from the viewpoint of a user, there is a significant difference in the conditions of use between the traditional printed book and the digital book. In the former case, the user owns the book as a physical entity, and as long as the content is not used illegally (for example, selling copies without a license), the user can do whatever he or she wants with his or her own copy. In the latter case, the user does not usually own the book or its digital copy in the same way, as a physical entity; in most cases, the user can only buy the right to have access to a copy and only for a limited period of time in many instances. This can be compared to the difference between owning and renting something. Additionally, in

the case of the digital copy, the usage is normally monitored and controlled by a specific digital rights management (DRM) tool.

This seems to reflect a major change in how copyright as a legal construct is understood. Traditionally, copyright regulation was understood as constructed to establish a balance between the exclusive rights of the original creator (i.e., the author) to decide on the use of his or her work, and the right of the general public to enjoy access to the work. Although the creator has been recognized as having exclusive rights to the products of his or her work, these are balanced by the ‘public interest’ claims, stipulating the conditions on which society agrees to respect and protect the copyrighted works.

In this paper, we ask two questions:

- If our observation is correct and a change has taken place, what kind of a change is it?
- What are its practical consequences, especially from the viewpoint of the users’ rights?

2 FOUR APPROACHES TO COPYRIGHT

Copyright governance has traditionally been predicated on a negotiated balance of interests among three main actors: the creator, the publisher, and the user. Originally, the balance was found by acknowledging the private interests of the creator and the publisher on the one hand, and, on the other, public interest, defined in terms of the cultural and social benefits resulting from citizens’ public access to the works.¹ To serve the public interest, certain limitations were imposed on the creators’ privileges, including limits on the duration of copyright, a principle of “fair dealing” that allows members of the public to copy the work for personal use, and employing the works for social and cultural purposes.²

¹ *Ricketson, Sam*: WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment. World Intellectual Property Organization, Geneva. Standing Committee on Copyright and Related Rights, Ninth Session. Geneva, June 23 to 27, 2003. Website: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf; *Hugenholtz, P. B., – Senfleben, M. R. F.*: Fair use in Europe: In search of flexibilities. 2011. Retrieved October 18, 2012, from <http://ssrn.com/abstract=1959554> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1959554>; European Copyright Code: The Wittem Project: European copyright code. 2010, p. 121. Website: http://www.copyrightcode.eu/Wittem_European_copyright_code_21%20april%202010.pdf.

² *Sirinelli, Pierre*: Exceptions and limits to Copyright and Neighbouring Rights. Workshop

In the literature, the arguments for copyright are usually divided into four different approaches: the economic rights approach, the moral rights approach, the utilitarian approach, and the citizens' rights approach.³

The economic rights approach is based on conceiving the end product as a result of creative work, over which the creator has an exclusive right to decide upon. This includes selling all ownership rights to another party at a price which is freely at the creator's discretion to determine. In its extreme, this approach does not recognize any moral rights of the creator – if desired, the creator can sign over all rights to another party (a publisher) leaving him or her without any claims concerning the further use of the work. This conception of copyright is usually connected to Anglo-American legal tradition.

The moral rights approach is derived from the notion that there is an inseparable connection between the work and its original creator, independent from its ownership. This gives the creator a right to supervise the use of his or her work – that its original form is respected and that he or she is recognized as the original author in all uses of the work. In the background is a strong influence of the natural rights philosophy, according to which the creator has a natural right to all of his or her creations, and this right cannot be declined or denied by simply handing over the work to the user or the economic rights to another party. This way of understanding copyright is usually linked with Continental European law.

The utilitarian approach emphasizes the social utility of copyright as the creator's exclusive rights, encouraging him or her to continue creative production for the benefit of the public (and society) in the form of more new works. The creator's remuneration is thought to consist of two components, the pay for the actual work plus an incentive to continue production. In this way, the balance between the creator's economic interest and the public interest are met efficiently and beneficially for both parties. Additionally,

on Implementation Issues of the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). Geneva, December 6 and 7, 1999. Website: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf; *Hugenholz, P. B.*: Copyright and freedom of expression in Europe. In R. C. Dreyfuss – H. First – D. L. Zimmerman (eds.), *Expanding the boundaries of intellectual property* (pp. 343–364). Oxford University Press, Oxford 2001; Ricketson 2003; European Copyright Code 2010, pp. 123–126.

³ *Guibault, L.*: Copyright limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright. Kluwer Law International, Boston 2002; *May, C. – Sell, S. K.*: Intellectual property rights: A critical history. Lynne Rienner, London 2005; *Davies, Gillian*: Copyright and the Public Interest. Second Edition. Modern Legal Studies. Sweet & Maxell, London 2002.

understanding copyright in this way creates an incentive to other potential actors for creative work.

The approach centered on the citizens' rights accentuates democracy as a system based on informed citizenry, enjoying the freedom of speech and expression. The basic idea is that all new knowledge and novel forms of culture are necessarily based on earlier achievements, and if citizens are restricted or denied the access to the existing works of art and science, societies will eventually regress. From this follows that while the creators' exclusive rights are recognized and respected, they must be balanced with exemptions to allow the widest possible public access to their works. One application of this is the Public Domain Movement which aims to make the works (mostly scientific articles) freely available with the active consent of the authors.

The first two approaches concentrate only on the authors' rights, but the latter two perspectives take users' rights into consideration. The utilitarian approach takes into account the need for an incentive to create. The approach focusing on citizens' rights demands acknowledging the rights that the users have or should have. The problem is, however, that the concept of users' rights is seldom explicitly defined. In this article, we see users' rights as the requirements set out in the copyright system to not only protect authors, but also to promote reading and other uses of copyrighted products. The limitations imposed on the authors' privileges in copyright legislation aim at securing users' rights.

3 COPYRIGHT LIMITATIONS AND EXEMPTIONS

The global copyright regulation is a mixture of all four approaches. Although there are well-established international copyright laws based on international treaties (the two fundamental ones are the Berne Convention from 1886 and the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights [TRIPS] from 1994), the national copyright regimes differ significantly in detail – meaning that any country comparison needs to be conducted very carefully. It has been pointed out that the main difference between the international copyright regime and the national laws concerns the balance of rights: the international treaties concentrate on securing the creators' economic rights, whereas the national legislation stresses the societal and

welfare aspects – citizens' democratic, cultural, and social rights.⁴ In order for the copyright system to serve the public interest and guarantee user rights, it has been agreed, especially for social and educational purposes, that several limitations be imposed on the creators' privileges.

Because the international copyright treaties are in their nature the products of compromises on the basis of coordinating the national copyright regimes, they leave much discretion to the nation states. This has meant that there are two categories of limitations and exceptions: general limitations stipulated in the international treaties, in which all signature countries must apply their domestic laws, and specific limitations and exceptions which are allowed under the treaties, but whose implementation is solely the responsibility of the signature countries.

3.1 General limitations

The general limitations coordinated through the treaties, which all signatory states are obliged to implement in their national legislation, are rather flexible and leave much discretion to signatories. One of the basic stipulations concerns what constitutes a copyrightable work: only an original work, reflecting “some level of intellectual creativity” should be protected by copyright.⁵ How this is determined varies from country to country. Other general stipulations include the distinction between an idea and its expression – that is, the idea does not get protection, only its expression. The same type of demarcation applies to the difference between factual contents and their expression – the expressions of facts are protected, the facts are not. A major issue of global coordination concerns the duration of copyright protection which, as a global standard, was the lifetime of the author plus 50 years; however, in recent decades, this has been extended to the lifetime plus 70 years.⁶

⁴ Okediji, R. L.: The International copyright system: Limitations, exceptions and public interest considerations for developing countries. UNCTAD – ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. Issue Paper No. 15, March 2006. Retrieved October 18, 2012, from Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) & United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Website: http://unctad.org/en/Docs/iteipc200610_en.pdf.

⁵ Okediji 2006, p. 11.

⁶ Okediji 2006, pp. 10–11.

The other set of limitations and exceptions – those allowed under the international treaties but whose precise form and content are left to the national governments to decide – include a number of means to limit the creators' exclusive rights. Most limitations aim at allowing the widest possible public access to the copyrighted works, without essentially harming the copyright owner's right and, in many cases, compensating the copyright owner for the potential financial loss resulting from the specific limitation. Here we concentrate only on those limitations and exceptions relevant to our focus. How do they relate to the user's rights in the transformation from the printed book to the digital version?

In this category, there are two kinds of limitations: uncompensated and compensated. Compensated limitations concern mostly broadcasting and recording rights and, thus, will be discussed more here.⁷ On the other hand, many uncompensated limitations do have direct relevance to the copyright of books. These include such issues as personal use, use for criticism or review, educational purposes, reproduction by the press, libraries, and limitations involving people with disabilities. Although there are many differences how these limitations are applied from country to country, in one form or another, they are recognized as necessary for informational, scientific, educational, and social purposes. What interests us is how these limitations apply in the case of digital works. As digital books are often distributed online and, thus, may transgress national boundaries, what jurisdiction can be applied to them?

Another important issue that concerns the use of copyrighted works is the concept of the ownership of the copy (e.g., a book), and the conditions under which the ownership can be handed over to another person. In the case of a printed book, this is clear: a copy of a book can be donated, inherited, traded in the secondary market, or even destroyed. The owner of the copy has a sovereign power over it. How is this arranged in the case of digital books?

⁷ *Okediji* 2006, pp. 14–15.

3.2 Limitations and exceptions from the viewpoint of user rights

From the viewpoint of user rights, we can make a distinction between two types of rights in copyright law: those related to basic citizens' rights, such as access to information, the needs of education, and the use for social purposes (people with special needs, people in institutions, etc.); and those related to creative purposes – scientific, artistic, etc. uses of copyrighted works. They partly overlap; for example, access to factual information is required in science, but principally, they refer to somewhat different needs in regard to the access and use of copyrighted works.

A prerequisite for both classes of rights, but especially for the latter type, is full ownership of a copy of a work – whether the original copy is in a material form (a printed book) or in a digital form (e-book) – so that the user is able to reproduce the work for his or her own creative purposes for further study and reflection. This must also include the full determination of the further use of the copy, including donating the copy or signing it off to a secondary market.

All of these conditions have applied, in one form or another, in most countries in the case of printed books; further, this has been a central element in the conceived balance between the creators' exclusive rights and the public interest based on copyright limitations.

In summation, the main challenge to this balance is that the risk of copyright infringement grows when copyrighted material is used in a digital environment. Thus, digital material is protected with tools called DRM technologies. These have been highly criticized as they are perceived as restricting the freedom of users and, as such, pose a threat to the application of the earlier agreed and adopted copyright limitations.

Now the question is: To what degree are these prerequisites in force concerning digital books; and, if they are found wanting, what are the consequences from the viewpoint of general societal conditions for creative work?

4 E-BOOK: FROM TRADITIONAL VALUE CHAIN TO SOMETHING ELSE⁸

E-book sales are low in Finland. Retailers are few, the e-reading devices are scarce, and prices remain high. The amount of Finnish literature available in an e-book format is still minimal.⁹ For the last couple of years, many publishers have made both a traditional and an electronic version of a new fictional book, but they have shown no interest in digitizing older content. Neither does it help that generally accepted global standards on e-book file formats, data platforms, reader software, and DRM have yet to be developed.

The change from the traditional model of book production to the digitalized environment is radical. In the following, we analyze this change with reference to the value chain process.

4.1 Traditional value chain

The traditional publishing value chain starts with the author who produces a manuscript and offers it to a publisher. The publisher selects for publication the best manuscripts from among those offered. Print-ready files are delivered by the publisher to the printing house. The end product, the book, is then distributed through retailer channels and sold. In addition to traditional bookstores, the Internet has become a permanent channel, a long way ahead of e-books. In Finland, publishers do not sell traditional books directly to

⁸ Additional information for Chapters 3 and 4 was retrieved from interviews with a number of experts working in the publishing business. The interviewed experts were *Niko Aula*, Publishing Manager, Gummerus Publishers, September 11, 2012; *Jarmo Heikkilä*, Managing Director, Ellibs, September 19, 2012; *Annikka Heinonen*, E-book Product Manager, Gummerus Publishers, September 24, 2012; *Sakari Laiho*, Director, Finnish Book Publishers Association, September 17, 2012; *Kristiina Markkula*, E-reading Project Director, Federation of the Finnish Media Industry, September 18, 2012; *Virva Nousiainen-Hiiri*, Helsinki City Library, September 26, 2012; *Fredrik Rahka*, Head of Digital Publishing, Otava Publishing Company, October 3, 2012.

All interviews were conducted by Anna-Laura Markkanen. The authors express their gratitude to all the experts.

⁹ According to the publishers' statistics, 789 e-books were published in Finland in 2011, whereas the total number of books was 4,554. However, it is not reported if all e-books were commercially available. See Publishers Association: Facts and figures. 2012. Retrieved October 18, 2012, from Finnish Book Publishers Association, <http://www.kustantajat.fi/en/>.

libraries but through wholesalers, such as Kirjavälitys (www.kirjavalitys.fi) or BTJ (www.btj.fi), formerly known as Kirjastopalvelu (Library Services).



Figure 1. Traditional publishing value chain.

Technological developments have brought changes to the value chain and the actors in book publishing. However, the publishing industry has struggled with falling consumer demand; thus, not all changes are associated exclusively with the transition to a digital environment. Old players have had to adapt to a new environment.

4.2 The digital challenge

Digital publishing has introduced new tasks to publishers, but the essential constituent tasks remain unchanged: to find books that people want to read, to ensure that potential readers know about them, and to make them available in distribution outlets.

However, digital technology allows writers to sell their works directly to booksellers, bypassing publishers. An example is CrimeTime,¹⁰ a cooperative publishing company founded by Finnish authors of detective novels. The company sells the books directly online and has outsourced many of the tasks previously handled by traditional publishing companies. The authors benefit by enjoying higher royalties.

A new element in the e-book value chain is the protection and management of digital content. In the case of an individual book, although the terms for DRM are formally negotiated between the author and the publisher, they are written and determined by the publisher and implemented by the provider of the technological system. In Finland, the Adobe Digital Editions DRM is widely used e-book reader software. It allows the publisher to decide the limits of the users' rights, for example, whether readers can make copies of the book for private use or print parts of the book.

¹⁰ CrimeTime, reiluja rikoksia. Retrieved October 18, 2012, from <http://www.crime.fi/>.

A consideration is that e-book prices are high compared to traditional books. The publishers argue that this is because of high value-added tax (VAT), which for printed books is 9%, whereas for e-books it is 23%.¹¹ Another reason for high prices is that business models are not yet fully established. E-book sales are low, but no publisher has been bold enough to be the first to lower prices. Thus, pricing strategy is one of the current hot topics among publishers.

4.3 New players in the value chain

The transition to digital publishing has introduced new players to the publishing value chain. These include online stores, (content) platforms, technological system providers, media companies, and Internet service providers.

Emerging actors can assume different roles: one may act as a technology provider (e.g., Securycast), another as a content provider (e.g., OverDrive),

New type of player	Example
Technology service providers/ partners	Securycast (www.securycast.com)
Platforms/system providers	OverDrive (www.overdrive.com)
Online stores selling only e-books	ELibris (www.elibris.fi)
Online stores selling traditional and electronic books	AdLibris (www.adlibris.com)
Online versions of traditional bookshops	Suomalainen kirjakauppa and suomalaisen.com (www.suomalainen.com)
System provider and retailer	Ellibs (www.ellibs.fi)
System provider, retailer (Internet service provider)	ElisaKirja (www.elisakirja.fi)

¹¹ Suomalaiset suosivat edelleen perinteisiä kirjoja sähköisten sijaan. Helsingin Sanomat, 13 July 2012. Retrieved October 18, 2012, from <http://www.hs.fi/kotimaa/Suomalaiset+suosivat+edelleen+perinteisi%C3%A4+kirjoja+s%C3%A4hk%C3%B6isten+sijaan/a1305583002438;E-kirja+etenee+USA:ssa,+matelee+Suomessa.+Kauppalehti,+July+21,+2012>. Retrieved October 18, 2012, from <http://www.kauppalehti.fi/etusivu/e-kirja+etenee+usassa,+matelee+suomessa/201207219093?ext=rss>.

a third as an online shop (e.g., AdLibris), and a fourth as all of the above (e.g., ElisaKirja, Ellibs). In the e-book market, Internet and media companies now play new and different roles, offering combinations of devices, content, and platforms.

An additional new dimension is the internationalization of the publishing business. The e-publishing market is much more open to international platforms and data providers than before, when jobs in publishing production generally required Finnish language skills or precise knowledge of the local infrastructure. For example, an American e-book distributor, OverDrive, an important content provider for Helsinki City libraries, has no staff in Finland and conducts its business online from the United States.

Opening the value chain to new communities, such as readers, may help provide a new kind of enriched content to the general public or build new business possibilities based on direct interaction, for example, in the form of virtual book clubs. Lucy Küng¹² asks whether the industry can really take off if e-books are regarded as an alternative to paper, rather than an entirely new category of creative media product. However, if e-books are viewed in the broadest possible sense, it is possible that the value chain will not change per se, but that new players and operations will be introduced to support the old ones.

¹² Küng, L.: Strategic management in the media: Theory to practice. London, SAGE. Library Act (1998). Finnish library act. Retrieved October 18, 2012, from <http://www.libraries.fi/en-GB/libraryact/> p. 34.

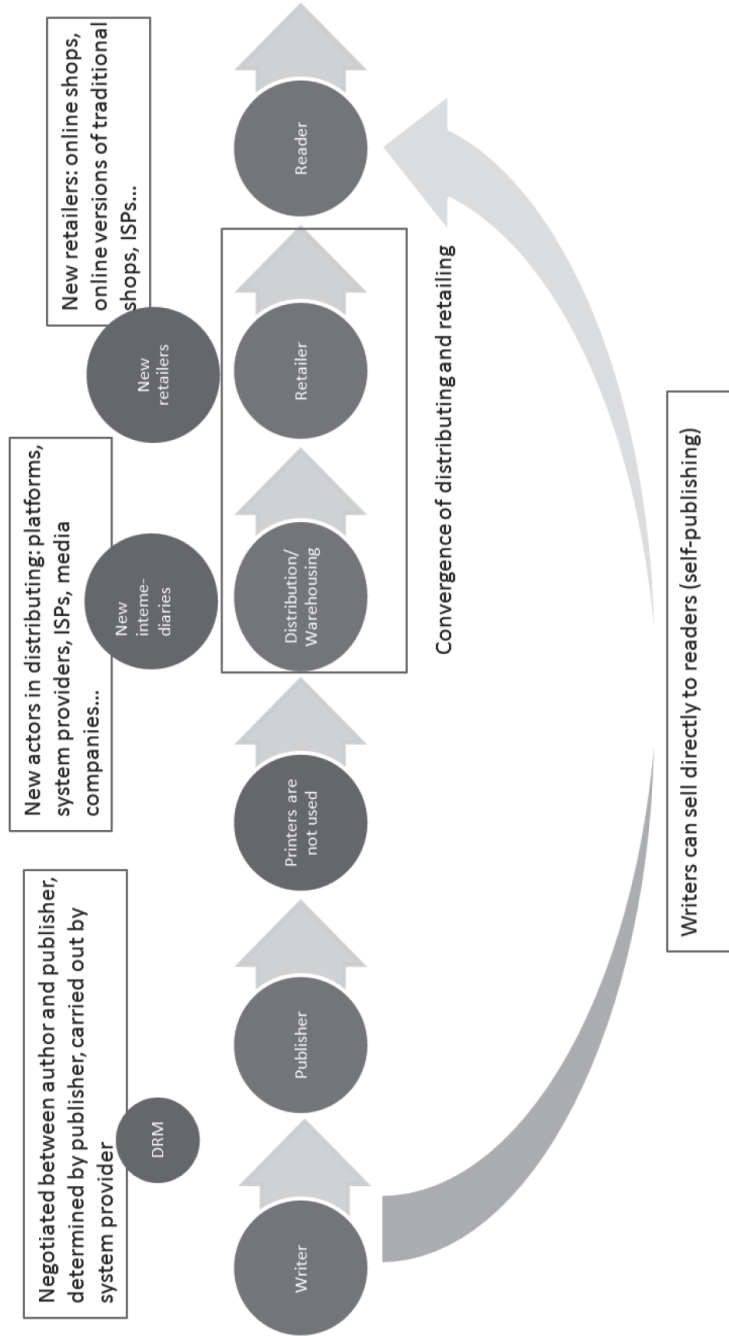


Figure 2. Digital publishing alters the traditional publishing value chain.

New routes are emerging for the book to travel from writer to reader. Instead of traditional bookstores, online shops, wholesalers and libraries, new technological agents are introduced, providing alternative routes from publisher to reader, as shown in Figure 3 (and the example of CrimeTime discussed in Section 4.2).

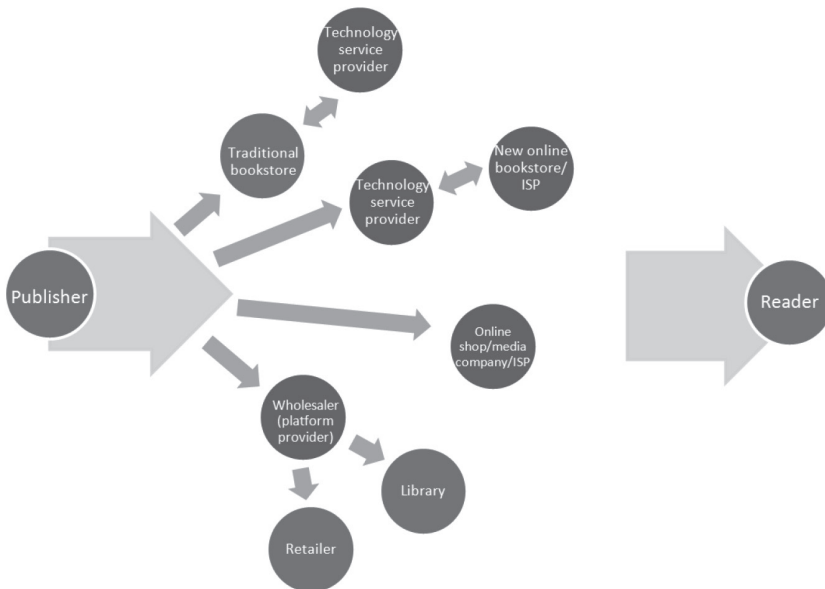


Figure 3. Alternative routes for a book from publisher to reader.

4.4 E-books and libraries

The supply of e-books in Finnish libraries is a topical and somewhat contradictory issue. The selection of Finnish fiction in electronic form in public libraries is quite limited and consists mostly of books from small publishing houses, the main reason being that the licensing models are yet to be resolved. Publishers are not willing to sell e-books to libraries on rather loose terms if the cash flow terms back to them and to writers are unclear.

In the current system, Ellibs, a Finnish platform provider and book wholesaler, and OverDrive, a global e-book distributor, play an important role in the chain from publisher to library. Ellibs provides e-books in both Finnish and English, whereas OverDrive's product line does not contain Finnish

books. The platforms and services provided by these companies are slightly different, and libraries can thus gather knowledge about different licensing models and consumer experiences.

The Federation of the Finnish Media Industry, Finnmedia, has coordinated an initiative called eReading Services, which focuses on electronic reading devices, new product and service concepts, and new business and licensing models. Within this initiative was a pilot project called Ebib that ran from October to December 2012, and brought more Finnish literature to libraries in electronic form.¹³ The pilot's aim was to create test environments that provided libraries with new information about customer experiences.

The inchoate state of e-book services in libraries is underlined by the fact that, although the Library Act requires all citizens to have equal access to library services, OverDrive and the Ebib pilot still operate only within the libraries of the metropolitan area.¹⁴

5 COPYRIGHT RESTRICTIONS: FROM COPYRIGHT TO DRM

Another current concern is the protection of digital books, particularly from piracy. The current DRM system provides strong protection for the interests of publishers and authors; however, for users and readers it makes the “normal” (as with the traditional printed book) utilization of the work difficult or even impossible. Plans are afoot to design and apply a lighter system, the so-called “social DRM” (such as watermarking),¹⁵ but to date Adobe Digital Editions remains the most popular DRM system.

¹³ Kirjasto tarjoaa kotimaista uutuuskirjallisuutta sähkökirjoina. Retrieved October 18, 2012, from http://www.vkl.fi/ajankohtaista/tiedotteet/kirjasto_tarjoaa_kotimaista_uutuuskirjallisuutta_sahkokirjoina.4198.news.

¹⁴ Finnish library act 1998. Retrieved October 18, 2012, from <http://www.libraries.fi/en-GB/libraryact/>.

¹⁵ On watermarking, see, for example, *Rosoff, M.*: Watermarking to replace DRM? 2007. Retrieved October 18, 2012, from http://news.cnet.com/8301-13526_3-9761049-27.html.

5.1 Basics of DRM

Most e-books sold in Finnish bookstores are in EPUB+DRM or PDF+DRM formats. Negotiations about which DRM system is used take place between the author and the publisher, but it is the publisher who has the final say. From the viewpoint of an individual user (sometimes called the “honest reader”), the social DRM would be easier to use than the current system. Even though the current DRM system may be strong, it is not effective in preventing illegal use, as it is relatively easy to break.

DRM controls access to and reproduction of digital material, whereas digital watermarking and fingerprinting are techniques enabling the identification of digital works.¹⁶ The current DRM system applied in Finland is relatively strong, not only because of its technical qualities, but also because of the fear caused by the music and movie industries' aggressive tactics in pursuing potential piracy.¹⁷

For the consumer, the system could be easier. The current system enables the consumer to make a few copies of the e-book he or she has purchased, as long as the copies are made on a device registered to the same user ID. A lighter form of DRM – social DRM or watermarking – would allow the consumer to share the e-book with as many friends as he or she wished, but if the e-book were illegally uploaded to the Internet, it could be traced back to the original consumer.

5.2 Applying the copyright limitations in the use of e-books

As stated earlier, certain copyright limitations have been imposed to serve the public interest. In Finland, copyright limitations are specified in the second chapter of the Copyright Act,¹⁸ which provides that a copy of work “made by virtue of a limitation copyright [...] may, for the purpose determined in

¹⁶ *Van Tassel, J.*: Digital rights management: Protecting and monetizing content. Focal Press, Burlington 2006, pp. 79–80.

¹⁷ See, for example Effi: Verkkosensuuri ei ole vastaus. Electronic frontier Finland. Retrieved October 18, 2012, from <http://www.ffi.org/julkaisut/tiedotteet/120110-ffi-verkkosensuuri-ei-ole.html>

¹⁸ Copyright Act 1961. Unofficial English translation. Retrieved October 18, 2012, from <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1961/en19610404.pdf> (Original in Finnish: <http://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1961/19610404>).

the limitation, be distributed to the public”.¹⁹ This section examines how certain limitations can be applied in the e-book environment controlled by DRM technologies.

The Copyright Act permits a copyrighted work to be reproduced for private use.²⁰ Anyone can make single copies for private use of a work that has been made public, as long as they are not used for other purposes. This stipulation is easily fulfilled in the case of a traditional book, but DRM systems cause problems in relation to an e-book. The fact that an e-book may not be copied arises in other sections as well, such as Section 14, “The use of works for educational activities and scientific research,” which states that a work made public may be reproduced for use in educational activities or in scientific research. DRM may change practices in public institutions, such as libraries and museums, as well. According to Section 16, “Reproduction in archives, libraries and museums,” such institutions may make copies for their own collections, for example, in order to preserve material.

Section 17, which deals with making works available to persons with disabilities, states that copies of a published literary work may be made for people with “visual impairments and others who, owing to a disability or illness, cannot use the works in the ordinary manner.”²¹ Even though technology exists to make e-books available for the visually impaired (text-to-speech synthesizers), e-book technology providers have enabled the option to turn the setting off, as rights to e-books and rights to audiobooks are not always agreed upon in the same contract.²²

The distribution of copies of a published work is subject to a special limitation, which is that a copy may be further distributed – by selling or lending – when it has been sold or otherwise transferred with the consent of the author within the European Economic Area. The law does not allow hiring, and emphasizes that the author should have remuneration for the lending of copies. When the traditional book proceeds from the printing house to a retailer, the tangible item may be bought and resold. This does not apply to e-books. Hence, agreements between the publisher and the

¹⁹ Copyright Act 1961, Chapter 2, Section 11.

²⁰ Copyright Act 1961, Chapter 2, Section 12.

²¹ Copyright Act 1961, Chapter 2, Section 17.

²² See *Akester, P.*: Technological accommodation of conflicts between freedom of expression and DRM: The first empirical assessment. 2009. Retrieved October 18, 2012, from <http://ssrn.com/abstract=1469412> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1469412>.

writer, as well as the situation of the consumer, are altered. If the customer cannot sell his or her e-book in a secondhand bookshop or give it to a friend after he or she has read it, should he have to pay the same price for it as for a traditional book?

The examples presented show that the current DRM trend raises many issues: the e-book cannot be printed or copied, it cannot be lent to a friend, and it cannot be resold.

6 CONCLUSIONS: FROM USER RIGHTS TO USER WRONGS?

The basic assumption in this paper is that, in the new digitalized environment, the traditional balance between the creator, the publisher, and the reader/user has been tilted in favor of the publisher. As a result, the public interest – represented by cultural and societal values – in copyright regulation has been undermined.

The Berne Convention, originating as far back as 1886, struck a fine balance between the actors in this field, based on recognition of the ownership of the original creator on the one hand, and, on the other, wider societal interests (democratic, cultural, educational, and social needs), which were served by establishing certain limitations and exceptions to the creator's exclusive rights.

In the digital age, there are problems in reconciling the creator's legitimate right to reproduce his or her work with wider societal interests. This paper discussed the central issues in more depth. Although the advent of e-books on a large scale is still ahead of us, at least in countries like Finland, it raises severe issues. First, there is the question of readers'/users' rights of ownership of a legally purchased copy, including the right to make copies for private use, to store a copy, or to loan, borrow, resell, and inherit the copy. In this respect, the DRM models planned and used seem to violate the principles confirmed and agreed in several international treaties (Berne, Geneva, and Rome).

Second, the new e-book publishing models do not take into account the needs of libraries. In order to facilitate the cultural, social, and educational functions of a library, there needs to be a standardized and simple model for lending books and monitoring their use. It cannot be the task of indi-

vidual libraries or even regional groups of libraries to negotiate solutions with publishers and intermediaries; obviously, this is a wider issue of state cultural policy.

It seems obvious that there is an urgent need to negotiate a new balance between the actors, safeguarding especially the public interest-based rights in relation to democratic, cultural, social, and educational considerations. Copyright issues have not traditionally been high (if anywhere at all) on the agenda of media and communication scholars. It is high time to correct this.

Oikeudellis-kielellisen dominanssin jatkuvuudesta

Alankomaiden Itä-Intian ja itsenäisen Indonesian oikeus- ja kieliolojen tarkastelua

1 JOHDANTO

Historian kuluessa oikeusajattelu ja oikeusjärjestelmät ovat vaikuttaneet toisiinsa monin eri tavoin, ja on selvää, että tämä on tavalla tai toisella aina tapahtunut kielen välityksellä. Tunnettuja esimerkkejä ovat roomalaisen oikeuden resipointi erityisesti saksalaisella alueella keski- ja uuden ajan taitteessa ja modernien eurooppalaisperäisten koodeksien saattaminen voimaan Turkissa ja Japanissa 1800- ja 1900-luvuilla. Toisaalta oikeuden leviäminen on usein ilmennyt valloitusotien yhteydessä niin Euroopassa (mm. Napoleonin aika) kuin siirtomaissa. Espanja, Portugali, Ranska ja Britannia veivät oikeusajattelunsa ja oikeusjärjestelmänsä siirtomaihinsa. Amerikassa ja Afrikassa moderni oikeus onkin yhä peräisin näistä maista. Vastaavasti esimerkiksi Intian niemimaan oikeusjärjestelmien teknisenä pohjana on edelleen *common law*. Siirtomaakautena oikeudelliseen imperialismiin liittyi emämaan kielen käyttöönotto siirtomaan hallinnossa ja oikeuselämässä. Amerikassa, Afrikassa ja osin myös Aasiassa (erityisesti Intian niemimaalla) oikeus- ja hallintokielenä käytetään nykyisinkin eurooppalaista kieltä, vaikka kansankieli olisi kokonaan muu. Näillä alueilla eurooppalainen kielellinen dominanssi on toistaiseksi murtumaton.

Toisaalta eri puolilta maailmaa löytyy esimerkkejä siitä, että eurooppalaisesta oikeudellis-kielellisestä dominanssista on haluttu irrottautua. Täydellinen vapautuminen länsimaisesta vaikutuksesta on kuitenkin hankalaa, jollei mahdotonta. Nykyaikaisessa yhteiskunnassa esiintyviä ilmiöitä on vaikea hallita traditionaalisen oikeuden (tapaoikeuden) keinoin, ja myös kieliperinnölle on yleensä leimallista suuri jatkuvuus. Tässä artikkelissa problematiikkaa havainnollistetaan Alankomaiden Itä-Intian, nykyisen Indonesian pohjalta.

2 INDONESIAAN OIKEUSLOIT

2.1 Siirtomaa-aika

On todettu, että tuskin missään muualla on koskaan esiintynyt niin selkeää oikeudellista pluralismia kuin Alankomaiden Itä-Intiassa siirtomaa-aikana.¹ Tämän tosiasian taustalla on monia seikkoja. Saaristo on valtava, ja sen alueella oli hollantilaisten saapuessa kukoistanut vuosisatojen mittaan suuri määrä erilaisia kulttuureita, joiden kehitysaste vaihteli. Nimenomaan Jaavalla ja Sumatralla oli vaikuttanut jo (eurooppalaisella) keskiajalla merkittäviä hindulais-buddhalaisia korkeakulttuureita. Islaminusko levisi alueelle keski- ja uuden ajan taitteessa ja toi mukanaan islamilaisen oikeuden. Saariston eri kansojen ja kulttuurien piirissä syntyi laajalti tapaoikeutta, jonka uskonnollinen pohjavire vaihteli alueittain (hindulaisuus ja buddhalaisuus toisiinsa sekoittuneina, islam, paikalliset uskonnot). Hollantilaiset saapuivat alueelle 1500- ja 1600-lukujen vaihteessa ja vakiinnuttivat vähitellen valtansa pitkälti epäsuoran hallinnon periaatteiden pohjalta. Siirtomaahallinto tuki aluksi islamilaisen oikeuden asemaa saaristossa, mutta myöhemmässä vaiheessa painopiste siirtyi alueellisten tapaoikeusjärjestelmien, *adat*-oikeuden, kehittämiseen.² Kiinalaisia oli muuttanut saaristoon jo kauan ennen hollantilaisia, joskaan heidän lukumääränsä ei ollut suuri valtaväestöön verrattuna. Hollantilaisten asenne kiinalaisiin oli ristiriitainen, mikä näkyi myös juridisesti (ks. jälj.).

Siirtomaa-ajan yleisen ajatusilmaston mukaisesti hollantilaiset saattoivat Itä-Intiassa voimaan oikeusjärjestelmän, joka ilmensi asukkaiden etnistä epätasa-arvoa. Lähtökohtana oli se, että toisistaan erotettiin kolme väestöryhmää: eurooppalaiset, ”vierassyntyiset aasialaiset” (ennen muuta kiinalaiset) ja alkuperäisväestö. Kuhunkin etniseen ryhmään sovellettiin erillistä oikeusjärjestelmää.³

Lainkäytössä erotettiin toisistaan eurooppalaisia (ja eurooppalaistyypistä vaihdantaa) koskeva tuomiovalta ja alkuperäisasukkaita koskeva valtion tuomiovalta. Lainkäyttöelimet eivät olleet samoja, mutta ylempään asteen tuomarit olivat aina hollantilaisia. Lisäksi saaristossa toimi alkuperäisvä-

¹ *Lev, Daniel S.: Legal Evolution and Political Authority in Indonesia: Selected Essays. The Hague etc.: Kluwer Law International 2000, s. 14.*

² Arabialaisperäinen sana *adat* tarkoittaa ’(perinnäis)tapa’. – Suomen kielellä yleiskuvan *adat*-oikeuden historiasta ja ominaispiirteistä saa artikkelista *Samaran, Nama: Hukum adat*. Teoksessa: *Encyclopaedia Iuridica Fennica VI*, Helsinki 1998, p. 265–283.

³ Yleiskuvan Itä-Intian oikeusoloista ja siirtomaa-ajan oikeuspoliittisesta keskustelusta antaa *Lev 2000*, s. 14–21.

estön tapaoikeutta soveltavia alemman tason orgaaneja sekä islamilaisia tuomioistuimia. Vaikka näillä oli osin autonominen asema, päätöksistä saattoi valittaa hollantilaiden hallitsemiin valtion tuomioistuimiin. Erottelu näkyi myös prosessioikeudessa: eurooppalaisia koskevia oikeudenkäyntejä säänteli yksityiskohtainen normisto, jossa vastaajan asema ja syytetyn vapausoikeudet pyrittiin takaamaan. Alkuperäisväestön suhteen sovellettiin summittaisempia menettelysääntöjä.

Aineellisen oikeuden osalta perusjaotteluna oli, että alkuperäisväestöä koski adat-oikeus ja eurooppalaisia ja sellaisiksi luokiteltuja henkilöitä siirtoma-oloihin mukautettu hollantilainen oikeus. Viimeksi mainittu oli koonnettu laajoiksi lakiteoksiksi 1800-luvulla ja 1900-luvun alussa (siviili-, kauppa- ja rikoslakikirjat). Kokonaisjärjestelmä oli kuitenkin huomattavasti monisäikeisempi. Ensinnäkään adat-oikeus ei ollut yhtenäistä, vaan se vaihteli voimakkaasti saariston eri alueilla paikallisten kulttuurien mukaan (ks. jälj.). Toisaalta vierassyntyiset aasialaiset samaistettiin alkuperäisväestöön rikosoikeudellisesti mutta eurooppalaisiin kauppaoikeudellisesti. Taustalla oli kiinalaisten merkittävä asema taloudellisina toimijoina. Järjestelmää monimutkaistivat osaltaan privilegit ja erikoissäännöt, jotka koskivat johtavassa asemassa olevia, kristinuskoon kääntyneitä tai liiketoimintaa harjoittavia indonesialaisia sekä – siirtomaavallan loppuvaiheessa suurpoliittisista syistä – japanilaisia.

Jo 1800-luvulla esiintyi muutospyrkimyksiä. Taloudellista toimeliaisuutta painottavat tahot katsoivat, että Indonesian oikeus tulisi koontaa kokonaisvaltaisesti eurooppalaistyyppisiin koodekseihin siten, että samaa modernia oikeutta sovellettaisiin saariston kaikkiin asukkaisiin. Näin alue kehittyisi ripeästi. Toisaalta oli asiantuntijoita, jotka vastustivat tätä voimakkaasti. Eräät oppineet korostivat paikallisten yhteisöjen oikeutta säilyttää omat perinteensä ja elää niiden mukaan. Paikallisyhteisöjen toimeentulo oli näet vakavasti vaarantumassa sen vuoksi, että niiden maa-alueet liukuivat yhä laajemmin eurooppalaisten ja kiinalaisten plantaasinomistajien haltuun. Toisaalta ajatusta tuki raadollisemmista syistä myös siirtomaahallinto. Saariston eri kansojen tapaoikeudellisten perinteiden painottaminen oli omiaan heikentämään muslimien yhtenäisoikeutta, islamilaista lainkäyttöä, joka koettiin riskitekijäksi: islam saattaisi toimia kansallismielisiä yhdistävänä tekijänä siirtomaavaltaa vastaan.⁴

⁴ Henley, David – Davidson, Jamie S.: Introduction: Radical Conservatism – the Protean Politics of Adat. Teoksessa: Davidson – Henley (eds): *The Revival of Tradition in Indonesian Politics. The Deployment of Adat from Colonialism to Indigenism*. London & New York: Routledge 2007, s. 20, ja Lev 2000, s. 22.

Siirtomaahallinnon tuella jälkimmäinen näkemys voitti. Itä-Intian oikeusjärjestelmää ei yhtenäistetty koko siirtomaa-aikana. Siksi tarvittiin eri alueiden adat-oikeutta koskevaa tietoa. Indonesiaan erikoistuneet hollantilaiset oikeustieteilijät kirjoittivatkin laajoja yleisesityksiä eri alueiden oikeustavoista. Lisäksi he kehittivät eri väestöryhmien välisiä oikeussuhteita varten teknisesti hiotun kollisionormiston (*intergentiel recht*).

2.2 Nyky-Indonesia

Oikeuskehitys. Hollantilaisvalta luhistui japanilaismiehitykseen, ja yritykset palauttaa se toisen maailmansodan jälkeen epäonnistuivat. Itsenäisessä Indonesiassa oikeuslaitos yhtenäistettiin (islamilaisia tuomioistuimia lukuun ottamatta), mutta aineellisessa oikeudessa eri väestöryhmien erottelu säilyi. Siirtomaa-aikainen oikeusjärjestelmä määrättiin pysymään voimassa myös itsenäisessä Indonesiassa. Näin eurooppalaistaustaiset siviili- ja kauppalakikirjat soveltuivat edelleen (lähinnä) eurooppalaisiin ja etnisiin kiinalaisiin ja adat-oikeus alkuperäisväestöön kuuluviin indonesialaisiin. Samalla adat-oikeus kohosi kansallisen identiteetin symboliksi. Aiempien oikeusolojen säilyttämisen taustalla oli mm. se, että sama indonesialainen eliitti, joka oli etuoikeutetussa asemassa siirtomaavallan aikana, säilytti pitkälti statuksensa. Siitä muodostui uudessakin yhteiskunnassa johtava luokka.⁵

Itsenäisessä Indonesiassa kaikkia väestöryhmiä koski jo vanhastaan rikoslakikirja (1914). Siviili- ja kauppaoikeudessa käynnistyi vähitellen yhtenäistämiskehitys. Modernia siviili- ja kauppaoikeutta ryhdyttiin yhä laajemmin soveltamaan myös kantaindonesialaisiin vaihdannan yhteydessä (muilta osin adat-järjestelmä säilyi voimassa). Aluksi kyse oli yksittäisistä tuomioistuinratkaisuksista. Vuonna 1956 jakartalainen oikeus antoi päätöksen, jonka mukaan kahden indonesialaisen välinen ostosopimus kuului siviililakikirjan alaisuuteen, koska osapuolet olivat kotoisin eri adat-alueilta. Päätöstään oikeus perusteli usealla argumentilla. Ensiksikin kaupan kohteena oli kaksi kuorma-autoa, joita oli tarkoitus käyttää julkiseen liikenteeseen, ts. kaikkien väestöryhmien tarpeisiin. Toiseksi sopimus oli tehty Jakartassa, jossa siviililakikirjan katsottiin normaalisti soveltuvan modernin kaupan käynnin piiriin kuuluviin oikeustoimiin. Lisäksi tuomioistuin viittasi siihen, ettei perinnäinen adat-oikeus tunne kuorma-autoja (!).⁶ Vuonna 1967 an-

⁵ Lev 2000, s. 26–27, 35 ja 45.

⁶ Lev 2000, s. 123–124.

nettiin asetus, jonka mukaan kauppalakikirjan sääntelemää yhtiöoikeutta ja siviililakikirjan sääntelemää sopimusoikeutta sovelletaan yleisesti kaikkiin indonesialaisiin (ei sitä vastoin esim. jäämistöoikeutta, ks. jälj.).⁷

Nykytilanne. 2000-luvun indonesialaisessa oikeudessa sekoittuu edelleen useita elementtejä. Ensinnäkin merkittävää lainsäädäntöä on yhä voimassa siirtomaa-ajalta. Monelta osin sitä on kuitenkin korvattu tai täydennetty itsenäisyysajan lainsäädännöllä. Lisäksi kaiken lainsäädännön soveltamiseen vaikuttaa hollantilaisen oikeustieteen perintö, joka näkyy selvästi mm. oikeuden luokitteluissa ja tulkintaperiaatteissa. Nimenomaan perinnäisissä kyläyhteisöissä on nykyisinkin merkittävässä asemassa adat-oikeus, jolla lisäksi on koko valtion tasolla huomattava symboliarvo. Perhe- ja jäämistöoikeuden alalla sovelletaan adat-oikeuden rinnalla islamilaista oikeutta (ks. jälj.)

Siirtomaa-ajan oikeuden keskeisimpiä, osin yhä voimassa olevia säädöksiä ovat laajat koodeksit, siviililakikirja, kauppalakikirja ja rikoslakikirja. Siviililakikirjan eräät pääosastot (erityisesti perheoikeutta sääntelevä I osasto) on korvattu erityisillä säädöksillä, mutta mm. sopimusoikeutta koskeva III osasto on edelleen voimassa.⁸ Kauppalakikirjalla on läheinen suhde tähän osastoon. Kauppalakikirjaa onkin luonnehdittu ”siviililakikirjan erityiseksi osaksi”.⁹ Rikoslakikirjaa sovelletaan yleisesti, kun taas siviili- ja kauppalakikirja ilmentävät edelleen saariston oikeudellista pluralismia: niitä ei sovelleta vaihdantaan perinnäisissä yhteisöissä (ks. jälj.).

Vielä 1900-luvun loppupuolella indonesialaisessa ja oikeusvertailevassa kirjallisuudessa ennakoitiin, että adat-oikeus on kaupungistumisen ja siihen liittyvän väestöryhmien sekoittumisen sekä yleisen modernisaation (mm. naisen aseman muuttumisen) johdosta nopeasti katoamassa.¹⁰ 2000-luvulla on osoittautunut, että näin ei ole käymässä – ainakaan nopeasti. Itse asiassa nykyisin puhutaan adat-oikeuden renessanssista. Taustalla on useita syitä. Ensinnäkin paikallisyhteisöt ovat käyneet taistelemaan perinteisten tapaoikeudellisten maankäyttöoikeuksiensa puolesta ympäristöä pilaavia suuryhtiöitä ja näitä suosivaa valtiovaltaa vastaan. Toisaalta valtion aiempi kehityspolitiikka rohkaisi Indonesian sisäistä siirtolaisuutta, väestön siirty-

⁷ Hartono, Sunaryati C. F. G. – Setiawan – Sunandar, Taryana: The Indonesian Law on Contracts. Institute of Developing Economies (IDE-JETRO) 2001, s. 2.

⁸ Karim, Iswahjudi A.: Indonesian Contract Law, dia nro 6. Diaesitys osoitteessa: <http://www.karimsyah.com/imagescontent/article/20070906170901.pdf>

⁹ Ind. Wikipedia, hakusana ”Hukum perdata Indonesia” (’Indonesian siviilioikeus’).

¹⁰ Ks. Samarana 1998, p. 274.

mistä taajaan asutuilta saarilta pitkälti luonnontilassa oleville saarille (mm. Kalimantan / Borneo). Näin adat-oikeuden renessanssiin kytkeytyy risti-riitaisempi näkökulma: vanhat heimoyhteisöt ovat ryhtyneet kiistelemään maasta ja sen käytöstä köyhien siirtolaisten kanssa. Kyse on samalla reaktiosta keskusjohdon aiempaa sanelupolitiikkaa vastaan. Osaltaan taistelua on helpottanut adat-oikeuden perinnäinen asema saariston kulttuurisen identiteetin kantajana ja ulkomainen tuki alkuperäiskansojen yleismaailmallisen yhteistoiminnan puitteissa.¹¹

Indonesialaisille oikeusoloille on siis edelleen leimallista poikkeuksellisen laaja-alainen pluralismi. Edellä on jo mainittu, että hollantilaiset tutkijat kehittivät hiotun kollisio-oikeudellisen järjestelmän alankomaalaisen kansainvälisen yksityisoikeuden tradition pohjalta juridisen pluralismin hallitsemiseksi konkreettisissa oikeussuhteissa ja -riidoissa.¹² Tämä kollisio-oikeudellinen traditio jatkuu itsenäisessä Indonesiassa. Osin siihen liittyy maan omaleimaisesta oikeusperinteestä johtuvia erikoispiirteitä. Niinpä se, sovelletaanko yksittäisessä tapauksessa eurooppalaisperäistä sopimusoikeutta (siviili- ja kauppalakikirjojen pohjalta) vai adat-oikeutta, määräytyy sen mukaan, onko kyse modernista vaihdannasta vai vaihdannasta perinteisessä kyläyhteisössä.¹³ Yleistäen on sanottu, että urbaania vaihdantaa, josta usein käytetään nimitystä ”eurooppalaiset oikeustoimet”,¹⁴ normittaa länsimaistyylinen oikeus. Maaseudulla, jossa valtaosa väestöstä edelleen asuu, kaupankäyntiä sääntelee adat-oikeus. Toinen erikoispiirre on se, että perhe- ja perintöoikeuden alalla joudutaan kussakin tapauksessa ratkaisemaan, sovelletaanko islamin oikeutta vai adat-oikeutta.

Perintöoikeus havainnollistavana esimerkkinä. Nyky-Indonesiassa on kolme perintöoikeudellista järjestelmää. Ensinnäkin maassa on länsimainen perintöoikeus (*hukum pewarisan barat*), ts. siviililakikirjan mukainen perintönormisto, jota nykyoloissa sovelletaan pääasiassa maan kiinalaissyntyisiin kansalaisiin. Toinen jäämistöasioissa käytettävä normisto on islamilainen perintöoikeus (*hukum pewarisan Islam*), joka koskee lähtökohtaisesti maan

¹¹ Henley – Davidson 2007, s. 1–36 (*passim*).

¹² Itä-Intian saaristossa, jossa merenkululla ja kauppasuhteilla on vuosituhantiset perinteet, yksinkertaista kollisio-oikeutta kehittyi omaehtoisesti myös perinnäisissä kulttuureissa. Esimerkiksi eteläsulawesilaisella bugis-kansalla oli tällaista normistoa jo vuosisatoja sitten: sopimuksen täyttämiseen liittyvät riidat tuli ratkaista suorituspaikan lainkäyttöelimissä suorituspaikan lain mukaan. Ks. Hartono – Setiawan – Sunandar 2001, s. 4.

¹³ Karim, dia nro 2.

¹⁴ Ibid. dia nro 2 ja Hartono – Setiawan – Sunandar 2001, s. 2.

muslimiväestöä.¹⁵ Kolmantena on otettava huomioon adat-perintöoikeus (*hukum pewarisan adat*). Kyse on tapaoikeudellisista normistoista, joiden sisältö vaihtelee voimakkaasti saariston eri osissa.¹⁶

On loogista, että adat-perimysoikeutta sovelletaan niihin indonesialaisiin, jotka eivät ole muslimeja (esim. Bali tai Kalimantanin sisäosien alkupe-
räiskansat). Kuitenkaan ei ole niin, että kaikkien muslimien perintöriidat ratkaistaisiin islamin oikeuden mukaan. Itse asiassa myös muslimien riidat ratkaistaan useimmiten paikallisen tapaoikeuden pohjalta, koska maan kollisio-oikeudellinen järjestelmä sallii muslimien valita jäämistöasioissa sovellettavan oikeuden.

Erityisen selkeä esimerkki on Länsi-Sumatran minangkabau-kansa (yhteensä n. 7 miljoonaa henkeä, joista n. 4 miljoonaa kansan perinnäisellä kotiseutualueella). Minangkabaut ovat muslimeja mutta noudattavat matri-
lineaarista perimystä, jonka mukaan perintö välittyy aina äidiltä tyttärille, ts. pojat eivät peri. Kun Koraanin perimysjärjestelmän taustalla on patriarkaalinen yhteiskunta, kyseessä on selvä ristiriita sääntelyiden välillä. Tosiasiassa minangkabaut – vaikka korostavatkin voimakkaasti muslimi-identiteettiään – noudattavat perintöasioissa omaa tapaoikeuttaan. 1900-luvun jälkipuoliskolla adat-yhteisön johtajien ja islamilaisten oikeusoppineiden sekä muiden merkkihenkilöiden neuvotteluissa muotoiltiin kompromissi, jonka mukaan suvussa kulkeva omaisuus – erityisesti maa – periytyy minangkabau-alueella matriilineaarisen adat-oikeuden mukaan, mutta perittävän henkilökohtainen omaisuus siirtyy perillisille islamin oikeutta soveltaen. Järjestelylle ei ole selvää säädöspohjaa, ja käytännössä ihmiset vievät yhä edelleen myös henkilökohtaista omaisuutta koskevat riitansa pääasiassa valtion tuomioistuimiin. Nämä noudattavat henkilökohtaisen omaisuuden suhteen tietyin osin mukautettua tapaoikeutta.¹⁷

¹⁵ Jos joku perillisistä ei ole muslimi, islamilaista oikeutta ei voida soveltaa. Sama koskee tapaista, jossa perittävä ei ole muslimi, vaikka kaikki perilliset sitä olisivat, ”koska islam ei salli perinnön siirtymistä ei-muslimin ja muslimin välillä tai päinvastoin” (*sebab Islam tidak membolehkan waris-mewaris antara non muslim dan muslim atau sebaliknya*). Ks. *Asep Ridwan* (alav. 21).

¹⁶ *Hadikusuma, Hilman*: Bahasa Indonesia Hukum (‘Indonesialainen oikeuskieli’). 4. p. Bandung: Penerbit P. T. Alumni 2010, s. 93 ja *Samaran* 1998, p. 278–280.

¹⁷ v. *Benda-Beckmann, F. – v. Benda-Beckmann, K.*: Changing One is Changing All. Dynamics in the Adat-Islam-State Triangle. Teoksessa: F. v. Benda-Beckmann (ed.), *Dynamics of Plural Legal Orders*. Berlin: Lit. Verlag 2006, s. 259–263 ja *Lindsey, Timothy*: Square Pegs & Round Holes: Fitting Modern Title into Traditional Societies in Indonesia. *Pacific Rim Law & Policy Journal*. Vol.7, No 3, s. 702.

Yleisemminkin oikeussosiologiset tutkimukset osoittavat, että adat-oikeus on islamilaisen väestön ensisijaisena pitämä vaihtoehto perintökysymysten ratkaisemisessa.¹⁸ Perimys on näet tärkeä elementti kansalaisten identiteetin kannalta. Halu soveltaa islamilaisia perimyssääntöjä nähdään korostettuna sitoutumisena islamiin ja adat-oikeuden valinta sitoutumisena ao. kansan (minangkabaut, sundalaiset jne.) identiteettiin.¹⁹ Toisaalta asiaan vaikuttaa myös raadollisempi näkökohta: riidan osapuoli on taipuvainen kannattamaan sitä järjestelmää, joka turvaa hänelle suuremman perintöosuuden.²⁰

Teknisesti valinnassa on omaksuttu periaatteelliselta kannalta kiinnostava ja psykologisesti taitava kollisio-oikeudellinen mekanismi. Vuonna 1989 annetun lainselityksen mukaan perintöriidan osapuolet voivat ennen oikeudenkäyntiä valita asiaan sovellettavan lain. Ratkaisuvälillä on kiistatilanteessa vastaajaosapuolella. Jos kantaja nostaa perintökanteen uskonnollisessa tuomioistuimessa (joka soveltaa vain islamilaista oikeutta), vastaaja voi vaatia jutun siirtämistä valtiolliseen tuomioistuimeen, joka soveltaa adat-oikeutta. Samaa pätee myös päinvastoin. Näin kukaan perillisistä ei pääse spekuloidaan foorumin valinnalla, ts. siten, että hän saattaa jutun vireille tuomioistuimessa, joka soveltaa hänen kannaltaan edullisempaa (perintöosuutta kasvattavaa) normistoa. Järjestelmä on omiaan taivuttamaan perilliset sovintoon ja kompromisseihin: riskinä riidan viemisessä oikeuteen on se, että muiden riitakumppanien asema vain paranee. Viimeaikaisessa tulkintakeskustelussa on kuitenkin tuotu esiin mekanismeissa olevia prosessitekniisiä puutteita.²¹

¹⁸ *Nurlaelawati, Euis*: Modernization, Tradition and Identity. The Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in the Indonesian Religious Courts. Amsterdam: Amsterdam University Press 2009, s. 203.

¹⁹ *Cammack, Mark*: Islamic Inheritance Law in Indonesia. Teoksessa: Tim Lindsay (ed.): Indonesia. Law and Society 2nd ed. The Federation Press 2008, s. 329.

²⁰ *Nurlaelawati* 2009, s. 204.

²¹ Asep Ridwan esittää tästä esimerkkejä. Hän kirjoittaa: ”Jollei yksimielisyyttä tästä [= perimyksen sovellettavasta laista] ole ennen oikeudenkäyntiä syntynyt, oikeusjutun vastaajalla on tässä suhteessa valintaoikeus. Jos esimerkiksi kante on nostettu ensinnä uskonnollisessa tuomioistuimessa mutta yksi tai useampi vastaaja käyttää valintaoikeuttaan, juttu tulee vireille [valtion] piirituomioistuimessa. Piirituomioistuimessa vastaaja saattaa kuitenkin käyttää uudelleen valintaoikeuttaan, vaikkapa sanoen: ’No, aiemmin koin hankalaksi saapua uskonnolliseen tuomioistuimeen, mutta nyt olen ajatellut asiaa uudelleen ja pyydänkin asian käsittelyä uskonnollisessa tuomioistuimessa, mikä on oikeuteni vuoden 1989 lainselityksen mukaan.’ Näin syntyy toimivaltaristiriitä, joka korkeimman oikeuden tulisi normittaa aiempaa paremmin. Muussa tapauksessa lainsäädäntö saattaa itessään aiheuttaa sen, että perheenjäsenten välit enemminkin tai myöhemmin rikkoutuvat pysyvästi”. – *Ridwan, Asep*: Kompetensi Peradilan Agama Setelah Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 (’Uskonnollisen tuomioistuimen toimivalta vuonna 1989 annetun lain nro 7 [säättämisen] jälkeen’). Kirjoit-

3 HOLLANNIN KIELI INDONESIAN OIKEUSELÄMÄSSÄ

3.1 Siirtoma-aika ja japanilaismiehitys

Alankomaiden siirtomaavalta käytti Itä-Intian saaristossa laajasti ymmärrettyä malaijin kieltä kommunikaatiossa paikallisväestön kanssa. Hollanti oli kuitenkin siirtomaan oikeuselämän virallinen kieli.²² Kuten edellä on jo mainittu, kaikkein alinta tasoa lukuun ottamatta lainkäyttö oli hollantilaisten käsissä. 1900-luvun alussa oikeudellista koulutusta ryhdyttiin antamaan myös paikallisille nuorille. Vuonna 1909 avattiin Bataviassa (nyk. Jakarta) *Opleidingsschool voor Inlandsche Rechtskundigen* ('Paikallisten laintuntijoiden koulutuslaitos'). Sieltä valmistui suppean opetusohjelman pohjalta juridiikan ammattilaisia (*rechtskundigen*) Itä-Intian tuomioistuinlaitoksen käyttöön. Tarkoituksena oli, että alimman tason tuomioistuimiin saataisiin henkilöitä, jotka tunsivat hollantilaisia paremmin paikalliset tavat ja kielet. 1920-luvulla Batavian juridinen koulutus kehitettiin oikeustieteen maisteriohjelmaksi.²³

Koko siirtomaavallan ajan hollanti säilyi virallisena kielenä. Saariston tärkeimpiä kieliä (malaijia, jaavaa, sundaa jne.) opetettiin maisteriohjelmassa, mutta ne nähtiin oikeuselämän kannalta vain apukielinä. 1900-luvun alkupuoliskolla kansallismieliset vaativat malaijin kohottamista virallisen kielen asemaan. Samalla kieltä kehitettiin. Jo vuosisadan alussa, vuonna 1915, julkaistiin rikoslakikirjan malaijilainen käännös; se oli ensimmäinen laaja lakiteos malaijiksi. Vuonna 1929 pidetyssä kansallismielisten kokouksessa kieli sai saariston yhtenäisyyttä korostavan nimen: Bahasa Indonesia eli indonesian kieli. Uusi nimitys omaksuttiin, ”jotta vältettäisiin kieli-imperialismin vaikutelma”, koska malaiji levinneisyydestään huolimatta on vain yksi saariston sadoista kielistä.

Japani hyökkäsi Sumatralle helmikuussa 1942. Ensimmäisiä japanilaisten määräyksiä oli hollannin käytön kieltäminen kaikissa yhteyksissä. Huhtikuussa 1942 hollantilaiset tuomarit ja hallintovirkamiehet pidätettiin.

tajatietojen mukaan artikkelin tekijä on islamilaisen oikeustieteen maisteri (*sarjana Hukum Islam*) ja teksti on julkaistu eteläsumatralaisen uskonnollisen tuomioistuimen (*Pengadilan Agama Kalianda*) kotisivulla, joten se heijastellee islamilaisen tuomioistuinlaitoksen kantaa kysymykseen.

²² *Massart, Ab: The Voice of Law in Transition. Indonesian Jurists and Their Languages 1915–2000.* Leiden: KITLV Press, s. 34.

²³ *Ibid.* s. 79, 136 ja 139.

Väestön tuen saamiseksi indonesian kieltä määrättiin käytettäväksi sekä lainsäädännössä että lainkäytössä (joskin kaukotavoitteena oli saariston japanilaistaminen).²⁴

Indonesian (ts. malaijin) kielen virallistaminen miehityksen aikana saattoi siirtomaa-aikaisen lakimieskoulutuksen saaneet indonesialaiset hankalaa tilanteeseen. Heistä vain osa oli äidinkieleltään malaijeja, eikä juridista malaijia ollut koskaan opetettu eikä käytetty virallisissa yhteyksissä. Kielellä ei myöskään ollut vakiintunutta standardia. Samalla on selvää, että nopeasti kehitetystä indonesialaisesta lakitermistöstä tuli pikakäännöstä hollannista ja käytettäväksi ehdotettiin kilpailevia termikäännöksiä. Myöhemmin onkin todettu, että äkkinäisyys, jolla kielenvaihdos oli pakko tehdä, merkitsi, että juridisen hollannin vaikutus juridiseen indonesiaan tuli olemaan huomattavasti suurempi kuin jos muutos olisi tehty rauhassa asteittain.²⁵

3.2 Itsenäinen Indonesia

Indonesian kieli sai siis kansallismielisten piirien tuen jo ennen maailmansotaa ja lisäksi virallisen aseman japanilaismiehityksen aikana. Siten on selvää, että Indonesian tasavallan perustuslaki (1945) laadittiin tällä kielellä ja että indonesia vahvistettiin saman perustuslain 36 artiklassa valtion viralliseksi kieleksi. Kaikki oikeudelliset tekstit (lainsäädäntö, tuomioistuinratkaisut, hallinnolliset asiakirjat jne.) määrättiin laadittavaksi indonesian kielellä.

Toisaalta hollannin kielellä oli pitkään korkea status myös muuttuneissa oloissa. Siirtomaa-aikainen lakimieskoulutus muodosti edelleen juristien ammatti-identiteetin pohjan. Lisäksi on muistettava (kuten edellä on jo mainittu), että itsenäisen Indonesian perustuslait pitivät voimassa siirtomaa-aikaisen lainsäädännön, jonka todistusvoimaiset tekstit oli laadittu hollannin kielellä.²⁶

Aikaa myöten hollannintaito alkoi hiipua indonesialaisten lakimiesten keskuudessa. Tähän myötävaikutti erityisesti se, että hollannin kielen asema saariston koululaitoksessa heikkeni ratkaisevasti jo itsenäisyysajan alussa Alankomaiden ja Indonesian kireiden suhteiden johdosta. Näin syntyi vaikea tilanne. Monien lakien todistusvoimaiset tekstit olivat hollanninkielisiä, mutta nuorimmat juristit eivät hallinneet tätä kieltä. Sen vuoksi lakien indo-

²⁴ Ibid. s. 158–162.

²⁵ Ibid. s. 161–162.

²⁶ Ibid. s. 193–194.

nesiänkieliset käännökset kävivät välttämättömiksi. Ongelmana oli kuitenkin se, ettei yhtäkään käännöstä korotettu todistusvoimaisen tekstin asemaan. Laeista oli käytettävissä vain epävirallisia käännöksiä, jotka kilpailivat keskenään. Näin termistö säilyi vakiintumattomana. Siksi käytäntönä oli, että asiakirjoihin lisättiin sulkeissa yleisesti tunnettu hollantilainen termi vakiintumattoman indonesialaisen termin jälkeen.²⁷

Itsenäiselle Indonesialle ovat eri vaiheissa olleet leimallisia autoritääriset yhteiskuntaolot ja väestöryhmien väliset jännitteet. Tämä on ollut omiaan vahvistamaan kansallismielistä politiikkaa, mikä puolestaan on heikentänyt entisestään oikeuselämän hollantilaista kieliperintöä. Näin on erityisesti tuomioistuinlaitoksessa. Vanha juristipolvi ajatteli tuomioistuinratkaisut hollanniksi, mutta nuorempi polvi tekee tämän indonesiaksi. Muutos ei kuitenkaan ole ollut totaalinen eikä myöskään nopea. Haastattelututkimukset ovat osoittaneet, että 1980-luvun alkuun asti Indonesian korkeimman oikeuden tuomarit käyttivät lähinnä hollantia tuomionharkinnassa. Vielä 1990-luvun alussa kolme neljäsosaa korkeimman oikeuden tuomareista hallitsi passiivisesti hollantia.²⁸

Tätä taustaa vasten on kiintoisaa kysyä, miten hollantilaisen oikeuskie- len perintö näyttäytyy 2000-luvun indonesialaisessa oikeuselämässä – vai näyttäytyykö se enää lainkaan. Käsillä olevassa kirjoituksessa kysymystä valaistaan kahdesta suunnasta. Ensinnä tarkastellaan leksikologisen tutki- muksen pohjalta,²⁹ millainen asema juridiseen hollantiin (käännöksinä tai muunnelmina) palautuvilla lakitermeillä on nyky-Indonesian oikeuskielessä. Toisaalta on mahdollista, että hollanninkielisiä sitaatteja käytetään yhä sel- laisinaan oikeudellisissa teksteissä kansallisten termien selvennyksenä tai retorisisista syistä. Tämän kartoittamiseksi kirjoittaja on etsinyt hollantilaisia termejä ja ilmauksia indonesialaisesta oikeuskirjallisuudesta ja Indonesian korkeimman oikeuden tietokannasta. Tekstiin on otettu muutamia havain- nollistavia esimerkkejä alkuperäistekstinä ja (tekijän) käännöksenä.

²⁷ Ibid. s. 197–198 ja 217 alav. 174

²⁸ Ibid. s. 244 alav. 12.

²⁹ Lähteinä ovat olleet jäljempänä mainitut indonesialaisen oikeuskielen yleisesitykset, vuonna 1994 pidetyn yleisindonesialaisen seminaarin aineisto, eräät verkkojulkaisut sekä kaksi opinnäytetyötä. Viimeksi mainitut on ystävällisesti lähettänyt kirjoittajalle pdf-muo- dossa kirjastovirkailija *Clara Naibaho* Indonesian yliopiston kirjaston tietopalvelusta (*Perpustakaan Universitas Indonesia*, Jakarta).

3.3 Hollantilaisperäinen sanastoaines indonesialaisessa oikeuskielessä

Indonesialainen oikeuskieli heijastelee kulttuurivaikutteita eri suunnista. Samalla on luonnollista, että indonesian kielen malaijilainen perusta näkyy vahvasti myös oikeuskielessä.³⁰ Varhaisempi korkeakulttuuri saapui saaristoon Intiasta kahtena aaltona. Ensimmäinen niistä sijoittuu eurooppalaisen ajanlaskun ensimmäiselle vuosituhannele. Tällöin islam ei ollut vielä levinnyt Intiaan ja kielelliset vaikutteet tulivat sanskritin kielestä. Toinen kulttuurialto osuu aikaan, jolloin islam tuotiin saaristoon keski- ja uuden ajan taitteessa. Koska islam on lakipohjainen uskonto, arabialaisia lainasanoja omaksuttiin laajalti oikeudelliseen ja hallinnolliseen kielenkäyttöön (esim. jäämistöoikeudellinen perustermi *almarhum*, 'perittävä'). Alankomaalainen siirtomaavalta toi mukanaan Euroopassa kehitetyt modernit instituutiot, nimenomaan oikeusjärjestelmän. Siksi on ymmärrettävää, että hollantilaisperäisen termistön asema on nykyindonesialaisessa oikeuskielessä keskeinen. On kuitenkin huomattava, että hollantilainen termistö palautuu (merkitys- ja käänöslainoina³¹ tai vierassanoina) usein ranskaan ja viime kädessä latinaan.

Indonesialaisen oikeuskielen sanaliitoissa kyse on yleensä käänöslainasta (usein samalla merkityslainasta), ja eri kulttuurikerrostumat esiintyvät niissä vaihtelevina kombinaatioina. Esimerkiksi *hukum perdata* ('siviilioikeus') on käsitteenä hollantilaisten maahantuoma ja käänöslainana siten hollantilainen. Sen muodostavat kaksi sanaa ilmentävät kuitenkin saariston omaleimaista ja laaja-alaista kulttuuriperintöä. *Hukum* ('oikeus') on peräisin arabian kielestä³² ja *perdata* (alun perin: *pradata* t. *pradoto*) sanskritin kie-

³⁰ Adat-oikeutta koskevissa asiakirjoissa, mm. tuomioistuinratkaisuissa, esiintyy myös termejä, jotka ovat peräisin saariston muista kielistä kuin malaijista. Sellainen on esimerkiksi Balin perinnäiseen tapaoikeuteen kuuluva ilmaus *wak parusia*, lähinnä 'herjaus' tai 'solvaus' (balin kiel. *wak* = 'sana tai ilmaus'; *parusia* = '[joka] sisältää brutaalisti lausuttuja vulgaareja tai siivottomia ilmauksia'). Ks. *Ali, Chidir*: Hukum Adat Bali dan Lombok dalam Yurisprudensi Indonesia ('Balin ja Lombokin tapaoikeus Indonesian oikeuskäytännössä') I. 2. p. Jakarta Pusat: Pradnya Paramita 1981, s. 215–216.

³¹ Merkityslaina viittaa tapaukseen, jossa kielessä jo oleva sana saa vieraassa kielessä kehittyneen laajentuneen tai muuttuneen merkityksen. Käänöslaina on kyseessä silloin, kun esikuvaksi on otettu ilmauksen rakenne ja sen elementit (yhdyssanan tai sanaliiton osat) on suoraan käännetty (jos käänös on vapaampi, puhutaan rakennelainasta).

