

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 legitimiteetti – 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

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 eräässä 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 perustavanlaatuisten 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 kokonaisesitys 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 ryhmiä. 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 luokittelussa 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 merkillä pantavaa, että alun perin halu luokitella järjestelmiä ja oikeuskulttuureja kiinnittyi läntiseen ylemmyydetuntoon 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 romaanis-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: romaanis-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 mittaamaan 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 järjestelmillä 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 legitimeettiperustaan 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-käsite 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 ilmaisia ”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 erityislaatuja 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, rätthistoriskt 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 kuitenkaan 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 romaanis-germaanis- 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 romaanisesta (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 ajattelutapoihin 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, oikeuslähteiden 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 (valtionsääntöoikeus) on ollut pitkään keskeisessä asemassa erityisesti lainsäätämisessä 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 kieliltä 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.