³² Alkujaan *hukum* on viittanut (pyhään) islamilaiseen oikeuteen (*Lev* 2000, s. 164), mutta nykyindonesiassa ilmaus on samalla tavalla neutraali kuin vastaavat sanat eurooppalaisissa oikeuskielissä.

lestä.³³ Sama koskee vaikkapa termiä *peristiwa hukum* ('oikeustositseikka'), jonka taustalla on hollannin *rechtsfeit*: myös *peristiwa*-sana on peräisin sanskritista. Vastaavasti ilmauksessa *hak-hak asasi manusia* ('ihmisoikeudet', sananmuk. 'ihmisen perusoikeudet') kaksi ensimmäistä sanaa periytyy arabian kielestä (*hak*: [subjektiivinen] oikeus [toisto ilmaisee tässä monikkoa]; *asasi*: 'perus-', 'fundamentaalin') ja viimeinen sana, *manusia* ('ihminen'), jälleen sanskritista. Arabiasta ja sanskritista peräisin olevat sanat kuuluvat indonesiassa yleensä ylätyyliseen kielenkäyttöön (samoin kuin kreikkalais- ja latalalaisperäiset sanat eurooppalaisissa kielissä).

Indonesialaisessa oikeuslingvistiikassa on vuosikymmenten mittaan arvosteltu paitsi oikeuskielen virkerakenteiden liiallista hollantilaisuutta, myös sen hollantilaisperäistä termistöä.³⁴ Arvostelu on kohdistunut niin yhdyssanojen ja sanaliittojen liian suoraviivaiseen kääntämiseen kuin kieleen mukautettuihin vierassanoihin. On katsottu, ettei vierasperäisten termien käyttöä oikeuskielessä voi välttää, koska Indonesian voimassa oleva oikeus, erityisesti kodifikaatiot, on edelleen suureksi osaksi peräisin Alankomaista. Sitä mukaa kuin kotoperäisiä termejä vakiinnutetaan indonesian kieleen, juristien tulisi kuitenkin siirtyä niiden käyttöön.³⁵

Hollantilaisperäisiä termejä on nykyindonesialaisessa oikeuskielessä satamäärin. Tätä havainnollistaa esimerkiksi indonesialais-hollantilainen lakikielen perussanakirja.³⁶ Indonesialaisessa opinnäytetyössä esitetyn laskelman mukaan sanakirja sisältää 1110 hakusanaa, joista 316 on saatu hollannista vierassanoina mukauttamalla ne indonesian (malaijinn) kieleen.³⁷ Laajemmassa sanakirjassa lukumäärä olisi epäilemättä huomattavasti suurempi. Lisäksi on otettava huomioon merkitys- ja käänöslainat. Niitä on oikeuskielessä erityisen suuri määrä, yleensä huomattavasti enemmän kuin

³³ *Hadikusuma* 2001, s. 10–11 ja 80–81.

³⁴ Analisis dan evaluasi tentang perkembangan 25 tahun penggunaan bahasa hukum ('Oikeuskielen käytössä 25 vuoden aikana tapahtuneen kehityksen analyysi ja arviointi'). Disusun oleh tim kerja dipimpin Prof. Dr. J. S. Badudu. Jakarta: Badan Pembinaan Hukum National. Departemen Kehakiman. Tahun 1994/1995, s. 10.

³⁵ *Bahder, Johan Nasution – Warjiyati, Sri*: Bahasa Indonesia Hukum ('Indonesialainen oikeuskieli'). Bandung: Penerbit Pt. Citra Aditya Bakti 1998, s. 35 ja 91–92.

³⁶ *Massart, Ab*: Beknopt Juridisch Woordenboek Indonesisch – Nederlands. Leiden: Centrum voor Niet-Westerse Studies 1992.

³⁷ *Hendwiyani, Nivi*: Penyesuaian Ejaan dan Fonologis pada Istilah Hukum Indonesia yang Diserap dari Bahasa Belanda ('Hollannin kielestä peräisin olevien indonesialaisten lakitermien ortografinen ja fonologinen mukauttaminen'). Kandidaatintutkielma. Hollannin kielen opinto-ohjelma. Kulttuurintutkimuksen tiedekunta (Fakultas Ilmu Pengetahuan Budaya). Jakarta: Universitas Indonesia 2010, s. 4.

kieleen mukautettuja vierassanoja.³⁸

Vieraiden sanojen mukauttaminen kieleen voi tapahtua suunnitelmallisesti, jolloin lähtökohtana on alkuperäisen sanan kirjoitusasu, tai luonnollista tietä, jolloin sana omaksutaan kieleen useimmiten kuuloaistin kautta. Jälkimmäisessä tapauksessa mukauttaminen on tavallisesti perinpohjaisempaa, ts. sana sopeutuu täysin omaksuvan kielen rakenteeseen, eikä pelkästään lähdekieltä hallitseva vierasmaalainen sitä tavallisesti enää tunnista (suomalaisessa lingvistiikassa puhutaan tällöin yleislainoista).

Kuten on ymmärrettävää, molemmat muodot esiintyvät myös indonesian tapauksessa. Tavallisen kansan kielenkäytön, ns. torimalaijin (*Melayu Pasar*), kautta indonesian yleis- ja (osittain) oikeuskieleen ovat siirtyneet esimerkiksi *voorschot* ('ennakko[maksu]') muodossa *persekot*, *maatschappij* ('yhtiö') muodossa *maskapai* ja *procureur* ('oikeusavustaja') muodossa *pokrol*.³⁹

Kirjallisen mukauttamisen tietä saatujen vierasperäisten lakitermien määrä on luonnollisesti huomattavasti suurempi, koska tavallinen kansa joutuu tekemisiin oikeuden kanssa vain rajoitetusti, ammattilainen taas kaikessa toiminnassaan. Satunnainen hajaesimerkki on *cassatie* ('kassaatio', ts. tuomion kumoaminen ja jutun palauttaminen alempaan tuomioistuimeen käsiteltäväksi uudelleen), josta on saatu *kasasi*. Tällöin kyse on lähinnä vain sanan mukauttamisesta indonesialaisen ortografian vaatimuksiin alkuperäisen ääntämyksen pohjalta.⁴⁰ Sama koskee vaikkapa sanoja *vonnis* (holl.) – *vonis* (ind.) ja *boedel* (holl.) – *budel* (ind.). Esimerkki tapauksesta, jossa mukauttamisessa on kajottu sekä ortografiaan että ääntämykseen, on puolestaan *civiel* (holl.) – *sipil* (ind.). Ortografisesti sellaisenaan omaksutut sanat (joko alkuperäinen ääntämys säilyttäen tai ääntämystä muuttaen) ovat harvinaisia.⁴¹

Esimerkkejä käännöslainoista on esitetty jo edellä. Niitä olisi vaivatonta luetella lähes määrättömästi, koska uudet oikeudelliset käsitteet ilmaistaan kaikissa oikeuskielissä valtaosin yhdyssanoina tai sanaliittoina. Indonesian kielessä käännöstermit ovat kielen luonteen johdosta lähes yksinomaan sanaliittoja: *appelrechter* – *hakim banding* ('muutoksenhaku tuomioistui-

³⁸ Tämä todettiin esimerkiksi *Hendwiyani* (2010) tutkielmassa empiirisen aineiston pohjalta, s. 41.

³⁹ *Hendwiyani* 2010, s. 52.

⁴⁰ Jos sana olisi saatu suomen kieleen hollannista, se kirjoitettaisiin todennäköisesti 'kasasi' myös meillä.

⁴¹ *Hendwiyani* 2010, s. 71.

men jäsen’, ’vetoomustuomari’), *jurisdictioneschil – sengketa kewenangan mengadili* (’toimivaltaristiriita’), *handelsrechtbank – pengadilan niaga* (’kauppatuomioistuim’), *tussenvonnis – putusan sela* (’välipäätös’), *zakelijke zekerheid – jaminan kebendaan* (’esinevakuus’), *executiekosten – biaya pelaksanaan* (’täytäntöönpanokustannukset’) ja *volmachtverlening – pemberian kuasa* (’valtuutuksen antaminen’).⁴²

Usein kielessä jo aiemmin esiintyvät sanat saavat ulkomaisen esikuvan mukaisesti uusia juridisia merkityksiä, ts. kehittyä merkityslainoja. Myös tämä ilmiö esiintyy indonesiassa erittäin laajamittaisesti. Edellä on mainittu (alav. 32), miten [pyhää] islamin oikeutta alkuaan tarkoittava sana *hukum* on eurooppalaisen esikuvan mukaan laajentunut tarkoittamaan indonesiassa kaikkea oikeutta, ts. myös modernia, hollantilaisperäistä oikeutta. Usein sama ilmaus on esimerkki sekä merkitys- että käännöslainasta. Roomalaiset termit *fons iuris* (’oikeuslähde’) ja *onus probandi* (’todistustaakka’) on omaksuttu kaikkiin eurooppalaisiin kieliin ja hollannin välityksellä myös indonesiaan (*sumber hukum* ja *beban pembuktian*). Ilmauksen muodostavat perussanat on käännetty suoraan (käännöslaina). Samalla *sumber* (’lähde’, ts. paikka, jossa vesi kumpaa maasta) ja *beban* (’taakka’, ’kantamus’) ovat alkujaan latinalaisen esikuvan mukaan saaneet myös indonesialaisessa oikeuskielessä abstraktin sisällön (merkityslaina).

3.4 Hollantilaiset sitaatit Indonesian oikeuskirjallisuudessa ja korkeimman oikeuden ratkaisuissa

Indonesialaisessa oikeuskirjallisuudessa hollantilaisia sitaatteja saatetaan viljellä laajasti. Lakimieslatinaa koskevan tutkimuksen yhteydessä kirjoittajan avustajat laskivat, että indonesialaisessa (suppeassa) kollisio-oikeudellisessa tutkimuksessa (1991) esiintyi sellaisenaan 180 (erilaista) hollantilaista termiä tai lausepartta, yleensä sulkeissa.⁴³ Vastaavasti 2000-luvun oikeustieteellisen kurssirungon nimiölehdellä lukee välittömästi indonesiankielisen ilmauksen ’siviilioikeus’ alla: *van personen + van bewijs en verjaring* (’henkilöistä + todistelusta ja vanhentumisesta’) ja sen sisällössä esiintyy

⁴² Yusuf, Munif: *Pemadan Istilah Hukum Perdata Belanda ke dalam Bahasa Indonesia* (’Hollantilaisten siviilioikeudellisten termien lainaaminen indonesian kieleen’). Kielitieteen alan maisterintutkielma. Kulttuurintutkimuksen tiedekunta (*Fakultas Ilmu Pengetahuan Budaya*). Jakarta: Universitas Indonesia 2007, s. 37 ja seur.

⁴³ Mattila, Heikki E. S.: *Vertaileva oikeuslingvistiikka*. 2002, s. 294.

useita hollantilaisia termejä indonesialaisten ilmausten jäljessä.⁴⁴ Samoin indonesialaista oikeuskieltä käsittelevissä yleisesityksissä lukuisat jaksot sisältävät tällaisia sitaatteja. Tyypillisiä kappaleita ovat esimerkiksi seuraavat:

*Subyek hukum yang mempunyai kekuasaan sebagai pendukung hak dan kewajiban (rechtsbevoegdheid) dapat dibedakan antara orang (persoon) yang merupakan badan manusia (natuurlijk persoon) yang dilahirkan Tuhan ke muka bumi dan orang yang merupakan badan hukum (rechtspersoon) yang dibuat manusia karena kehendak manusia untuk melaksanakan hubungan-hubungan hukum.*⁴⁵

’Oikeussubjektit, jotka voivat olla oikeuksien ja velvollisuuksien haltijoita (*rechtsbevoegdheid*), saatetaan henkilöinä (*persoon*) jakaa luonnollisiin henkilöihin (*natuurlijk persoon*) – ihmisolentoihin jotka Jumala on luonut maan pinnalle – ja oikeushenkilöihin (*rechtspersoon*), jotka ihminen on muodostanut oikeussuhteiden toteuttamista silmällä pitäen.’

*Pengertian kealpaan (schuld) dalam pasal 359 KUHP mengandung unsur dapat dihindarkan akibat (vermijdbaarheid), dapat dibayangkannya akibat sebelumnya (voorzienbaarheid), dapat dicelanya si pembuat (verwijtbaarheid).*⁴⁶

’Tuottamuksen (*schuld*) käsite siviililakikirjan 359 artiklassa sisältää ainesosat, jotka koskevat seurauksen välttävyyttä (*vermijdbaarheid*), seurauksen ennakoitavuutta (*voorzienbaarheid*) ja tekijän toiminnan moitittavuutta (*verwijtbaarheid*).’

Sen selvittämiseksi, miten hollantilaiset sitaatit esiintyvät 2000-luvun tuomioistuinratkaisujen teksteissä, kirjoittaja haki (lokakuussa 2013) Indonesian korkeimman oikeuden (*Mahkamah Agung*) tietokannasta otoksen edustavia lakitermejä sekä hollannin- että indonesiankielisinä variantteina. Otos oli valittu sillä perusteella, mitä termejä indonesialaisessa lingvistiksessä kirjallisuudessa on nostettu esiin hollantilaisia lainasanoja koskevassa keskustelussa.

Tulokset osoittivat, että käytännössä kaikki haetut termit esiintyivät ainakin muutaman kerran korkeimman oikeuden ratkaisujen teksteissä. Yleensä kyse oli asianajajan argumentoinnin kuvaamisesta. Lukuisissa tapauksissa osumia oli joitakin kymmeniä ja muutamassa tapauksessa joitakin satoja.

⁴⁴ Bahri, Syamsul – Sofyan, Syahril: Matrikulasi Hukum Perdata. Verkkojulkaisu osoitteessa <http://www.gwi-network.com/content/matrikulasi-hukum-perdata>.

⁴⁵ Hadikusuma 2010, s. 38.

⁴⁶ Nasution – Warjiyati 1998, s. 66.

Oikeasuhtaisen kuvan saamiseksi luvut on kuitenkin suhteutettava kyseisten termien indonesialaisten vastineiden osumamäärään.

Kävi ilmi, että pääosassa tapauksia indonesialainen termi esiintyi verrattomasti useammin kuin hollantilainen termi. Esimerkiksi termistä *badan hukum* (’oikeushenkilö’) saatiin 17 000 osumaa mutta termistä *rechtspersoon* vain 128 osumaa. Vastaavat luvut ’oikeussuhteen’ kohdalla olivat *hubungan hukum* 19 400 osumaa ja *rechtsbetrekking* 21 osumaa ja ’oikeusseuraamuksen’ kohdalla *akibat hukum* 23 800 osumaa ja *rechtsgevolg* 25 osumaa.

Joissakin tapauksissa hollantilaisten ilmausten käyttö oli suhteellisesti laajempaa. Tämä koski esimerkiksi termiä ’lakikirja’: *kitab undang-undang* 6 950 osumaa ja *wetboek* 768 osumaa. Termi esiintyi indonesiassa edellä jo mainittujen, yhä voimassa olevien siirtomaa-aikaisten säädösten (siviililakikirja, kauppalakikirja ja rikoslakikirja) yhteydessä. Useimmiten lakikirjan hollantilainen nimi oli sulkeissa säädöksen indonesialaisen nimen jäljessä, mutta välistä päinvastoin, ja muutamassa tapauksessa jopa käytettiin pelkästään hollantilaista nimitystä. Esimerkkinä voidaan mainita ratkaisu *Mahkamah Agung* 52 / Pdt.P / 2011 / PN.Prob.: ... *menurut Pasal 345 Burgerlijk Wetboek (BW) demi hukum adalah wali dari anak Pemohon yang belum dewasa tersebut* ... [’Burgerlijk Wetboekin (BW) 345 artiklan mukaan on oikeudelliselta kannalta muutoksenhakijan mainitun alaikäisen lapsen holhooja’].

Muutaman termin kohdalla hollannin merkitys on säilynyt poikkeuksellisen suurena. Tällaisia termejä ovat ’tuottamus’ ja ’[turvaamis- tai ulosotoperusteinen] esineen haltuunotto’: *kealpaan* 405 osumaa – *schuld* 288 osumaa; *sita* 35 200 osumaa – *beslag* 10 400 osumaa. Näissä tapauksissa hollantilaisen termin voidaan sanoa edelleenkin kuuluvan vakiintuneena osana indonesialaiseen oikeuskieleen. Havainnollinen esimerkki on seuraava katkelma (*Mahkamah Agung* 825 K / PDT.SUS / 2010):

Bahwa selain itu, Sita Eksekusi (Eksekutorial Beslag) tidak sah karena terhadap objek sita tidak pernah diletakkan sita Jaminan (Conservatoir Beslag) terlebih dahulu, hal ini bertentangan dengan syarat-syarat penyitaan yang ditentukan oleh Undang-undang (Vide Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek, karangan Ny. Retnowulan Sutanto, SH. Hal 178);

’Ettei myöskään ulosmittaus (*Eksekutorial⁴⁷ Beslag*) ole laillinen, koska sen kohdetta ei aiemmin ole määrätty turvaamistoimena [toimitsijan] haltuun

⁴⁷ Tässä indonesialainen juristi on erehtynyt hollantilaisen termin ortografian suhteen: oikea muoto on *executoriaal*.

(*Conservatoir Beslag*⁴⁸), mikä on vastoin laissa säädettyjä ulosmittauksen edellytyksiä (*Vide* ”Siviiliprosessioikeus teoriassa ja käytännössä”. Kirj. Retnowulan Sutanto, oikeustieteen maisteri, s. 178);⁷

Kaiken kaikkiaan voidaan siis sanoa, että hollantilaisia sitaattilainoja viljellään yhä 2000-luvun indonesialaisessa tuomioistuinkielessä (itse asiassa asianajokielellä sen osana), mutta ne ovat pääasiassa varsin harvinaisia.⁴⁹ Muutamia poikkeuksia, joissa hollantilainen termi on Indonesiassa täysin vakiintunut, saatetaan kuitenkin mainita (*beslag, schuld*). Näissä tapauksissa voidaan puhua hollantilaisesta sitaattilainasta, joka on indonesialaisen oikeuskielen kiinteä osa. Poikkeuksellisesti esiintyy edelleen asianajajia, jotka suorastaan kylvävät kirjelmiinsä hollantilaisia sitaatteja. Seuraava katkelma 2000-luvun alun jutusta (*Mahkamah Agung*, No. 391 K/Pdt/2001) valaisee asiaa:

Bahwa dalil-dalil gugatan Penggugat tidak jelas dan kabur (Obscuur Libel) karena tidak jelas dan tidak tegas arah gugatan yang hendak dituju oleh Penggugat, dalam suatu gugatan hendaklah ditegaskan peristiwa hukum ”rechtsfeit” serta kejadian yang menjadi dasar perkara ”Grondslag van het geding” serta sifat hukum dari daftar gugatan (Rechtskarakter) sebagai dasar Majelis Hakim untuk menentukan kearah mana jalannya pemeriksaan permohonan gugatan Penggugat, hal ini diperlukan supaya Hakim mengadili menurut keadilan yang benar ”naar goede Justitie recht doen” atau Hakim memberi keadilan ”verzoek om rechtsherstel” yaitu dengan menerangkan sejelas-jelasnya tentang adanya perhubungan hukum ”Rechtsbestrekking” antara pihak-pihak yang menjadi dasar gugatan (Fundamentum Petendi) dan alasan yang berdasarkan atas (Rechtsgronden);

⁷Että kantajan kanteen perusteet ovat epäselviä ja epämääräisiä (*Obscuur Libel*), koska se, mitä kantaja tavoittelee kanteellaan, ei ole selvää eikä konkreettista. [Näin on siitä huolimatta, että] kanteessa tulee [aina] pyrkiä selventämään oikeustositteita ”rechtsfeit” ja jutun perustana olevaa tapahumaa ”Grondslag van het geding” sekä vaatimusten oikeudellista luonnetta

⁴⁸ Ranskalaistaustaisessa hollantilais-indonesialaisessa siviiliprosessioikeudessa velkojan käytössä on nopeasti saatavissa oleva turvaamistoimi (ransk. *saisie conservatoire* / holl. *conservatoir beslag* / indon. *sita jaminan*), jolla hän voi estää sen, että velallinen hukkaa omaisuutensa velkojan vahingoksi. Tarvittaessa velkoja voi pyytää tämän turvaamistoimen muuntamista ulosmittausperusteiseksi esineen haltuunotoksi (ransk. *saisie exécutoire* / holl. *executoriaal beslag* / indon. *sita eksekusi*).

⁴⁹ Kuten on jo nähty (alav. 47), hollantilaisissa sitaateissa saattaa olla oikeinkirjoitusvirheitä (mm. yhdyssanojen osat on kirjoitettu erilleen). Se, kirjoitetaanko sitaattisanat isolla vai pienellä kirjaimella, vaihtelee. Usein sitaatissa on kyse indonesialaisen termin tai ilmauksen tarkasta vastineesta, mutta välistä sitaatti liittyy asiayhteyteen välillisemmin.

(*Rechtskarakter*), jotta tuomioistuin saisi pohjaa sille, millä tavoin kantajan vaatimusten tutkimisessa tulee menetellä. Tämä on tarpeen, jotta tuomarit voisivat antaa ratkaisunsa tavalla, jota oikeudenmukaisuus edellyttää ”*naar goede Justitie recht doen*”, eli jakaa oikeutta ”*verzoek om rechtsherstel*” ts. todeta yksiselitteisesti, onko osapuolten välillä olemassa oikeussuhde ”*Rechtsbestrekking*”, johon kanne pohjautuu (*Fundamentum Petendi*), ja vaatimuksille siis perusteet (*Rechtsgronden*).⁵⁰

4 PÄÄTELMIÄ

Tarkastelu osoittaa, ettei hollantilainen oikeuskieli ole ulkonaisestikaan havaittavana ilmiönä kadonnut kokonaan Indonesiasta. Vielä 2000-luvun alussa esiintyy edelleen tutkijoita, jotka viljelevät laajalti hollantilaisia sitaatteja. Kuten on nähty, myös tuomioistuinratkaisuihin – nimenomaan niihin otetuista asianajajien argumentoinnin kuvauksista – löytyy hollantilaisia termejä ja muita sitaatteja, joskin niiden määrä on yleensä vähäinen vastaavien indonesialaisten termien esiintymistiheyteen verrattuna. Muutamia ilmauksia käytetään kuitenkin lähes säännönmukaisesti. Tällöin hollantilainen termi lisätään perinteen voimasta (yleensä sulkeissa) indonesialaisen perään, vaikka jälkimmäinen on nykyisin täysin selkeä ja vakiintunut.

Lisäksi on otettava huomioon, että pelkästään kielen pintatason tarkastelu antaa asiassa harhaanjohtavan kuvan. Jos tarkasteluun otetaan mukaan myös ulkonaisesti piiloon jäävä kielellinen vaikutus, ts. käännös- ja merkityslainat, hollantilaisen oikeuskielen vaikutus näyttäytyy sitäkin selvempänä. Lähes lukemattomat indonesialaisen oikeuskielen sanat ovat hollantilaisia merkitys- ja käännöslainoja, eivätkä ne ole millään tavoin katoamassa. Toisaalta hollanti on näissä tapauksissa usein toiminut vain välikielenä: indonesialaisten sanaliittojen malli tulee alun perin hollantia vanhemmista oikeuskielistä, erityisesti ranskasta ja viime kädessä latinasta.

Nimenomaan merkitys- ja käännöslainat ovat samalla oire alankomaalaisen oikeusperinteen jatkuvuudesta Indonesiassa. Juridiset termit ovat käsitteiden nimiä, ja merkitys- ja käännöslainat on muodostettu ja otettu käyttöön juuri sen vuoksi, että on tarvittu nimi Euroopasta omaksutulle uudelle käsitteelle. Hollantilaisen oikeuden käsitteet muodostavat edelleen Indonesian oikeusjärjestelmän rakenteellisen rungon länsimaisen oikeuden

⁵⁰ Alkutekstissä koko kappale on yhtä virkettä. Käännöksessä virke on pilkottu kolmeen osaan ja samalla lisätty tarpeellisia sidesanoja tekstin logiikan selventämiseksi.

klassisilla aloilla, kuten velvoiteoikeudessa. Ensi näkemältä on yllättävää, että länsimaisuus ilmenee myös siinä, miten saariston perinnäinen tapaoikeus jäsennetään. Selitys on yksinkertainen: adat-oikeuden systematiikka on peräisin hollantilaisilta oikeustieteilijöiltä.

Käytännön tasolla edellä lausuttu tarkoittaa, että kun suomalainen juristi kohtaa indonesialaisen kollegansa, he puhuvat varsinkin siviilioikeudessa samaa käsitekieltä. Lisäksi suomalaisen on usein helppo tunnistaa tarkasteltava käsite ulkonaisestikin indonesialaisen tietämän hollantilaisen termivastineen pohjalta – ainakin niin kauan kuin meillä vielä hallitaan edes passiivisesti hollannin lähisukukieliä, saksaa ja skandinaavisia kieliä. Periaatteelliselta kannalta Indonesian oikeuden ja oikeuskielen tarkastelu tukee osaltaan oikeusteoreettista havaintoa oikeuden käsitteistön ja rakenteiden jatkuvuudesta. Kuten oikeusvertailijat ovat jo pitkään painottaneet, oikeuden syvärekenteet muuttuvat vain hitaasti senkin jälkeen, kun emo-oikeusjärjestyksen ja tytäroikeusjärjestyksen välinen laajamittainen vuorovaikutus on päättynyt.

Frede Castberg and the Invention of State of Emergency in Norwegian Constitutional Law in the Twentieth Century

1 STATE OF EMERGENCY AND THE NORWEGIAN CONSTITUTION OF 1814

Few constitutions have as stable a history as does the Norwegian Constitution of 1814, a fact supported by its existence as a living document for 200 years.¹ It shares this tangible stability with the constitutions of some other countries, particularly Great Britain with its unwritten constitution and the United States with the world's oldest existing written constitution, from 1787. The Netherlands, Sweden and Denmark have new constitutions, but they are for the most part based on constitutions that date from 1815, 1809 and 1849, respectively. Most other states have replaced entire constitutions through major government upheavals. Whether or not there is any point in retaining an old constitution depends on the quality and character of the constitution, and its general political support. It can be argued that Norway has not adopted a new constitution since 1814 due to the peculiar constitutional ideologies that developed during the nineteenth century as a result of the union with Sweden, and the successful dissolution of that union in 1905. Moreover, the Constitution was flexible enough to absorb, and certainly not legally prevent, the remarkable transformation towards democracy and the welfare state that characterised the twentieth century.

Equally important for the longevity of the Constitution is the absence of any dramatic change of regime in Norway (with the exception of the German occupation in the years 1940-1945), which could have precipitated an entirely new constitution. This demonstrates stability, compared with

¹ The following text is to some extent based on *Michalsen, Dag* (red.): *Unntakstilstand og forfatning. Brudd og kontinuitet i konstitusjonell rett*. Oslo 2013, chapters 1 and 5. I am most grateful to research coordinator Nora Naguib Leerberg (Oslo) and Professor Marit Halvorsen (Oslo) for important help and critical reading.

for example France's twelve constitutions (between 1791 and 1958) or Argentina's seven. On the other hand, this stability has resulted in a situation where a number of changes, for example in the realm of human rights that have been incorporated in newer constitutions of other countries have not been incorporated in the Norwegian Constitution.

At this very moment (May 2014), *Stortinget* (the Norwegian Parliament) is debating a long list of proposed amendments regarding human rights. Consequently, Norwegian constitutional jurisprudence is experiencing significant discrepancies between the text-system of the Constitution on the one hand, and state practice and international treaty law and practices on the other. No dramatic event – a state of emergency – has forced *Stortinget* to adopt a new constitution. The most profound changes in the Constitution will as mentioned likely take place in the spring of 2014.

As a typical revolutionary constitution, the 1814 Constitution did not comprise any general authorisation for governmental bodies to suspend the Constitution itself, neither its system of separation of powers nor the catalogue of civil rights. The Constitution did not (and still does not) include any term in that direction. Not even the mild form of state of emergency in the Cadiz Constitution of 1812 (Article 172) was introduced, and state of emergency was not then – and is not today – a dogmatic constitutional concept with a basis in the constitutional language. The idea was that the constitution should establish a legal standard for government and society; the constitution was supposed to be so solid that it could meet any extraordinary situation without having to be repealed. The fundamental idea was that the formal and substantial content of the Constitution should express the normal political order, and that it would be unnecessary to consider it repealed or put out of action, even in times of crisis. By virtue of the Constitution's unrivalled political, legal and ethical qualities, it was meant to function normally in various social situations, also because the Constitution's normative power itself would create a suitable political order. This was of course ideology, but it was one of the most important ideas of liberal constitutional thought – that constitutions were to last for a very long time, deal with all kinds of situations and eventually reshape society in their image.

This ideology was central in Norwegian constitutional life until the dissolution of the union with Sweden in 1905. The idea that the Constitution was the same throughout the nineteenth century was maintained because there were very few textual amendments. Consequently, constitutional changes were shaped through constitutional practice. Even the result of the most

dramatic constitutional moment of that century – the impeachment trial of the conservative government in 1884, which resulted in the introduction of parliamentarism – was made through practice. In 1905, *Stortinget* unilaterally dissolved the union with Sweden, and the crisis between the two countries escalated almost to the point of war. As *Stortinget* regarded the dissolution as being within the scope of law through its Act of June 7 1905, the constitutional text from November 1814 on which the union with Sweden was founded, had to be changed almost immediately. The majority accepted that there was no time to change the Constitution according to Article 112 (that would have taken several years), but rather according to ‘the mandate of necessity’, as it was called. This enactment took place before the end of 1905. In addition, there were the indirect changes that concerned all subsequent constitutional interpretation by this radical rupture in 1905. The dissolution of the union meant the loss of certain union-related considerations that had influenced constitutional interpretation up to that point. The active role of *Stortinget* in 1905 strengthened the relationship between popular sovereignty and parliamentarism that from then on became the general norm in all constitutional interpretation. Also, the new national dimension that was strengthened after 1905 created a more national constitution that would have consequences for constitutional interpretation concerning external relations. Thus, an unwritten state of emergency practice in 1905, debates on formal constitutional changes, dramatic political events and new ideological values were closely interwoven in 1905.

2 FREDE CASTBERG AND THE INTERWAR YEARS

The First World War triggered a massive shift in legislative authority, from national parliaments to governments. This happened on the legal basis of emergency laws that were enacted during the war. Such was also the case in Norway, particularly through certain provisional arrangements during the summer of 1914. Many states acquired new constitutions with explicit state of emergency clauses that then triggered intense constitutional debate, the Weimar Constitution of 1919 being the most famous of the new constitutions. This was however not the case in Norway. Here, there was surprisingly little debate concerning the connection between state of emergency laws and constitutional questions during the First World War and in the immediate

post-war years.²

The impeachment trial (*Riksrettsak*) in 1926-1927 of Abraham Berge (1851-1936) represented a significant change in Norwegian constitutional law in this respect.³ In part, the indictment built on the fact that Berge as Minister of Finance had given secret support to a private bank (*Handelsbanken*) contrary to the appropriative authority of *Stortinget*, and in part based on the fact that when he later asked *Stortinget* for additional funds for the same bank, he failed to make clear that the former contribution had taken place. The crucial issue here is that Berge claimed *constitutional necessity* as one of the reasons for his actions. The Court of Impeachment did not decide the case on this legal basis, but a majority of the judges assumed that there was such a principle in Norwegian constitutional law. The unusual depth in the argumentation presented by Defence attorney Per Rygh, which filled close to a hundred pages of the Court of Impeachment's journal, was of great importance.⁴ The extensive documentation of Norwegian state practice and not least the experiences from foreign constitutional practices brought the topic into the Norwegian public sphere in earnest. Rygh's summary of the legal content of a possible Norwegian doctrine on constitutional necessity was formulated precisely. The requirement of proportionality was a particularly important dimension:

‘First, there must be a risk of vital social interests. Second, for the risk to be avoided, it is necessary to deviate from normal rules concerning the relevant constitutional bodies' authority, and third, the means used to avoid the danger must be expedient for the object and proportionate to the danger to be avoided ... [and fourth, it is] irrelevant whether or not the intended purpose actually is achieved’.⁵

It seemed impossible to derive the concept of constitutional necessity as a new constitutional principle solely on the basis of the judgment of the Court of Impeachment. However, when professor of constitutional law Frede Castberg (1893–1977) published the first edition of the textbook on constitutional law – *Norges statsforfatning* – fewer than ten years later, in 1935, he presented the concept of constitutional necessity as current constitutional law.⁶ Frede Castberg was the son of one of the most famous of the left-wing

² I rely on my own review of registers of publications, legal journals and public debates.

³ For the following, see *Riksrettstidende 1926/1927* [Impeachment protocol].

⁴ *Riksrettstidende 1926/1927*, pp. 1537–1614 cfr. Register pp. 19–22.

⁵ *Riksrettstidende 1926/1927*, pp. 1578–1579.

⁶ *Castberg, Frede: Norges statsforfatning* [The Constitutional Law of Norway.] Vol II (1935), pp. 470-483.

1905 men, Johan Castberg, who was later Minister of Justice and a Supreme Court judge. Frede Castberg was therefore a well-connected man at the time he became a professor of constitutional law. Politically, Frede Castberg was more centre-oriented, and regarded himself as a neutral law professor rather than a politician. He had been at odds with the prevailing attitude towards certain legal doctrinal questions during the interwar years. Partly, he was then in favour of the so-called constructive legal method in legal science that had been out of fashion for some time, partly he was inclined to give the notion of natural law some relevance in contemporary legal thinking, very much contrary to the legal realism then being formed in the Scandinavian countries. Neither of these legal models was invoked in his argumentation for a concept of constitutional necessity. His line of reasoning was that of positive law. But given the modest and indeed unambiguous sources of law on the issue, it is certainly surprising that he so unreservedly wrote that the constitutional principle of necessity 'is effectively recognised in Norwegian constitutional law'.⁷ Castberg's main legal argument was essentially based on a general assumption: that 'In reality, no governmental existence is conceivable without such a possibility for state organs under certain conditions to safeguard the interests of society also by actions that are beyond the usual limits of authority'. Stated in this way, one could of course suspect that there were hidden agendas of natural law elements included in the reasoning. If so, they were however certainly not revealed.

Henceforth, Castberg systematically developed a constitutional doctrine of necessity, and thereby adopted a number of constitutional rules that lay far outside the premises of the written Constitution and established state practice. Deviation from the Constitution's rules on separation of power was one thing for which there might be some good arguments. The same could be said of deviations from the formal regulations on the constitutional amendments according to Article 112 of the Constitution. But Castberg's assumption that the constitutional principle of necessity also might justify the disregard of civil rights was something entirely different, and had no foundation whatsoever in constitutional practice.⁸ In the constitutions that warranted extraordinary competence during states of emergency, such competence was often explicitly specified and enumerated, as in the Weimar Constitution. But Castberg interpreted similar qualifications solely on the basis of what he called constitutional necessity: 'in a critical situation,

⁷ *Castberg*, Norges statsforfatning II (1935), p. 470.

⁸ See *Castberg*, Norges statsforfatning II (1935), pp. 481–482

individual rights can be set aside to a greater or lesser extent, if the vital interests of the state demand so'. In 1935, this was certainly a bold – and poorly justified – stance.

3 FREDE CASTBERG'S RESPONSE TO THE GERMAN OCCUPATION 1940–1945

For all that Castberg was bold; he seems perhaps to have been prophetic as well. Five years later, the most dramatic state of emergency in Norwegian history occurred through the German occupation from 1940 to 1945. As early as in the evening of April 9, *Stortinget*, which had fled some miles north of Oslo, enacted (if that word can be used in a rather chaotic situation) the famous Elverum-authorisation. This document became the legal foundation for a complete transfer of constitutional authority from *Stortinget* to the Government ('to safeguard the Kingdom's interests and make decisions and issue commands on behalf of *Stortinget* and the Government, if deemed necessary in the interests of the nation's security and future' my translation). Without going into the many discussions on the legal character of this authorisation, it seems obvious that *Stortinget*'s rational legal basis was a certain idea of constitutional necessity. However, the Government's comprehensive legislation from London during the war was formally built for the most part on the Elverum-authorisation (which was always invoked) and not the principle of constitutional necessity (which was not mentioned). For an understanding of the constitutional law, however, the principle of constitutional necessity was certainly very much in focus.

Other enactments that were contrary to the Constitution were also carried out by legitimate state organs in the early days of the German occupation. These enactments could only find a plausible rationality in the principle of constitutional necessity. Most famous is the Supreme Court's role in the creation of the new Administrative Council of April 15 1940. It was obviously contrary to the Constitution, and was justified by formulations of necessity, but not specifically by the constitutional principle of necessity.⁹ Far more problematic and impossible to justify as constitutional loyal argumentation of necessity were the negotiations between the Presidency of *Stortinget* and the German occupation authorities in the period June–September 1940,

⁹ Sandmo, Erling: *Siste ord. Høyesterett i norsk historie 1905–2005* (2005), pp. 250–272.

which aimed to establish a so-called *Riksråd*, and thereby dismiss the exiled King and executive power now located in London. Later, in 1945, the issue of constitutional necessity played an important role as one of several constitutional justifications for the London-Government's issuance of provisional arrangements during the war according to the Constitution's article 17 and the Elverum-authorisation. Particularly the areas where this issue intervened with civil rights were later decided by the Supreme Court in a number of cases, especially in the so-called Klinge case of 1946.

During these years, Frede Castberg was not only an observer, but also a participant.¹⁰ Among other things, he participated as a legal expert in the prolonged negotiations about the *Riksråd*, where he voiced the opinion that constitutional necessity could hardly justify the dismissal of the King and his government, and replace them with a *Riksråd* acceptable to the Germans. But if this regrettably was done, he stated in the summer 1940, the people would surely accept the new regime and its legislation: 'Another point of view would be tantamount to inviting civil war'.¹¹ Thus, the notion of the principle of constitutional necessity was invoked in order to maintain the *new* political stability, indeed an ambiguous argument in the tradition of state of emergency. Eventually, Castberg was forced to leave Norway for Sweden.

Upon his return to Oslo in 1945, he became one of the most active participants in legal and political debates, especially concerning the legal foundation of the regulations of the Norwegian government in London. It is therefore somewhat surprising that his treatment of constitutional necessity in the second edition of his textbook on constitutional law from 1946 echoed the first edition almost verbatim.¹² Only occasionally does he refer to the decisions that followed the extraordinary events of 1940–1945, and nowhere does he state that these decisions strengthened necessity law by virtue of state practices. He went only so far as to say that it concerned 'a particularly authoritative application of necessity law', meaning that sufficient legal basis already existed in 1940.¹³ Castberg published a more systematic account on constitutional necessity first in 1953, also this time as a report to *Stortinget*.¹⁴ This happened in connection with the extensive

¹⁰ Castberg, *Minner* [Memories] (1971), pp. 41–131.

¹¹ Castberg, *Norge under okkupasjonen. Rettslige utredninger 1940–1943* (1945), p. 56.

¹² Castberg, *Norges statsforfatning II* (1946), pp. 493–508.

¹³ Castberg, *Norges statsforfatning II* (1946), p. 500.

¹⁴ Dokument nr. 2 (1953). *Konstitusjonell nødrett*. [Quoted as Castberg, *Konstitusjonell nødrett* (1953).]

debates that surfaced in the wake of a proposal for a new emergency law in 1950, which occurred as a result of the cold war.

4 THE MAKING OF A NEW DOCTRINE: FREDE CASTBERG'S *KONSTITUSJONELL NØDRETT*

In his report to *Stortinget*, Castberg undertook two noteworthy measures: one systematic, another historical. The systematic measure was a typical dogmatisation of the doctrine of constitutional necessity by way of splitting it into four questions: one concerning the conditions for exercising constitutional necessity, the second concerning the requirements for a state organ's intervention in another organ's area of competence, the third concerning the situation when constitutional necessity justifies setting aside absolute constitutional prohibitions (which Castberg could not entirely rule out), and finally concerning constitutional necessity's disregard of the formal regulations of the amendments of the Constitution, particularly Article 112. The historical element was nonetheless the most striking; Castberg virtually invented a new constitutional past by reconstructing Norwegian constitutional history, modelling it according to the new doctrine of constitutional necessity. Castberg presupposed the use of constitutional necessity in 1814, and interpreted this dogmatic figure accordingly from the Constitution's birth. Thus, a more extensive state practice than that which had been invoked in previous descriptions on the subject was put in place.

The substance of constitutional necessity in Castberg's treatment can be summarised in selected points.¹⁵ (1) Its existence followed the classic doctrine of necessity, namely that the authority was only applicable in emergency situations. (2) The existence of this doctrine was also the result of the limits of the principles of constitutional interpretation, although it was probably the case that some of the results of an expansive interpretation of the Constitution coincided with those one could adopt according to the rules of constitutional necessity, constitutional interpretation was clearly not sufficient to address several issues of necessity far outside the text of the constitution. (3) Furthermore, the constitutional necessity was derived from the very absence of a formal constitutional legal basis for declaring states of emergency in Norwegian law. (4) This led to the close connection

¹⁵ What follows is summary of *Castberg, Konstitusjonell nødrett* (1953), pp. 13 sq.

between the constitutional principle of necessity and judicial review. Since the Court was competent to try actions by state organs that could be deemed contrary to the Constitution, it followed that the courts had a duty to find alternative legal sources, which in these cases had to be that of constitutional necessity. (5) This understanding also followed from the fact that Norwegian constitutional law had no rules concerning indemnity.

(6) After having constitutionally sanctioned the legal figure of constitutional necessity, Castberg emphasised the differences to other countries' constitutional practice in the field. One must distinguish between the legal forms of state of emergency law where certain conditions must be met for actions of necessity where predetermined, and constitutional necessity where state organs could make individual decisions without any previous specific declaration of a state of emergency by any other state organs, such as *Stortinget*. In Norwegian law, the last form was adequate. Thus, in Norwegian law, the competence that arises from a state of emergency is *ipso jure*. (7) Finally, Castberg stressed that the constitutional principle of necessity was positive law and part of constitutional law. References to natural law, for which he otherwise often argued, had therefore no relevance. On the other hand, when reading Castberg's other contributions, we clearly see that situations existed where considerations of natural law could be relevant, especially concerning violations of fundamental human rights. He was however careful to keep this out of the current applicable constitutional law.

The third edition of Castberg's textbook on constitutional law in 1964 followed the outline from 1935 in form and substance for the most part, supplemented by some of the debate of the 1950s.¹⁶ Meanwhile, in 1953, the European Convention on Human Rights (ECHR) was ratified by Norway. Its Article 15 was a statutory basis of derogation for treaty states to waive any of the rights under specific conditions. For those countries that did not possess similar provisions in their national legislations (as Norway), this meant that the international state of emergency regulation had an indirect effect. However, the implication of the ECHR Article 15 for Norwegian law was not mentioned by Castberg at the time, and only later did legal science bring the ECHR more systematically in connection with national constitutional law.¹⁷ In the latest standard work on Norwegian constitutional law, Eivind Smith's *Konstitusjonelt demokrati* (2009), a rather critical adherence to the

¹⁶ Castberg, Norges statsforfatning II (1964), pp. 346–359.

¹⁷ Article 15 was first thoroughly examined by Ola Rambjør Heide in 1998, see *Rambjør Heide, Ola: Konstitusjonell nødrett* (1998).

doctrine of constitutional necessity is formulated, and Smith is sceptical to its status as constitutional customary law, mainly because of the modest state practice.¹⁸ While the understanding of the constitutional principle of necessity and its constitutional function during the immediate post-war period was likely more expansive, it seems that in recent decades the tendency is reversed. The effect since the 1980s of a stronger liberal constitutionalism and a new inclination to reflect on human rights has undoubtedly played a significant role.

It is pertinent at this point to highlight Jørgen Aall and Eirik Holmøyvik's proposal of 2010 to introduce a wider catalogue of human rights into the Norwegian Constitution.¹⁹ The two argued for this in part because the Constitution's catalogue, which dates for the most part from 1814, is clearly insufficient by today's standards. This is partly because the law of incorporating the ECHR only binds the court, not the legislator. Beneath the proposal lies an open anxiety about what might happen to human rights in Norway in the event of crises that would put the Constitution's normal procedures out of function. It does not require 'much imagination to envision a situation where the legislator feels forced to create laws that violate the more basic human rights under the ECHR, such as the prohibition against inhuman treatment in Article 3 or the protection against limitation of liberty in Article 5'.²⁰ They were in addition concerned about the duality of the state of emergency. In part, one must elevate human rights to a constitutional level to protect citizens against any possible misuse by the legislator of states of emergency, and in part a constitutional system must accept that there is a legitimate distinction between a normal state and a state of emergency.

This contradiction of interests is resolved in Aall and Holmøyvik's proposal to establish a written constitutional rule on state of emergency, building further on Article 15 of the ECHR. The structure is that of a liberal constitutional government's understanding of the relationship between a constitution and derogation of rights: (1) The Constitution may be temporarily waived by a state of emergency, (2) the state of emergency is defined as an 'imminent and exceptional emergency that threatens the organisation of society or the normal exercise of power'; (3) there are requirements for proportionality between the situation and the measures; (4) certain rights

¹⁸ See *Smith, Eivind: Konstitusjonelt demokrati* (2009), pp. 340–342.

¹⁹ *Holmøyvik, Eirik – Aall, Jørgen: Grunnlovsfesting av menneskerettene*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2010, pp. 327–374, for the following pp. 362 sq.

²⁰ *Holmøyvik – Aall* 2010, p. 337.

can never be waived; (5) any dispute arising as a result of derogation can be tried by civilian courts; (6) the government passes derogation, but requires parliamentary approval for three months at a time, after nine months it requires a two-thirds majority.

The proposal was meant to introduce a general derogation sanction for the entire Constitution. Contrary to the constitutional principle of necessity in the form of Castberg, distinct limitations were proposed and – particularly interesting – a requirement for the consent of *Stortinget*. Thus, Norwegian constitutional state of emergency would become more in line with that of other European constitutions.

5 EPILOGUE: THE ROLE OF STATE OF EMERGENCY IN NORWEGIAN CONSTITUTIONAL LAW, ANNO 2014

A notorious terrorist attack took place in Norway on July 22, 2011. For a few minutes after the explosion at the government building in Oslo, the extent and scale of the attack was unclear: what kind of attack had actually been directed against the centre of Norwegian government? At that moment, the constitutional principle of necessity transpired, which immediately gave the Norwegian authorities the competence to exercise an extraordinary authority, since the authority of constitutional necessity arises *ipso jure*, without prior approval. As soon as one realises that the actual situation does not satisfy the requirements for constitutional necessity, however, that authority ceases. This was the case on the 22nd of July, since the authorities quickly realised that the situation was limited, that the government was not in a control crisis. This may be the reason why the government has not applied the term constitutional necessity to the situation that arose on July 22.²¹ On the other hand, words such as ‘crisis’ and ‘attack’ were common, and the King used the phrase ‘state of emergency’ in his speech on August 21.²² In the Human Rights Commission’s report published a few months later on December 19, the government’s handling of the terrorist act became an expression of the close relationship that seems to exist between nation and Constitution:

²¹ Rapport fra 22. juli-kommisjonen [Report from the July 22 Commission]. NOU 2012:14, pp. 224–225.

²² H.M. Kongens tale ved den nasjonale minnemarkeringen for 22. juli 2011. Oslo Spektrum, 21. august 2011. – <http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.7758237>.

‘In order for the Constitution and constitutional customary law to be set aside, the country must be thrown into a crisis, which seriously threatens a greater part of the population, the basic structures of society or the kingdom’s existence. The political and popular handling of the terrorist attacks of July 22, 2011 also shows that the nation is capable of dealing with deeply tragic and shocking experiences without jeopardising the Constitution’.²³

The July 22 attack is part of the contemporary international history’s thematic structures on terror and state of emergency. The impact of international debate on state of emergency after 9/11 2001 has shaped the attention of Norwegian authorities on the topic. As already stated, the expression ‘state of emergency’ is not to be found in Norwegian legal sources or legal literature as a legal concept, but it is nevertheless in more frequent use.

The Human Rights Commission’s report of December 19 2011 has proposed a new constitutional amendment regarding state of emergency, anchoring it in the constitutional text.²⁴ To this end, the Commission tabled the proposal for an exclusionary provision (derogation), which only applies to the catalogue of human rights, not other parts of the Constitution, which will continue to be governed by the principle of constitutional necessity. Thus, Castberg’s invention prevails in Norwegian constitutional law, with the possible exception of the new derogation clause concerning human rights

²³ Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. Dokument 16 (2011–2012) [Report from the Human Right Committee], p. 92.

²⁴ Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. Dokument 16 (2011–2012), pp. 90–98.

Trust oikeusvertailun kohteena

1 JOHDANTO

Pialla on ollut suuri vaikutus siihen, millainen tutkija minusta on tullut. Niin pitkään kuin olen hänet tuntenut, on hän ollut hyvin laajasti kiinnostunut erilaisista tutkimusteemoista – oikeusvertailustakin jo silloin, kun se ei vielä ollut tutkimusteemana muodikas. Paitsi että Pia on johtaja ja tutkija, hän on myös äiti. Vaikka hän suhtautuu intohimoisesti ja vakavasti työhönsä, ei ole koskaan jäänyt epäselväksi, mikä hänelle on elämässä tärkeintä. Meille tutkijanaisille se on ollut muistutus siitä, että yliopistolla voi työskennellä menestyksekkäästi, vaikka kotoa löytyisi joku vielä hankerahoja ja tutkimustakin tärkeämpi.

Pian kannustuksen saattelemana kirjoitin KATTI-vuosinani monografian, jossa käsitellään trust-instituutiota. Tästä syystä trustit tuntuivat luonteelta valinnalta myös tämän juhlakirjan artikkelin aiheeksi. Trustit ovat moniulotteisia järjestelyitä, ja erityisen kiinnostavia oikeusjärjestelmän ymmärtämisen näkökulmasta. Toisaalta, jotta trustin idean voisi osaksikaan saavuttaa, tulee ymmärtää edes hitunen siitä, miten Englannin oikeus ja oikeudellinen ajattelu on rakentunut – ja edelleen rakentuu – oikeushistorialliselle jatkumolle.¹ Artikkelini keskiöön nouseekin kysymys siitä, miten trust-oikeutta voi ymmärtää. Miten ymmärtää niitä tekijöitä, jotka tekevät trustista järjestelyn, jota englantilaiset itse kutsuvat oikeutensa hienoimmaksi saavutukseksi, jonka poistaminen halvaannuttaisi koko oikeusjärjestelmän?² Pohdin myös,

¹ Artikkelini aihe on siten erityisen sovelias myös Pian oikeushistorian asiantuntemuksen näkökulmasta. Hän on osallistunut aktiivisesti myös kansalliseen ja kansainväliseen keskusteluun eurooppalaisen oikeuden kehityksestä, yhdistäen oikeushistorian nykyiseen integraation aikakauteen. Ks. esimerkiksi *Letto-Vanamo, Pia: Oikeuden Eurooppa – Euroopan oikeus: oikeushistoria ja integraatio*. LM 1995, s. 699–709 ja *Fragmentation and Coherence of Law – a Historical Approach*. Teoksessa *Letto-Vanamo, P. – Smits, J.: Coherence and Fragmentation in European Private Law*. Munich 2012, s. 151–172.

² *Matthews, Paul: The Place of the Trust in English Law and in English Life*. Trusts and Trustees 2013, s. 242–254, s. 250.

miksi trustia ei voi käsitteellistää oman oikeutemme työvälinein. Artikkelisi sijoittuu oikeusvertailun keskiöön ja koskee sitä, mitä pahimmillaan ja parhaimmillaan vaaditaan vieraan oikeuden aidoksi ymmärtämiseksi.

2 TRUSTIEN HISTORIASTA

Historiallisesti trustin kytkeytyminen equity-oikeuteen pystytään jäljittämään vuosisatoja taaksepäin, mutta se, mistä idea trustin luomiseen on tullut, on arvailujen varassa. Tämä sopii englantilaisille, jotka eivät koe tarvetta järjestelyn esikuvan nimeämiseen. Oikeuskirjallisuudessa on kyllä esitetty useitakin arvauksia siitä, minkä – roomalaisesta oikeudesta periytyvän – instituution siirrännäinen trust olisi, mutta mikään esitetyistä teorioista ei ole ratkaissut arvoitusta lopullisesti.³

Trustin alkuperästä tiedetään se, että se lähti kehittymään jo 1100-luvulla, jolloin common law – kuninkaallisten tuomioistuinten soveltamana oikeutena – piti omistusta jakamattomana kokonaisuutena. Tämä saattoi aiheuttaa ongelmia esimerkiksi tilanteissa, joissa maanomistaja jätti Englannin lähtiessään ristiretkelle, ja luovutti poissaolonsa ajaksi omaisuutensa luottamalleen henkilölle (trustee). Siirron tarkoituksena oli varmistaa, että esimerkiksi feodaalivastuut tulivat maksetuiksi ja omaisuus hoidetuksi. Kuitenkaan henkilö, jolle omaisuus oli väliaikaisesti siirretty, ei sitä välttämättä enää luovuttanutkaan takaisin omaisuuden tosiasialliselle omistajalle. Kuninkaallinen tuomioistuin ei suojannut alkuperäistä omistajaa, vaan piti trusteea laillisenä omistajana (*in common law*). Harmistunut ristiretkeläinen ei luovuttanut vaan pyysi oikeussuojaa kuninkaalta, joka delegoi asian lordikanslerille omantunnon mukaan ratkaistavaksi. Lordikansleri katsoi, että oli kohtuutonta jättää omaisuus palauttamatta ja piti siksi alkuperäistä omistajaa omaisuuden asiallisena omistajana (*in equity*). Ajan myötä kanslerioikeuden käytäntö vakiintui ja ero laillisen omistajan

³ Kuvaavaa on, että nimenomaan kontinentaalisisista järjestelmistä tulevat juristit ovat pyrkineet nimeämään trustille esikuvia. Tästä ks. esimerkiksi *Lupoi, Maurizio*: ”Trust and Confidence”. *Law Quarterly Review* 2009, s. 253–287. Myös *Van Rhee, C.H.*: *Trusts, Trust-like Concepts and Ius Commune*. *European Review of Private Law* 2000, s. 453–462, s. 462, joka kirjoittaa: ”It may be concluded that it is very likely that the origins of the trust concept cannot completely be traced. Whether these origins are Roman, Canonical or Germanic remains an unresolved question.”

ja asiallisen omistajan oikeusasemien välillä vahvistui.⁴ Omaisuuden haltijaa alettiin kutsua vakiintuneesti trusteeksi ja sitä, jonka hyväksi järjestely oli perustettu, edunsaajaksi. Itse järjestelyn nimeksi vakiintui aikaa myöten trust. Trust kehittyi siten kuninkaallisten tuomioistuinten soveltamien oikeusohjeiden ja equity-oikeuden yhteispelin tuloksena. Lopputuloksena oli oikeudellinen instituutio, jonka keskeisenä elementtinä on kaksoisomistus: kahdella eri osapuolella on yhtäaikaaisesti eri sisältöinen omistusoikeus ja sen mukaisesti erilaiset oikeudet ja velvoitteet suhteessa trust-omaisuuteen.

Trustin alkuperän selvittämistä koskevat epäselvyydet hämmentävät kontinentaalista oikeusjärjestelmästä tulevaa juristia, joka haluaa käsitteellistää instituution, ja sijoittaa sen joko velvoiteoikeuteen tai esineoikeuteen. Tässä kohden trustin ymmärtäminen käy mahdottomaksi, jos näkökulmaa ei siirrä omasta oikeudesta Englannin oikeuteen, jonka rakennuspalikat ovat erilaiset kuin kontinentaalisisä oikeudessa. Kehityskulku Englannissa ei tapahtunut kontinentaalisen oikeuden tapaan roomalaisen oikeuden reseption kautta siinä laajuudessa kuin Manner-Euroopan valtioissa.⁵ Syitä tälle oli monia. Yhtäältä feodaalilaitos oli vahva, toisaalta yliopistojen asema lain soveltamisen näkökulmasta oli heikko. Vaikka yliopistoissa opetettiin roomalaista ja kanonista oikeutta, ei sillä ollut käytännön oikeuselämän näkökulmasta merkitystä, koska juristeja koulutettiin alun pitäen oppipoikamaisesti *inns of courtheissa*. Englannin oikeus oli alun pitäen tuomarin luomaa, ei säänneltyä; käytännönläheistä, ei käsitteisiin perustuvaa ja oikeuden funktion nähtiin olevan yksittäistapauksien ratkaisemisessa, ei oikeuden teoreettisessa rakentamisessa systeemiksi. Samat syyt, jotka selittävät, miksi trust saattoi kehittyä muotoonsa, selittävät myös sen, miten trustien ydinolemus on säilynyt vuosisadasta toiseen ja miten sen käyttömahdollisuudet ovat uusissa yhteiskunnallisissa tilanteissa jatkuvasti lisääntyneet ja monipuolistuneet.

Vaikka trustin esikuvasta ei ole tarkkaa tietoa, on kuitenkin selvää, että roomalaisoikeudellinen reseptio olisi todennäköisesti estänyt trustien kehittymisen. Kun sen vaikutus ei ulottunut saarivaltakuntaan, ei sinne syntynyt tarvetta systematisoida varallisuuteen liittyviä ilmiöitä joko esine- tai vel-

⁴ Kuninkaallisten tuomioistuinten lainkäytöstä ja kanslerioikeuden kehittämisestä ks. *Mikkola, Tuulikki*: Oikeudellisen tiedon yhtenevyys ja sen esteet. Helsinki 1999, s. 144–150, viitteineen.

⁵ Ks. oikeushistoriallisesta katsauksesta siitä, miten kontinentaalisen oikeuden voisi katsoa vaikuttaneen Englannin oikeuteen esim. *Coing, Helmut*: Common Law of Europe: Historical Foundations. Teoksessa *Cappelletti, M.* (ed.): *New Perspectives for a Common Law of Europe*. Sijthoff, Leyden 1978, s. 31–44.

voiteoikeudelliseksi. Tämän systemaattisen kysymyksen asettaminen ei ole koskaan ollut tarpeellista, eikä sen myötä myöskään tuohon kysymykseen vastaaminen. Siksi on tärkeää, että trust-järjestelmää ei saa lähestyä vertailijan oman systeemin käsitteellisten konstruktioiden kautta. Yksi trustien ymmärtämisen edellytyksistä on myös sen hahmottaminen, ketkä ovat Englannin oikeudessa keskeiset oikeudelliset toimijat ja mitkä heidän roolinsa ovat oikeuslähteopillisesti. Oikeudellisen tiedon rakentuminen ja tiedonhallinta tapahtuvat erilaisten käytäntöjen myötä kuin esimerkiksi Suomen oikeudessa, ja nämä erot selittävät sen, miksi trustit syntyivät ja miksi niiden asema on vuosisatojen myötä vahvistunut sellaiseksi kuin se on tänä päivänä.⁶

3 TRUSTIN RAKENNE

Trustin rakenne on yksinkertaisimmillaan seuraavanlainen: henkilö (asettaja) luovuttaa trustin alaisen omaisuuden trusteeelle, ja nimeää edunsaajat. Trusteella on omaisuuden muodollinen omistusoikeus. Se tarkoittaa, että hänellä on omaisuuden hallinta ja luovutuskompetenssi, joka tekee trustista paitsi joustavan myös tehokkaan instituution. Kustannukset ja ajalliset viivästykset vähenevät, kun trusteeella on valta päättää trust-omaisuutta koskevista oikeustoimista itsenäisesti – siltä osin kuin lainsäädäntö tai asettajan antamat ohjeet eivät tätä päätösvaltaa rajoita. Trusteen tulee päätöksiä tehdessään ottaa lukuun asettajan antamat määräykset siitä, kuka omaisuudesta hyötyy, millä tavoin ja missä vaiheessa. Trust on pysyvyydeltään varma järjestely, ja asettaja voi luottaa siihen, että trustee on korvattavissa uudella trusteeella. Järjestely on kuin laiva ja trustee sen kapteeni. Laiva pysyy laivana, vaikka kapteeni vaihtuisikin.⁷ Laiva ei vastaa kapteeninsa henkilökohtaisista veloista, mutta ei myöskään rakennuttajansa (asettajan) veloista sen jälkeen, kun laiva on rakennettu.

Edunsaajien asiallisen omistusoikeuden sisältö on erikoislaatuinen. Omistusoikeus on rajoitettua, koska omaisuus on trusteeen hallinnassa, eikä

⁶ Oikeudellisten toimijoiden merkityksestä oikeusjärjestelmän ymmärtämisen näkökulmasta ks. esim. *Mattei, Ugo*: Basic Issues of Private Law Codification in Europe: Trusts. Basic Jurist Frontiers 2001. – [Http://www.degruyter.com/dg/viewjournalissue/](http://www.degruyter.com/dg/viewjournalissue/), s. 21. Mattein mukaan trust-oikeuden soveltaminen edellyttää tuomareilta erityisiä kykyjä: ”The complexity of the transactions that are performed by trust law require highly skillful and competent judges able to supervise them. This kind of judiciary is simply absent from most European countries belonging to the civil law.”

⁷ *Mikkola, Tuulikki*: Trust. Helsinki 2003, s. 90.

edunsaajataho voi antaa trusteeelle omaisuutta koskevia määräyksiä niistä oikeustoimista, joihin tämän tulisi ryhtyä. Toisaalta edunsaajien oikeuden esinekohtaisuus tarkoittaa, että edunsaajan oikeusasema on monella tavalla erittäin vahva. Jos trustee luovuttaa omaisuuden väärinteoin ja vastoin trustin tarkoitusta ja ehtoja kolmannelle, edunsaajan esinekohtainen oikeus omaisuuteen säilyy nimellisen omistajan vaihdoksesta huolimatta. Tätä kutsutaan oikeudeksi jäljitykseen (*tracing*).⁸ Edunsaajien omistusoikeuteen kuuluu myös oikeus varmistua – tarvittaessa oikeusteitse – siitä, että trustin perustajan tarkoitukset toteutuvat. Vaikka trustin perustaminen tekee trusteeesta omaisuuden laillisen omistajan, on järjestelyn toteuttamisen ja osapuolten oikeuksien ja velvoitteiden näkökulmasta suuri merkitys sillä, ettei trust-järjestelyä tehdä trusteeen vaan edunsaajatahon hyväksi.

Trusteena toimivia henkilöitä kohtaan tunnetaan luottamusta, joka selittyy osin trustien moraalis-eettisillä piirteillä ja niiden pitkällä historialla. Toisaalta angloamerikkalaisissa valtioissa tunnetaan fidusiaarisia oikeussuhteita ja fidusiaarivastuuta koskevat opit, jotka koskevat myös trusteeen tehtävissä toimivia henkilöitä. Trusteen tehtävän fidusiaarisuus tarkoittaa, että hänen tulee tehtävän vastaanotettuaan toimia aina ja kaikissa tilanteissa edunsaajatahon hyväksi. Hän ei saa asettaa itseään tilanteisiin, joissa voisi syntyä ristiriita hänen omien intressiensä ja edunsaajien intressien välillä. Trusteen fidusiaariset velvoitteet ja niiden rikkomiseen liittyvät equity-oikeudelliset korjauskeinot luovat trusteeja koskevan turvaverkon.⁹

4 TRUSTIN KÄYTTÖYHTEYDET

”The slogan of modern comparative law – compare function rather than form – does not work for the trust. One cannot identify the function of the trust because there is no such function. The trust is functionally protean. Trusts are quasi-entails, quasi-usufructs, quasi-wills, quasi-corporations, quasi-securities over assets, schemes for collective investment, vehicles for the administration of bankruptcy, vehicles for bond issues, and so on and so forth. In software terminology, trusts are emulators.”¹⁰

⁸ Ks. jäljityksen edellytyksistä sekä rajoituksista *Mikkola* 2003, s. 58–59.

⁹ Fidusiaarivastuun sisällöstä ja velvoitteiden rikkomisen oikeudellisista seurauksista ks. *Mikkola, Tuulikki*: Fidusiaarivastuu. Rovaniemi 2006, s. 41–48 ja 54–66.

¹⁰ *Gretton, George L.*: Trusts without Equity. *International & Comparative Law Quarterly* 2000, s. 599–620, s. 599.

Trustien on sanottu seuraavan henkilöä kehdosta hautaan, eikä tämä sanonta ole angloamerikkalaisesta näkökulmasta mitenkään liioiteltu.¹¹ Järjestelyä hyödynnetään kautta koko oikeudellisen kentän ja uusia funktioita löytyy edelleen. Trustin rakenne edesauttaa järjestelyn sopeutumista uusiin olosuhteisiin ja käyttötilanteisiin, eikä lainsäädännöllä ole rajoitettu sen hyödyntämismahdollisuuksia (muissa paitsi velkojan ja muiden kolmansien näkökulmasta epäasiallisissa tapauksissa). Tuomioistuinten asema Englannissa on tehnyt mahdolliseksi sen, että trusteeja koskevaa lainsäädäntöä ei ole kodifioitu eikä järjestelyä ole lainsäädännöllisesti määritelty. Järjestelyssä on osia, jotka toimivat avoimen standardin tavoin.

Trustin hyödyntämisen näkökulmasta on syytä huomata, että joissakin tapauksissa trust-järjestely syntyy suoraan lain nojalla niin, ettei henkilö itse välttämättä edes oivalla olevansa osapuolena trustissa. Trust syntyy suoraan lain nojalla muun muassa kiinteän omaisuuden yhteisomistustilanteissa. Yhteisomistajien kesken syntyvät ongelmat ja kiistat muun muassa omaisuuden myyntiin ja käyttöön liittyen ratkaistaan trust-järjestelyä koskevien säännösten mukaisesti. Trust syntyy suoraan lain nojalla myös lakimääräisissä perimyksissä ja konkurssissa. Trust-konstruktia voidaan käyttää myös oikeussuojakeinona tilanteissa, joissa joku henkilö on saamassa itselleen etuuden, jota on pidettävä tapauskohtaisissa olosuhteissa perusteettomana. Tämä niin sanottu konstruktivinen trust edellyttää syntyäkseen tuomioistuimen päätöstä. Esimerkkinä opin soveltamisyhteyksistä on pitkän parisuhteen päättymistilanne, jossa omaisuuden oikeudenmukaisen jakamisen osapuolten välillä katsotaan edellyttävän tuomioistuimen väliintuloa.

Trustin voi perustaa myös vapaaehtoisesti, asettajan tietoisin toimin. Useissa yksityishenkilöiden luomissa trusteeissa on taustalla ajatus omaisuuden kontrollin ja omaisuudesta hyötymisen erottamisesta toisistaan. Trustin tarkoituksena saattaa olla esimerkiksi yhtäältä tietyn henkilön ja toisaalta itse omaisuuden suojaaminen. Jos on tiedossa, että edunsaaja elää huikentelevaista ja tuhlailtavaa elämää, voi asettaja perustaa trustin, joka varmistaa sen, ettei edunsaaja realisoi omaisuutta heti, kun saa sen käsiinsä. Trustin perustamiskirjaan kirjoitetaan, miten omaisuuden hallinto järjestetään ja mitkä ovat trusteeina toimivien henkilöiden tehtävät. Trustin perustamalla asettaja voi olla varma siitä, että omaisuus koituu edunsaajan hyväksi, koska omaisuus ei vastaa laillisen omistajan (trusteen) veloista.

¹¹ *Lepaule, Pierre*: Les fonctions du "trust" et les institutions équivalentes en droit français. Imprimerie moderne 1929, s. 47.

Jos trustee siirtää omaisuuden väärinteoin kolmannelle, turvaa edunsaajan oikeuden esinekohtaisuus sen, että hänen intressinsä omaisuuteen pysyy voimassa siirrosta huolimatta.

Asettaja voi muokata tätä trustin perusrakennetta perustamiskirjassaan niin paljon kuin haluaa. Hän voi antaa omaisuuden lailliselle omistajalle harkintavaltaa sen suhteen, kuka omaisuudesta hyöttyy ja missä vaiheessa. Hän voi muokata edunsaajien määrää ja näiden saamia etuuksia haluamallaan tavalla. Trusteja tai varallisuus oikeuksia koskeva lainsäädäntö ei aseta tälle lähtökohtaisesti rajoituksia. Kuten englantilaisessa oikeuskirjallisuudessa todetaan:

”... English law takes a metaphysical approach to the idea of property and does not look at the thing itself but at the ownership of the rights in the thing, and because the rights in the thing are a legal fiction which can be infinitely subdivided according to whatever rules are desired in the system, we have no difficulty in using the trust to create as many different kinds of property rights as we wish. There is no numerous clausus of lesser real rights in English law (at least not in the civilian sense) because we do not start from the idea of ownership of the thing, but from ownership of a bundle of rights, an estate or interest in the thing.”¹²

Trusteja käytetään myös suurten varallisuusmassojen poolittamiseen, esimerkkeinä tästä ovat omaisuudenhoito- ja sijoittamistarkoituksessa perustetut trustit sekä eläketrustit. Eläketrustin ideana on nimensä mukaisesti kerryttää työntekijöiden eläkettä. Kun työnantaja siirtää varat erilliseen trustiin, ei hänellä ole enää oikeutta käyttää niitä esimerkiksi yrityksen toiminnan rahoittamiseen eikä hänellä ole mahdollisuutta varoja koskeviin väärinkäytöksiin. Eläketrusteihin kerääntyy nykyisin suuria varallisuusmassoja, minkä vuoksi ne ovat vahvoja pelaajia osake- ja pääomamarkkinoilla. Tämän todettu vaikuttaneen suoraan siihen, miksi Lontoo dominoi eurooppalaisia finanssimarkkinoita.¹³

Kun on kyse sijoituspalveluista, vaikuttaa trustilla olevan monia sellaisia omaisuuden hallinnointia koskevia etuja puolellaan, joista syistä ne saattavat olla houkuttavampia kuin samaan tarkoitukseen perustettavat yhtiöt tai sopimusjärjestelyt. Liikemaailmassa tehokkuus ja nopeus ovat usein ratkaisevia tekijöitä, ja trust-järjestelyn trusteeille antama päätösvalta on tässä suhteessa arvokas ominaisuus. Rakenteellisten ominaisuuksien lisäksi

¹² *Matthews* 2013, s. 246.

¹³ Ks. trustien käyttötarkoituksista erityisesti omaisuudenhoidon näkökulmasta *Mikkola* 2003, s. 93–115.

trustin käyttämiseen houkuttelee se, että trustee toimii fidusiaarivastuulla, joka on angloamerikkalaisessa maailmassa laaja vastuun muoto ja joka tekee trustien käyttämisestä sijoittajan näkökulmasta houkuttelevan.

Paitsi että trusteja voi käyttää kaupallisissa tarkoituksissa, on niillä suuri merkitys myös hyväntekeväisyyden näkökulmasta. Hyväntekeväisyyteen keskittyneet trustit ovat oma lukunsa, koska niiden muoto ja kesto ovat vapaammin säädely kuin kaupallisten trustien, ja ne saavat huomattavia verohelpotuksia. Hyväntekeväisystrusteilla on tärkeä merkitys angloamerikkalaisissa valtioissa, eikä niiden yhteiskunnallinen asema selity pelkästään teknisillä tai verotuksellisilla tekijöillä. Liityntä kulttuuriin ja perintöoikeuteen on vahva: koska lakiosaa koskevia säännöksiä ei tunnetta, antamisen kulttuuri on voimakkaampi kuin kontinentaalisen oikeuden valtioissa. Tämä on luonut yksityisen ja julkisen sektorin tarjoamien palvelujen rinnalle ”kolmannen sektorin”, jonka merkitys erilaisten yleishyödyllisten palvelujen edistämisessä ja tuottamisessa on huomattava. Hyväntekeväisystrustien varallisuus on myös yleensä hyvin suuri ja niiden merkitys – varallisuuden sijoittamisen muodossa – Lontoon finanssimarkkinoille valtava. Hyväntekeväisystrustien tosiasiallinen yhteiskunnallinen merkitys vaikuttaa vahvasti myös lainsäätäjän työhön. Englannin poisjääminen vuonna 2015 sovellettavaksi tulevasta perintöasetuksesta selittyy osin sillä, että asetuksen säännösten koettiin luovan epäasiallisia riskejä nimenomaan hyväntekeväisystrustien toiminnan ja toimivuuden näkökulmasta.¹⁴

5 JOHTOPÄÄTÖKSET

”It is like cricket. We understand not only the rules of cricket but also its spirit, and we are comfortable with both.”¹⁵

Trust-järjestelyn ymmärtäminen edellyttää esitietoa Englannin oikeuden epistemologisista ja ontologisista lähtökohdista, ja erityisesti equity-oikeudesta. Equity-oikeuden kehittämät oikeusohjeet ja oikeussuojakeinot – tärkeimpänä näistä fidusiaarivastuuta koskevat oikeusohjeet – vaikuttavat voimakkaasti trust-oikeuteen. Lisäksi trustin ymmärtämisen näkökulmas-

¹⁴ Ks. *Matthews* 2013, s. 250.

¹⁵ *Matthews* 2013, s. 245.

ta olisi tärkeä perehtyä siihen, ketkä ovat Englannin oikeuden keskeiset toimijat, sekä mitkä ovat heidän yhtäältä (oikeus)kulttuuriset ja toisaalta eettiset toimintamallinsa. Vaikka esimerkiksi trusteen toimintaa koskeva fidusiaarivastuu on avoin standardi, on sitä koskeva argumentaatio kuitenkin aina oikeudellista Englannin oikeuden sisäisestä näkökulmasta tarkasteltuna. Kontinentaalisen oikeuden näkökulmasta fidusiaarivastuu sen sijaan ei välttämättä ankkuroidu oikeuden normitasoiseksi säännökseksi. Tällöin oikeusvertailevissa tarkasteluissa tulee muistaa se, että kontinentaalisen oikeuden oikeussäännöksellä ja Englannin oikeuden oikeusohjeella on erilainen rooli ongelmanratkaisussa. Kontinentaalisisessa oikeudessa yleinen määrittää yksityisen, eikä oikeuskäytäntö ole automaattisesti välittävä silta niiden välillä. Englannin oikeudessa oikeusohje tulee pelkistää esiin suhteessa ratkaistavana olevaan tapaukseen. Ennakkoratkaisut ovat lähtökohta, kun yksittäisestä luodaan analogisesti sovellettava oikeusohje, ts. jotain riittävän yleistä ollakseen oikeudellista.

Kun Englannin trust-oikeuteen perehtyy järjestelmän sisäisestä näkökulmasta, näyttäytyy trust yleensä tarkoituksenmukaisena järjestelyinä, jossa tietty omaisuus on luotettu tietyille henkilötaholle. Epäasiallista käytöstä suitsivat paitsi trusteeella olevat fidusiaarivelvoitteet, mutta myös yhteiskunnalliset käytännöt ja kulttuuri. On sanottu, että jokainen anglo-amerikkalainen henkilö on osallisena trustissa, tai ainakin tuntee jonkun, joka toimii trusteeena tai on trustissa edunsaajana. Trustit ovat kiinteä osa Englannin oikeuden historiaa ja osa historiallisen kankaan kudelmää. Englannissa on tavallista antaa omistusoikeus trusteeelle ja luopua tällä tavoin oman omaisuutensa kontrollista. Englantilaiset tietävät hyvin, mitkä roolit trusteeella ja edunsaajilla järjestelyssä ovat. Se on yhteiskunnallisesti tavallinen järjestely, jonka toimivuuteen on opittu vuosisatojen käytäntöjen myötä luottamaan.

Asetin alussa väitteen, että trustia ei ole mahdollista käsitteellistää omasta oikeudestamme peräisin olevin työvälinein. En myöskään näe sitä tarpeelliseksi. Rajat ylittävissä järjestelyissä on toki tärkeä löytää trustille mahdollisimman tehokas voimaansaattamisen tapa, mutta tällaisissakin tilanteissa lähtökohtana tulee olla sen, että ensin ymmärretään, mistä järjestelyssä on kysymys. Tällöin olisi pystyttävä luopumaan oman oikeutemme mukaisista ajattelumalleista ja näkemään trust-järjestely osana Englannin oikeushistoriaa ja nykypäivän oikeudellisia käytäntöjä. Trustit synnyttävät meille usein mielikuvan epäasiallisesta omaisuusjärjestelystä, jonka tarkoituksena on omistuksen keinotekoinen luominen ja velkojien pakoilu. Kuitenkin, asen-

teen tulisi olla vierasta kunnioittavan, eikä tietyissä Englannin ulkopuolisissa valtioissa harrastetun ”trust-teollisuuden” tulisi leimata järjestelyn kaikkein alkuperäisintä muotoa välttämättä ja automaattisesti epäasialliseksi instituutioksi. Se, jos mikä, on epäasiallista.

Elegi över 1938 års advokater

Om ett par advokater i finlandssvensk och svensk romanlitteratur

Det är en genom rättshistorien återkommande problemställning att jurister alltid verkar i förhållande till sina skilda politiska kontexter. Det väcker i sin tur frågan om juristernas individuella förhållningssätt till rätten. I sin installationsföreläsning som professor i rättshistoria vid Uppsala universitet 1941 behandlade Henrik Munktell ämnet *Svensk rätt i svensk diktning*.¹ Munktell konstaterade, att det är ”mycket sällan som man finner någon behandling av rätten som det dagliga, lugna livets nödvändiga och oeftergivliga förutsättning. -- Som det stora och monumentala undantaget står här Runeberg. Det är givetvis ingen tillfällighet att det just är i Finland, som denna sida av rätten och dess betydelse fått sina mest storslagna uttryck. Först det överhängande hotet mot den fäderneärvda rätten, först rättsosäkerhetens och rättslöshetens spöke skapade bakgrunden för den fulla förståelsen av rättens värde. Jag känner inom svensk litteratur ingen parallell till Runebergs ord om att ’för den förståndige är tvånget av rätt och lag lika lätt som tvånget att andas’ (Efterlämnade skrifter, del I, s. 263) och än mindre någon motsvarighet till dikten Landshövdingen i *Fänrik Ståls sägner*.”²

I skuggan av 1930-talets totalitära regimer i Europa ställdes också de nordiska juristernas professionella existens på svåra prov. Tron på rättens allmängiltiga principer ställdes mot både rättspositivismens och rättsrealismens dogmer.³

De individuella rättighetskataloger, som tillkom åren efter andra världskrigets slut inom ramen för naturrättsrenässansens diskurser, har i hög grad bidragit till den nödvändiga uppgörelsen med det nära förflutna, dess

¹ Munktell, Henrik: Svensk rätt i svensk diktning. Svensk Tidskrift, Årgång 29, 1942, Häfte 1, 384 ff.

² Munktell 1942, s. 391.

³ Modéer, Kjell Å.: Äreminnen över två av beredskapstidens advokater. Juridisk Publikation 1/2013, 155 ff.

förtrycks- och orättsstat.⁴ Juristerna kom i det avseendet i fokus. I Tyskland ställdes juristerna i ”Hitlers justitiearmé” i de s.k. juristrättegångarna i Nürnberg 1947 till ansvar för deras brott mot rättsstatens principer samtidigt som deras okritiska tillämpning av positivismens principer ifrågasattes. Gustav Radbruchs berömda formel, att domaren icke får tillämpa rättsregler som uppenbart strider mot de mänskliga rättigheterna, vann inte bara anklag i efterkrigsårens Tyskland utan har också tillämpats efter den tyska återföreningen i de uppmärksammade målen mot de s.k. murskyttarna.⁵

Efterkrigstidens uppgörelse med förhållningssättet till de totalitära rättsystemen har också fått olika uttryck i de nordiska länderna. Såväl Danmark som Norge, som ockuperades av den tyska regimen, fick efter befrielsen rättsuppgörelser om än av olika karaktär. Beträffande både Finland och Sverige har situationen varit mer komplex. Finlands ambivalenta förhållningssätt till Hitlertyskland under det s.k. fortsättningskriget liksom trycket från Sovjetunionen snarast klavband de finska juristerna. Den finlandssvenske skådespelaren och regissören Frej Lindqvist (f. 1937) har i sin memoarbok *Svindlare mot sin vilja* beskrivit de prövningar som hans far juristen ställdes inför när han som auditör i den finska armén tvingades medverka till att utdöma dödsstraff för deserterande finska soldater under fortsättningskriget. ”Han har just skickat en ung landsman i döden”, skriver Frej Lindqvist om sin far Erik, ”men det är han själv som fått det dödande skottet och medan han spyrr upp de sista resterna av sin tidigare så ljusa framtidstro och det rättspatos som varit hans moraliska ryggrad töms han på den sista resten av livsglädje.”⁶ Efter dessa erfarenheter som jurist under krigsförhållanden klarade han inte av att leva vidare i Finland utan emigrerade med sin familj till Luleå i Sverige, där han under efterkrigstiden verkade som jurist på en advokatbyrå. Vid femtio års ålder fick han börja ”en omvänd klassresa, arbeta som biträdande jurist, nästan praktikant. – Det svenska advokatsamfundet har krävt att han skall läsa sig till en svensk juridisk examen i Uppsala, men där går gränsen för förnedringen, tycker han.”⁷

⁴ *Modéer, Kjell Å.*: ”Den kulan visste var den tog!”. Om svenska juristers omvärldssyn 1935–1955. – Andersson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.), Festskrift till Per Henrik Lindblom. Iustus, Uppsala 2004, 443 ff.

⁵ *Modéer, Kjell Å.*: Juristernas nära förflutna. Rättskulturer i förändring. Santérus Förlag, Stockholm 2009, s. 340.

⁶ *Lindqvist, Frej*: *Svindlare mot sin vilja*: En skådespelare blir till. Söderströms. Helsingfors 2010, s. 38.

⁷ *Lindqvist* 2010, s. 54.

I Sverige hände ingenting efter krigsåren med de tyskvänliga juristerna. Sverige hade ju varit ett ”neutralt” land, och trots att åtskilliga svenska jurister under 1930–1940-talen visat uttalade sympatier för den tyska storpolitiken kom efter krigsåren aldrig några repressalier. Sverige vände blad och koncentrerade sig på att utveckla den moderna välfärdsstaten, och även om inom juristskrået alla kände sina pappenheimare kunde på sin höjd ett par skickliga jurister på grund av sitt mörka förflutna stoppas i sina karriärer mot de högsta domartjänsterna.

Det yttre politiska tryck som de nordiska länderna utsattes för från Hitlers orättsstat fick däremot i hög grad också konsekvenser för rättsstatens advokater i de nordiska länderna. I Danmark och Norge har de modiga advokaterna antingen fått egna biografier eller har de själv skrivit sina memoarer. I Finland och Sverige finns inga sådana självklara exempel.

På 2000-talet har uppgörelsen med det förflutna också fått sina kulturella uttryck. I Danmark och Norge har exempelvis filmerna *Flammen og Citronen* (2008) respektive *Max Manus* (2008) blivit uppmärksammade publiksuccéer, vilka båda fokuserat på motståndet mot den ockuperande nazistkulturen.

I det post-totalitära europeiska landskapet har också litteraturen lämnat ett antal bidrag till diskursen om juristernas roll inför, inom och efter det totalitära hotet mot rättsstaten. Här ska två romaner lyftas fram, vilka båda försöker beskriva advokatens situation i slutet av 1930-talet, när antisemitism, tysk nazi-propaganda och den s.k. ariseringen ställde advokaterna inför svåra avgöranden både i förhållande till omvärlden och till klienten. Den svenska författaren Carola Hansson utkom 2000 med sin roman *Den älskvärde*, i vilken hon i form av en uppenbar autofiktions berättelse beskriver sin far, advokaten Carl Swartling och hans situation som biträdande jurist på advokatfirman Themptander, Wetter och Philipson i Stockholm i slutet av 1930-talet. År 2013 utkom den finlandssvenske författaren Kjell Westö med romanen *Hägring 38*, där den finlandssvenske advokaten Claes Thune och hans sekreterare fru Matilda Wiik spelar huvudrollerna. De båda romanernas advokater ger möjlighet till både reflektion och jämförelse.

1 HELSINGFORSADVOKATEN CLAES THUNE OCH ONSDAGSKLUBBEN I *HÄGRING 38*

Kjell Westö (f. 1961) tillhör i dag de främsta i den yngre finlandssvenska författargenerationen. Hans Helsingforsvit har skildrat den turbulenta situationen för den finlandssvenska mellankrigsgenerationen och gett viktiga bidrag till bilden av den moderna finska historien.⁸

Den finlandssvenska 1900-talskulturen har i litteraturen fått sina viktiga skildrare.⁹ Henrik Tikkanens adresstrilogi från 1970-talet har i en elegant brutalitet, sarkasm och satir beskrivit den ur hans perspektiv degenererade finlandssvenska borgerligheten i Helsingfors. Kjell Westö använder mer nyanserade kulörer när han skildrar sin segregerade hemstad – för övrigt ett tema som återkommer i Helsingforsviten. I romanen *Hägring 38* beskriver han staden ur advokaten Claes Thunes och dennes nyanställda sekreterare Matilda Wiiks perspektiv; hon som bor i Tölö lever i en storstad präglad av anonymitet. Men det fanns samtidigt ett annat Helsingfors ”en ort för de invigda, en alldeles liten stad”: ”I den staden härskade svenskan fortfarande oinskränkt, språket talades både hemma och på kontoret, människorna höll noga reda på varandra och deras nyfikenhet var både en trygghet och ett ok. Och den lilla staden var också i mångt och mycket en människors stad: i dess kärna fanns Svenska klubben, Handelsgillet, Advokatförbundet och några herrsällskap till.”¹⁰ Advokaten Claes Thune hörde till den lilla staden – ”det panoptiska klaustrofobiska svenska Helsingfors”¹¹ med bostad på Högbergsgatan; hans far Thorolf Thune hade varit en framgångsrik porslinsfabrikör, familjen var burgen. Westö gör Claes Thune till något av en drömmande advokat som i sina drömmar kunde både nostalgiskt se framåt och med rädsla drömma om en apokalyptisk framtid. Claes Thune är präglad av den europeiska mellankrigstidens kontexter. I början av 1920-talet praktiserade han på advokatfirman Kirella, Reichenberg & Töttges i Berlin och öppnade sedan en måttligt framgångsrik advokatpraktik med kontoret högst upp i en fastighet vid Kaserntorget i solenna Gardesstaden. Han avbröt under en

⁸ Helsingforsviten består av: *Drakarna över Helsingfors* (1996), *Vådan av att vara Skrake* (2000), *Där vi en gång gått* (2006) och *Gå inte ensam ut i natten* (2009).

⁹ *Warburton, Thomas: Åttio år finlandssvensk litteratur*. Holger Schildts förlag, Helsingfors 1984; *Korsström, Tuva: Finlandssvenska tidsbilder, läsningar, författarporträtt 1960–2013*, Schildts & Söderströms, Helsingfors 2013.

¹⁰ *Westö, Kjell: Hägring 38*. Schildts & Söderströms, Helsingfors 2013, s. 154.

¹¹ *Westö* 2013, s. 39.

period advokatverksamheten mot tjänstgöring i utrikesförvaltningen med placeringar i både Moskva och Stockholm, men när vi lär känna honom våren 1938 har han återgått till sin advokatpraktik och anställt Mathilda Wiik som sin sekreterare. Som finlandssvensk advokat har han närmast per definition en etablerad position. Hans självbild är den av ”en modern människa och en modern jurist”.¹² Han tar emot högst en handfull förnäma klienter per dag, sitter i Advokatförbundets styrelse, men vill avgå; ”han fann förbundets verksamhet imbecill”.¹³ Den fiktive Claes Thune placeras in i 1930-talets finlandssvenska etablissemang med Erik von Freneckell, Sigrid Schauman och den unga pojkkaktiga konstnären med det kortklippta håret (Tove Jansson)¹⁴ som namnkunniga exempel.

Advokaten i Westös roman är en del av det finlandssvenska etablissemangets paradigm. Han tillhör emellertid inte de mest namnkunniga. Han framställs som en närmast bohemisk liberal s.k. *solo practitioner*, som drömde om framtida framgång tillsammans med sin systerson Rolf-Åke Hansell. Denne hade skött firman under de år Thune varit i utlandstjänst. Nu är han 28 år och i början av handlingen ska han disputerar i juridik i Uppsala. Men när han framgångsrikt efter disputationen kommer tillbaka till Helsingfors och går in som partner i Thunes advokatbyrå började problemen, som vi ska se, att hopa sig.

Vice häradshövdingen Thune har i romanen ett nyligen krossat äktenskap bakom sig, där hustrun Gabi övergivit honom för en umgängesvän. Hon hade följt honom i hans tidigare karriär som attaché i utrikesförvaltningen, och i handlingen går minnena ofta tillbaka till deras gemensamma upplevelser i Stockholm. Sömlös grep han en sen sommarnatt efter en nyutgiven diktsamling av Gullberg ”utan att fångas av de klingande stroferna. Han mindes hur Gabi och han svept in sig i filter och högläst för varandra ur ’Kärlek i det tjugonde seklet’ under deras första vinter i Stockholm.” De hade tyckt om det raka tilltalet i den unge Gullbergs dikter. ”De första åren i Stockholm hörde till Thunes bästa år som man. Kanske hade de varit goda år för Hjalmar Gullberg också. I varje fall hade skalden inte presterat något lika kärnfullt och precist sedan dess.”¹⁵ Sannolikt hade han ändrat uppfattning om författaren fört handlingen fram till 1940-talets början, då Gullbergs

¹² Westö 2013, s. 23.

¹³ Westö 2013, s. 92.

¹⁴ Westö 2013, 188 f.

¹⁵ Westö 2013, s. 143.

beredskapspoesi vann stora triumfer.¹⁶ Över huvud taget förs läsaren in i den finlandssvenska bildning som var ett av den kulturens kännemärken med tydliga referenser till motsvarande svenska ikoner, som exempelvis Selma Lagerlöf och Hjalmar Söderberg.

På samma sätt som Eivind Johnson i romanen *Grupp Krilon* (1941) har en grupp män som en central arena har Westö satt in Claes Thune i ett sammanhang av personer, Onsdagsklubben, grundad 1927 av ett blandat sällskap existenser, ”de flesta agnostiker eller ateister”,¹⁷ och hämtade från det finlandssvenska etablissemangen. Ändamålet med klubbens verksamhet var ”att bidra till uppehållandet och fördjupandet av det politiska och kulturella samtalet på svenska i staden Helsingfors”.¹⁸ År 1938 hade kretsen reducerats med två; av de ursprungliga medlemmarna var psykiatern (och socialdemokraten) Robert ”Robi” Lindemark, som något år dessförinnan erövrat Claes ”Klabbe” Thunes hustru Gabi, journalisten Guido Röman, och Thunes närmste vän den mentalt sköre judiske poeten och skådespelaren Joakim ”Jogi” Jary jämte honom kvar i kretsen. Affärsmannen Leopold ”Polle” Grönroos och läkaren Lorens ”Zorro” Arelius, den senare med klart protyska sympatier hade tagits upp i kretsen senare. Öppningsscenen i romanen är Onsdagsklubbens marssammanträde 1938 på Thunes kontor. Över mat och vin kretsar samtalen kring Europa och politiken. Oenigheten runt bordet var stor. ”För första gången anade klubbisterna att också den mest sammansvetsade vänkrets löper risk att splittras när politiken blir krig.”¹⁹ Det var uppenbart att ”klubbandan hade förändrats när Lorens Arelius kommit med i kretsen”. Hans åsikter provocerade.

Romanens tidsram famnar från de politiska spänningarna från Österrikes *Anschluss* i mars 1938 till Kristallnatten i november samma år, och onsdagsklubbens medlemmar polariserades under denna tid mellan idealistiska, närmast bohemiska demokrativrare (Claes Thune) till de uttalat konservativa och tyskorienterade. Den psykiskt sjuke Jogi Jary’s utsatta situation interfolierades av antisemitiska händelser i Helsingfors. En central händelse i romanen blir Jarys brorson 100 meterslöparen Salomon, som vid Olympias-tadions invigning i juni 1938 blev brutalt bortdömd sin seger. Han hamnade

¹⁶ *Modéer, Kjell Å.*: Böcker på minnets åkrar. Om beredskapstidens poesi och dess prosaiska kontexter – i en ny läsning. I: Komik och musik. Hjalmar Gullbergsstudier, Hjalmar Gullberg-sällskapets skriftserie 11, 2013, 59 ff.

¹⁷ *Westö* 2013, s. 75.

¹⁸ *Westö* 2013, s. 19.

¹⁹ *Westö* 2013, s. 27.

till och med utanför prispallen. Det är en verklig händelse som Westö här byggt in i romanen. I juni 1938 var den judiske sprintern Abraham Tokazier först över mållinjen i 100-metersloppet, men placerades som fyra i det officiella resultatet. ”Det är oklart om denna skandal berodde på antisemitism eller på en simpel domartabbe, men finländsk idrott var vid denna tid inte fri från judefientlighet.”²⁰

Också familjen Thune drogs in i det polariserade politiska stormvädret 1938. Claes syster Ulla och hennes man bergsrådet Sigurd Hansell hade tidigt markerat sin uttalat protyska politiska hållning och nu tillkom som proselyt deras son, den skicklige unge juristen och Claes’ blivande partner, Rolf-Åke Hansell. Efter disputationen i Uppsala på våren 1938 for han och flickvännen på en turistresa till Tyskland och efter sommaren började han på byrån, som nu fick namnet Advokatbyrå Thune & Hansell. ”Det lät slagkraftigt, det lät solitt.” Men hösten 1938 blev Claes Thunes samarbete med brorsonen allt mer konfliktfyllt. Den nye minoritetsägaren på byrån visade sig inte bara ha osympatiska politiska böjelser, som föga överensstämde med dem som hans moderna och frisinnade morbror företrädde; han behandlade också sekreteraren Wiik på ett sätt som i hög grad störde Claes Thune. Efter bara ett par månader gick de skilda vägar; morbrodern föreslog att Rolle skulle söka sig till en annan byrå, ”både Snellman och Roschier hade annonserat om lediga poster den gångna veckan.”²¹

Den finlandssvenska rättskultur, som romanen också söker skildra, är i sig värd ett eget kapitel.²² De svenskspråkiga advokaterna i Helsingfors var länge de mest framträdande. Hannes Snellman, Dittmar & Indrenius, Roschier Holmberg, Procopé & Hornborg – alla de stora advokatbyråerna i Helsingfors från förra sekelskiftet hade djupa rötter i den finlandssvenska kulturen.

Romanen har flera bottenar. I denna uppsats står huvudpersonen *advokaten* Claes Thune i fokus. Men romanen har också en annan huvudperson, sekreteraren Matilda Wiik. Westö väver här in en intrig, spännande som en kriminalroman, där rötterna inte bara går tillbaka till det för den moderna finska historien förödande inbördeskriget och till den europeiska storpolitiken utan också i förhållande till Thune perspektiviserar konflikterna och

²⁰ *Lundgren, Svante: Obekväma sanningar om Finlands historia* [Anm. av Simo Muir och Hana Worthen, *Finland’s Holocaust. Silences of History*, Palgrave MacMillan 2013]. Svenska Dagbladet 24.1.2014, s. 31.

²¹ *Westö* 2013, s. 255.

²² *Modéer, Kjell Å.: Rätten och ”kusternas arv” i de tusen skärens land. Om den finlandssvenska rättskulturen – om det nu finns en sådan. I: Andersson, Ulrika m.fl. (red.), Festskrift till Per Olof Träskman. Norstedts Juridik, Stockholm 2011, 352 ff.*

motsättningarna i det finska Finland: *We and The Other*. Westös roman blir på detta sätt en bildningsroman, som framstår som särskilt aktuell och angelägen i dagens Finland.

2 STOCKHOLMSADVOKATERNA OLLE, SVEN OCH MARCUS P I ROMANEN *DEN ÄLSKVÄRDE*

I romanen *Den älskvärde* (2000) hämtade Carola Hansson (f. 1942) sin motivkrets från Stockholms advokatvärld – historiskt (1930-tal) och i nutid.

Författarinnans far, Carl Swartling, var en av den svenska efterkrigstidens mest kända advokater. Han gjorde sin karriär vid Themptander, Wetter och Philipsons Advokatbyrå, som på 1930-talet var en av Stockholms mest renommerade. Dessa tre delägare hade inlett sina karriärer på föregångaren Ossian Wallins Advokatbyrå, också den legendarisk i svensk advokathistoria. Där hade bl.a. Karl Staaff arbetat i slutet av 1800-talet. Themptander avled 1936 och under ett par år drevs byrån av Sune Wetter och Ivar Philipson, men vid årsskiftet 1938–1939 förändrades ägarstrukturen. Wetter, sedermera hovauditör, hade arbetat på Wallins byrå sedan 1917. Philipson tillhörde en ansedd judisk familj och hans far, Walter Philipson, hade också kring sekelskiftet 1900 arbetat på Wallinska byrån. Carl Swartling var sedan 1936 verksam som biträdande jurist på byrån. Han fick uppdrag för byråns klienter, som under dessa år bland annat innebar styrelseuppdrag i betydelsefulla tyska dotterbolags styrelser.

Advokatfirman Wetter och Swartling utvecklades under efterkrigstiden till en av Sveriges främsta affärsbyråer. Den splittrades 1974. Far och son Wetter bildade då advokatfirman Wetter & Wetter, och Carl Swartling lämnade verksamheten men lät övriga delägare överta namnet Carl Swartling Advokatbyrå, vilken därefter den 1 juli 1990 fusionerades till Mannheimer Swartling.

I den självbiografiska romanen *Den älskvärde* har Carola Hansson låtit sitt alter ego skildra faderns karriär. Dotterns alltmör engagerade uppgift i romanen blev att försöka nå fram till vem hennes pappa egentligen var och förstå hans inställning och reaktion, när den judiske kollegan, ”Marcus P”, lämnade byrån i slutet av 1930-talet.

Romanen utgår från dotterns föräldrahem i Stockholm, en högborgerlig Östermalmsmiljö ”tre trappor upp i hörnet av Östermalmsgatan och

Danderydsgatan” med ”den eviga, dystra klangen från klockorna i Engelbrektskyrkan” som effektiv ljudkuliss.²³ Det är en interiör som hämtad från Strindbergs kammerspel *Spöksonaten*. Pappan sitter som en *Gubben Hummel* i sin bruna plyschfåtölj: ”Det är härifrån han – även då han i själva verket är frånvarande – styr våra liv.” Han satt i det vackra borgerliga hemmet fyllt med vackra och dyrbara ting. Fadern tycktes ha ingått en pakt med tingen i detta rum, inte bara med fåtöljen, utan med hela möblemanget. ”Men vem är han egentligen, pappan? Formen var för honom själva grunden i tillvaron. Rutinerna – och tingen.”²⁴ Dottern i romanen ville hitta människan bakom fasaden, rutinerna och tingen.

Detta är en tydlig nyckelroman, där Carl Swartling är Olle, hans partner Sune Wetter är Sven och Ivar Philipson är Marcus P. När dottern intervjuade en av faderns yngre kolleger, beskrevs den seniore advokaten Sven på följande sätt: ”Sven – som alltså var betydligt äldre än de andra [juristerna på byrån], min pappa inräknad, var en oerhört skicklig jurist som mycket snabbt vunnit framgångar inom sitt område, men som också var en utpräglad maktmänniska, av den gamla sorten, en riktig macchiavellifurste: auktoritär, krävande, despotisk – ja, det stod till och med inskrivet i samarbetsavtalet att Sven skulle ha det sista och avgörande ordet i alla tvistefrågor som uppkom på byrån.”²⁵ Helt annorlunda tecknades bilden av Olle. Han ”var helt annorlunda, ja, i stort sett var han Svens motsats. Han var naturligare och föreföll så mycket öppnare och mer mottaglig, helt enkelt mänskligare.” Han var ”inte bara en skicklig jurist med en rent intuitiv känsla för var de svåra problemen låg, var de låg och hur man skulle lösa dem på ett enkelt och praktiskt sätt utan alltför mycket teoretiserande, han hade dessutom en unik diplomatisk talang”.²⁶

För att nå klarhet i pappans inställning till tidens konfliktfyllda politiska frågor fortsatte dottern att intervjua ett antal av pappans yngre kolleger. I en sådan inledande intervju kom samtalet efter hand också in på Marcus P. Under hela trettioåret ägde Marcus och Sven tillsammans byrån. ”Men så, förmodligen precis före eller alldeles efter krigsutbrottet, fick Sven ett brev från – den tyska handelskammaren – ett brev i vilket han anmodades att omedelbart avbryta samarbetet med sin judiske kompanjon. – Byrån hade flera stora klienter. – Framför allt gällde det rederier och kolimport.” Men

²³ Hansson 2000, s. 25.

²⁴ Hansson 2000, s. 38.

²⁵ Hansson 2000, s. 142.

²⁶ Hansson 2000, s. 143.

nu i efterhand verkade de yngre juristerna anse, ”att man trots allt måste förstå Sven. Att det modigaste naturligtvis – *naturligtvis* – hade varit att vägra att gå med på tyskarnas krav. Men att man måste betänka att det handlade om några av byråns största och mest inflytelserika klienter, ja, att hela byråns framtid faktiskt stod på spel. Och för resten – så löstes ju det hela på ett mycket smidigt sätt, till allas fulla belåtenhet. Delägarskapet upphörde visserligen. Och Marcus bildade sin egen byrå. Men kontorsgemenskapen fortsatte och de unga juristerna på Svens byrå biträde genom alla år också Marcus, faktiskt – i lika grad som de biträdde Sven själv, eller, senare Olle.”²⁷ Också bilden av Marcus var den av en ”mycket fin man, vänfast, bildad och humoristisk. Han var också en djupt engagerad person med stort inflytande i de flesta kretsar, alltså också utanför det judiska, och under hela kriget inte bara stödde han aktivt den norska och danska motståndsrörelsen, han var dessutom den som organiserade den omfattande smugglingen av danska judar över Öresund 1943. Med fiskebåtar.”²⁸ Och själv körde han i skytteltrafik över Sundet med sin egen stora lyxiga motorbåt! Ja, Marcus var en verkligt modig man, som aldrig själv talade om sina insatser under kriget, inte heller om den påtvingade uppdelningen av byrån.

I en av intervjuerna med faderns kollega svarade denne med en motfråga: ”Och hur var det hemma? – Brukade din pappa tala med er om Marcus?” Dottern svarar: ”Nej, – mina föräldrar gjorde det uppenbarligen, men det var ingenting som diskuterades öppet när vi barn var med.”

Dottern tvingades konstatera, att hon och pappan inte ens när hon var vuxen samtalande med varandra: ”Nej, mumlar jag medan jag frågar mig om det verkligen är sant som jag minns det, att jag inte en enda gång varken som tonåring eller som vuxen förde ett egentligt samtal med pappa – lika litet som jag kan minnas att han sedan jag flyttat hemifrån någonsin hört av sig med ett brev, ett vykort eller ens ett telefonsamtal.”²⁹

Dottern försökte också att finna sanningen genom att ta upp frågan om Marcus P med sin allt mer åldrade moder. ”[P]å det aningen osammanhängande och svävande vis som numera är hennes” förklarade hon att Marcus P ”varit en av de mest generösa, gästfria och kultiverade människor hon någonsin mött. – Men det som hände den där gången på byrån, fortsätter mamma, *det* var en verkligt tråkig historia – vad det nu rörde sig om. Egentligen,

²⁷ Hansson 2000, s. 145.

²⁸ Hansson 2000, s. 146.

²⁹ Hansson 2000, 148 f.

munlar hon tankspritt, minns jag bara att det som hände gjorde din pappa mycket bekymrad. Och ledsen.”³⁰

Dialogerna mellan dottern och mamman borrade sig efter hand allt djupare ned i det fördolda förflutna. Hon började tala om ”hur *svårt* det var på den tiden, hur *lite* man visste och att de ju faktiskt *trodde* på det”, dvs. tyskarnas slutliga seger, ”den seger man alltså *trodde* på, [och som] också skulle ha rättfärdigat själva deras handlande. Det var en ohygglig tid, säger mamma.”³¹

På samma sätt fortsatte dottern envist att genom intervjuer med både äldre och yngre kolleger på den nu stora internationella advokatbyrån att komma närmre en rättvisande bild av sin pappa. Men hos dem alla mötte hon ”denna *opersonliga* panegyrik”. ”Inte så, tänker jag, att jag i och för sig betvivlar äktheten i all denna uppskattning – jag kan bara inte värja mig mot känslan att dessa personer, som alla en gång känt min pappa, egentligen inte så mycket minns *honom* som de minns, och med vemod ser tillbaka på, en förgången tid: en livsstil, ett sätt att uppträda som inte längre är vare sig gångbart eller ens möjligt.”³²

Dottern ifrågasatte i och för sig inte den här bilden av pappan: ”han var – älskvärdheten själv. Men så är det ju förstås det här med Marcus P.” På den punkten ville hon att skalpellen skulle borra sig ända in till benmärgen. Hon satte pappan på de anklagades bänk. Hon kunde inte förstå hans inställning. ”Pappa kunde ju trots det ha sökt sig bort från byrån – ja, inser jag till min förvåning, det är ju *precis* det jag begär av honom. Det kan inte hjälpas, tänker jag, men även om alla, inklusive Marcus P:s närmaste vänner, hävdar att delningen av byrån skedde i största samförstånd, så står jag inte ut med tanken på att pappa nöjde sig med att *bli ledsen*, och hur förståeligt det än var så finner jag alltsammans, och då särskilt tystnaden, inte bara upprörande utan också rentav *motbjudande*.” Dottern vägrade att acceptera hans val. Hon läste in sig på ”de kringliggande, de samhällseliga orsakerna till den påtvingade delningen”, och ju mer hon läser ”om stulet guld, om eftergifter för nazisternas påtryckningar och om den svenska storfinansens utbredda bulvanverksamhet, desto mer indignerad blir [hon]. Ett sådant gränslöst profitbegär! – – Ett sådant dubbelspel och en sådan rent *häpnadsväckande* cynism.”³³

Pappans kompanjon Sven U dök upp allt mer frekvent när hon trängde in i dessa sammanhang. ”En sådan – skurk! tänker [hon].” Ju mer dokumentation

³⁰ Hansson 2000, s. 182.

³¹ Hansson 2000, s. 212.

³² Hansson 2000, 254 f.

³³ Hansson 2000, 256 f.

hon får fram, desto mer inser hon hur djupt involverad inte bara Sven U – utan också pappan varit i nazistiska industrimagnaters bolagsstyrelser och bolagsaffärer i Sverige. Och inte bara det. Genom pappans dagboksanteckningar konstaterade hon med bestörtning att hennes föräldrars ”sociala liv under dessa år helt och hållet dominerades av umgänge med de ledande representanterna för företaget: var och varannan dag finns här anteckningar om bridekvällar och restaurangbesök, om supéer, banketter, kräftkalas och utflykter”.³⁴

Att pappan var en i alla avseenden god människa hade hon fått höra av en enstämig kör av kolleger. Men kan också ”en god människa – göra sig skyldig till tvivelaktiga – eller än värre – handlingar?” Hur paradoxal kan tillvaron vara? Och vad kände pappan till? Dottern: ”Men, säger jag mig strax, naturligtvis vore det ohyggligt naivt att tro att han inte, hur mycket han än såg juridiken som en fågel svävande högt över politikens trista verklighet, skulle ha förstått vad hans val av uppdragsgivare innebar? Naturligtvis tänker jag, måste han ha insett lika mycket att det *var* ett val som nödvändigheten att fråga sig vad detta val innebar, ja tänker jag, *under rådande omständigheter* är det omöjligt att ens föreställa sig att någon kunde undvika att ställa sig frågan – och ändå vill jag gärna intala mig att det var precis vad pappa gjorde: eller kanske inte så mycket att han *undvek* frågan som att han på något mirakulöst vis lyckades förbli omedveten om dess existens.”³⁵

För dottern hopade sig paradoxerna allt mer. Hon mindes hur pappan hade ”en lidelsefull avsky för det tyska språket, hans *oförsonliga* avsky för allt vad tyskt heter”. Hans förakt inte bara för tyskar utan också för militärer, ”den triumferande minen, men också bitterheten i hans röst: ett slags *den sårade oskuldens* förbittring. Nog är det märkligt tänker jag – en sådan liksom omvänd fördomsfullhet!”³⁶

I slutet av romanen står författarjaget utlämnad och frysande i vår egen tid. Hon rekapitulerar vad hennes jakt på pappans identitet har gett henne av besvikelser och vrede. Och hon tvingas inse, att pappans bevekelsegrunder till en viss del kommer att förbli höljda i dunkel. Hon landar i insikten om nödvändigheten av att lära av historien och faran av att vara historielös. Hon inser att ”pappa inte kan vara [hennes] skydd mot mörkret, om han, som väl i djupet av sitt hjärta ändå var så främmande för allt vad nazismen stod för, kunde välja att handla som han gjorde – vem kan då vara det. Vem ska då vaka över den där gränsen som *inte under några som helst omständigheter*

³⁴ Hansson 2000, 265 f.

³⁵ Hansson 2000, 270 f.

³⁶ Hansson 2000, s. 294.

får överträdas. *Pappa!* Tänker jag; och ser i samma stund mitt ansikte åter speglas i det svarta fönstret, blekt och på något olustigt vis – främmande.”³⁷

Så långt romanen, men hur var det i verkligheten? Från och med nyåret 1939 övergick de två kompanjonerna Sune Wetters och Ivar Philipsons delägarskap i byrån till kontorsgemenskap. Den högst sannolika anledningen till förändringen var ariseringen. Denna tidigare okända sida av den tyska raspolitiken i Sverige har på senare år blivit föremål för forskningens intresse.³⁸ Ariserings- eller avjudifieringspolitiken hade i Tyskland inletts redan kort efter Hitlers maktövertagande men kom efter Kristallnatten 1938 att fullbordas. Lagar antogs som öppnade vägen för nazisternas konfiskeringspolitik beträffande alla judiska företag, finansiella tillgångar, fastigheter och lägenheter. Yrkesförbudet för judar blev totalt. Ariseringen genomfördes snabbt och effektivt. Ariseringen gick över nationsgränserna. Nazi-Tyskland sökte med framgång också arisera tyska dotterbolag i Sverige och deras svensk-judiska kontaktnät, vidare icke-judiska svenska företag som hade judar i sin ledning eller anställda, och även rent svenska företag med judiskt inflytande.³⁹ I december 1938 höll utrikesministern Rikard Sandler ett tal på Socialdemokratiska studentföreningen i Göteborg. Han var tydlig i sina formuleringar. Han kritiserade de försök som gjorts att genomföra ariseringen utanför Tysklands gränser. Nazi-Tysklands målsättning att överföra de tyska raslagarnas tillämpning i Sverige bemötte han med ”att här i landet gälla svenska lagar och inga andra”. Och till de företagare och företag som utsattes för ariseringsförsök framhöll han, att ”det är icke rätta metoden att möta tilltagsenhet med flathet”.⁴⁰ Slanders tal var emellertid tom retorik. I realiteten kom det svenska näringslivet och dess intressenter att i hög grad tillmötesgå Nazi-Tysklands näringspolitiska krav. Det svenska rättsväsendet avvisade emellertid de tyska kraven under åberopande av de stred mot grunderna för den svenska rättsordningen, dvs. *ordre public*.⁴¹

³⁷ Hansson 2000, s. 298.

³⁸ Fritz, Martin – Karlsson, Birgit – Karlsson, Ingela – Nordlund, Sven: En (o)moralisk handel? – Sveriges ekonomiska relationer med Nazityskland. Forum för levande historia, Skriftserie 2:2006; Nordlund, Sven: Alkibiades eller Akilles? Ariseringen i Sverige och reaktionerna på denna. Historisk Tidskrift 4/2005, 575 ff.; Nordlund, Sven: ”Tyskarna själva gör ju ingen hemlighet av detta”. Sverige och ariseringen av tyskägda företag och dotterbolag. Historisk Tidskrift 4/2005, 609 ff.

³⁹ Nordlund, Sven: Ariseringen en okänd sida av svensk delaktighet i förintelsen. Forum för levande historia, Skriftserie 2:2006, 41 ff.

⁴⁰ DN 9.12.1938. – Nordlund 2006, s. 48.

⁴¹ Nordlund 2006, 60 ff.

Järnmalmen blev under dessa år en viktig handelsvara i förhållande till Nazi-Tyskland och gruvan Koskullskulle i Norrbotten blev föremål för ariseringskrav. Gruvan ägdes av BergverksAB Freja, grundat 1897. Frejabolaget ägdes av ett stort tjeckoslovakiskt järnverk Witkowitz, som i sin tur ägdes av den judiska finans- och bankfamiljen Rothschild i Wien. Under hela 1930-talet knöts banden till Sverige och Freja genom advokatbyrån Themptander, Wetter och Philipson Advokatbyrå. 1936 blev Sune Wetter ordförande i Freja och ”tog en stark ledning över verksamheten. Från år 1939 bar byrån namnet Sune Wetters advokatbyrå med bl.a. Carl Swartling och Jochum Sjövall som biträdande jurister.” Wetters byrå erhöll också ekonomiska ersättningar från Freja. Från krigsutbrottet tog Wetter även på sig uppdraget som VD i bolaget. Ågarna var mellan åren 1937–1950 representerade genom fullmakter utställda på advokaterna på byrån.⁴² Att ha Freja som klient innebar att byrån direkt fördes in i den storpolitiska skärselden. Även om Koskullskulle inte blev en tyskgruva i egentlig mening med tyska ägare, ”satt företaget fast i det tyska skruvstället med begränsad handlingsfrihet. Från tysk sida sågs – Freja med Koskullskulle som tysk egendom och tyskt bolag. I olika sammanställningar över koncernen Reichswerke Hermann Göring klassificerades Freja som ett dotterbolag i denna koncern.”⁴³

Detta är bara ett exempel på Sune Wetters klienter under beredskapstiden. Forskning pågår beträffande advokatbyråns klientel under denna tid.⁴⁴ Överenskommelsen att låta Ivar Philipson lämna delägarskapet i advokatbyrån framstår under de rådande omständigheterna som i vårt fall förklarlig. Sune Wetter kunde som biskop Brask insticka: ”Härtill är jag nödd och tvungen”. Men samma fråga som Carola Hansson låter dottern ställa, finns anledning att också ta upp i detta sammanhang: förelåg några moraliska betänkligheter när beslutet togs om denna frivilliga arisering på en av Sveriges främsta advokatbyråer? Var beslutet kanske endast en pragmatisk lösning för att kunna tillvarata klienternas intressen? Det är lätt att i efterhand moralisera. Kontorsgemenskapen mellan Wetter och Philipson fungerade under alla omständigheter friktionsfritt och respektfullt under hela efterkrigstiden. Därom har flera av de biträdande juristerna, som verkade på Wetters byrå, kunnat vittna.

Ivar Philipson blev, som också Carola Hansson skildrat, samtidigt en av beredskapstidens hjältar. Det var han som organiserade hjälpen till de danska

⁴² *Fritz, Martin*: Svenska gruvor i tysk ägo under andra världskriget. Forum för levande historia, Skriftserien 2:2006, 169 ff.

⁴³ *Fritz* 2006, 171 f.

⁴⁴ Författaren skriver f.n. advokatbyrån Mannheimer Swartlings historia.

judar, som i tusental flydde över Öresund i oktober 1943. Tillsammans med fiskare i Limhamn och polis och tull i Malmö skötte han med ett femtontal fiskebåtar den riskfyllda trafiken över Sundet. Han var också djupt engagerad i räddningsaktionen för de ca 20 000 överlevande f.d. koncentrationslägerfångar som kom till Sverige i maj – juli 1945.

3 AVSLUTANDE KOMMENTARER

Kjell Westö och Carola Hansson har i sina romaner frammanat bilden av två advokatfigurer, som båda var förankrade i tidens storpolitiska kontexter och där framför allt antisemitism, arisering och judefientlighet utgjorde påtagliga inslag i de borgerliga advokatkulturerna både i Helsingfors och i Stockholm. Kjell Westö har med hjälp av en gedigen samtidsresearch skapat bilden av en övertygad liberal och societetsanknuten advokat, som väl passade in i den dåtida finlandssvenska rättskulturen. Carola Hanssons advokat har en helt annan verklighetsbakgrund. Det är hennes far, Carl Swartling, som är förebilden för ”Den älskvärde”. Här framträder advokatbilden mer som en nyckelroman än som autofiktion. Författaren ägnar sig åt en påtaglig uppgörelse med familjens nära förflutna.

De båda fiktiva advokaterna träder fram med ett viktigt budskap till juristerna i vår tid. *Inter arma sine leges* – Under vapnen inga lagar. När det storpolitiska trycket ökade i slutet av 1930-talet hade advokaterna kunnat ingripa mer aktivt, men en stor del av dem anpassade sig till de rådande förhållandena. Inom ariseringsforskningen har man analyserat den frågan:⁴⁵ ”Om handel ska bedrivas utifrån ’rent’ ekonomiska intressen, innebär det indirekt att vi erkänner egenintresset som drivkraft. Den moraliska legitimeringen för denna typ av handel ligger då i att den ökar ekonomisk effektivitet och bidrar till tillväxt och därigenom till bättre materiell standard. Detta är emellertid ingen garanti för demokrati och mänskliga rättigheter. Om vi å andra sidan anser att handel ska bedrivas med hänsyn till moral och ideologi, innebär det dels att vi måste vara mycket klara över vilka moraliska hänsynstaganden som ska styra, dels att vi måste vara medvetna om små staters begränsade möjligheter och slutligen att vi måste acceptera att andra länder låter sin moral styra handeln.”

⁴⁵ Fritz 2006, 189 ff.

Handeln med Tyskland under den nazi-tyska regimen resulterade naturligt nog också i arbetsuppgifter för de svenska advokater, som så önskade. Idealism och pragmatism framstod under rådande förhållanden som till synes oförenliga enheter, och advokaterna stod i epicentrum för detta ställningstagande, vilket både Carola Hansson och Kjell Westö visat i sina viktiga romaner. Det framstår i hög grad som symptomatiskt att den amerikanske journalisten och författaren Marquis Childs gav sin samtidsskildring av det svenska 1930-talssamhället titeln ”*Sweden – The Middle Way*”. Anpassningen till staten och det starka samhällets intressen var 1930-talets stora fråga och juristernas roll i detta skeende kan i litteraturen skapa både förebilder och skurkar – giltiga också i vår tid.

Hallinto-oikeuden eurooppalainen kodifointi

1 KOHTI EUROOPPALAISTA HALLINTOLAKIA

Hallinto-oikeuden eurooppalainen kodifointi on sisällöllisenä prosessina ollut vireillä vasta runsaan vuosikymmenen. Kodifoinnin viimeisimpänä virstanpylväänä voidaan pitää Euroopan parlamentin 15.1.2013 hyväksymää päätöslauselmaa¹, jossa parlamentti määrittelee *de lege ferenda* Euroopan unionin hallintolakia koskevia periaatteita sekä viranomaistoimintaan kohdistuvan yleisen sääntelyn kohteita ja perusteita. Päätöslauselman mukaan säädettävässä asetuksessa olisi kodifioitava hyvän hallintotavan perusperiaatteet. Lisäksi siinä olisi säänneltävä hallintomenettelyä, jota sovelletaan, kun unionin hallinto käsittelee yksityistä koskevaa hallintoasiaa.

Parlamentin päätöslauselman kohteena on suoranaisesti vain komission valmisteluvastuulle kuuluvan hallintomenettelyasetuksen perusteet. Komission valmistelu on toistaiseksi ollut hyvin niukkaa, mikä osaltaan selittää parlamentin aktiivisuutta. Mahdollisen kodifoinnin ala ei välttämättä kuitenkaan rajoitu yksinomaan hallinnollisiin menettelyvaatimuksiin eikä pelkää unionin viranomaisten hallintomenettelyyn. Asetuksen kohdealueeseen voisi kuulua myös yleisempiä ja periaatteellisesti keskeisiä hallinto-oikeuden peruskysymyksiä. Ne liittyisivät muun muassa hallinnollisen päätösvalan käytön rajojen määrittelyyn, viranomaisen toimintaan julkisen vallan käyttäjänä, hallinnon avoimuuteen, tehokkuuteen ja vastuullisuuteen sekä menettelyllisen oikeusturvan edellytyksiin. Tuloksena voisi hyvinkin olla hallinto-oikeuden perusteiden ja periaatteiden eurooppalainen kodifikaatio.

Tämän artikkelin tarkoituksena on pohtia, miksi eurooppalaisen hallinto-oikeuden perusteiden normatiivinen kodifointi on tullut aikaisempaa ajankohtaisemmaksi, mihin hallinto-oikeuden kodifointi voisi perustua ja mitkä olisivat sen mahdolliset päälinjaukset. Hallinto-oikeuden kodifoinnilta tässä artikkelissa tarkoitetaan yleisluonteisesti prosessia, jonka tavoitteena

¹ Ks. päätöslauselman sisällöstä <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0004+0+DOC+XML+V0//FI>.

on laatia yhtenäinen ja systemaattinen hallintotoiminnan keskeisiä puitteita määrittävä eurooppalainen säädös.²

Hallinto-oikeuden eurooppalaista kodifointia arvioitaessa keskeinen kysymys on sen alan ja sisällön määräytyminen. Rajoittuisiko se teknisluonteiseen kodifointiin, jossa ainoastaan koottaisiin yhteen EU:n sektorialainsäädännössä hajallaan olevaa proseduraalista sääntelyä, vai ulottuisiko kodifointi myös hallinto-oikeuden sisällöllisiin ja laadullisiin peruskysymyksiin. Tällainen harmonisoiva kodifointi voisi kohdistua muun muassa hyvän hallinnon sisältämiin vaatimuksiin, julkisen vallan ja harkintavallan käytön rajoihin, yleisiin tavoitteisiin ja periaatteisiin, viranomaisten toiminnan vastuunalaisuuteen, oikeusturvan perusteisiin sekä mahdollisesti myös kansalaisten osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksiin. Peruskysymykset kodifoinnin alasta ja sisällöstä ovat vielä toistaiseksi melko avoimia, joten yksiselitteistä tai edes yleisesti hyväksyttyä vastausta niihin ei ole mahdollista esittää.

2 HALLINTO-OIKEUDEN VIIVÄSTYNYT KODIFIOINTI

Hallinto-oikeuteen kohdistuva kodifointikiinnostus on miltei täysin uutta etenkin verrattuna yksityisoikeuden ja erityisesti sopimusoikeuden alalla varsin pitkään vireillä olleisiin yhtenäistämisprosesseihin. Yksityisoikeuden piirissä on toiminut vuosikymmeniä sekä virallisia että akateemisia hankkeita, joiden tavoitteena on yhtenäistää eurooppalaista sopimusoikeutta. Tunnetuimpia näistä ovat Lando-komissio, joka on valmistellut eurooppalaisen sopimusoikeuden periaatteet (PECL), ns. Acquis-ryhmä, joka on muokannut EU-yksityisoikeutta, ja yksityisoikeuden tutkijoiden työryhmä, joka tuottanut lähes viisi tuhatta sivua käsittävän luonnoksen eurooppalaisen yksityisoikeuden periaatteista, käsitteistä ja sääntömalleista.³

² Ks. kodifoinnin määrittelystä Tieteen termipankki 12.01.2014: Oikeustiede:kodifikaatio. (Tarkka osoite: <http://www.tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:kodifikaatio>.)

³ Ks. tästä valmistelutyöstä esim. *Lando, Ole: European Contract Law in the 21st Century*. JFT 2005, s. 560–571. *Micklitz, Hans-W.: Eurooppalaisen yksityisoikeuden sääntelyn näkyvä käsi*. Lakimies 2010, s. 330–356. Ks. myös *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich 2009, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

Miksi hallinto-oikeuden kodifointi ja sisällöllinen harmonisointi on tullut toden teolla ajankohtaiseksi vasta tällä vuosituhannella? Yksityisoikeuteen verrattuna olennaista ajallista eroa selittää ainakin kaksi yleistä tekijää. Ensinnäkin yksityisoikeuden kodifoinnin taustalla on nähtävissä vuosisatainen *lex mercatorian* perinne, ja syvemmin epäilemättä myös *ius commune* ja roomalaisen oikeuden yksityisoikeuteen painottuva tausta.⁴ Vastaavanlainen vakiintuneen ja sisällöllisen julkisoikeuden tausta puuttuu hallinto-oikeudelta. Sen muodostuminen itsenäiseksi oikeudenalaksi perustui ensisijaisesti hallinnon ja hallinnollisten suhteiden oikeudellistamiseen, sillä perinteiset julkisoikeudelliset lähtökohdat ja sisällöllinen *ius publicum* puuttuivat.

Toiseksi, etenkin sopimussuhteita on vakiintuneesti ja joukkomittaisesti käytetty myös rajat ylittävissä konteksteissa, jolloin niiden puitteiden ja muotojen ylivaltiollinen yhtenäistäminen on luontevasti perusteltavissa myös sopimusinstrumentin käytön vaatimuksilla ja sopeutettavissa niiden puitteisiin. Hallinto-oikeudelliset suhteet ovat sen sijaan varsin pitkään säilyneet luonteeltaan valtiosisäisinä. Rajat ylittävä ja ylikansallinen hallinto-oikeus sai laajemmassa ja sisällöllisemmässä mielessä merkitystä oikeastaan vasta EY-tuomioistuimen Cassis de Dijon -ratkaisusta (1979)⁵, joka mahdollisti – perustamissopimuksesta riippumatta – kansallisten hallintopäätösten vastavuoroisen tunnustamisen ja vastaavasti myös hallintopäätösten vapaan liikkuvuuden jäsenvaltioiden välillä.

Hallinto-oikeuden funktionaalisiin ominaispiirteisiin liittyvänä erityispiirteenä on tavallista viitata hallinnon ja hallinto-oikeuden julkisoikeudelliseen luonteeseen, joka kytkeytyy julkisen vallan perusteisiin ja hallinnollisen vallan käyttöön. Voidaan ajatella, että kansallisvaltiot eivät hevin ole valmiita luopumaan valtion ydinresursseihin kuuluvan viranomaistoiminnan määrittelystä, mikä osaltaan selittäisi penseyttä kodifiointia kohtaan. Selitys vaikuttaa intuitiivisesti uskottavalta. Tarkemmin analysoituna se ei kuitenkaan ole täysin vakuuttava, kun otetaan huomioon, että valtioilla ei sittenkään ole ollut erityisen vahvoja estoja siirtää vielä tärkeämpää julkisen vallan välinettä – lainsäädäntövaltaa – käytettäväksi laajasti ylikansallisella tasolla. Jos ja kun lainsäädännön sisältöä voidaan harmonisoida ja lainsäädäntövaltaa siirtää ylivaltiollisesti käytettäväksi, ei olisi täysin johdonmukaista

⁴ Ks. yksityisoikeuden harmonisoinnin taustoista *Letto-Vanamo, Pia*: Oikeushistoria ja oikeuden harmonisaatio. Oikeus 2011, s. 487–494. *Wilhelmsson, Thomas*: Harmoniseringen av skadeståndsrätten och behovet av en europeisk moraliskurs. JFT 2007, s. 359–376.

⁵ 120/78, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Kok. 1979, s. 649.

pitää tuon lainsäädännön toimeenpanomenettelyn määrittelyä toimintona, joka välttämättä edellyttäisi valtion suvereenien intressien kannalta erityistä autonomiaa ja suojaa.

Todennäköisempänä hallinto-oikeuden toiminnallisiin erityispiirteisiin liittyvänä kodifioinnin hitauden selityksenä voidaan pitää sitä, että oikeudenalan perusteiden harmonisointitarve on pitkään ollut melko vähäinen, ja sikäli kuin tarvetta on esiintynyt, siihen on riittävästi vastannut oikeuskäytännössä toteutettu pehmeä harmonisointi. Koska eurooppaoikeuden toteuttaminen on hajautettu jäsenvaltioiden tasolle, kansallisten viranomaisien toimivallan ja toimeenpanomenettelyn eroavuudet eivät myöskään ole muodostuneet niin suuriksi, että hallinto-oikeuden perusteiden yksityiskohtaisempi normatiivinen kodifiointi olisi osoittautunut välttämättömäksi.

Erytisesti EY-tuomioistuimen evolutiivisessa oikeuskäytännössä on kirjattu hallinto-oikeuden minimitasoa määrittelemällä hallinto-oikeuden perustavia laatuvaatimuksia. Tällaiset pienimmät yhteiset nimittäjät liittyvät muun muassa sellaisiin hallinto-oikeuden fundamentteihin kuin asianosaisen kuuleminen, päätösten perusteleminen ja hallinnon oikeudellinen vastuunalaisuus.⁶ Samalla Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on korostanut oikeusturvan saatavuuteen, laatuun ja tehokkuuteen liittyviä hallinto-oikeuden vähimmäisvaatimuksia. Näiden harmonisoinnin yleisluonteisten elementtien periaatteellista merkittävyyttä ei ole aihetta vähätellä, joskin niitä voi pitää myös oikeusvaltioon perustuvan hallinto-oikeuden luonnollisina ja jopa itsestään selvinä osatekijöinä.

Etenkin tällä vuosituhannella hallinnollista toimeenpanoa ohjaavan lainsäädännön harmonisoinnin tarve on kuitenkin olennaisesti lisääntynyt EY/EU:n jäsenmäärän kasvaessa ja jäsenvaltioiden toimeenpantavaksi kuuluvan lainsäädännön laajentuessa sekä määrällisesti että laadullisesti. Jos kansallisten hallinto-oikeuksien erot eivät vielä noin viidentoista länsi- ja pohjoiseurooppalaisen jäsenvaltion EY:ssä olleet erityisen ongelmallisia, unionin jäsenmäärän kasvu 27 jäsenvaltioon on johtanut aikaisempaa suurempiin toimeenpanon yhtenäisyyden vaatimuksiin, ei vähiten hallintokulttuurien ja -traditioiden erojen olennaisen lisääntymisen johdosta.

Laajenevan EU-lainsäädännön riittävän koherentti ja reaalin toteuttaminen edellyttää myös toimeenpanon puitteiden selkeämpää säädännäistä yhtenäisyyttä ja normatiivista ennakoitavuutta. Hallinto-oikeudellisen normiston ja hallinnollisen toimeenpanon merkitys on tässä suhteessa erityisen

⁶ Ks. yleisesityksenä esimerkiksi *Jans, J. H. – de Lange, R. – Prechal, S. – Widdershoven, R.J.G.M.*: *Europeanisation of Public Law*. Groningen 2007.

keskeinen, koska EU-oikeus määrittelee laajalti juuri sääntelyn ja valvonnan perusteita, ja se on muutenkin luonteeltaan pääasiassa julkisoikeudellista, regulatiivista normistoa. Hallinto-oikeuden muodollisen koherenssin lisäämisellä on siten keskeisesti instrumentaalinen peruste, joka liittyy tarpeeseen kohentaa ja varmentaa toimeenpanon tehokkuutta, yhdenmukaisuutta ja ennakoitavuutta.

Toimeenpanon tehokkuuden (sekä vaikuttavuuden että toimivuuden merkityksessä) lisääntyvä merkitys puolestaan liittyy ennen muuta hallinto-oikeuden hajanaisuuteen ja fragmentaatioon.⁷ Sen aiheuttajia on useita, joista ilmeisin liittyy 27 erilaiseen hallinto-oikeusjärjestelmään. Vaikka hallinto-oikeuden pääjärjestelmien määrä voitaneen laskea yhden käden sormin, eroavuudet muun muassa viranomaisen toimivallan, hallinnollisen päätöksentekomenettelyn, julkisyhteisön oikeudellisen vastuun ja yksityisen oikeusturvan määrittelyn yksityiskohdissa voivat valtioiden välillä olla huomattavia. Tällaisista eroavuuksista aiheutuu helposti myös hallinnollisia esteitä tai ainakin hidasteita, jotka rajoittavat EU-oikeuden toteutumista ja sisämarkkinoiden toimintaa.

Kodifioinnin tarvetta lisää myös se, että EU-oikeuden hallinnollinen toimeenpano toteutuu kansallisen ja EU:n oman hallinnon lisäksi aikaisempaa laajemmin niiden muodostamissa hybrideissä muodoissa ja monitasoisessa eurooppalaisessa hallinnossa.⁸ Sen paremmin EU:n hallintokoneiston kuin monitasoisen eurooppalaisen hallinnon toiminnalle ei toistaiseksi ole määritelty yhtenäisiä oikeudellisia perusteita tai puitteita.⁹ Hajanaisuutta aiheuttavat niin ikään hallinto-oikeudellisten tulkintamallien, yleisten oppien ja painotusten sekä hallintokulttuurien väliset erot, joiden voidaan arvioida lisääntyneen ja korostuneen EU:n laajetessa. Kysymys on myös erilaisista painotuksista arvioitaessa viranomaisen ja yksityisen välistä suhdetta: lähtökohdat vaihtelevat valtiokeskeisestä dirigismistä asiakaspainotteiseen hyvän hallinnon vaatimukseen ja markkinapohjaisiin ohjausmalleihin.

Tehokkuuden vahvistaminen on myös yksi selitys sille, että hallinto-oikeuden kodifioinnin toteuttaminen on Lissabonin sopimuksessa määritelty

⁷ Ks. koherenssin ja fragmentaation suhteesta pääosin myös hallinto-oikeuteen soveltuvasti *Letto-Vanamo, Pia – Smits, Jan*: Introduction. Teoksessa Letto-Vanamo, P. – Smits, J. (eds.), *Coherence and Fragmentation in European Private Law*. Munich 2012, s. 1–8.

⁸ Ks. monitasoisesta eurooppalaisesta hallinnosta *Mäenpää, Olli*: Eurooppalainen hallinto-oikeus. Helsinki 2011, s. 151–242.

⁹ Vrt. eurooppalaisen virastolainsäädännön merkityksestä *Chamon, Merijn*: The Influence of 'Regulatory Agencies' on Pluralism in European Administrative Law. *Review of European Administrative Law* 2012, pp. 61–91.

perustuvaksi ensisijaisesti top down -metodin käyttöön. Siinä kodifointi on tarkoitettu toteutettavaksi harmonisoivilla säädöksillä sen sijaan, että esimerkiksi sopimusoikeuden kodifointimallin mukaisesti käytettäisiin hajautettua mallia. Hajautetussa mallissa oikeudenalan tai oikeudellisen instituution harmonisoinnin tarvetta, perusteita ja vaihtoehtoja ensin tutkitaan monipuolisesti ja ne alistetaan laajaan oikeudellisten asiantuntijoiden arviointiin. Tosin myös asetus pohjaisen harmonisoinnin käyttö sallii tällaisen valmistelun ja arvioinnin, joskin tavoitteena Lissabonin sopimuksen mukaan näyttäisi olevan verraten ripeästi toteutettu lainvalmistelu suhteellisen keskitetyssä muodossa.

3 HALLINTO-OIKEUDEN KODIFIOINNIN MENETTELYT JA PERUSTEET

3.1 Kodifioinnin toteuttamistapoja

Oikeudenalan kodifioinnissa voidaan käyttää erilaisia menettelytapoja, joista ehkä yleisimmät jakautuvat pehmeisiin ja koviin, hierarkkisiin tai horisontaalisiin sekä suoriin tai välillisiin. Pehmeillä, horisontaalisilla ja välillisillä menetelmillä pyritään siihen, että oikeudenalan normit vähitellen yhtenäistyvät erilaisin yhteensopivin kansallisin toimin, kun taas kovat, hierarkkiset ja välittömät menettelyt painottavat muun muassa preskriptiivistä, normatiivisesti yhtenäistävää sääntelyä.

Tähän asti hallinto-oikeuden kodifioinnissa on sovellettu pääasiassa edellisiä menettelyjä. Erityisesti Euroopan neuvosto on keskittynyt pääasiassa laatimaan hallinto-oikeuden perusteita yhtenäistäviä suosituksia ja periaatteellisia lausumia. Myös hallinto-oikeutta määrittelevää eurooppalaista oikeuskäytäntöä voi luonnehtia vaikutuksiltaan ensisijaisesti suosittelevaksi ja välilliseksi, vaikka esimerkiksi valtion korvausvastuun perusteet viranomaisen toiminnasta on jo oikeuskäytännössä harmonisoitu verraten yksityiskohteisesti.¹⁰ Sen sijaan Lissabonin sopimuksessa määritelty EU-oikeudellinen malli perustuu painotetusti hierarkkisiin ja preskriptiivisiin menettelyihin. Tavoitteena on määritellä säädännäisesti hallinto-oikeuden perusteet.

Oikeudenalan kodifointia voidaan toteuttaa muullakin tavoin. Edellä on viitattu yksityisoikeudelliseen kodifointiin, jossa on varsin pitkään ja keskei-

¹⁰ Ks. *Aalto, Pekka: Public Liability in EU Law*. Oxford 2011.

sesti nojaututtu tutkijoiden yhteistyöhön ja ylipäänsä akateemisen yhteisön osallistumiseen. Myös hallinto-oikeuden kodifioinnissa on havaittavissa vastaavanlainen ulottuvuus. Vaikka se on uusi ja hyvin lyhytkestoinen, alustavia tuloksia on tutkijavetoisella kodifioinnilla saatu aikaan melko laajasti hallinto-oikeuden keskeisillä osa-alueilla.

3.2 Hallinto-oikeuden pehmeä ja välillinen kodifointi

Etenkin Euroopan neuvoston rooli oikeuden kodifioinnissa on luonteeltaan pehmeää ja suosittelevaa. Euroopan neuvoston oikeudessa hallinto-oikeuden kodifointiin liittyvät aloitteet on yleensä toteutettu jäsenvaltioille osoitetuina suosituksina. Suositukset ovat pääasiassa kohdistuneet suhteellisen suppeille osa-alueille, ja ne ovat sisällöltään varsin yleisluonteisia.

Jossain määrin vahvempaa kodifointia mahdollistaa eurooppalaisten yleissopimusten valmistelu ja hyväksyminen. Hallinto-oikeuden kannalta keskeisimpiä yleissopimuksia ovat Kunnallisen itsehallinnon peruskirja (1985) ja viranomaisten asiakirjojen julkisuutta määrittelevä yleissopimus (European Convention on Access to Official Documents, 2009). Suomi on saattanut itsehallinnon peruskirjan voimaan lailla. Sen sijaan julkisuutta koskevaa yleissopimusta ei vielä ole saatettu voimaan. Hallinto-oikeuden yleisten perusteiden kannalta ainakin periaatteellisesti erittäin merkittävänä pehmeän kodifioinnin toteuttamisvälineenä voidaan pitää myös Euroopan neuvoston suositusluonteista Hyvän hallinnon peruskirjaa.

3.3 Hallinto-oikeuden EU-oikeudellinen kodifointi

EU-oikeudessa ei hallinto-oikeuden normatiivinen kodifointi ole ollut sanottavasti tavoitteena ennen Lissabonin sopimusta. Tosin yksittäisissä direktiiveissä tai asetuksissa on voitu säännellä joitakin sen toimeenpanon perusvaatimuksia, kuten päätöksenteon puolueettomuutta riippumattomuutta sekä viranomaisen riittäviä voimavaroja. Muun muassa kilpailun valvontamenettelystä ja maataloustuen hallinnoinnista on myös yksityiskohtaisempia säännöksiä, mitä selittää keskeisesti se, että nämä hallinnonalat kuuluvat EU:n yksinomaiseen toimivaltaan. Perussopimuksissa ei hallinto-oikeuden yleiselle kodifioinnille sen sijaan ole ollut toimivaltaperustaa, vaan hallinto-oikeuden harmonisointiin on suhtauduttu pikemminkin kielteisesti.

Vasta Lissabonin sopimukseen on sisällytetty täysin uusi ja erityinen toimivaltasäännös, joka mahdollistaa ainakin EU:n toimielimiin kohdistuvan hallinto-oikeuden perusteiden harmonisoinnin.¹¹

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 298 artiklan mukaan Unionin toimielimet, elimet ja laitokset tukeutuvat tehtäviään hoitaessaan avoimeen, tehokkaaseen ja riippumattomaan eurooppalaiseen hallintoon. Tätä varten Euroopan parlamentti ja neuvosto antavat tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen asetuksilla säännökset, joissa kunnioitetaan 336 artiklan nojalla vahvistettuja henkilöstösääntöjä ja palvelussuhteen ehtoja. SEUT 298 artikla koskee eurooppalaisen hallinnon toimintaan, joten siihen perustuvilla normeilla voi ainakin välillisesti, mutta mahdollisesti myös välittömästi, olla jäsenvaltioidenkin hallinto-oikeutta kodifioiva vaikutus.

Vaikka SEUT 298 artiklan tulkinnessa on esitetty myös muodollisia epäilyksiä EU:n harmonisointitoimivallan riittävydestä ja laajuudesta,¹² olisi vaikea perustella kantaa, jonka mukaan eurooppalaisen hallinnon avoimuutta, tehokkuutta ja riippumattomuutta ei olisi mahdollista säännellä normatiivisin välinein SEUT 298 artiklassa tarkoitettulla tavalla. Tällaisen sääntelyn keskeisenä kohteena on välttämättä myös hallinnon ja yksityisen välinen oikeussuhde, joten normatiivinen kodifointi kohdistuu juuri hallinto-oikeuden ydinalueelle.

4 VIRALLISEN KODIFIOINNIN ALA JA SISÄLTÖ

4.1 Kodifioinnin soveltamisala ja sisältö

Euroopan neuvoston kodifiointityön kohteena ovat periaatteessa neuvoston kaikkien 47 jäsenvaltion hallinto-oikeusjärjestelmät. Neuvosto on määrittellyt hallinnon oikeudellisia perusteita kodifioimalla keskeisimmät niistä

¹¹ Tosin jo Euroopan perustuslakia koskeva ehdotus (2004) sisälsi vastaavansisältöisen kodifioinnin perusteiden määrittelyn. Ks. *Nieto-Garridos, Eva – Martin Delgado, Isaac: European Administrative Law in the Constitutional Treaty. Oxford 2007*, pp. 115–130.

¹² Erityisesti *Craig, Paul: A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence. European Public Law 2013*, s. 503–524, jonka argumentoinnin mukaan EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö estäisi ainakin vastaavien oikeusperiaatteiden normatiivisen määrittelyn. Ks. myös *Ragnemalm, Hans: Spelet om EU:s förvaltningslag – synpunkter från läktaren. Festskrift Lena Marcusson. Uppsala 2013*, s. 255–270.

suositukseen, jonka nimi Hyvän hallinnon perussääntö (Code of Good Administration, 2007).¹³ Varsin yksityiskohtainen perussääntö sisältää kolme lukua ja yhteensä 23 laajaa artiklaa.

Sen sijaan EU-pohjaisen kodifioinnin ensisijaisena kohteena on perussopimuksen mukaan rajoitetummin eurooppalainen hallinto, jolla voidaan tarkoittaa suppeasti vain EU:n omaa toimeenpanokoneistoa. Esimerkiksi Euroopan parlamentin päätöslauselman mukaan asetuksentasoista Euroopan hallintomenettelylakia tulisi soveltaa vain unionin hallintoon. Laajemmassa merkityksessä eurooppalaisella hallinnolla voidaan kuitenkin yhtä hyvin perusteita tarkoittaa kaikkia tai ainakin useimpia EU-oikeuden toteuttamiseen osallistuvia viranomaisia ja tahoja, myös jäsenvaltion tasolla.

Kodifioinnin sisällön määrittelyssä hallinto-oikeuden periaatteet ja hallinnollinen päätöksenteko ovat osoittautuneet helpoimmiksi tai ainakin yhteisten lähtökohtien kannalta otollisimmiksi osa-alueiksi. Sekä Euroopan neuvoston perussääntö että Euroopan parlamentin päätöslauselma rajoittuvat lähinnä näitä osa-alueita koskeviin suosituksiin ja määritelmiin. Päätöslauselmaan sisältyy tosin myös muutoksenhakua ja hyvityksiä koskevat perusnormit.

Euroopan parlamentin päätöslauselman mukaan säädettävällä EU-asetuksella olisi pyrittävä takaamaan oikeus hyvään hallintoon Euroopan unionin hallintomenettelylakiin perustuvan avoimen, tehokkaan ja riippumattoman hallinnon avulla. Asetuksessa olisi kodifioitava hyvän hallintotavan perusperiaatteet ja säänneltävä menettelyä, jota unionin hallinnossa on noudatettava käsiteltäessä yksittäisiä tapauksia, joissa luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö on osapuolena, ja muita tilanteita, joissa henkilö on suoraan tai henkilökohtaisesti yhteydessä unionin hallintoon.

4.2 Hallinto-oikeuden eurooppalaiset periaatteet

Euroopan neuvoston hyväksymä Hyvän hallinnon perussääntö määrittelee yhdeksän hyvän hallinnon periaatetta. Ne ovat lainmukaisuus, yhdenvertaisuus, suhteellisuus, puolueettomuus, oikeusvarmuus, viivytyksetön menettely, osallistumisperiaate, yksityisyyden suoja ja avoimuus. Periaatteet on määritelty tiiviisti ja pelkistetyksi. Lisäksi yksittäiset periaatesäännökset

¹³ Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration. Ks. perussäännöstä *Koivisto, Ida*: Hyvän hallinnon muunnelmat. Helsinki 2011, s. 177–180.

sisältävät runsaasti erilaisia konkretisoivia johdannaisia ja selventäviä alaperiaatteita.

Euroopan parlamentin päätöslauselma sisältää niin ikään periaateluettelon, jonka laadinnassa on selvästikin käytetty hyväksi ja osittain myös suoraan lainattu Hyvän hallinnon perussääntöä. Myös parlamentti identifioi yhdeksän periaatetta, joista kahdeksan ensimmäistä ovat asiallisesti lähes saman sisältöisiä kuin perussäännön periaatteet: laillisuusperiaate, syrjimättömyyden ja yhdenvertaisen kohtelun periaate, suhteellisuusperiaate, puolueettomuusperiaate, johdonmukaisuuden ja perusteltujen odotusten periaate, yksityisyyden kunnioittamisen periaate, oikeudenmukaisuusperiaate sekä avoimuusperiaate.

Kahden periaateluettelon välillä on myös joitakin eroavuuksia. Euroopan parlamentti ei mainitse päätöslauselmassaan erikseen viivytyksetöntä menettelyä ja osallistumisperiaatetta. Toisaalta Euroopan neuvoston luettelosta puuttuvat oikeudenmukaisuusperiaate sekä tehokkuus- ja palveluperiaate. Eroja voidaan pitää verraten vähämerkityksellisinä, ja ne liittyvät pikemminkin erilaisiin painotuksiin ja näkökulmiin kuin selvästi erilaisiin näkemuksiin hallinto-oikeuden keskeisistä periaatteista. Etenkin tehokkuus- ja palveluperiaatteen voidaan ajatella perustuvan myös perussopimuksessa nimenomaan mainittuun tehokkaan eurooppalaisen hallinnon tavoitteeseen.

Vähäisistä eroista huolimatta periaatepainotteisuus on joka tapauksessa varsin vahva piirre eurooppalaisen hallinto-oikeuden kodifioinnissa. Tähän on useita syitä. Hallinto-oikeuden periaatteita on jo perinteisesti määritelty oikeuskäytännössä, minkä lisäksi sisällöltään joustavista ja tavoitteiltaan yleisesti hyväksyttävistä periaatteista on verraten vaivatonta päästä yhteisymmärrykseen. Etenkin normatiivisen EU-oikeuden teknisyyksyys samoin kuin sen toteuttamisen tehokkuuden ja yhdenmukaisuuden korostaminen ovat toisaalta saaneet aikaan tarvetta määrittellä myös hallinnollisen toimeenpanon arvosidonnaisia tavoitteita, puitteita ja päämääriä. Periaatteiden määrittely vastaa myös näihin sisällöllisiin tarpeisiin.

4.3 Hallintomenettely ja viranomaisen päätöksenteko

Parlamentin päätöslauselma määrittelee oikeusperiaatteiden lisäksi myös eurooppalaisen hallintolain pääpiirteitä kirjaamalla hallinnollisia päätöksiä koskevia perusvaatimuksia normatiivisesti määriteltäviksi. Ne koskevat menettelyn muodollisia piirteitä, kuten hallinnollisen menettelyn vireillepa-

noa ja vastaanottoilmoitusta. Kiinnostavimman osuuden päätöslauselmassa muodostavat kuitenkin hallinnollisen päätöksenteon perusteita ja puitteita määrittelevät perusvaatimukset.

Hallinnollisten päätösten puolueettomuus edellyttää päätöslauselman mukaan, että virkamies ei saa osallistua päätöksentekoon, jos päätöksestä koituu hänelle taloudellista etua. Virkamiehen on ilmoitettava eturistiriidoista esimiehelleen, joka voi tapauksen erityisten olosuhteiden perusteella kieltää virkamiehen osallistumisen menettelyyn. Myös asianosainen voi pyytää, että virkamieheltä kielletään osallistuminen yksittäiseen päätökseen, joka vaikuttaa kyseisen henkilön yksilöllisiin etuihin. Eturistiriitojen käsittelylle on asetettava asianmukaiset määräajat.

Asianosaisen oikeus tulla kuulluksi tulisi toteuttaa niin, että hallintomenettelyn kaikissa vaiheissa taataan oikeus puolustautumiseen. Asianosaisille on tarvittaessa ennen päätöksen tekemistä annettava tilaisuus ilmaista näkemyksensä päätöksestä, joka vaikuttaa suoraan henkilöiden oikeuksiin tai etuihin. Asianosaiselle on myös annettava mahdollisuus tutustua häntä koskeviin asiakirjoihin. Asianosaisen tulisi voida itse arvioida ja ratkaista, mitkä ei-julkiset asiakirjat ovat merkityksellisiä.

Päätöksenteon määräajat liittyvät etenkin hallinnon tehokkuuteen. Hallintopäätökset on tehtävä kohtuullisen määräajan kuluessa ja viivyttämättä. Määräajat on vahvistettava kutakin menettelyä koskevassa vastaavassa säännössä. Jos määräaikaa ei ole vahvistettu, se ei saisi ylittää kolmea kuukautta laskettuna menettelyn aloittamisesta. Jos päätöstä ei voida tehdä tässä määräajassa objektiivisista syistä, kuten puutteellisen pyynnön korjaamiseen tarvittavan ajan antamiseksi tai siinä käsitellyn asian monimutkaisuuden vuoksi tai siksi, että menettelyä on lykättävä kolmannen osapuolen päätöstä odotettaessa, asianomaiselle henkilölle on ilmoitettava asiasta, ja päätös on tehtävä mahdollisimman nopeasti.

Hallintopäätösten on päätöslauselman mukaan oltava kirjallisia, selkeitä, yksinkertaisia ja ymmärrettäviä. Viranomaisen on päätöksessään ilmoitettava selvästi sen perustelut, keskeiset tosiasiat ja niiden oikeusperusta. Päätöksistä, jotka vaikuttavat henkilön oikeuksiin ja etuihin, on ilmoitettava henkilölle kirjallisesti heti, kun päätös on tehty. Päätöksessä on myös ilmoitettava käytettävissä olevista oikeussuojakeinoista.

Hallintomenettelyn perusteet määrittelevässä asetuksessa olisi määrittävä mahdollisuus korjata milloin tahansa kirjoitus- tai laskuvirheet ja vastaavat virheet omasta tai asianosaisen aloitteesta. Myös hallintopäätöksen oikaisumenettelyn perusteet olisi määriteltävä asetuksessa.

Euroopan neuvoston laatima Hyvän hallinnon perussääntö sisältää vastaavanlaisia perusnormeja. Lisäksi siinä edellytetään muun muassa päätöksenteosta perittävien maksujen kohtuullisuutta ja kielletään hallintopäätöksen takautuva voimaantulo. Hallintopäätösten peruuttaminen ja muuttaminen on perussäännön mukaan mahdollista yleisen edun niin vaatiessa, mutta tällaisessa päätöksenteossa on otettava huomioon myös yksityisen oikeudet ja edut. Lisäksi perussäännön mukaan hallintopäätöksen täytäntöönpanoa voidaan tehostaa uhkilla tai rangaistusluonteisilla seuraamuksilla.

5 EUROOPPALAISEN HALLINTOLAIN VALMISTELU

5.1 Aktiivinen tutkijaverkosto

Hallinto-oikeuden kodifoinnin valmistelu ei ole rajoittunut vain Euroopan unionin ja Euroopan neuvoston virallisiin elimiin. Tosin EU:n toimieli- mistä käytännössä vain Euroopan parlamentti on toistaiseksi osallistunut eurooppalaista hallintoa sääntelevän hallintolain valmisteluun. Myös tutki- musyhteisöllä on ollut aktiivinen rooli, joskin huomattavasti suppeammin ja lyhemmän ajan kuin yksityisoikeuden kodifoinnissa. Varsin keskeinen merkitys kodifoinnissa on ollut Research Network on EU Administrative Law -verkostolla (ReNEUAL).¹⁴ Se on muutamassa vuodessa valmistellut toista sataa erillistä menettelynormia sisältävän luonnoksen hallintomenet- telyn perusmalliksi, Model Rules on EU Administrative Procedures.¹⁵

ReNeual-verkosto koostuu pääasiassa keskieuropalaisista hallinto-, julkis- ja EU-oikeuden tutkijoista, jotka toimivat kansallisissa yliopistoissa ja Euroopan yliopistoinstituutissa. Aktiiviseen tutkijaverkostoon kuuluu kolmisenkymmentä professoritasoista tutkijaa lähinnä EU:n vanhoista jäsenvaltioista. Kodifointityön keskeisiä vetäjiä ovat olleet muun muassa Herwig Hoffmann (Luxembourg), Jens-Peter Schneider (Freiburg), Deirdre Curtin (Amsterdam), Ulrich Stelkens (Speyer) ja Jacques Ziller (Pavia).¹⁶

¹⁴ Ks. <http://www.reneual.eu/>.

¹⁵ Tutkijavetoisen kodifoinnin tähänastiset tulokset julkistettiin Euroopan oikeusasiamiehen järjestämässä seminaarissa 21.–22.5.2014.

¹⁶ Kodifointityön taustasta ks. myös *Mir-Puigpelat, Oriol*: Arguments in favour of a general codification of the procedure applicable to EU administration. European Parliament. Directorate-general for internal policies, 2011, <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

5.2 Kodifoinnin lähtökohtia ja painopisteitä

Hallinto-oikeuden normatiivisessa harmonisoinnissa on merkittävä sija menettelynormien kodifoinnilla, jonka kohteena on ensisijaisesti varsin hajanainen EU-lainsäädännön sisältämä menettelysääntely. Minimitavoitteeksi eurooppalaiselle hallintolaille onkin esitetty vain EU-hallinnon eri aloihin kohdistuvan EU-lainsäädännön kirjavien menettelysäännösten tekninen yhdenmukaistaminen. Kyseessä olisi siten eräänlainen restatement-tyyppinen kodifiointi, joka kirjaisi ensisijaisesti tai lähes yksinomaan EU-lainsäädännön voimassaolevia normeja.¹⁷

Model Rules sen sijaan perustuu sisällöllisesti kunnianhimoisemmalle kodifioinnille, jossa kodifioitu normisto kattaisi keskeisen osan toimeenpanomenettelystä. Kodifioinnin perusteet sisältyvät alustaviin mallisääntöihin (Model Rules)¹⁸, jotka jakautuvat neljään pääosaan:

- I General Provisions
- II Administrative Rulemaking (by the EU)
- III Unilateral Single Case Decision-Making
- IV Contracts by EU Authorities
- V Mutual Assistance
- VI Administrative Information Management.

Yleisten säännösten (General Provisions) mukaan mallisäännöt määrittelevät hallintomenettelyssä sovellettavan standardin, ja niitä sovelletaan kaikissa viranomaisissa, kun ne toimeenpanevat unionin oikeutta hallintomenettelyssä. EU-lainsäädännössä olisi kuitenkin mahdollista erityisin perustein säätää poikkeuksista, joita on sovellettava mallisääntöjen sijasta. Toisaalta jäsenvaltiossa sovelletaan kansallista hallinto-oikeutta EU-oikeuden toimeenpanossa vain siltä osin, kuin mallisäännöt eivät sisällä sovellettavaa säännöstä.

Mallisäännöt määrittelevät myös yleiset hyvän hallinnon periaatteet. Näihin periaatteeseen kuuluvat parlamentin päätöslauselmassa mainittujen lisäksi oikeusvarmuuden ja johdonmukaisuuden periaate, osallistumisperiaate sekä asianmukaisen asioinnin ja kielenkäytön periaate.

¹⁷ Ks. restatement-tyyppisen kodifioinnin lähtökohdista hallinto-oikeuden alalla *Ziller, Jacques: Towards Restatements and Best Practice Guidelines on EU Administrative Procedural Law*. European Parliament. Directorate-general for internal policies, 2011, <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

¹⁸ Tätä kirjoitettaessa käytettävissä on kesäkuussa 2013 pidetyn tutkijaseminaarin keskustelun kohteena ollut versio kodifioiduista normeista.

Hallinnollista päätöksentekoa (Unilateral Single Case Decision-Making) koskevat mallisäännöt määrittelevät varsin pitkälle esimerkiksi Suomen hallintolain tapaan päätöksentekoprosessin eri vaiheita. Sääntelyn kohteena ovat etenkin asian vireillepano, asian selvittäminen ja selvittämisvastuu, kuuleminen ja asianosaisjulkisuus, tarkastusmenettelyt sekä päätöksen tekeminen ja tiedoksianto. Mallisääntöjen sisältö vastaa myös näiltä osin varsin pitkälle hallintolain sääntelyä lähtökohdiltaan ja sisällöltäänkin. Eräiltä osin mallisäännöt ovat kuitenkin yksityiskohtaisemmat ja modernimmat, sillä niissä määritellään muun muassa inkriminaatiokiellon ja asianajosalaisuuden perusteita, tarkastusmenettelyn puitteita ja eritellysti kuulemismenettelyn kohteita.

Hallinnollista normiantoa (Administrative Rulemaking) koskevat mallisäännöt kohdistuvat ensisijaisesti oikeudellisesti sitoviin hallinnollisiin normeihin. Niiden valmistelusta on informoitava etukäteen ja normiehdotus on perusteltava. Kansalaisille ja intressijärjestöille on varattava mahdollisuus tulla kuulluksi. Toistaiseksi avoimia kysymyksiä ovat mallisääntöjen soveltaminen normien lisäksi suunnitelmiin ja sisäisiin sääntöihin sekä mahdollisuus kohdistaa oikeusturvakeinoja hallinnollisiin normeihin.

EU-viranomaisten sopimustoimintaa (Contracts by EU Authorities) määrittelevät mallisäännöt on muotoiltu hyvin yksityiskohtaisesti. Tämä johtuu pitkälti siitä, että sopimussääntely kohdistuisi pääasiassa julkisiin hankintasopimuksiin. Sääntöjen taustalla on lisäksi julkisiin sopimuksiin kohdistunut laajahko vertaileva tutkimus.¹⁹ Mallisäännöissä määritellään muun muassa hankintasopimusmenettelyä, sopimusperiaatteita ja muuttuneita olosuhteita, sopimusten pätevyyttä ja täytäntöönpanoa sekä sopimusriitojen ratkaisua. Näin yksityiskohtaisen kodifioinnin tarve ei kuitenkaan ole aivan ilmeinen hallinnollista päätöksentekoa ja hallintomenettelyä yleisesti määrittelevässä säädöksessä.

Hallinnollista apua (Mutual Assistance) koskevat mallisäännöt määrittelevät pääpiirteisiä puitteita erilaisille viranomaisten välisille hallinnollisen avun ja virka-avun toteuttamismenettelyille. Myös *tietohallintoa* (Administrative Information Management) määrittelevät mallisäännöt ovat varsin yksityiskohtaiset. Ne kohdistuvat viranomaisten toimivaltaan, informaation käsittelyyn, valvontamenetelmiin, tietosuojaan ja oikeussuojan toteuttamiseen.

¹⁹ *Noguellou, Rozen – Stelkens, Ulrich* (eds.): *Comparative Law on Public Contracts*. Bruxelles 2010.

6 TULEVAISUUDEN NÄKYMIÄ

Jo tähänastinen hallinto-oikeuden eurooppalainen kodifointi herättää monia kysymyksiä. Mihin suuntaan kodifointi etenee? Ja onko hallinto-oikeuden perusteiden kodifointi ylipäänsä hyvä ja kannatettava tavoite? Korostaisiko kodifointi hallinto-oikeuden perinteisiä lähtökohtia ja julkisen vallan käytön tehokkuutta, vai olisiko se pikemminkin omiaan tasapainottamaan vallan käyttöä ja kohentamaan hallintomenettelyn laatua? Vahvistaisivatko hallinto-oikeuden eurooppalaiset periaatteet viranomaistoiminnan arvosi-donnaisuutta ja mihin suuntaan? Millä tavoin kodifointia tulisi toteuttaa? Pitäisikö myös kodifointimenettelyn olla tavoitteensa mukaisesti avointa, tehokasta ja riippumatonta?

Tavalla tai toisella vastausten keskeisiä elementtejä ja peruslähtökohtia tulevat hyvin todennäköisesti määrittelemään neljä adjektiivia: hyvä, avoin, tehokas ja riippumaton. On joka tapauksessa perusteltua, että ainakin kodifioinnin perusteet määritellään näiden normatiivisesti jo vahvistettujen laatuvaatimusten mukaisesti.

Hyvä hallinto on turvattu perusoikeutena myös EU:n perusoikeuskirjassa. Hallinnon laatua voidaan ja pitäisi kodifioida konkretisoimalla tätä perusoikeutta käyttämällä hyväksi myös Euroopan neuvoston laatimaa Hyvän hallinnon perussääntöä. *Avoin hallinto* edellyttäisi julkisuusperiaatteen perusteiden kodifointia lähtien siitä, että jokaisella on oikeus saada tietoa viranomaisten toiminnasta ja mahdollisuus vaikuttaa niiden päätöksentekoon. Tältä osin EU-oikeudellinen kodifointityö ei vielä ole edes alkanut, mutta Euroopan neuvoston julkisuusyleissopimus sisältää sen kannalta käyttökelpoisia elementtejä.

Tehokas hallinto on kodifioinnin kannalta monimerkityksellisin tavoite. Yksinomaan tehokkuuden ja tuottavuuden korostaminen voi heikentää hallinnon muiden laadullisten tavoitteiden toteutumista. Toisaalta myöskään tehotonta ja hidasta hallintoa ei voida pitää laadullisena tavoitteena. Kodifioinnissa tulisi siten tasapainottaa ja sovittaa yhteen tehokkuutta ja muita laadullisia vaatimuksia. *Riippumaton hallinto* toimii puolueettomasti ja itsenäisesti, mutta samalla riittävän avoimesti, osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksia turvaten. Myös tämän tavoitteen kodifointi edellyttää erilaisten intressien huomioon ottamista.

Isoja kysymyksiä sisältyy siis jo hallinto-oikeuden kodifioinnin perusteisiin ja tavoitteisiin. Toisaalta niiden ratkaisemiseen on pystytty suhteellisen lyhyessä ajassa muotoilemaan varsin hyödyllisiä linjauksia

ja käyttökelpoisia elementtejä. Miten kodifointiprosessi etenee, näyttäisi pitkälti riippuvan kodifoinnin kohteesta, eurooppalaisesta hallinnosta. Sen intressissä ei välttämättä ole hallintotoiminnan normatiivisten puitteiden tarkempi määrittely tai edes niiden perusteiden valmistelu. Siksi olisi tärkeää varmistaa, että hallinto-oikeuden eurooppalainen kodifointi ei jää yksinomaan eurooppalaisen hallinnon projektiksi.

Prosessioikeus ja metodin haaste

Onko prosessioikeus kypsään ikään ehtinyt tieteenala?¹ Ja mitä kypsään ikään ehtinyt tieteenala voisi tarkoittaa? Kysymykset heräsivät keskustelussa hallintoneuvos Olle Olssonin kanssa. Hän esitti väitteen, että tieteenala voi olla ikään kuin valmis siten, että sen piirissä on vaikeaa keksiä uusia, kiinnostavia ja alaa uudistavia tutkimuskohteita.

Mitä kypsään ikään ehtinyt tieteenala voisi siis tarkoittaa? Se voisi tarkoittaa sitä, että kaikki on jo tutkittu. Oikeustieteen piirissä se voi liittyä myös siihen, että lainsäädäntö on hyvällä mallilla, suuria uudistustarpeita ei ole. Edelleen, se voisi tarkoittaa, että lainsäädännön mahdollisesti jättämät tulkinnanvaraisuudet on selvitetty ja oikeuskäytäntö vakiintunut.

Näiden ominaisuuksien valossa prosessioikeus vaikuttaa varsin kypsässä iässä olevalta tieteenalalta. Kun aloitin prosessioikeuden tohtorikoulutettavana vuonna 1985, voimassa oli pääosin vuoden 1734 oikeudenkäymiskaari, vuoden 1868 konkurssisääntö ja vuoden 1891 ulosottolaki. Tenttikirjoina luetutimme omilta opiskeluajoilta tuttuja Tauno Tirkkosen teoksia Sivii-liprosessi I ja II sekä Rikosprosessi I ja II. Tirkkosen käsitelainopillisesta maailmasta oli vaikeaa innostua. Vaikka auskultointiaikana olin löytänyt mainituista teoksista vastauksia joihinkin kysymyksiin, ne tuntuivat käytännön oikeudenkäyntien kannalta etäisiltä.

Noista ajoista kaikki on muuttunut. Lainsäädännön muutoksen kannalta ratkaiseva oli vuosi 1993, jolloin tuli voimaan ns. alioikeusuudistus eli siirtyminen raastuvan- ja kihlakunnanoikeuksista käräjäoikeuksiin sekä riita-asioiden oikeudenkäynnin uudistus. Jos tätä uudistusta oli valmisteltu pitkään ja hartaasti – tässä kohdin on tapana viitata Wreden komiteaan vuodelta 1903, jossa useat uudistuksen periaatteista jo mainittiin – toinen samana vuonna toteutettu uudistus tapahtui erityisen nopean valmistelun tuloksena.

Suomi oli 1990-luvun alussa joutunut pahimpaan taloudelliseen lamaan sitten 1930-luvun. Tuolloin oli täydennetty 1800-luvulla säädettyä konkurssisääntöä velallisen ja velkojien sovintoa koskevalla akordisäännök-

¹ Kirjoitus perustuu 16.4.2014 Turun yliopistossa pidettyyn professoriluentoon.

sillä, joita ei koskaan sovellettu käytännössä. Kun tuhannet yritykset ja kymmenentuhannet kotitaloudet 1990-luvun alussa joutuivat taloudellisiin vaikeuksiin, paine toimivien velkajärjestely- ja saneeraussäännösten aikaansaamiseksi kasvoi. Vuoden 1993 alussa presidentti Koivisto vahvisti pikaisesti (ja vastahakoisesti) yksityishenkilöiden velkajärjestelylain ja yritysten saneerauslain.

Samalla vuosikymmenellä uudistettiin vielä rikosprosessi ja hovioikeusmenettely. Uusi konkurssilaki (2004) ja ulosottokaari säädettiin 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä. Kuluvan vuosikymmenen suuri uudistus on esitutkintalainsäädäntö, tuli voimaan vuoden 2014 alussa. Kaiken kaikkiaan prosessioikeuden lainsäädäntö on 1990- ja 2000-luvuilla kirjoitettu käytännöllisesti katsoen kokonaan uusiksi.

Tällä uudistusaallolla on ollut dramaattisia vaikutuksia prosessioikeuden tutkimukseen. Jos prosessioikeutta 1980-luvun puolella välissä saattoi – kaikella kunnioituksella – kutsua melko rauhalliseksi tieteenalaksi, väitösten määrä alkoi 1990-luvun puolesta välistä alkaen kasvaa eksponentiaalisesti. Väitöksiä oli 1990-luvulla yhteensä neljä, 2000-luvulla niitä oli 12 ja viime vuonna (2013) yksinään jo neljä.

Prosessioikeudellisen kirjallisuuden määrä on kasvanut hurjaa vauhtia. Tirkkoset ovat korvautuneet Lappalaisilla, Jokeloilla ja Virolaisilla. Juha Lappalainen aloitti kirjasarjansa heti oikeudenkäymiskaaren muutosvuonna 1993 ja kasvatti sarjan pian trilogiaksi. Jyrki Virolaisen – yhdessä Pasi Pölösen ja Petri Martikaisen kanssa kirjoittama – trilogia käsittelee rikosprosessia ja tuomion perustelemista. Antti Jokelan pentalogian pääjuoni on rikosprosessissa, joskin kiinnostava sivujuoni seuraa siviiliprosessin etenemistä. Hän on myös jatkanut sarjaansa hovioikeuteen asti – rohkensisiko tässä yhteydessä puhua oikeudenkäynnin paluusta?

Jokelan kanssa tuottavuudessa pystyvät kilpailemaan vain Risto Koulu ja Tuula Linna. Kumpikin kuuluu Erkki Havansin aloittamaan vahvaan insolvenssioikeuden koulukuntaan. Uutta esitutkintalainsäädäntöä on lähtenyt tutkijapuolelta valottamaan professori Matti Tolvanen yhdessä käytännön ja lainvalmistelun miesten kanssa. (Sukupuolispesifi-ilmaus ei tässä ollut lapsus.)

Valtaosa tutkimuksesta on ollut oikeusdogmatiikkaa hyvin positiivisessa mielessä; lainsäädännön asiantuntevaa ja analyttistä kommentointia, tulkintaa ja systematisointia. Tutkimuksessa on myös teoreettinen painotus. Juha Lappalaisen jo vuonna 1986 julkaisema artikkeli Oikeustosisiikka ja todistusosiikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä on jäsentänyt sekä

prosessioikeusuudistuksia, prosessiaineistoa että tutkimusta. Prosessioikeuden peruskäsitteet ja periaatteet ovat myös saavuttaneet vakiintuneen aseman.

Millaisia haasteita tämä tilanne asettaa prosessioikeuden tutkimukselle? Onko niin, että tutkittavaa ei enää ole? – Vastaukseni on luonnollisesti, että tutkittavaa riittää. Hyvä tutkimuskattavuus antaa mahdollisuuden miettiä, miten tutkimuskohdetta tulee lähestyä.

Prosessioikeuden metodeissa voidaan havaita kaksi merkittävää kehityslinjaa, jotka tulevat esiin erityisesti väitöskirjoja tarkasteltaessa. Keskustelu oikeusnormeista sääntö- ja periaateluonteisina yleistyi myös prosessioikeudessa 1990-luvulla. Erityisesti Jaakko Jonkan näkemys rikosprosessista asian selvittämisen ja epäillyn oikeusturvan periaatteiden välisenä punnintana on ollut tieteenalan kehitykselle merkityksellinen. Oikeusperiaatteiden ”löytämisen” jälkeen oikeustieteen ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan keskeiseksi menetelmäksi nousi periaatteiden vastakkain punninta. Voidaan kuitenkin kysyä, kuinka suuri merkitys periaatepunninnalla loppujen lopuksi on prosessioikeudessa. Kuten Päivi Hirvelä on todennut, rikosten selvittäminen hyvin ei ole suoranaisesti epäillyn intressien ja oikeuksien vastaista, vaan hyvin toteutettu selvitys koituu kaikkien osapuolten eduksi, erityisesti eliminoimalla virheelliset rikosepäilyt pois menettelyistä. Hieman käytännöllisempänä näkökohtana voidaan todeta, että prosessioikeudessa monet oikeusperiaatteet on kiteytetty varsin täsmällisiksi oikeussäännöiksi. Esimerkiksi Laura Ervon keskeisimmäksi prosessiperiaateeksi nostama kontradiktorinen periaate on kiteytetty täsmällisiksi säännöiksi siitä, keitä prosessissa on kuultava, millä tavoin ja missä kohdin prosessia se tapahtuu.

Toinen metodinen uudistus, joka liittyy läheisesti periaatteiden esiinmarssiin, on ollut ihmis- ja perusoikeuksien mukaantulo vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen. Kiinnostavalla tavalla perusoikeusuudistus oli suhteellisen vähäsanainen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin suhteen jättäen tilaa Euroopan ihmisoikeussopimukseen sisältyville yksityiskohtaisemmille artikloille, joiden myötä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen erittäin runsas oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeva oikeuskäytäntö on tullut osaksi Suomen oikeutta. Ihmisoikeustuomioistuimen käytännön tutkiminen on kiehtovaa, mutta koska tuomioistuin ottaa kantaa vain siihen, onko ihmisoikeussopimusta loukattu yksittäisessä tapauksessa, käytännön korostaminen voi helposti johtaa yksityiskohtien tarkasteluun ja sen sivuuttamiseen, mikä on oikeudenalan keskeinen perusta.

Periaatepunninnalla ja perusoikeuksilla on toki prosessioikeudessa merkittävä rooli. Osa prosessioikeuden periaatteista on kuitenkin luonteeltaan dworkinilaisittain politiikkoja, suuntaviivoja laadukkaana prosessin järjestämiseksi. Perusoikeuksien merkitys läpäisee koko prosessioikeutta, eikä rajoitu tilanteisiin, joissa niitä punnitaan vastakkain.

Ehkä nyt on aika pysähtyä pohtimaan oikeudenalan lähtökohtia. Missä prosessioikeus on tänään? Vastaako se niihin oikeusturvaongelmiin, jotka ovat tärkeitä ja ajankohtaisia? Mitkä ovat tieteenalan lähtökohtaisia oletuksia, ja vastaavatko ne tämän hetken oikeusturvaodotuksiin?

Kuten Thomas Kuhn totesi, tieteen paradigmat vaativat ajoittain uudistamista. Hän kiinnitti huomiota siihen, että myös luonnontieteiden piirissä on havaittu, että ongelman tarkastelu uusista ja ehkä yllättävistäkin näkökulmista vaikuttaa siihen, miten tutkimusongelmat ja tutkimuskohteet hahmotetaan.

Tieteenteoreetikko Sandra Harding on todennut, että tietyllä tieteenalalla voidaan tunnistaa ulkopuolelta tulevat haasteet tutkimuksen objektiivisuudelle. Sen sijaan tieteenalan sisäisiä rajoitteita on vaikeampaa havaita. Nuori tutkija Moa Bladini on ottanut Hardingin vahvan objektiivisuuden lähtökohdakseen analysoidessaan pohjoismaisen prosessioikeuden tapaa manifestoida objektiivisuuttaan. Lainsäädäntö nojautuu väistämättä joihinkin oletuksiin, joiden merkitystä on hyvä välillä pysähtyä pohtimaan. Prosessioikeudessa osa tällaisista olettamuksista on tiedostettuja, kuten tasavertaisten asianosaisten oletus, jota Anne Robberstad on ravistellut asianomistajaa koskevassa väitöskirjassaan. Myös prosessikäsityksistä on käyty jonkin verran keskustelua, kuten meillä Sakari Laukkanen väitöskirjassaan sosiaalisesta ja liberaalista prosessikäsityksestä.

Miten tällaisia tieteenalan perustavia lähtökohtia voidaan tutkia? Minna Gräns, Uppsalassa vaikuttava suomalainen oikeusteoreetikko, on hiljattain ilmestyneessä kirjassaan herättänyt kognitiopsykologian avulla kysymyksen, olemmeko liian vähäisessä määrin pysähtyneet pohtimaan sitä, miten oikeudenalojen keskeiset kysymykset hahmotetaan.

Yhteiskuntatieteissä ja kulttuurintutkimuksessa on lingvistisen käänteän jälkeen kehitetty metodeja, joiden avulla analysoidaan tekstejä ja niiden rakentamaa todellisuutta. Omalta kohdaltani sukupuolen tutkimus on avartanut käsitystäni tutkimusmetodeista. Sukupuoli on yksi niistä julkilausumattomista oletuksista, joita tiedekäsityksemme sisältää. Diskurssianalyysin avulla olen lukenut niitä käsityksiä sukupuolesta, joita lainsäädäntöömme sisältää. Voidaan sanoa, että tällöin etsitään ja analysoidaan taustalla olevia käsitteitä, käsityksiä ja kuvaa todellisuudesta. Diskurssianalyysi antaa mahdollisuuden

muidenkin oikeuden perusoletusten analysointiin, kuten olen tehnyt artikkeleissani, jotka koskevat velkajärjestelyn velallis- ja velkojakuvia.

Kun puhutaan oikeuden taustalla olevista syvemmistä käsityksistä, ollaan lähellä Kaarlo Tuorin oikeuden tasottelua pintatasoon, oikeuskulttuuriin ja syvärakenteeseen. Tuorin termejä käyttäkseni olen kuitenkin kiinnostuneempi vuorovaikutuksesta näiden tasojen välillä kuin itse tasoista tai niiden sisällöstä. Itse asiassa Tuorikin on esittänyt erilaisia ja jossain määrin vaikeasti tulkittavia tulkintoja oikeuden syvärakenteesta ja sen sisällöstä. Filosofi Tuija Pulkkinen on esittänyt, että postmoderni tutkimus ei oikeastaan ole kiinnostunut pinta/perusta-jaottelusta, vaan postmodernissa kiinnostus kohdistuu siihen, miten tuota suhdetta rakennetaan.

Metodisesti on kiinnostavaa, miten oikeuskulttuurin ja syvärakenteen tasoista voidaan saada tietoa ja miten niitä voidaan tutkia. Edellä mainitsin diskurssianalyttisen metodin. Myös muista yhteiskuntatieteen ja kulttuurintutkimuksen laadullisista menetelmistä, kuten aineistojen laadullisesta luokittelusta, narratiivianalyysistä ja jopa etnografiasta, on juristille hyötyä. Toki ajattelen ensisijaisesti tutkijaa, joka pyrkii hahmottamaan oleellista, mutta menetelmät voivat myös tehdä meistä parempia juristeja, jotka pystyvät taitavampaan oikeudellisten ongelmien hahmottamiseen.

Norjalainen oikeustieteilijä Fredrik Stangia korosti jo vuonna 1932 oikeustieteen sekä yhteiskuntatieteiden ja kulttuurintutkimuksen läheistä suhdetta:

Jotta oikeustiede kehittyisi, sen tulee tunnistaa yhteytensä muihin kulttuuritieteisiin ja hedelmöityä niistä. Yhteys sosiologiaan on itsestään selvä. – – Mutta myös muiden kulttuuritieteiden kanssa on avattava yhteys, taikka yhteyksiä on syvennettävä. Satavuotisen eristäytymisen aika on ohi. Oikeushistorian ja oikeusfilosofian tutkimukselle on valaisevaa olla mahdollisimman läheisessä yhteydessä historialliseen kulttuurintutkimukseen. Mutta myös oikeusdogmatiikan tulee astua ulos erityksestään. Ajatelkaapa, mikä merkitys sillä olisi, jos ne psykologiset käsitteet, joilla työskentelemme, korjattaisiin vastaamaan moderneja realistisia käsityksiä. [käännös JN.]

Harmonisaatio ja eurooppalaiset kuluttajavakuutusmarkkinat

1 JOHDANTO

Eurooppalaisten vakuutusmarkkinoiden sanotaan syntyneen 1.7.1994 eli kaksikymmentä vuotta sitten, jolloin vakuutusyrityksiä koskevan lainsäädännön harmonisointi Euroopan yhteisössä kokonaisuudessaan toteutui.¹ Tämä merkitsee muun muassa sitä, että Euroopan unionin alueen vakuutusyritys saa kotimaansa viranomaisen myöntämällä toimiluvalla toimia koko unionin alueella ja tarjota koko tällä alueella sellaisia vakuutuksia, joita se toimilupansa mukaan saa myydä.²

Harmonisoinnista huolimatta kuluttajavakuutusten osalta todelliset yhteiset eurooppalaiset vakuutusmarkkinat eivät ole toteutuneet, vaan EU-alueen markkinat ovat edelleen pirstoutuneet kansallisiksi kuluttajavakuutusmarkkinoiksi. Tälle voidaan esittää monenlaisia, esimerkiksi lainsäädäntöön, sosiaaliturvajärjestelmään, yleiseen kulttuuriin tai vakuutus-kulttuuriin liittyviä syitä. Vieras kielikin voi olla merkityksellinen.³ Vastikään näitä syitä on tarkastellut komission asettama asiantuntijatyöryhmä, jonka tehtävänä oli

¹ Harmonisointi on toteutettu lähinnä kolmella ns. vahinkovakuutusdirektiivillä (73/239/ETY, 88/357/ETY, 92/49/ETY) ja kolmella ns. henkivakuutusdirektiivillä (79/267/ETY, 90/619/ETY, 92/96/ETY, konsolidoitu yhdeksi direktiiviksi: 2002/83/EY), ks. esim. *Lehtipuro, Katariina – Luukkonen, Irene – Mäntyniemi, Lea – Raulos, Ville – Santavirta, Pia: Vakuutuslainsäädäntö*. Neljäs uudistettu painos. Sastamala 2010, s. 16–18. Vakuutusdirektiivit on sittemmin yhdistetty yhdeksi direktiiviksi: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/138/EY, annettu 25 päivänä marraskuuta 2009, vakuutus- ja jälleenvakuustustoiminnan aloittamisesta ja harjoittamisesta (Solvenssi II).

Olen tarkastellut eurooppalaisia kuluttajavakuutusmarkkinoita koherenssin ja fragmentaation näkökulmasta artikkelissani *Legal Coherence as a Prerequisite for a Single European Insurance Market*. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Smits, Jan (eds): *Coherence and Fragmentation in European Private Law*. Germany 2012, s. 43–58.

² Jälkimmäinen oikeus perustuu nykyisin Solvenssi II -direktiivin 180 artiklaan.

³ Ks. esim. *Lehtipuro et al.* 2010, s. 22–24, *Mäntyniemi, Lea*: Miksi kuluttajavakuutusten sisämarkkinat eivät ole toteutuneet? Teoksessa Sisula-Tulokas, Lena – Luukkonen, Irene – Saario, Marja (toim.): *Kuluttajien vakuustustoimisto ja Vakuutuslautakunta 30 vuotta*. Jyväskylä 2001, s. 157–175, s. 161–163.

ensinnäkin ”suorittaa analyysi, jotta se voi avustaa komissiota sen tarkastellessa, haittaavatko vakuutus sopimusoikeudelliset erot vakuutustuotteiden rajatylyttävää kauppaa”. Toiseksi asiantuntijaryhmän tuli, jos se toteaa, että sopimusoikeudelliset erot saattavat haitata vakuutustuotteiden rajat ylittävää kauppaa, kartoittaa, millä vakuutusaloilla nämä haitat ovat todennäköisesti suurimpia.⁴

Asiantuntijatyöryhmän toimeksiannossa mainitut vakuutus sopimusoikeudelliset erot, nimittäin kansalliset vakuutus sopimuslainsäädännöt, voivat osaltaan haitata rajat ylittävää vakuutustuotteitten kauppaa. Joka tapauksessa ne ovat ehdoton este todellisten eurooppalaisten kuluttajavakuutusmarkkinoiden toteutumiseksi. Tämä johtuu siitä, että vaikka vakuutus yritys vakuutusyhteisö lainsäädännön harmonisoinnin ansiosta periaatteessa saa myydä samaa vakuutustuotetta koko EU-alueella, kuluttajavakuutusten osalta näin ei kuitenkaan käytännössä ole, koska vakuutus sopimus ei direktiivimääräyksen mukaan saa ole ristiriidassa vakuutuksenottajan vakinaisen asuinpaikan valtion (henkivakuutuksissa) tai riskinsijaintivaltion (vahinkovakuutuksissa) yleistä etua koskevien säännösten kanssa.⁵ Ongelman ydin on tämä yleisen edun periaate: Vakuutus sopimuksia säännellään edelleen kansallisesti ja kuluttajan suojaksi pakottavin säännöksin, ja tällaista vakuutuskuluttajan suojaksi annettua lainsäädäntöä voidaan ainakin pääsääntöisesti pitää yleistä etua koskevana lainsäädäntönä.⁶ Tämän vuoksi kuluttajavakuutuksen tulee käytännössä yleensä täyttää sen maan vakuutus sopimuslainsäädännön vaatimukset, jossa sitä markkinoidaan, joten samaa kuluttajavakuutusta ei ole mahdollista tarjota koko EU-alueella, vaan vakuutus on sopeutettava aina

⁴ Komission päätös, annettu 17 päivänä tammikuuta 2013, eurooppalaista vakuutus sopimusoikeutta käsittelevän komission asiantuntijaryhmän perustamisesta (2013/C 16/03), 2 artikla. Asiantuntijaryhmän raportti: Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law (2014) (jäljempänä *Expert Group Report 2014*).

⁵ Nykyisin Solvenssi II -direktiivin 180 artikla.

⁶ Tämän lainsäädännön tarkoituksena sanotaan nykyisin olevan heikomman osapuolen – siis vakuutuksenottajan, vakuutetun ja vakuutuskorvaukseen oikeutetun – suojaaminen tai ainakin kohtuullinen tasapaino vakuutuksenantajan ja vakuutuksenottajapuolen oikeuksien ja velvollisuuksien välillä. Ks. esim. *Basedow, Jürgen – Birds, John – Clarke, Malcolm – Cousy, Herman – Heiss, Helmut – Loacker, Leander D.* (eds.): Principles of European Insurance Contract Law (PEICL). Germany 2009, s. 38–43 (jäljempänä *PEICL 2009*) ja *Fontaine, Marcel: An Academic View*. Teoksessa Heiss, Helmut – Lakhan, Mandeep (eds.): Principles of European Insurance Contract Law: A Mode Optional Instrument. Germany 2011, s. 29–44, s. 35 sekä Expert Group Report 2014, s. 30. Suomen osalta ks. esim. Hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutus sopimuslaiksi ja laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 114/1993 vp, s. 12–13.

kunkin valtion vakuutuslainsäädännön pakottaviin säännöksiin.⁷

Voidaan hyvällä syyllä ihmetellä, miten yleisen edun vaatimus ja velvollisuus kansallisten vakuutuslainsäädännön noudattamiseen liittyvät eurooppalaisten kuluttajavakuutusmarkkinoiden rakenteeseen. Syynä on vakuutuksen kaksinaisuuden luonne: kuluttajavakuutus on toisaalta sopimus mutta toisaalta joukkomittaisesti myytävä standardoitu tuote. Vakuutuslainsäädäntö ei näin ollen koske vain yksittäisiä vakuutusyhtiöitä ja niihin liittyviä ongelmatilanteita, vaan se on samanaikaisesti myös tuotesääntelyä, joka on otettava huomioon vakuutuslaitosten kehittäessä ja markkinointistrategioita hiottaessa. Kansalliset vakuutuslainsäädännöt toimivat siis ikään kuin kansallisina tuotestandardeina.

Jotta eurooppalaiset kuluttajavakuutusmarkkinat voisivat todella toteutua, erilaisten kansallisten vakuutuslainsäädännön ongelmien olisi löydettävä jokin ratkaisu. Tarkastelen seuraavassa niitä Euroopan tasolla toteutettuja tai esillä olleita lainsäädännöllisiä toimia, joilla eurooppalaisia kuluttajavakuutusmarkkinoita on pyritty luomaan. Keskityn niihin hankkeisiin, joilla edellä mainittua tuotestandardiongelmaa on pyritty ratkaisemaan, enkä tarkastele toteutettua yhteisölaainsäädännön harmonisointia. Arvioin näiden hankkeiden merkitystä toisaalta vakuutusyhtiöiden ja toisaalta vakuutuslaitosten näkökulmasta.

Vakuutusyhtiöiden näkökulmasta pulmana on, ettei samaa kuluttajavakuutuslaitosta ole mahdollista myydä koko EU-alueella. Kun seuraavassa puhun eurooppalaisista kuluttajavakuutusmarkkinoista, en tarkoita markkinaa, joka olisi tarjolla olevien tuotteiden puolesta homogeeninen. Puhun markkinasta, joka yksittäisen vakuutusyhtiöiden näkökulmasta olisi Euroopan unionin laajuinen eli jolla yksittäinen vakuutusyhtiö saisi myydä samaa vakuutuslaitosten välisistä rajoista välittämättä. Käytännössä osa yrityksistä valitsisi varmaan joka tapauksessa toimimisen vain kansallisilla markkinoilla tai vain joidenkin jäsenvaltioiden alueella.

Vakuutuslaitosten näkökulmasta vaatimattomampikin kehitys voi olla eurooppalaistumista. Sitä voivat olla vaikkapa ulkomaiset vakuutusyhtiöt

⁷ Esim. Komission tulkitseva tiedonanto: Palvelujen tarjoamisen vapaus ja yleinen etu vakuutuslaitosten välillä 2000/C 43/03, s. 25–26, *Norio-Timonen, Jaana*: Ulkomaisten ETA-vakuutusyhtiöiden kuluttajavakuutukset Suomen markkinoilla. *Defensor Legis* 2000, s. 452–464, s. 453–456, *Tison, Michel*: What is 'General Good' in EU Financial Services Law? Legal issues of European integration. *Law review of the Europa Instituut, University of Amsterdam*, Vol. 24 (1997), Issue No. 2, s. 1–46, s. 2–4. Kansallisten vakuutuslainsäädäntöjen eroista yleisesti ks. esim. *Expert Group Report 2014*, s. 39–58, henkivakuutusissa s. 59–71 ja vastuuvakuutusissa s. 72–83.

tai uudet tuotteet kotimaan markkinoilla tai ulkomaisten tuotteitten helpompi saatavuus. Sitä voi olla myös lisääntynyt tuote- tai hintakilpailu kotimaan markkinoilla. Vakuutuskuluttajalla tarkoitán tässä yksityishenkilön ominaisuudessa vakuutusmarkkinoilla toimivaa, ennen muuta vakuutuksenottajaa tai vakuutuksen ottamista suunnittelevaa. Vakuutuslainsäädännöllä pyritään suojaamaan myös vakuutettuja ja vakuutuskorvaukseen oikeutettuja silloinkin, kun he eivät ole vakuutuksenottajina. Luen tässä – hieman epätasaisesti – myös heidät vakuutuskuluttajiin.

2 VAKUUTUSYRITYKSEN NÄKÖKULMA

Vakuutusyrityksen kannalta vakuutuslainsäädännöllinen ongelma siis on, että kansalliset vakuutuslainsäädännöt toimivat kuluttajavakuutuksissa ikään kuin kansallisina tuotestandardeina. Sama vakuutuslainsäädännöllinen ei siksi kelpaa koko EU-alueelle, vaan sitä on milloin hienosäädettävä, milloin kovastikin muokattava kunkin maan markkinaa varten. Jäsenvaltioiden erilaisista vakuutuslainsäädännöistä aiheutuviin ongelmiin on toki kiinnitetty huomiota jopa jo ennen kuin yhteisölaainsäädännön harmonisointi saatiin valmiiksi, ja niihin on myös vuosikymmenten ajan yritetty löytää ratkaisua. Selvää on ollut sekin, että tarvitaan nimenomaan vakuutuslainsäädännön harmonisointia tavalla tai toisella.⁸

Jo vuonna 1979 annetulla ja seuraavana vuonna muutetulla direktiiviehdotuksella tavoiteltiin vakuutuslainsäädännön jonkinasteista harmonisointia. Ehdotettu direktiivi ei olisi koskenut kaikenlaisia vakuutuksia, vaan henkivakuutusdirektiivien alaan kuuluvat vakuutukset ja myös osa vahinkovakuutuksista olisi rajattu sen ulkopuolelle. Direktiivi ei olisi koskenut varsinaista vakuutusurvan sisältöä vaan vakuutuksenantajan vakuutuslainsäädännöstä.

⁸ Esim. *Basedow, Jürgen: An optional European Contract Law and Insurance*. Teoksessa van Schoubroeck, C. – Devroe, W. – Geens, K. – Stuyck, J. (eds.): *Over grenzen, Liber amicorum Herman Cousy*. Antwerpen – Cambridge 2011, s. 19–30, s. 20, *McGee, Andrew: The Single Market in Insurance – Breaking Down the Barriers*. Great Britain 1998, s. 79–94, *Reichert-Facilides, Fritz: Comparative Insurance Contract Law: General Aspects*. Teoksessa Heiss, Helmut – Lakhan, Mandeep (eds.), *Principles of European Insurance Contract Law: A Model Optional Instrument*. Germany 2011, s. 109–155, s. 133–139, Euroopan talous- ja sosiaalikomitean lausunto aiheesta Eurooppalainen vakuutuslainsäädännön harmonisointi, INT/202, CESE 1626/2004, jota tarkastellaan kirjoituksessa *Clarke, Malcolm A. – Heiss, Helmut: Towards a European Insurance Contract Law? Recent Developments in Brussels*. *Journal of Business Law* 2006, s. 600–607.

koskevaa tiedonantovelvollisuutta, vakuutuksenottajan sivuvelvoitteita, riskin pienenemistä ja sopimuksen lakkaamista. Luonteeltaan direktiivi olisi ollut maksimidirektiivi sikäli, että jäsenvaltio olisi voinut poiketa sen säännöksistä vain, mikäli direktiivissä olisi erikseen niin säädetty. Sen sijaan yksittäisessä vakuutus sopimuksessa olisi voitu sopia vakuutuksenottajan, vakuutetun tai kolmannen, vahinkoa kärsineen kannalta direktiiviä edullisemmista ehdoista.⁹

Muodollisesti tästä hankkeesta luovuttiin lopulta vuonna 1993, koska jäsenmaat – joita oli tuolloin vasta 12 nykyisten 28:n sijaan – eivät löytäneet yhteistä näkemystä siitä, miten vakuutuksenantajan ja vakuutuksenottaja-puolen edut pitäisi tasapainottaa.¹⁰

Direktiivi olisi toteutuessaan vähentänyt eroja kansallisten vahinkovakuutusta koskevien normien välillä ja siinä mielessä helpottanut yksittäisen vahinkovakuutusyrityksen toimimista useassa eri maassa. Se ei kuitenkaan olisi ratkaissut tuotestandardiongelmia edes vahinkovakuutuksissa, eikä se siis olisi voinut johtaa todellisiin eurooppalaisiin kuluttajavakuutusmarkkinoihin. Arvailujen varaan jää, missä määrin direktiivi olisi käytännössä lisännyt vakuutusyritysten halua myydä vahinkovakuutustuotteitaan ulkomailla.

Ei ole tavatonta, että materiaalisen harmonisoinnin sijaan turvautaan kansainväliseen yksityisoikeuteen.¹¹ Vakuutus sopimus direktiivin epäonnistumisen jälkeen päätettiinkin vakuutustoiminnan eurooppalaistamista jatkaa kansainvälisyksitysoikeudellisin, lainvalintaa koskevin direktiivimääräyksin.¹² Niiden mukaan lakiviittaus ei kuluttajasopimuk-

⁹ Proposal for a Council Directive on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to insurance contracts, Com (79) 355 final. OJ N:o C 190, 28.7.1979, s. 2–6 ja Amendment of the proposal for a Council Directive on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to insurance contracts, Com (80) 854 final. OJ N:o C 355, 31.12.1980, s. 30–39.

¹⁰ Withdrawal of certain proposals and drafts from the Commission to the Council 93/C 228/04. OJ N:o C 228, 24.8.1993, s. 4–16.

¹¹ Ks. esim. *Liukkunen, Ulla*: Oikeuden yhdentäminen ja kansallinen diversiteetti – näkökulma eurooppalaiseen kansainväliseen yksityisoikeuteen ja oikeusvertailuun. *Lakimies* 2010, s. 739–755, s. 744.

¹² Toisen vahinkovakuutus direktiivin 7 artikla (Toinen neuvoston direktiivi 88/357/ETY, annettu 22 päivänä kesäkuuta 1988, muuta ensivakuutusta kuin henkivakuutusta koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta, säännöksistä, joilla helpotetaan palvelujen tarjoamisen vapauden tehokasta käyttämistä, sekä direktiivin 73/239/ETY muuttamisesta), muutettu kolmannen vahinkovakuutus direktiivin 27 artiklalla (Neuvoston direktiivi 92/49/ETY, annettu 18 päivänä kesäkuuta 1992, muuta ensivakuutusta kuin henkivakuutusta koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta sekä direktiivien 73/239/ETY ja 88/357/ETY muuttamisesta) sekä toisen henkivakuutus direktiivin 4 artikla (Toinen neuvoston direktiivi 90/619/ETY, annettu 8 päivänä

sissakaan ole kategorisesti kielletty, mutta sen käyttömahdollisuuksia on voimakkaasti rajoitettu. Ellei lakiviittausta ole, sovellettavaksi tulee yleensä vakuutuksenottajan asuinpaikan laki. Direktiivimääräyksiä on pidetty ongelmallisina.¹³ Siitä huolimatta nämä säännöt on ilman suurempia muutoksia otettu Rooma I -asetukseen¹⁴, ja niin ongelmat kuin kritiikkikin ovat jatkuneet.¹⁵

Voisi ajatella, että koko yleisen edun doktriinin aiheuttama ongelma olisi ratkaistavissa kansainvälisen yksityisoikeuden normein. Tämä ei kuitenkaan pidä paikkaansa. Ensinnäkin kansainvälinen yksityisoikeus ei tule sovellettavaksi kansallisiin sopimuksiin, vaan sopimuksella tulee olla liittymiä useampaan kuin yhteen valtioon.¹⁶ Se, että vakuutuksenantajana on ulkomainen vakuutusyrittäjä, ei välttämättä riitä tekemään sopimuksesta kansainvälisluonteista.¹⁷ Voidaan nimittäin hyvällä syyllä sanoa, että esimerkiksi Suomessa toimivan vakuutusyrittäjän kanssa Suomessa tehty palovakuutus sopimus, joka koskee Suomessa sijaitsevaa ja Suomessa asuvan suomalaisen omistamaa kesämökkiä, on kansallinen sopimus, vaikka vakuutuksenantajana olisi tosiasiaa ulkomainen vakuutusyrittäjä. Tällaisessa tapauksessa ulkomainen yritys olisi siis velvollinen noudattamaan toimintatapaan eli Suomen vakuutuslainsäädäntöä.

Toiseksi, siinäkin tapauksessa, että kuluttajavakuutuksissa olisi aina mahdollista tehdä lakiviittaus vakuutuksenantajan kotimaan lakiin, ei liene mahdollista, että jossakin maassa myytäisiin massaluonteisesti sellaista vakuutustuotetta, joka olisi tuon maan vakuutuslainsäädännön vastainen ja jonka ”laillistumisen” edellytyksenä olisi jokaiseen yksittä-

marraskuuta 1990, henkivakuutuksen ensivakuutusliikettä koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta, säännöksistä, joilla helpotetaan palvelujen tarjoamisen vapauden tehokasta käyttämistä, sekä direktiivin 79/267/EY muuttamisesta), sittemmin henkivakuutusdirektiivin 32 artikla (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/83/EY, annettu 5 päivänä marraskuuta 2002, henkivakuutuksesta).

¹³ Ks. esim. *Basedow* 2011, s. 20–21 viitteineen.

¹⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EY) N:o 593/2008, annettu 17 päivänä kesäkuuta 2008, sopimusvelvoitteisiin sovellettavasta laista (Rooma I), 7 artikla.

¹⁵ Ks. esim. *Heiss, Helmut*: Insurance Contracts in Rome I: Another recent failure of the European Legislature. *Yearbook of Private International Law* Vol. 10, 2008, s. 261–283.

Lainvalinnasta vakuutus sopimuksissa ks. esim. *Liukkunen, Ulla*: Sopimussuhteita koskeva lainvalinta. *Lietua* 2012, s. 221–234. Vakuutusdirektiivien lainvalintaa koskevista säännöistä ks. esim. *Seatzu, Francesco*: Insurance in Private International Law – A European Perspective. *Great Britain* 2003, s. 131–191.

¹⁶ Pohdintaa liittymistä ks. esim. Hallituksen esitys Eduskunnalle kansainvälisluonteisiin sopimuksiin sovellettavaa lakia koskeväksi lainsäädännöksi 44/1987 vp, s. 13.

¹⁷ Näin myös *Lehtipuro et al.* 2010, s. 221.

seen sopimukseen otettava lakiviittaus asianomaisen vakuutusyhtiön kotivaltion lakiin.

Lisäksi on huomattava, että vaikka vakuutuksenantaja sisällyttäisi kuluttajavakuutus sopimuksiinsa lakiviittauksen oman maansa vakuutus sopimuslainsäädäntöön, kuhunkin vakuutus sopimukseen voitaisiin silti soveltaa välittömästi sovellettavien säännösten periaatteen eli ns. positiivisen *ordre public* -periaatteen mukaisesti asianomaisen kuluttajan kotivaltion vakuutus sopimuslain niitä säännöksiä, joita voidaan pitää kansainvälisissä yhteyksissä pakottavina. Se, että jokin säännös on kansallisesti pakottava, ei välttämättä merkitse, että se on myös kansainvälisessä yksityisoikeudessa tarkoitettulla tavalla pakottava. Näin ollen päädyttäisiin lakiviittauksesta huolimatta siihen, ettei vakuutusyhtiön kotimaan vakuutus sopimuslainsäädäntö tulisi ainakaan kokonaisuudessaan sovellettavaksi.¹⁸

Todellisten eurooppalaisten kuluttajavakuutus markkinoiden luominen edellyttää siis yhteistä eurooppalaista vakuutus sopimuslakia. Kariutuneen vakuutus sopimuslakidirektiivihankkeen jälkeen uutta yritystä vakuutus sopimuslainsäädännön harmonisoinniksi ei Euroopan unionissa kuitenkaan ole tehty. Ajatus siitä, että vakuutus sopimuslain harmonisoinnin kokoinen hanke toteutettaisiin virkamiesvoimin tavanomaisena EU-normihankkeena, ei ole kovin realistinen.

Konkreettinen pohja keskustelulle yhtenäisestä eurooppalaisesta vakuutus sopimuslaista on tällä hetkellä *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), joka on lain muotoon laadittu ehdotus eurooppalaiseksi vakuutus sopimuslaiksi. Sen on laatinut eri maiden vakuutus oikeuden tutkijoiden muodostama akateeminen työryhmä (Project Group ”Restatement of European Insurance Contract Law”). Ensimmäinen PEICL-versio on julkaistu vuonna 2009.¹⁹ Laajennettu versio on sittemmin saatu valmiiksi, ja se on tarkoitus julkaista vuoden 2015 alussa.

Professori *Fritz Reichert-Facilidesin* johdolla vuonna 1999 aloittanut ja vuodesta 2003 professori *Helmut Heissin* puheenjohtolla toiminut

¹⁸ Ks. esim. *Liukkuinen* 2012, s. 29–36, *Norio-Timonen, Jaana*: Vakuutuksenantajan vastuu vakuutus tapahtumasta. Jyväskylä 2003, s. 123–132.

¹⁹ *Basedow, Jürgen – Birds, John – Clarke, Malcolm – Cousy, Herman – Heiss, Helmut – Loacker, Leander D.* (eds.): *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL). Germany 2009. Periaatteet ovat saatavilla myös työryhmän kotisivulla <http://www.restatement.info/> sekä englanniksi (virallinen versio) että erikielisinä käännöksinä, muun muassa ruotsiksi. Tammikuussa 2010 pidetyssä konferenssissa esitetyt eri tahojen näkemykset PEICL:stä on julkaistu teoksessa *Heiss, Helmut – Lakan, Mandeep* (eds.): *Principles of European Insurance Contract Law: A Mode Optional Instrument*. Germany 2011.

PEICL-työryhmä ei kuulu EU:n viralliseen organisaatioon, vaan se on yksi niistä viime vuosikymmeninä syntyneistä, kokonaan tai osaksi akateemisista ryhmistä, jotka ovat ryhtyneet oikeusvertailuun perustuen laatimaan jotakin oikeudenalaa koskevia periaatteita tai mallilakia.²⁰

Ehkä tunnetuin näistä ryhmistä on tanskalaisen professori *Ole Landon* johdolla toiminut työryhmä, niin kutsuttu Lando-komissio, joka on laatinut eurooppalaiset sopimusoikeuden periaatteet (Principles of European Contract Law, PECL).²¹ Sopimusoikeuden kehittäminen tutkijavoimin ja oikeusvertailevaan tutkimukseen perustuen ei rajoitu yksinomaan EU:n piiriin tai Eurooppaan yleensänsä.²²

Akateemisten norminlaadintahankkeiden asema Euroopan unionissa muuttui vuonna 2005, kun EU:n niin sanotun kuudennen tutkimuksen ja teknologian kehittämisen puiteohjelman piirissä perustettiin yli 150 tutkijaa käsittävä Euroopan sopimusoikeuden verkosto (Common Principles of European Contract Law, Network of Excellence (CoPECL)).²³ Verkoston tehtäväksi annettiin eurooppalaisen sopimusoikeuden yhteisen viitekehyksen (Common Frame of Reference, CFR) laatiminen.²⁴ PEICL-työryhmä oli yksi

²⁰ Olen ollut työryhmän jäsen vuodesta 2005 alkaen. Ks. työryhmän tavoitteista, työstä ja jäsenistä tarkemmin työryhmän kotisivulla <http://www.restatement.info/> sekä esim. *Clarke – Heiss* 2006, *Heiss, Helmut*: Towards a European Insurance Contract Law: Restatement – Common Frame of Reference – Optional Instrument?, Internationale Juristenvereinigung Osnabrück. Jahresheft 2006, s. 1–17, s. 1–9, *Dufwa, Bill W.*: Principer för europeisk försäkringsavtalsrätt (PEICL). Juridisk Tidskrift 2010–11, s. 351–381, *Norio-Timonen, Jaana*: Vakuutuslainsäädännön harmonisoinnilla kohti eurooppalaisia kuluttajavakuutusmarkkinoita. Teoksessa *Sisula-Tulokas, Lena – Luukkonen, Irene – Saario, Marja* (toim.): Kuluttajien vakuutustoimisto ja Vakuutuslautakunta 35 vuotta. Tampere 2006, s. 69–82.

PEICL-työryhmän kotisivuilla on myös luettelo PEICL-ehdotusta koskevista julkaisuista sekä viittauksia vakuutuslainsäädännön harmonisointia ja eri maiden vakuutuslainsäädännön koskevaan kirjallisuuteen ja muuhun aineistoon.

²¹ *Lando, Ole – Beale Hugh* (eds): Principles of European Contract Law. Parts I and II. The Netherlands 2000, *Lando, Ole – Clive, Eric – Prüm, André – Zimmermann, Reinhard* (eds): Principles of European Contract Law. Part III. The Netherlands 2003. Myös esimerkiksi vahingonkorvausoikeuden alalla on tehty tällaista työryhmyötä, ks. esim. *Dufwa, Bill W.*: Integration genom fristående akademiska grupper. Europarättslig tidskrift 2006, s. 307–331.

²² Tässä yhteydessä kannattaa mainita UNIDROIT'n (International Institute for the Unification of Private Law) piirissä laaditut kansainvälistä kauppaa koskevat periaatteet (Principles of International Commercial Contracts). Periaatteet on julkaistu vuonna 1994, ja niiden uusin versio on vuodelta 2010. Periaatteet ovat saatavilla osoitteessa <http://www.unidroit.org/>.

²³ Verkoston kotisivut ovat osoitteessa <http://www.copecol.org>.

²⁴ *Von Bar, Christian – Clive, Eric* (eds.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Vol. 1–6.

verkoston työryhmistä. Verkostoon liittynyt rahoitus on sittemmin päättynyt, eikä työryhmän jäsenyys verkostossa merkinnyt millään muotoa sitä, että Euroopan unioni olisi jollakin tavoin sitoutunut ottamaan työryhmän työn tulokset huomioon omassa lainsäädäntötyössään.

PEICL on siis lain muotoon laadittu työryhmän ehdotus eurooppalaiseksi vakuutus sopimuslaiksi. Kansallisten vakuutus sopimuslakien tavoin se asettaa ne puitteet, joissa vakuutusten ja laajasti ymmärrettynä vakuutus sopimussuhteen hoitamisen tulee pysyä. Vaikka PEICL-työryhmän jäsenet tulevat eri maista, he eivät ole toimineet kotivaltioittensa kansallisten intressien puolustajina. Sen sijaan PEICL:n laadinnassa on ollut tavoitteena parhaan mahdollisen eurooppalaisen vakuutus sopimuslain laatiminen siitä riippumatta, vastaavatko siinä omaksutut ratkaisut esimerkiksi jossakin tai useimmissa työryhmän jäsenten kotivaltioissa tai vaikkapa EU-alueella yleisimmin käytössä olevia ratkaisuja. Tavoitteena ei myöskään ole ollut eurooppalaisten vakuutus sopimuslakien jonkinlainen keskiarvo tai yhteinen minimitaso. Pyrkimyksenä on ollut saada aikaan yhtenäisen kokonaisuuden muodostava hyvä normisto, johon on poimittu hyväksi havaittuja ratkaisumalleja eri maista sekä kehitetty tarpeen mukaan uusia ratkaisuja.²⁵ PEICL:n säännökset on tarkoitettu kuluttajasopimuksissa pakottaviksi niillä suojattujen tahojen eduksi (artikla 1:103), ja lisäksi muutamat artiklat ovat pakottavia.²⁶ Pakottavuus on välttämätöntä, jotta sekä harmonisointitavoite että kuluttajansuojatavoite toteutuisivat.²⁷

Mikäli PEICL:stä haluttaisiin tehdä yhteiseurooppalainen vakuutus sopimuslaki, voitaisiin periaatteessa käyttää direktiivietä, niin kuin niin monessa muussakin harmonisointihankkeessa. Jotta erilaisten kansallisten vakuutus sopimuslakien ongelma saataisiin poistetuksi, direktiivin tulisi olla luonteeltaan maksimiharmonisointidirektiivi, jolloin siitä ei voitaisi poiketa mihinkään suuntaan. Yhtenäisen eurooppalaisen vakuutus sopimuslain tavoittelun kannalta ongelmaksi voisi nousta se, että kansalliset implementoinnit saattaisivat johtaa kovin erilaisiin tuloksiin eri EU-maissa, jolloin yhtenäinen eurooppalainen normisto jäisi sittenkin saavuttamatta. Vakuutus sopimusdirektiivi merkitsisi myös sitä, että kansalliset vakuutus-

Germany 2009.

²⁵ Työryhmän nimi ”Restatement Group” on siinä mielessä harhaanjohtava, että kyseessä ei ole *restatement* sanan amerikkalaisessa merkityksessä, siis kuvaus voimassa olevasta oikeudesta.

²⁶ Ks. <http://www.restatement.info/>, *Way of Working and Goals*.

²⁷ PEICL 2009, s. 36–43 ja *Heiss* 2006, s. 5.

sopimuslainsäädännöt korvautuisivat implementoidulla direktiivillä. Voi olla, että jäsenvaltiot eivät olisi kovin innostuneita tällaisesta hankkeesta.

Vakuutuslainsäädännön vastaus tähän ongelmaan on valinnainen instrumentti (optional instrument), joka toteutettaisiin EU:ssa asetuksella. Asetus ei kuitenkaan korvaisi kansallisia vakuutuslainsäädäntöjä, vaan se olisi uusi normikokonaisuus, joka voitaisiin valita kulloinkin solmittavaan sopimukseen kansallisen lainsäädännön sijaan. Samaa malliahan on esitetty myös ehdotuksessa asetukseksi yhteisestä eurooppalaisesta kauppalaista.²⁸ Ajatuksena on, että kyseessä ei olisi 29. vakuutuslainsäädäntö EU-alueelle, vaan toinen kansallinen normisto kuhunkin maahan. Yhteistä eurooppalaista kauppalakia koskevan ehdotuksen johdannossa tätä toisen kotimaisen lainsäädännön ajatusta kuvataan osuvasti:

”Tällä asetuksella otetaan käyttöön yhteinen eurooppalainen kauppalaki. Sillä yhdenmukaistetaan sopimusoikeutta koskevat jäsenvaltioiden säännöt. Tätä varten ei kuitenkaan tarvitse muuttaa aiempaa kansallista sopimusoikeutta, vaan kunkin jäsenvaltion kansallisessa lainsäädännössä otetaan käyttöön toinen sopimusoikeuden järjestelmä sen soveltamisalaan kuuluvia sopimuksia varten. Tämän toisen järjestelmän olisi oltava identtinen kaikkialla unionissa, ja sitä olisi käytettävä rinnan voimassa olevien kansallisten sopimusoikeuden sääntöjen kanssa.”²⁹

Mikäli yksittäiseen vakuutuslainsäädäntöön valittaisiin PEICL, artiklan 1:105 mukaan tämä valinta merkitsisi sitä, että kansallinen laki suljettaisiin kokonaan pois. Kansallisista säännöksistä voisivat tulla sovellettaviksi vain sellaista vakuutuslajia koskevat pakottavat erityissäännökset, jota koskevia erityissäännöksiä ei PEICL:ssä ole.

Tarkastelen tässä kirjoituksessa sellaisen eurooppalaisen vakuutusmarkkinan luomista, jolla yksittäinen vakuutusyhtiö voisi tarjota samaa vakuutuslainsäädäntöä koko EU-alueella. Tämän päämäärän saavuttamiseksi on olennaista, että PEICL olisi käytettävissä myös puhtaasti kotimaisissa vakuutuslainsäädäntöissä. PEICL:n artiklan 1:102 mukaan näin olisikin.³⁰ Muussa tapauksessahan jokaiselle vakuutusyhtiölle syntyisi ikään kuin

²⁸ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus yhteisestä eurooppalaisesta kauppalaista, KOM(2011) 635 lopullinen.

²⁹ Ehdotus KOM(2011) 635 lopullinen, s. 18–19, johdantokappale 9.

³⁰ Ks. myös artiklan perustelut kohta C4, PEICL 2009, s. 34–35. Vrt. yhteistä eurooppalaista kauppalakia koskeva ehdotus (Ehdotus KOM(2011) 635 lopullinen), jonka 13 artiklan nojalla jäsenvaltio voisi ratkaista, onko kyseisen lain käyttäminen mahdollista myös kokonaan saman jäsenvaltion sisällä tapahtuvassa toiminnassa.

kahdet markkinat: kotimaiset ja muuta Eurooppaa koskevat. Toki näinkin olisi siirrytty yksittäisen vakuutusyrityksen näkökulmasta 28 markkinoista vain kaksiin eri markkinoihin, mikä tietysti olisi valtava edistysaskel koko EU-alueella toimivalle vakuutusyritykselle. Artiklaa 1:102 koskevissa perusteluissa mainitaan myös ulkomaille muuttoa suunnittelevan kansalaisen intressi. Lisäksi mainitaan kilpailu PEICL:n ja kansallisen lain välillä sekä mahdollinen kotimaisten lainsäädäntöjen assimilaatio, joka pitkällä aikavälillä voisi tapahtua.³¹

Valinnaisen instrumentin käyttöön kotimaisissa vakuutus sopimuksissa liittyy vielä toinen kilpailukysymys. Suomen ja Ruotsin kaltaisissa korkean kuluttajansuojan maissa PEICL on kokonaisuutena vähemmän kuluttajaystävällinen kuin kansalliset lait. Jos siis PEICL ei tulisi sovellettavaksi kotimaisissa vakuutuksissa, korkean kuluttajansuojan maissa markkinat jakaantuisivat kotimaisten yritysten hallitsemiksi kotimaisen lainsäädännön mukaisiksi markkinoiksi ja PEICL-markkinoiksi, joilla kuluttajansuojan taso olisi alempi, volyymit suuremmat ja todennäköisesti myös hinnat alemmat ja joilla kotimaiset vakuutusyritykset eivät saisi toimia. Tämä ei olisi ongelma vain yhtenäisten eurooppalaisten vakuutusmarkkinoiden luomisen kannalta, vaan se olisi hyvin valitettava kilpailunrajoitus.

3 KULUTTAJAN NÄKÖKULMA

Vakuutusmarkkinoiden eurooppalaistuminen voi tuoda vakuutus kuluttajan näkökulmasta mukanaan monia etuja: palvelujen tarjoajien lukumäärä kasvaa, vakuutusvalikoima monipuolistuu ulkomaisten yrittäjien tarjotessa uudenlaisia tuotteita, ja palveluntarjoajien välinen lisääntynyt kilpailu vaikuttaa kotimaistenkin palveluntarjoajien tuotteisiin ja hinnoitteluun. Erityisesti teknisen kehityksen mahdollistama palveluiden myyntikanavien lisääntyminen tuo yhä lisää palveluita yhä useamman ulottuville tai ainakin aikaisempaa helpommin hankittavaksi. Kuluttajan kannalta on relevanttia ensinnäkin se, millaisia ja minkä hintaisia vakuutuksia on tarjolla, ja toisaalta se, millaista suojaa lainsäädäntö ongelmatilanteessa tarjoaa.³²

³¹ Artiklan 1:102 perustelujen kohta C4, PEICL 2009, s. 34–35. Ks. myös *Heiss* 2006, s. 9.

³² Kuluttajien kiinnostus vakuutusten ottamiseen rajan yli on vastikään arvioitu vähäiseksi, ks. Expert Group Report 2014, s. 14–16.

Edellä on tarkasteltu sitä, miten lainsäädäntö vaikuttaa vakuutusyri-tysten mahdollisuuksiin tarjota tuotteitaan eri maissa. Samalla on tullut kuvatuksi, miten kuluttajan saatavissa voi omassa kotimaassaan olla ulkomaisten vakuutusyri-tysten tuotteita. Jos ulkomainen yhtiö tarjoaa samanlaista tuotetta kuin kotimainen, kuluttaja voi toivoa hyötyvänsä hintakilpailusta. Todelliset tuoteinnovaatiot ovat sekä lainsäädäntösyistä että myös erilaisista kulttuuriin liittyvistä syistä hankalammin toteutettavia. Suomen markkina on eurooppalaisittain pieni eikä siksi välttämättä anna oikeaa kuvaa eurooppalaisen keskivertokuluttajan saamasta hyödystä. Uusista tuotteista Suomen markkinoilla kannattaa mainita sijoitussidonnaiset vakuutukset ja kapitalisaatiosopimukset, joiden tulo Suomen markkinoille liittyy jo Suomen ETA-jäsenyyteen. Toinen tuoteuutuus ovat niin sanotut vakavan sairauden vakuutukset. Niille on luonteenomaista sekä tuotteen yksinkertaisuus että myös markkinoinnin toteuttaminen etämyynnin keinoin.

Tässä yhteydessä on syytä vielä huomauttaa, että edellä vakuutusyri-tysten näkökulmasta ongelmalliseksi mainittu yleisen edun periaate rajoittaa vain vakuutuksenantajan mahdollisuuksia myydä samaa tuotetta koko Euroopan alueella. Se ei sen sijaan vaikuta asiakkaan oikeuksiin hankkia omatoimisesti vakuutuksia ulkomailta.³³ Näin ollen suomalainen vakuutuskuluttaja voi hankkia esimerkiksi saksalaisen vakuutuksen, vaikka saksalainen vakuutusyri-tyks ei saisi tuota tuotettaan Suomessa markkinoi-da. Vakuutuskuluttajien valmiutta hankkia ulkomaisia tuotteita on pyritty parantamaan niin kutsutulla rahoituspalveluiden etämyyntidirektiivillä, jonka tarkoituksena on rajat ylittävän kaupankäynnin lisääminen ennen muuta myyjän tiedonantovelvollisuutta sääntelemällä.³⁴ Tämä direktiivi on implementoitu kuluttajansuojalakimme (38/1978) 6 a lukuun otetuin säännöksin (L 29/2005).

Yksittäisen vakuutuskuluttajan näkökulmasta kansainvälisen yksi-tyisoikeuden normit yleensä takaavat hänelle hänen kotimaansa normien antaman suojantason, oli se sitten korkea tai matala. Kotimaan normien soveltuminen on siinä mielessä huomionarvoista, että luonteenomaisena suorituksena vakuutussovituksessa on vakuutusyhtiön suoritus, joten sillä perusteella vakuutusyhtiön kotimaan lainsäädännön kuuluisi tulla sovel-

³³ Jo tuolloin tällaisten vakuutusten myynti oli vakuutusdirektiivien mukaan sallittua, ja kilpailuneutraliteettisyistä niiden myynti sallittiin myös suomalaisille vakuutusyhtiöille, *Lehtipuro et al.* 2010, s. 20.

³⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/65/EY, annettu 23 päivänä syyskuuta 2002, kuluttajille tarkoitettujen rahoituspalvelujen etämyynnistä ja neuvoston direktiivin 90/619/ETY sekä direktiivien 97/7/EY ja 98/27/EY muuttamisesta, johdantokappaleet 12–13.

lettavaksi.³⁵ Kun kuluttaja voi pitää tärkeänä oman maansa lainsäädännön soveltumista ajattelematta sitä, millainen sen tarjoama suoja ulkomaiseen vaihtoehtoon verrattuna todellisuudessa on, on sinänsä mahdollista, että lainvalintasäännöillä voisi olla jonkinlaista merkitystä eurooppalaisen vakuutusliiketoiminnan edistämisen kannalta, edellyttäen tietysti, että vakuutuskuluttaja kiinnittää huomiota tällaisiin kysymyksiin. Riitatilanteissa prosessaaminen oman maan lainsäädännön nojalla on luonnollisesti paljon helpompi vaihtoehto kuin johonkin ulkomaiseen lainsäädäntöön perehtyminen.

Vakuutuskuluttajan kannalta direktiivein tapahtuva vakuutuslainsäädännön harmonisointi voi olla merkityksellistä jo sen vuoksi, että oman kotimaan lainsäädännön tarjoama suoja näin paranee. Kuluttajansuojaa on EU-oikeudessa perinteisesti kehitetty minimidirektiivein, jolloin jäsenvaltiot ovat voineet valita myös direktiivissä omaksuttua korkeamman suojantason. Sittemmin on kuitenkin siirrytty käyttämään usein maksimiharmonisointia. Tällöin siis jäsenvaltio ei voi poiketa direktiivistä myöskään ”ylöspäin” eli antaa kuluttajille laajempaa suojaa kuin direktiivissä on tarkoitettu. Korkean vakuutuskuluttajansuojan maissa, kuten Suomessa, tämä voi johtaa jopa vakuutuskuluttajan aseman heikkenemiseen.³⁶ Eurooppalaistumisen kannalta harmonisointi merkitsee tietysti sitä, että jos erot eri maiden vakuutuslainsäädäntöjen välillä vähenevät, kuluttajan luottamus vieraan valtion lainsäädäntöön voisi ainakin teoriassa lisääntyä.

PEICL, jota edellä on pidetty ainoana tällä hetkellä näköpiirissä olevana tapana todellisten eurooppalaisten kuluttajavakuutusmarkkinoiden luomiseksi, voisi merkitä kuluttajalle sitä, että hinnaltaan tai sisällöltään houkuttelevan tuotteen ostamisen edellytyksenä olisi, että sopimukseen sovellettavaksi normistoksi valittaisiin PEICL. Voisi olettaa, että toisille kuluttajille tällainen valinta ei olisi mieleen, kun taas toiset olisivat haluamansa vakuutustuotteen saadakseen valmiita valitsemaan PEICL:n kotimaansa lainsäädännön sijaan.

Olennaista kuluttajan kannalta kuitenkin olisi, tai ainakin pitäisi olla, millaista suojaa valinnainen instrumentti tarjoaisi ja millainen tämä suojantasoo olisi hänen oman maansa vakuutuslainsäädännön antamaan turvaan verrattuna. Koska PEICL ei vastaa minkään valtion olemassa olevaa

³⁵ Esim. HE 44/1987 vp, s. 17 ja *Liukkunen* 2012, s. 223.

³⁶ Esim. rahoituspalveluiden etämyynnin implementoinnin yhteydessä vakuutuslainsäädäntöä muutettiin siten, että vakuutuslainsäädäntöä menetti eräissä, tosin vähämerkityksisissä, tapauksissa oikeuden irtisanoa vakuutuksensa, ks. vakuutuslainsäädäntömuutoksen 12 §:n muutos (L 30/2005).

vakuutuslainsäädäntöä, sen antama turva olisi joka tapauksessa erilainen kuin kuluttajan kotimaan lainsäädännön mukainen turva. Yleisellä tasolla voidaan sanoa, että toisten maiden vakuutuslainsäädännöt ovat kuluttajamyönteisempiä kuin toisten; Suomen lainsäädäntö edustaa yleisesti ottaen varsin kuluttajamyönteistä asennetta. Sen sijaan sitä, miten yksittäinen ongelmatilanne ratkeaisi, ei voi tällä tavoin yleisesti ennustaa.³⁷ Se, mitä PEICL kaikissa tilanteissa voisi kuluttajalle tarjota, olisi harkittu kokonaisuus, jossa on pyritty kuluttajansuojatavoite huomioiden tasapainottamaan osapuolten intressit.

4 LOPUKSI

Kuluttajavakuutusmarkkinoiden eurooppalaistumista voidaan tarkastella toisaalta vakuutuslainsäädännön ja toisaalta vakuutusyrityksen näkökulmasta. Vähäisetkin lainsäädäntötoimet voivat kuluttajan kannalta johtaa jonkinlaiseen pieneen edistysaskeleeseen vakuutusmarkkinoiden eurooppalaistumisessa vaikkapa sillä tavoin, että kuluttaja rohkaistuu käyttämään tarjolla olevia ulkomaisten vakuutusyhtiöiden palveluja.

Erilaiset osittaisratkaisut, jotka sinänsä voivat lisätä kuluttajien halua ottaa ulkomaisen vakuutuslainsäädännön vakuutuksia, eivät sen sijaan riitä vakuutusyrityksen näkökulmasta todellisten eurooppalaisten kuluttajavakuutusmarkkinoiden luomiseen. Sen vuoksi nimenomaan vakuutusyritysten ja niitä edustavien järjestöjen luulisi olevan kiinnostuneita yhteisestä eurooppalaisesta vakuutuslainsäädännöstä.

On tietysti poliittinen kysymys, halutaanko tavoitella todellisia eurooppalaisia kuluttajavakuutusmarkkinoita, siis markkinoita, joilla yksittäinen vakuutusyritys saisi halutessaan tarjota samaa vakuutuslainsäädäntöä koko unionin alueella. Jos tällaista markkinaa pidetään tavoitteena, kansallisten vakuutuslainsäädäntöjen ongelma on jollakin tavoin saatava ratkaistuksi. Toistaiseksi tämänsuuntaiset eurooppalaiset lainsäädäntöhankkeet ovat joko epäonnistuneet tai ainakin olleet riittämättömiä. Tämän tavoitteen saavuttamiseksi tarvitaan yhteinen eurooppalainen vakuutuslainsäädäntö.

³⁷ Sitä, että erilaisetkin normit voivat käytännössä johtaa samankaltaiseen tulokseen, kuvaa hyvin *Luukkonen, Irene – Mäntyniemi, Lea*: Comparison on insurance contract law in the light of six cases. *Nordisk Försäkringstidskrift* 1996, s. 105–111 ja *Luukkonen, Irene – Mäntyniemi, Lea*: Kahdeksan ETA-maan lakivertailu: Korvauskäytäntö kirjavaa. *Vakuutuslainsäädäntö* 2/1996, s. 20–23.

Konkreettisin ehdotus tämän ongelman ratkaisemiseksi on PEICL, akateemisen työryhmän laatima ehdotus eurooppalaiseksi vakuutus sopimuslaiksi, joka olisi luonteeltaan valinnainen instrumentti ja joka otettaisiin asetuksella osaksi EU-oikeutta. PEICL:n avulla yhteisen eurooppalaisen vakuutus sopimuslain puute voitaisiin ratkaista ilman, että jäsenvaltioiden olisi luovuttava omasta vakuutus sopimuslainsäädännöstään, vakuutuksen antajien muokattava koko vakuutus tuotevalikoimaansa uuden lainsäädännön mukaiseksi tai vakuutus kuluttajien luotettava satunnaiseen vieraaseen vakuutus sopimuslakiin.

Jos EU:ssa päätettäisiin edetä valinnaisen instrumentin tietä, jää nähtäväksi, syntyisikö jäsenvaltioiden kesken jatkossa riittävästi kiinnostusta ja yhteisymmärrystä, jotta voitaisiin pyrkiä lopulta saamaan aikaan todella yksi ainoa eurooppalainen vakuutus sopimuslaki. Sitä odoteltaessa PEICL voisi toimia kansallisten lainsäätäjien työkalupakkina kansallisia vakuutus sopimuslakeja uudistettaessa.³⁸ Tällä tavoin kansalliset lainsäädännöt voisivat lähentyä toisiaan, mikä olisi sinänsä hyödyllistä ja ehkä vakuutus markkinoiden eurooppalaistumistakin edistävää, vaikkei todellisia eurooppalaisia kuluttajavakuutus markkinoita siten voidakaan saada aikaisiksi.

38 Tässä yhteydessä on myös syytä mainita, että PEICL on herättänyt kiinnostusta Euroopan unionin ja koko Euroopan rajojen ulkopuolella. Periaatteiden tähän asti julkaistu osa on käännetty muun muassa japaniksi, kiinaksi, koreaksi ja turkiksi. Käännökset ovat saatavilla PEICL-työryhmän kotisivuilla osoitteessa <http://www.restatement.info/>.

Avustettu potilaan itsemurha ja eutanasia

Koska sana itsemurha esiintyy alituisesti keskusteluissa, saatetaan luulla, että sen merkitys on kaikkien tuntema ja määrittelemisen tarpeetonta.

Émile Durkheim, Itsemurha

1 ALUKSI: RIKOSOIKEUDEN UNIVERSALISMI JA HYVÄN ELÄMÄN ETIIKKA

Raimo Lahti on kirjoituksessaan ”Eutanasia ja kuolevan potilaan hoito”¹ vuodelta 2005 tehnyt selkoa eettis-oikeudellisesta keskustelusta, jota on entistä vilkkaammin käyty aiheen ympärillä niin Suomessa kuin laajemmin Euroopassa. Tuossa kirjoituksessa luodaan asiantunteva katsaus aihepiiriin sääntelyyn, sääntelyhistoriaan ja sen käsittelyyn virallislähteissä ja oikeuskirjallisuudessa.

Tässä kirjoituksessani tarkoitukseni on jatkaa keskustelua tärkeästä teemasta, mutta ilman vastaavaa kattavuutta. Näkökulmana on eutanasian ja avustetun itsemurhan ero oikeudellisen sääntelyn ja moraalis-eettisten periaatteiden näkökulmasta. Tahdon tuoda esille niitä jännitteitä, joiden varassa ja joiden puitteissa oikeudelliset käytännöt sekä tosiasialliset käytännöt kehittyvät.

Rikosoikeus edustaa ydinsisällöltään yleispätevää, universalistista moraalialia. ”Älä tapa” on tämänluonteinen prinssiippi. Jos kyse olisi vain elämästä ja kuolemasta, eikä sanotun moraaliprinssiipin ehdottomuutta tarvitsisi lieventää esimerkiksi hyvää elämää ja hyvää kuolemaa koskevilla eettisillä näkemyksillä, tultaisiin toimeen suhteellisen muodollisilla säännöillä. Elämä itsessään sisältää kuitenkin sävyjä, ja jokaisen elämä päättyy kuolemaan. Kuolema kuuluu siten elämään, eikä kuolemassa ole itsessään mitään oikeudellisesti tai eettisesti väärää. Ihmisarvoiseen elämään liittyä kuitenkin myös kysymys kuolemasta.

¹ *Lahti, Raimo*: Eutanasia ja kuolevan potilaan hoito. Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman. Turun yliopisto 2005, s. 91–112.

Rikosoikeus ei voi säännellä elämää ja kuolemaa suoraan. Tietyissä tilanteissa kuolemaan liitetään välillisesti oikeudellista vastuuta, kun rangaistavaksi säädetty teko tai laiminlyönti on kuoleman syynä. Kuolemaan johtava tie voi tulla rikosoikeudellisesti arvioiduksi, jos kuolemaa on edeltänyt kärsimystä tai jos ihmisarvon vaatimuksia ei ole voitu noudattaa.

Rikosoikeus ei elä tyhjiössä, vaan sen tulee reagoida ympäröiviin muutoksiin. Rikosoikeus ei ole superdiskurssi, joka määrittää kaiken itsenäisesti, vaan myös rikosoikeutta voidaan ja se tulee sovittaa yhteen muun sääntelyn ja eettisen normiston kanssa. Rikosoikeuden periaatteelliset ja käsitteelliset määritykset eivät kanna sovellukseen asti. Rikosoikeus liittyy yhteiskunnalliseen käytäntöön ja hyväksyttäviin toimintatapoihin, vaikkakin se määrittää tätä aluetta käytännössä negatiivisesti, osoittamalla sen, mikä ei ole sallittua ja hyväksyttävää. Rikosoikeus on yksi keino torjua vakavia oikeudenloukkauksia. Rikosoikeudella on kykyä teroittaa ja tarkentaa rajaa oikean ja väärän välillä, koska tämä kysymys ratkaistaan oikeuskäytännössä yhä uudestaan.

Lääkintäoikeuden alkutaipaleelle on lainattu rikosoikeudesta apuvälineitä muun muassa suostumusopin kehittelyyn. Lääkintäoikeus on kehittynyt omaksi oikeudenalakseksi, mutta tietyissä kysymyksissä myös lääkitäoikeudessa tullaan edelleen tälle klassiselle yhteiselle alueelle, rikosoikeuden ja lääkitäoikeuden rajapinnalle.

Eutanasiaa koskevissa uudemmissä näkemyksissä aktiivisen kuolinavun sallittavuutta perustellaan eettisillä näkemyksillä hyvästä elämästä ja hyvästä kuolemasta samoin kuin moraaliluontoisilla vaatimuksilla ihmisen ja erityisesti potilaan itsemääräämisoikeudesta. Jo se, että hyväksytään elämää lyhentävä kivunlievitys kuolevan potilaan hoidossa, merkitsee tällaisen eettisen näkökohdan painavan, vaikka sanottua kivunlievitystä ei aktiivisen eutanasian piiriin suoraan luettaisi.

2 LAINOPILLISIA JA EETTISIÄ NÄKÖKOHTIA

Sillä, mistä näkökulmasta aihepiiriä lähestytään, on merkitystä. Henkiriikossääntely muodostaa aktiivisen eutanasian tilanteessa kohtalaisen selvän rajaehdon sen suhteen, kuinka paljon tilaa jää muiden oikeuksien ja eettisten velvollisuuksien toteuttamiseen, kun kyse on *toisen kuolemaan johtavasta toiminnasta*.

Jos tilannetta tarkastellaan *itsemurhan edistämisen* näkökulmasta, lähtökohta on toinen. Itsemurha on Suomessa rankaisematon teko. Itsemurhan yrityskään ei ole rangaistavaa, vaikka tällaista kriminalisointia on toisinaan esitetty.² Itsemurhaan suhtaudutaan kuitenkin torjuvasti, ja itsemurhien vähentämistä pidetään arvokkaana yhteiskunnallisena tavoitteena.

Ihmisellä on vapaus päättää elämästään. Rikoslain 21 luvun 1–3 §:n säännökset taposta, murhasta ja surmasta eivät siis kata itsemurhaa, koska itsemurhassa ei ole kyse toisen surmaamisesta. Itsemurhasta ei ole Suomessa omia nimenomaisia säännöksiään.

Termi itsemurha ei oikeastaan ole oikeudellinen eikä rikosoikeudellinen käsite, eikä sitä ole sellaisena määritelty. Itsemurha on arkikielinen ilmaisu, ja edellä Émile Durkheimin korostamalla tavalla ilmaisun merkitys jää epätarkaksi. Durkheim pyrkiikin sosiologian keinoin erottelemaan erilaiset itsemurhatilanteet.

Suomen kielessä ero esimerkiksi oikeudellisiin tapon ja murhan käsitteisiin näkyy esimerkiksi siinä, että itsemurhalla ymmärretään mitä tahansa itsensä surmaamista, eikä edellytetä vastaavaa erityistä kvalifiointia, joka juridisessa ymmärryksessä muuntaisi tapon murhaksi. Itsemurha on terminä samantyyppinen kuin tapaturma: se on nimi teolle tai tapahtumalle, johon ei liitetä oikeudellista vastuuta. Itsemurha voi sisältää useanlaisia itsensä surmaamisia, eikä selvää ole sekään, että jokainen itsensä surmaaminen edes on itsemurha. Esimerkiksi henkilön, joka uhrautuu toisen pelastumiseksi, ei välttämättä katsottaisi tehneen itsemurhaa.

Tapaturmasta puhuminen merkitsee nimenomaisempaa kannanottoa oikeudellisen vastuun puuttumiseen kuin jos puhutaan itsemurhasta, koska rikosoikeudessa edellinen merkitsee syyksiluettavuuden puuttumista. Koska ankaraa vastuuta ei Suomen rikosoikeudessa tunneta, tapaturmasta ei rangaista. Yhden itsemurha voi samalla olla rikos toisen näkökulmasta, kuten jäljempänä esitetään.

Suomen rikosoikeudessa vastuu osallisuudesta rikokseen edellyttää, että pääteko on rangaistava. Koska itsemurha ei ole rangaistava, myöskään ylilytys siihen sen paremmin kuin avunanto eivät ole rangaistavia.

Nopeasti katsottuna kaikki itsemurhatilanteet olisivat siten rankaisemattomia sekä itsemurhan tehneen tai sitä yrittäneen yhtä hyvin kuin tuohon tekoon liittyvien muiden henkilöiden näkökulmasta.

² Lahti mainitsee (2005, s. 93) tästä esimerkkeinä mm Serlachiuksen rikoslakiehdotuksen vuodelta 1922 sekä vuoden 1969 uudistukseen liittyneen hallituksen esityksen.

Tästä pääsäännöstä huolimatta rikosoikeudellinen vastuu ei itsemurhatilanteissakaan ole kokonaan poissuljettu. Onnistuneen itsemurhan tehnyt ei tietenkään ole rikosoikeudellisessa vastuussa, mutta itsemurhan yritys voisi joissain tilanteissa olla vastoin tekijän velvollisuuksia, jos kyse on esimerkiksi sotilaasta. Itsemurhan yritys, vaikka se ei olisikaan rangaistava, ei siten ole sinänsä mikään tekoon oikeuttava peruste.

Ratkaisussa KKO 1992:92 itsemurha-aikeissa liikkunut autoilija ajoi vastaan tulevien kaistaa ja aiheutti tahallaan toisen kuolemaan johtaneen liikenneonnettomuuden. Hänet tuomittiin rangaistukseen mm. taposta.

Välillistä tekemistä koskevien oppien mukaan itsemurha voi näyttäytyä toisen surmaamisena, jos itsemurhan tekijä ei ole riittävällä tavalla itse asioistaan päättävä. Itsemurhaan yllyttäjä voi tällaisessa tilanteessa tulla rangaistavaksi tahallisesta henkirikoksesta. Myös vastuu tuottamuksellisesta henkirikoksesta voi tulla kysymykseen, jos yllyttäjä on toiminut erehdyksen vallassa. Kun puhutaan potilaista, itsemääräävyys tulee pitää mielessä.

3 VASTUU EPÄVAR SINAINEN LAIMINLYÖNTIRIKOKSEN PERUSTEELLA

Toinen henkilö saattaa olla nimenomaisen vastuuaseman perusteella vastuussa itsemurhan tehneestä tai sitä yrittävästä tai yrittäneestä. Esimerkiksi lapsen huoltaja voi olla velvollinen estämään lapsen itsemurhan, jos saa asiasta vihiä. Tällaisia asioita on käsitelty kotimaisissa rikosoikeudenkäynneissä hyvin harvoin, joten tulkinnat ovat epävarmalla pohjalla. Myös lapsi ja nuori voivat kohdata tilanteita, joissa heidän näkökulmastaan itsemurha näyttäytyy mahdollisena vaihtoehtona.³ Lapsi tai nuori voi sairastua kuolemaan johtavaan sairauteen. Lapsen itsemääräämisoikeuden toteuttamiseksi lääkintäoikeudessa kehitellään erilaisia malleja siitä, kuinka voidaan turvata lapsen toiveiden toteutumista.⁴ Myös rikosoikeudellisessa doktriinissa voisi

³ Lasten itsemurhat ovat suhteellisen harvinaisia, mutta nuorten itsemurhia tapahtuu Suomessa noin sata vuodessa. *Uusitalo, Tuula*: Nuorten itsemurhat Suomessa. Lapsiasia- valtuutetun toimiston selvityksiä 2:2007.

⁴ *Pollari, Kirsi – Lohiniva-Kerkelä, Mirva*: Ketä kuullaan – Kuka päättää? Alaikäisen osallisuus ja itsemääräämisoikeus terveyden- ja sairaanhoidossa, teoksessa Hakalehto-Wainio, Suvianne – Nieminen, Liisa, Lapsioikeus murroksessa. Helsinki 2013, s. 269–301, erit. s. 289.

olla tarpeen kehitellä vastaavaa. Jos lapsipotilas toivoo itsemurhaa, kohdetaan kaksinkertaisesti hankala tilanne.

Epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa rikosvastuu on sangen ankara. Jos vastuuasemassa olevalta voitiin vaatia seurauksen estämistä ja jos tämä lyö sen velvollisuutensa laimin, laiminlyöjä vastaa myös syntyneestä seurauksesta. Tämän vuoksi yhtä hyvin perheenjäsenen kuin lääkintähenkilön vastuu laiminlyönnistä voi muodostua hyvinkin ankaraksi. Sekin, että henkilöä estetään toteuttamasta sellaista, mihin hänellä on oikeus, voi tulla rangaistavaksi esimerkiksi pakottamisena. Rangaistavuus uhkaa sen vuoksi kummaltakin suunnalta.

Olen toisessa yhteydessä käsitellyt esimiesasemaan perustuvaa laiminlyöntivastuuta.⁵ Laiminlyöntivastuun käsittely lääkintäoikeudellisessa yhteydessä ansaitsisi vastaavanlaisen, eritellymmän tarkastelun. Lääkärin suhde potilaaseen ei tietenkään ole sama kuin esimiehen ja alaisen suhde työelämässä. Hoitosuhde kuitenkin synnyttää hiukan vastaavanlaisen epäsymmetrian osapuolten välille, jota on tasapainotettava niin potilaan kuin lääkärin intressissä. Rikosoikeudellinen vastuutarkastelu on sovittava todelliseen tilanteeseen. Vastaavasti todellisia tilanteita on idealisoitava tyyppitilanteiksi.

Vastuu epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta edellyttää sitä, että laiminlyöjällä tulee olla valtuudet toimia vaaditulla tavalla tietyn seurauksen synnyn estämiseksi. Lääkäri, joka ei tarjoa hyvän lääkintäkäytännön mukaista kivunlievitystä, voisi joutua vastuuseen pahoinpitely- tai vammantuottamussäännösten nojalla. Itsemääräämisoikeuden korostuminen vaikuttaa siihen suuntaan, että velvollisuus estää itsemurha tai muu itseen kohdistuva loukkaus heikkenee tai jopa lakkaa kokonaan, koska sellainen teko, jota periaatteessa vaadittaisiin velvollisuuden täyttämiseksi, olisi itsessään vastoin itsemääräämisoikeuden kunnioittamista ja sellaisena kielletty. Pelkästään muodollisen vastuuaseman tarkasteleminen eri riitä, vaan on syvennettävä näkemystä vastuun rajoista ja luonteesta.

Vaikka johonkin ratkaisuun liittyvät oikeudelliset perusperiaatteet olisivat selvät, usein niiden taustalta paljastuu kiinnostavia ongelmakimppejä. Tämän vuoksi ongelmakeskeisellä kysymyksenasettelulla voidaan toisinaan päästä suoremmin asiaan kiinni kuin silloin, jos koetetaan lähteä siitä, mitä yleisistä periaatteista tiedetään. Toinen vaihtoehto on koettaa yhdistää kaksi

⁵ Esimiehen laiminlyöntiperusteinen vastuu alaisen tahallisen rikoksesta liike-elämässä, teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Raimo Lahdelle omistettu. Helsinki 2006, s. 323–356.

lähestymistapaa hermeneuttisen kehän idean mukaisesti: tarkastellaan pulmakysymystä periaatteiden valossa ja vastaavasti opitaan periaatteista lisää, kun testataan niitä hankalassa ympäristössä.

Eutanasiatilanteisiin verrattuna suhtautuminen itsemurhaan ja sen edistämiseen voi siis oikeudellisesti määrittyä selvästi vapaammin. Mahdollinen henkirikosvastuu on erikseen perusteltava, eikä se seuraa suoraan erityisen osan tunnusmerkistöistä. Rikosoikeudellinen sääntely jättää enemmän tilaa sellaisiin korjausliikkeisiin, jotka perustetaan esimerkiksi itsemääräämisoikeuteen.

Olen edellä esittänyt muutaman huomautuksen itsemurhasta rikosoikeudellisena aihepiirinä pohjustuksena toiseen visaiseen kysymykseen: aktiiviseen ja passiiviseen kuolinapuun. Kuolinavussa on kyse tilanteesta, jossa potilas on jo parantumattomasti sairas, eikä hoidolla voida estää lähestyvää kuolemaa.

Joku voi riitauttaa jo senkin, kannattaako kuolinavun aihepiiriä ylimalkaan lähestyä perinteisen henkirikosoikeuden ja itsemurhatematiikan kautta. Tiettyä johtoa näistä kuitenkin on saatavissa. Ja kaikki johto on tarpeen, koska lähestymme niin herkkää ja vaikeaa aihetta. Tulemme elämän ja kuoleman vaikeisiin ja eettisesti ladattuihin kysymyksiin. Yhtenä vaikeutena on paitsi se, että lainsäädäntö aiheesta on niin niukkaa, myös se, että julkaistu oikeuskäytäntökään ei ole juuri sen suuremmaksi avuksi. Rikosoikeus on kuin norsu posliinikaupassa. Elämän ja kuoleman kysymyksissä rikosoikeuden perimmäinen moraalinen sanoma korostuu, eikä ole helppoa sen paremmin kuin vaaratontakaan relativoida tätä sanomaa.

Joudumme siten kehittelemään oikeudellisia, eettisiä ja moraalisia tulkintojamme huomattavan epävarmuuden vallitessa. Oikeudelliset, eettiset ja moraaliset näkökohdat voivat kukin nostaa esille hiukan toisestaan poikkeavia näkökulmia. Tämä tarjoaa mahdollisuuden oppia ja testata sekä täsmentää näkemyksiämme siltä varalta, että soveltamistilanteisiin kuitenkin jouduttaisiin. Soveltamistilanteen voi tässä yhteydessä ymmärtää kahdella tavalla: sillä voidaan tarkoittaa yhtä hyvin rikoslainkäyttöä kuin esimerkiksi omaisen tai lääkärin harkintaa vaikeassa tilanteessa.

Elämä loppuu kuolemassa, ja jokaisen elämä nauttii viime hetkeen asti rikoslain antamaa suojaa. Ei ole lieventävää surmata vanhus tai kuolemansairas, joka pian muutenkin kuolisi. Surmaamisen kielto on yleinen moraalinen periaate. Elämä ei ole siinä mielessä asteikollinen käsite, että elämän arvoa mitattaisiin sen kestolla tai muutoin. Euroopan ihmisoikeussopimus ja Suomen perustuslaki säättävät ihmiselämän suojasta.

Vaikka rikosoikeus koskettelee perimmäisiä moraalisia periaatteita, se joutuu sallimaan poikkeuksia näistä erityistilanteissa. Oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet mahdollistavat sen, että voidaan yhtä aikaa pitää kiinni moraaliperiaatteen ehdottomuudesta, mutta kuitenkin tunnistaa hyväksyttäviä poikkeuksia.

Kysymykset hyvästä elämästä ja hyvästä kuolemasta tuovat esille eettisen tason kysymyksenasettelun. Hyvä hoito ja hyväksyttävä lääkintäkäytäntö ovat osaltaan lääkintätoiminnan eettistä normitasoa. Tuo käytäntö on luonteeltaan jo astetta muuttuvampaa kuin perustavimmat periaatteet. Kaarlo Tuorin termein oikeuden syvätason muutokset heijastuvat oikeuskulttuuriin. Hiukan vastaavasti voidaan nähdä kulttuuristen arvojen muutosten heijastuvan eettisiin ammattikäytäntöihin.

4 ITSEMÄÄRÄÄMISOIKEUDEN KOROSTAMISEN VAIKUTUS OIKEUDELLISEEN TULKINTAAN

Potilaan itsemääräämisoikeuden korostaminen on edellyttänyt uudenlaista näkökulmaa siihen, mitä tarkoitetaan hyvällä hoidolla.⁶ Myös rikosoikeudellinen sääntely seuraa tätä eettistä näkökulmaa: rikosoikeus mukautuu ja mukautetaan tietynlaiseen tehtävään yhteiskunnassa. Rikosoikeuden tulkinnoissa on otettava huomioon lääkintäoikeuden kehitys ja yhteiskunnan muuttuvat arvot ja arvostukset. Hyvän elämän ja hyvän kuoleman kysymykset tuovat lisäväriä sinänsä perinteisiin keskusteluihin eutanasiasta ja itsemurhan avustamisesta.

Aktiivinen kuolinapu on käytännössä rangaistavaa sen vuoksi, että se toteuttaa henkirikoksen tunnusmerkistön. Jos tähän asiointilaan toivotaan muutosta, se saattaa edellyttää rikoslain muutosta. Lainopillisilla kehittelyillä ja tulkinnoilla, joista tarkemmin jäljempänä, voidaan koettaa puolustaa aktiivista eutanasiaa, mutta aivan yksinkertaista se ei ole, kun vastassa on näinkin selvä ja tietoinen lainsäätäjän ratkaisu. Lainopin vastuuooppien uudelleentulkinnoilla on kuitenkin merkitystä, kun täsmennetään nykyistä oikeustilaa ja otetaan kantaa pulmakysymyksiin. Itsemurhan avustaminen on selvästi helpommin oikeutettavissa kuin aktiivinen eutanasia, koska siinä puolestaan menettelyn rangaistavuus joudutaan perustamaan lainopilliseen kehittelyyn.

⁶ Ks. yleisesti *Pahlman, Irma*: Potilaan itsemääräämisoikeus. Helsinki 2003.

Rikoslaissa oli viimeisimpään lainuudistukseen asti säännös pyynnöstä surmaamisesta. Tuon säännöksen vuoksi oli perusteltua arvioida, että kuolevankaan henkilön vakaan pyynnön toteuttaminen ei ollut rankaisematonta. Uudistuksen yhteydessä kyseinen säännös kumottiin, mutta vastaavasti lakiin otettiin säännös surmasta, joka kattaisi kaikki lievemmin rangaistavat tahallisen surmaamisen tilanteet. Lapsenmurhasta on edelleen oma säännöksensä.

Perinteinen varovainen suhtautuminen pyynnöstä surmaamiseen kertoo siitä, ettei ihmisen katsottu voivan täysin määrätä omasta elämästään. Ihminen ei voinut suostua surmaamiseensa. Tämän kanssa on linjassa se, ettei törkeään pahoinpitelyynkään voi antaa pätevästi suostumusta. Vaikka pyynnöstä surmaamista koskeva säännös on kumottu, tiettyä oikeudellista epävarmuutta liittyy edelleen siihen, kuinka pitkälle ihmisen oikeus määrätä elämästään ja kuolemastaan voi mennä.

Harvemmin on teoretisoitu tarkemmin sitä, miksi todella on ollut tarpeen nähdä näin jyrkkä ero pyynnöstä surmaamisen ja itsemurhan välillä. Mahdollisia selityksiä on useita. Toisen surmaamisen kiellon voi ajatella tabuksi, jota on varjeltava heikentymiseltä. Ihmiselämän suoja edellyttäisi siten tällaisen tabun ylläpitämistä. Mutta miksi sitten itsemurha sallitaan? Miksi sitä ei pidetä yhtä lailla symbolisesta syystä kiellettyinä?

Erottelun perusteen voi nähdä siinä, että näissä tilanteissa taustalla vaikuttava velvollisuus on erilainen. On toisenlainen velvollisuus olla surmaamatta toista kuin olla surmaamatta itseä. Jälkimmäinen merkitsisi velvollisuutta elää. Elämän suoja ei voi edellyttää velvollisuutta elää. Sellainen velvollisuus heikentäisi itsessään elämän arvoa. Ihmisen vapautteen kuuluu vapaus päättää elämästään. Asiaan on voinut käytännössä vaikuttaa myös se, ettei kuollutta vastaan kuitenkaan voida käydä oikeutta.

Eettinen näkemys hyvästä kuolemasta tulee nähdä myös yhteydessä ihmisarvoon. Kestämätön, kivulias kuolema voidaan mahdollisesti nähdä tietynlaisena ihmisarvon loukkauksena. Tietoisuus tällaisesta mahdollisuudesta vaikuttaa elämän arvoon. Tästä nähdäkseni olisi kehitettävissä argumentti aktiivisen eutanasian sallittavuudesta tietyissä erityistilanteissa. On lähinnä empiirinen kysymys, voidaanko osoittaa sellaisia tilanteita, joissa tähän on tarvetta.

Ihmisarvon käsitteeseen liittyy kuitenkin tiettyjä hankaluuksia. Esimerkiksi kidutus on ihmisarvon loukkaamista. Kuolemiseen liittyvä kärsimys voi tasoltaan olla vastaavaa kuin kidutuksessa. On kuitenkin tulkinnanva-

raista, voisiko ihmisarvon loukkausta olla sellainen asiointi, jonka syy on niin sanotusti luonnossa.⁷

Sekä rikosoikeudessa että lääkintäoikeudessa suostumusoppi on keskeinen. Suostumus liittyy aina toisen tekoon tai laiminlyöntiin, jolla on seurauksia suostumuksen antajaan nähden. Jopa oletetulla suostumuksella on merkitystä rikosoikeudellisissa arvioinneissa.

Suostumusoppiin sisältyy ajatus tehokkaasta kieltämisestä. Hoitotestamentilla ilmaistaan se, ettei tiettyihin hoitoihin suostuta. Suostumusoppi palautuu itsemääräämisoikeuteen, koska sen keinoin kunnioitetaan henkilön todellista tai oletettua tahtoa. Itsemurha edellyttää käsitteellisesti, että henkilö tahtoo omaa kuolemaansa ja osallistuu sen toimeenpanoon.

Aktiivisen eutanasian sallittavuutta voisi mahdollisesti perustella sillä, että on kiellettyä ylläpitää ihmisarvon loukkausta. Voisi ajatella, että tällaisesta yleisestä kiellosta mahdollisesti olisi johdettavissa oletettu suostumus siinä tapauksessa, ettei todellista suostumusta enää ole mahdollista saada.

Kun arvioitavana on lääkärin toiminta, lääkintäoikeudellisilla näkökohdilla on merkittävästi rikosvastuuta rajaavaa merkitystä. Potilaan oikeudet ja hyvä lääkintäkäytäntö saavat merkitystä. On mielekkäämpää antaa tämän käytännön muodostua ratkaisevaksi, kuin nähdä rikosoikeuden interventiot eri kysymyksiin ensisijaisiksi. Samalla on kuitenkin aiheellista muistuttaa siitä, että rikosoikeudellinen sääntely muodostaa kehikon, jonka puitteissa lääkintäkäytäntö voi kehittyä. Potilaan itsemääräämisoikeuden korostuminen ja juridisoituminen tukee pyrkimyksiä laajentaa tämän oikeuden vaikutuksia myös rikosoikeudellisiin arviointeihin. Aktiivista kuolinapua koskevan keskustelun vilkastuminen kertoo tästä.

Jos kuoleva potilas on sairaalassa, hoitohenkilökunta vastaa potilaasta. Laki potilaan oikeuksista ja asemasta (1992) määrittelee monin tavoin eri tahojen oikeusasemaa. Lain nojalla toimii sosiaali- ja terveystieteiden neuvottelukunta ETENE, joka antaa suosituksia eettisistä kysymyksistä. ETENE on muun muassa käsitellyt saattohoidon eri tilanteita.

Lääkärin etiikassa olennaista on palvella potilaiden parasta. Yleisenä ohjeena on toimia aina parantamisen tarkoituksessa, mikä yleensä tarkoittaa hyvän hoidon antamista. Klassisessa Hippokrateen valassa suhtauduttiin kielteisesti kuolinapuun, sillä valan mukaan vannottiin: ”En tule antamaan kenellekään kuolettavaa myrkyä, vaikka minulta sellaista pyydetäisiin,

⁷ Terhokodin ylilääkärin Juha Hännisen haastattelussa mainitaan tällaisena ilmeisen todellisuutena joskin harvinaisena tilanteena, jossa aktiivinen eutanasia olisi tarpeen, se, että suu- ja kaulasyöpiä sairastava nuori nainen on pian kuolemassa tuskallisen tukehtumiskuoleman. HS 24.4.2014, C 2–3.

enkä neuvoa sellaisen valmistamiseen.” Nykyisin käytössä olevassa lääkärin valassa puolestaan lausutaan muun muassa:

Vakuutan kunniani ja omantuntoni kautta pyrkiväni lääkärintoimessani palvelemaan lähimmäisiäni ihmisyyttä ja elämää kunnioittaen. Päämääränäni on terveyden ylläpitäminen ja edistäminen, sairauksien ehkäiseminen sekä sairaiden parantaminen ja heidän kärsimystensä lievittäminen.

Työssäni noudatan lääkärin etiikkaa ja käytän vain lääketieteellisen tutkimustiedon tai kokemuksen hyödyllisiksi osoittamia menetelmiä. Tutkimuksia ja hoitoja suositellessani otan tasapuolisesti huomioon niistä potilaalle koituvan hyödyn ja mahdolliset haitat.

— —
Kunnioitan potilaani tahtoa. Pidän salassa luottamukselliset tiedot, jotka minulle on potilaita hoitaessani uskottu. Täytän lääkärin velvollisuuteni jokaista kohtaan ketään syrjimättä enkä uhkauksestakaan käytä lääkärintaitoani ammattietiikkani vastaisesti.

Lääkäri-potilassuhde ymmärretään nykyisin erityislaatuiseksi luottamukselliseksi suhteeksi, jossa korostetaan vuorovaikutusta ja riittävää yhteisymmärrystä. Vaikka lääkäri päättää hoitotoimenpiteestä, myös potilaan suostumus on tarpeen. Tahdonvastainen hoito on sallittua ainoastaan erityistilanteissa, kuten mielenterveyslain perusteella.

Potilaan tahto kuolla voi johtua hyvin monenlaisista tekijöistä. Syy saattaa olla jopa kokonaan jokin muu kuin sairauteen liittyvä. Mitään velvollisuutta edistää toisen itsemurhaa ei voine kuvitella tällaisessa tilanteessa kenelläkään olevan, vaan kysymys lienee yleensä yhtäältä siitä, onko velvollisuus tai oikeus estää itsemurha, ja onko vastaavasti oikeus edellytetä itsemurhassa.

Perinteisesti on katsottu, että itsemurhan estämiseen on oikeus. Tätä näkemystä voi perustella esimerkiksi katumusriskillä. Voi useinkin olla, että itsemurhakandidaatti itsekin jälkeenpäin kiittelee pelastajiaan. Silti tässä ajatustavassa on holhouksen siemen: itsemurhaa ei voisi perustellusti toivoa, vaan itsemurha-aikeen taustalla kuitenkin aina olisi muita, syvempiä toiveita.

5 OSALLISUUSOPIN DILEMMA

Osallisuusoppi voisi olla usealla tavalla asian kannalta merkityksellinen.⁸ Ajatellaan, että vaikkapa kolme henkilöä yhdessä päättävät surmata jonkun, ja toteuttavat yhteisen tarkoituksensa. Osallisuusopillisesti tekijät katsotaisiin rikoskumppaneiksi tahallisessa henkirikoksessa. Aikanaan tunnettu oppi omakätisistä rikoksista, joissa rikosentekijän tuli välittömästi itse osallistua rikoksen täytäntöönpanemiseen, on menettänyt merkitystään. Vastuuseen rikoskumppanina riittää siten välillisempikin yhteys rikokseen, kunhan yhteinen tarkoitus ja riittävä myötävaikutus sitovat rikosentekijät yhteen. Muodollis-objektiivisesta osallisuusopista on siirrytty aineellis-objektiiviseen.⁹

Rikoskumppanuudessa rikosteko muodostuu yhteisestä toiminnasta. Yllyttäjän ja avunantajan vastuu ovat päätekoon liittäviä ja niiden rangaistavuus edellyttää, että vähintään rangaistavaan pääteon yritykseen on ryhdytty.

Normaalitapauksessa osallisuusopin perustilanteet ovat kohtalaisen selviä. Usein erityisesti tekijänvastuun ja avunantajavastuun välillä joudutaan rajankäyntiin soveltamistilanteissa.

Osallisuuskysymykset ajankohtaistuvat toisinaan nimenomaan henkirikoksissa. On kiinnostavaa pohtia, kuinka yhdessä toteutettu eutanasia/itsemurha tulisi ymmärtää osallisuusopin näkökulmasta. Siinä siis yhdessä toteutetaan surmaamisteko, joka yhden osallisen tai rikoskumppanin näkökulmasta kohdistuu häneen itseensä, kun taas toisten mukanaolijoiden näkökulmasta kyse on toisen surmaamisesta. Rikosoikeudellisessa arvioinnissa joudutaan lähtemään radikaalista näkökulmanvalinnasta, joka samalla vaikuttaa olennaisesti arvioinnin lopputulokseen.

Edellisestä näkökulmasta menettely saattaisi olla henkirikoksena rangaistamaton, koska teko kohdistuu yhteen tekijöistä eikä toiseen, ulkopuoliseen. Vastaavasti taas jälkimmäisestä näkökulmasta henkirikosvastuu olisi luonteva, joskin jollain syyllä on pystyttävä sulkemaan pois uhrin vastuu itseensä kohdistuneesta rikoksesta: kyseinen henkilö on poikkeuksellisesti yhtä aikaa sekä tekijä että uhri.

⁸ Pohjoismaisissa osallisuusopeissa on huomattavia eroja. Ks. *Nuotio, Kimmo*: Participation in Crime in Nordic Criminal Laws: Variations on a Theme, teoksessa Husa – Nuotio – Pihlajamäki, *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*. Antwerp 2007, s. 127–152.

⁹ Ks. *Frände, Dan*: Yleinen rikosoikeus. Helsinki 2005, 9 luku; *Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti*: Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Helsinki 2013, V Osallisuus.

Esimerkki kertoo siitä, että osallisuusopillista tarkastelua tulisikin syventää pohtimalla sitä, mikä tarkkaan ottaen on se rangaistava pääteko, johon kumppaneiden ja osallisten vastuu perustetaan. Rikoskumppanuuden tilanteessa jää hankaluudeksi muodostaa se ulkonainen teko, joka on tekijöiden yhteistyön summa, erityisenä ongelmana viittaamani näkökulman valinta.

En lähde tässä kehittelemään ratkaisuja esille nostamiini ongelmiin, vaan totean ainoastaan, että itsemääräämisoikeuden korostamisella tulee olla merkitystä täsmennettäessä rikosoikeudellista vastuuta. Tästä syystä myös sillä on merkitystä, onko itsemurhaa toivova henkilö itsemääräävä, vai onko itsemääräämisoikeus jossakin suhteessa rajoittunut. Jos itsemääräämisoikeus on, ei olisi mahdotonta sulkea pois muiden osallisten vastuuta.

Sivuutan tässä kokonaan laajennetun itsemurhan kysymykset samoin kuin sellaisen asetelman, jossa kaksi tai useampi yhdessä päättää itsemurhasta.

6 PAKKOTILA JA VELVOLLISUUKSIEN KOLLISIO

Itsemurhan estämisen oikeutuksen täytynee perustua oppiin pakkotilasta. Pakkotilateko toimii joko oikeuttamisperusteena, jolloin tekoa pidetään ”kokonaisuutena arvioiden puolustettavana”, tai sitten vastuuvapausperusteena, kun ”tekijältä ei olisi voinut vaatia muunlaista suhtautumista”.

Oppi pakkotilasta on monella tapaa kiinnostava aihepiirin kannalta. Pakkotilatekoon ei ole velvollisuutta, vaan se on nimenomaan oikeus. Tämäkään asia ei ehkä silti ole ihan mustavalkoinen. Esimerkiksi pelastusviranomaisilla voi olla tehtävää suorittaessaan velvollisuuksia pelastaa ja suojella tulipalon sattuessa, eikä pelkästään oikeus. Ainakin teoriassa voisi lääkintähenkilöstöllä olla ammattinsa perusteella erityinen vastuu potilaiden tilasta ja turvallisuudesta. Sairaalassa potilaat ovat valmiiksi jo haavoittuvia, mikä korostaa tietynlaista huolenpitovastuuta. Erityisesti tarkoitettaneen velvollisuutta noudattaa tarpeellisia varotoimia. Jos tajuton potilas loukkaa itsensä pudotessaan korkeasta sairaalasängystä, voidaan kysyä hoitohenkilökunnan vastuuta. Käytännössä useimmissa tilanteissa rikosoikeudellinen vastuu voisi perustua vammantuottamukseen tai pahimmassa tapauksessa kuolemantuottamukseen. Jos aivan poikkeuksellisesti hoitohenkilökuntaan kuuluva tai joku muu vastuuasemassa oleva tahallaan aiheuttaa vaaran tai seurauksen hengelle ja terveydelle, vastuu tahallisestakin rikoksesta voi

seurata. Hoitohenkilökunnalla lienee vastuullaan myös valvoa, ettei ulko-puolisia pääse vaarantamaan potilaiden terveyttä ja turvallisuutta.

Hyvin toisenlaisesta tilanteesta on kyse, kun puhutaan saattohoitoti-lanteesta. Silloin paluuta hyvään terveyteen ei enää ole. Ei ole sellaista ulkoista vaaraa, jonka torjumisesta on kyse, vaan etenevä sairaus itsessään on se vaara. Kivunlievitys ja muu potilaan tukeminen ovat avainasemassa. Aktiivista eutanasiaa voitaisiin periaatteessa puolustaa pakkotilaan vedoten. Jos elämä on paljon kuolemaa huonompi vaihtoehto potilaalle, miksi kyse ei voisi olla pakkotilanteesta?

Pakkotilaan liittyy kuitenkin merkittäviä ongelmia, mikä rajoittaa konstruktion soveltamista. Mikä olisi se pelastettava etu, joka voitetaan, jos sen edestä itse elämä uhrataan? Pakkotilasäännöstä ei selvästikään ole tarkoitettu tällaisiin tilanteisiin, joissa asiaan liittyvät edut ja haitat ovat näin vaikeasti täsmennettävissä ja arvioitavissa. Ihmishenki ei ole kvan-tifioitavissa, eikä pakkotila sovi eutanasiaan.¹⁰ Potilaan kärsimys sinänsä saattaisi olla sellainen vaara, jonka torjumiseksi myös muuten laittomiin keinoihin voisi turvautua. Esimerkiksi lääkekaappiin murtautuminen voisi olla oikeutettua, jos potilaalle on tarpeen antaa kivun lievittämiseksi lää-kekaapissa olevaa lääkettä, eikä muuta keinoa ole. Pakkotilaoppiin liittyy se rajoitus, että kyse ei ole pakkotilasta, jos uhkaava vaara joudutaan sie-tämään. Esimerkiksi poliisia pakeneva autoilija ei voi puolustukseksi vedota pakkotilaan. Voisi hyvin ajatella, että kuolema on ihmisen kohtalo-na, joten kuoleman lähestyminen nimenomaan joudutaan sietämään. Sen sijaan kivunlievitys, kun se on mahdollista, torjuisi sellaista vaaraa, jota ei tarvitse sietää.

Potilaan pelastaminen suurelta kärsimykseltä armeliaaseen kuolemaan voisi siis periaatteessa toteuttaa pakkotilanteen, mutta edellä mainittujen hankaluuksien lisäksi tässä ajatuksessa on ongelmana holhoavuus, pater-nalismi: pelastaja huolehtii pelastettavan eduista parhaaksi katsomallaan tavalla. Juuri tämä paternalismi heikentää merkittävästi pakkotilakonstruk-tion käytettävyyttä, koska jos tällainen oikeutus hyväksytään, se uhkaa ulottua merkittävästi tarkoitettua laajemmalle. Kolmannen valtakunnan eutanasiakäytännöt olivat karmeudessaan modernin lääkintäoikeuden ja lääkintäetiikan lähtölaukauksia. Ei ole mitään syytä palata niihin.

Ihmisen terveyteen kohdistuvat uhkat eivät ole sellaisia ulkoisia uhkia, joita olisi perusteltua torjua toisten toimesta häneltä itseltään kysymättä.

¹⁰ *Matikkala, Jussi – Salo, Heikki*: Eutanasia ja rikoslaki, teoksessa Seppänen, E. – Taipale, I.: Eutanasia. Puolesta & vastaan. Helsinki 2013, s. 144–156, s. 152.

Paternalismi jää edelleen vaivaamaan silloinkin, kun kyse on lääkaristä potilasta suojelemassa. Juuri tämän paternalismin estämiseksi potilaan tahdolle ja suostumukselle annetaan merkitystä. Tarkkaan rajoitettuna pakkotila-konstruktioilla voisi jossain tilanteessa olla merkitystä. Entisestään tätä tilaa rajoittaa se, että pelätään kuolemansairaaseen potilaaseen kohdistettavan painostusta, jolloin suostumukseen ei olisi täysin aito. ”Kuolinaputestamenttia” ei hyväksytä päteväksi, koska siihen voisi jäädä virhelähteitä.¹¹ Hoitotahto, jolla pätevästi kielletään tiettyjen hoitojen antaminen, vaikka näin joudutettaisiin kuolemaa, sen sijaan velvoittaa.

Pakkotilateoille läheistä sukua on oppi velvollisuuksien kollisiosta.¹² Siinä joltakulta edellytetään kahden tai useamman velvollisuuden täyttämistä, mutta niiden yhtäaikainen täyttäminen on mahdotonta. Lääkärin pohdinta hankalassa tilanteessa voi hyvin sisältää tällaisia elementtejä. Jälkikäteisarvioinnissa tarkastellaan velvollisuuksien luonnetta ja keskinäissuhteita. Velvollisuuksien kollisiosta ei ole nimenomaisia säännöksiä. Rikoslakiprojektissa valmisteltiin ehdotusta pakottavia olosuhteita koskevaksi sääntelyksi, mutta asiaa ei viety siitä eteenpäin. Velvollisuuksien kollisio olisi tämän mukaisesti otettu anteeksiantoperusteeksi osana näitä pakottavia olosuhteita.¹³ Kokoavasti voi todeta, että rikoslainsäätäjät on edelleen jättänyt sääntelykentän tässä yhteydessä suhteellisen avoimeksi. Se, ettei nimenomaisia säännöksiä otettu lainsäädäntöön, ei merkitse, etteivätkö tällaiset näkökohdat edelleen voisi olla merkityksellisiä. Kentän avoimuus ei sinänsä ole suuri ongelma, sillä soveltamistilanne on joka tapauksessa varsin avoin. Tärkeää on, että tilanne analysoidaan ja arvioidaan riittävän perusteellisesti eri näkökohtien valossa.

Lääkäri vastaa antamastaan hoidosta ja potilaastaan, etenkin jos ollaan sairaalaympäristössä. Edellä jo viitattiin siihen, että lääkäri lienee vastuuasemassa potilaastaan. Lääkärin ammattietiikka ja hyvän hoidon vaatimukset eivät silti välttämättä suoraan sääntele sitä kysymystä, saako lääkäri avustaa potilaan itsemurhaa, jos potilas tietoisesti tähän vaihtoehtoon on päätenyt tai miten suhtauduttaisiin pakkotila-argumenttiin aktiivisen kuolinavun tilanteessa.

Ollaan lääkärin ammatillisen toiminnan ja yleisinhimillisen toiminnan rajamailla. Lääkärin ammatilliset ja yleisinhimilliset velvollisuudet

¹¹ *Hahto, Vilja*: Uhrin myötävaikutus ja rikosentekijän vastuu. Helsinki 2004, s. 261.

¹² *Backman, Eero*: Pakkotila ja velvollisuuksien kollisio rikosoikeudessa. Lakimies 3/2004, s. 395–403.

¹³ Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset, Rikoslakiprojektin ehdotus (2000), s. 164–170 ja 301.

voisivat erota toisistaan. Kyse olisi siten hiukan samankaltaisesta tilanteesta kuin poliisin puolustaessa itseään tai toista hätävarjelutilanteessa. Oikeus itsepuolustukseen on sellainen perimmäinen jokamiehen oikeus, että se on oltava poliisillakin. Siihen, kuinka tuota oikeutta saa käyttää, voi vaikutusta olla sillä, että kyse on poliisista.¹⁴

Suomessa sairaalalääkäri on useimmiten virkamies, joten itsemurhan avustamisen ja kuolinavun tilannetta olisi arvioitava myös virkavelvollisuuksien noudattamisen näkökulmasta. Virkavelvollisuuksien sisällön täsmentäminen voi olla hyvinkin hankalaa, jos kysymys on perin niukasti säännelystä aihealueesta. Tiettyä merkitystä saattaisi olla sillä, että itsemurhan avustamisessa, silloin kun toimitaan lainmukaisesti, rikosoikeudellinen vastuu sulkeutuu totaalisesti pois, koska menettely ei toteuta rikostunnusmerkistöä lainkaan. Aktiivisen kuolinavun tilanteessa puolestaan teko täyttää surmaamisrikoksen tunnusmerkistön, mutta tulee oikeutetuksi, kun asia otetaan laajempaan tarkasteluun. Virkavelvollisuuksien näkökulmasta jälkimmäinen tilanne on hankalampi selittää velvollisuuksien mukaiseksi.

Jos kuoleva potilas toivoo kuolemaa ja muilta apua siinä, lääkärin velvollisuuksista tässä tilanteessa voidaan ajatella monella tavalla. Lääkärin velvollisuutena voisi olla edistää toiveen toteutumista, mutta yhtä hyvin voidaan lähteä siitä, ettei ketään voida velvoittaa tällaiseen tekoon. Sekin on mahdollista, että kysymys olisi lääkärin velvollisuuksien kannalta neutraali, ja että lääkäri, jos hän aktiivisesti asiassa toimii, toimisi yleisinhimillisessä roolissaan kanssaihmisenä.

Lääkärin roolia asetelmassa voidaan muunnella eri tavoin. Lääkäri voisi itsekin päätyä itsemurhaan, jolloin ero hänen ja toisenlaisen itsemurhakan- didaatin, potilaan, välillä on siinä, että lääkäri osaa toteuttaa itsemurhan ammatillisesti pätevällä tavalla. Jos taas lääkäri on itsemurhaa hautovana potilaana, lääkäri lienee vapaa ammatillisista velvollisuuksistaan.

Lääkärin vastuu potilaastaan kasvaa, kun potilaan tila heikkenee. Hankalia tilanteita tulee eteen, jos esimerkiksi potilas, jonka tahdonmuodostus on heikentynyt, toivoo avustamista itsemurhassaan tai aktiivista kuolinapua.

Tässä artikkelissa olen kohdistanut päähuomion itsemurhaa lähimpänä oleviin kysymyksiin, siis tahalliseen tarkoitettuun ja toivottuun hengentiistoon tai siinä avustamiseen. Ihmis- ja perusoikeuskytkentöjen vuoksi on perimmältään kyse siitä, kuinka vahva on yksilön oikeus päättää kuole-

¹⁴ Ks. *Terenius, Markus*: Poliisin voimankäyttö. Rikosoikeudellinen tutkimus sallitun voimankäytön rajoista. Helsinki 2013.

mastaan. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 2 artiklan nojalla ihmiselämä on suojattu. Jokaisen oikeus elämään suojataan laissa, eikä keneltäkään ei saa riistää hänen elämänsä tahallisesti, paitsi tuomioistuimen päätöksen täytäntöönpanemiseksi silloin, kun hänet on tuomittu rikoksesta, josta laissa määrätään tällainen rangaistus. Kuolemanrangaistuskin on nykyään Euroopassa kielletty. Artiklassa säädetään sellaisesta voimankäytöstä, jota ei katsota artiklan vastaiseksi teoksi.

Ihmisoikeussopimuksessa ei oteta suoraan kantaa itsemurhan sallittavuuteen. Keneltäkään ei saada tahallisesti riistää hänen elämänsä, joten sellainen teko olisi artiklan vastainen. Termi riistäminen kuitenkin viittaa surmaamisen tahdonvastaisuuteen, joten pyynnöstä surmaaminen tuskin olisi artiklan vastaista menettelyä.

Oikeus elämään edellyttää siis valtiovalalta, että elämää suojellaan myös lainsäädännön keinoin ylläpitämällä säännöksiä ja viranomaismenettelyitä tässä tarkoituksessa. Valtiovalta on velvoitettu kriminalisoimaan henkirikokset siihen tapaan kuin Suomessakin on tehty jo paljon ennen kuin tällaisista velvollisuuksista saattoi olla puhetta. Suomen perustuslaissa oikeudesta elämään säädetään 7 §:ssä.

Ihmis- ja perusoikeusnormien ja välillisesti myös muun lainsäädännön suojaama oikeus elämään perustuu elämään arvona ja elämän kunnioitukseen. Oikeus elämään on perustava ihmisoikeus, koska kaikki muut oikeudet ovat siitä riippuvaisia ja menettävät merkityksensä, kun elämä riistetään.

Jos oikeutta elämään ajattelee elämän kunnioitukseen perustuvana arvona, lienee yhtä lailla ymmärrettävää, että voi olla tilanteita, joissa yksilö päättää valita kuolla. Tai päättäisi valita kuolla, jos pystyisi tahtonsa toteuttamaan.

On jossain määrin epäselvää, voidaanko ajatella yksilön saavan täysin vapaasti päättää kuolemastaan ja mitä tämä merkitsisi. Ihminen voi pätevästi kieltäytyä tarjotusta hoidosta, eikä potilasta muutoinkaan saa hoitaa hänen valistuneen suostumuksensa vastaisesti. Pakkohoito voisi loukata ihmisarvoa. Mutta on silti epäselvää, loukataanko itsemurhaa yrittävän oikeutta päättää elämästään, jos itsemurha voimatoimin estetään. Toisin sanoen: Sisältääkö oikeus elämään oikeuden kuolemaan?

Euroopan ihmisoikeustuomio käsitteli kysymystä suuren huomion saaneessa *Pretty*-tapauksessaan. EIT:n mukaan EIS 2 artiklan mukainen oikeus elämään ei sisältänyt ihmisoikeutena oikeutta kuolemaan. Ms. *Pretty* oli halvaantunut ja sairasti kuolemaan johtavaa vakavaa rappeutumissairautta. Hän oli toivonut syyttäjältä etukäteistä päätöstä siitä, ettei hänen miestään, jonka apua tarvittiin kuoleman aikaansaamiseksi, syytettäisi hänen kuole-

mansa aiheuttamisesta. Koska tällaista taetta ei voitu antaa, Ms. Pretty katsoi viranomaisten loukkaanen lukuisia EIS:ssa turvattuja oikeuksia.

Yhdistyneissä kuningaskunnissa oli voimassa laki itsemurhasta (*Suicide Act*, 1961). Tuossa laissa oli nimenomainen säännös siitä, että itsemurhan avustaminen oli rangaistavaa. Tilanne poikkesi siten Suomen oikeudesta. Ms. Pretty tapauksessa hänen toivonsa oli nimenomaan ihmisoikeustuomioistuimessa ja EIS:n takaamassa oikeudessa, koska paikallinen lainsäädäntö mitä ilmeisimmin ei olisi taannut hänelle tällaista oikeutta. Viranomaiset eivät olleet valmiita poikkeamaan rangaistavaksi säädetystä menettelystä, vaikka olikin selvää, että Ms. Pretty ei enää pystyisi itse toteuttamaan itsemurhaansa. Brittiläisessäkin järjestelmässä ei ollut selvää, oliko syyttäjällä toimivaltaa tehdä etukäteen sitova päätös siitä, että syyttäjä ei tulisi ryhtymään jälkikäteen syytetoimiin. Kysymys oli siten tässä vaiheessa myös siitä, oliko tällaisen menettelyn puuttuminen vastoin taattua oikeutta kuolemaan.

Euroopan neuvosto on eri yhteyksissä käsitellyt kysymystä kuolemansairaana ihmisoikeuksien ja ihmisarvon suojaamisesta. Suositus R 1418 (199) korostaa, että kuolemansairaana (*terminally ill*) henkilön suojan surmaamisteoilta tulee olla taattu, eikä edes kuolemansairaana omaa tahtoa saa pitää perusteena oikeuttaa tällaista tekoa. Vuoden 1997 biolääketiedesopimuksessa korostetaan ihmisarvon kunnioittamista ja potilaan suostumuksen merkitystä.

Suomen Lääkäriliitto vastustaa eutanasian laillistamista ja pelkää erityisesti, että lääkäreitä velvoitettaisiin avustamaan potilaan kuolemaa.¹⁵ Tämänkin vuoksi on tarpeellista selvittää itsemurhan ja eutanasian kysymyksiä myös lainopillisen kehittelyn näkökulmasta sen sijaan, että luonnosteltaisiin sallivia lainsäännöksiä.

Itsemurhan ja eutanasian teemat osoittautuvat rikosoikeuden näkökulmasta aivan yhtä vaikeiksi kuin ne ovat etiikan ja lääkintäoikeuden näkökulmista. Tästä syystä näiden kysymysten tarkastelu rikosoikeuden näkökulmasta on hyvin hedelmällistä. Näin voidaan kehittää rikosoikeudellista vastuudoktriinia yhteiskunnallisen asiayhteyden entistä paremmin tunnistavaksi. Sijoittaisin tässä mielessä nämä pohdinnat laajasti käsitetyn yhteiskunnan rikosoikeuden teeman yhteyteen.¹⁶

¹⁵ Lääkärin etiikka. 7. painos. Helsinki 2013, s. 162.

¹⁶ *Nuotio, Kimmo*: Yhteiskunnan rikosoikeus, teoksessa Husa, J. – Keskitalo, P. – Linna, T. – Tammi-Salminen, E. (toim.), Oikeuden avantgarde: Juhlajulkaisu Juha Karhu 1953 – 6/4 – 2013. Helsinki, s. 259–282.

Euroopan unionin tuomioistuin: oikeuden ja politiikan rajapinnassa

1 OIKEUDEN JAKAJA VAI POLIITTINEN TOIMIJA?

EU-oikeuden roomalais-kanonisen oikeusajattelun latinankieliset juuret näkyvät edelleen esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimen Curia-nimisillä kotisivuilla.¹ Vaikka Curia ei ole EU:n toimielimen nimi – kuten esimerkiksi Unkarin korkeimman oikeuden (Kúria) –, sana viitanee katolisen kirkon kehittämään yhtenäiseen tuomioistuinjärjestelmään, jossa muutoksenhakukanteet käsitteli ylempi kollegiaalinen tuomioistuin.² Eurooppalainen oikeus ja oikeudellinen ajattelu halkovat yhteistä eurooppalaista historiaamme.

Siinä missä vanhempien jäsenvaltioiden kielillä EU-tuomioistuimen nimi muodostuu käsiteparista hovi (*cour*) ja sanoista oikeus/oikeudenmukaisuus (*justice*), käytetään vastaavasti kaikilla pohjoismaisten jäsenvaltioiden kielillä termiä, joka muodostuu sanaparista tuomio (*dom*) ja istuin (*stol*). Vaikka EU-tuomioistuimen erikielisistä nimistä ei voi suoraan päätellä, mikä tuomioistuinlaitoksen suhde muihin valtioelimiin ja yksilöön eri oikeusjärjestyksissä on, nimissä näkyvä jakolinja heijastelee suhtautumista tuomioistuimen rooliin yhteiskunnassa: siinä missä pohjoismaiset tuomioistuinlaitokset ovat leimallisesti olleet ”lojaaleja” lainsäätäjää kohtaan,³ voidaan keskisemmän Euroopan jäsenmaiden tuomioistuinlaitosten ja erityisesti perustuslakituomioistuinten *Leitmotiv* helpommin kytkeä lainsäätäjän toiminnan valvomiseen sekä yksilön (oikeuksien) suojelemiseen suhteessa valtioon.⁴ Lainsäätäjän ja tuomiovallan suhteessa kuvatun kaltainen ero näkyy selvimmin verrattaessa tuomioistuinten suhtautumista rooliinsa osana oikeusjärjestyksestä *common law*

1 Euroopan unionin tuomioistuimen internetosoite on <http://www.curia.europa.eu>.

2 Letto-Vanamo, Pia: Eurooppa oikeusyhteisönä: Yhteistyön haasteet ja mahdollisuudet. Helsinki 1998, s. 6.

3 Letto-Vanamo 1998, s. 156.

4 Ks. myös Kelemen, R. Daniel: Eurolegalism. The Transformation of Law and Regulation in the European Union. Cambridge, Mass. 2011 siitä, miten EU-tuomioistuin muo-
vaa EU-oikeutta nimenomaan yksilöiden oikeuksien kautta.

ja *civil law* -perinteissä. Anglosaksisessa perinteessä tuomioistuinten toiminta mielletään helposti myös poliittiseksi siinä missä jäljempää – ja erityisesti pohjoismaista – ajattelua leimaa käsitys tuomioistuinten tehtävästä oikeuden jakajana lainsäätäjän säätämien lakien pohjalta.

Lainsäädännön vahva asema suhteessa oikeuskäytäntöön on perinteisesti näkynyt pohjoismaissa esimerkiksi lainsäädännön esitöiden korostuneena oikeusläheopillisena arvona. Näin ei ole EU-oikeudessa. Lainsäädännön esitöiden sijaan korostuneessa asemassa ovat unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö ja erityisesti oikeuskäytännössä kehittyneet yleiset oikeusperiaatteet, jotka ovat vaikuttaneet merkittävästi EU-oikeusjärjestyksen kehitykseen. Asetelma mielletään usein merkiksi anglosaksisen oikeuden vaikutuksesta EU-oikeudessa. Tämä ei kuitenkaan välttämättä ole (pelkästään) seurausta valinnasta oikeusperheiden välillä, vaan saattaa johtua EU-oikeuden erityispiirteistä: lainsäädännön esitöitä ei useinkaan ole saatavilla tai ne ovat salaisia.⁵

EU-oikeus on joka tapauksessa oikeuskulttuurisesti eräänlainen hybridi, jossa sekoittuvat (muun ohella) anglosaksisesta järjestelmästä ja mannereurooppalaisesta roomanis-germaanisesta oikeuskulttuurista peräisin olevat vaikutteet.⁶ Tämä pätee myös rajoitetummin unionin tuomioistuimeen, johon jäsenvaltiot yhteisellä päätöksellä valitsevat lukumääräänsä vastaavat 28 tuomaria.

Tätä taustaa vasten kirjoituksessa pohditaan, miten jäsenvaltioiden (yhteiset tai erilaiset) traditiot näkyvät unionin tuomioistuimessa. Toisaalta arvioidaan, missä määrin (ja jos näin on, mistä syystä) unionin tuomioistuin on kehittänyt – tietoisesti tai tiedostamatta – omia käytäntöjään. Keskustelu (kansallisista) oikeudellisista perinteistä johtaa väistämättä myös kysymään, miten ne tällä hetkellä vaikuttavat EU-oikeuden kehitykseen erityisesti unionin tuomioistuimessa. Tähän liittyy läheisesti myös kysymys oikeustieteen vaikutusmahdollisuuksista unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja sitä kautta EU-oikeuden kehitykseen. Yhä suurempi osa EU-oikeutta käsittelevästä oikeustieteellisestä tutkimuksesta julkaistaan englanniksi. Merkitseekö tämä myös sitä, että anglosaksinen oikeuskulttuuri vaikuttaa muita kulttuureja enemmän unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön? Tätä kysymystä pohditaan kirjoituksen lopuksi.

5 Näin on erityisesti sanamuodoltaan erittäin avointen perussopimusten säännösten kohdalla. Esitöiden puuttuessa tuomioistuimen tehtäväksi on jäänyt näiden (ja muiden EU-oikeudellisten) normien konkretisointi yksittäistapauksissa.

⁶ Tuori, Kaarlo: Oikeuden ratio ja voluntas. Vantaa 2007, s. 253 ja 254.

2 UNIONIN TUOMIOISTUIN: EU:N OMA MONIKULTTUURINEN PERUSTUSLAKITUOMIOISTUIN

Roomalais-kanoninen kollegiaalinen Curia on useimmissa kansallisissa ilmiösuissaan – eli ylimmissä tuomioistuimissa – saanut muodon, jossa päätös tehdään usean tuomarin kokoonpanossa. Monissa eurooppalaisissa perustuslakituomioistuimissa päätökset tehdään useimmiten kokoonpanoissa, joissa on kolmesta kahdeksaan tuomaria. Täysistuntoratkaisuihin turvaututaan vain harvoin.⁷ Vastikään julkaistussa tutkimuksessaan de Visser on vertaillut kahdeksan eri maan (Belgia, Tšekin tasavalta, Ranska, Saksa, Unkari, Italia, Puola, Espanja) perustuslakituomioistuimia. Tutkimuksen perusteella voidaan yleistäen sanoa, että tuomareiden nimitysvalta on joko maan parlamentilla tai se on jaettu ylimpien valtionelementtien kesken: vain Belgiassa nimitys perustuslakituomioistuimeen on elinikäinen, muissa vertailumaissa se on määräaikainen, mutta uusittavissa.⁸ Kuten Suomen ylimmissä oikeuksissa ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa Strasbourgissa, myös suurimmassa osassa eurooppalaisista perustuslakituomioistuimista (ratkaisukokoonpanon enemmistön kanssa samaa tai eri mieltä olevien) tuomareiden eriävät mielipiteet ovat nykyisin sallittuja.⁹

EU-tuomioistuimessa – ja nimenomaan unionin tuomioistuimessa, johon tässä kirjoituksessa keskitymme – tilanne on toisenlainen. Unionin tuomioistuimen 28 tuomaria nimitetään kunkin jäsenvaltion hallituksen ehdotuksesta ja jäsenvaltioiden hallitusten yhteisellä sopimuksella.¹⁰ Nimityspäätös on siis tältä osin avoimen poliittinen.¹¹ Vastoin tämänhetkistä käsitystä, jonka mukaan uudelleenvalinnan mahdollisuus altistaa

⁷ De Visser, Martje: *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*. Oxford 2014, s. 210–211.

⁸ De Visser 2014, s. 206–210 ja 224.

⁹ Eurooppalaisista perusoikeustuomioistuimista ainoastaan Itävallan, Belgian, Ranskan, Italian ja Luxemburgin perusoikeustuomioistuimet eivät julkista eriäviä mielipiteitä, ks. Kelemen, Katalin: *Dissenting Opinions in Constitutional Courts*. *German Law Journal* 2013, s. 1345–1371. Kelemenin mukaan äänestystulosten (anonyymi) julkistaminen ei ole eurooppalaisissa perustuslakituomioistuimissa edes mahdollista – Saksaa lukuun ottamatta, jossa sitä ei mahdollisuudesta huolimatta tehdä. Ks. tältä osin s. 1362 ja 1368.

¹⁰ Ks. SEU 19(2) artikla.

¹¹ Toisaalta nimitysten poliittisuutta voidaan arvioida rajoittavan Lissabonin sopimuksella luotu tuomarivalintakomitea, joka antaa SEUT 255 artiklan nojalla lausunnon jäsenvaltioiden ehdottamien tuomarikandidaattien soveltuvuudesta (ja nimenomaan ammatillisesta pätevydestä).

tuomarin poliittiselle, intressiryhmien ja median painostukselle, unionin tuomioistuimen tuomareiden toimikausi on kuusivuotinen ja rajoituksetta uusittavissa.¹² Kansalliset oikeudelliset perinteet vaikuttavat tuomioistuimen toimintaan siellä työskentelevien henkilöiden kautta: monet unionin tuomioistuimen tuomareista ja julkisasiamiehistä ovat työskennelleet kansallisissa tuomioistuimissa uransa aikana. Siksi heidän näkökulmansa EU-oikeuteen on mitä todennäköisimmin – tiedostaen tai tiedostamatta – ainakin jossain määrin ”oman” kansallisen oikeudellisen perinteen leimaama.¹³ Julkisasiamiehiä on vuodesta 2013 lähtien yhdeksän, joista viisi valitaan aina suurista jäsenvaltioista (Puola, Ranska, Saksa, Italia, Espanja, Iso-Britannia) ja loput vuorotellen pienemmistä.¹⁴ Kuten EU:ssa laajemminkin, lähtökohtana on jäsenvaltioiden keskinäinen tasa-arvo, jota ilmentää se, että jokaisella jäsenvaltiolla on ”oma” tuomari.¹⁵ Vakituinen julkisasiamies on kuitenkin vain suurilla jäsenvaltioilla. Jos oletetaan, että julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksella on vaikutusta tuomioistuimen ratkaisuharkintaan, voidaan myös olettaa, että edellä mainittujen suurten jäsenvaltioiden kansallinen oikeusajattelu vaikuttaa EU-oikeuden kehitykseen enemmän kuin muiden.

Toisin kuin monissa eurooppalaisissa perustuslakituomioistuimissa, unionin tuomioistuimen tuomiot ovat kollegiaalisia, eivätkä eriävät mielipiteet tai poikkeavat perustelut ole mahdollisia.¹⁶ Lopullinen tuomio ei myöskään kollegiaalisen muotonsa vuoksi paljasta lukijalle, miten jäsenet ovat asiassa mahdollisesti äänestäneet. Oikeuskirjallisuudessa valintaa olla sallimatta eriäviä mielipiteitä on pidetty yhtä aikaa tarpeellisina ja ongelmallisina. EU-oikeuden vielä hakiessa suuntaansa eurooppalaisen integraation ensimmäisinä vuosikymmeninä tuomioistuimen yhtenäisyyttä korostavaa kollegiaalisuutta on pidetty jopa välttämättömänä. Kollegiaa-

¹² *Kelemen* 2013, s. 1359–1360. Ks. SEU 19(2) artikla.

¹³ Äärimmäiseksi luonnehdittavissa oleva näkemys oikeuskielten ja kulttuurien perimmäisestä yhteensopimattomuudesta ja siitä, kuinka kieli muovaa ymmärrystä kieleen sidottujen ennakkokäsitysten kautta, ks. *Legrand, Pierre: Word/World (Of Primordial Issues for Comparative Legal Studies)*. Teoksessa Petersen, Hanne – Kjaer, Anne Lise – Krunke, Helle – Rask Madsen, Mikael (eds.): *Paradoxes of European Legal Integration*. Aldershot 2008, s. 185–234.

¹⁴ Neuvoston päätöksen, 25 päivänä kesäkuuta 2013, Euroopan unionin tuomioistuimen julkisasiamiesten määrän lisäämisestä (29.6.2013, EUVLL L 179/92), mukaan julkisasiamiesten määrä nousee 7.10.2015 yhteentoista.

¹⁵ Ks. SEU 19(2) artikla.

¹⁶ Tuomioistuimen perussäännön 35 artiklan mukaan sen neuvottelut ”ovat salaisia ja pysyvät sellaisina”.

lisuuden on arvioitu yhtäältä taanneen ja vakiinnuttaneen tuomioistuimen auktoriteetin EU:n ylimpänä tuomioistuimena sekä toisaalta suojanneen jäsenvaltioiden nimittämiä tuomareita poliittiselta painostukselta.¹⁷ Neuvottelusalaisuus yleisesti ja eriävien mielipiteiden poissulkeminen erityisesti voidaan nimittäin nähdä tapana eristää tuomarit mahdolliselta jäsenvaltioiden hallitusten suoralta painostukselta.¹⁸ Painostuksen todennäköisyys laskee, kun jäsenvaltiot eivät saa tietoonsa yksittäisen tuomarin näkemystä, eikä tuomarin tarvitse näin ollen ratkaista asioita ajatellen mahdollista uudelleennimitystään.¹⁹ Toisaalta myös vastakkaisia näkemyksiä esitetään enenevässä määrin: eriävien mielipiteiden ja äänestysratkaisujen poissulkeminen voi johtaa läpinäkymättömyyteen, jonka voidaan arvioida heikentävän tuomioistuimen ratkaisujen auktoriteettia ja hyväksyttävyyttä, kun mahdolliset eriävät näkemykset naamioidaan yhtenäisen ulkokuoren alle.²⁰

Historiallisesta näkökulmasta läpinäkymättömyyteen vaikuttaa todennäköisesti paljon se, että EU-tuomioistuimen juuret löytyvät Ranskan oikeusjärjestyksestä. Täältä on perujaan myös julkisasiamiesinstituutio, joka osaltaan on olemassa juuri lyhyiden ja varsin hankalalukuisten tuomioiden perusteluiden valottamiseksi.²¹ Tuomioiden tulkitsijan näkökulmasta oikeudellisesti sitomattomissa julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksissa ongelmallista on se, ettei julkisasiamies edusta tuomioistuinta. Ratkaisuehdotus on julkisasiamiehen riippumaton ja puolueeton näkemys siitä, kuinka tuomioistuimessa käsiteltävä asia tulisi ratkaista, eikä ehdotuksesta siksi ole apua yritettäessä ymmärtää tuomioistuimen ratkaisuharkintaa ja syitä tietynlaisiin perusteluihin. Julkisasiamiesten ratkaisuehdotuksista ei myöskään löydy tulkinta-apua tilanteissa, joissa tuomioistuin on syystä tai toisesta päättänyt ratkaista asian ilman

¹⁷ Kelemenin mukaan poliittiselta painostukselta on suojauduttu poikkeuksellisen hyvin, ks. *Kelemen, R. Daniel*: The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union. *Journal of European Public Policy* 2012, s. 43–58.

¹⁸ Ks. *Terris, Daniel – Romano, Cesare P. R. – Swigart, Leigh*: The International Judge. An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases. Oxford 2007, 155. Ks. myös *Kapteyn, P.J.G. – Gormley, Laurence – VerLoren van Themaat, P.*: Introduction to the law of the European Communities. 3rd ed. The Hague 1998, s. 251, sekä saman oppikirjan aiempi painos 1990, s. 146.

¹⁹ Tuomareiden suojaaminen poliittiselta painostukselta ei sen sijaan perustele mahdollista, vaikkakin harvinaista anonyymia eriävää mielipidettä, eikä anonyymien äänestystulosten julkistamista jättämistä.

²⁰ Ks. tästä esimerkiksi *Paunio, Elina*: Legal Certainty in Multilingual EU Law. Language, Discourse and Reasoning and the European Court of Justice. Aldershot 2013, s. 136 ss.

²¹ *Lasser* 2004, s. 203 ss.

ratkaisuehdotusta.²² Vaikka yleisesti ottaen voidaankin sanoa, että tuomioistuimen perustelut ovat vuosikymmenten mittaan muuttuneet ainakin hieman diskursiivisemmiksi, mikä voidaan tietystä määrin tulkita anglosaksisesta järjestelmästä saaduksi vaikutteeksi, ainakin pohjoismaisesta näkökulmasta tarkasteltuna on edelleen niin, että unionin tuomioistuimen ratkaisujen perustelut ovat varsin muodollisia.

Kuten kansalliset perustuslakituomioistuimet, myös unionin tuomioistuin pyrkii tekemään ylivoimaisesti suurimman osan päätöksistään kolmen tai viiden tuomarin jaostoissa. Yhdentoista tuomarin vahvuudessa päätösvaltainen suuri jaosto, joka koostuu viidestätoista tuomarista, ratkaisi vuosina 2008–2012 melko vaihtelevan määrän käsiteltävistä asioista (8–14 %).²³ Kollegiaalisen ratkaisutoiminnan haasteellisuus kasvaa epäilemättä tuomarien määrän kasvaessa, ja siksi usein juuri unionin tuomioistuimen suuren jaoston tuomioiden perustelut voivat olla niiden tulkitsijalle kryptisyytensä ja lyhyytensä vuoksi todellinen haaste.²⁴ Kollegiaalisessa ratkaisutoiminnassa on valittava joko se oikeudellinen tulkinta, josta syntyy konsensus tai se, johon enemmistö tuomareista päätyy. Myös tuomion perusteluiden osalta on joko tyydyttävä kaikkia (mahdollisesti myös vähemmistöön jääneitä) miellyttävään kompromissiin, mikä voi heikentää perusteluiden selvyyttä ja rationaalisuutta,²⁵ tai vähemmistöön jääneiden on annettava enemmistön perustella tuomio.²⁶ Jälkimmäisessäkin vaihtoehdossa on aina kyse usean tuomarin näkemyksen yhteensovittamisesta – pahimmillaan esimerkiksi suuressa jaostossa kymmenen (tai jopa neljäntoista). Eri näkemysten yhteensovittamisen mahdottomuus saattaa olla yksi tekijä, joka näkyy joko

²² Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 20 artiklan viidennen kohdan mukaan unionin tuomioistuin voi julkisiasiasta kuultuaan päättää ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta, jos asiassa ei tule esiin uutta oikeuskysymystä.

²³ Euroopan unionin tuomioistuin: Vuosikertomus 2012 – Katsaus unionin tuomioistuimen, unionin yleisen tuomioistuimen ja Euroopan unionin virkamiestuomioistuimen toimintaan. Luxemburg 2013, s. 100. Jäsenvaltioilla on lisäksi tuomioistuimen perussäännön 16 artiklan mukaisesti mahdollisuus pyytää asian käsittelyä suuressa jaostossa. Tästä syystä siitä, että asian on ratkaissut suuri jaosto, ei aina voida suoraan päätellä, että kyseessä on EU-oikeuden näkökulmasta – tai mahdollisesti poliittisesti – erityisen merkittävä asia. Ks. esimerkiksi suuren jaoston määräykset yhdistetyissä asioissa C-97/13 ja C-214/13 *Câmpean ja Ciocoiu*, määräys 3.2.2014.

²⁴ Woods, Lorna: Consistency in the Chambers of the ECJ: A Case Study on the Free Movement of Goods. *Civil Justice Quarterly* 2012, s. 339–367, s. 367.

²⁵ Hartley, Trevor C.: *The Foundations of European Community Law: An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*. Oxford 2007, s. 71.

²⁶ Arnall, Anthony: *The European Union and its Court of Justice*. 2nd ed. Oxford 2006, s. 638.

sisäisesti ristiriitaisina tai epäjohtonmukaisina perusteluina tai perusteluiden antamatta jättämisenä osittain tai kokonaan.²⁷

Unionin tuomioistuinta käsittelevä yhteiskuntatieteellinen tutkimus on tuonut keskusteluun ajatuksen tuomioistuimesta EU:n (poliittisten) päämäärien edistäjänä. Tässä yhteydessä puhutaan usein tuomioistuinaktivismista.²⁸ Ajattelu tuomioistuimen aktiivisuudesta (epäsuorasti) poliittisena toimijana on tiukasti kytköksissä niukkoihin perusteluihin: kun tuomioistuin ei avaa ratkaisuun vaikuttaneita tekijöitä lukijalle, syntyy käsitys, että niukkasanaiset perustelut tai vetoaminen yleisiin tavoitteisiin perusteluiden tueksi kätkevät taakseen jotakin, mikä ei kestä päivänvaloa. Näkemys tuomioistuimesta aktiivisena poliittisena toimijana nivoutuu kuitenkin tiukasti yhdysvaltalaiseen aktivismikeskusteluun, ja siis tätä kautta myös väistämättä anglosaksiseen oikeuskulttuuriin, jossa tuomioiden diskursiivisen tyylin lisäksi eriävät mielipiteet ovat sallittuja.

Eurooppalaisen oikeustieteen näkökulmasta aktivismikeskustelu näyttäytyy jossakin määrin yksipuolisena ja yksinkertaistavana. Esimerkiksi Grimmel korostaa oikeuden kontekstirationaalisuutta, joka poikkeaa muiden yhteiskuntatieteiden triviaalirationaalisuudesta.²⁹ Siinä missä triviaalirationaalisuus olettaa, että selvittämällä rationaalisen toimijan (pää)intressi voidaan selittää ja ennustaa tämän käyttäytyminen, oikeudellinen kontekstirationaalisuus on monisäikeisempää: toimintaa rajoittavat monet oikeudelliset pidäkkeet, eikä sen lopputulos määräydy suoraan jostain kaiken selittävästä yksittäisestä intressistä käsin. Koska oikeudellisen ja muun yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen lähtökohdat ovat näin erilaiset, oikeudelliset selitykset eivät voi kiistää eri oletuksille perustuvia yhteiskuntatieteellisiä selityksiä ja päinvastoin.

²⁷ Oikeustieteilijät ovat laajalti pitäneet asiaa C-34/09 *Ruiz Zambrano*, tuomio 8.3.2011, Kok., s. I-1177, malliesimerkkinä suuren jaoston erimielisyydestä seuraavasta päätöksen perustelemattomuudesta.

²⁸ Ks. erityisesti *Rasmussen, Hjalte*: The European Court of Justice. København 1998, 27. Rasmussen on ehkä ollut kaikkein äänekkäimpiä unionin tuomioistuimen aktivismin kritisoijista. Hän kritisoi tuomioistuinta tältä osin ensimmäisen kerran teoksessa *Rasmussen, Hjalte*: On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking. Boston 1986. Yhteiskuntatieteilijöistä esimerkiksi Alter näkee unionin tuomioistuimen poliittisena toimijana. Ks. esimerkiksi *Alter, Karen*: The European Court's Political Power: Selected Essays. Oxford 2010.

²⁹ *Grimmel, Andreas*: Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice. *European Law Journal* 2012, s. 518–535, s. 524.

Oikeudellisen päätöksenteon kontekstirationaalisuuden kannalta ei ole ongelmallista ajatella, että tuomareilla on toisistaan eriävät poliittiset mielipiteet ja erilaiset oikeusteoreettiset selitykset oikeuden luonteesta ja tuomioistuimen tehtävästä sekä ajatukset siitä, miten EU-oikeutta tulisi kehittää. Ehkä juuri tästä syystä vaikeammiksi tai tärkeämmiksi koetut asiat käsitellään myös kollegiaalisissa tuomioistuimissa suuremmissa kokoonpanoissa. Sen sijaan – tai ohella – että oletetaan suurempien kokoonpanojen tekevän tuomioharkinnasta puhtaasti äänestysluonteista, voidaan ajatella, että yksittäisten tuomareiden henkilökohtaisten vakaumusten merkitys suhteessa (puhtaasti) oikeudelliseen harkintaan vähenee. Kärjistäen suuremmissa kokoonpanoissa siis tuomareiden erilaiset näkökulmat kumoavat toisensa ja jäljelle jää puhtaasti oikeudellinen harkinta, joka väistämättä ainakin oikeuden ulkopuolisesta näkökulmasta vaikuttaa minimalistiselta. Tuomareiden määrän kasvaessa henkilökohtaiseen (poliittiseen tai muuhun) vakaumukseen kiinnittyvien seikkojen vaikutus päätöksentekoon pienenee.

Jaostojen suuruuden ajatellaan myös ohjaavan unionin tuomioistuimen oikeudellista tulkintaa. Sarmienton mukaan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö tukee ajatusta siitä, että pienempien jaostojen oikeudelliset tulkinnat eivät poikkea suuremmissa jaostoissa aiemmin tehdyistä tulkinnoista.³⁰ Osaselitys tähän voi löytyä ainakin siitä, että unionin tuomioistuin on siirtynyt pysyvästä suuresta jaostosta vuorottelevampaan malliin, jossa kulloinkin käsiteltävään asiaan määrätään aina jaostojen puheenjohtajat ja tämän jälkeen loput tuomarit vuorotellen, virkaikäjärjestyksen mukaan järjestetyltä listalta. Vuorottelujärjestelmän etuna on, että kaikilla tuomareilla on mahdollisuus vaikuttaa periaatteellisesti tärkeiden ratkaisujen tekemiseen. Puheenjohtajien järjestelmällinen mukanaolo suuren jaoston ratkaisukokoonpanossa puolestaan lisää koherenssia suuren jaoston ja pienempien jaostojen välillä.³¹ Lisäksi asian ratkaiseminen noin vuoden viiveellä suullisesta käsittelystä ja vastaavasti puolen vuoden viiveellä julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen julkaisemisesta tarkoittaa, että tuomareilla on kattava

³⁰ *Sarmiento, Daniel*: Half a Case at a Time: Dealing with Judicial Minimalism at the European Court of Justice. Teoksessa Claes, Monica – de Visser, Martje – Popelier, Patricia – Van de Heyning, Catherine (eds): *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*. Oxford 2012, s. 13–40, s. 27. Vrt. *Woods* 2012, joka on tutkinut eri kokoonpanojen tapaa viitata tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevaan oikeuskäytäntöön. Hänen mukaansa näyttää siltä, etteivät eri jaostojen ratkaisut välttämättä kaikilta osin ole johdonmukaisia.

³¹ Ks. *Lenaerts, Koen – Arts, Dirk – Maselis, Ignace*: *Procedural Law of the European Union*. 2nd ed. London 2006, s. 7.

käsitys seuraavan vuoden sisällä heidän eri kokoonpanoissa ratkaistavikseen tulevista asioista. Tämä auttaa osaltaan johdonmukaisen oikeuskäytännön muodostamisessa ja saattaa jopa kannustaa minimalistisiin ratkaisuihin.

Vaikka näiden seikkojen voidaan odottaa jossain määrin edistävän oikeuskäytännön johdonmukaisuutta (vaikka tuomarien määrä entisestään kasvaisi) jaostojen välillä, ne eivät kuitenkaan selitä sitä, miksi tuomioistuinten perustelut ovat muokkautuneet sellaiseksi kuin ne ovat. Kuten todettua, selitystä lyhyelle ja muodolliselle perustelutyylille voi etsiä tuomioistuimen alkujaan ranskalaisista juurista. Toisaalta tuomioistuin on vuosikymmenten saatossa muuttunut merkittävästi samaa tahtia EU-integraation edetessä. Siksi selitys minimalistisille perustelutyylille voi kollegiaalisen päätöksentekotavan lisäksi löytyä EU-oikeusjärjestyksen erityispiirteistä ja haasteista, jotka unionin tuomioistuimen on EU:n kaltaisessa monikulttuurisessa ja -kielisessä oikeusyhteisössä jatkuvasti kohdattava.

3 MINIMALISMIA PLURALISTISEN OIKEUSJÄRJESTYKSEN OMIIN TARPEISIIN

Unionin tuomioistuimen perusteluja kuvataan siis usein edellä todetusti minimalistisiksi. Minimalismi ei kuitenkaan ole pelkästään ongelmallista. Minimalistisen perustelutyylin voidaan ajatella kehittyneen vastaamaan pluralistisen, monikerroksisen oikeusjärjestyksen tarpeita. Monikielisen ja -kulttuurisen oikeusjärjestyksen tuottama säädösmaailma on usein korostetun abstraktia, aukollista tai jopa ristiriitaista. Lainsäädäntö heijastaa poliittisia kompromisseja, joita EU-jäsenvaltioiden yhteisen säädösvalmistelun onnistuminen edellyttää.³² Monikielisyyteen liittyvät käytännön syyt lisäävät myös muun ohella paineita pitäytyä mahdollisimman lyhyissä tuomioissa ja perusteluissa: unionin tuomioistuimen tuomiot käännetään kaikille virallisille kielille, ja käännösprosessille varattava aika on suoraan verrannollinen tuomion sivumäärään.

Unionin tuomioistuimen niukkasanaisuutta voidaan jossakin määrin verrata siihen, mitä Sunstein on kutsunut *common law* -kontekstissa ja nimenomaan Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden ratkaisujen osalta ni-

³² *Maduro, Miguel*: Interpreting European Law: Judicial adjudication in a context of judicial pluralism. *European Journal of Legal Studies* 2007, s. 1–21, s. 9.

mityksellä ”incompletely theorized agreements”.³³ Tausta-ajatuksena on edistää epäyhtenäisessä yhteiskunnassa yksimielisyyttä vain silloin, kun se on välttämätöntä. Toisaalta se sallii erimielisyyden tilanteissa, joissa erimielisyys ei horjuta yhteiskunnan perusrakenteita.³⁴ Oikeudellisten riitojen ratkaisemisessa tämä voi näkyä niin, että hyväksytään perusteluiden vaillinaisuus erityisesti, jos sillä vältetään laajamittainen teoreettinen konflikti.³⁵ Minimalistisen asenteen avulla tuomioistuimet voivat helpommin tulla toimeen liberaalin yhteiskunnan väistämättömien poliittisten konfliktien kanssa ja jättää perustavanlaatuisen periaatteiden pohtimisen lainsäätäjän tehtäväksi.³⁶ Tuomarit keskittyvät toisin sanoen vain siihen, mikä on tarpeen riidan ratkaisemiseksi eivätkä pyri tuomionsa perusteluissa teoretisoimaan ja abstrahoimaan käsillä olevaa asiaa. Unionin tuomioistuimen minimalismi voi hyvinkin pyrkiä kunnioittamaan vallan kolmijakoa ja rajoittaa oikeudellisten ratkaisujen politisoitumista.

Kuten todettua, unionin tuomioistuimen perustelutyylillä on arvosteltu avoimuuden puutteesta sekä tarrautumisesta tuomioistuimen alkuaikoina mahdollisesti tarpeelliseen auktoriteettiajatteluun. Tuomioistuimen ajatellaan pikemminkin määräävän kuin pyrkivän vakuuttamaan kuulijakuntansa perustelemalla.³⁷ Tämä johtuu esimerkiksi siitä, ettei tuomioissa säännönmukaisesti tuoda esiin valittua tulkintaa vastaan puhuvia argumentteja tai – erityisesti ennakkoratkaisupyyntömenettelyssä, joka perustuu tuomioistuinten väliseen diskurssiin – vastata kaikkiin asianosaisten esittämiin argumentteihin. Esimerkiksi Perju esittää, että nykytilanteessa tulisi harkita minimalismin hylkäämistä ja sallia eriävät mielipiteet, jotta ratkaisuharkinnassa esiin nousseet (poliittiset) kiistat nousisivat läpinäkyvämmiin esiin.³⁸

³³ *Sunstein, Cass R.*: *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford 1996, s. 5. Samoin, ks. *Schepel, Harm – Wesseling, Rein*: *The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe*. *European Law Journal* 1997, s. 165–188, s. 167, mutta vrt. *Maduro, Miguel*: *Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism*. Teoksessa Dunoff, Jeffrey L. – Trachtman, Joel P. (eds): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge 2009, s. 356–379, s. 366.

³⁴ *Sunstein* 1996, s. 8.

³⁵ *Sunstein* 1996, s. 5 ja 9.

³⁶ *Sunstein* 1996, s. 6.

³⁷ Ks. esimerkiksi *Conway, Gerard*: *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*. Cambridge 2012, s. 161–163 ja *Perju, Vlad*: *Reason and Authority in the European Court of Justice*. *Virginia Journal of International Law* 2009, s. 307–377, s. 338 ja 329, ks. myös s. 329–341.

³⁸ *Perju* 2009, esim. s. 344, 375 ja 373. Ehdotus koskee myös ennakkoratkaisuja.

Näkemyserot siitä, kuinka avointa unionin tuomioistuimen ratkaisutoiminnan tulisi olla, perustuvat erilaisille ajatuksille siitä, mikä on sen tehtävä ja siis pohjimmiltaan siihen, minkä oikeuskulttuurin näkökulmasta oikeustieteilijä arvioi unionin tuomioistuimen ratkaisutoimintaa. Jos ajatellaan erityisesti suurinta osaa SEUT 267 artiklan mukaisista ennakkoratkaisupyynnöistä, on yhtäältä ajateltavissa, että unionin tuomioistuimen pääasiallinen tehtävä on vastata kansallisen tuomioistuimen esittämään oikeudelliseen tulkintakysymykseen tai toisaalta, että kyse on oikeutta luovasta toiminnasta, joka vaatii muita kuin minimalistisia perusteluita. Tässä menettelyssä kansallisten tuomioistuinten ja unionin tuomioistuimen työnjako on karkeasti ottaen se, että kansallisten tuomioistuinten tehtävänä on pyytää unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua EU-oikeuden tulkinnasta tai pätevyydestä, kun taas varsinaisen oikeusjutun ratkaisu on viime kädessä kansallisten tuomioistuinten tehtävä. Laajemmasta yhteiskunnallisesta näkökulmasta katsottuna voidaan myös tässä yhteydessä ajatella, että perusteluiden tulisi – tulkintakysymyksen ratkaisun ja mahdollisesti lainsäädäntöön jääneen aukon täyttämisen lisäksi – edistää myös oikeusyhteisön kollektiivista oppimista.³⁹

Jos unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisuja tarkastellaan ensin mainitusta näkökulmasta, minimalismilla (eli sillä, että suurien periaatteiden luomisen sijaan tuomioistuin keskittyy vain yksittäisen asian kannalta olennaisten oikeuskysymysten ratkaisemiseen) on etunsa. Näin on erityisesti, kun ajatellaan EU-oikeuden tulkinnan mahdollisia laajoja vaikutuksia, oikeusjärjestyksen koherenssin varjelemista, sekä unionin tuomioistuimen käytettävissä olevaa vaillinaista tietoa tosiseikoista ja ymmärrystä kansallisesta oikeudesta. Konkreettinen eli tosiseikkoihin sidottu vastaus tulkintakysymykseen sitoo ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kädet pääasian ratkaisussa, kun taas abstrakti (ja oikeutta luova) vastaus voi jättää liiallista tulkinnanvaraa ja vähentää ratkaisun käytännön hyötyä kansallisessa soveltamistilanteessa. Konkreettinen vastaus jättää muille EU-oikeutta soveltaville tuomioistuimille enemmän tilaa erottaa (”distinguish”) niiden käsiteltävänä oleva asia aiemmin annetusta ennakkoratkaisusta.⁴⁰

³⁹ Ks. *Perju* 2009, s. 375–376.

⁴⁰ *Sarmiento* 2012, s. 25. Ks. myös *Komárek, Jan*: Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent. *The American Journal of Comparative Law* 2013, s. 149–171. Komárekin mukaan *common* ja *civil law* -perinteiden tapa käyttää ennakkopäätöksiä eroaa toisistaan – unionin tuomioistuimen tavan kuulussa jälkimmäiseen perinteeseen – mutta molemmat kykenevät tarkasti erottelemaan ennakkopäätöksen ja myöhemmän päätöksen relevantit tosiseikat. Jäänteitä näistä perinteistä ja niiden vaikutuksesta voidaan

Kansallisille tuomioistuimille jää tällöin enemmän tilaa ottaa huomioon esimerkiksi kansalliset erityispiirteet niiden soveltaessa EU-oikeutta omassa kansallisessa kontekstissaan.⁴¹ Konkreettinen vastaus edesauttaa siis – ehkä jopa paradoksaalisesti – EU-oikeuden koherenssia ja kunnioittaa unionin tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten välisen dialogin rajoja, kun varsinainen soveltaminen tapahtuu kansallisella tasolla.

Jos kollektiivisten tuomioiden synty tapa huomioidaan, eikä oleteta, että unionin tuomioistuin osallistuu julkiseen keskusteluun tai oikeusjärjestyksen yleisten oppien kehittämiseen (jonka yleensä ajatellaan kuuluvan oikeustieteelle), eriävät mielipiteet menettävät oikeudellista mielenkiintoaan. Jos unionin tuomioistuimen mieltää ensisijassa tai suuressa määrin poliittiseksi toimijaksi, vaikuttavat poliittisiksi mielletyt mielipide-erot tai tuomareiden väliset erimielisyydet mielenkiintoisilta. Oikeudellisia ratkaisuja aletaan tällöin selittää oikeudelle ulkoisten voimien vaikutuksilla.

Oikeudellisesta näkökulmasta minimalismi vaikuttaa soveltuvan erityisen hyvin SEUT 267 artiklan mukaiseen ennakkoratkaisupyynnön menettelyyn. Tuomioistuinten työnjaon näkökulmasta se, että unionin tuomioistuin rajaa (useimmiten, mutta ei suinkaan aina) kansalliselle tuomioistuimelle antamansa vastauksen tarkasti (ja antaa vain vastauksen sille esitettyyn kysymykseen) tai että se ei välttämättä yhdessä ratkaisussa anna lopullista vastausta laajempiin periaatteellisiin kysymyksiin⁴², vaikuttaa perustellulta.⁴³ Sunsteinia mukailien tämä jättää kansallisille tuomioistuimille – tai laajemmin jäsenvaltiotasolle – unionin tuomioistuimen luomien periaatteiden soveltamisen ja muokkaamisen kuhunkin asiayhteyteen sopivaksi. Jossain määrin vastauksen rajaaminen esitettyjen kysymysten mukaan on myös väistämätöntä: vaikuttaahan esitetty kysymys välttämättä siihen annettavaan

nähdä esimerkiksi tavoissa, joilla asia on eri kieliversioissa ilmaistu. Ks. esim. asia C-206/13 *Siragusa*, tuomio 6.3.2014, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa, 30 kohta ja sen erikieliset versiot.

⁴¹ *Davies, Gareth*: Activism relocated. The self-restraint of the European Court of Justice in its national context. *Journal of European Public Policy* 2012, s. 76–91, 80.

⁴² Tämänhetkistä EU-oikeutta koskevaa oikeustieteellistä keskustelua hallitsevat jossakin määrin perusoikeuskirjan soveltamista koskevat ongelmat. Ks. tästä kehittyvästä oikeuskäytännöstä esimerkiksi asia C-617/10 *Åkerberg Fransson*, tuomio 26.2.2013, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa, asia C-399/11 *Melloni*, tuomio 26.2.2013, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa ja asia C-176/12 *Association de médiation sociale* ("AMS"), tuomio 15.1.2014, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. Ks. myös em. asia C-206/13 *Siragusa*.

⁴³ Ks. esimerkiksi *Sankari, Suvi*: European Court of Justice Legal Reasoning in Context. Groningen 2013, s. 27–28, 77–78 ja 217–219.

vastaukseen, eikä oikeudellista tulkintakysymystä ole viime kädessä mahdollista erottaa kokonaan tosiseikoista, joihin se nivoutuu.

Minimalismi voidaan siis edellä kuvatusti liittää anglosaksiseen ajatteluun korkeimman (perustuslaillisen) tuomioistuimen tehtävästä oikeusjärjestyksessä. Unionin tuomioistuimen jäsenten lukumäärän valossa voisi ajatella, että mannereurooppalaisella ajattelulla on yliote suhteessa anglosaksiseen kulttuuriin, ja että tämä ajattelu ohjaisi EU-oikeuden kehitystä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta.⁴⁴ Mutta näin ei välttämättä kuitenkaan ole. Toisin kuin anglosaksisessa perinteessä, jossa oikeuden selittämisen ja systematisointitehtävän on nähty kuuluvan ensisijaisesti tuomioistuimille ja oikeuskäytännölle, mannereurooppalaisessa ajattelussa tämä tehtävä on perinteisesti jätetty oikeustieteelle.⁴⁵ Myös EU-oikeudessa oikeustieteellisellä keskustelulla on nähtävissä oikeutta selittävä ja systematisoiva tehtävä. Siksi seuraavassa tarkastellaan lyhyesti EU-oikeutta käsittelevän oikeustieteellisen tutkimuksen vaikutusta oikeuskulttuurien keskinäisiin voimasuhteisiin.

4 ENTÄ OIKEUSTIEDE?

Jäsenvaltioiden oikeuskulttuureilla on yhteiset juuret. Kansallisten oikeusjärjestysten ja kansallisen oikeusajattelun valtakauden vaikutuksia ei kuitenkaan voi vähätellä. Vaikutus näkyy myös EU-oikeutta ja erityisesti unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä tutkivan ja systematisoivan oikeustieteen pirstaloitumisessa kansallisten sekä kielirajojen mukaan. Näin on, vaikka ensi silmäyksellä voisi ajatella, että tilanne on päinvastainen. EU-oikeuden tutkijat kasvavat nimittäin yhä useammin irrallaan kansallisesta oikeusjärjestyksestä ja -kulttuurista: he ovat kotoisin yhdestä jäsenvaltiosta, opiskelevat toisessa ja työskentelevät kolmannessa.⁴⁶ He kirjoittavat englanniksi ja kirjoituksissaan viittaavat erikielisiin lähteisiin, jotka perustuvat jollekin 28 kansallisesta oikeuskulttuurista, niiden sekoitukselle, tai ei millekään niistä. Näin ollen tulevaisuudessa on vähenevässä määrin niin, että EU-oikeuteen on 28 erilaista jäsenvaltioiden oikeudellisiin traditioihin kiinnittynyttä erilaista näkökulmaa.

⁴⁴ Anglosaksista oikeuskulttuuria edustaa vain – hieman katsantokannasta riippuen – kahdesta neljään tuomaria ja – tällä hetkellä – yksi julkisasiamies.

⁴⁵ Tuomarivaltiokeskustelun yhteydessä ks. *Tuori* 2007, s. 250–251.

⁴⁶ Ilmiö näkyy myös unionin tuomioistuimessa. Erityisesti uusien unionin tuomioistuimen tuomareiden ansioluettelot jo tukevat tätä näkemystä: ne paljastavat, että EU-oikeudellinen koulutus on jo saatettu hankkia jossain toisessa jäsenvaltiossa.

Vaikka EU-oikeuden tutkijat tulevaisuudessa kadottaisivatkin ”kansallisen” näkökulmansa tutkimuskohteeseensa, de Witte puhuu myös toisiaan ruokkivista tieteenalakohtaisesta ja kielellisestä pirstaloitumisesta EU-oikeutta tutkivan oikeustieteen sisällä.⁴⁷ Pirstaloituminen johtuu yhtäältä EU-oikeuden laajentumisesta yhä uusille oikeudenaloille, joiden käsittely niveltyy yleisen EU-oikeuden sijaan perinteisiin kansallisiin oikeudenaloihin. Toisaalta myös englannin kielen yhä kasvava hegemonia EU-oikeuden tutkimuksessa vahvistaa pirstaloitumista. Tyypillisesti esimerkiksi ranskalaisessa yliopistossa toimiva ranskaksi kirjoittava ranskalainen oikeustieteilijä viittaa (ainoastaan) ranskalaisiin lähteisiin. Isossa-Britanniassa tai Irlannissa työskentelevä ja englannin kielellä kirjoittava oikeustieteilijä – vaikkei englanti olisikaan hänen äidinkieltensä – viittaa taas yksinomaan englanninkielisiin lähteisiin. Monenkielisiin lähteisiin (mukaan lukien englanninkielisiin) viittaa tyypillisesti muussa kuin englanninkielisessä jäsenvaltiossa työskentelevä oikeustieteilijä, joka kirjoittaa englanniksi – erona kotimaisella kielellään kirjoittavaan tutkijaan, joka tyypillisesti joko käy keskustelua vain kotimaisten lähteiden kanssa tai joka tapauksessa jää syrjään eurooppalaisesta keskustelusta kirjoittaessaan vähän luetulla eksoottisella kielellä. Erityisesti muu kuin englanninkielinen EU-oikeudellinen tutkimus, joka nivoutuu perinteisiin kansallisiin oikeudenaloihin, on vaarassa eristäytyä erilliseksi keskustelukseen.

Englannin kielen asema on EU-oikeutta tutkivan oikeustieteen piirissä vahva ja edelleen vahvistumassa. Näin on erityisesti, kun otetaan huomioon, että suosituimmat unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä ja toimintaa käsittelevät (perus)teokset julkaistaan lähes poikkeuksetta englanniksi. Toistaiseksi ei kuitenkaan vaikuta vielä perustellulta puhua sellaisesta yhtenäisestä (englanniksi keskusteleavasta) EU-oikeuden tutkijoiden yhteisöstä, joka kykenisi muotoilemaan EU-oikeudelle niin sanotut yleiset opit (*herrschende Lehre*).⁴⁸ Siksi toisistaan (kielen tai oikeudenalan takia) eristäytyneiden EU-oikeuden tutkimuksen saarekkeiden vaikutus EU-oikeuden kehitykseen jää pienemmäksi kuin se voisi olla, jos tieteellinen keskustelu olisi kauttaaltaan eurooppalaisempaa. Erityisesti on mahdollista, että kehitys lisää englanninkielisen ja *common law* -pohjaisen EU-oikeudellisen oikeuskirjallisuuden vahvaa vaikutusta EU-oikeuden kehityksessä suhteessa muihin oikeuskulttuureihin.

⁴⁷ De Witte, Bruno: European Union Law: A Unified Academic Discipline? Teoksessa Vauchez, Antoine – de Witte, Bruno (eds): *Lawyering Europe*. European Law as a Transnational Social Field. Oxford 2013, s. 101–116, s. 111–116.

⁴⁸ De Witte 2013, s. 114.

EU-oikeutta tutkivan oikeustieteen keskeisessä tutkimuskohteessa eli unionin tuomioistuimessa englanti ei ainakaan toistaiseksi näytä saavuttaneen tällaista valta-asemaa. Erityisesti ranskan kielen vaikutus näkyy tietysti selvimmin siinä, että tuomioistuimen työkieli on (vielä itälaajenemisten jälkeen) edelleen ranska ja että tuomioneuvottelut käydään ranskaksi. Ranskan kielen vaikutuksen lisäksi muun kuin englanninkielisen oikeustieteen vaikutus näkyy ehkä selvimmin julkisasiamiesten ratkaisuehdotuksista, sillä niissä tukeudutaan usein myös muuhun kuin englanninkieliseen oikeustieteelliseen tutkimukseen. Syitä tähän on monia. Julkisasiamiesten itsenäinen rooli tuomioistuimessa ja heidän taustansa eri oikeuskulttuureista vaikuttavat epäilemättä myös siihen, minkä kielistä kirjallisuutta ratkaisuehdotuksiin valikoituu. Tämän lisäksi esimerkiksi oikeudenalasta voi paljonkin riippua se, minkä kielistä oikeustieteellistä kirjallisuutta ratkaisuehdotuksissa käytetään. Kuluttajaoikeus ja kansainvälinen yksityisoikeus ovat esimerkkejä oikeudenaloista, joilla saksankielisen kirjallisuuden asema on historiallisista syistä vahva. Toisaalta viittauksista eri kielillä julkaistuun oikeuskirjallisuuteen on jossain määrin mahdoton päätellä, missä määrin englanninkielinen kirjallisuus vaikuttaa laajemmin EU-oikeuden kehitykseen tuomioistuimessa: asiaa koskevan tutkimuksen puuttuessa on vaikea arvioida englanninkielisen kirjallisuuden epäsuoraa vaikutusta julkisasiamiehiin sekä ratkaisuehdotusten suoraa vaikutusta tuomioistuimen tuomioon.

5 ENEMMÄN KUIN OSIENSA SUMMA

Unionin tuomioistuin on kasvanut yhteisistä eurooppalaisista juuristaan omanlaisekseen tuomioistuimeksi. Sen toiminnassa voi nähdä niin anglo-saksiseen kuin mannereurooppalaiseenkin perinteeseen kiinnittyviä piirteitä. Tuomioistuin on tässä mielessä kuitenkin enemmän kuin osiensa summa: sen toiminnassa ja perustelutyylissä voidaan havaita piirteitä, jotka ovat kehittyneet vastaamaan nimenomaan EU-oikeuden luonteen asettamiin erityisiin haasteisiin. Jäsenvaltioiden yhteisellä (tai erilaisella) oikeudellisella historialla sekä unionin tuomioistuimen omalla kehityshistorialla on merkityksensä unionin tuomioistuimen toiminnassa. Tarkastelijan omasta näkökulmasta riippuen tuomioistuimen roolin voi nähdä enemmän tai vähemmän poliittisena. Sen toiminnan ymmärtämisen kannalta on kuitenkin tärkeää kiinnittää huomiota EU:n ja jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten kes-

kinäissuhteisiin, EU-oikeuden monikielisydestä johtuviin erityispiirteisiin, oikeudelliseen tulkintaan unionin tuomioistuimen päätehtävänä sekä tämän tehtävän suorittamiseen kollegiaalisten ratkaisujen muodossa. Nämä seikat ainakin osin selittävät tuomioiden perustelujen niukkasanaisuutta. Edellä sanotun perusteella on vaikea ottaa ehdotonta kantaa kansallisten näkökulmien vaikutukseen EU-oikeuden kehityksessä unionin tuomioistuimessa. Sen sijaan EU-oikeudellisen tutkimuksen pirstaloitumiskehitys näyttää jossain määrin vaikeuttavan oikeustieteen EU-oikeutta (ja erityisesti unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä) selittävän ja systematisoivan tehtävän täyttämistä. Tähän vaikuttavat niin kansalliset kielet kuin historiakin!

”Menneskerettigheter (...) stemmer med rettsfølelsens krav i vår tid”

Eit aktørperspektiv på Dei europeiske menneskerettane sin veg inn i norsk rett

1 ”MENNESKERETTIGHETER (...) STEMMER MED RETTSFØLELSENS KRAV I VÅR TID”

Eit av tema på Det nordiske juristmøte i København i 1978 var ”Menneskerettighetene i dag – internationale forpligtelser og national gennemførelse”. Nordisk rett og internasjonal rett, og då hovudsakleg EF-retten, hadde vore eit tema på dei tre føregåande juristmøta, men det var fyrste gong at menneskerettane fekk ein sentral plass. Referent for drøftinga var Torkel Opsahl, professor i folkerett, som hevda at Dei europeiske menneskerettane burde få ein plass i nasjonale grunnlover, og på den måten få eit langt sterkare vern. Ein av dei som tok ordet i debatten som følgde var Carsten Smith, som var ein gamal kollokviekamerat av Opsahl og hans professorkollega ved Universitetet i Oslo:

De [menneskerettene] bør kunne ha gjennomslagskraft selv overfor en lov innenfor vårt dualistiske system, ganske enkelt fordi de er menneskerettigheter og fordi det stemmer med rettsfølelsens krav i vår tid å gi dem virkninger.¹

Når Smith i 1978 snakka om ”rettsfølelsens krav i vår tid”, var det nok på bakgrunn av borgarrettskampane i USA meir enn Dei europeiske menneskerettane, som på dette tidspunktet spelte ei langt større rolle på jussprofessorar sine kontor enn i gater, på bussar, restaurantar, skular og i rettslokale, slik som på andre sida av Atlanterhavet. For Dei europeiske menneskerettane var heller usynlege i 1978. Den europeiske menneskerettsdomstolen hadde sidan den vart etablert i 1959 ikkje avsagt meir enn 30 dommar, og i 1978

¹ *Smith, Carsten*: debattinnlegg til tema ”Menneskerettighetene i dag – internationale forpligtelser og national gennemførelse”. Forhandlingerne på det otteogtyvende nordiske juristmøde i København den 23.–25. august 1978. København 1978, s. 356.

var talet på dommar avsagt i Strasbourg-domstolen ikkje høgare enn fem. På ”EMK-kurs for dommere”, halde i Oslo i november 1996, formulerte Rolv Ryssdal, den norske presidenten i Menneskerettsdomstolen, seg på følgjande måte:

Den første tid etter at domstolen i 1959 trådte inn på den internasjonale scene ble den neppe gjenstand for mer enn en viss høflig oppmerksomhet. De første årene var vanskelige. Få saker ble bragt inn for domstolen. Dens rolle og levetid virket uviss. I et foredrag i 1960-årene talte professor Alf Ross – det første danske medlem av domstolen – om en arbeidsløs domstol.²

Noko allment krav om eit sterkare vern om Dei europeiske menneskerettane kan ein vanskeleg sjå at fanst i 1978, og i ettertid kan ein vel seia at professor Smith uttalte seg meir som profet enn som nøktern observatør av si eige samtid. På den andre sida skulle han få rett – menneskerettane skulle få ei langt meir sentral stilling generelt i Europa, og i norsk rett spesielt. Dette skuldast delvis den abstrakte ”rettsfølelsens krav i vår tid”, som ein kan sjå på som ei samanfatning av samfunnsmessige hendingar som Berlin-murens fall og framveksten av ny kommunikasjonsteknologi og -konkurranse. Men denne rettskjensla fekk ein verknad fordi det var aktørar som fremma den – aktørar med ulike agendaer som kom til å verka saman i Norge rundt tusenårsskiftet. Smith sjølv er i denne samanhengen eit godt eksempel på ein slik aktør. I eigenskap av å vera høgsterettsjustitiarius frå 1991 kom han til å bidra til å gjera sin eigen visjon frå 1978 til ein realitet. Men når Smith opna norsk høgsterett mot Strasbourg på 1990-talet, gjorde han det gjennom å ha The Warren Court i Washington på 1960-talet som ideal.³ Det var likevel ikkje Smith som leia Høgsterett i dei avgjerande sakene, og det var ein tingrett og ikkje norsk høgsterett som kom til å avseia den mest skilsetjande menneskerettsdommen i nyare norsk rettshistorie.

Kort sagt: dette er ei forteljinga om Dei europeiske menneskerettane sin kronglete veg inn i norsk rett. Men det er òg ei forteljing om korleis norsk rett gjennom høgsterettspraksis gjekk frå ein å vera av eitt slag til å verta delt i tre typar – norsk rett produsert innanfor norske jurisdiksjongrensar, norsk rett produsert innanfor norske jurisdiksjongrensar men med utgangspunkt i rettskjelder produsert utanfor, og norsk rett produsert utanfor norske jurisdiksjongrensar.

² ”Utviklingstendenser i menneskerettighetsdomstolen”, foredrag halden av Rolv Ryssdal 12.11.1996 på seminaret ”EMK-kurs for dommere”; Ryssdal sine etterlatne papir, oppbevart av Anders Ryssdal.

³ Samtale med høgsterettsjustitiarius Carsten Smith 20.03.2012.

2 DEI EUROPEISKE MENNESKERETTANE I NORSK RETT 1956–1991: SMÅ OG LANGSAME SKRITT

Då Smith tok ordet på Det nordiske juristmøtet i København i 1978 var Dei europeiske menneskerettane på ingen måte noko ukjent fenomen i norsk rett. Til dømes vart dei vist til under ein debatt i Stortinget i 1956,⁴ norsk høgsterett føretok si fyrste inngåande drøfting av dei i 1966,⁵ og i 1971 gav Frede Castberg, professor i folkerett ved Universitetet i Oslo og tidlegare norsk medlem av Menneskerettskommisjonen, ut ei bok om ”Den europeiske konvensjonen om menneskerettighetene”. I 1974 stemte høgsterettsdommar Sigurd Lorentzen for å setja til sides norsk lov til fordel for EMK i Marthinsensaka,⁶ og i 1979 hadde dette mindretalsvota til Lorentzen i Marthinsensaka vorte til fleirtalsynet i Sinnsjuka sin ankerrett-dommen, sjølv om menneskerettane ikkje vart eksplisitt nemnt.⁷ I Sikringskjennelsen frå 1984 tolka Høgsterett norsk rett konformt med Den europeiske menneskerettskonvensjonen,⁸ og haldt fram med å tematisera Dei europeiske menneskerettane utover på 1980-talet. Samstundes fekk menneskerettane meir og meir merksemd i norsk samfunnsliv generelt. I 1977 og 1981 vart det utarbeidd to offentlege utgreiingar under leiing av Asbjørn Eide om menneskerettar.⁹ Eide starta i 1983 tidsskriftet *Mennesker og rettigheter* saman med Torkel Opsahl, som etter Frede Castberg hadde vore Norge sitt medlem i Menneskerettskommisjonen. Og i 1987 vart Senter for Menneskerettigheter i Oslo etablert med menneskerettspionerane Eide som leiar og Opsahl som styreleiar. Alt i 1984 skreiv formann i justiskomiteen, Helen Bøsterud, i *Mennesker og rettigheter* at fundamentale menneskerettar burde få grunnlovsvorn, og hevda mellom anna at

Som øverste rettskilde vil Grunnlovens vern av menneskerettighetene binde domstolene og byråkratiet i deres tolkning og praktisering av lover og

⁴ Forarbeid til Lovene 1956, Bind II: Forarbeid til lover nr. 92-116, Forhandlinger i Odelsstinget og Lagtinget. Trygve J. Dahl Boktrykkeri, Oslo 1957, Forhandlinger i Odelstinget nr. 45, og Forhandlinger i Lagtinget nr. 45.

⁵ Rt. 1966: 479.

⁶ Rt. 1974: 935 (Marthinsensaka).

⁷ Rt. 1979: 1079.

⁸ Sjø òg *Dolva, Trond*, ”Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) – Transformasjon til norsk rett”, *Mennesker og rettigheter* nr. 2 1986: 59.

⁹ Norges offentlige Forhandlinger utredninger (NOU) 1977: 23 – Det internasjonale menneskerettighetsvern. Universitetsforlaget, Oslo 1977; Norges offentlige Forhandlinger utredninger (NOU) 1981: 43 – Menneskerettigheter. Universitetsforlaget, Oslo 1981. Sjø òg <http://www.jus.uio.no/smr/om/historie/tidslinje/>.

forskrifter. *Det er riktig at Høyesterett i nyere tid har tatt hensyn til menneskerettighetskonvensjonene i et par saker om tvangsarbeid. Og denne linjen fortjener anerkjennelse.* Men et grunnlovsvedtak vil selvsagt ha langt større virkning enn avgjørelser i domstolene.¹⁰

I 1989, bare ein måned før Gro Harlem Brundtland si andre regjering gjekk av, oppnemnte Bøsterud, som no var justisminister, eit Menneskerettslovutval som skulle vurdera korleis menneskerettskonvensjonar kunne gjennomførast i norsk rett. Leiar for utvalet var Carsten Smith. Då Smith vart utnemnt til høgsterettsjustitiarius i 1991, trakk han seg frå så godt som alle verv, inkludert vervet som preses for Det norske Videnskaps-Akademi. Smith trakk seg òg som leiar for Menneskerettslovutvalet, men ikkje frå utvalet. Arbeidet med å inkorporera menneskerettane i norsk rett såg han på som så viktig at han valde å halda fram som ordinært medlem av utvalet.¹¹ Så då Smith som justitiarius heldt sitt fyrste dommarmøte i Høgsterett i juni 1991, med ei sakliste på 18 punkt, hadde han som ambisjon å få ned restansane og opp menneskerettsbruken i Høgsterett.¹²

Det var restansane det hast med på byrjinga av 1990-talet. Samstundes forsikra den norske dommaren i Menneskerettsdomstolen i Strasbourg, tidlegare justitiarius Ryssdal, at norsk rett oppfylte sine plikter i høve til Dei europeiske menneskerettane.¹³ Dette fekk Høgsterett òg stadfesta gjennom at sak på sak mot Norge som vart tatt inn for Den europeiske menneskerettskommisjonen vart avvist. Fyrst i 1990 vart Norge domfelt for brot på Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Men saka vart ikkje opplevd som dramatisk sidan Norge var frifunnen på alle punkt utan at Oslo byrett hadde brukt for lang tid på å avseia dom, og saksøklar vart ikkje tilkjent erstatning av Menneskerettsdomstolen.¹⁴ Den som førte saka for Norge i Strasbourg var til og med Erik Møse ved regjeringsadvokatembetet, seinare høgsterettsdommar, som fyrst var medlem av Menneskerettslovutvalet, og så leiar for utvalet då Smith trekte seg året etter. Når menneskerettsvenlege elitejuristar som Ryssdal og Møse meinte alt stod vel til i Norge på menneskerettsfronten, så var det nok slik.

¹⁰ Bøsterud, Helen: Bør de fundamentale menneskerettigheter få grunnlovsvern? *Mennesker og rettigheter* nr. 4 1984: 38 (mi kursivering).

¹¹ Samtale med høgsterettsjustitiarius *Carsten Smith* 20.03.2012 og 21.11.2012.

¹² Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965- 20.03.2003 fs. 81b–82b.

¹³ Samtale med høgsterettsdommar *Trond Dolva* 25.04.2014.

¹⁴ Case of E v. Norway, Application no. 11701/85, dom 29.08.1990.

3 DEI EUROPEISKE MENNESKERETTANE I NORSK RETT 1991–1996: PÅ VILLE VEGAR?

Trass dette medvitet om at ein i Norge oppfylte sine plikter i høve til Den europeiske menneskerettskonvensjonen, byrja menneskerettane å prega Høgsterett på anna vis enn i avgjerdene etter 1991. I dommarmøte i august 1992 vart ”Dommer Dolva (...) bedt om på neste møte å orientere om de siste avgjørelser fra Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg”.¹⁵ To månadar seinare orienterte han dommarane som avtalt, medan høgsterettsdommar Helge Røstad presenterte strafferettssaker avsagt av Menneskerettsdomstolen. Dommarmøte kom òg til at ”man vil spørre justitiarius Ryssdal [som på dette tidspunktet var president for Menneskerettsdomstolen] om å holde foredrag om Europa-domstolens senere avgjørelser”, og at ”en eller to utredere får i oppdrag å utrede saker hvor det kan bli spørsmål om menneskerettigheter. Saker ”blikes” ut av dommerne i kjæremålsutvalget.”¹⁶ Året etter tok Røstad opp at ”to-tre utredere i sekretariatet bør spesialisere seg på den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, slik at saker hvor forhold til EMK kom opp, kan behandles raskt. Dette har særlig betydning for fengslingsaker.”¹⁷ Så er igjen all merksemd i Høgsterett stort sett retta mot restanseproblematikken før våren 1994.

Dei europeiske menneskerettane vart stadig oftare referert til av prosesfullmektigane som prosederte for Høgsterett utover på 1990-talet. Særleg viktig var dette på straffeprosessen sitt område. Årsaka var at alt i 1962 innførte ein prinsippet om sektormonisme i norsk straffeprosess gjennom ein ny § 4. Det vil seia at straffeprosesslova sine reglar måtte vika for folkerettslege reglar ved motstrid. § 4 i straffeprosesslova var opphavleg ikkje mynta på menneskerettane. Men frå 1990 vart den forstått slik, og diskutert i fleire kjennelsar om straffeprosessuelle spørsmål.¹⁸ Ved sida av å gje menneskerettane forrang innan norsk straffeprosess, viser endringa i korleis ein forstod § 4 noko om Dei europeiske menneskerettane sin auka aktualitet i norsk rett. Men dette hadde konsekvensar for arbeidsmengda i Høgsterett. Menneskerettsargument i seg sjølv la ein ny dimensjon til sakene som vart

¹⁵ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965–20.03.2003 fs. 89b.

¹⁶ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965–20.03.2003 fs. 91a–91b.

¹⁷ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965–20.03.2003 fs. 96b.

¹⁸ Sjå til dømes Rt. 1990: 312, Rt. 1990: 319, og Rt. 1990: 1221.

prosedert for domstolen som fordra meirarbeid. Vidare gjorde den nye forståinga av forrangsregelen i straffeprosessen at Høgsterett måtte setja seg inngåande inn i saker med menneskerettsargument. Men verken dommarane eller utgreiarane var skulert i tolkinga av Den europeiske menneskerettskonvensjonen og Menneskerettsdomstolen sine avgjerder, samstundes som dei enno var under eit restanseåk. Det må ha teke tid å setja seg inn i dette nye rettsmaterialet bare for å finna at det kanskje ikkje var så aktuelt likevel. Det er i lys av denne utviklinga ein må lesa Bølgepapp-kjennelsen frå mai 1994, der det vart uttalt at

For at en norsk domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av nasjonale prosessregler, må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som *tilstrekkelig klar og entydig* til at den bør tillegges en slik virkning. Særlig må dette gjelde, antar jeg, dersom det blir tale om å endre en rettsstilstand som bygger på *klar og innarbeidet* norsk lovgivning eller praksis.¹⁹

Utsegna relaterer seg ikkje til sjølve saka, der menneskerettsargumentet ikkje fordra inngåande drøfting. Snarare var det eit signal Høgsterett sende om når den ønskte å få framført menneskerettsargument – når menneskerettane var klare og norsk rett uklar. Klarte ikkje prosessfullmektigane å visa dette, så var dei på tynn is når dei argumenterte for menneskerettane sin forrang for norsk rett.

Fyrste voterande i Bølgepapp-kjennelsen var høgsterettsdommar Jens Bugge. Han var på ingen måte ukjent med forrangsproblematikken, sidan han hadde hatt sete i Transformasjonskomiteen som i 1972 gav si innstilling på korleis internasjonale plikter, særleg med tanke på EF-retten, burde omdannast til norsk rett.²⁰ Samstundes fast det ei kjensle i Høgsterett av at menneskerettsargument gjerne var meir retoriske enn reelle.²¹ Og klarleikregelen frå Bølgepapp-kjennelsen var i utgangspunktet eit hendig grep for å disiplinera bruken av arbeidskrevjande menneskerettsargument.²² Men det var ikkje full semje i Høgsterett om eit slikt grep. Bare fem månadar etter Bølgepapp-kjennelsen tok Høgsterett ei avgjerd i Kvinnefengsel-saka. Det

¹⁹ Rt. 1994: 610 (Bølgepappkjennelsen) (s. 616-617) (mi utheving).

²⁰ ”Gjennomføring av lovkonvensjoner i norsk rett”, Norges Offentlige Utredninger (NOU) 1972:16. Universitetsforlaget, Oslo 1972.

²¹ Samtale med høgsterettsdommar *Trond Dolva* 25.04.2014.

²² Sjå ”Lovgivning om menneskerettigheter”, Norges offentlige utredninger (NOU) 1993: 18, s. 87.

underliggjande tema var det same – korleis skulle ein gå fram når norsk rett i utgangspunktet kunne vera i konflikt med Dei europeiske menneskerettane. Mindretalet på to dommarar, høgsterettsdommar Magnus Aarbakke og justitiarius Carsten Smith, begge tidlegare professorar ved Det juridiske fakultet i Oslo, ønskte å gjera menneskerettane til ei sentral rettskjelde: ”Det må vidare legges vesentlig vekt på den egenverdi EMK har. Også dette hensyn tilsier at konvensjonen, herunder de prosessuelle virkemidler som benyttes av konvensjonsorganene, bør ha gjennomslag i norsk rett.”²³ Men det var altså ikkje fleirtal for eit slikt syn i Høgsterett.

Manglande semje i Høgsterett kom raskt i bakgrunnen. Årsaka er at klarleiksregelen bare hadde ein nasjonal verknad i ein kontekst som i aukande grad var internasjonal. Dette vart tydeleg då Menneskerettsdomstolen domfelte Norge i Botten-saka i februar 1996. På dommarmøte i Høgsterett i desember 1996, var sak 3) på dagsorden ”rapport fra Den Europeiske Menneskerettighetskomisjon – Botten mot Norge”.²⁴

Ein kan av referatet frå dommarmøte få ei klar kjensle av at ein i Høgsterett var overraska over resultatet i saka. For det fyrste hadde domstolen bare følgd straffeprosesslova, som no altså viste seg å strida mot Dei europeiske menneskerettane. Enno verre var at Høgsterett hadde hatt dei beste intensjonar i Botten-saka i 1989 då rettssaka vart gjennomført utan at tiltalte sjølv var til stades, men bare representert av sin prosessfullmektig. Men aller verst må det ha vore at Høgsterett sin posisjon på toppen av det norske rettssystemet, saman med Stortinget som lovgjevar, vart utfordra. Det var høgsterettsdommar Trond Dolva som hadde vore fyrste voterande då Høgsterett avsa sin dom i saka i 1989.²⁵ På grunn av hans engasjement for menneskerettane i fleire tiår, var han å rekna som Høgsterett sin menneskerettsekspert. Likevel hadde han altså oversett ein mogeleg konflikt med menneskerettane i dette tilfellet. Vidare hadde høgsterettsdommar Helge Røstad vore rådgjevar, ”counsel”, for staten i saka. Røstad hadde saman med Dolva generelt vore opptatt av menneskerettar i Høgsterett. Dermed fekk to av Høgsterett sine interne ekspertar på Dei europeiske menneskerettane si oppfatning underkjent av Menneskerettsdomstolen. Men det var ikkje alt. Røstad var for det andre kjent for å slett ikkje alltid å ha ein venleg tone i høve til dei faste forsvararane i Høgsterett. Og ein av Botten sine advokatar i Strasbourg var

²³ Rt. 1994: 1244 (Kvinnefengsel-kjennelsen) (1254).

²⁴ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965- 20.03.2003 fs. 112b.

²⁵ Rt. 1989: 715.

Johan Hjort, nettopp fast forsvarar for Høgsterett. Menneskerettsdomstolen snudde dermed maktilhøve intern i norsk rett heilt på hovudet med si avgjerd i Botten-saka i 1994. Sjølv ein internasjonalist som justitiarius Carsten Smith sette Høgsterett sin udiskutable autoritet overmåte høgt. Det var ikkje rart han nedsette ei arbeidsgruppe som skulle sjå på konsekvensane Botten-saka skulle ha for Høgsterett.²⁶

4 DEI EUROPEISKE MENNESKERETTANE I NORSK RETT 1996–1999: EIT STEG HIT OG EIT STEG DIT

Klarleikskravet vart innført med Bølgepapp-kjennelsen, og med Botten-saka vart alt igjen uklart. Sidan Høgsterett enno var vikla inn i den nasjonale konteksten den var skapt for å virka i, var det vanskeleg å sjå kjernen i problemet – Høgsterett hadde formulert eit klarleikskrav medan det i realiteten var Menneskerettsdomstolen som avgjorde kva som var klart eller ei. Høgsterett heldt difor fast ved klarleikskravet i Rest-Jugoslavia-kjennelsen i 1999. Her vart det prosedert på at klarleikskravet ikkje lenger kunne nyttast for å avgjera motstrid mellom rettskjelder produsert innanfor og utanfor norske jurisdiksjongrensar etter vedtakinga av menneskerettslova av 1999. Med den vart Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 1950 med fleire tilleggsprotokollar som bygde ut konvensjonen, FN sin menneskerettskonvensjon om sivile og politiske rettar av 1966, og FN sin menneskerettskonvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettar frå same året, alle gjort til ein del av norsk rett med forrang for annan gjeldande norsk lov.²⁷ I følgje alle fem dommarane var det ikkje nødvendig for Høgsterett å ta stilling til dette fordi saka vart løyst utan at tilhøvet mellom norsk rett og Den europeiske menneskerettskonvensjonen kom på spissen. Vi må difor tenkja oss at det var dette rettsformann i saka, den høgt respekterte og erfarne Gunnar Aasland, la fram i rådslaginga etter prosedyren. Men fyrste voterande, Jens Edvin Skoghøy, hadde ikkje noko ønskje om å hoppa over gjerdet der det var lågast. Han hadde på dette tidspunktet sete som Høgsterettsdommar i under eitt år, og var den klart minst erfarne av dei som

²⁶ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965- 20.03.2003 fs. 112b.

²⁷ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettslova), av 21.05.1999-05 nr. 30.

i avdeling avgjorde saka. Men den tidlegare professoren i rettsvitenskap frå Universitetet i Tromsø delte kanskje meir enn nokon annan Carsten Smith sin visjon om at Høgsterett skulle styra rettsutviklinga. Dissensar var for Skoghøy, som for Smith, difor eit viktig instrument i Høgsterett si politiske verksemd. Eit anna instrument var *obiter dictum* – drøftingar som ikkje er nødvendig for å løysa saka, men som ein kan leggja inn i dommen for å avklara rettslege spørsmål som ein meiner treng eit svar.²⁸ I denne saka kombinerte Skoghøy dei to – han dissenterte gjennom å skriva eit *obiter dictum*.

Høgsterettsdommarar oppsøker normalt ikkje ein dissenssituasjon, fordi den gjengse haldninga er at det gjer rettstilstanden unødvendig uklar. Når Skoghøy gjorde det i denne saka var det altså fordi han ville styre rettsutviklinga. Og den ville han styra bort frå strategien Høgsterett valde i Bølgepapp-kjennelsen frå 1994 – å halda internasjonalt produsert rett på ei armlengdes avstand så sant det var mogeleg. Skoghøy signaliserer med sitt dissenterande *obiter dictum* at han i staden vil ha meir plass for den delen av norsk rett som ikkje er produsert innan norske jurisdiksjongrensar. Dette er ei ganske naturleg haldning om du ønskjer å styra rettsutviklinga, sidan ein då må gjera aktivt bruk av alle rettskjelder som er med å avgjera borgarane sine rettar og plikter. Dermed opponerte Skoghøy mot Høgsterett sitt fem år gamle prejudikat og slo fast at

Etter min mening vil det både være i strid med menneskerettslovens ordlyd og med Justiskomiteens uttalelse dersom domstolene i forhold til menneskerettsregler som omfattes av inkorporasjonsloven, skal operere med et synspunkt om at regelen må være tilstrekkelig klar og entydig for å kunne tilsidesette en annen norsk rettsregel.²⁹

Andre voterande, Ketil Lund, repliserte at ”etter min mening er det verken nødvendig eller ønskelig å markere avstand til det som er sagt i bølgepapp-kjennelsen”, og tredje voterande, Eilert Stand Lund, fann grunn til å gje eksplisitt støtte til denne avvisinga av Skoghøy sitt soloutspel. Skoghøy tapte slaget med sitt *obiter dictum*. Men alt i 2000, med plenumsavgjerda i Bøhler-saka, skulle det følgja nye slag og nye *obiter*.

²⁸ Samtale med høgsterettsdommar Jens Edvin Skoghøy 20.01.2014.

²⁹ Rt. 1999: 961 (Rest-Jugoslavia-kjennelsen) (971).

5 DEI EUROPEISKE MENNESKERETTANE I NORSK RETT 2000–2002: Å TA STEGET FULLT UT

Sakstilhøvet i Bøhler-dommen er for så vidt enkelt nok: er det dobbel straffeforfølgning når skatteytarar for ei og same gjerning vert pålagt tilleggsskatt av skattemakta i eit forvaltningsvedtak, og vert straffedømt av ein domstol for forsettleg skattesvik? Forbodet mot dobbel straffeforfølgning er eit gammalt romarrettsleg prinsipp som òg hadde vore ein del av norsk rett, men som gjekk eksplisitt fram av ein av tilleggsprotokollane til Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Denne tilleggsprotokollen var til alt overmål laga medan Trond Dolva var leiar for Styringskomiteen for menneskerettane,³⁰ og vart gjort til norsk rett med menneskerettslova i 1999. Dermed var ikkje skiljet mellom forvaltningsvedtak og straffedom bare eit spørsmål om rettskjelder produsert innan norske jurisdiksjongrensar lenger. Av den grunn måtte innhaldet i norsk rett og Dei europeiske menneskerettane undersøkjast for å avgjera om det var ”klart og entydig”, samt at ein måtte avgjera relasjonen mellom dei. Dette måtte ha vore ein draumesak for internasjonalsisten Carsten Smith. Han hadde i tillegg teke nederlaget i Kvinnefengsel-kjennelsen tungt, og denne saka opna for på ny å utfordra klarleiksprinsippet. Men Smith var inhabil, og det vart difor Gunnar Aasland som skulle leia retten som den dommaren som hadde lengst ansiennitet i Høgsterett. Smith sjølv har karakterisert Aasland som ”den beste rettsanalytiker i landet”,³¹ og dei hadde i fellesskap arbeidd for innføringa av toinstansreforma midt på 1990-talet, som var viktig for å få bukt med restansane i Høgsterett. Samstundes hadde Aasland vore rettsformann i både Bølgepapp- og Rest-Jugoslavia-kjennelsane, og dermed både før og etter menneskerettslova stilt seg bak klarleiksprinsippet. I Rest-Jugoslavia-kjennelsen, som på dette tidspunktet var knapt eitt år gamal, hadde Eilert Stang Lund som tredje voterande eksplisitt støtta Ketil Lund, som andre voterande, si avvising av Jens Edvin Skoghøy sitt åtak på klarleiksprinsippet. I Bøhler-dommen var Stang Lund fyrste voterande og Lund andre voterande, medan Skoghøy fyrst slapp til i rådslaginga som ellefte mann med sitt syn. Men Skoghøy var ikkje åleine. Som vi har sett ser Aarbakke ut til å ha hatt til dels liknande tankar alt i 1994.³² Fleire må det òg ha vore, for Aasland fann etter rådslaginga grunn til å laga ei lita ar-

³⁰ Samtale med høgsterettsdommar *Trond Dolva* 25.04.2014.

³¹ Samtale med høgsterettsjustitiarius *Carsten Smith* 21.11.2012.

³² Høgsterettsdommar Magnus Aarbakke er spurt om å lata seg intervjuva i samband med skrivinga av Høgsteretts historie 1965–2015, men takka nei i skjermbrev av 24.11.2011.

beidsgruppe som kunne arbeida fram ein tekst alle dommarane kunne einast om.³³ Resultatet vart at klarleiksprinsippet vart modifisert. Dette skjedde i realiteten gjennom ei omskriving av Rest-Jugoslavia-kjennelsen: ”Selv om flertallet i denne avgjørelsen ikke ønsket å ta avstand fra klarhetsprinsippet, oppfatter jeg flertallet slik at det åpnet for en ikke ubetydelig modifikasjon av dette,”³⁴ som fyrste voterande uttrykte det. Det er vanskeleg å lesa dette ut av Rest-Jugoslavia-kjennelsen. Men med denne omtolkinga av kjennelsen kunne Høgsterett setja til side klar og innarbeidd norsk rett sjølv om dei Dei europeiske menneskerettane ikkje var rimlege klare.³⁵

Dermed var enno eit steg tatt bort frå å forstå rett som spring ut av rettskjelder produsert utanfor norske jurisdiksjongrensar som noko prinsipielt annleis enn rett som spring ut av rettskjelder produsert innanfor dei same grensene. Men Høgsterett tok ikkje steget fullt ut:

I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler – innenfor den metode som anvendes av EMD – også kunne bygge på *tradisjonelle norske verdiprioriteringer*. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.³⁶

Dette var den linja Rolv Ryssdal hadde stått for medan han var både høgsterettsjustitiarius og dommar i Menneskerettsdomstolen i Strasbourg. Og det var den linja Trond Dolva hadde representert både før og etter han vart høgsterettsdommar.³⁷ Dolva deltok ikkje i Böhler-dommen fordi han var på studiepermisjon, men denne typen tankegodts hadde altså generelt gehør i Høgsterett i 2000.

Likevel oppstod det ein heilt ny situasjon med Böhler-dommen frå juni 2000 ved at den norsk rettspyramiden endra form – toppen vart opna opp for å inkludera Dei europeiske menneskerettane og Menneskerettsdomstolen i Strasbourg som handheva dei. Menneskerettane hadde vorte handsama og vurdert i Høgsterett som noko meir enn ein referanse sidan 1966. Etter det hadde menneskerettane langsam vorte ein del av norsk rett og rettspraksis. Men å setja til sides fast innarbeidd norsk rett til fordel

³³ Samtale med høgsterettsdommar *Gunnar Aasland* 14.05.2012.

³⁴ Rt. 2000: 996 (Böhler-dommen) (1006-1007).

³⁵ Rt. 2000: 996 (Böhler-dommen) (1007).

³⁶ Rt. 2000: 996 (Böhler-dommen) (1008) (mi kursivering). Sjå elles Andenæs, Mats – Motzfeldt Kravik, Andreas: Norske verdier og EMK. Lov og Rett. 49. volum, 2010, s. 579–599.

³⁷ Samtale med høgsterettsdommar *Trond Dolva* 25.04.2014.

for dei, var likevel eit stort steg. Det var likevel eit lite steg i høve til det som skulle skje.

I januar 2001 møttest Aasland og Skoghøy igjen i Kjæremålsutvalet då dei saman med høgsterettsdommar Georg Fredrik Rieber-Mohn skulle ta stilling til ei sak frå Gulating lagmannsrett frå september 2000. I Bøhler-dommen var det i eit *obiter dictum* sagt at det var dobbel straffeforfølgning, og dermed i strid med Dei europeiske menneskerettane, om ein etter ei avgjort straffesak pålatilleggsskatt for same gjerning. Men dersom ein påla tilleggsskatt fyrst, kunne ein deretter straffeforfølgja same gjerninga. Dette kom Gulating lagmannsrett til at ikkje var i samsvar med gjeldande rett etter Dei europeiske menneskerettane. Høgsterettsprejudikat vert i Norge sjeldan utfordra av ein lågare domstol. Skulle ein lågare domstol vera svært usamd med ein eldre dom, kan ein unngå prejudikatsfråvik med å visa til ulikskapar i saksfakta supplert med endra samfunnsforhold og/eller rettstilstand. Men i dette tilfellet var det tale om eit nyleg avsagt prejudikat, og vilje til å finna orsakande omstende mangla. I staden for å gå omvegar gjekk fleirtalet i Gulating lagmannsrett rett på og hevda mellom anna at

”etter flertallets syn bygger rettsoppfatningen i plenumsdommen hva gjelder rekkefølgespørsmålet på flere misforståelser, herunder med hensyn til bestemmelsens struktur og betydningen av ”in criminal proceedings” i den bindende konvensjonstekst.”³⁸

Som ikkje det var nok, viste fleirtalet i lagmannsretten til *Blacks Law Dictionary* for å visa at Høgsterett hadde teke feil. Med tanke på den posisjon Høgsterett har hatt i norsk rettshistorie, kan avgjerda frå Gulating lagmannsrett best skildrast som eit fadermord. Diskusjons- og dissensforkjemparen Carsten Smith var rysta og spurte retorisk i ein tale i København om

Ser vi her et utslag av Vestlandets og Bergens gamle selvstendighetstanker, eller er det tvert om postmodernismens normoppløsning, eller er det heller en åpen og god dialog mellom embetsdommere vi er vitne til?³⁹

Høgsteretts kjærmålsutval uttalte derimot kjøløg at

Lagmannsrettens flertall bygger på en annen rettsoppfatning enn den Høyesterett gav uttrykk for i plenumsdommen i Rt-2000-996 (...) Dersom

³⁸ Gulating lagmannsrett, kjennelse og dom av 20.09.2000.

³⁹ Smith, Carsten: Domspremissenes omfang, formulering og prejudikatsverdi. *Juristen*, nr. 2 2001, s. 73.

kjæremålsutvalget hadde ansett det tvilsomt om den rettsoppfatning som ble uttalt i plenumsdommen bør opprettholdes, ville nok mye ha talt for en slik behandlingsmåte. Utvalget er imidlertid kommet til at det ikke er grunnlag for å fravike rettsoppfatningen i plenumsdommen, og finner derfor ikke grunn til å henvise saken til Høyesterett.⁴⁰

Høyesterett skulle koma til å endra syn.⁴¹ Avgjerande vart ei sak frå Asker og Bærum herredsrett, som kanskje er den mest spektakulære i nyare norsk rettshistorie.

Prejudikatsverdien av Bøhler-dommen vart altså utfordra av Gulating lagmannsrett i september 2000. I september året etter vart den utfordra på ny. Igjen var tema om det var avgjerande for å klassifisera noko som dobbel straffeforfølgning om straffesaka kom før eller etter forvaltningsvedtaket. Men i staden for å visa til mellom annan *Blacks Law Dictionary*, viste Asker og Bærum herredsrett til Fischer-dommen frå Menneskerettsdomstolen frå mai 2001,⁴² og konkluderte med at rettstilstanden var endra.⁴³

Dommen frå Asker og Bærum herredsrett er sakleg og liketil, men revolusjonerande gjennom å seia at norsk høyesterett bare formelt, men ikkje reelt, dømmer i siste instans i saker som gjeld Dei europeiske menneskerettane. Borgarting lagmannsrett kom ikkje til same resultat i november 2001, fordi retten ikkje fann at det var rimeleg klart at tilfellet vart råka av forbodet mot dobbelstraffeforfølgning. Men ”i likhet med herredsretten, legger lagmannsretten til grunn at de overnevnte avgjørelsene fra Høyesterett ikke er bindende for vurderingen av saken” etter Menneskerettsdomstolen si avgjerd i Fischer-saka.⁴⁴

Det norske rettshierarkiet vart delvis opna opp i Bøhler-dommen i 2000. Høyesterett sjølv avviste at domstolshierarkiet skulle opnast meir opp i 2001. Men i 2002 måtte Høyesterett ta stilling til dette på ny, då saka frå Asker og Bærum herredsrett, saman med ei sak frå Oslo byrett, vart handsama i plenum. Igjen var det Gunnar Aasland som leia retten fordi Carsten Smith var inhabil.

Saksfakta i dei to sakene er ikkje heilt likt, og det er difor ikkje dei same som dissenterer i dei to sakene som vart avgjort med eit fleirtal på 8–5 i Dobbeltstraffkjennelsen I som var anka frå Asker og Bærum herredsrett, og

⁴⁰ Rt. 2001: 85 (88).

⁴¹ Men Rieber-Mohn, Skoghøy og Aasland heldt fast ved standpunktet i Rt. 2002: 557.

⁴² Franz Fischer v. Austria, application no. 37950/97, avgjerd 29.05.2001.

⁴³ Asker og Bærum herredsrett, kjennelse i sak nr. 00-2654 M, av 14.09.2001.

⁴⁴ Borgarting lagmannsrett, kjennelse i straffesak nr. 01-03053 M/04, av 12.11.2001.

9–4 i Dobbelstraffkjennelsen II som var anka frå Oslo byrett.⁴⁵ Det interessante med dei to kjennelsane er at medan ein frå og med Bøhler-dommen ikkje lenger spurte om norsk rett var ”klar og innarbeidet”, så spør ein frå og med desse kjennelsane ikkje lenger om retten som spring ut av rettskjelder laga utanfor norske jurisdiksjongrensar er ”klar og entydig” eller ”rimelig klar”. I saka frå Asker og Bærum herredsrett kjem fleirtalet i Høgsterett til at

når lagmannsretten har lagt til grunn at konvensjonstolkningen må være ”rimelig klar” for at annen norsk lovgivning skal kunne settes til side, bygger den således på en misforståelse av Høyesteretts uttalelser i plenumsdommen fra 2000.⁴⁶

Dette er like lite korrekt som når fyrste voterande i Bøhler-dommen seier at klarleiksprisnippet frå Bølgepapp-kjennelsen vart modifisert i Rest-Jugoslavia-kjennelsen. Denne leiken med ord dekker over ei reell haldningsendring som hadde direkte konsekvensar for rettssubjekta si rettslege stilling gjennom ei ny rettsavklaring. Viss ikkje var det faktisk ingen grunn til å samla Høgsterett i plenum i dei to dobbelstraffsakene i 2002.

Mindretalsvota til Jens Edvin Skoghøy i Rest-Jugoslavia-kjennelsen i 1999 hadde dermed vorte til eit fleirtalsvota i Dobbelstraffkjennelsen I i 2002 gjennom at Høgsterett såg det som si oppgåve å finne gjeldande rett meir uavhengig av kvar kjeldene er produsert. Men Skoghøy dissenterte likevel i Dobbelstraffkjennelsen I. Det kan ved fyrste augekast verka paradoksalt, men er eigentleg ganske logisk. For dersom norsk og ikkje-norsk produserte rettskjelder skal handsamast på same premiss, så vil det seia at Høgsterett har same høve til å driva med rettsavklaring og rettsutvikling i høve til begge. Før internasjonaliseringa av retten måtte Høgsterett differensiera mellom nye og gamle saker på grunnlag av saksfakta, og på same vis som domstolen måtte vurdere sitt rom for å driva domstolspolitikk. Skoghøy viser gjennom sine dissenterande vota at han meiner Høgsterett skal framleis gjera det uavhengig av om rettskjeldene er produsert innanfor eller utanfor norske jurisdiksjongrensar. Rom for ein slik praksis følgjer naturleg av den komparasjon og samanlikning mellom saksfakta som ein må gjera ved bruk av Menneskerettsdomstolen sine dommar som retningsgjevande, og i den ”margin of appreciation”, som vil seia det nasjonale handlingsrom som Menneskerettsdomstolen tilstår medlemslanda av Europarådet, som er underlagt domstolen sin jurisdiksjon.

⁴⁵ Rt. 2002: 557 (Dobbelstraffkjennelsen I) og Rt. 2002: 5009 (Dobbelstraffkjennelsen II).

⁴⁶ Rt. 2002: 557 (Dobbelstraffkjennelsen I) (565).

Det er av den grunn ikkje noko paradoks at internasjonalaristar som Smith og Skoghøy òg er tilhengjarar av ein sterk, nasjonal høgsterett.

6 DEI EUROPEISKE MENNESKERETTANE I NORSK RETT: EITT STEG TIL SIDES

15. november 1994 føreslo direktøren i Høgsterett, Gunnar Bergby, at visittkorta til høgsterettsdommarane skulle ha tekst på norsk på eine sida, og engelsk på den andre.⁴⁷ I november 1998 minna den same direktør Bergby høgsterettsdommarane på at det var sett av midlar til å reisa til England på språkkurs,⁴⁸ og året etter reiste han sjølv.⁴⁹ I 2004 stilte høgsterettsdommar Karl Arne Utgård, som òg var styreformann i Domstolsadministrasjonen, spørsmål ved om ein burde ha ein språkjurist i Høgsterett,⁵⁰ som vil seia nokon på utgreiarnivå som kunne bistå med juridisk-engelsk språkkompetanse. Spørsmålet om å tilsetja ein ”lawyer-linguist” vart tatt opp med Domstolsadministrasjonen i alle høve i 2008.⁵¹

Alt dette vart det informert om, eller det vart diskutert, på dommarmøte i Høgsterett. Ikkje noko av det kan seiast å gjelda Høgsterett si kjerneverksemd, men kjem den administrative drifta av domstolen ved. Samstundes er dette viktig for å forstå Høgsterett i høve til internasjonaliseringa av retten. For det at visittkorta fekk både norsk og engelsk tekst, og at ein følte eit behov for betre engelskkunnskapar i Høgsterett, er svært talande for dreininga frå ein reint nasjonal verksemd til å verta knytt til transnasjonal rett og rettsleg verksemd. Høgsterettspraksis viser, som vi har sett, at frå fyrste halvdel av 1990-talet vart internasjonalt produserte rettskjelder ein del av rettskjeldebiletet domstolen tok omsyn til. Det er på dette tidpunktet, nemleg oktober 1992, at høgsterettsdommarane Trond Dolva og Helge Røstrad vart

⁴⁷ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965- 20.03.2003 fs.111b.

⁴⁸ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965- 20.03.2003 fs.166a.

⁴⁹ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965- 20.03.2003 fs.173b–174a.

⁵⁰ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2000 – 8/9-2005, dommarmøte 23.08.2004.

⁵¹ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 16/9-2005-, dommarmøte 11.03.2008.

bedne om å orientera Høgsterett om nye dommar frå Menneskerettsdomstolen. På same dommarmøte vart det føreslått at ein eller to utgreiarar skulle ha som oppgåve å sjå om det var saker som kom inn til Kjæremålsutvalet der menneskerettsspørsmål var, eller burde vera, eit tema. Dette behovet vart tatt opp igjen av Røstad i juni året etter.⁵² Og i juni 1996 la Dolva fram eit notat på eit dommarmøte i Høgsterett om ”standariserte referanser til menneskerettskonvensjoner og mennskerettighetsavgjørelser i Høyesteretts egne avgjørelser” på oppdrag av justitiarius.⁵³

Engelskkunnskap hadde vorte viktig på grunn av ei endring i rettskjeldebiletet. Men ikkje bare difor. Visittkorta hadde ingen rettsleg funksjon. Men dei same endringane som gjorde rettskjeldebiletet breiare gjorde òg at Høgsterett inngjekk i internasjonale relasjonar som domstolen hadde vore framand for tidlegare. Det er sjølvsagt tale om eit heilt spekter av endringar. Viktigast er den langt meir opne politiske situasjonen som oppstod med Berlin-muren sitt fall i 1989, som ikkje bare løfta jernteppet i Europa, men i heile verda. Det andre er ei utvikling innan kommunikasjonsteknologien og –konkurransen som fyrst gjorde det lettare og rimelegare å reisa, og deretter gjorde det lettare å kommunisera via internettbaserte løysingar. Desse endringane, som ikkje kom frå inkje og ikkje samverka heilt i tid og etter noko plan, førte til ei breiare orientering og samhandling generelt, men òg for rettslege institusjonar og aktørar. Frå 1991 var Smith justitiarius i Høgsterett, og han hadde i nesten 30 år alt hatt den internasjonale orientering det no vart lagt til rette for. I Høgsterett delte særleg Dolva og Røstad denne internasjonale orienteringa. Og med jamne mellomrom kom Ryssdal innom og sat på sitt emerituskontor i Høgsterett innimellom turar til Strasbourg der han var president for Menneskerettsdomstolen. Det var ingen som var usamde i direktør Bergby sitt forslag om å ha både norsk og engelsk tekst på visittkorta til høgsterettsdommarane. Det var bare den vegen utviklinga gjekk. Men det var rettslege aktørar som faktisk gjorde at utviklinga gjekk den vegen, og at ”rettsfølelsens krav i vår tid” òg inntok norsk høgsterett slik at norsk rett ikkje lenger var av eitt slag, men kunne delast i norsk rett produsert innanfor norske jurisdiksjongrensar, norsk rett produsert innan norske jurisdiksjongrensar men med utgangspunkt i rettskjelder produsert utanfor, og norsk rett produsert utanfor norske jurisdiksjongrensar.

⁵² Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965- 20.03.2003 fs.96b.

⁵³ Høgsterett sitt eige arkiv i Høgsteretts hus: Delibrasjonsprotokoll 2/10 1965- 20.03.2003 fs.135b.

Kansallinen ja ylikansallinen demokratia

1

Aloitin muutamalla henkilöhistoriallisella huomautuksella. Olen kaksi kertaa aikaisemmin puhunut ja kirjoittanut Euroopan integraation vaikutuksista kansalliseen lainsäädäntövaltaan ja demokratiaan. Ensimmäinen kerta oli yliopiston Studia generalia -luentosarjassa vuonna 1994, jolloin Suomi oli jo liittynyt Euroopan talousalueeseen mutta vasta valmistautumassa kansanäänestykseen EU-jäsenyydestä. Etsin esitykseeni dra matiikkaa Eetu Iston maalauksesta Hyökkäys. Lainaan alustuksen kahta ensimmäistä kappaletta:

Eetu Iston maalaus Hyökkäys on koristanut monen suomalaisen kodin seiniä. Se symboloi tunnuksia, joiden alla suomalaiset vuosisatamme alussa kävivät taisteluaan autonomiansa puolesta. Taistelu oli oikeustaistelua: uhattuna oli isiltä peritty kansallinen oikeusjärjestys, jonka Venäjän kotka yritti Suomi-neidolta riistää.

Olemmeko tänään, miltei sata vuotta myöhemmin, vastaavassa tilanteessa? Onko isiltä peritty kansallinen oikeusjärjestys jälleen vaarassa, nyt mahdollisen EU-jäsenyyden vuoksi? Voisimmeko ottaa Iston taulusta uusintapainoksen sijoittamalla vain Venäjän kotkan tilalle Brysselin nimettömät ja kasvottomat byrokraatit?

Yritin alustuksessani rauhoitella Eetu Iston perillisiä. Tunnustin kyllä EU-oikeuden perustavat periaatteet, jotka erottavat sen kansainvälisestä oikeudesta, kuten suoran vaikutuksen kansallisissa tuomioistuimissa sekä etusijan kansalliseen lainsäädäntöön nähden. Mutta korostin, että EU-säädösten ja EU:n toimielinten lainsäädäntövallan ala ei ensinnäkään kata suinkaan koko oikeusjärjestystä. Länsi-Euroopan integraation pääpaino oli ollut taloudellisessa yhdentymisessä ja ennen kaikkea yhtenäisen sisämarkkina-alueen luomisessa. Maastrichtin sopimuksella yhdentyminen oli saanut uusia ulottuvuuksia, mutta taloudellista painotusta tämä ei ollut mielestäni muuttanut.

Viittasin siihen, että EUoikeus kattaa ensisijaisesti sääntelyitä, joita on pidetty välttämättöminä toteutettaessa kuuluksaa neljää taloudellista perusvapautta – tavaroiden, palvelujen, pääomien ja työntekijöiden vapaata liikkuvuutta. Totesin, että suurin osa EU-säädöksistä on varsin teknisluonteista normistoa, joka esimerkiksi Suomen kansallisessa oikeusjärjestyksessä ei edellyttäisi eduskuntalakia vaan voitaisiin antaa hallinnollisessa järjestyksessä. Pidin olennaisena, että sellaiset oikeusjärjestyksen perinteiset ydinalueet kuin rikosoikeus, perhe- ja perintöoikeus tai sopimusoikeuden perusteet jäivät EU-säädösten ja EU-elinten lainsäädäntövallan ulkopuolelle. Arvioin, että EUnormien vaikutus ulottuisi vain kohtalaisen vähäiseen osaan tuomioistuinten ratkaistavista jutuista. Oikeusjärjestyksen perinteisillä ydinalueilla, kuten juuri rikosoikeudessa tai perhe ja perintöoikeudessa, Suomineidon ote lakikirjastaan pitäisi.

Esitin lopuksi tuolloisessa kansanäänestyskeskustelussa ehkä kerettiläiseltä vaikuttaneen kysymyksen: ”Onko itsenäisen lainsäädäntö ja tuomiovallan kruunaama oikeudellinen suvereniteetti ainoa tai korkein arvo, jonka valossa sellaisia valtiollisia ratkaisuja kuin EU-jäsenyyttä olisi arvioitava? Voisimmeko ajatella, että olennaista olisikin lainsäädäntömenettelyn demokraattisuus, kansalaisten vaikutusmahdollisuuksien ja itsemääräämisoikeuden takaaminen?” Totesin, että näin ajatellen suvereeni kansallisvaltio ei enää olisi mikään itseisarvo edes silloin, kun arvioimme lainsäädäntövallan käyttämistä ja että ”EU:n puolella tällainen ajattelutapa siirtäisi keskustelun painopistettä EU:n kuuluksaan demokratiavajeeseen”.

Toisen alustukseni pidin Lakimiespäivässä 2005. Aiheenani oli *Kansalaisten vai valtioiden Eurooppa: Suomalaisen lainsäätäjän liikkuma-ala*. Yhdessätoista vuodessa painotuksissani oli tapahtunut muutoksia. Kiinnitin huomiota siihen, että kansalliset tuomioistuimemme tukeutuvat ratkaisutoiminnassaan lisääntyvässä määrin säännöksiin, joiden syntylähde on muualla kuin Suomen eduskunnassa, ja että jäsenyytemme Euroopan unionissa oli muuttanut tuomioistuinten käyttämien oikeuslähteiden etusijajärjestyttä tavalla, joka heikentää kansallisen lainsäätäjän asemaa. Samalla kuitenkin korostin, että EU-oikeus jättää kansallisellekin lainsäätäjälle sananvaltaa. EU-direktiivit eivät vain salli, vaan jopa edellyttävät kansallisia lainsäädäntötoimia. Direktiivit ilmaisevat ainoastaan tavoitteet, ja kansallisen lainsäätäjän on säädettävä niistä lainsäädännöllisistä keinoista, joilla tavoitteisiin jäsenvaltiossa pyritään. Kansallisen lainsäätäjän liikkuma-ala on itse asiassa direktiivimenettelyn keskeinen taustaidea. Tarkoituksena on, että kussakin jäsenvaltiossa voidaan valita juuri sen oikeusjärjestykseen ja oikeudelliseen

perinteeseen soveltuvat lainsäädännölliset keinot ja näin varmistaa, että kansallisen oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä ei vaaranneta.

Totesin, että kansallisvaltion viranomaisista riippuu, käytetäänkö direktiivien kansalliselle lainsäätäjälle jättämää liikkuma-alaa hyväksi. Arvostelin Suomessa noudatettua menettelyä ja katsoin, että aivan liian usein direktiivejä toimeenpaneviin kotimaisiin säädöksiin oli suoraan kopioitu direktiivin tekstiä, vaivautumatta sopeuttamaan sitä kansalliseen sääntelytapaan ja lakikieleen. Luonnehdin direktiivien suoraa kopiointia kotimaisiin säädöksiin vapaaehtoiseksi luopumiseksi siitä toimivallasta, jota kansallisella lainsäätäjällä vielä on EU-oikeuden alueella. Ulotin tämän arvion myös direktiivien kansallisessa toimeenpanossa toisinaan tavattavaan *blanco*-menettelyyn, jossa direktiivi omaksutaan pelkällä viittaussäännöksellä osaksi kansallista oikeusjärjestystä.

Vielä vuonna 2005 arvioin, että EU-oikeudellinen sääntely on enimmäkseen jättänyt kansalliselle lainsäätäjälle oikeusjärjestyksen perinteiset ydinalueet: yleisen siviilioikeuden, perhe- ja perintöoikeuden, rikoslain ... Samalla kuitenkin totesin, että oikeusjärjestyksen painopisteet saattavat olla muuttumassa muun muassa teknologisen kehityksen ja yhteiskunnan informatioidumisen vuoksi. Informaatioyhteiskunnalle ominaiset sääntelyt vaikkapa tietosuojassa tai viestinnän vapaudessa saattavat olla siirtymässä oikeusjärjestyksen periferiasta keskustaan. Näillä aloilla ylikansallisen sääntelyn tarve on riidaton ja EU-säädösten asema tärkeä. En enää yhtyntykään varauksitta usein kuultuun yleistyksen, jonka mukaan kansallisen lainsäätäjän toimivaltaa rajoittava eurooppaoikeudellinen sääntely voi kyllä olla poliittisesti tärkeää mutta ei oikeusjärjestyksen kokonaisuudessa kovin merkittävää.

Löydän kuitenkin vuosina 1994 ja 2005 esittämistäni arvioista yhden tärkeän yhteisen painotuksen. Samoin kuin EU-kansanäänestyksen alla myös vuonna 2005 kyseenalaistin kansallisen suvereniteetin itseisarvon demokratiakeskustelussa. Katsoin, että meidän ei tule jäädä voivottelemaan kansallisen lainsäätäjän toimivallan menetyksiä ja pyrkiä sitä kynsin hampain puolustamaan. Pidän olennaisempana pohtia, miten voidaan täyttää se oikeudellisen sääntelyn legitimititeettivaje, jonka kansallisen lainsäätäjän aseman muuttuminen synnyttää. Minusta seuraavat kysymykset olivat tärkeämpiä kuin siilipuolustustaktiikan hiominen kansallisvaltion lainsäädäntövallan suojaamiseksi: Miten voidaan turvata EU:n lainsäätämismenettelyn demokraattisuus? Miten EU:n rakenteissa ja menettelyissä voidaan toteuttaa demokraattisen oikeusvaltion periaatteita? Ovatko demokraattinen

oikeusvaltio ja sen edellyttämät kansalaisyhteiskunta ja julkisuus ylipäättään mahdollisia ylikansallisella tasolla? Vai ovatko ne vain euro-intellektuellien haavekuvia?

2

Mitä uutta näistä tärkeistä teemoista voidaan sanoa nyt, kun ensimmäisestä arviostani on kulunut 20 vuotta ja toisestakin jo yhdeksän? Miten ennustukseni ovat toteutuneet ja miten meidän olisi tänään perusteltua ennakoita tulevaisuutta? Kahdessa keskeisessä asiassa tunnustan erehtyneeni. EU:n lainsäädännön ala on laajentunut, ja tänään olisi perin juurin virheellistä väittää, että se rajoittuu vain oikeusjärjestyksen reuna-alueille, periferiaan. Rikos- ja siviilioikeuden keskeisiä alueita on siirtynyt EU:n lainsäädäntövaltaan. Siviilioikeudessa kansainvälisten perhesuhteiden voimakas kasvu on aiheuttanut paineita myös perheoikeuden yhtenäistämiseen. Maastrichtin sopimuksen pilarijaosta, jossa rikosoikeudellinen lainsäädäntö vielä valtaosin kuului kolmanteen, hallitusten välisen yhteistyön piiriin, on luovuttu ja samalla EU-tuomioistuimen tuomiovaltaa on laajennettu. Jo Amsterdamin sopimuksen nojalla EU:n sisärajat avannut Schengen-säännöstö siirrettiin osaksi EU-oikeutta ja samalla Luxemburgin tuomioistuimen toimivaltaan. Amsterdamin sopimuksella otettiin niin ikään käyttöön erityinen puitepäätösmenettely kolmannen pilarin alueelle kuuluvassa poliisiyhteistyössä ja rikosasioita koskevassa oikeudellisessa yhteistyössä. Puitepäätöksiä tehtiinkin muun muassa rikollisjärjestöihin kuulumisen rangaistavuudesta ja eurooppalaisesta pidätysmääräyksestä. Lopulta Lissabonin sopimuksella koko pilarijako siirrettiin historiaan. EU ei ole ollut toimeton edes sellaisella siviilioikeuden ydinalueella kuin sopimusoikeudessa. EU-parlamentti sponsoroi professorivetoista hanketta eurooppalaisten sopimusoikeudellisten periaatteiden kodifioimiseksi. Professoreiden aikaansaannos ei koskaan saanut parlamentin siunausta, mutta todistaa jo pelkällä olemassaolollaan eurooppalaisen siviilioikeudenkin yhdentymisestä. Se on valinnainen normisto, jota sopimuseduvaltuudet voivat sopia noudatettavaksi, vaikka sillä ei olekaan EU:n toimielinten päätöksin vahvistettua virallista asemaa.

Kiinnitin jo vuonna 2005 huomiota siihen, että suomalainen lainsäätäjä on itse asiassa luovuttanut pois lainsäädäntövaltaansa enemmänkin

kuin perussopimukset ja niihin perustuva EU:n sekundäärilainsäädäntö olisivat vaatineet. Tämä arvio on syytä toistaa tänään: aivan liian usein direktiivit toimeenpannaan kehnoina käännöksinä tai blanco-säännöksiin. Komission käynnistämän sanktioprosessin pelko on huono tekosyy tällaiselle menettelylle.

Eräissä olennaisissa suhteissa vuonna 1994 ja 2005 esittämiäni arvioita EU-jäsenyyden vaikutuksista demokratiaan ja kansallisen parlamentin asemaan on täydennettävä. Osaksi kyse on vasta vuoden 2005 jälkeisestä kehityksestä, osaksi taas näkökohdista, jotka olisi pitänyt havaita jo aikaisemmin. Yleinen käsitys jäsenvaltioissa on, että EU-politiikka on kansallisessa poliittisessa järjestelmässä lisännyt hallituksen painoarvoa parlamentin kustannuksella. Syynä on se, että EU-politiikka perustuu yhä paljolti hallitusten välisiin neuvotteluihin ja jättää kansalliset parlamentit sivurooliin. Vuonna 1994 en osannut ennakoida, että Suomessa voisi käydä toisin. EU-asioiden käsittelyjärjestelmä, jolla pyrittiin korvaamaan ennen muuta eduskunnan lainsäädäntövallan liukumista Brysseliin, on osoittautunut yllättävänkin tehokkaaksi. Suunnilleen samanaikaisesta enemmistöparlamentarismiin siirtymisestä huolimatta eduskunnan vaikutusvalta hallituksen toimiin ei ole vähentynyt, pikemminkin päinvastoin. Tämän edellytyksenä on tietysti ollut, että valtioneuvosto ottaa eduskunnan EU-poliittisen ohjauksen tosissaan. Tässä suhteessa suomalainen poliittinen kulttuuri on osoittanut kypsyyttään.

Toinen täsmennys, joka minun olisi pitänyt tehdä jo aikaisemmin, koskee demokratian ja kansallisen suvereniteetin suhdetta. Oletuksena keskustelussa niin meillä kuin muuallakin yleensä on, että demokratia-näkökohta puhuu kansallisen suvereniteetin puolesta ja toimivallan Brysseliin siirtämistä vastaan. Mutta näin ei välttämättä ole. Syynä ovat kansallisten lainsäädäntö- ja muiden politiikkaratkaisujen ulkoiset vaikutukset. Demokratian perusajatus on, että niillä, joita päätökset koskevat ja joiden elämänehtoja ne muokkaavat, tulee olla mahdollisuus vaikuttaa päätösten sisältöön. Mitä enemmän poliittisilla ratkaisuilla on ulkoisia vaikutuksia, mitä enemmän ne vaikuttavat muidenkin kansakuntien elämään, sitä suuremman demokratiavajeen niiden jättäminen kansalliseen päätösvaltaan synnyttää. Taloudellisesti yhdentyvässä Euroopassa tämä koskee tietysti ennen muuta taloutta, mutta yhtä hyvin myös esimerkiksi ympäristöpolitiikkaa. Itse asiassa poliittisten ratkaisujen ulkoiset vaikutukset ovat keskeinen perustelu koko Eurooppa-projektille.

Demokratian vaaliminen ei siis välttämättä puolla ratkaisujen säilyttämistä kansallisessa päätösvallassa vaan saattaa päinvastoin edellyttää niiden siirtämistä ylikansalliselle tasolle. Mutta tämä ei tietystikään vielä takaa

ylikansallisen päätöksenteon demokraattisuutta. EU:n demokratiavaje on vähintäänkin yhtä ajankohtainen keskustelunaihe kuin se oli vuonna 1994, Suomen valmistautuessa EU-kansanäänestykseen. Palaan siihen vielä tuonnempana.

3

Vuonna 1994 tai edes 2005 en osannut, eikä tainnut osata moni muukaan, olla huolestunut eduskunnan budjettivallan tai kansallisen talous- ja finanssi-poliittisen päätösvallan kohtalosta. Viimeksi kuluneen neljän vuoden aikana EU:hun liittyvät demokratiaongelmat ovat erityisesti euromaissa liittyneet, ei niinkään lainsäädäntövaltaan, vaan finanssi- ja budjettivaltaan.

Maastrichtin sopimuksen EMU-säännökset rakentuivat yhtäältä jäsenvaltioiden finanssipoliittiselle vastuulle – vastuulle valtionvelasta – ja toisaalta niiden finanssi- ja talouspoliittiselle suvereniteetille. Kriisimaiden apupaketit ja euromaiden vakausmekanismit ovat tinkineet jäsenvaltioiden vastuun periaatteesta: no bail out -periaate on voimassa vain hyvinä mutta ei huonoina aikoina. Samanaikaisesti jäsenvaltioiden vastuun kääntöpuoli, jäsenvaltioiden suvereniteetti finanssi- ja talouspolitiikassa, on niin ikään horjumassa. Keväällä 2010 käynnistyneet hätätoimet velkakriisin voittamiseksi ovat vaikuttaneet sekä apua saavien että sitä antavien valtioiden suvereenisuuteen. Kaikki rahoitusavun muodot, alkaen Kreikan lainapaketista ja päättyen Euroopan vakausmekanismiin, ovat rakentuneet ankarien ehtojen varaan. Apua saavat valtiot – Kreikka, Irlanti, Portugal, Espanja ja viimeisenä Kypros – ovat olleet pakotettuja allekirjoittamaan yhteisymmärryspöytäkirjan, jossa on yksityiskohtiin ulottuvia määräyksiä menoleikkausten kohdentamisesta ja alijäämän rahoittamisesta. Lisäksi uusien avustuserien suorittaminen on tehty riippuvaiseksi siitä, että ylikansalliset valvojat – komission, EKP:n ja IMF:n muodostama troikka – toteavat valtion täyttäneen sitoumuksensa. Keskustelussa on vaadittu tätä tiukempaakin finanssipoliittista holhousta (*financial receivership*). Vuonna 2013 voimaan tulleet two pack -asetukset sisältävätkin määräyksiä tehostetusta valvonnasta, johon rahoitusvaikeuksissa olevat tai jo rahoitusapua vastaanottavat eurovaltiot alistetaan.

Sosiaalimenot eivät ole säästyneet leikkauksilta vaan ovat päinvastoin olleet tärkeimpiä säästökohteita. Kriisimaissa säästöohjelmat on koettu ulkoa tulevaksi sanelupolitiikaksi, jota heikot ja tehtävässään epäonnistuneet

kansalliset poliittiset päätöksentekijät eivät ole kyenneet torjumaan. Kuten Kreikan kehitys selkeimmin osoittaa, tämä on vaarantanut sekä Euroopan yhdentymisen että kansallisen poliittisen järjestelmän legitimitetin ja synnyttänyt kasvavaa katkeruutta apua antavia mutta samalla tiukkoja ehtoja asettavia valtioita, ennen kaikkea Saksaa, kohtaan.

Rahoitusvakauden palauttamiseen tähtäävät toimet ovat vaikuttaneet myös avun rahoittavien valtioiden suvereenisuuteen. Avustustoimiin liittyvät valtioiden taloudelliset vastuut ovat sekä erikseen että kokonaisuudessaan tarkasteltuina valtavia. Tämä on synnyttänyt valtiosääntöongelmia varsinkin sellaisissa maissa kuin Saksa ja Suomi, joissa perustuslailla on poikkeuksellisen vahva asema poliittisessa ja oikeudellisessa kulttuurissa. Tärkeimmät valtiosääntöoikeudelliset huolenaiheet liittyvät kansalliseen täysivaltaisuuteen sekä parlamentin finanssivaltaan ja finanssipoliittisen päätöksenteon demokraattiseen legitimitettiin.

Syyskuussa 2011 antamassaan päätöksessä Saksan valtiosääntötuomioistuin otti kantaa myös EU:n perussopimusten suhteeseen kansalliseen budjettivaltaan. Tuomioistuin totesi, että ”perussopimukset eivät ole ristiriidassa sen käsityksen kanssa, että kansallinen budjettivalta on välittömän demokraattisen legitimitetin varassa toimivien jäsenvaltioiden parlamenttien olennainen ja luovuttamaton kompetenssi; päinvastoin, sopimukset edellyttävät tällaista käsitystä”. Niinpä ”perussopimusten tarkka noudattaminen takaa, että Euroopan unionin elinten toimenpiteillä on riittävä legitimaatio Saksassa ja Saksan kannalta”. Tämä vie meidät asian ytimeen: siihen käsitykseen talouspolitiikan luonteesta ja sen legitimitettivaatimuksista, jota Maastrichtin EMU-periaatteet ilmensivät.

Nämä periaatteet hahmottavat rahapolitiikan epäpoliittiseksi politiikka-alueeksi, joka voidaan ja on syytäkin jättää riippumattomille asiantuntijoille ja johon ei liity demokraattisen legitimitetin vaatimusta; poliittiset interventiot päinvastoin vaarantaisivat rahapolitiikan ”epäpoliittisen” tavoitteen, hintavakauden, toteuttamisen. Sen sijaan finanssipoliittikkaa arvioitiin Maastrichtissa toisista lähtökohdista. Maastrichtissa hyväksytyssä Euroopan taloudellisessa valtiosäännössä finanssipoliitiikan odotettiin saavan legitimitettinsä kansallisesta demokraattisesta päätöksenteosta. Kun jäsenvaltioiden finanssipoliittinen suvereenisuus ja kansallisten parlamenttien toimivalta kaventuvat, finanssipoliittikka menettää legitimitettiään, joka sen on ollut määrä saavuttaa kansallisella tasolla.

Varauksistaan huolimatta sekä Saksan valtiosääntötuomioistuin että Suomen perustuslakivaliokunta ovat lopulta katsoneet, että Euroopan

rahoitusvakausjärjestelyt ovat sopusoinnussa perustuslain kanssa. Mutta jos eurooppalaisia reaktioita velkakriisiin arvioidaan kokonaisuutena, on vaikea välttää johtopäätöstä, että euroalueen valtioiden finanssipoliittinen suvereenisuus on merkittävästi supistunut. Kansallista täysivaltaisuutta ja budjettivaltaa eivät uhkaa vain rahoitusapuun liittyvät taloudelliset vastuut vaan myös Euroopan tason talous- ja finanssipoliittisen ohjauksen vähittäinen tiukentaminen ja sen ulottaminen kansallisiin talousarviomenettelyihin.

Yritykset tiukentaa rahoituskuria ovat asteittain nakertaneet jäsenvaltioiden finanssipoliittista liikkuma-alaa, kun eurooppalaiset toimielimet ovat saaneet lisää valvontavaltuuksia ja kun jäsenvaltiot on velvoitettu sopeuttamaan kansalliset budjettimenettelynsä eurooppalaisiin vaatimuksiin. Maastrichtin järjestelmässä eurooppalainen valvonta perustui ensisijaisesti vertaisarviointiin ja *soft law* -luonteiseen aineistoon, toisin sanoen menettelmään, josta sittemmin alettiin käyttää nimitystä *avoin koordinaatio*. Six pack -asetuksilla vakaus- ja kasvusopimusta on muutettu siten, että valtioille langetetaan lähes automaattisesti sanktioita niiden loukatessa velvoitteitaan. Erityisesti liiallista alijäämää koskeva menettely on ottanut harppauksen *hard law* -suuntaan. Samalla eurooppalainen finanssipoliittinen ohjaus ja valvonta on ulotettu keskipitkän aikavälin kehysuunnittelusta vuosittaisiin budjetteihin. Two pack -asetukset velvoittavat eurovaltiot toimittamaan komissiolle ja euroryhmälle seuraavan vuoden budjettiehdotuksensa. Vaikka komissiolla ei ole toimivaltaa sitoviin päätöksiin, sen kanta on julkinen, minkä odotetaan tosiasiallisesti suuntaavan jäsenvaltion lopullista päätöksentekoa budjetistaan. Jo aiemmin six pack -asetuksella luotu uusi, liiallisen makrotalouden epätasapainon korjaamista tarkoittava menettely laajentaa monenvälisen valvonnan finanssipoliitikasta yleiseen talouspolitiikkaan. EU-lainsäädännön ulkopuolisen talouspoliittisen sopimuksen – Fiscal Compactin – päätavoitteena taas on luoda kansallisia takeita sille, että jäsenvaltiot kunnioittavat vaatimusta tasapainoisesta tai ylijäämäisestä budjetista. Lopullisessa muodossaan sopimus ei sisällä ehdotonta vaatimusta perustuslakiin otettavista takeista. Vesitettyinäkin ylikansallinen vaatimus kansallisista takeista ja siihen liittyvä valvontamenettely, jossa tehtäviä on sekä komissiolla että tuomioistuimella, merkitsee puuttumista kansalliseen budjettiautonomiaan.

Jäsenvaltioiden finanssi- ja budjettipoliittisen suvereniteetin kaventuminen vaikuttaa demokratian toteutumiseen sekä jäsenvaltioissa että EU:ssa. Se ensinnäkin supistaa sitä legitimizeettikatetta, jonka kansalliset politiikat

saavat demokraattisesta budjettimenettelystä. Mutta samalla se kaventaa myös EU:n demokraattista legitimitettä vaikeuttamalla EU:lle ominaisen kaksiportaisen legitimaatiomekanismin toimintaa. Jäsenvaltioiden kansalaiset ovat aiemmin kohdanneet EU:n yleensä vain välillisesti, kansallisten päätöksentekijöiden ja viranomaisten välityksellä. Kansallinen lainsäätäjä implementoi EU-direktiivit ja kansalliset viranomaiset panevat täytäntöön EU:n lainsäädännön. Näin jäsenvaltioiden kansalaiset eivät ole kokeneet EU:n vaikutuksia omaan arkielämäänsä suoraan vaan kansallisen lainsäädännön ja kansallisten viranomaisten päätösten suodattamina. Samalla EU-lainsäädäntö ja EU:n politiikat ovat päässeet osallisiksi kansallisen lainsäädännön ja kansallisten politiikkojen nauttimasta demokraattisesta legitimitetistä. Euroalueen kriisi on kyseenalaistanut tämän kaksivaiheisen legitimaatiomekanismin toiminnan.

Kriisin aikana eurooppalaisten politiikkaratkaisujen vaikutukset ovat kohdanneet EU-kansalaiset välittömästi, ilman kansallisten demokraattisten prosessien pehmentävää ja samalla legitimoivaa vaikutusta. Kriisivaltioissa kansalliset poliittiset päätöksentekijät ovat panneet täytäntöön vyönkiristysohjelmia, joista on päättänyt komission, Euroopan keskuspankin ja IMF:n muodostama troikka. Kansalliset poliittiset päätöksentekijät on koettu pelkiksi marioneteiksi, jotka toteuttavat muualla jo tehtyjä päätöksiä. Näissä oloissa vaaleihin ja parlamenttiin nojautuvat menettelyt eivät pysty takaamaan edes kansallisen päätöksenteon demokraattista hyväksyntää, puhumattakaan siitä, että ne pystyisivät kanavoimaan tällaista hyväksyntää ylikansallisen tason ratkaisuille. Mutta myös apua antavissa jäsenvaltioissa, joihin Suomikin kuuluu, eurooppalaista päätöksentekotasoa pidetään yhä enemmän vastuussa kansalaisten elämään vaikuttavista ratkaisuista, ja kansallisen parlamentin liikkuma-ala nähdään kapeaksi. Sekä apua saavissa että sitä antavissa valtioissa eurooppalaisen päätöksenteon demokraattinen legitimaatiotarve kasvaa, samalla kun kansallisten demokraattisten menettelyjen kyky tyydyttää sitä heikkenee.

4

Kansallisen finanssipoliittisen suvereenisuuden kaventumiseen ja siitä seuraavaan demokraattisen legitimitetin menetykseen voidaan vastata kahdella tavalla: joko määrittelemällä uudelleen finanssipolitiikan luonne ja legitimi-

teettitarve tai korjaamalla ylikansallisen tason demokratiavajetta. Edellistä strategiaa noudattavat ehdotukset sekä kansallisen että ylikansallisen tason budjettivirastoista tai -neuvostoista. Ehdotukset ovat jo kantaneet hedelmää two pack -lainsäädännössä. Jäsenvaltiot on veloitettu perustamaan kansallinen riippumaton finanssipoliittinen neuvosto, jonka on määrä olla ”toiminnallisesti riippumaton jäsenvaltion finanssipoliitikasta vastaavista viranomaisista” ja jonka tehtävänä on seurata kansallisten finanssipoliittikan sääntöjen täytäntöönpanoa. Vastaavasti Euroopan tasolle on ehdotettu perustettavaksi poliittisesti riippumatonta Euroopan budjettivirastoa, jolle jäsenvaltioiden – ensi sijassa eurovaltioiden – budjettipoliittikan valvonta uskottaisiin.

EKP:n aktiivinen osallistuminen rahoitusvakauden palauttamiseen tähtääviin pelastustoimiin ilmentää eräänlaista rahapolitiikan politisoitumisen tendenssiä. Ehkä hieman paradoksaalisesti finanssipoliitikassa – ja osin myös yleisessä talouspolitiikassa – on havaittavissa vastakkainen, depolitisoinnin suuntaus. Kansalliset finanssipoliittiset neuvostot ja ehdotukset Euroopan budjettivirastosta kuvastavat taipumusta käsitellä myös finanssipoliittikkaa epäpoliittisena politiikan alueena, joka tulisi rahapolitiikan tavoin jättää riippumattomille asiantuntijoille. Tämä on merkittävä poikkeama Maastrichtin taloudellisen valtiosäännön perusteista, jotka tunnustavat finanssipoliittikan uudelleenjakovaikutukset ja niistä seuraavan vaatimuksen demokraattisesta legitimaatiosta.

Depolitisoinnin strategialla on kuitenkin ilmeiset rajoituksensa. Demokraattisen legitimaation tarve nousee niistä vaikutuksista, joita ratkaisuille on kansalaisten elämään, eikä kansalaisten legitimitteettiodotuksia voida mielivaltaisesti ohjailla. Lisäksi on muistettava, että budjettimenettelyissä ei keskustella ja päätetä vain budjetista vaan kansallisen politiikan suunnasta yleisestikin. Monissa valtioissa, myös Suomessa, budjettiprosessi on poliittisen keskustelun ja mielipiteen muodostuksen keskiössä. Tästä Saksan valtiosääntötuomioistuimien on toistuvasti muistuttanut.

Vaihtoehtona finanssipoliittikan uudelleen määrittelylle ja demokraattisten menettelyjen painoarvon vähentämiselle on ottaa vihdoin vakavasti EU:n demokratiavaje ja suuntautua kohti demokraattista federalismia. Euroopan parlamentille ja kansallisille parlamentille on kuitenkin suotu lähinnä sivustakatsojan asema sekä rahoitusvakausmekanismeissa että Euroopan uudessa taloudellisessa hallintajärjestelmässä. Rahoitusvakausmekanismit ovat valtaosin perustuneet hallitusten väliseen yhteistyöhön ja sivuuttaneet EU:n lainsäädännölliset menettelyt ja institutionaalisen rakenteen. Euroopan

parlamentilla ei ole ollut osaa sen paremmin näiden mekanismien suunnittelussa ja niistä päättämisessä kuin avustusohjelmien hallinnoimisessa tai valvonnassa. Euroopan parlamentin rooli on alun alkaenkin ollut vähäinen myös finanssi- ja talouspoliittisessa hallinnassa, kuten monenvälisen valvonnan ja liiallisen alijäämän menettelyissä; sillä on ollut oikeus lähinnä vain tietojen saantiin. Six pack- ja two pack -lainsäädäntö ovat vastanneet arvosteluun puuttuvasta demokratiasta määräyksillä taloudellisesta vuoropuhelusta EU:n toimielinten – ennen muuta parlamentin, neuvoston ja komission – ja tarvittaessa myös asianomaisen jäsenvaltion välillä. Vuoropuhelun näyttämönä on parlamentin asianomainen valiokunta, joka voi kutsua neuvoston puheenjohtajan, komission sekä, milloin tämä on tarpeen, Eurooppa-neuvoston tai euroryhmän puheenjohtajan keskustelemaan valvontamenettelyissä vireillä olevista asioista. Vaikutuskanavien avaaminen kansallisille parlamenteille ja kansalaisyhteiskunnalle on sen sijaan jäänyt paljolti ohjelmallisten lausumien asteelle.

Varsin vaatimattomat yritykset vetää Euroopan parlamentti ja kansalliset parlamentit mukaan taloudelliseen hallintaan sekä lisätä eurooppalaisen päätöksenteon avoimuutta eivät muuta yleiskuvaa. Liittovaltiolliset rakenteet, jotka ovat vähitellen hahmottumassa eurooppalaisen taloudellisen hallinnan asteittaisesta tiukentamisesta, perustuvat lähinnä hallitusten väliseen yhteistyöhön, jota tukevat asiantuntijuuteen nojautuvat elimet kuten komissio ja EKP. Hiipivä liittovaltiollistuminen edustaa ”eksekutiivista federalismia”. Sekä rahoitusvakausmekanismien luominen ja hallinnointi että taloudellisen hallinnan lujittaminen ilmentävät hallitusten välisen yhteistyön uutta nousua. Jos euroalueen kriisin seurauksia arvioidaan EU:n toimielinten valtasuhteiden kannalta, suuria voittajia ovat ensinnäkin hallitusten väliselle yhteistyölle rakentuvat elimet, alkaen Eurooppa-neuvostosta ja sen typistetystä, euroalueen versiosta ja päätyen sellaisiin epävirallisiin vallankäyttäjiin kuin Saksan liittokanslerin ja Ranskan presidentin säännönmukaisiin Merkozy-tapaamisiin, jotka aikanaan ohjasivat euroalueen ja koko EU:nkin kehitystä. Toiseksi voittajiin kuuluvat toimielimet, jotka perussopimuksissa määritellään epäpoliittisiksi asiantuntijaelimiksi: ennen kaikkea Euroopan keskuspankki, mutta myös komissio, erityisesti talous- ja raha-asioiden komissaari. Kriisimaissa Olli Rehn on tunnetuin EU-johtaja, tunnetumpi kuin Barroso tai Van Rompuy. Sekä hallitustenvälisyyden uusi nousu että asiantuntijaelinten, erityisesti EKP:n, uskaltautuminen Maastrichtin taloudellisen valtiosäännön niille määrittelemän asiantuntijaroolin ulkopuolelle ovat synnyttäneet uusia demokratiaongelmia, joihin tässä yhteydessä voin vain viitata.

Euroopan parlamentin heikko muodollinen asema rahoitusvakausmekanismeissa ja ylikansallisessa taloudellisessa hallinnassa ei kuitenkaan ole suurin este EU:n demokratiavajeen täyttämiseksi. Valitettavasti minulla ei ole syytä muuttaa vuonna 1994 tekemääni arviota siitä, että suurimmat ongelmat ylikansallisen tason demokratian kehittämiseksi ovat sosiologisia ja kulttuurisia: eurooppalaisen kansalaisyhteiskunnan ja julkisuuden heiveröisyys sekä EU-kansalaisten heikko itseidentiteetti ja hauras solidarisuus. Jos EU-kansalaisten itseidentiteettiä mitataan vaaliaktiivisuudella, kehitys ei ole ollut rohkaisevaa: samanaikaisesti kun Eurooppa-parlamentin toimivaltaa on lisätty, äänestysprosentti on useimmissa jäsenvaltioissa laskenut. Seurauksena on, paradoksaalista kyllä, että se EU:n toimielin, parlamentti, jonka on määrä huolehtia EU:n suorasta demokraattisesta legitimitetistä, kärsii itse eräänlaisesta demokratiavajeesta. Euroalueen kriisikään ei juuri vaikuttanut äänestysprosenttiin keväällä 2014, mutta vastapainona vahvisti eurokriittisiä voimia, joiden kiinnostusta demokratian lisäämiseen EU-tasolla voi epäillä.

Jos kriisillä on ylipäätään ollut myönteisiä vaikutuksia demokratian kannalta, yksi niistä voisi olla lisääntynyt tietoisuus eurooppalaisesta tai ainakin euroalueen kohtalonyhteydestä niin mediassa kuin suuren yleisön keskuudessa. Ensimmäistä kertaa monissa Euroopan maissa, mukaan luettuna Suomi, europolitiikka on ollut keskeinen teema kansallisissa valtiollisissa vaaleissa. Tietoisuus eurooppalaisesta yhteenkietoutumisesta on välttämätön edellytys toimivalle ylikansalliselle, EU-tason demokratialle. Valitettavaa ylikansallisen demokratian edellytysten kannalta kuitenkin on, että sinänsä myönteiseen Eurooppa-tietoisuuden vahvistumiseen on liittynyt eräänlainen nationalistinen, kansallismielinen, vääristymä, kuten kevään 2014 vaalitulos osoittaa. Tapahtumia muissa jäsenvaltioissa ja Euroopan tasolla tarkastellaan usein ahtaasti ja lyhytnäköisesti määritelyjen kansallisten etujen lävitse. Samanaikaisesti eurooppalaista yhteenkuuluvuutta nakertavat negatiiviset stereotypiat muista kansakunnista ovat pikemminkin vahvistuneet kuin väistyneet. Kaiken kaikkiaan euroalueen kriisi on enemmänkin tuhonnut kuin luonut ja lujittanut eurooppalaisen demokratian sosiologisia ja kulttuurisia edellytyksiä. Yksi Euroopan yhdentymisen tulevaisuuden suuria kohtalonkysymyksiä on, miten katkaista kasvavan Eurooppa-tietoisuuden ja vahvistuvan nationalismin välinen liitto.

Mitä muuta voisimme sanoa Eurooppa-projektin tulevaisuudesta, erityisesti demokratian näkökulmasta? Kriisi on synnyttänyt varsin pitkälle meneviä suunnitelmia yhdentymisen syventämiseksi, varsinkin euroalueella. Toimielinten pöydällä on niin komission kuin Eurooppa-neuvoston puheenjohtaja Van Rompuyn johtaman ryhmän ehdotuksia, ja myös akateemiset intellektuellit ovat tuoneet keskusteluun omia ideoitaan. Kuitenkin samalla kun vakavin kriisi näyttää olevan takanapäin – monet ajoittavat käännekohdan syyskuuhun 2012, jolloin EKP ilmoitti uudesta kriisimaiden velkakirjojen osto-ohjelmastaan – keskustelu rakenteellisista uudistuksista on hiljentynyt. Jopa komission ehdotukset talous- ja rahaliiton syventämisen ensimmäiseksi vaiheeksi, pankkiunioniksi, ovat vaikeuksissa, kun jäsenvaltiot ovat pahimman kriisivaiheen mentyä ohi palanneet varjelemaan kansallista päätöksentekoaan.

Perustuslaillisen sopimuksen kohtalo vajaa kymmenen vuotta sitten osoitti, miten vaikeita isot valtiosääntömuutokset – tai sellaisiksi koetut uudistukset – EU:ssa ovat. Yhdentymisen asteittaisesta, inkrementalistisesta kehityksestä on oikeastaan vain yksi poikkeus: Maastrichtin sopimus, jolla myös talous- ja rahaliitto synnytettiin. Mutta olosuhteet olivat poikkeukselliset: elettiin vuoden 1989 ja Saksan jälleen yhdistymisen jälkeistä aikaa. Uuden Saksan vaikutusvalta pyrittiin sitomaan Euroopan integraation syventämisellä, ja Saksan oli puolestaan pakko maksaa yhdistymisen hyväksymisestä vaadittu hinta. (Kohtalon ivaa tosin on, että talous- ja rahaliitto on tehnyt Saksasta voimakkaamman valtatekijän Euroopassa kuin milloinkaan toisen maailmansodan jälkeen.) Talouskriisin vuosina on toisinaan saattanut näyttää siltä, että käsillä olisi hetki – valtiosääntöteoreetikkojen *constitutional moment* – jolloin jäsenvaltiot – ainakin niiden poliittiset johtajat – olisivat jälleen valmiita isoihin muutoksiin, jos ei koko EU:ssa Ison-Britannian jälleen jyrkentyneen Eurooppa-politiikan vuoksi, niin ainakin euroalueella. Tuo hetki on mennyt ohitse, ja EU:n valtiosääntöinen kehitys on palannut entiseen *vähittäisen*, inkrementalistisen kehityksen uomaansa. Kriisi on kuitenkin myös opettanut, että jos yhdentymisen hyppäyksellinen syventäminen on mahdollista vain hyvin poikkeuksellisissa oloissa, saavutetusta yhdentymisen tasosta peräytymistäkin pyritään välttämään. Minun onkin vaikea uskoa, että esimerkiksi euroalueen hajoaminen tai raha- ja talousliiton purkaminen olisivat realistisia vaihtoehtoja.

Todennäköistä on, että yhdentymisessä mennään eteenpäin, ei kuitenkaan harppauksin vaan lyhyin askelin. Todennäköistä niin ikään on, että EU:n eriytymiskehitys jatkuu. Euroalueen erityisaseman vahvistuminen kuuluu kriisin merkittävimpiin valtiosääntöisiin seurauksiin. Pidän hyvin mahdollisena, että raha- ja talousliiton tai Schengen-alueen kaltaiset järjestelyt, joissa yhdentymisen syventämiseen valmiit jäsenvaltiot lähtevät omille teilleen, tulevat yleistymään. Eurooppa *à la carte* tulee olemaan todellisuutta vielä enemmän kuin se jo nyt on. Tällä on epäilemättä vaikutuksia myös demokratian tulevaisuuteen Euroopassa.

Natseista ja emigranteista oikeustieteen historiassa¹

1 MENNEISYYDEN MÄÄRITTELEMINEN JA TULEVAISUUDEN HALLINTA

Enhkä tunnetuin natsi-Saksan maanpakoon ajamista tiedemiehistä oli Albert Einstein, josta on sittemmin tullut tämän valtaisan tieteellisen ja inhimillisen katastrofin symboli. Vuodesta 1933 lähtien tuhansia tiedemiehiä ja heidän mukanaan suunnaton määrä tieteellistä osaamista siirtyi pois Saksasta seurauksena kansallissosialistien valtaannoususta ja sen jälkeen alkaneista juutalaisten ja natsien² poliittisten vastustajien vainoista.

Mukana olleet tiedemiehet ja heidän perheensä maksoivat tästä kovan hinnan, vaikka he olivatkin onnekkaiden joukossa päästessään pois ennen kuin juutalaisvainot muuttuivat yhdeksi ihmiskunnan historian suurimmista joukkomurhista. Tiedemiesten etuna olivat heidän kansainväliset yhteytensä, joiden avulla he saattoivat omaisuutensa menettäneenäkin löytää uusia mahdollisuuksia ulkomailta.

Saksa oli aiemmin ollut maailman johtava tiedemaa ja tieteen kieli oli pääosin saksa. Tämä katastrofi johti tiedemaailman johtoaseman siirtymiseen lopullisesti Saksasta Yhdysvaltoihin.³ Mutta Einsteinin kaltaisille

¹ Tämä kirjoitus esittelee ERC Starting Grant -rahoituksella vuosina 2013–2018 toimivaa tutkimusprojektiani Reinventing the Foundations of European Legal Culture 1934–1964 [FoundLaw], joka tällä haavalla on sijoittuneena Kansainvälisen talusoikeuden instituuttiin (KATTI). Projektin tutkijoiden työhuoneet ovat tämän juhlakirjan vastaanottajan työhuoneen ympärillä. Allekirjoittaneen lisäksi projektin tutkijoina ovat tutkijatohtorit Jacob Giltaij ja Tommaso Beggio sekä tutkijakoulutettava Ville Erkkilä.

² Ilmaisua ”natsi” käytetään tässä yleiskielisenä viittauksena kansallissosialistisen puoleen jäseniin ja kannattajiin. Aiheesta myös *Stolleis, Michael*: Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus. Frankfurt am Main 1994; *Stolleis, Michael*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland – Weimarer Republik und Nationalsozialismus. München 2002. Ajan aatehistoriasta ks. myös *Elias, Norbert*: Saksalaiset: Valtataistelut ja habituskehitys 1800- ja 1900-luvuilla. Tampere 1997.

³ Tästä prosessista ks. *Mattei, Ugo*: Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law. The American Journal of Comparative Law 1994, s. 195–217.

tutkijoille maanpakolaisuus tarkoitti vain tieteen tekopaikan muuttumista, se ei vaikuttanut heidän tutkimustensa sisältöön. Teoreettinen fysiikka oli sisällöltään Yhdysvalloissa liki samaa kuin mitä se oli Saksassa.⁴

Oikeustieteen tutkijoiden osalta seuraukset olivat erilaisia. Väitteeni on, että joutuminen vainon kohteeksi sekä pelko ja menetykset hirmuhallinnon käsissä johtivat joukon tutkijoita miettimään uudelleen koko ajatusta eurooppalaisesta oikeudellisesta perinteestä. Tämä johti tieteelliseen valankumoukseen, jossa oikeusvaltioajatuksesta tuli, tai itse asiassa tehtiin, eurooppalaisen oikeudellisen perinteen perusta vuosien 1934 ja 1964 välillä oikeushistoriallisen tutkimuksen kautta.

Päätekijöinä tässä olivat viisi saksankielistä tutkijaa, jotka olen jakanut kahteen ryhmään. Ensimmäinen ryhmä kulkee nimellä maanpakolaiset ja hylkiöt. He olivat liberaaleja ja juutalaisia tutkijoita, jotka erotettiin viroistaan Saksassa vainojen aikana. He pakenivat 1930-luvulla Englantiin, julkaisivat tutkimuksiaan englanniksi ja alkoivat vaikuttaa Ison-Britannian ja Amerikan tiedemaailmassa, mutta – kuten tavallista – suurten vaikeuksien jälkeen. Tämän ryhmän tunnetuimmista jäsenistä Fritz Schulz (1879–1957) ja Fritz Pringsheim (1882–1967) lähtivät maanpakoon Englantiin, kun taas Paul Koschaker (1878–1951) joutui jättämään virkansa yliopistolla.

Toinen ryhmä koostuu natsaista, heidän apureistaan ja sivustakatsojista, jotka pysyivät Saksassa ja joiden akateeminen ura oli hyvin paljon tavanomaisempi. He omaksuivat teorian vasta toisen maailmansodan jälkeen oltuaan sitä ennen joko kansallissosialistiselle aatteelle myötämielisiä tai pyrityään pysyttelemään politiikan ulkopuolella. Tästä ryhmästä olen valinnut nykytutkimuksen parhaiten tuntemat henkilöt, jotka ovat Franz Wieacker (1908–1994), joka oli Pringsheimin oppilas, ja Helmut Coing (1912–2000).

Tapahtumien kulku meni hieman mutkikkaasti siten, että teoria, joka alun perin muovattiin natsismin vastaiseksi historiantulkinnaksi, otettiin myöhemmin uusiokäyttöön liberaaliksi antikommunistiseksi historiantulkinnaksi. Siitä muodostettiin osa niin sanottua eurooppalaista tarinaa. Tulkinta tuli Länsi-Euroopan yhteiseksi oikeudelliseksi perinteeksi kommunistista itäblokkia vastaan.

Jos natsit lähtivät siitä, että kaikki elämänalueet, tiede mukaan lukien, oli alistettava valtion ja kansan palvelukseen, uusi teoria korosti roomalaisen

⁴ Einstein oli Saksassa saavuttanut akateemisen uran huipun: hän oli emigroituaan ollut fysiikan Kaiser Wilhelm -instituutin (nimi muutettiin sodan jälkeen Max Planck -instituutiksi) johtajana 18 vuotta. Hän ei tunnetusti koskaan palannut Saksaan, ja tunnetussa kirjeessään Max Bornille 12.10.1953 hän kutsui saksalaisia massamurhaajien kansaksi.

oikeuden riippumattomuutta ja sen tieteellistä luonnetta. Vaikka tässä tulkin-
nassa kehitettiin eteenpäin aiemmassa tutkimuksessa esitettyjä näkemyksiä,
olennainen muutos oli se, että nyt nämä ajatukset esitettiin vastakohtana
natsihallinnon sortotoimille ja oikeudettomuudelle. Siksi onkin kiehtovaa
seurata, mitä ihanteita ja arvoja haettiin historiasta esimerkiksi tulevaan. Se,
minkälainen oikeuskulttuuri ja oikeustiede nostettiin ihanteeksi, oli seurausta
myös siitä, minkälaiselle epäoikeudenmukaiselle oikeudelle ja hallinnolle
se esitettiin vastakohtana. Mennyttä ei siten kuvattu ainoastaan menneenä,
vaan myös kontrastina nykyiselle ja mallina tulevalle.

Tarkoitukseni ei kuitenkaan ole väittää, että tutkimuksen kohteena ole-
vat tutkijat olisivat näiden ajatusten ainoita kehittäjiä tai että he olisivat
työskennelleet yksin ja eristyksissä, vaikka tämä onkin usein tapa, jolla
asioita esitetään tieteenhistoriassa. Sen sijaan tarkoitus on käyttää näiden
tutkijoiden kokemuksia eräänlaisena ikkunana tuon ajan tiedemaailmaan ja
keskusteluihin, joita käytiin tieteellisten lehtien sivuilla, kirjeenvaihdossa,
tapaamisissa ja konferensseissa.⁵

Tutkimani teoria on jäänyt toistaiseksi vähälle huomiolle, koska sitä ei
lähtökohtaisesti aikanaan käsitetty teoriaksi itsessään eivätkä eri tutkijat
sitien tunnustautuneet sen kannattajiksi. Itse asiassa useimmat tutkittavat
hahmot keskittyivät antiikin ja keskiajan oikeushistorian substanssiin ja
kehittelivät tähän teoriaan liittyviä ajatuksiaan kuin ohimennen, ajattele-
matta niitä minkään laajemman teorian osana. Voidaankin olla lähtökoh-
taisesti melko vakuuttuneita siitä, että tutkimuksen kohteet itsessään eivät
pitäisi tutkimuksen kysymyksenasettelua erityisen onnistuneena ja että he
pitäisivät koko ajatusta yhtenäisestä teoriasta jokseenkin hölmönä. Se, mitä
minä jälkikäteisesti nimitän teoriaksi, olikin enemmän spontaanin yhteisen
pyrkimyksen seurausta kuin mitään tietoista yritystä uuden suuren tulkinnan
muodostamiseen.

Aikakausi oli kuitenkin otollinen erilaisten uusien suurien tulkintojen
syntymiselle ja vanhojen uudelleenmuotoilemiselle. Yksi 1930-lukua voi-
makkaimmin määrittävistä tekijöistä oli vaikutelma jatkuvasta kriisistä.
Tieteessä yksi tämän mielialan tunnetuimmista ilmauksista oli Husserlin
kirja eurooppalaisen tieteen kriisistä.⁶ Paul Koschaker, yksi tutkimuskoh-

⁵ Aikakauden erikoislaatuudesta johtuen tällaiset valinnat ovat melko satunnaisia. Lukuisten erittäin lahjakkaiden tutkijoiden ura katkesi joko sodan tai vainojen takia ennenaikaisesti.

⁶ *Husserl, Edmund: The Crisis of European Sciences and Transcendental Philosophy.* Evanston 1970 [1936].

teista, saavutti laajaa kuuluisuutta debatoijana samantyyppisellä kirjalla roomalaisen oikeuden kriisistä.⁷

Teoriasta oikeustieteen tieteellisistä juurista ja oikeuksien muotoutumisesta oli kahdenlaisia versioita, josta eräät johtivat kehityksen alkupisteen klassiseen roomalaiseen oikeuteen, kun taas toiset korostivat keskiaikaisen oikeustieteen merkitystä. Ensimmäisestä ryhmästä Schulz⁸ ja Pringsheim⁹ olivat tunnetuimmat, kun taas Koschaker¹⁰ ja Coing¹¹ edustivat jälkimmäistä ja Wieacker¹² molempia. Molempia versioita yhdisti monikulttuurisuuden ja kansainvälisyyden ihannointi sekä erityisesti kansainvälisten organisaatioiden merkityksen korostus. Tietynlaisen kosmopolitanismin ihanteiksi nostettiin omien aikakausiensa hienostuneimpia ja kehittyneimpiä organisaatioita, kuten Trajanuksen ja Hadrianuksen ajan Rooma tai katolinen kirkko Gregorius Suuren aikana. Vaikka tämä ihannointi perustui aikalaislähteiden, kuten ensimmäisessä tapauksessa kreikkalaisen oraattorin, Aelius Aristideen tekstien lukemiseen, niistä vedetyt johtopäätökset olivat puhtaan moderneja.

Teoriaa muotoillessaan tutkimuskohteeni käyttivät hyväkseen saksalaisen niin kutsutun oikeustieteen historiallisen koulun oppeja. Historiallinen koulu oli liki koko 1800-luvun väitellyt perinteen ja uudistusten roolista oikeuden kehityksessä sekä niiden suhteesta kansan identiteettiin ja luonteeseen romantiikan ajan teorioiden pohjalta. Vaikka nämä alkuperäiset teoriat kansasta vanhentuivatkin varsin pian, niiden teemat, kuten perinteen ja kulttuurin rooli, olivat jatkuvasti ajankohtaisia. Romantiikan ja siitä ponnistavien tieteiden, kuten historian, kansatieteen, folkloristiikan ja ant-

⁷ *Koschaker, Paul*: Die Krise des römischen Rechts und romanistische Rechtswissenschaft. Schriften der Akademie für Deutsches Recht: Römisches Recht und fremde Rechte 1938, s. 1–86.

⁸ *Schulz, Fritz*: Prinzipien des römischen Rechts. Berlin 1934; *Schulz, Fritz*: Roman Legal Science. Oxford 1946.

⁹ *Pringsheim, Fritz*: The Legal Policy and Reforms of Hadrian. Journal of Roman Studies 1934, s. 141–153; *Pringsheim, Fritz*: Höhe und Ende der Römischen Jurisprudenz. Gesammelte Abhandlungen. Heidelberg 1961, s. 53–62.

¹⁰ *Koschaker, Paul*: Europa und das Römische Recht. München 1947.

¹¹ *Coing, Helmut*: Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 1952, s. 24–59; *Coing, Helmut*: Römisches Recht in Deutschland. Ius Romanum Medii Aevi 1964; *Coing, Helmut*: Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft. Gesammelte Aufsätze II. Frankfurt am Main 1982, s. 137–156.

¹² *Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1952. Sekä Koschakerin että Wieackerin tuotanto sisälsi myös klassista roomalaista oikeutta. Wieackeria on tutkittu jonkin verran, ks. esim. *Behrends, Okko – Schumann, Eva* (Hrsg.): Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts. Göttingen 2010.

ropologian, tavoitteena oli löytää alkuperäisin kulttuurin muoto, mikä tuli myös tietynlaisen oikeushistoriallisen tutkimuksen kohteeksi. Tieteen piti löytää nykyisen kulttuurin juuret ja sitä kautta sen puhtain ja alkuperäisin olomuoto, joka oikeustieteessä tarkoitti vaihtelevasti keskittymistä kreikkalaiseen, roomalaiseen, germaaniseen tai heprealaiseen oikeuskulttuuriin.¹³

2 SCHULZ JA NATSIT

Koska on yleensä yksitoikkoista lukea ainoastaan ryhmistä ja joukoista, tarkoitukseni on tässä avata teemaa kertomalla tarkemmin yhdestä näistä maanpakolaisista. Hänen nimensä oli Fritz Schulz ja hän oli syntynyt vuonna 1879, joten hän oli natsien valtaan noustessa vuonna 1933 54-vuotias. Schulz oli roomalaisen oikeuden professorina Berliinin yliopistossa, mitä pidettiin tuolloin akateemisen uran huippuna Saksassa. Schulzilla tämä ura oli tarkoittanut kiertämistä Freiburg in Breisgau, Kielin, Göttingenin ja Bonnin yliopistojen kautta.¹⁴

On syytä muistaa, että tuolloin professorien arvostus oli huomattavasti korkeampi kuin nykyisin. Schulzin palkka yliopistossa oli varsin hyvä ja se mahdollisti suuren asunnon vuokraamisen vauraalta alueelta Berliinin esikaupungista Dahlemista. Yliopistolla opiskelijat olivat lahjakkaita ja hänen julkaisujaan hyväksyttiin parhaimpiin aikakauslehtiin. Kuten monien älymystön edustajien tänä aikana, myös Schulzin uskonnollisuus oli varsin vähäistä. Hän oli nimellisesti protestantti, mutta hänen äitinsä ja vaimonsa olivat juutalaisia. Poliittisesti Schulz oli vakaumuksellinen demokraatti ja Deutsche Demokratische Partein eli DDP:n perustajajäseniä, joka ei pitänyt natsivastaisuuttaan salassa.¹⁵

Juutalaisvainojen alkaessa tammikuun 30. päivänä 1933 Schulzin tilanne oli ristiriitainen. Hän oli korkeassa yhteiskunnallisessa asemassa, mutta sekä poliittisesti että rotuteorioiden mukaisesti kaikkea, mitä natsit vastustivat.

¹³ *Whitman, James*: The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Princeton 1990; *Vano, Cristina*: Il nostro autentico Gaio. Napoli 2000; *Monateri, Pier*: Black Gaius. Hastings Law Journal 2000, s. 481–555, jossa väitetään, että tuon puhtauden etsintä oli pohjimmiltaan rasismia.

¹⁴ Uusin elämäkerta hänestä on *Ernst, Wolfgang*: Fritz Schulz. Teoksessa Beatson, Jack – Zimmermann, Reinhard (eds.), *Jurists Uprooted*. Oxford 2004.

¹⁵ *Ernst* 2004, s. 12–14.

Schulzin kolmas synty oli olla roomalaisen oikeuden professori. Natsit vihasivat roomalaista oikeutta, ja roomalaisen oikeuden hävittäminen oli yksi kohta natsien alkuperäisessä puolueohjelmassa. Syy tähän oli maailman-katsomuksellinen: natsien mukaan oikeuden tuli olla puhtaan saksalaista, ellei jopa arjalaista, ja heijastaa saksalaisen kansan omaa kulttuuria ja uutta poliittista järjestystä. Roomalainen oikeus oli kaupallista, kansainvälistä, universaalialia ja materialistista. Jos natsien oikeusjärjestelmässä korkein laki oli kirjaimellisesti johtajan eli Hitlerin tahto, roomalaisessa oikeudessa laki johdettiin juristien yhteisymmärryksestä.¹⁶

Keväällä 1933 Schulz piti viimeisen luentosarjansa Berliinissä, jossa hän hyvin painokkaasti esitteli roomalaisen oikeuden länsimaisen kulttuurin hienoimpana tuotteena oikeuden saralla. Hän puhui oikeuden suojaamasta ihmisyydestä, vapaudesta ja luottamuksesta sekä siitä, kuinka oikeuden tarkoitus oli olla epäpoliittinen voima yksilöiden suojana. Luentosarja oli vain hyvin heikosti peitetty hyökkäys natsien terroria, laittomuuksia ja yksinvaltaa vastaan. Kirja, joka luentojen perusteella julkaistiin, sai välittömästi natsitutkijoiden tuomion. Sen englanninkielinen versio Oxford University Pressillä sen sijaan koitui Schulzin pelastukseksi myöhemmin.¹⁷

Schulzin itsensä asema alkoi horjua – osittain tämän luentosarjan vauhdittamana. Hänen lapsiaan uhkasi erottaminen koulusta rotuperusteilla. Vaikka Schulzin puolijuutalaisuus olisi ollut itsessään rotulakien mukainen erottamisperuste, teknisistä syistä johtuen hänet, monien muiden ohella, siirrettiin Frankfurtin yliopistoon, mutta hän ei saanut opettaa siellä. Yliopisto oli tarkoitus lakkauttaa kokonaan, jolloin sinne siirretyt opettajat olisi voinut erottaa ongelmitta. Lopulta hänet määrättiin ennenaikaiselle eläkkeelle. Schulzin vaimo Martha alkoi etsiä perheelle ulospääsyä tilanteesta, ja perheen varoja siirrettiin mahdollisuuksien mukaan ulkomaille. Perheen lapset lähetettiin Englantiin kouluun, samalla kun vanhempien asema kävi yhä ahtaammaksi. He joutuivat jättämään asuntonsa ja siirtymään pois seuraavasta, kun se määrättiin vain arjalaisille sopivaksi.¹⁸

Schulzin ahdinkoa on mahdollista seurata selaamalla Berliinin Humbolt-yliopiston arkistossa olevaa henkilötietomappia. Peräkkäin olevista

¹⁶ Puolueohjelman eli vuonna 1920 julkaistun 25 kohdan ohjelman kohta 19 vaati materialistista maailmanjärjestystä palvelevan roomalaisen oikeuden korvaamista saksalaisella kansanoikeudella. Käytetty ilmaisu ”deutsches Gemeinrecht” oli natsille tyypillinen uudelleenmuotoilu, jossa roomalaisen oikeuden reseptioon viittaava käsite ”gemeines Recht” otettiin uusiokäyttöön natsille sopivassa muodossa.

¹⁷ *Schulz, Fritz*: *Prinzipien des römischen Rechts*. Berlin 1934.

¹⁸ *Ernst* 2004, s. 14–25.

asiakirjoista voi nähdä, kuinka yliopiston hallinto selvitti kyselylomakkeilla, ketkä työntekijöistä olivat luotettavia uuden hallinnon kannattajia ja ketkä epäilyttäviä. Ensimmäisenä oli lomake (päivätty 31.8.1935), jossa tiedusteltiin saajan asemaa natsipuolueessa sekä koska oli siihen liittynyt. Schulzin lomakkeessa luki luonnollisesti, että hän ei ollut jäsen. Seuraavassa lomakkeessa (päivätty 16.10.1935) pyydettiin selvittämään, ketkä vastaanottajan isovanhemmista ja puolison isovanhemmista olivat rodullisesti juutalaisia tai kuuluivat juutalaiseen uskonnolliseen yhteisöön. Kun Schulz oli todettu osittain juutalaiseksi, yliopistohallinto lähetti lisäkyselyn selvittääkseen täsmällisesti vaimon isovanhempien juutalaisuuden asteen.¹⁹

Vuodesta 1935 lähtien Schulz alkoi etsiä uutta virkaa ulkomailta, mutta aluksi huonolla menestyksellä. Luentokiertue Yhdysvalloissa ei tuottanut työtarjoja, mutta vuonna 1938 hän sai väliaikaisen paikan Hollannista, kun hänen toimittajansa Oxford University Pressillä alkoi järjestää hänelle paikkaa Oxfordin yliopistosta. Viimeinen niitti Schulzille oli kielto käyttää yleisiä kirjastoja Saksassa. Siirtyminen Oxfordiin oli hankalaa, sillä se tarkoitti myös siirtymistä akateemisen virkahierarkian pohjalle. Arvostetusta professorista tuli hyvin köyhyä tuntiopettaja, jonka saksalaisuutta katsottiin hieman kieron. Viranhaussa Edinburghin yliopiston professuuriin hänet ohitti skottilainen asianajaja. Sodan alettua hänet suljettiin ensin internointileirille vihollismaan kansalaisena.²⁰

Kuten muillekin pakolaisille, Schulzille alkujärkytys oli suuri ja uuteen ympäristöön sopeutuminen oli vaikeaa, mutta hän selvisi siitä kirjoittamalla tiensä ulos. Toiset pakolaiset juutuivat vuosiksi tekemään hanttihommia, mutta Schulz ja muut menestyjät pyrkivät löytämään itselleen ja osaamiselleen uuden yleisön.²¹

¹⁹ Humboldt-Universität zu Berlin, Universitätsarchiv zu Berlin, UK Personalia Sch 303, Personal-Akten des Prof Dr Schulz, Band 2, kirjeet nro 86, 88–91.

²⁰ Hollannissa Schulz teki erinäisiä lyhytaikaisia töitä, mutta mitään pysyvämpää ei ollut tarjolla. Englannissa keskeisessä asemassa oli tiedemiespakolaisia auttamaan perustettu Society for the Protection of Science and Learning, jonka taloudellinen tuki mahdollisti Schulzin maahantulon. Kirjan *Roman Legal Science* (Oxford 1946, s. V) esipuheessa Schulz kiittää ”sydämensä pohjasta” sekä hollantilaisia että brittitutkijoitaan avusta ”epätoivoisella hetkellä”. Ks. Laajemmin *Ernst* 2004, s. 25–41.

²¹ Pakolaistutkimuksessa on laajemminkin havaittu, että ihmisen iällä oli ratkaiseva merkitys ennusteeseen. Nuoremmat tutkijat saattoivat kouluttautua uudelleen ja täydentää koulutustaan vastaanottavassa maassa ja näin aloittaa uransa uudestaan. Samoin mikäli tutkijoiden osaamiselle oli suurta kysyntää, loi tämä luonnollisesti mahdollisuuksia myös vanhemmille tutkijoille. Itsekin natsiajan pakolaisena Yhdysvaltoihin tullut taidehistorioitsija Erwin Panofsky kuvaa muistelmissaan, kuinka pakolaisia suorastaan rekrytoitiin amerikkalaisiin taidealan instituutioihin. Eräs rekrytoija kuvasi, kuinka ”herra Hitler on paras kaverini. Hän

Muuttaminen uuteen maahan, erityisesti pakon edessä, on hyvin syväleikäypä ja traumaattinen kokemus. Jotkut selviävät ja menestyvät uudessa ympäristössä, toiset vajoavat masennukseen voimien loppuessa. Edessä on uusi ympäristö, opeteltavana uusi kieli, on tutustuttava uusiin ihmisiin ja aloitettava alusta. Nuorille ihmisille tämä ei ole mahdotonta, sen sijaan vanhemmille haasteet ovat melkoisia. Varsinkin jos ei ole Einsteinin tapaan maailmankuulu ja kysytty, esteet voivat olla ylitsekäymättömiä.²²

Schulzin kaltaiset hahmot löysivät itsestään uuden puolen ja lähtivät vastoinkäymisten kautta etsimään uutta merkitystä osaamiselleen ja pyrkivät samalla selvittämään itselleen, mitä heidän maailmalleen tapahtui. Schulzin tapauksessa tämä tarkoitti kirjoja, joissa hän mestarillisesti kehittää uutta ajatusta oikeudellisesta perinteestä elävänä kulttuurina.²³

Puhe itsensä uudistamisesta ja uudelleen keksimisestä saattaa kuulostaa pahasti halpahintaisten sisäisen kehityksen gurujen mantroilta, mutta tässä tapauksessa siihen liittyy vakava ja merkittävä ajatus. Schulzin ja muiden pakoilaisten tapauksessa itsensä uudelleen keksiminen oli pitkä prosessi, jossa heidän tuli ensin uudelleen käsitteellistää koko tieteellinen kokemuksensa ja sen jälkeen yrittää puhua uudelle yleisölle uudella kielellä sekä suhteuttaa kirjoituksensa tämän yleisön omaan tieteelliseen perinteeseen. Prosessin kuluessa he alkoivat myös pohtia tapahtunutta katastrofia sekä henkilökohtaisella että kotimaansa Saksan tasolla. Heidän joutuivat kohtaamaan sekä kollegojen ja naapureiden muuttumisen vihollisiksi että koko ihannoitun oikeusvaltion romahtamisen.²⁴ Vastauksena näihin traumaattisiin kokemuksiin maanpakolaiset alkoivat kehittää ajatusta yhteisestä eurooppalaisesta oikeudellisesta kulttuurista, joka perustui oikeusvaltioihanteeseen, oikeuden tieteellisyyteen ja oikeuden periaatteelliseen riippumattomuuteen poliittisesta vallasta. Tämä ajatus syntyi vastareaktionä totalitaaristen valtioiden ideologisiin kehitelmiin kansallisvaltion täysivaltaisuudesta ja pyrki osoittamaan, kuinka oli olemassa suuri eurooppalainen oikeudellinen perinne, joka perustui vapauden ja oikeudenmukaisuuden ihanteille.

heiluttaa puuta ja minä kerään omenat”. *Panofsky, Erwin*: Three decades of art history in the United States: Impressions of a transplanted European. Teoksessa Panofsky, Erwin, *Meaning in the Visual Arts*. Chicago 1955, s. 321–346.

²² Olennaisena erona nuorempien ja iäkkäämpien tutkijoiden välillä oli myös ero sosiaalisessa statuksessa lähtömaan ja vastaanottavan maan välillä. Sosiaalisen ja akateemisen statuksen lasku vaikuttaa olevan hyvin vaikeasti ylitse päästävässä oleva kokemus.

²³ Tärkein näistä oli *Schulz, Fritz*: *Roman Legal Science*. Oxford 1946.

²⁴ Emigranttjuristeista laajemmin, ks. *Beatson – Zimmermann* 2004.

Teoria Euroopasta oikeuden ihanteena oli luonnollisesti toiveajattelua, olihan suuri osa maanosasta enemmän tai vähemmän yksinvaltaisesti hallittua 1930-luvun lopulla ja muutamat jäljellä olevat demokraatit olivat nekin rajoittaneet kansalaisvapauksiaan yhteiskuntarauhan nimissä. Periaatteellinen kanta lähti kuitenkin perustavanlaatuisemmasta erosta oikeuden ihanteessa. Jos kansallissosialistisen Saksan tapaiset valtiot korostivat nationalistista ja totalitaarista valtiota, pakolaistutkijoiden kielessä toistuivat ajatukset järjestä ja oikeudesta. Kuten oli tyypillistä tuon ajan auktoritativiselle tieteelliselle keskustelukulttuurille, toiveet ilmaistiin tosiseikkoina. Metodologisesti tämä käytäntö on verrannollinen antropologisiin teorioihin kirjallisista kulttuureista. Vanhempina professoreina pakolaistutkijoilla oli tarpeellinen arvovalta esittää tämäntyyppisiä väitteitä, koska heidän tieteellisen perinteen hallintansa mahdollisti väitteiden muokkaamisen vakuuttavaan muotoon.

Olenaisena väitteenä onkin, että keskeisten henkilöiden ajattelun kehitykseen vaikutti voimakkaasti maanpakolaisuus ja uppoutuminen vieraaseen kulttuuriin. Alkuvaikeuksien jälkeen, joihin sisältyi esimerkiksi Pringsheimin osalta vakoilusta epäily ja vankileirillä olo, tämä muutos antoi pontta uudentyypiselle ajattelulle. Voidaan väittää, että seurannut tieteellinen uudistus ei olisi ollut mahdollinen, jos sen päähahmoja ei olisi niin järkyttävällä tavalla revitty irti tutuista ympyröistään. Koska heillä oli erityisosaamista, joka oli harvinaista uudessa ympäristössä Englannissa, he vähitellen saivat oppilaita, seuraajia ja sitä kautta vaikutusvaltaa. Sosiologisissa tutkimuksissa akateemisesta kulttuurista painopiste on tähän asti ollut pääasiassa sosialisointia ja indoktrinaation teorioiden soveltamisessa nuorten tutkijoiden käyttäytymisen tutkimuksessa.²⁵ Hyvin harvoin kohteenä on ollut myös vanhempien tutkijoiden ympäristöstä toiseen siirtymisen vaikutukset.

On usein todettu, kuinka poliittiset tapahtumat muuttavat myöskin tieteenhistoriaa. Kuten näimme, poliittisilla muutoksilla voi olla moniulotteisia ja ennalta arvaamattomia vaikutuksia. Tässä tapauksessa oikeustieteen ja oikeuskulttuurin uudelleen muotoilulla oli toinen, ensimmäistä huomattavasti vaikutusvaltaisempi, sovellus toisen maailmansodan jälkeen. Tuolloin myös tutkijat, jotka olivat natsiaikana olleet sivustakatsojia tai jopa natsveja, joutuivat kohtaamaan totalitarismin vaikutukset tieteeseen. Ei liene liioiteltua sanoa että he kaikki olivat vuosien 1933–1945 tapah-

²⁵ Esim. *Becher, Tony – Trowler, Paul: Academic Tribes and Territories: Intellectual Enquiry and the Cultures of Disciplines* (2nd ed.). Ballmoor 2001.

tumien vaikutuspiirissä tavalla tai toisella. Maanpakolaisten rakentama antitotalitaristinen kertomus Euroopasta ja sen oikeusperinteestä tarjosi selityksen ja uuden itseymmärryksen oikeustieteelle ja oikeudelle suoja-muurina diktatuuria vastaan. Olennaista uuden tulkinnan menestykselle oli sen vastaus sosialismin haasteeseen, sen kritiikki oikeudellisen maailman politiikalle alistamiseen, joka oli sekä kansallissosialismin että kommunismin kulmakiviä.

Jatkotutkimuksissa on tarkoitus tutkia viiden päähahmon ajattelun kehitystä ja vaikutuksen leviämistä tieteenhistoriassa. Kirjeenvaihdon, luentojen ja julkaistun materiaalin kautta pyritään seuraamaan, miten ajatus yhteisestä eurooppalaisesta oikeudellisesta perinteestä muotoiltiin, miten siitä keskusteltiin ja miten sitä kritisoitiin. Alkupisteenä on vuosi 1934, jolloin natsien politiikka erottaa juutalaistaustaiset virkamiehet, mukaan lukien yliopistojen opettajat, tuli voimaan ja ensimmäiset akateemiset reaktiot natsien vallankaappaukseen julkaistiin. Päätepisteenä on vuosi 1964, jolloin Euroopan kahtiajakautuminen Berliinin muurin pystytyksen seurauksena käsitettiin pysyväksi tilaksi kahden radikaalisti erilaisen yhteiskuntajärjestelmän välillä.

3 JÄLKIVAIKUTUKSET

Pakolaisiksi joutuneita tutkijoita ei hämmentänyt se, että natsit yrittivät päästä heistä eroon. Puolue oli ollut alusta lähtien hyvinkin avoin tavoitteidensa suhteen. Suurin järkytys oli se, kuinka helposti lähipiiri, kuten ystävät ja työtoverit, ja valtio kääntyivät heitä vastaan. Monesti uudet natsien nimittämät nuoret professorit olivat innokkaasti ehdottamassa keinoja, jolla vanhoista professoreista päästäisiin eroon, jos heidän uskollisuutensa uudelle valtiolle oli vähääkään epäilyksenalaista. Juutalaisvainojen ensimmäinen vaihe, juutalaisten, poliittisten vastustajien ja muiden epäilyttävien hahmojen erottaminen kansalaisyhteiskunnasta, toteutettiin pääosin samanlaisten innokkaiden apureitten avulla. Sosiaalinen ulossulkeminen täydensi muuta oikeuksien rapautumista, jossa saksalainen *Rechtstaat* eli oikeusvaltio muuttui nopeasti aseeksi, jolla heitä uhattiin.²⁶

Tietysti vain osa professorikunnasta lähti aktiivisesti tukemaan natsseja. Heille natsiaate oli paitsi henkilökohtainen vakaumus, myös mahdollisuus

²⁶ Tunnetuin esimerkki lienee Carl Schmitt, mutta ryhmä oli hyvin laaja.

edistää uraa. Osa taas pysytteli sivussa ja keskittyi työhönsä pyrkien välttämään puuttumista vainoihin. Vaikka tämä onkin nykykäsityksen mukaan pelkurimaista, se oli myös hyvin inhimillistä.

Eräs mielenkiintoinen hahmo oli Franz Wieacker, melkein 30 vuotta Schulzia nuorempi tutkija, joka oli vasta uransa alussa natsien tullessa valtaan. Hänen natsiajan tuotantonsa sisältää kummallisia yrityksiä sovittaa roomalaista oikeushistoriaa natsien teorioihin.²⁷ Hän pyrki natsipuolueen jäseneksi, mutta ei päässyt kuin alempiarvoiseen ”hangaround”-ryhmään.²⁸

Merkittävää Wieackerin ja eräiden muiden tapauksessa oli se, kuinka he sodan jälkeen yliopistolle palattuaan löysivät sisäisen demokraattinsa. Natsiajan kirjoista julkaistiin puhdistettuja toisia painoksia, ja he lähtivät etsimään paikkaansa uudessa Euroopassa. Kansallishenkisen Saksan sijasta poliittinen todellisuus oli itään ja länteen jakautunut Eurooppa, jossa länsi pyrki erottautumaan kommunistisesta diktatuurista.

Wieacker ja muut löysivät tähän tarkoitukseen vanhojen, maanpakoon ajettujen opettajiensa kirjoitukset eurooppalaisesta oikeudellisesta perinteestä ja ottivat ne uusiokäyttöön. Yksilön vapaus, demokratia ja oikeusvaltio olivat uuden ajan iskusanat. Roomalaisen oikeuden perinne, jossa poliittisista vaikutteista vapaa tieteellinen oikeus määrittelee lain tulkinnan, otettiin jälleen oikeusjärjestelmän alkumyytiksi.²⁹ Kansallishenkinen ja uskollisuutta poliittiselle järjestelmälle korostava natsiperinne unohdettiin, eikä siitä sen koommin puhuttu.

Näiden toisen vaiheen tutkijoiden kautta pystytäänkin seuraamaan kuinka eurooppalaisen oikeudellisen perinteen ajatus levisi ja miten siitä tuli yksi uuden Euroopan alkumyyteistä.

Koko prosessia ja sen johtopäätöksiä voidaan arvioida ideologisena hankkeena, jossa mennyt muokattiin uudelleen. Utooppisten yhteiskunta-teorioiden epäonnistumisesta viisastuneena tutkijat teorian takana lähtivät, tietoisesti tai tiedostamattaan, ensin muuttamaan käsitystä historiasta ja luomaan eräänlaisen väijäämättömyyden vaikutelman koko kehityskululle

²⁷ Ks. esim. *Wieacker, Franz*: Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewußtsein. Leipzig 1944.

²⁸ *Kohlhepp, Rolf*: Franz Wieacker und die NS-Zeit. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 2005, s. 203–223. Samoin kuin itäblokin hallitsevissa kommunistipuolueissa oli tapana, myös kansallissosialistisen puolueen jäseneksi liittyminen oli monivaiheinen prosessi.

²⁹ *Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1952. Wieackerin kaltaisia oikeuden eurooppalaisuuden historiatulkintoja on useita, mm. *Coing, Helmut*: Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft. Wiesbaden 1968; *Stein, Peter*: Roman law in European history. Cambridge 2005.

ja heidän tulkinnoilleen siitä. Uusi, epäkansallinen versio menneestä osui hedelmälliseen maaperään ja sai poliittista voimaa nationalististen liikkeiden henkisestä vararikosta toisen maailmansodan jälkeen ja uudesta kahtiajaosta vapaan ja kommunistisen Euroopan välillä. Oikeuden Euroopan myyttisen menneisyyden rakentaminen pohjautui 1800-luvun väittelyihin menneisyyden hyödyntämisestä oikeuden uudistuksessa. Ainakaan teorian muodostajat eivät langenneet samaan virheeseen kuin edeltäjänsä 1800-luvulla ja ryhtyneet etsimään menneisyydestä vastauksia yksityiskohtaisiin kysymyksiin, vaan pysyttelivät yleisellä kulttuurin ja sivistyksen kielen tasolla.

Teorian vastustajat käyttivät alun perin kansalliseen perinteeseen viittaavia argumentteja, ja viittasivat kansaan perinteen lähteenä ja kantajana. Eurooppalaisen perinteen luojat tunnetusti käänsivät tämän väitteen ympäri ja vetosivat perinteen pitkäkestoisuuteen todisteena sen olemassaolosta, palauttaen keskustelun samoihin lähtökohtiin kuin 1800-luvun väittely romanistien ja germanistien välillä Saksassa.

Yhteisen eurooppalaisen oikeudellisen perinteen teorian menestys on mitattavissa siinä, kuinka paljon nykyinen oikeushistoriallinen tutkimus toistaa sen teleologisia lähtökohtia. On helposti nähtävissä, kuinka mielipiteitä esitetään esimerkiksi yhteisen eurooppalaisen oikeudellisen tulevaisuuden puolesta ja sitä vastaan, mutta hyvin harvoin yhteistä historiaa vastaan. Yhteisen historian teoria määrittelee keskustelun peruslähtökohtia hyvin tehokkaasti. Esimerkiksi on esitetty, että eurooppalainen oikeus voidaan yhdistää vain oikeustieteen kautta ja että eurooppalaisen oikeustieteen tulisi etsiä yhteisten juuriensa kautta avainta yhteiseen tulevaisuuteen.³⁰ Tai että yhteiset eurooppalaiset arvot ovat yhteisen historiallisen kokemuspohjan luomia, kaiken integraation ennakkoehto ja niillä on itsessään oikeudellista merkitystä.³¹ Jopa kriitikot seuraavat yhteisen menneisyyden teorian logiikkaa, väittäen Euroopan kulttuurisen moninaisuuden tekevän koko idean yhteisestä eurooppalaisesta oikeudesta mahdottomaksi.³² Huolimatta 1990-luvun suuresta innostuksesta eurooppalaisen oikeuden yhtenäistämi-

³⁰ *Van Caenegem, Raoul Charles*: European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia. New York and Cambridge 2002.

³¹ *Calliess, Christian*: Europe as Transnational Law. German Law Journal 2009, s. 1367–1382. Ks. myös *Joas, Hans – Wiegandt, Klaus*: The Cultural Values of Europe. Liverpool 2008.

³² *Legrand, Pierre*: A Diabolical Idea. Teoksessa Hartkamp, Arthur – Hesselink, Martijn et al. (eds.), Towards a European Civil Code (3rd ed.). Nijmegen 2004 s. 245 ss.; *Legrand, Pierre*: European legal systems are not converging. International and Comparative Law Quarterly 1996, s. 52–81.

seen on varsinainen integraatioprosessi ollut varsin hidasta. Syynä tähän on pidetty paljolti oikeudellisten ja moraalisten periaatteiden eroavaisuuksia.³³

Identiteetin rakentamisen kautta historiasta on tullut olennainen osa eri oikeusjärjestelmien perusteita.³⁴ Eurooppalaiset oikeuskulttuurit eivät tässä suhteessa ole poikkeavia, sillä niissäkin erilaisia perinteitä ja sukupuita esitetään vastaamaan eksistentiaaliseen alkuperäkysymykseen. Vaikka 1800-lukua on perinteisesti pidetty ajanjaksona, jolloin kansallisvaltion identiteettiä rakennettiin erilaisten alkuperämyyttien kautta ja vastaavasti 1900-luvulla näitä myyttejä olisi purettu ja kansallisia itsetunnon ja yhteisyyden lähteitä arvioitu uudelleen, voidaankin väittää, että kansallisten myyttien purkamisen rinnalla rakennettiin uutta eurooppalaista perinnettä omine myyttisine elementteineen.³⁵

Nykytutkimuksessa yhteisen perinteen teoria on yleisesti ymmärretty puolueettomaksi ja hyväksytyksi tosiseikaksi ja sen kohtaama kritiikki on pääasiassa nationalistista laatua. Sen sijaan voidaankin osoittaa, kuinka monimutkainen ja monitasoinen prosessi tällaisen teorian luominen ja levittäminen on. Sen lisäksi, että kerrotaan unohtuneesta tarinasta tieteellisten vaikutteiden synnystä ja kehityksestä, se on myös tarina onnistuneesta tieteellisestä vallankumouksesta, jossa teorian tarjonta ja kysyntä kohtaavat. Teorialla oli kysyntää monin tavoin myös Euroopan ulkopuolella; ja olennainen osa tutkimusprojektia on selvittää, kuinka alkujaan lähinnä kansallinen aihe muuttui kansainväliseksi monimutkaisen prosessin kautta, jossa erilaiset tekijät kuten maanpakolaisuus, kieli ja kysyntä vaikuttivat.

Yksi syy, miksi yhteisen menneisyyden teoriaan ei ole toistaiseksi kohdistunut lähes lainkaan kriittistä tutkimusta, on se, että teoria itsessään on historiallinen tulkinta. Vaikka historialliset tulkinnat ovat itsessään avoimia kritiikille historiatieteen omin ehdoin, pyrkivät historian ja oikeustieteen kielet lähinnä avoimuuteen sisäistä kritiikkiä kohtaan, kun taas fundamentaalikritiikkiä on ollut vaikeampi hyväksyä. Tässä yhteydessä historiallinen

³³ *Zimmermann, Reinhard*: The Present State of European Private Law. *American Journal of Comparative Law* 2009, s. 479–511.

³⁴ *Bernstein, Richard B.*: The Founding Fathers Reconsidered. Oxford 2009.

³⁵ *Eriksen, Thomas Hylland*: Ethnicity and Nationalism. London 1993; *Nora, Pierre*: Between Memory and History. Teoksessa Nora, Pierre (ed.), *Realms of Memory: Rethinking the French Past*. New York 1996, s. 1–20; *Clark, Jonathan C. D.*: National identity, state formation and patriotism: the role on history in the public mind. *History Workshop Journal* 1990, s. 95–102. Nationalismista yleensä, ks. *Breuilly, John*: *Historians and the Nation*. Teoksessa Burke, Peter (ed.), *History and Historians in the Twentieth Century*. Oxford 2002, s. 55–87; *Ferro, Marc*: The use and abuse of history or how the past is taught. London 1984, s. vii–xi; *MacMillan, Margaret*: *The Uses and Abuses of History*. London 2009.

kertomus, joka kuvaa oikeuskulttuurin alkua ja perusteita, toimii lähinnä alkumyytin roolissa.³⁶ Tämä konstruktivistinen käsite korostaa, kuinka historiallisen taustan esittäminen perustuu tietoiseen valintaan ja haluun korostaa tiettyjä piirteitä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että historiallista perinnettä kuvaava kertomus olisi epätosi siten, että se voitaisiin paljastavalla kritiikillä osoittaa valheelliseksi. Vaikka modernin oikeuden itseymmärryksen on usein ajateltu perustuvan järkeen ja tieteellisyyteen, voidaan myös väittää, että modernin oikeuden arvovapaus ja positivismi on itsessään valinta, josta ei myöskään puutu kertomuksellisia tai myyttisiä elementtejä.³⁷ Alkukertomukset, kuten se, jota eurooppalaisesta oikeushistoriasta kerrottiin, ovat lähtökohtaisesti kertomuksia kuulumisesta ja identiteetistä. Ne kertovat, mihin kuvaannollinen ”me” kuuluu, mistä me olemme tulossa ja minne menossa.³⁸

Teoria yhteisestä eurooppalaisesta oikeuden perinteestä tarjoaa vastaavanlaisen väitteen jatkuvuudesta menneestä tulevaan. Vastaavanlaisia argumentteja löytyy eri oikeudenaloilta, kuten esimerkiksi teorit, jotka johtavat ihmisoikeusajattelun historian antiikista nykypäivään.³⁹

4 YHTEENVETO

Uudelleen löydetty perinne joka kertoi oikeudesta ja oikeustieteestä eurooppalaisuuden ytimenä saavutti suuren suosion kaikkialla Euroopassa, ja Euroopan yhdentymisen myötä sille oli entistä suurempi poliittinen tilaus. Liberaali oikeudellinen perinne, joka juontaa juurensa Roomasta asti, on yhä selvemmin omaksuttu ympäri Eurooppaa tietynlaiseksi yhdistäväksi kertomukseksi.

Kiintoisaa tässä muutoksessa on se, kuinka joustavasti yksi kertomus korvautuu toisella. Kertomukset menneestä ja perinteestä toimivat tietynlai-

³⁶ *Waddell, John*: *Foundation Myths*. Wicklow 2005; *Carr, David*: *Narrative and the Real World: An Argument for Continuity*. Teoksessa Fay, Brian et al. (eds.), *History and Theory: Contemporary Readings*. Oxford 1998, s. 137: ”Narrative is not merely a possibly successful way of describing events; its structure inheres in the events themselves.”

³⁷ *Fitzpatrick, Peter*: *The Mythology of Modern Law*. London 1992.

³⁸ *Anderson, Benedict*: *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*. London 1991.

³⁹ *Honoré, Tony*: *Ulpian: Pioneer of Human Rights*. Oxford 2002; *Giltaij, Jacob*: *Mensenrechten in het Romeinse Recht*. Nijmegen 2011.

sina identiteetin rakennuspaloina, joihin vedotaan haluttaessa väittää jotain nykyisyydestä ja erityisesti tulevasta.

Natsiajan tutkijat korostivat kansallishenkistä saksalaisuutta ja kansan luonteen mukaista oikeudellista perinnettä, mihin liittyi vahvasti ajatus siitä, että tulevaisuuden oikeuden tulee olla arjalaista ja kansallishenkistä. Sen sijaan eurooppalaisen oikeuden luojat korostivat yhteistä eurooppalaista perinnettä, jolla luotiin jatkumoa yhteiselle eurooppalaiselle tulevaisuudelle.

Eurooppalaisen oikeusperinteen jatkumoa korostavaa teoriaa voidaan tarkastella konstruktiona, jolla oli erilaisia tarkoituspäriä. Konstruktivistisen lähtökohdan tarkoitus on nostaa teorian eri osat keskustelun kohteeksi ja hälventää luontaisen kehityskulun illuusiota, joka on teorian menestyksen olennainen tekijä. Teoriaa on käytetty eräänlaisena universalistisena mallina, mutta tutkimuksen tavoitteena on erottaa myöhempi käyttö teorian muotoilijoiden alkuperäisestä tarkoituksesta. Tämä myöhäisempi kehityskulku muutti teorian, joka oli alkuperäisessä muodossaan ajateltu vapauden ja oikeuden puolustukseksi totalitarismia vastaan, myöhemmin eräänlaiseksi vääräksi universalismiksi. Euroopan vapauden puolustuksesta tuli imperiumin universalismin puolustus, joka ei hyväksynyt muita vaihtoehtoja eurooppalaiselle liberaalille demokratialle.⁴⁰ Puhtaan dekonstruktion ja paljastuksen draaman sijaan on hyödyllisempää herättää keskustelua siitä, mitä eurooppalaisuus oikeudessa merkitsee. Euroopan oikeuden juurien radikaalin uudelleenarvioinnin avulla eurooppalainen identiteetti ja perinne voidaan nähdä prosesseina, joista on erotettavissa tarkoituksia, motiiveja, poliittisia taustoja ja inhimillisiä vaikuttimia.

Teoria oli loppujen lopuksi alkujaan vain joukko sekalaisia huomioita ihmisiltä, jotka oli erotettu viroistaan parialuokan edustajina. Kuitenkin se nousee uudestaan esiin toisen maailmansodan jälkeen – osittain samojen ihmisten toimesta, jotka olivat erottamassa alkuperäisiä kirjoittajia viroistaan. Siksi sen menestys menneisyyden uudelleen muovaamisessa oli hyvin epätodennäköistä. Tietysti taustalla oleva historiallinen kehitys oli varsin monitahoinen, ja siinä olennaisiksi tekijöiksi paljastuivat sattuma, tuuri, poliittinen sekä oikeudellinen tarve ja kova työ.

Teoria Euroopan yhteisestä oikeudellisesta perinteestä levisi nopeasti toisen maailmansodan jälkeen yhdessä poliittisen yhdentymisen kanssa. Onnistuneesta ajoituksesta huolimatta teorian menestyksen takana oli myös joukko tieteellisiä tekijöitä, lähtien siitä, kuinka korkealaatuiseen

⁴⁰ Pagden, Anthony: Introduction. Teoksessa Pagden, Anthony (ed.), *The Idea of Europe*. Cambridge 2002, s. 11.

tutkimukseen se nojasi ja kuinka maineikkaita tutkijoita oli sen takana. Teorian leviämiseen vaikuttivat myös pääteksteistä tehdyt käännökset, kuten Koschakerin Eurooppa-kirjan kääntäminen⁴¹ sekä lukuisat tutkimukset jotka perustuivat samoihin lähtökohtiin ympäri Eurooppaa. Kriittisenä tekijänä voidaan pitää kirjallisuuden julkaisemista englanniksi, mikä auttoi sitä leviämään perinteisten keskieuropalaisten kanavien ulkopuolelle. Teorian vakiintumiselle oli merkittävää myös eurooppalaisen oikeushistorian Max Planck -instituutin perustaminen Frankfurtiin vuonna 1964 Coingin johdolla.

Vaikka uudelle yleisölle kirjoittaminen johtikin perinteisten kaavojen ja kansallisten konventioiden ja perinteiden kyseenlaistamiseen, yhteisen oikeudellisen perinnön teorian muotoilijat näkivät Euroopan melko kapeasti roomalais-germaanisena oikeusjärjestyksenä perustuen suurimpien maiden, kuten Saksan, Ranskan ja Italian, historialliseen kokemukseen. Teorian menestystä ja jälkivaikutusta voi arvioida helposti katsauksella merkittävimpiin alan oppikirjoihin, jotka liki poikkeuksetta noudattavat teoriaa.⁴² Vaikka alkuperäiset teorian kehittäjät, kuten Koschaker ja Coing, johtivat eurooppalaisen yhteisen perinnön syntykehityksen roomalaisen oikeuden leviämiseen,⁴³ myöhemmät roomalaisen oikeuden tutkijat ovat nähneet tässä kehityskulussa nykyisiä oikeusjärjestelmiä yhdistävän tekijän ja sitä kautta jaetun oikeudellisten traditioiden ytimen.⁴⁴ Teorian vaikutus on muutenkin levinnyt laajalle alkuperäisestä kontekstistaan ja sillä on vaikutusvaltaisia tutkijoita niin Euroopassa kuin Pohjois-Amerikassa, kuten Riccardo Orestano, Peter Stein, Harold Berman, Reinhard Zimmermann, Raoul van Caenegem, Emilio Gabba, Tomaz Giaro ja David Johnston.

Teorian kriitikot nykytutkimuksessa ovat varsin vähälukuisia. Päänimet ovat Pier G. Monateri ja Douglas Osler, jotka ovat väittäneet yhteisen oikeudellisen menneisyyden teorian olevan vain nimellisesti eurooppalainen kertomus, joka itse asiassa jättää huomiotta suurimman osan oikeustieteellisestä kirjallisuudesta. Tästä johtuen se olisikin vain yltiöpäisen kunnianhimoinen

⁴¹ *Koschaker, Paul*: Europa und das römische Recht (4th ed.). München 1966.

⁴² *Stein* 2005.

⁴³ *Coing, Helmut*: Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft. Wiesbaden 1968.

⁴⁴ *Johnston, David*: The Renewal of the Old. Cambridge Law Journal 1997, s. 80–95; *Mazzacane, Aldo*: "Il leone fuggito dal circo": Pandettistica e diritto comune europeo. Index 2001, s. 97–111; *Vari, Massimo*: Diritto romano "ius commune" europeo. Index 2002, s. 183–185; *Zimmermann, Reinhard*: Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today. Oxford 2001.

yleistys, joka perustuu tapahtumiin Saksassa ja sen lähiympäristössä.⁴⁵ Suurin osa Euroopasta on tämän teorian ulkopuolella, ja teoria jättää alueet, joihin teoria ei sovellu, pääasiassa huomiotta mielenkiinnottomina periferioina. Tämä perustavanlaatuinen kritiikki siitä, että teoria kattaa vain pienen osan eurooppalaisesta perinteestä, on tietysti historiallisessa mielessä täysin totta, mutta teoriaa onkin jokseenkin turhaa arvioida pelkästään historiallisen totuudellisuuden perusteella. Teorian pääasiallinen käyttötarkoitus ei ollut puhdas historiallinen analyysi, vaan lähinnä näkemyksen esittäminen siitä, mikä olisi oleva Euroopan oikeuden tulevaisuus.

⁴⁵ *Osler, Douglas*: The Myth of European Legal History. *Rechtshistorisches Journal* 1997, s. 393–410.

Historia opettaa rikosoikeustieteilijöitä

1 KLASSIKOIDEN RIKOSOIKEUSJÄRJESTELMÄ

Rikosoikeus näyttää aina olevan ajastaan jäljessä. Juuri, kun uudet pykälät on saatettu voimaan, todetaan, että osa on jo vanhentunut syntyessään. Näin kävi myös säädettäessä Suomen vuoden 1889 rikoslakia. Teoreettiselta rakenteeltaan ja suppealta seuraamusvalikoimaltaan se oli eurooppalaisten rikoslakien sarjassa viimeinen klassinen rikoslaki.

Rikosoikeus oli valistuksen seurauksena saanut ideologisen pohjansa laillisuusperiaatteineen ja kehittynyt yksittäisistä kriminalisoinneista järjestelmäksi, joka sisälsi yleisen osan, rangaistusjärjestelmän sekä oikeushyvien mukaan lukuihin järjestetyt yksittäisten tekojen kriminalisoinnit. Vuosittaisen kehityksen tuloksena oli syntynyt kokonaisuus, johon voitiin sijoittaa kaikki sen aikaiset kriminalisoinnit. Erityinen osa alkoi uskontorikoksilla ja valtiopetoksilla, eli senhetkisen yhteiskunnan hierarkian mukaisesti Jumala ja keisari olivat ylinnä suojelun kohteina. Erityisen osan viimeisessä luvussa kriminalisoitiin yksityiskohdittain järjestysrikokset, esimerkiksi hurja ajo hevosella (RL 44:16).

Saksassa puhaltelivat kuitenkin jo uudet tuulet. Franz von Liszt esitteli uutta tarkoitushakuista seuraamusoppiaan ja levitti sitä maailmalle vuonna 1888 perustamansa Die Internationale Kriminalistische Vereinigung -järjestön kautta. Seuraamusopin mukaan rangaistuksen ei tulisi olla pelkästään kantilainen sovitus tehdystä rikoksesta, vaan empirian tuli vaikuttaa rangaistuksen valintaan: satunnaisia tilapäisrikollisia tuli rangaistuksella varoittaa, taparikolliset parantaa uusissa massiivisissa vankiloissa ja parantumattomat rikolliset eliminoida yhteiskunnasta eristämällä.

Suomalaisen rikoslain syntyprosessissa tiiviisti mukana ollut klassinen rikosoikeuden kannattaja Jaakko Forsman tajusi kyllä, mitä rikosoikeudessa oli tapahtumassa. Hänelle muutos ei suinkaan ollut tuntematon, minkä voi havaita hänen luennoistaan toimitetuista rikosoikeuden oppikirjoista. Forsman ankkuroi sekä yleiset oppinsa että erinäiset rikoksensa rikosoikeuden

pitkään kaareen antiikista valistuksen kautta Kantiin ja Hegeliin. Forsman satoi Suomen rikoslain eurooppalaiseen traditioon.¹

Forsman pysyi klassikkona. Hänen mielestään rikollisuuden lisääntyminen ja väheneminen yhteiskunnassa johtui muista seikoista kuin rangaistuksista. Forsman kuitenkin katsoi, että ”tavoitellaan pilventakaisia, kun ruvetaan muodostamaan rangaistusta jonkun rangaistuksen ulkopuolella olevan tarkoituksen mukaan, olkoon se tarkoitus parannus tai pelotus tai joku muu ulkoinen syy”.²

Forsmanin puolustama rikoslaki jäi klassiseksi, mutta uudet ajatukset toteutettiin rikoslain ulkopuolella, jossa rangaistus ei klassiseen tapaan enää määräytynytkään rikoksen vaan rikoksentekijän mukaan. Ensin sisällissodan jälkimainingeissa säädettiin vuonna 1918 laki ehdollisesta rangaistus- tuomiosta, vuonna 1932 laki vaarallisten rikoksentekijöiden eristämisestä ja vuonna 1940 laki nuorista rikoksentekijöistä. Näin Franz von Lisztin vuonna 1882 esittämä kolmijako vaarallisiin, varoitettaviin ja parannettaviin rikoksentekijöihin saatiin toteutettua. Vaaralliset rikoksentekijät eristettiin, parannettavat laitettiin vankilaan parantumaan ja ehdollisella vankeusrangaistuksella varoitettiin.

Jaakko Forsmanin seuraaja Allan Serlachius oli kuitenkin Lisztin miehiä. Hän omisti oppikirjansakin kiitollisuudella korkeasti kunnioitetulle opettajalleen salaneuvos Franz v. Lisztille.³ Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassakin käytettiin 1930-luvulla oppikirjana Lisztin suomennettua yleisten oppien oppikirjaa.⁴

¹ *Forsman, Jaakko*: Anteckningar enligt Professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver Straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utgifva av Lars Wasastjerna. Helsingfors 1893. Juridiska Studentfakultetens Förlagsrörelse; *Forsman, Jaakko*: Anteckningar enligt Professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver de Särskilda brotten enligt strafflagen den 19 december 1889. Första afdelningen: Brotten mot individens rättsgebit. Andra, delvis tredje upplagan. Helsingfors 1917. Juridiska Studentfakultetens Förlag. Boktryckeri AB. Sana; Andra afdelningen. Brotten mot medborgerliga samhällets rättsgebit. Helsingfors 1917. Juridiska Studentfakultetens Förlag. Boktryckeri AB. Sana; Tredje afdelningen: Brotten mot Statens rättsgebit. Andra upplagan. Helsingfors 1917. Juridiska Studentfakultetens Förlag. Boktryckeri AB. Sana.

² *Forsman, Jaakko*: Nyky-ajan erisuuntaiset käsitykset rangaistuksen tarkoituksesta. Helsingissä 1883, s. 25–28, 36–42.

³ *Serlachius, Allan*: Suomen rikosoikeuden oppikirja. I osa. Yleiset opit. Helsingissä 1909, s. 1.

⁴ *Von Liszt, Franz*: Rikosoikeuden yleiset opit. Kielin yliopiston tri Eberhard Schmidtin toimittamasta, osittain uudesti muodostellun alkuteoksen 25 painoksesta suomentanut Arvo Haveri. Keravalla 1929.

Vuosikymmenten kuluessa lizstiläisten vaikutus väheni, ja Suomessakin tehtiin lukuisia pienempiä muutoksia sekä rikoslakiin että rikoslain ulkopuoliseen lainsäädäntöön. Ennen sotia seuraamusjärjestelmän puolella huomattavin saavutus oli päiväsakkojärjestelmään siirtyminen 1920-luvulla. Seuraava suuri uudistusaalto käynnistyi 1970-luvulla, jolloin uusittiin seksuaalirikoslainsäädäntö säätämällä muun muassa uusi aborttilaki, laki vaarallisista rikoksenuusijoista eli niin sanottu pytylainsäädäntö ja laki ehdollisesta rangaistuksesta. Suurin osa uudistuksista tapahtui uusimalla rikoslain ulkopuolista lainsäädäntöä.

2 UUSKLASSIKOIDEN PYRKIMYS UUTEEN RIKOSLAKIIN

Vuoden 1889 rikoslaki oli 1970-luvulle tultaessa moneen kertaan paikatunakin vanhentunut, eikä ollutkaan ihme, että ajatus uudesta rikoslaista heräsi. Keväällä 1972 asetettiin rikosoikeuskomitea, jonka periaatemietintö julkaistiin vuonna 1977.⁵ Sitä seurasi vuoden 1980 projektiorganisaatio.

Rikoslakiprojektin alkuperäisen suunnitelman mukaan uuden rikoslain piti olla valmiina vuoteen 1984 mennessä. Ilmeisesti se olisi ollut mahdollista, jos vanha rikoslaki olisi vain kirjoitettu uudelleen. Rikoslain uudistajat halusivat kuitenkin kokonaan uuden rikoslain. Tarkoituksena oli sisällyttää siihen koko senhetkisen yhteiskunnan kriminalisoinnit elämänalueittain tai ainakin ne, joihin sisältyy vankeusrangaistusuhka.

Idea on sama, joka oli vuoden 1889 rikoslain säätäjilläkin. Klassikothan halusivat sisällyttää lakiin koko silloisen yhteiskunnan kriminalisoinnit keisarikunnan suojelusta poliitarikoksiin. Vuonna 2014 rikoslain erityinen osa aloitetaan sotarikoksista ja rikoksista ihmisyyttä vastaan ja päätetään arvopaperimarkkinarikoksiin.

Muutamassa vuodessa ei ollut kuitenkaan mahdollista laatia sisällöllisesti uutta rikoslakia, joten rikoslakiprojektin toimeksiantoa muutettiin vuonna 1983, jolloin päätettiin edetä osittaisuudistusten kautta. Lopullisen rikoslain piti syntyä ”hölskyttelemällä” osittaisuudistukset toisiinsa sopivaksi kokonaisuudeksi. Aikataulullisesti rikoslain uudistamisessa kävi hieman samalla

⁵ Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72 Straffrättskommitténs betänkande. Helsinki – Helsingfors 1976.

tavalla kuin laadittaessa Ruotsin vuoden 1734 lakia. Senkin piti alkuperäisen suunnitelman mukaan valmistua muutamassa vuodessa. Todellisuudessa sitä tehtiin viitisenkymmentä vuotta.⁶

3 RIKOSLAKIRAKENNELMAN HAJOAMINEN

3.1 Väärät lähtökohdat

Rikoslaki alkoi osittaisuudistusten jälkeen hajota jo ennen lopullista ”hölskyttelyä”. Jotkin lainkohdat on uusittu jo useampaankin kertaan. Rakennelman rakoiluun on monia syitä. Seuraavassa esitetään muutamia.

Jotkin rikoslain kokonaisuudistuksen lähtökohdat olivat jo alkuaan väärää verrattuna siihen, mihin suuntaan kehitys muissa läntisen Euroopan maissa oli kulkenut. Esimerkiksi rikoksiksi määriteltyjä tekoja käsiteltiin yhä yhtenäisenä monoliittina eriyttämättä itse rikoskäsitettä. Niinpä tälläkin hetkellä Suomessa rikoksia ovat kaikki kriminalisoidut teot riippumatta siitä, onko seurauksena rikesakko vai elinkautinen vankeus..

Rikosoikeuden tulisi kuitenkin kyetä erottamaan ihmisten ja yhteiskunnan perusoikeuksia loukkaavat teot trivialiteeteista. Rikosoikeuden ei pitä levittäytyä kaiken kattavaksi matoksi yhteiskunnan joka kolkkaan. Sitä olisi ultima ratio -periaatteen soveltaminen. Vähäiset rikkomukset tulee ratkaista hallinnollisissa ja muissa menettelyissä. Meillä eriytyminen on viime vuosina tapahtunut kuitenkin rikosoikeuden sijasta rikosprosessioikeuden puolella, jossa on ollut pakko kehittää kevyempiä ratkaisutapoja, kuten kirjallista menettelyä.

Rikoslain uudistuksessa alennettiin rangaistusasteikkoja ja samalla laajennettiin vaarantamiskriminalisointeja luomalla sellainen kuva, että haitalliset teot ovat kokonaisuudessaan rikosoikeuden hallinnassa. Legaliteettiperiaatteen kannalta abstraktiset ”olla omiaan” -vaarantamiskriminalisoinnit ovat sinänsä epämääräisiä saaden sisältönsä vasta oikeuskäytännössä.

Uusklassikoiden perusajatuksena ei ollut korostaa riskinoton merkitystä, kuten abstraktisista vaarantamiskriminalisoinneista saattaisi päätellä, vaan pikemminkin häivyttää seuraus rikosoikeudellisen vastuun piiristä melkein sattuman puolelle. Seuraus on kuitenkin rikosoikeudessa tärkeä, koska se

⁶ *Utriainen, Terttu*: Raikaus rikosoikeudellisena ongelmana, 2. täydennetty painos. Rovaniemi 2013, s. 52.

realisoi vaaran olemassaolon, joten sen syntyminen täytyy ottaa myös rangaistuksen mittaamisessa huomioon. Suomessa törkeän rattijuopumuksen ja kuolemantuottamuksen rangaistuksena on keskimääräin 1 vuosi 6 kuukautta vankeutta, yleensä ehdottomana. Matti Tolvanen on oikeutetusti ihmetelty, miksi vakavissakin liikennerikoksissa rangaistustaso on olennaisesti alempi kuin huumausainerikoksissa.⁷

Suomessa tapahtuu törkeitä rikoksia suhteellisen vähän. Viiden miljoonan väestöpohjalla niitä ei tosin voikaan olla paljon, mutta nekin törkeät rikokset, joita tapahtuu, eivät erotaudu rangaistuskäytännössä tarpeeksi. Huumausainerikoksissa päästään helposti asteikon äärirajoille, koska rangaistukset määrätään aineiden vaarallisuuden ja määrän mukaan. Sen sijaan muissa rikoksissa liikutaan asteikkojen alapäässä törkeissäkin tapauksissa.

Uusklassikoiden suunnitelmissa sanktiovalikoima haluttiin pitää suppeana. Jäljelle jäi vain sakko ja vankeus ehdollisena ja ehdottomana. Suurena päämääränä oli vankiluvun alentaminen, ja muut kriminaalipoliittiset kannanotot olivat alisteisia ajattelussa. Muissa Euroopan maissa vankiluvun alenemiseen oli päästy päinvastaisilla toimenpiteillä. Näissä maissa käytetyt yhdyskuntapalvelu ja valvontarangaistus tulivat Suomeen vasta vuosien ja vuosikymmenten jälkeen. Näitä seuraamuksia ei myöskään haluttu ottaa käyttöön kytkemättä niitä ehdottoman vankeuden vähentämiseen.

3.2 Maailma muuttui

Kun uusklassikot suunnittelivat Suomen uutta rikoslakia 1970- ja 80-luvuilla, maailma oli erilainen, mutta jotkin niistä tekijöistä, jotka vaikuttavat tänäkin päivänä, olivat nähtävissä jo silloin.

Viktimologia vaikutti tuolloin maailmalla. Uhrien asemaan oli alettu kiinnittää huomiota. Rikosoikeusprojekti keskittyi kuitenkin normirangaistusten läpiviemiseen, eikä uhrin aseman parantaminen ollut sen agendalla kovin korkealla jos ollenkaan. Perusoikeudet olivat uusklassikoille rikosentekijän oikeuksia valtiota vastaan. Sen sijaan rikosoikeudellisten sanktioiden käyttäminen perusoikeuksien turvaamiseen oli vielä tuolloin tuntematonta.

Kansainväliset sopimukset ovat viime vuosikymmeninä pakottaneet Suomessakin oikeusministeriön valmistelemaan lukuisia rikoslain säännöksiä ja

⁷ *Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano. 2. uudistettu painos. Hämeenlinna 2011, s. 66–71.*

muutoksia sekä korottamaan rangaistusmaksimeja. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö on tuonut lisäksi omat muutospaineensa.

Kansainvälisiä sopimuksia on tarvittu, koska rikosoikeuden toimintaympäristö on muuttunut. Rikollisuus on kansainvälistynyt ja organisoitunut. Tämä näkyy paitsi huumausainerikollisuudessa myös ihmiskaupassa. Ihmisten liikkuvuus on lisääntynyt. Seksituristit voivat hakea lapsipartnerinsa vaikka toisista maanosista. Tietotekniikan kehittyminen on nostanut lapsipornografian levitysmahdollisuudet aikaisemmasta aivan uudelle tasolle. Sanalla sanoen uudenlaiset orjuuttamisen muodot ovat tulleet mahdollisiksi ja entisetkin ovat saaneet uusia ulottuvuuksia.

Rikollisuuden kansainvälistymiseen on vastattava kansainvälisellä yhteistyöllä, mikä puolestaan merkitsee kansallisten ratkaisujen implementointia kansalliseen lainsäädäntöön.

4 MUUTTUVATKO KANNANOTOT?

Saattaisimme ajatella, että rikosoikeudellisten koulukuntien kannattajat muuttavat mielipiteitään, kun maailma heidän ympärillään muuttuu. Muutoksia Euroopan oikeudessa on vuosisadasta toiseen tapahtunut, kuten Pia Letto-Vanamon luennoilla on opetettu.⁸ Niinpä voisimme olettaa, että uusklassikot eduskunnan valiokunnissa, oikeusministeriön lainvalmistelussa, korkeimmassa oikeudessa, oikeuspoliittisessa tutkimuslaitoksessa ja yliopistossa olisivat jo muuttaneet käsityksiään leimautumatta opportunisteiksi.

Rikosoikeudessa ei juuri muuteta mielipiteitä. Pakolliset muutokset on sentään tehtävä. Tämän huomasi jo Jaakko Forsman aikanaan, kun hän odotti hedelmällistä vuoropuhelua klassikoiden ja sosiologisen koulukunnan lisztiläisten välillä. Hän pettyi odotuksissaan ja totesi vuonna 1889, että lisztiläisten Kansainvälinen kriminalistiyhdistys oli pelkästään sosiologisen koulukunnan aatteiden levityskanava, eikä mikään mielipiteiden vaihtamisen paikka.⁹

⁸ *Letto-Vanamo, Pia*: Oikeuden Eurooppa. Luentoja oikeushistoriasta. Oikeushistorian julkaisuja 1. Helsingin yliopisto. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1995.

⁹ *Forsman, Jaakko*: En ny internationell kriminalistisk förening, Tidskrift, utgifven af Juridiska Förening i Finland, 1889, s. 1–20; *Forsman, Jaakko*: Sveitsin uusi rikoslain ehdotus, Tidskrift, utgifven af Juridiska Förening i Finland, 1898 s. 177–181, 192.

Vanhoissa mielipiteissä pitäytyminen ei ole vain rikosoikeustieteilijöille ominaista, sanoihan jo fyysikko Max Planckin aikoinaan, että tiede kehittyy askel askeleelta, yhdet hautajaiset kerrallaan. Myös tieteissä turvaudutaan helposti niihin näkemyksiin ja metodeihin, jotka on kerran omaksuttu ja opittu.

Rikosoikeudella on oikeudenalana kuitenkin muutamia erityispiirteitä, jotka edesauttavat koulukuntiin takertumista. Ensiksikin rikosoikeus on eklektinen tiede. Se yhdistelee eri tieteenaloja järjestelmän sisällä. Rangaistuksen oikeutusta tai oikeudettomuutta on perusteltu milloin filosofialla, milloin sosiologialla. Psykiatrian kehitys on vaikuttanut syyntakeisuuteen. Huumausaineiden vaarallisuuteen on haettu vastauksia lääketieteestä ja niin edelleen. Myös rikoksen teoreettisen rakenteen voi loogisesti muotoilla useammasta lähtökohdasta valitsemalla esimerkiksi tahallisuuden tai jonkin muun peruskäsitteeksi, johon nähden muut käsitteet saavat sisältönsä ja paikkansa.

Rikosoikeus on myös järjestelmä, jonka sisällä kriminaalipoliittiset kannanotot toteutetaan. Kun on valinnut tietyt lähtökohdat, niitä toteuttamalla järjestelmän sisällä on mahdollista päätyä haluttuihin lopputuloksiin. Järjestelmäsidonaisuus aiheuttaa sen, että jos lähtökohdat muuttuvat, koko järjestelmä teorioineen alkaa hajota. Niinpä pitäydytään yleensä siinä, mikä mieleen on muodostettu. Forsman pysyi koko ikänsä klassikkona, Liszt kausalistina ja Welzel finalistina.

Kirjoittajat – Authors

Anette Alén-Savikko

OTK (väit.), tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto

Per Andersen

Ph.D., professor, Aarhus Universitet

Anu Bask

KTT, apulaisprofessori, Aalto-yliopiston kauppakorkeakoulu

Lars Björne

OTT, professori emeritus

Yifeng Chen

LL.D., Assistant Professor of International Law, Peking University Law School; Docent in International Law, University of Helsinki

Ellen Eftestøl-Wilhelmsson

dr. juris, docent, Senior Researcher, Head of Research, InterTran project, Helsingin yliopisto

Kaijus Ervasti

OTT, hallintopäällikkö, erikoistutkija, Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos

Dan Frände

OTT, professori, Helsingin yliopisto

Jaakko Husa

HTT, professori, Lapin yliopisto

Teemu Juutilainen

OTM, tohtorikoulutettava, KATTI, Helsingin yliopisto

Jukka Kekkonen

OTT, professori, Helsingin yliopisto

Emilia Korkea-aho

OTT, Suomen Akatemian tutkijatohtori, KATTI, Helsingin yliopisto

Päivi Korpisaari

OTT, professori, Helsingin yliopisto

Toomas Kotkas

OTT, professori, Itä-Suomen yliopisto

Matti Kunnas

OTT, asianajaja, Asianajotoimisto Ervasti & Kunnas Oy

Anna-Laura Markkanen

VTM, tutkimusavustaja, Helsingin yliopisto

Heikki E. S. Mattila

OTT, professori emeritus

Dag Michalsen

dr. juris, professor, Universitetet i Oslo

Tuulikki Mikkola

OTT, professori, Lapin yliopisto

Kjell Å. Modéer

jur. dr, seniorprofessor

Olli Mäenpää

OTT, professori, Helsingin yliopisto

Johanna Niemi

OTT, professori, Turun yliopisto

Hannu Nieminen

Ph.D., professori, Helsingin yliopisto

Jaana Norio-Timonen

OTT, professori, Helsingin yliopisto

Kimmo Nuotio

OTT, professori, Helsingin yliopisto

Elina Paunio

OTT, lakimiesavustaja, Euroopan unionin tuomioistuin

Suvi Sankari

OTT, tutkijatohtori, KATTI, Helsingin yliopisto

Jørn Øyrehagen Sunde

dr. juris, professor, Universitetet i Bergen

Kaarlo Tuori

OTT, akatemiaprofessori, Helsingin yliopisto

Kaius Tuori

OTT, FM, oikeushistorian dosentti, akatemiaturkija, Helsingin yliopisto

Terttu Utriainen

OTT, professori emerita

Helle Vogt

Ph.D., lektor i retshistorie, Københavns Universitet